

Die Menschenwürde und das Auslieferungsverfahren

Von Wiss. Mitarbeiter Dr. **Hans Kromrey**, Wiss. Mitarbeiterin Dr. **Christine Morgenstern**, Greifswald

Der Beitrag diskutiert, inwieweit der Auslieferungsverkehr durch die Gestaltung der Strafverfolgung und Strafvollstreckung im ersuchenden Staat beeinflusst, unter Umständen gehemmt oder gar verhindert wird. Anlass der Betrachtungen sind zwei Entscheidungen, in denen es um die Auslieferung à la Européenne ging – einmal um einen Europäischen Haftbefehl aus Italien, mit dem sich eine Entscheidung des BVerfG (Beschl. v. 15.12.2015 – 2 BvR 2735/14) befasst; einmal um eine Entscheidung des EuGH (Urt. v. 5.4.2016 – C-404/15 [Aranyos]) und C-659/15 PPU [Căldăraru]), in der es um Europäische Haftbefehle aus Ungarn und Rumänien ging. Die Entscheidungen geben Anlass zu einer Betrachtung aus verschiedenen Perspektiven: Aus europarechtlicher Sicht sind sie interessant, weil sie neuerlich das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung von Entscheidungen in Strafsachen im Lichte der höchst unterschiedlichen Rechtswirklichkeit in den Mitgliedstaaten der EU zum Gegenstand haben. Außerdem wird aufs Neue das Verhältnis der Gerichte im europäischen Verfassungsverbund verhandelt. Aus grund- und menschenrechtlicher Sicht sind sie von großer Bedeutung, weil die Menschenwürde bzw. das Folterverbot im Zentrum der Argumentation stehen. Aus strafvollzugsrechtlicher Sicht, zumal in vergleichender Perspektive, sind sie wichtig, weil es um konkrete Aspekte der Haftbedingungen in verschiedenen Staaten geht. Schließlich werfen sie praktische Fragen für das Strafverfahren auf, weil die hohen Anforderungen, die in Bezug auf die Ermittlung der tatsächlichen verfahrens- und vollzugsrechtlichen Umstände im ersuchenden Staat gestellt werden, zukünftig von den Fachgerichten umgesetzt werden müssen.

I. Einleitung

Zwei höchstrichterliche Entscheidungen zum Auslieferungsrecht sorgten jüngst für einige handfeste Überraschungen: Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) hat mit seinem Beschluss vom 15.12.2015¹ bereits ein großes Echo sowohl in Fachkreisen als auch in nichtjuristischen Medien verursacht. Diese Diskussion bezieht sich größtenteils auf das Verhältnis des europäischen Sekundärrechts zum deutschen Verfassungsrecht und damit zusammenhängend auf die Entscheidungskompetenz des BVerfG bzw. des Europäischen Gerichtshofs (EuGH).² Mit dem vorliegenden Beitrag soll

indes der Blickwinkel erweitert werden auf die Implikationen, die die Entscheidung für das Auslieferungsrecht und dabei insbesondere das Auslieferungsverfahren hat.³

Mit seinem Urteil des EuGH in den verbundenen Rechts-sachen C-404/15 (Aranyosi) und C-659/15 PPU (Căldăraru)⁴ auf Vorlagefragen des Hanseatischen Oberlandesgerichtes Bremen (OLG Bremen)⁵ bereicherte der EuGH kurz darauf die fortwährende Auseinandersetzung um den Anwendungsvorrang des EU-Sekundärrechts um weitere Facetten. Auch hier soll der Fokus weniger auf dieser zentralen Frage des europäischen Verfassungsrechts ruhen, vielmehr sollen vor allem die Wirkungen für den Grundrechtsschutz im europäischen Auslieferungsverkehr und allgemeiner die Konsequenzen für das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung diskutiert werden.

II. Die Entscheidungen im Kontext des Auslieferungsrechts und des Streits um den Anwendungsvorrang des EU-Sekundärrechts

1. Die Anlässe der Entscheidungen

Der Beschluss des BVerfG vom 15.12.2015 erging auf eine Verfassungsbeschwerde hin, die sich gegen eine positive Entscheidung des Oberlandesgerichtes Düsseldorf zur Vollstreckung eines in Italien ausgestellten Europäischen Haftbefehls (EuHb) wandte. Der Beschwerdeführer machte geltend, in Italien in Abwesenheit verurteilt worden zu sein, ohne dass er sicher sein könne, dass ihm ein Rechtsmittel zur Verfügung stehe, mit dem er nach seiner Auslieferung einen Anspruch auf erneute Tatsachenprüfung und Entscheidung hätte. Eine Auslieferung vor diesem Hintergrund verletze ihn unter anderem in seiner Menschenwürde.

Mit seinem Urteil vom 5.4.2016 entschied der EuGH zwei Vorlagefragen des OLG Bremen in einem Vorabentscheidungsverfahren gem. Art. 267 AEUV. Das OLG Bremen hatte über die Zulässigkeit zweier Auslieferungersuchen im Gewand Europäischer Haftbefehle zu entscheiden, die von der ungarischen (Fall Aranyosi) bzw. der rumänischen (Fall Căldăraru) Staatsanwaltschaft ausgestellt und deren Zielpersonen in Deutschland verhaftet worden waren. In Bremen hatte man ernsthafte Zweifel an der Menschenwürdekonformität der Haftbedingungen, die die beiden Verhafteten nach der Auslieferung zu gewärtigen hätten. Daher

¹ BVerfG, Beschl. v. 15.12.2015 – 2 BvR 2735/14 = NJW 2016, 1149.

² Vgl. Schönberger, JZ 2016, 422; Nettesheim, JZ 2016, 424; Sauer, NJW 2016, 1134; Classen, EuR 2016, 304. Zudem wurde der Beschluss sofort nach Veröffentlichung lebhaft (mit zustimmender Tendenz) diskutiert in diversen Blogs, z.B. Sarmiento, online unter: <https://despiteourdifferencesblog.wordpress.com/2016/01/27/awakenings/> (31.1.2017); Hong, online unter: <http://verfassungsblog.de/human-dignity-and-constitutional-identity-the-solange-iii-decision-of-the-german-constitutional-court/> (31.1.2017); Schorkopf, online unter:

<http://www.lto.de/recht/hintergruende/h/bverfg-2bvr273514-eu-haftbefehl-auslieferung-verfassungsidentitaet-menschen-wuerde-gg-eu-recht-emrk/> (31.1.2017); Goos, online unter: <https://www.juwiss.de/14-2016/> (31.1.2017) und <https://www.juwiss.de/15-2016/> (31.1.2017); Bilz, online unter: <https://www.juwiss.de/26-2016/> (31.1.2017).

³ Hierzu auch Kühne, StV 2016, 299; Brodowski, JR 2016, 415; Meyer, JZ 2016, 621.

⁴ EuGH, Urt. v. 5.4.2016 – C-404/15, C-659/15 PPU (Aranyosi u.a.) = NJW 2016, 1709 m. zust. Anm. Böhm.

⁵ OLG Bremen, Beschl. v. 23.7.2015 – 1 Ausl. A 3/15 = BeckRS 2015, 14741.

fragte dieses OLG – verkürzt gesprochen – den EuGH, ob eine Auslieferung bei drohender Menschenwürdeverletzung durch die Haftbedingungen des Zielstaates der Auslieferung nach Unionsrecht unzulässig sei und wie man dieser drohenden Menschenwürdeverletzung gegebenenfalls prozessual begegnen könnte.

Beim EuHb handelt es sich um das Instrument zur Durchführung von Auslieferungen unter den Staaten der Europäischen Union, die durch den Rahmenbeschluss über den EuHb (RbEuHb) eine spezielle rechtliche Ausgestaltung erfahren haben.⁶ Die vom BVerfG und vom EuGH in ihren Entscheidungen getroffenen Aussagen betreffen also nicht nur das Verhältnis von nationalem und Unionsekundärrecht, sondern neben dem EuHb-Verfahren zumindest mittelbar auch die Beteiligung der Bundesrepublik am Auslieferungsverkehr mit Nicht-EU-Staaten. Für ein Verständnis der Entscheidungen und ihrer Auswirkungen ist daher deren Verortung im System des Auslieferungsrechts vonnöten:

2. Das deutsche Auslieferungsrecht und das Auslieferungsverfahren

Das Auslieferungsverfahren ist in Deutschland im Wesentlichen im IRG⁷ geregelt. In einem zweiaktigen Verfahren aus einer (fach-)gerichtlichen Zulässigkeits- und einer behördlichen Bewilligungsentscheidung wird über das an die Bundesrepublik („ersuchter Staat“/„Aufenthaltsstaat“) von einem anderen Staat („ersuchender Staat“/„Verfolgerstaat“) herangetragene Ersuchen um die Auslieferung eines Individuums entschieden.⁸ In der Zulässigkeitsentscheidung, für die gem. § 12 IRG die Oberlandesgerichte (OLG) zuständig sind, müssen Feststellungen zu den Voraussetzungen einer Auslieferung getroffen werden.⁹ Zu diesen Ausschlussstatbeständen zählt, ob dem Verfolgten im ersuchenden Staat relevante Rechtsverletzungen drohen. Welche Rechtsverletzungen, die im Anschluss an die Auslieferung drohen, relevant sind, ist indes umstritten. Einigkeit besteht noch insoweit, dass nicht

jede einfachrechtliche Individualposition des Verfolgten, die ihm nach deutschem Recht zustünde, vom ersuchenden Staat zu gewährleisten ist. Anhand der einschlägigen Regelung des § 73 S. 1 IRG¹⁰ wird zudem überwiegend¹¹ angenommen, dass auch nicht alle Grundrechtspositionen des deutschen Verfassungsrechts vom ersuchenden Staat zu beachten sind, sondern dass ein reduzierter Kernbestand von Verfassungsgewährleistungen gemeint ist, dessen drohende Missachtung durch den Verfolgerstaat die Auslieferung durch die Bundesrepublik unzulässig machen soll.

Wenn der Verfolgte mit der gegebenenfalls positiven Zulässigkeitsentscheidung des OLG nicht einverstanden ist, bleiben ihm als Rechtsmittel neben der Gegenvorstellung nur die Verfassungsbeschwerde vor dem BVerfG und die Individualbeschwerde vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR).¹²

Das BVerfG legt bei der Überprüfung von OLG-Entscheidungen zu Auslieferungssachverhalten einen in ständiger Rechtsprechung gefestigten Maßstab an, der inhaltlich mit demjenigen deckungsgleich¹³ sein soll, den die h.M. dem § 73 S. 1 IRG entnimmt: Die der Auslieferung zugrunde liegenden Akte müssen mit dem nach Art. 25 GG in der Bundesrepublik Deutschland verbindlichen völkerrechtlichen Mindeststandard und mit den unabdingbaren verfassungsrechtlichen Grundsätzen der öffentlichen Ordnung vereinbar sein.¹⁴ Es nimmt seine Prüfungsdichte für den Bereich des Auslieferungsrechts also ausdrücklich im Interesse eines

¹⁰ „Die Leistung von Rechtshilfe sowie die Datenübermittlung ohne Ersuchen ist unzulässig, wenn sie wesentlichen Grundsätzen der deutschen Rechtsordnung widersprechen würde.“ (*Hervorhebung durch die Verf.*)

¹¹ H.M., siehe nur *Herdegen*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Kommentar, 76. Lfg., Stand: September 2015, Art. 1 Abs. 3, Rn. 78; *Hillgruber*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Grundgesetz, Stand: September 2015, Art. 1 Rn. 79; *Vogel*, in: Pötz/Kreß (Hrsg.), Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, Bd. 1., 10. Lfg., Stand: November 2001, Vor § 1 Rn. 38 f.; *Michael/Morlok*, Grundrechte, 5. Aufl. 2016, Rn. 77, 532; dies entspricht letztlich auch nur dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers, BT-Drs. 9/1338, S. 27, 93; a.A. *Lagodny*, Die Rechtsstellung des Auszuliefernden in der Bundesrepublik Deutschland, 1987, S. 136, 193 ff., 256; *ders.*, in: Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner (Hrsg.), Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, Kommentar, 5. Aufl. 2012, § 73 Rn. 35 f.; *Schwaighofer*, in: Ebert (Hrsg.): Pro iustitia et scientia: Festgabe zum 80. Geburtstag von Karl Kohlegger, 2001, S. 453 (458 f.); *Murschetz*, Auslieferung und Europäischer Haftbefehl, 2007, S. 18; vgl. dazu auch unten II. 4. sowie ausführlich zum Ganzen *Kromrey* (Fn. 8), S. 64 ff.

¹² Vgl. für Einzelheiten dazu und zur Anfechtbarkeit der behördlichen Bewilligungsentscheidung *Kromrey* (Fn. 8), S. 224 ff.

¹³ BVerfGE 75, 1 (19 f.).

¹⁴ Vgl. BVerfGE 59, 280 (283); 63, 332 (337 f.); 75, 1 (19); 108, 129 (136 f.); BVerfGK 3, 159 (163); BVerfG NJW 1984, 1293 (1295); 1987, 830.

⁶ Rahmenbeschluss 2002/584/JI vom 13.6.2002 über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten, ABl. L 190/1 v. 18.7.2002; Änderung des Rahmenbeschlusses zum Europäischen Haftbefehl durch den Rahmenbeschluss 2009/299/JI zur Stärkung der Verfahrensrechte von Personen und zur Förderung der Anwendung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung auf Entscheidungen, die im Anschluss an eine Verhandlung ergangen sind, zu der die betroffene Person nicht erschienen ist (ABl. EU 2009 Nr. L 81 v. 27.3.2009, S. 24). In Deutschland wurde der RhEuHb nach einem gescheiterten Versuch (das Umsetzungsgesetz wurde von BVerfG für verfassungswidrig erklärt, BVerfGE 113, 273 = NJW 2005, 2289) im Jahr 2005 umgesetzt.

⁷ Gesetz über die Internationale Zusammenarbeit in Strafsachen.

⁸ Als Überblick dazu und zum Folgenden vgl. *Kromrey/Morgenstern*, ZIS 2014, 704 (705 f.); ausführlich *Kromrey*, Haftbedingungen als Auslieferungshindernis, 2017, S. 218 ff.

⁹ Vgl. eingehend zu diesen Auslieferungsvoraussetzungen *Kromrey* (Fn. 8), S. 40 ff.

funktionierenden internationalen Rechtshilfeverkehrs und aus Respekt vor fremden Rechtsordnungen zurück, was es mit der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes begründet.

Wie weit diese (Selbst-)Beschränkung des Prüfungsmaßstabes gehen soll, lässt sich abstrakt jedoch schwer feststellen, und auch durch eine Sichtung der Kasuistik der vergangenen Jahrzehnte lassen sich zumeist nur ungefähre Konturen ausmachen. Regelmäßig stellt das BVerfG auslieferungsfreundlich darauf ab, durch das Anlegen deutscher Standards die Teilnahme der Bundesrepublik am internationalen Rechtshilfeverkehr nicht gefährden zu wollen. Dabei scheint es gewillt, die Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes als relevanten Belang zu sehen, der bei Auslieferungssachverhalten bereits den Schutzbereichsumfang der Grundrechte reduziert.¹⁵ Schwierigkeiten bestehen sogar insoweit, eine Grenze „nach unten“ auszumachen, an der das BVerfG bei der Beurteilung der im ersuchenden Staat drohenden Umstände eine „rote Linie“ ziehen würde, für deren Überschreiten auch nicht mehr mit der Völkerrechtsfreundlichkeit argumentiert werden könnte. Auch die im innerstaatlichen Recht absolut geltende Menschenwürde schien davor bislang nicht sicher.¹⁶

Der EGMR stellt für den in Deutschland Individualbetroffenen eine ergänzende Entscheidungsinstanz in Menschenrechtsfragen dar. Bei Menschenrechtsverletzungen der Konventionsstaaten der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) kann er gem. Art. 35 EMRK nach Ausschöpfung der innerstaatlichen Rechtsschutzmöglichkeiten von jedem Individuum angerufen werden.¹⁷ Im herkömmlichen Auslieferungsverfahren wäre dies also in erster Linie gegen eine Entscheidung des BVerfG denkbar, die die vorangegangene Auslieferungsentscheidung des OLG unbeantwortet lässt.

3. Besonderheiten bei der Vollstreckung eines EuHb

Indem die europäischen Staaten sich auf eine Vereinheitlichung, Vereinfachung und Beschleunigung des innereuropäischen Auslieferungsverkehrs geeinigt und diese mittels des RbEuHb verrechtlicht haben, ist das deutsche Auslieferungsverfahren wesentlich ergänzt worden.

Durch die Umsetzung des RbEuHb in das deutsche Recht (in den §§ 78 ff. IRG) ist gegenüber den EU-Staaten zum einen formal das Regel-Ausnahme-Verhältnis für die Stattgabe von Auslieferungersuchen – unionsrechtskonform – umgekehrt worden: Während eigentlich gem. § 2 Abs. 1 IRG ein Ausländer auf Antrag eines Staates ausgeliefert werden kann, es sei denn einer der Ablehnungsgründe in den §§ 4 ff., 73

S. 1 IRG greift, zwingt § 79 S. 1 IRG nunmehr zur Auslieferung an EU-Staaten, es sei denn einer der Ablehnungsgründe in den §§ 73 S. 2, 80 ff. IRG greift.¹⁸

Diese grundsätzliche Pflicht zur Übergabe nach dem RbEuHb ist begründet in dem Topos des „gegenseitigen Vertrauens“, das die EU-Mitgliedstaaten einander entgegenbrächten und das die sog. gegenseitige Anerkennung justizieller Akte rechtfertigt. Das Postulat besagt, schlicht formuliert, dass das mit dem Beitritt zur EU von den Mitgliedstaaten untereinander gezeigte Vertrauen eine ausreichende Grundlage für eine solche gegenseitige Anerkennung, also der Verkehrsfähigkeit auch strafrechtlicher Entscheidungen, ist – oder sein müsste. Die politische Etablierung dieses Prinzips für die justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen folgte der Einsicht, dass eine umfassende Angleichung der Strafrechtsordnungen unrealistisch ist, sie berücksichtigte überdies auch grundsätzlich den Gesichtspunkt der Subsidiarität von EU-Rechtsetzung (Art. 5 EUV; Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG). Ein gewichtiger Kritikpunkt war und ist jedoch, dass ein solches System etwas voraussetzt, dessen Existenznachweis bislang nicht erbracht ist: gegenseitiges Vertrauen auf der Basis prinzipiell übereinstimmender rechtlicher Maßstäbe.¹⁹

Die Brisanz dieser Probleme verdeutlichen die bedeutsamen rechtstraditionellen Unterschiede zwischen den EU-Staaten bei der Akzeptanz von Abwesenheitsurteilen im Strafverfahren. Diese Unterschiede haben schon zu einer Ergänzung der EU-Rechtssetzung geführt: Zum Abbau der sich aus den Unterschieden ergebenden Schwierigkeiten bei der gegenseitigen Anerkennung erging 2009 ein weiterer Rahmenbeschluss, der die schon bestehenden Rahmenbeschlüsse änderte.²⁰ Daraus wird der enge Katalog an Ablehnungsgründen für den EuHb um einen weiteren ergänzt: Art. 4 a RbEuHb sieht nun bei Verurteilungen in Abwesenheit eine Ablehnungsmöglichkeit vor, insbesondere, wenn die betroffene Person nicht ausreichend geladen, informiert oder verteidigt ist und eine Tatsachenverhandlung nicht ausreichend nachgeholt werden kann.

¹⁸ Weitere durch den RbEuHb bedingte Modifikationen betreffen die Ausgestaltung der einzelnen Verfahrensschritte – so ist der gerichtlichen Zulässigkeitsentscheidung trotz der unionsrechtlichen Vorgabe der Vereinfachung des Verfahrens noch immer eine behördliche Vorabbeurteilungsvorgabe vorgelagert; vgl. *Kromrey* (Fn. 8), S. 223 f. und S. 229 ff. Für das Verständnis der hier zu diskutierenden Entscheidungen des BVerfG und des EuGH spielen diese jedoch keine Rolle.

¹⁹ Vgl. ausführlich dazu *Burchard*, in: Böse (Hrsg.), *Enzyklopädie Europarecht*, Bd. 9, 2013, Rn. 34 ff.; *Kromrey* (Fn. 8), S. 121 ff.; *Morgenstern*, *Die Untersuchungshaft*, 2017, Kap. IV. 1.4.4. (im Erscheinen).

²⁰ Rahmenbeschluss (2009/299/JI) zur Stärkung der Verfahrensrechte von Personen und zur Förderung der Anwendung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung auf Entscheidungen, die im Anschluss an eine Verhandlung ergangen sind, zu der die betroffene Person nicht erschienen ist, ABl. EU 2009 Nr. L 81 v. 27.3.2009, S. 24.

¹⁵ Ausführlich dazu *Kromrey* (Fn. 8), S. 74 ff.

¹⁶ Vgl. z.B. *Kromrey/Morgenstern*, ZIS 2014, 704 (706 ff.), zur Auslieferung bei drohender lebenslanger Freiheitsstrafe unter Ausschluss einer Entlassungsmöglichkeit („life without parole“).

¹⁷ Gleichwohl handhabt der EGMR die Vorgabe des Art. 35 EMRK im Einzelfall auch flexibel, sodass die innerstaatlichen Rechtsschutzmöglichkeiten nicht immer ausgeschöpft sein müssen, vgl. nur EGMR, Urt. v. 4.9.2014 – 140/10 (Traubelsi v. Belgien), Rn. 84-92.

Die Reduzierung der Ablehnungsgründe auf Ausnahmefälle soll in erster Linie dem Ziel einer Verfahrensbeschleunigung dienen – idealerweise werden die in einem Mitgliedstaat der EU ausgestellten Haftbefehle in den anderen Staaten nur noch vollstreckt.²¹ Daraus leitet sich auch die unionsrechtliche Bezeichnung der Akteure ab, wenn der ersuchte Staat „vollstreckender Staat“ und der ersuchende Staat „Ausstellungsstaat“ genannt wird,²² bzw. die dort jeweils beteiligten Stellen „vollstreckende Justizbehörde“ bzw. „ausstellende Justizbehörde“. Dass die deutschen OLGe nach dieser Terminologie als „Justizbehörde“ bezeichnet werden, verdankt sich der Offenheit der im RbEuHb verwendeten Begrifflichkeiten, die der Vielfalt der denkbaren nationalstaatlichen Zuständigkeitsregelungen Rechnung trägt.

Zum anderen bedeutet diese Umsetzung von Unionsrecht in das nationale Recht eine Beteiligung des EuGH am Auslieferungsverfahren: Soweit bei der Anwendung entsprechender Normen des IRG EU-Recht implizit unangewendet bleiben soll – etwa indem der RbEuHb für einen Sachverhalt kein Auslieferungshindernis vorsieht, das OLG die Vollstreckung des EuHb aber gleichwohl ablehnen will –, ist vorab zu dessen Auslegung der EuGH durch eine Vorlagefrage des jeweiligen nationalen Instanzgerichts im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens gem. Art. 267 AEUV hinzuziehen. Anzumerken ist, dass diese Vorlage in Deutschland bislang oft gerade unterblieben ist. Es gibt Entscheidungen, in denen wegen der Haftbedingungen in den ersuchenden Staaten oder sogar wegen Unverhältnismäßigkeit der zu erwartenden Strafe die Auslieferung abgelehnt wurde.²³ Das gilt im Übrigen

auch für andere Mitgliedstaaten der EU, zwei Drittel haben in ihren Umsetzungsgesetzen entsprechende Klauseln.²⁴

Die Befassung durch zwei unterschiedliche höchste Gerichte mit der im Kern gleichen Fragestellung – Steht der Anspruch des Verfolgten auf Schutz seiner Menschenwürde der Vollstreckung eines EuHb entgegen? – gründet in den hier gegenständlichen Fällen zusammengefasst darin, dass das OLG Düsseldorf keine Bedenken gegen die Auslieferung und die den Verfolgten in Italien erwartenden Umstände hatte, woraufhin es die Auslieferung für zulässig erklärte und dem Verfolgten als weitere Rechtsschutzmöglichkeit zunächst nur der Gang vor das BVerfG blieb, während das OLG Bremen von sich aus bereits Zweifel an den in Aussicht stehenden Haftbedingungen in Ungarn bzw. Rumänien hegte und selbst eine höchstrichterliche Klärung herbeiführen wollte.²⁵ Nach der ständigen Rechtsprechung des BVerfG sind hierbei die Instanzgerichte verpflichtet, dies dem EuGH zur Vorabentscheidung vorzulegen,²⁶ so dass sich das OLG Bremen ganz nach diesen Vorgaben verhalten hatte.

4. Der „ordre public“

Die Entscheidungen haben insbesondere ganz wesentliche Auswirkungen auf die Bestimmung dessen, was unter dem „ordre public“ im Auslieferungsverkehr zu verstehen ist. Bei dem Begriff handelt es sich um einen gleichermaßen gebräuchlichen wie inhaltlich umstrittenen Terminus. Der Konsens reicht zumindest soweit, dass „ordre public“ einen grundlegenden²⁷ Bestand an Grund- und Menschenrechten²⁸

²¹ Vgl. dazu ausführlicher *Kromrey* (Fn. 8), S. 18 m.w.N.

²² Auch im Übrigen hat sich die deutsche Terminologie nicht den europäischen Vorgaben angepasst, es wird statt von der „Übergabe“ noch immer von „Auslieferung“ gesprochen – wohl auch aus symbolischen, souveränitätsbetonenden Gründen, vgl. *Burchard* (Fn. 19), Rn. 7. Für den britischen „Extradition Act“ vgl. *Spencer*, in: Vernimmen-Van Tiggelen/Surano/Weymergh (Hrsg.), *The future of mutual recognition in criminal matters in the European Union*, 2009, S. 523 (533).

²³ Grundsätzlich OLG München, Beschl. v. 15.5.2013 – OLG Ausl 31 A 442/13 (119/13) = StV 2013, 710 (dort wurde eine Auslieferung im konkreten Fall jedoch wegen der noch ausreichenden rechtsstaatlichen Absicherung des Abwesenheitsurteils in Bulgarien für zulässig erklärt); OLG München, Beschl. v. 14.12.2015 – 1 AR 392/15 (keine Auslieferung wegen unzureichender Haftbedingungen in Bulgarien); OLG Hamm, Beschl. v. 10.9.2013 – 2 Ausl 95/11 (keine Auslieferung wegen einer Kumulation von Faktoren, der Fall betraf ein sich bereits seit drei Jahren hinziehendes Verfahren zur Auslieferung nach Rumänien); OLG Celle, Beschl. v. 20.5.2008 – 1 ARs 21/08 = StV 2008, 43 = NSStZ-RR 2008, 312 (keine Auslieferung nach bloßer Sicherstellung von Hanfsetzlingen und Gartengerät bei Androhung einer lebenslangen Freiheitsstrafe).

²⁴ Kommission der Europäischen Gemeinschaften, *Communication on the implementation of the Hague Programme*, KOM (2006) 331 endg., S. 6. Vgl. weiter *Burchard* (Fn. 19), Rn. 48; mit einer Untersuchung der Praxis in verschiedenen Staaten *Böse*, in: Albers/Beauvais/Bohnert/Böse/Langbroek/Renier/Wahl (Hrsg.), *Towards a common evaluation framework to assess mutual trust in the field of EU judicial cooperation in criminal matters*, 2013, S. 334 ff.; und ausführlich im Rechtsvergleich *Morgenstern* (Fn. 19), IV. 1.4.4. und IV. 1.6.2.

²⁵ Entsprechend *Brodowski*, JR 2016, 415 (419), der auch auf das Risiko hinweist, das das OLG Bremen nach dem Grundsatz „Wer viel fragt, bekommt viel geantwortet“ eingegangen ist – § 73 S. 2 IRG hätte vom EuGH unter Umständen auch ausdrücklich für unionsrechtswidrig erklärt werden können.

²⁶ St. Rspr., vgl. BVerfGE 82, 159 (192 f.); 128, 157 (187); 129, 78 (105). Davon zu unterscheiden ist die Frage, wie das Fachgericht im Falle einer EuGH-Entscheidung, die eine nach den Maßstäben deutscher Grundrechte rechtswidrige Auslegung des Unionsrecht und somit eine Unanwendbarkeit des Unionsrecht gebietet, vorzugehen hat: Nach BVerfG NJW 2016, 1149 (Rn. 43), hat das Fachgericht dies analog zu Art. 100 Abs. 1 GG dem BVerfG zur Entscheidung vorzulegen; vgl. auch *Sauer*, NJW 2016, 1134 (1137).

²⁷ *Köbler*, *Juristisches Wörterbuch für Studium und Ausbildung*, 14. Aufl. 2007, S. 302; *Seidl-Hohenveldern*, in: *Bernhardt* (Hrsg.), *Encyclopedia of Public International Law*, Bd. 3, 1997, S. 788.

beschreibt, der in einer Rechtsbeziehung zwingend zu beachten ist²⁹, für die folgende Materie also auch bei der zwischenstaatlichen Rechtshilfe.³⁰ Darüber hinaus ist vieles umstritten. An dieser Stelle kommt es vor allem darauf an sich klarzumachen, dass der Begriff „ordre public“ für sich genommen nicht *den* einen Bestand an Grund- und Menschenrechten beschreibt, sondern dieser kontextabhängig zu bestimmen ist.³¹ Maßgeblich ist, *wer* in der fraglichen Rechtsbeziehung den Grund- und Menschenrechtsbestand gegenüber *wem* behaupten will. Wenn also die Bundesrepublik Deutschland im Auslieferungsverkehr einen ordre public wahren will bzw. (verfassungs-)rechtlich auch dazu gezwungen ist, dann hängt dessen zu gewährleistender Inhalt davon ab, an wen der jeweilige Verfolgte ausgeliefert werden soll. Bei Auslieferungen an EU-Staaten wären dies beispielsweise andere Anforderungen als bei Auslieferungen an die Vereinigten Staaten von Amerika, an die Russische Föderation oder an die Islamische Republik Pakistan.

Dabei müsste es der Verweis auf die Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes – der konkret die Teilhabe der Bundesrepublik am Auslieferungsverkehr und allgemein die außenpolitische Handlungsfreiheit Deutschlands als Schutzgüter hervorkehrt³² – eigentlich mit sich bringen, dass die menschenrechtlichen Anforderungen an politisch-gesellschaftlich entferntere Staaten niedrigere sein müssten als an europäische Staaten. Immerhin ist davon auszugehen, dass die Standards außerhalb Europas eher schlechtere sein werden, der Auslieferungsverkehr aber eben auch mit jenen Staaten nicht über Gebühr zu behindern ist. Zudem liegt dem Topos „gegenseitiges Vertrauen“, das die gegenseitige Anerkennung innerhalb der EU rechtfertigen soll, gerade die Annahme eines ähnlich hohen Grundrechtsstandards in den EU-Staaten zugrunde. So stellen zumindest formal alle EU-Staaten als EMRK-Staaten deren Menschenrechtsgewährleistungen sicher. Die beschriebene, vom EuGH bislang vorge-

sehene Einschränkung vor allem des präventiven Rechtsschutzes gegen die Vollstreckung eines EuHb bewirkt faktisch indes das genaue Gegenteil: Jedenfalls im Zeitpunkt der Auslieferungsentscheidung hat ein EU-Staat nach dem Konzept der gegenseitigen Anerkennung geringere Grundrechtsstandards zu erfüllen als es ein Drittland wie etwa Pakistan müsste.

5. Der deutsche „ordre public“ für den EU-internen Auslieferungsverkehr

Neben der kontextabhängigen Reichweite des zu gewährleistenden Bestandes an unverzichtbaren Grund- und Menschenrechten stellt sich darüber hinaus noch die Frage, ob es die bereits angesprochenen „roten Linien“ in jeder Rechtsbeziehung – und damit in jedem ordre public gleich welchen sonstigen Inhalts – gibt. Insbesondere im europarechtlichen Kontext könnte mit diesen anders umzugehen sein:

a) Von *Costa/E.N.E.L.* zu „*Radu*“ und „*Melloni*“

Beim RbEuHb handelt es sich um Unionssekundärrecht, welches bei Vollstreckung eines EuHb angewendet oder bei Nichtvollstreckung gegebenenfalls unangewendet bleibt. Für die Beantwortung der Frage, welcher Bestand an zwingenden Grund- und Menschenrechten in einem solchen Verfahren vor deutschen OLGern zu beachten ist, ist es also zunächst wichtig, welche Grundrechtsgewährleistungen das Unionsrecht selbst vorsieht. Vor dem Vertrag von Lissabon waren dies gem. Art. 6 Abs. 2 EUV a.F. die EMRK und die nationalen Verfassungsüberlieferungen, sichergestellt durch den EuGH. Mit dem Vertrag von Lissabon ist die EU-Grundrechtecharta (GRCh) als Quelle zwingenden Rechts in Art. 6 Abs. 1 EUV n.F. hinzugekommen. Ob daneben noch nationales Recht angewendet werden und gegebenenfalls als zu beachtender Grund- und Menschenrechtsbestand Schutz vor einer Auslieferung entfalten kann, ist umstritten. Der EuGH lehnt generell die Geltung nationalen Rechts im Anwendungsbereich von Unionsrecht ab und geht seit seiner Entscheidung in der Rechtssache *Costa/E.N.E.L.* von einem ausnahmslosen Anwendungsvorrang allen Unionsrechts aus, da sonst die einheitliche Anwendung des Unionsrechts und damit die Rechtsgrundlage der Europäischen Gemeinschaft bzw. heute der EU an sich in Frage gestellt sei.³³

Speziell gemünzt auf Auslieferungen aufgrund eines EuHb hatte der EuGH dies bislang anhand mehrerer Rechts-sachen zusätzlich noch restriktiver gehandhabt, wobei er ein Primat der Unionsgrundrechtsbindung postuliert hat. Angenommen wurde daher, dass dies den Einfluss sowohl der nationalen Verfassungsrechtsprechung als auch der des EGMR zurückdrängen könnte.³⁴ Dabei ging es einmal um das

²⁸ Vogel (Fn. 11), § 73 Rn. 42; „Menschenrechte“ als Ausgangspunkt einer ordre-public-Bestimmung auch bei Popp, Grundzüge der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen, 2001, Rn. 341.

²⁹ So die vor allem hinsichtlich des internationalen ordre public verwendete Terminologie der Rechtsprechung (vgl. dazu Vogel [Fn. 11], § 73 Rn. 36 m.w.N.) sowie der völker- und privatrechtlichen Literatur (z.B. Sonnenberger, in: Säcker/Rixecker [Hrsg.], Münchener Kommentar zum BGB, 2010, Bd. 10, Art. 6 EGBGB Rn. 19 m.w.N.). Ähnlich Heini, in: Lindacher/Pfaff/Roth/Schlösser/Wieser (Hrsg.), Festschrift für Walther J. Habscheid zum 65. Geburtstag 6. April 1989, 1989, S. 153 (154): „Grundwerte, auf welche alle zivilisierten Nationen verpflichtet sind“.

³⁰ Seidl-Hohenveldern (Fn. 27), S. 788 f.

³¹ Ausführlich dazu und zum Folgenden Kromrey (Fn. 8), S. 55 ff.

³² Diese justiz- und außenpolitischen Bedürfnisse erkennt das BVerfG seit geraumer Zeit an, vgl. BVerfGE 113, 154 (162); EuGRZ 2010, 257; vgl. ferner eingehend Kromrey (Fn. 8), S. 16 ff. und S. 69 ff. m.w.N. zu den Anreizen für die Teilnahme am Auslieferungsverkehr.

³³ EuGH, Urt. v. 15.7.1964 – Rs. 6/64 (*Costa v. E.N.E.L.*) = Slg. 1964, 1251 (1269 f.).

³⁴ Dass die EU-Grundrechte-Charta als Mindeststandard „in allen Situationen, die vom Recht der Europäischen Union bestimmt sind“ maßgeblich ist, ist unter Berufung auf Art. 51 Abs. 1 GRCh ausdrücklich betont worden, EuGH (Große Kammer), Urt. v. 26.2.2013 – C-617/10 (*Åklagare v. Hans*

Recht auf Anhörung vor Erlass eines Haftbefehls, ein anderes Mal um eine Auslieferung nach Abwesenheitsurteil gegen einen möglicherweise unzureichend anwaltlich Vertretenen.³⁵

Dem EuGH ging es ersichtlich vor allem um die Wirksamkeit des Sekundärrechts, in diesem Fall des RhEuHb, als er die Grundrechte nach der GRCh im Licht der Vorgaben der gegenseitigen Anerkennung interpretierte. Letztlich wollte er damit den Mitgliedstaaten – und wohl auch dem EGMR – weitergehende Schutzmöglichkeiten versagen.³⁶ Irritiert hat zwischenzeitlich nämlich die Entscheidung des EuGH zum Beitritt der EU zur EMRK: In seinem Gutachten vom Dezember 2014³⁷ hat er den zuvor mühsam ausgehandelten Entwurf eines Beitrittsabkommens als unionsrechtswidrig zurückgewiesen. Zweck dieses Beitritts ist die Ermöglichung externer Menschenrechtskontrolle der Europäischen Union – bislang ist eine Kontrolle des EGMR nur mit Blick auf nationalstaatliche Tätigkeit bei der Ausführung von EU-Recht möglich, z.B. bei der Auslieferung mittels eines EuHb oder im Rahmen der Zurückweisung von Migrantinnen in ihr erstes Aufenthaltsland in der Union im Rahmen der Dublin-Verordnungen.³⁸ Wenngleich alle Beteiligten einräumen,³⁹ dass die bei einem solchen Beitritt zu bedenkenden Einzelprobleme umfangreich sind, gibt es doch Beobachter, die davon ausgehen, dass der EuGH den Beitritt zur EMRK „auf längere Zeit aus übersteigter Sorge um die eigene Autonomie“ geopfert hat.⁴⁰ Deutlich wird auch, dass sich die angesprochenen Tendenzen, dem Funktionieren der Maßnahmen der gegenseitigen Anerkennung eine möglichst effektive Grundrechtsgeltung für den Einzelnen unterzuordnen, verstärkt haben.⁴¹ In diesem Zusammenhang scheint auf, dass Menschenrechte mitunter (nur) eine instrumentelle Bedeutung haben – dienen sie der Entstehung gegenseitigen Vertrauens, auf dem dann eine gegenseitige Anerkennung von Entscheidungen in Strafsachen basieren kann, sind sie gut; führen unterschiedliche Menschenrechtsniveaus zu Misstrauen zwi-

schen den EU-Mitgliedstaaten, will jedenfalls der EuGH offenbar keine Einmischung des EGMR riskieren.⁴²

Mitte 2013 hatte der EuGH darüber hinaus festgestellt, dass allenfalls dann „die Anwendung des Mechanismus des Europäischen Haftbefehls [...] ausgesetzt werden darf, wenn eine schwere und anhaltende Verletzung der in Art. 6 Abs. 1 EUV enthaltenen Grundsätze durch einen Mitgliedstaat vorliegt und diese vom Rat gemäß Art. 7 Abs. 1 EUV mit den Folgen von Art. 7 Abs. 2 EUV festgestellt wird“. Nur diese Möglichkeit leite sich aus dem zehnten Erwägungsgrund des Rahmenbeschlusses zum Europäischen Haftbefehl ab. Daraus ergebe sich, dass es *allein* „die Rechtsordnung des *Ausstellungsmitgliedstaats* ist, in der Personen, gegen die ein Europäischer Haftbefehl erlassen wurde, etwaige Rechtsschutzmöglichkeiten nutzen können, die es gestatten, die Rechtmäßigkeit des Verfahrens der Strafverfolgung, der Strafvollstreckung oder der Verhängung einer freiheitsentziehenden Maßregel der Sicherung oder auch des strafrechtlichen Hauptverfahrens, das zur Verhängung dieser Strafe oder Maßregel geführt hat, in Frage zu stellen“. ⁴³ Damit war der Auffassung, dass sich aus Art. 1 Abs. 3 RbEuHb ein „apokrypher“ Ablehnungsgrund für den Schutz des einzelnen Betroffenen unionsrechtskonform konstruieren ließe, scheinbar eine deutliche Absage erteilt worden.⁴⁴

Ganz erhebliche Kritik – zuletzt deutlich auch in der hier gegenständlichen BVerfG-Entscheidung⁴⁵ – zog vor allem der Fall Melloni auf sich, den der EuGH 2013 entschied.⁴⁶ Es ging um ein Verfahren, in dem der Betroffene von einem italienischen Gericht in Abwesenheit zu einer langen Freiheitsstrafe wegen einer Wirtschaftsstraftat verurteilt worden war. Sein Nichterscheinen war förmlich festgestellt worden, danach waren im Einklang mit dem italienischen Recht alle Zustellungen an zwei von ihm benannte Vertrauensanwälte vorgenommen worden, die für ihn auch durch alle Instanzen gingen. Nach Eintritt der Rechtskraft der in Abwesenheit ergangenen Verurteilung wurde ein EuHb zur Vollstreckung der Strafe ausgestellt. 2008 erfolgte die Festnahme in Spanien, dort wehrte sich der Betroffene bis zum Tribunal Constitucional. Dieses legte dem EuGH die Sache gemäß Art. 267 AEUV zur Vorabentscheidung vor, weil es die Fairness des Verfahrens im Angesicht der entsprechenden Bestimmung der spanischen Verfassung, die ein Anwesenheitsrecht statuiert, anzweifelte. Dabei geht das spanische Verständnis des

Åkerberg Fransson); sehr kritisch *Safferling*, NStZ 2014, 545 (547 ff.).

³⁵ Übereinstimmend *Safferling*, NStZ 2014, 545 (551), und *Gaede*, NJW 2013, 1279 (1282); es ging um die Urteile Radu, EuGH (Große Kammer), Urt. v. 29.1.2013 – C-396/11 (Ciprian Vasile Radu) = NJW 2013, 1145, und Melloni, EuGH (Große Kammer), Urt. v. 26.2.2013 – C-399/11 (Stefano Melloni v. Ministerio Fiscal) = NJW 2013, 1215.

³⁶ *Gaede*, NJW 2013, 1279 (1282).

³⁷ EuGH, Gutachten C-2/13 v. 18.12.2014; hierzu *Wendel*, NJW 2015, 921.

³⁸ Hierzu z.B. EGMR, Urt. v. 21.1.2011 – 30696/09 (M.S.S. v. Belgien und Griechenland).

³⁹ *Wendel*, NJW 2015, 921 (922), zitiert die Generalanwältin beim EuGH Kokott mit „der Teufel stecke im Detail“.

⁴⁰ *Wendel*, NJW 2015, 921 (926); *Peers*, The CJEU and the EU's accession to the ECHR: a clear and present danger to human rights protection, online unter:

<http://eulawanalysis.blogspot.de/2014/12/the-cjeu-and-eus-accession-to-echr.html?m=1> (31.1.2017).

⁴¹ Ausführlicher *Morgenstern* (Fn. 19), II. 2.2.6.2.

⁴² EuGH, Gutachten C-2/13 v. 18.12.2014, Rn. 258.

⁴³ EuGH, Urt. v. 30.5.2013 – C-168/13 PPU (Jeremy F.), Rn. 49 f. (*Hervorhebung durch die Verf.*).

⁴⁴ Vgl. entsprechend *Brodowski*, ZIS 2013, 455 (469); *Gaede*, NJW 2013, 1279 (1280), und *Burchard* (Fn. 19), Rn. 49 f., auch unter Berufung auf die Schlussanträge der Generalanwältin Sharpston im Fall Radu vom 18.10.2012 – C-396/11, Rn. 57 ff. Schon zuvor sehr skeptisch *Schallmoser*, Europäischer Haftbefehl und Grundrechte, 2012, S. 156 ff., die gerade die fehlende Grundrechtsklausel rügt und von einer „kryptischen Formulierung“ in Art. 1 Abs. 3 RbEuHb spricht (a.a.O., S. 119).

⁴⁵ BVerfG NJW 2016, 1149, Rn. 82 ff.

⁴⁶ EuGH NJW 2013, 1215.

Anwesenheitsrechts deutlich weiter als das dem o.g. Art. 4 a RbEuHb zugrundeliegende, der in seiner 2009 geänderten Fassung bei Verurteilungen in Abwesenheit unter bestimmten Voraussetzungen Ablehnungsgründe vorsieht. Es stellte sich daher die Frage, ob das höhere Schutzniveau der spanischen Verfassung nicht Platz greifen müsse (Art. 53 GRCh). Nach dem schon bisher Ausgeführten wenig überraschend nahm der EuGH ablehnend Stellung:

„Nach gefestigter Rechtsprechung kann nämlich nach dem Grundsatz des Vorrangs des Unionsrechts, der die Unionsrechtsordnung wesentlich prägt [...], die Geltung des Unionsrechts in einem Mitgliedstaat nicht dadurch beeinträchtigt werden, dass dieser Staat Vorschriften des nationalen Rechts, und haben sie auch Verfassungsrang, geltend macht [...].“⁴⁷

Schließlich hat im Sommer 2015 der EuGH zur Überschreitung der Regelfristen und zu sehr langer Auslieferungshaft Stellung beziehen müssen.⁴⁸ In einem brisanten irisch-britischen Fall, in dem das Vereinigte Königreich (in diesem Fall ein Gericht in Nordirland) einen Mordverdächtigen aus Irland ausgeliefert haben wollte, strengte der zuständige irische High Court ein Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 AEUV an. Er fragte nach den Konsequenzen einer Überschreitung der Fristen und danach, ob solche Fristüberschreitungen Rechte des Betroffenen begründen, wenn er trotz Fristüberschreitungen inhaftiert bleibe.⁴⁹ Der Betroffene war, nachdem er die für eine mögliche Entlassung auferlegten Bedingungen nicht erfüllt hatte, zum Vorlagezeitpunkt bereits weit über zwei Jahre in Auslieferungshaft. Die Antwort des EuGH auf die beiden Fragen war deutlich und folgte strikt der bisherigen Rechtsprechungslinie, die der Erfüllung der Verpflichtungen der gegenseitigen Anerkennung und den entsprechenden Unionsrechtsakten absolute Priorität einräumt: Es gebe danach letztlich gar keine Konsequenzen bei Fristüberschreitungen, jedenfalls bleibe der Vollstreckungsstaat verpflichtet, den EuHb zu vollstrecken, sobald seine legitimen Informationsbedürfnisse erfüllt sind.⁵⁰ Auch folge aus Art. 12 RbEuHb, der für die Auslieferungshaft auf die allein maßgeblichen inländischen Rechtsgrundlagen (in Deutschland das IRG) verweist, und der Geltung der Menschenrechte nicht, dass der Betroffene nicht während des ganzen Verfahrens inhaftiert bleiben könne, so lange dies nicht als exzessiv zu bewerten sei. Hierfür zog der EuGH Kriterien wie die sorgfältige Verfahrensführung heran, berief sich dabei auf Rechtsprechung des EGMR und bezeichnete die genannte Haftzeit von mehr als zwei Jahren im konkreten Fall als noch nicht exzessiv.⁵¹ Diese Haltung wurde vor allem

⁴⁷ EuGH NJW 2013, 1215, Rn. 59.

⁴⁸ EuGH, Urt. v. 16.7.2015 – Rs. C-237/15 (Lanigan).

⁴⁹ EuGH, Urt. v. 16.7.2015 – Rs. C-237/15 (Lanigan), Rn. 20.

⁵⁰ EuGH, Urt. v. 16.7.2015 – Rs. C-237/15 (Lanigan), Rn. 41.

⁵¹ EuGH, Urt. v. 16.7.2015 – Rs. C-237/15 (Lanigan), Rn. 57 ff. mit Verweis z.B. auf EGMR, Urt. v. 24.3.2015 – 11620/07 (Gallardo Sanchez v. Italien), Rn. 40 f. Ein weiteres Beispiel wäre EGMR, Urt. v. 25.1.2005 – 60538/00 (Singh v. Tschechien), Rn. 61, hier waren aber zweieinhalb Jahre als zu lang gerügt worden.

damit begründet, dass der Zweck des Europäischen Haftbefehlsverfahrens nicht erreicht werden könne und andernfalls Verzögerungstaktiken belohnt würden (unklar bleibt, ob der EuGH den Betroffenen oder nicht auch den Vollstreckungsstaat meint, im konkreten Fall fehlt es hierzu an Hinweisen).⁵²

b) Von „Solange“ bis „Lissabon“

Das BVerfG demgegenüber sieht von dem prinzipiellen Anwendungsvorrang des Unionssekundärrechts gegenüber dem nationalen Verfassungsrecht mehrere Ausnahmen vor.⁵³ Eher theoretischer Natur ist dabei der „Solange II“-Vorbehalt, nach dem es sich das BVerfG vorbehält, die Vereinbarkeit von EU-Sekundärrecht mit nationalem Verfassungsrecht dann zu prüfen, wenn der national unabdingbar gebotene Grundrechtsschutz durch die EU-Organe *generell* nicht mehr gewährleistet ist.⁵⁴ Solange ein generelles Absinken unter diesen Standard nicht dargelegt werden kann, sind dagegen gerichtete Verfassungsbeschwerden oder konkrete Normenkontrollen bereits unzulässig.⁵⁵

In der Lissabon-Entscheidung rückte das BVerfG von dieser Selbstbeschränkung seiner Prüfungscompetenz ein Stück weit ab und nimmt es seither für sich in Anspruch, die Einhaltung eines „Kerngehaltes der [nationalen] Verfassungsidentität“ durch EU-Rechtsakte sicherzustellen. Die Beschränkung dieses Kerngehalts ist auch dem verfassungsändernden Gesetzgeber gem. Art. 79 Abs. 3 GG entzogen und diese beschränkenden Hoheitsrechte können daher gem.

⁵² Das Vorbringen des Betroffenen, im nordirischen Justizvollzug drohe ihm Lebensgefahr, wird in der Sache nicht gewürdigt, obwohl dies nach Art. 23 Abs. 4 RbEuHb einen legitimen Grund für die Aussetzung der Übergabe bedeuten kann. Allerdings hatte auch der vorlegende irische High Court dazu nichts weiter ausgeführt. So fernliegend es auf den ersten Blick scheinen mag, gibt es doch entsprechende Anhaltspunkte: Es handelte sich um einen Mordfall aus den 1990er Jahren, der zwar im Bereich des Drogenhandels und nicht des (nord-)irischen Terrorismus anzusiedeln sein dürfte. Der Betroffene war jedoch auch in diesem Zusammenhang nach Presseberichten mehrfach Ziel von Mordversuchen der INLA (Irish National Liberation Army), einer Abspaltung der IRA (*Breen*, *The Belfast Telegraph* v. 20.9.2000, online unter:

www.belfasttelegraph.co.uk/imported/the-fugitives-283086-86.html [31.1.2017]). Dieser Organisation war es 1997 gelungen, im Hochsicherheitsgefängnis Maze in Nordirland ein hochrangiges Mitglied einer rivalisierenden Gruppe durch einen Auftragsmörder umbringen zu lassen (*McDonald*, *The Guardian* v. 13.9.2010, online unter: <http://www.theguardian.com/uk/2010/sep/13/billy-wright-assassin-maze-security> [31.1.2017]).

⁵³ Vgl. zum Folgenden anschaulich *Polzin*, JuS 2012, 1; in Bezug auf das hier gegenständliche Urteil *Sauer*, NJW 2016, 1134 (1136 f.); unter didaktischen Gesichtspunkten *Sachs*, JuS 2016, 373.

⁵⁴ BVerfGE 73, 339 (378 ff.); 102, 147 (162-164).

⁵⁵ BVerfGE 73, 339 (387).

Art. 23 Abs. 1 S. 3 GG auch nicht nach Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG auf die EU übertragen werden.⁵⁶ Rechtsbehelfe, die sich gegen Verletzungen dieses Kerngehaltes der Verfassungsidentität richten, sind daher nicht schon allein deshalb per se unzulässig, weil sie sich nicht auf eine *generelle* Unterschreitung des von den in Art. 1 und 20 GG enthaltenen Grundsätzen berufen können. Vielmehr stehe es in all diesen Fällen der Zulässigkeit einer Verfassungsbeschwerde nicht entgegen, dass sie auf eine Einzelfallkontrolle gerichtet wäre.

Hinzu tritt als drittes der „*ultra vires*“-Vorbehalt, mit dem es sich das BVerfG vorbehält, Rechtsakte der EU daraufhin zu überprüfen, ob sie sich im Rahmen der in einem deutschen Zustimmungsgesetz erteilten Übertragung von Hoheitsrechten bewegen oder ob sie stattdessen aus diesem Rahmen ausbrechen.⁵⁷

Da es sich bei dem RbEuHb um Unionssekundärrecht handelt und diesem also grundsätzlich ein Anwendungsvorrang zukommt, wirken sich folglich der vom EuGH sichergestellte EU-Grundrechtsschutz und die vom BVerfG angemeldeten grundgesetzlichen Vorbehalte unmittelbar auf die Bestimmung desjenigen *ordre public* aus, den deutsche Hoheitsträger bei Auslieferungsersuchen anderer EU-Staaten im Rahmen eines europäischen Haftbefehlsverfahrens zu beachten haben.

III. Die Konturierung der Verfassungsidentität über die Menschenwürdegarantie

Der Beschluss des BVerfG fällt vor allem durch seine Aussagen zur Menschenwürdegarantie im Auslieferungsverfahren (1.), die Herleitung eines Anwesenheitsgebotes im Strafverfahren (2.), die Betonung der materiell-rechtlichen Kohärenz der höchstrichterlichen Garantien für den Bereich der Rechtshilfe in Strafsachen (3.) und die prozessualen Schlussfolgerungen auf, die das Gericht für das innerstaatliche Auslieferungsverfahren zieht (4.).

1. Aussagen zur Menschenwürdegarantie

In seinem Beschluss streicht das BVerfG die Menschenwürde als Bestandteil der Verfassungsidentität heraus, die auch im Rahmen der fortschreitenden Integration der EU „integrationsfest“ sei und damit dem Anwendungsvorrang des Unionsrechts entgegenstehe.⁵⁸ Dies bedeutet für den *ordre-public*-Gehalt im Auslieferungsverkehr der Bundesrepublik mit den EU-Staaten, dass er jedenfalls die Menschenwürde umfasst. Schließt man sich zudem der Argumentation an, dass bei den EU-Staaten innerhalb der europäischen Wertegemeinschaft weniger streng auf die Einhaltung von Menschenrechten geachtet werden müsse als bei anderen Staaten, weil aufgrund des gegenseitigen Vertrauens in die Rechtsstaatlichkeit und des allseitigen Respekts für die Menschenrechte deren Schutz dem jeweils anderen Mitgliedstaat überlassen werden könne, bedeutet dies in einem Erst-recht-Schluss, dass gegenüber

den Nicht-EU-Staaten – die dann also strengeren Anforderungen zu genügen haben – ebenfalls die Menschenwürde zum deutschen *ordre public* gehört. Dies mag angesichts der Stellung der Menschenwürdegarantie als der Fundamentalnorm⁵⁹ der Verfassung nicht weiter überraschen, für den weiteren Verlauf dieser Erörterung verdient diese verfassungsgerichtliche Klarstellung jedoch an dieser Stelle eine Hervorhebung.

2. Die Anreicherung um das Anwesenheitsgebot im Strafverfahren

Des Weiteren lädt das BVerfG die Menschenwürdegarantie mit einem gewichtigen prozessualen Gehalt auf: Aus der Würde des Einzelnen folge der Schuldgrundsatz im Strafrecht, dies ist schon in der Lissabon-Entscheidung betont worden.⁶⁰ Aus diesem das Strafrecht beherrschenden Prinzip leitet das BVerfG über das Prinzip der materiellen Wahrheit als leitendem Prozessprinzip ein striktes Anwesenheitsgebot⁶¹ des Tatverdächtigen im Strafverfahren ab.⁶² Dessen Menschenwürde werde durch eine schuldangemessene Bestrafung nur dann gewahrt, wenn seine Verurteilung aufgrund einer umfassenden Erforschung seiner Persönlichkeit beruhe, und das setze voraus, dass „das Gericht in der öffentlichen Hauptverhandlung in Anwesenheit des Angeklagten einen Einblick in seine Persönlichkeit, seine Beweggründe, seine Sicht der Tat, des Opfers und der Tatumstände erhält“⁶³.

Bemerkenswert ist es, dass die konkreten Probleme der Anwesenheitsentscheidung zwar unter dem Aspekt des Art. 6 EMRK bzw. der Art. 47 und 48 GRCh erörtert werden,⁶⁴ und im vorliegenden Fall gerade keine nennenswerten Unterschiede im materiellen Grundrechtsgewährleistungsgehalt bestehen sollen. Mit anderen Worten hätten EuGH und EGMR nach Ansicht des BVerfG genauso entschieden, so dass eine Rechtsprechungskollision der höchsten europäischen Gerichte in dieser Frage von vornherein ausgeschlossen

⁵⁹ Vgl. nur die Zusammenstellung von Prädikaten der Menschenwürdegarantie bei *Herdegen* (Fn. 11), Art. 1 Abs. 1, Rn. 4.

⁶⁰ BVerfG NJW 2016, 1149, Rn. 53 ff.; BVerfGE 123, 267, Rn. 364: „Das Schuldprinzip gehört zu der wegen Art. 79 Abs. 3 GG unverfügbaren Verfassungsidentität, die auch vor Eingriffen durch die supranational ausgeübte öffentliche Gewalt geschützt ist.“ Der Zusammenhang zwischen Schuldgrundsatz und grundlegenden Prinzipien des Strafprozesses ist auch verdeutlicht worden im Urteil zu den prozessualen Absprachen, BVerfG NSTz 2013, 295 (Ls. 1).

⁶¹ Zu Widersprüchen im deutschen System in Bezug auf die tatsächliche Wichtigkeit der Anwesenheit des Angeklagten auch *Morgenstern*, JR 2016, 237.

⁶² BVerfG NJW 2016, 1149, Rn. 56-58; sehr kritisch aus strafverfahrensrechtlicher Sicht wie hier *Brodowski*, JR 2016, 415 (428): „Überhöhung eines Prinzips der materiellen Wahrheit“; und *Kühne*, StV 2016, 299 (300).

⁶³ BVerfG NJW 2016, 1149, Rn. 58.

⁶⁴ BVerfG NJW 2016, 1149, Rn. 92 ff. *Kühne*, StV 2016, 299 (301), bemerkt dazu, dies sei auch „im konkreten Zusammenhang präzise und zutreffend“ geschehen.

⁵⁶ BVerfGE 123, 267 (349 ff.); 126, 286 (302).

⁵⁷ BVerfGE 75, 223 (242); 89, 155 (187 f., 192, 199); 123, 267 (349, 353); 126, 286 (302 ff.).

⁵⁸ BVerfG NJW 2016, 1149, Rn. 48.

sen und die national-verfassungsrechtliche Anknüpfung des BVerfG jedenfalls ein möglicher Beurteilungsansatz sei. Das BVerfG greift dann aber doch auf Art. 1 GG – in der Logik der Entscheidung, Grundrechtsgewährleistungen zu zementieren und sich gleichzeitig im Verfassungsgerichtsverbund zu behaupten, nachvollziehbar – zurück. Dabei wird aber nicht klar, wie deren Verhältnis ist bzw. welche Art der Verletzung der Rechte des Betroffenen hier so schwer wiegt, dass der Verstoß nur von Art. 1 GG, nicht aber von Art. 6 EMRK abgedeckt wird. Durchaus nahegelegen hätte es, dem OLG – in Übereinstimmung mit Unionsrecht (Art. 6 EUV) – einen Verstoß gegen das Fairnessgebot in Gestalt der Verweigerung (oder jedenfalls unzureichenden Garantie) umfassender Nachholung rechtlichen Gehörs, inklusive vollständiger Tatsachenprüfung, aufzuzeigen und sich damit zu begnügen.⁶⁵

Angesichts der schon erwähnten unterschiedlichen Traditionen der europäischen Rechtsordnungen mit Blick auf die Anwesenheit im Strafverfahren und auch mit Blick auf die Akzeptanz von ausgehandelten Ergebnissen in der Hauptverhandlung wird diese „menschenwürdehaltige“ Lesart der Prinzipien des deutschen Strafprozess Deutschlands Teilnahme am internationalen Rechtsverkehr außerdem deutlich erschweren.⁶⁶ Dass das BVerfG sich von dieser Überlegung nicht schrecken lässt, zeigt eine jüngst ergangene einstweilige Anordnung betreffend die Auslieferung an das Vereinigte Königreich.⁶⁷

3. Keine Reduzierung – nie

Außerdem postuliert das BVerfG, dass die Menschenwürde als „höchste[r] Rechtswert innerhalb der verfassungsmäßigen Ordnung“ uneingeschränkt⁶⁸ und im Einzelfall gewährleistet werden müsse, wie sich aus Art. 23 Abs. 1 S. 3 GG und Art. 79 Abs. 3 GG ergebe.⁶⁹ Angesichts dessen hätten sowohl der Integrationsauftrag als auch die Europarechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes zurückzustehen.

Dieser Rückgriff auf seinen Vorbehalt einer Identitätskontrolle aus der „Lissabon“-Entscheidung⁷⁰ dient dem

BVerfG in erster Linie zur Begründung, wieso es die Verfassungsbeschwerde überhaupt zulässt, denn nach der „Solange“-Rechtsprechung sind Verfassungsbeschwerden gegen unionsrechtlich determinierte Hoheitsakte wegen möglicher Verletzung deutscher Grundrechte bereits unzulässig.⁷¹

Damit grenzt das BVerfG die Menschenwürde jedoch zugleich gegen jedweden Reduzierungsversuch ab, wenn sogar die sowohl in der Präambel als auch in Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG zum Ausdruck kommende Europarechtsfreundlichkeit keine Beschränkung der Menschenwürdegewährleistungen zu bewirken vermag. Insbesondere sind dann die dogmatischen Bemühungen, mittels der Europa- und Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes den Geltungsumfang der übrigen Grundrechte bei Sachverhalten mit Auslandsberührung zu reduzieren,⁷² nicht auf die Menschenwürdegarantie übertragbar. Dabei ist es richtig, dass der Begriff der Menschenwürde von „extremer Unbestimmtheit“ ist, „während der Subsumtion ihres Wesens [können] im Einzelfall fast beliebig viele Argumente zur Relativierung Einfluss nehmen.“⁷³ Gerade für das Strafverfahrensrecht könnte außerdem die Überlegung, ob in anderen Grundrechten ein Menschenwürdekern schlummert, weitere Anwendungsmöglichkeiten eröffnen bzw. für bestimmte Anwendungsgebiete konkretisieren,⁷⁴ insbesondere wenn man einen Menschenwürdegehalt der in Art. 2 GG verbürgten Rechte oder der Justizgrundrechte erwägt.⁷⁵ Andererseits liegen im Bereich des Strafrechts und des Strafvollzugs durch das BVerfG bereits sehr akzentuierte, auf der Menschenwürde gegründete konkrete Standards vor – zu nennen ist vor allem die „Lebenslang“-Entscheidung von 1977.⁷⁶ Aus dem Verbot einer Reduktion dieser Gewährleistungen des Art. 1 Abs. 1 GG muss wohl gefolgert werden, dass alle Gewährleistungen, die das BVerfG für inländische Sachverhalte der Menschenwürde entnimmt (und bisher schon konkretisiert hat), in vollem Umfang auch auf Sachverhalte mit Auslandsbezug zu erstrecken sind.⁷⁷ Alle!

⁶⁵ Entsprechend *Sauer*, NJW 2016, 1134 (1135); *Brodowski*, JR 2016, 415 (422); *Sachs*, JuS 2016, 373 (375). Zu der eigentlichen dahinterstehenden, unnötigen Selbstbeschränkung des BVerfG im Blick auf die Sache selbst vgl. *Classen*, EuR 2016, 304 (309).

⁶⁶ Entsprechend *Brodowski*, JR 2016, 415 (428 f.).

⁶⁷ BVerfG, Beschl. v. 6.5.2016 – 2 BvR 890/16. Die Anordnung erging, weil dem Beschwerdeführer im ersuchenden Staat ein Strafverfahren droht, in dem sein vollständiges Schweigen unter Umständen zu seinem Nachteil gewertet und zu einer Verurteilung beitragen könnte; dies könnte dann gegen das aus der Menschenwürde des Beschuldigten hergeleitete Schweigerecht verstoßen.

⁶⁸ Eine Einordnung als „nicht unbeschränkt“ entnimmt hingegen *Sachs* (JuS 2016, 373 [374 f.]) dem Beschluss, jedoch ohne Nachweisführung anhand einer Textstelle.

⁶⁹ Dazu und zum Folgenden BVerfG NJW 2016, 1149, Rn. 49.

⁷⁰ BVerfGE 123, 267 (344 ff.).

⁷¹ Dieser Aspekt wird in der Literatur vielfach betont, vgl. etwa *Classen*, EuR 2016, 304 (307); *Sauer*, NJW 2016, 1134 (1135); *Bilz*, GreifRecht 2016, 49 (50).

⁷² Zu solchen Überlegungen näher *Kromrey* (Fn. 8), S. 67 ff.

⁷³ *Kühne*, StV 2016, 299 (300).

⁷⁴ *Sauer*, NJW 2016, 1134 (1137); *Hong* (Fn. 2), S. 3; *Goos* (Fn. 2), in Teil II des Blogbeitrags.

⁷⁵ Auch für das Justizgrundrecht des Art. 103 Abs. 1 GG, d.h. den Anspruch auf rechtliches Gehör, wird ein solcher Menschenwürdekern diskutiert, vgl., auch für weitere Grundrechte, *Herdegen* (Fn. 11), Art. 1 Abs. 1 Rn. 26; indes relativierend *ders.* (Fn. 11), Art. 79 Rn. 115; überzeugende, deutliche Ablehnung auch bei *Hufen*, Staatsrecht II, Grundrechte, 5. Aufl. 2016, § 6 Rn. 46.

⁷⁶ BVerfG 45, 187; ausführlich zur Frage der lebenslangen Freiheitsstrafe auch im internationalen Kontext *Morgenstern*, Rechtswissenschaft 2014, 153 (161 ff.).

⁷⁷ Dies entnimmt etwa auch *Nettesheim* (JZ 2016, 424 [427]) dem Beschluss.

4. Prozessuale Schlussfolgerungen des BVerfG

a) Die Verantwortungszuweisung an das OLG für eine gründliche Sachverhaltsermittlung

Für die Praxis überaus bedeutsam sind die potenziellen Konsequenzen der Entscheidung des BVerfG – ob dem *Senat* bewusst war, wie erheblich sie sind, ist fraglich. Bei genauem Hinsehen wird der Verstoß gegen die Menschenwürdegarantie hier nämlich vor allem prozedural begründet – das OLG Düsseldorf hat nach Auffassung des BVerfG „den Umfang der ihm obliegenden Pflicht zur Aufklärung des Sachverhalts und damit Bedeutung und Tragweite von Art. 1 Abs. 1 GG verkannt“.⁷⁸ Die in der Tat seltsam anmutende Formulierung des OLG, dass eine Überprüfung des Abwesenheitsurteils nach der Auslieferung in Italien stattfinden werde, im Rahmen derer eine „erneute Beweisaufnahme jedenfalls nicht ausgeschlossen sei“ (obwohl sie eben nicht nur nicht ausgeschlossen, sondern gewährleistet sein muss!),⁷⁹ führt zu dem (gegenüber einem deutschen Obergericht doch recht gravierenden) Vorwurf, es habe die Menschenwürde des Betroffenen verletzt. Diesem Vorwurf werden sich weitere OLGe nicht aussetzen wollen.

Das BVerfG verpflichtet sie in Auslieferungsverfahren nun dazu sicherzustellen, dass auch im Einzelfall zumindest die Rechte des Verfolgten aus Art. 1 Abs. 1 GG gewahrt sind,⁸⁰ und dies bedeute vor allem eine Ermittlungspflicht der OLGe hinsichtlich Rechtslage und -praxis im ersuchenden Staat.⁸¹ In einer Fortführung der Lissabon-Entscheidung stellt das Gericht erneut klar, dass dies unabhängig von der unionsrechtlichen Determinierung der Anwendung des deutschen Rechts gelte, da es sich bei Art. 1 Abs. 1 GG um den integrationsfesten Teil der Verfassungsidentität handele, der in jedem Einzelfall zu verteidigen sei.⁸² Das Gericht zieht dabei seine derzeit bevorzugte Formulierung heran, die deutsche Hoheitsgewalt dürfe „die Hand nicht zu Verletzungen der Menschenwürde durch andere Staaten reichen“.⁸³ Das BVerfG sieht die Aufklärungspflicht des OLG jedoch in Inhalt und Umfang nicht abstrakt-generell bestimmbar, sondern von den Gegebenheiten des Einzelfalls abhängig.⁸⁴ Es verweist das OLG auf die Angaben des Verfolgten zu drohenden Rechtsverletzungen als Ausgangspunkt weiterer Ermittlungen, wobei den Verfolgten aber keine Beweislast treffe.⁸⁵ Das Gericht zeigt den OLGen dabei eine Vielzahl von Erkenntnismitteln auf; neben Anfragen beim ersuchenden Staat, eingeholten Gutachten oder amtlichen Auskünften seien auch sämtliche weiteren Erkenntnismittel denkbar, „die nach den Grundsätzen der Logik, allgemeiner Erfahrung oder wissenschaftlicher Erkenntnis geeignet sind oder geeignet

sein können, die Überzeugung des Gerichts vom Vorhandensein entscheidungserheblicher Tatsachen und von der Richtigkeit einer Beurteilung oder Wertung von Tatsachen zu begründen“.⁸⁶ Implizit verpflichtet das BVerfG die Fachgerichte dazu, aus diesem Fundus auch zu schöpfen und die zahlreichen Möglichkeiten⁸⁷ zur Erkenntnisgewinnung über die Rechtstheorie und -praxis im ersuchenden Staat heranzuziehen. Dies lässt insbesondere deswegen aufhorchen, weil das BVerfG diesen Anforderungen selbst nicht durchweg genügt,⁸⁸ und ein Postulat in dieser Klarheit den Verfolgtenrechten in Auslieferungssachen in höchstem Maße dienlich sein wird.

b) Kehrseite einer ungekürzten Menschenwürdegarantie: Darlegungslast des Verfolgten?

Mit der Bestätigung, dass die Gewährleistungen der Menschenwürdegarantie bei Sachverhalten mit Auslandsberührung im Auslieferungsverkehr uneingeschränkt zu behaupten sind, hat das BVerfG Klarheit darüber geschaffen, dass hinsichtlich der materiell-rechtlichen Rechtsposition des Verfolgten sozusagen die Tür ziemlich weit offensteht und dass Verfassungsbeschwerden gegen Zulässigkeitsentscheidungen der OLGe eigentlich große Aussicht auf Erfolg beschieden sein dürfte. Wohl in dem Bestreben, einerseits eine Flut an derartige Urteilsverfassungsbeschwerden und andererseits ein etwaiges Ausufern der Schutzentfaltung im deutschen Auslieferungsverfahren sogleich wieder einzudämmen, hat es der vollumfänglichen Geltung des Art. 1 Abs. 1 GG zwei prozessrechtliche Vorbehalte an die Seite gestellt. Deren Inhalt und Grenzen werden jedoch nicht durchweg klar.

Zunächst ist davon die Rede, es müsse „im Einzelnen substantiiert dargelegt werden, inwieweit im konkreten Fall die durch Artikel 1 Abs. 1 GG geschützte Garantie der Menschenwürde verletzt ist“⁸⁹. Soweit sich diese Anforderung an jener Stelle auf die Zulässigkeit einer Urteilsverfassungsbeschwerde gegen die Zulässigkeitsentscheidung des OLG richtet, kann dem noch beigespflichtet werden, wenn damit gemeint sein soll, der Auszuliefernde müsse zunächst (nur) die verfahrensrechtliche Verfehlung des OLG substantiieren, die zu seiner Verletzung in Art. 1 Abs. 1 GG geführt hat. Mittelbar bedeutet dies für ihn jedoch auch, durch Tatsachendarstellungen belegen zu müssen, welche gebotenen Sachverhaltsaufklärungen das OLG unterlassen hat. Angesichts der hinlänglich bekannten „auslieferungsspezifischen Beweisnot“⁹⁰ und der zu beklagenden Uneinheitlichkeit der

⁷⁸ BVerfG NJW 2016, 1149, Rn. 109.

⁷⁹ BVerfG NJW 2016, 1149, Rn. 123 f.

⁸⁰ BVerfG NJW 2016, 1149, Rn. 83.

⁸¹ BVerfG NJW 2016, 1149, Rn. 110.

⁸² BVerfG NJW 2016, 1149, Rn. 76 ff.

⁸³ BVerfG NJW 2016, 1149, Rn. 62 m.w.N. aus der Rspr.

⁸⁴ BVerfG NJW 2016, 1149, Rn. 64.

⁸⁵ BVerfG NJW 2016, 1149, Rn. 65; kritisch zu den damit verbundenen Implikationen jedoch sogleich III. 4. b).

⁸⁶ BVerfG NJW 2016, 1149, Rn. 66.

⁸⁷ Vgl. zu weiteren möglichen Erkenntnisquellen, insbesondere auch zu Ländern außerhalb der EU, *Kromrey* (Fn. 8), S. 277 ff.

⁸⁸ Vgl. dazu ausführlich *Kromrey/Morgenstern*, ZIS 2014, 704 (706 f., 712 ff.).

⁸⁹ BVerfG NJW 2016, 1149, Rn. 50 (*Hervorhebung durch die Verf.*).

⁹⁰ So *Vogel*, JZ 2004, 144 (145); ähnlich z.B. OLG Stuttgart NStZ-RR 2007, 274; *Gärditz*, in: Böse (Hrsg.), *Europäisches Strafrecht*, 2013, S. 227-268, Rn. 73: „strukturelle Beweisschwierigkeiten“ des Betroffenen.

Kritik, die das BVerfG aus verfassungsrechtlicher Perspektive an den OLG-Entscheidungen in der Vergangenheit geübt hat⁹¹, kann dies dem Verfolgten bereits ernsthafte Schwierigkeiten bereiten.

Diese Einschränkung für die Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde wird vom BVerfG im Weiteren ergänzt durch die Feststellung, den Verfolgten treffe bereits zuvor im Auslieferungsverfahren „eine *Darlegungslast*, mit der er den an der Entscheidung über die Zulässigkeit der Auslieferung beteiligten Stellen hinreichende Anhaltspunkte für ihre Ermittlungen geben muss“⁹². In dieser knapp und begründungslos vorgetragenen Anforderung liegt erhebliches Konfliktpotenzial zu dem Amtsermittlungsgrundsatz, den das BVerfG andererseits hervorhebt. Insoweit noch widerspruchsfrei führt es aus, dass der Amtsermittlungsgrundsatz im Auslieferungsverfahren gelte und den Betroffenen insoweit keine Beweislast treffe.⁹³ Mit Beweislast ist in diesem Zusammenhang vom BVerfG die subjektive Beweislast (o.a. „Beweisführungslast“) gemeint, die also nicht danach fragt, zu wessen Nachteil die Nichterweislichkeit einer Tatsache geht (dann „objektive Beweislast“),⁹⁴ sondern wer zunächst überhaupt Beweis erbringen muss für eine entscheidungsrelevante Tatsache.⁹⁵ Daneben soll es nun also eine vorgelagerte „Darlegungslast“ des Verfolgten geben,⁹⁶ so dass er die erheblichen Tatsachen zunächst selbst vortragen muss. Bei geltendem Amtsermittlungsgrundsatz bleibt jedoch für eine Darlegungslast des Verfolgten kein Raum,⁹⁷ wenn man diesen Amtsermittlungsgrundsatz nicht weitgehend aushöhlen möchte. Dem OLG und der Bewilligungsbehörde als Entscheidungsträgern muss es im Lichte des Amtsermittlungsgrundsatzes verwehrt sein, die Reichweite ihrer Sachverhaltsaufklärung vom Vorbringen des Verfolgten abhängig zu machen. Sicherlich ist der Verfolgte gehalten – und in den allermeisten Fällen auch sehr daran interessiert –, nach seinen Möglichkeiten zur Sachverhaltsaufklärung beizutragen und Informationen über potenzielle Auslieferungshindernisse zur Verfügung zu stellen.⁹⁸ Wie das BVerfG aber in ständiger Rechtsprechung

sonst auch selbst feststellt, ist die erforderliche Sachverhaltsaufklärung vom OLG und von der Generalstaatsanwaltschaft vorzunehmen.⁹⁹ Einer Darlegungslast des Verfolgten kann im Auslieferungsverfahren daher kein eigener Gehalt zukommen, der prozessrechtliche Nachteile mit sich bringt.

IV. „Wandel durch Annäherung“ – Stärkung des Grundrechtsschutzes Auszuliefernder durch den EuGH

Die Entscheidung in den verbundenen Rechtssachen Aranyosi und Căldăraru bot dem EuGH in bemerkenswerter zeitlicher Koinzidenz Gelegenheit, seinerseits seine Rechtsprechung zu Auslieferungssachverhalten weiterzuentwickeln und zu verfeinern. Diese Chance hat er genutzt und ist dabei sowohl den Rechtsanwendern als auch den Auszuliefernden entgegengekommen. Zunächst hat er die überfällige Konsequenz aus der Normenarchitektur der EU gezogen und gesteht es den EU-Grundrechten nunmehr zu, im Konfliktfall einer Auslieferungsverpflichtung wirksam entgegenstehen und sie aufhalten zu können (1.). Dies ist angesichts sich seit geraumer Zeit häufender Fälle von „systemischen Menschenrechtsverletzungen“ durch Haftbedingungen in einzelnen Staaten im Sinne effektiven Menschenrechtsschutzes auch überfällig (2.). Zudem ist der EuGH wie schon das BVerfG in seiner Entscheidung erkennbar bemüht, eine materiellrechtliche Kohärenz im europäischen Rechtsprechungsverbund aufzuzeigen, wobei die Referenzpunkte des Gerichtshofs sich auf die GRCh und die EMRK beschränken, aus denen er im Rahmen der Erörterung des Folterverbots die Menschenwürdegarantie hervorhebt, ohne sich ausdrücklich auf deren deutsche Ausformung zu beziehen (3.). Dabei formuliert und präzisiert auch er prozessuale Schlussfolgerungen, die sich teilweise mit denen des BVerfG decken und im Ansatz einen konstruktiven Ausweg aus der sich abzeichnenden Situation aufzeigen, dass selbst bei den derzeit eher geringen materiellen Menschenrechtsgewährleistungen im Strafvollzug das europäische Auslieferungssystem in eine partielle Dysfunktionalität ableitet (4.).

1. Die EU-Grundrechte als Auslieferungsgegenrechte

Entgegen seinen bisherigen, oben schon beschriebenen Ausführungen in den Rechtssachen Radu und Melloni, Jeremy F. und auch Lanigan¹⁰⁰ erweist der EuGH nunmehr der Verweisklausel in Art. 1 Abs. 3 RbEuHb auf die GRCh und die EMRK nicht nur formale Referenz, sondern erkennt die Bedeutung von GRCh und EMRK als alles überlagernde

dungen hergeleitet, die nicht deswegen zur Auslieferung führten, weil der Verfolgte Umstände nicht dargelegt hatte, die einer Auslieferung hätten entgegenstehen können, sondern weil das jeweilige OLG den vorgetragenen Hinweisen auf hindernde Umstände nicht nachgegangen ist; vgl. dazu Kromrey (Fn. 8), S. 236.

⁹⁹ So bereits BVerfGE 52, 391 (406 f.); zustimmend Vogler, ZStW 105 (1993), 3 (14).

¹⁰⁰ Radu: EuGH, NJW 2013, 1145; Melloni: EuGH, NJW 2013, 215; EuGH, Urt. v. 30.5.2013 – C-168/13 PPU (Jeremy F.); EuGH, Urt. v. 16.7.2015 – C-237/15 (Lanigan).

⁹¹ Ausführlich dazu Kromrey (Fn. 8), S. 247 ff.

⁹² BVerfG NJW 2016, 1149, Rn. 69 (*Hervorhebung* durch die Verf.).

⁹³ BVerfG NJW 2016, 1149, Rn. 65, mit Verweis auf seine ständige Rechtsprechung.

⁹⁴ Vgl. dazu Breunig, in: Posser/Wolff (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Verwaltungsgerichtsordnung, Stand: September 2015, § 86 Rn. 35.

⁹⁵ Vgl. grundlegend zu dieser Unterscheidung Kokott, Beweislastverteilung und Prognoseentscheidungen bei der Inanspruchnahme von Grund- und Menschenrechten, 1993, S. 2 m.w.N.

⁹⁶ Von der h.M. wird es bereits abgelehnt, dass der Darlegungslast neben der (subjektiven) Beweislast überhaupt eine eigenständige Rolle zukommen kann; vgl. dazu Kokott (Fn. 95), S. 2 m.w.N.

⁹⁷ Vgl. Kromrey (Fn. 8), S. 235 f.

⁹⁸ BVerfGE 52, 391 (406); Popp (Fn. 28), Rn. 356; Lagodny (Fn. 11), § 30 Rn. 12. In der Literatur wird die Darlegungslast von ihren Verfechtern im Übrigen aus OLG-Entscheidungen

Rechtsschicht an, deren Gewährleistungen der Vollstreckung einer Auslieferung entgegenstehen können.¹⁰¹ Bislang hatte er das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung¹⁰² in den Vordergrund gestellt, das einer Geltendmachung von Grundrechtseinwänden vor Vollstreckung eines EuHb von Seiten des Vollstreckungsstaates entgegenstehen würde.¹⁰³ Diese dogmatisch stringente Kehrtwende, dass die EU-Grundrechte bis hin zur Menschenwürdegarantie nun also mit dem Topos „gegenseitige Anerkennung“ aufgrund „gegenseitigen Vertrauens“ nicht mehr von vornherein ausgehebelt werden können, dürfte einiges zur Beruhigung etwaiger potenzieller Konflikte der verschiedenen mit dem Individualgrundrechtsschutz befassten „höchsten“ Gerichte in Europa beitragen.

2. In der Sache: Unmenschliche Haftbedingungen als Auslieferungshindernisse

Angesichts massenhafter, vom EGMR gerügter Verstöße gegen Art. 3 EMRK durch unmenschliche Haftbedingungen, dürfte es für den EuGH auch in der Sache schwierig geworden sein, solche Umstände weiter zu ignorieren bzw. mit dem Postulat des gegenseitigen Vertrauens zu überspielen. Ohne sich weiter um eine Vorlagepflicht zu scheren, mehrten sich nämlich in den letzten Jahren die nationalen gerichtlichen Entscheidungen, die eine Auslieferung in solche Staaten verweigerten, in denen vom EGMR „systemische Probleme“ in Bezug auf die Haftbedingungen festgestellt worden waren (oder drohten).¹⁰⁴ Die Konvention verfügt mit Blick auf die Umsetzung der Konventionsrechte außer über das Individualbeschwerdeverfahren durch Art. 46 EMRK noch über wei-

tere Kontroll- oder zumindest Monitoring-Mechanismen. Diese Muster- oder Pilotverfahren, die eben auf ein solches „systemisches Problem“ im betroffenen Mitgliedstaat reagieren, sind in jüngerer Zeit gerade wegen überfüllungsbedingter, d.h. strukturell unmenschlicher Haftbedingungen angestrengt worden. Zwar sind dem EGMR bzw. dem Ministerkomitee des Europarats als überwachender Institution letztlich die Hände gebunden, wenn ein Staat die Urteile nicht umsetzt. Immerhin kann aber durch Berichtspflichten Öffentlichkeit hergestellt und etwas Druck aufgebaut werden, der sich kriminalpolitisch nutzen lässt und z.B. von EU-Beitrittskandidaten tunlichst zu vermeiden ist. Wenn solche Mechanismen in Gang gesetzt sind, musste dies daher auch von EuGH zur Kenntnis genommen werden. Selbst wenn im konkreten Einzelfall dann auch immer verfolgt werden muss, ob die Maßnahmen noch aktuell sind oder ob das betroffene Land inzwischen Abhilfe geschaffen hat, taugen die Entscheidungen des EGMR ebenso wie Ausführungen in den Berichten des Europäischen Antifolterkomitees (CPT)¹⁰⁵ als Ausgangspunkt für eine genauere Aufklärung allemal.

Die eklatanten Menschenrechtsverstöße im Haftvollzug, zumeist wegen erheblicher Überfüllung, sind in der EGMR-Rechtsprechung in Form entsprechender Pilotentscheidungen wegen systemischer Verstöße gegen Art. 3 EMRK dokumentiert. Die Rechtsprechung hat seit der Jahrtausendwende fünf Staaten betroffen: Polen, Russland, Bulgarien, Ungarn und Italien.¹⁰⁶ Gegen Belgien gibt es ein ähnliches Urteil, d.h. auch hier stellte der EGMR eine weit verbreitete Praxis fest.¹⁰⁷ Die Annahme der massenhaften Verstöße gegen

¹⁰¹ EuGH NJW 2016, 1709, Rn. 83 ff.

¹⁰² Vgl. zu dessen Auswirkungen auf die Entstehung des RbEuHb Vogel, JZ 2001, 937 (939 f.); Freund, Die Anordnung von Untersuchungshaft wegen Flucht und Fluchtgefahr gegen EU-Ausländer unter besonderer Berücksichtigung des Europäischen Haftbefehls, 2010, S. 177 ff.

¹⁰³ Burchard (Fn. 19), Rn. 49, mit Verweis auf weitere EuGH-Entscheidungen in seiner Fn. 162; genauso Brodowski, ZIS 2013, 455 (469).

¹⁰⁴ Zu Deutschland s.o. Entsprechend verweigerten ein dänisches und ein nordirisches Gericht die Übergabe an Litauen (Sakalauskas, NK 2015, 190 [197]). Weitere Entscheidungen englischer Gerichte sind zu Italien erfolgt, sie bezogen sich ausdrücklich auf die Autorität des EGMR-Piloturteils zum systemischen Problem der Überbelegung der italienischen Gefängnisse in der Sache Torreggiani. Bemerkenswert ist, dass sich der britische Richter auch nicht auf Zusicherungen der italienischen Justizbehörden verlassen wollte, die Betroffenen würden nicht in menschenunwürdigen Umständen inhaftiert, vgl. den Fall Hayle Badre (High Court, Queen's Bench Division Administrative Court v. 11.3.2014 [Hayle Abdi Badre v. Court of Florence, Italy], 2014 EWHC 614 [Admin], online unter:

<http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Admin/2014/614.html> [31.1.2017]) und den Fall Domenico Rancadore, The Guardian v. 17.3.2014 (online unter: www.theguardian.com/world/2014/mar/17/mafia-boss-domenico-rancadore-wins-extradition-fight [31.1.2017]).

¹⁰⁵ Der operative Mechanismus des „Übereinkommen[s] zur Verhütung von Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe“ von 1987 ist das European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment – kurz: CPT. Es hat weitgehende Besuchsrechte in den freiheitsentziehenden Einrichtungen aller Mitgliedsstaaten des Europarats und veröffentlicht (mit Einverständnis der Staaten, das fast immer gegeben wird) die Besuchsberichte auf seiner Website (www.cpt.coe.int). Dort finden sich aber auch Stellungnahmen der Regierungen, an denen sich ggf. auch Fortschritte bei den Vollzugsbedingungen ablesen lassen.

¹⁰⁶ EGMR (Pilotentscheidung), Urte. v. 22.10.2009 – 17885/04 (Orchowski v. Polen); EGMR (Pilotentscheidung), Urte. v. 22.10.2009 – 17599/05 (Norbert Sikorski v. Polen); EGMR (Pilotentscheidung), Urte. v. 10.1.2012 – 42525/07 und 60800/08 (Ananyev u.a. v. Russland); EGMR (Pilotentscheidung), Urte. v. 10.5.2011 – 48059/06 und 2708/09 (Dimitrov und Hamanov v. Bulgarien); EGMR (Pilotentscheidung), Urte. v. 27.1.2015 – 36925/10 u.a. (Neshkov u.a. v. Bulgarien); EGMR (Pilotentscheidung), Urte. v. 10.3.2015 – 14097/12 u.a. (Varga u.a. v. Ungarn); EGMR (Pilotentscheidung), Urte. v. 8.1.2013 – 43517/09 u.a. (Torreggiani u.a. v. Italien).

¹⁰⁷ EGMR, Urte. v. 25.11.2014 – 64682/12 (Vasilescu v. Belgien), Rn. 99 ff., es ging um die Anstalten Anvers und Merksplas. Die belgische Regierung bestritt das Vorbringen teilweise, fand vor dem EGMR aber kein Gehör: Angesichts wiederholter Berichte des CPT aus den entsprechenden An-

Art. 3 EMRK hat sich der EGMR inzwischen dadurch erleichtert, dass die unmenschlichen Bedingungen vor allem auf Platzmangel zurückgeführt werden: Stehen pro Gefangenen weniger als 3 m² zur Verfügung – was von den Behörden zumeist selbst eingeräumt bzw. anhand von Kapazitätsberechnungen nachgewiesen werden kann –, ist der Minimalstandard nach CPT-Vorgaben in jedem Fall unterschritten und von menschengerechten Haftbedingungen grundsätzlich nicht mehr auszugehen. Selbst wenn der EGMR auch 3 m² Grundfläche pro Person nicht automatisch als Ausschlusskriterium einordnet und der mit dem geringen Platzangebot verbundene Grundrechtseingriff in der Zusammenschau mit weiteren, gegebenenfalls begünstigenden Faktoren relativierbar sein soll,¹⁰⁸ stellt das Unterschreiten von 3 m² pro Person nach seiner Auffassung eine nur schwerlich überwindbare Hürde dar, um noch von menschenwürdigen Vollzugsbedingungen ausgehen zu können. Wegen der Bedeutung dieses Kriteriums dürften angesichts entsprechender negativer Berichte des CPT über eine flächendeckende Überfüllung auch Litauen und Griechenland in absehbarer Zukunft wegen systemischer Verstöße gegen Art. 3 EMRK verurteilt werden. Diverse Einzelentscheidungen des EGMR gibt es deshalb schon.¹⁰⁹

3. Inhaltlicher Gleichklang im Rechtsprechungsverbund aus EuGH und EGMR

Der EuGH betont die inhaltlichen Übereinstimmungen zwischen im Unionsrecht und in der EMRK enthaltenen Gewährleistungen zur Frage von Haftbedingungen. Zum einen entspreche Art. 4 GRCh dem Art. 3 EMRK: Niemand darf der Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe unterworfen werden.¹¹⁰ Nun reicht unzweifelhaft die Garantie der Menschenwürde in Art. 1 Abs. 1 GG für die allermeisten Lebenssachverhalte weiter als die Gewährleistungen aus Art. 4 GRCh und Art. 3 EMRK. Zunehmend findet sich aber eine Annäherung zwischen beiden – bei der Herleitung des Verstoßes gegen Art. 3 EMRK bei nicht aus-

stalten sei das Beschwerdevorbringen plausibel. Außerdem schloss der EGMR aus den ungehört verhalten wiederholten Mahnungen des CPT, dass die Behörden nicht willens oder nicht imstande waren, die Überbelegung bzw. die schlechten Haftbedingungen adäquat zu bekämpfen. Ähnliche Berichte lagen vom Europäischen Menschenrechtskommissar und auch Nichtregierungsorganisationen vor. Ohne dass der Gerichtshof auf weitere Individualbeschwerden einging, nahm er daher ebenfalls ein strukturelles Problem an und wählte den Weg über Art. 46 EMRK: Danach muss nun das Ministerkomitee nach Art. 46 EMRK prüfen, ob die belgischen Behörden die gegebenen Empfehlungen effektiv berücksichtigen.

¹⁰⁸ EGMR (Pilotentscheidung), 12.1.2012 – 42525/07 und 60800/08 (Ananyev u.a. v. Russland), Rn. 148; zusammenfassend zu dieser neueren Rechtsprechung EGMR (Pilotentscheidung), 10.3.2015 – 14097/12 u.a. (Varga u.a. v. Ungarn), Rn. 74-77.

¹⁰⁹ Umfassend hierzu *Morgenstern* (Fn. 19), II. 2.9.3.1.

¹¹⁰ EuGH NJW 2016, 1709, Rn. 86.

setzbaren („irreducible“) lebenslangen Freiheitsstrafen im Fall *Vinter* u.a. berief sich der EGMR, der mangels entsprechender Bestimmung in der EMRK die Möglichkeit eines Rückgriffs auf die Menschenwürdegarantie nicht hat – ausdrücklich auf die Interpretation des Art. 1 Abs. 1 GG durch das BVerfG im Zusammenhang mit der lebenslangen Freiheitsstrafe.¹¹¹ Der EuGH geht nicht ganz so weit, immerhin aber findet sich folgender Hinweis:

„Das in Art. 4 der Charta aufgestellte Verbot unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung hat absoluten Charakter, da es *eng mit der Achtung der Würde des Menschen* verbunden ist, auf die sich Art. 1 der Charta bezieht.“¹¹²

Dies finde seine rechtssystematische Bestätigung durch die ebenfalls absolute Gewährleistung des Art. 3 EMRK, die in Art. 15 Abs. 2 EMRK zum Ausdruck komme.¹¹³ Der EuGH stellt hier also zum einen klar, dass die materiellen GRCh-Gewährleistungen zu Strafvollzugsbedingungen nicht hinter die materiellen Gewährleistungen der EMRK zu Strafvollzugsbedingungen zurückfallen. Zum anderen entwickelt er das Verhältnis von Art. 1 GRCh und Art. 4 GRCh dogmatisch weiter, indem er den Art. 4 GRCh nicht nur als absolut geschützt, sondern auch als mit der Menschenwürdegarantie des Art. 1 GRCh „eng verbunden“ ansieht. Da der EuGH an dieser Stelle auch gut ohne diesen Hinweis auf die Menschenwürde ausgekommen wäre, wird man dieser ausdrücklichen Erwähnung wohl eine Bedeutung zumessen dürfen, die eine konvergente Entwicklung nahelegt.

Insgesamt stellt der EuGH also die zentrale Rolle der Menschenwürde für die Bestimmung von Untergrenzen in der Strafvollzugsgestaltung heraus und betritt damit den Pfad, den BVerfG und EGMR schon seit geraumer Zeit beschreiten. Das Konzept der Menschenwürde – so vage es in seinen Umschreibungen auch sein und worin auch die Ursache potenzieller künftiger Auslegungskonflikte liegen mag – erfährt so jedenfalls eine wichtige Bestätigung hinsichtlich seiner Anwendbarkeit als auch hinsichtlich ihrer absoluten Geltung. Hier kann eine wichtige Schnittstelle liegen auf dem Weg zur mancherorts bereits geforderten „Vereinigung der Grundrechte“¹¹⁴, jedenfalls aber zur (Weiter-)Entwicklung des „europäischen Verfassungsgerichtsverbundes“¹¹⁵.

¹¹¹ EGMR (Große Kammer), Urte. v. 9.7.2013 – 66069/09, 130/10, und 3896/10 (*Vinter* u.a. v. Vereinigtes Königreich), Rn. 113 f.; näher *Morgenstern*, Rechtswissenschaft 2014, 153 (179).

¹¹² EuGH NJW 2016, 1709, Rn. 85 (*Hervorhebung* durch die Verf.), mit in diesem Zusammenhang unklaren Verweis auf EuGH, Urte. v. 12.6.2003 – C-112/00 (*Schmidberger*), Rn. 80, da der EuGH sich dort zum absoluten Gehalt von Rechtsgütern der EMRK äußerte.

¹¹³ EuGH NJW 2016, 1709, Rn. 86.

¹¹⁴ *Thym*, JZ 2015, 53; ähnlich mit der entsprechenden Forderung an das BVerfG auch *Classen*, EuR 2016, 304 (311).

¹¹⁵ *Voßkuhle*, NVwZ 2010, 1 (3 ff.).

4. Prozessuale Schlussfolgerungen des EuGH

Bislang bestand wenig Klarheit über die einzelnen Vorstellungen des EuGH vom nationalen Auslieferungsverfahren zur Vollstreckung eines EuHb. Die Erkenntnisse dazu beschränkten sich im Wesentlichen auf Schlussanträge der Generalanwälte, deren Aussagen der EuGH sich nicht ausdrücklich zu eigen gemacht hatte, Rückschlüsse aus Andeutungen in Entscheidungen, die die jeweiligen Verfahrensanforderungen eigentlich offenließen, und der entsprechenden Anwendung von Kriterien, die der EuGH für Abschiebungsverfahren formuliert hat.

Im gedanklichen Ausgangspunkt stellt der EuGH fest, dass die Vollstreckung eines EuHb nicht zu einer unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung des Verfolgten i.S.d. Art. 4 GRCh führen darf.¹¹⁶ Um dies zu verhindern, positioniert sich der EuGH mit Anforderungen an den Maßstab für die Überzeugungsbildung der vollstreckenden Justizbehörde (a) und ihre Aufklärungspflichten bei der Sachverhaltsermittlung (b). Auch der ausstellenden Justizbehörde legt er Pflichten auf (c) und entwickelt ein Verfahren, um wiederholten Menschenrechtsverstößen abzuwehren (d).

a) Das erforderliche Beweismaß für die Überzeugungsbildung der vollstreckenden Justizbehörde

Der EuGH muss sich an dieser Stelle mit dem Umstand auseinandersetzen, dass die Überzeugungsbildung der Justizbehörde eine Prognose¹¹⁷ voraussetzt, die darüber hinaus noch durch einige Faktoren erschwert wird, soweit es sich um den Tatbestand einer unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung – insbesondere durch die Bedingungen des in dem Ausstellungsstaat drohenden Strafvollzuges – handelt. Betroffen ist dann nicht nur ein zukünftiges Ereignis, sondern zudem eines an einem gegebenenfalls weit entfernten Ort innerhalb Europas innerhalb des Strafvollzuges, der einen ohnehin gut abgeschirmten Bereich darstellt.¹¹⁸ Zu den Vorgängen in Gefängnissen oder anderen Orten des dauerhaften Freiheitsentzuges sind Informationen schon im eigenen Land besonders schwer zu erhalten, für das Ausland sind sie noch weiter eingeschränkt.¹¹⁹ Diese Schwierigkeiten erweitern also die beschriebene „auslieferungsspezifische Beweisnot“¹²⁰ und müssen in der Maßstabbildung für die Sachverhaltsaufklärung durch die Justizbehörde, die Voraussetzung ihrer Überzeugungsbildung ist, berücksichtigt werden.

Mit diesen Schwierigkeiten hatten sich bislang auch schon die nationalen Justizbehörden, Verfassungsgerichte und der EGMR auseinanderzusetzen. Die deutschen OLGs und das BVerfG haben dazu den Grundsatz erarbeitet, dass es zwar nicht ausreicht, wenn eine menschenunwürdige Behand-

lung nur aufgrund eines früheren Vorfalles nicht ausgeschlossen werden kann. Die volle Überzeugung vom Vorliegen einer die Auslieferung hindernden Tatsache muss sich allerdings auch nicht aus dem Resultat der Beweisaufnahme ergeben müssen. Erforderlich soll es stattdessen sein, dass „begründete Anhaltspunkte“ für die „Gefahr“ einer menschenunwürdigen Behandlung vorliegen.¹²¹ Eine solche „Gefahr“ sei wiederum gegeben, wenn zumindest eine „überwiegende“ (oder auch „beachtliche“) „Wahrscheinlichkeit“ des Vorliegens der Tatsache bestehe,¹²² womit eine Aussicht auf Richtigkeit der Information von > 50% gemeint ist.¹²³ Ausdrücklich knüpft das BVerfG mit diesen Vorgaben an die Maßstabbildung des EGMR für Auslieferungs- und Abschiebungssachverhalte an,¹²⁴ der in ständiger Rechtsprechung gefestigt „begründete Tatsachen“ („substantial grounds“) für ein „tatsächliches Risiko“ bzw. eine „echte Gefahr“ („real risk“) einer Art. 3 EMRK widersprechenden Behandlung fordert.¹²⁵

Der EuGH schließt sich dem zunächst insoweit an, als er diesen abstrakten Maßstab als „Anhaltspunkte“ für eine „echte Gefahr“ einer Behandlung im Widerspruch zu Art. 4 GRCh definiert.¹²⁶ In der englischen Fassung der Entscheidung werden dazu die Begriffe „evidence“ und „real risk“ verwendet, so dass der Begriff „evidence“ trotz seiner zahlreichen Facetten doch eine eigentlich eher anspruchsvollere Konnotation in Richtung eines erforderlichen Beweises statt (nur) eines Anhaltspunktes in sich trägt. Jedoch war die Verfahrenssprache in der verbundenen Rechtssache deutsch und gem. Art. 41 der Verfahrensordnung des EuGH ist die deutsche Wortwahl „Anhaltspunkte“ damit die verbindliche Fassung.¹²⁷ Bis zu diesem Punkt kann also eine Übereinstimmung der von BVerfG, EGMR und EuGH eingeforderten Kriterien festgestellt werden.

Bei seinen weiteren Ausführungen macht der EuGH in der Formulierung jedoch nicht deutlich, ob er für diese Auslieferungssachverhalte eine Engführung aufgreifen will, die

¹¹⁶ EuGH NJW 2016, 1709, Rn. 88 a.E.

¹¹⁷ Zu den Schwierigkeiten einer Prognosestellung *Kokott* (Fn. 95), S. 30; speziell bei Auslieferungsentscheidungen *Lorz/Sauer*, EuGRZ 2010, 389 (393).

¹¹⁸ *Kromrey* (Fn. 8), S. 237 f. m.w.N., S. 277 f.

¹¹⁹ *Flügge*, in: Preusker/Maelicke/Flügge (Hrsg.), *Das Gefängnis als Risiko-Unternehmen*, 2010, S. 216 (217).

¹²⁰ Siehe oben III. 4. b).

¹²¹ BVerfG NJW 1994, 2883; BVerfGE 108, 129 (138).

¹²² BVerfG, Beschl. v. 22.6.1992 – 2 BvR 1901/91, Rn. 12 (juris); BVerfGE 108, 129 (137).

¹²³ *Kokott* (Fn. 95), S. 18; zu Recht kritisch zu weitergehenden Abstufungsversuchen *Dawin*, in: Schoch/Schneider/Bier (Hrsg.), *Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar*. 26. Lfg., Stand: März 2014, § 108 Rn. 39; *Terhechte*, in: Fehling/Kastner/Störmer (Hrsg.), *Verwaltungsrecht*, 3. Aufl. 2013, § 108 Rn. 9 m.w.N. Relativierend gegenüber verschiedenen Begriffen der Wahrscheinlichkeit und des Risikos *Alleweldt*, *Schutz vor Abschiebung bei drohender Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe*, 1996, S. 27-33.

¹²⁴ BVerfGE 108, 129 (137).

¹²⁵ Seit EGMR, Urt. v. 7.7.1989 – 1/1989/161/217 (*Söring v. Vereinigtes Königreich*), Rn. 91; vgl. dazu *Kromrey* (Fn. 8), S. 263 f.

¹²⁶ EuGH NJW 2016, 1709, Rn. 88.

¹²⁷ Zum Mehrwert der Vielsprachigkeit des verbindlichen Rechts auf Ebene der EU vgl. aufschlussreich *Solan*, *Greif-Recht* 2016, 38.

er in der Vergangenheit auf Abschiebungssachverhalte angewendet hat. In Abschiebungsverfahren kann sich nach Ansicht des EuGH der Betroffene vor der Übergabe an den Zielstaat der aufenthaltsbeendenden Maßnahme in einem ersten Schritt (nur) auf „systemische Mängel“¹²⁸ („systemic deficiencies“/„flaws“) im Asylsystem des Zielstaates berufen, aus denen sich in einem zweiten Prüfungsschritt ergeben müsse, dass dem Verfolgten auch individuell die menschenunwürdige Behandlung drohe.¹²⁹ Eine von vornherein konkret-individuelle Nachweisführung einer drohenden Menschenrechtsverletzung ist danach in Abschiebungssachverhalten bislang nicht erfolversprechend. Zu EuHb-Vollstreckungen setzt der EuGH nun ebenfalls damit an, auf systemische oder allgemeine Mängel abzustellen, die bestimmte Personengruppen oder bestimmte Haftanstalten betreffen.¹³⁰ Diese systemischen oder allgemeinen Mängel sollen aber für sich nicht ausreichen, um die Vollstreckung des EuHb aufzuhalten. Hinzutreten sollen begründete Tatsachen (wiederum: „substantial grounds“) für die Annahme einer auch individuellen Betroffenheit des konkreten Verfolgten, denn der Schluss vom systemischen oder allgemeinen Mangel auf die konkret bestehende Gefahr sei nicht zwingend.¹³¹ Offen bleibt daher, ob auch dem Auszuliefernden wie schon dem Abzuschiebenden eine individuelle Nachweisführung verwehrt bleibt, etwa indem er darauf verweisen würde, dass er persönlich Ziel von Racheakten des Organisierten Verbrechens im Strafvollzug sein werde und dafür nicht hinreichend geschützt werden könne.¹³² Sollte der EuGH seine Engführung hier wieder aufgreifen, beinhaltet diese Vorgehensweise großes Konfliktpotenzial gegenüber dem BVerfG und dem EGMR, die beide eine individuelle Nachweisführung zulassen und die im Übrigen sowohl von Art. 1 Abs. 1 GG als auch von Art. 3 EMRK und damit – bei der proklamierten inhaltlichen Kongruenz – auch von Art. 4 GRCh indiziert ist: Für einen solchen Grundrechtsverstoß ist einzig ausschlaggebend die individuelle Verletzung,¹³³ und nicht, dass noch eine große Anzahl weiterer Individuen in gleicher Weise betroffen ist.¹³⁴

b) Verpflichtungen der vollstreckenden Justizbehörde zur Sachverhaltsaufklärung

Zugleich verpflichtet der EuGH die vollstreckende Behörde zu einer umfassenden Sachverhaltsaufklärung.¹³⁵ Die Entscheidung über die Vollstreckung des EuHb müsse auf „objektive, zuverlässige, genaue und gebührend aktualisierte

Angaben über die Haftbedingungen“ im Zielstaat der Auslieferung gestützt werden. Stehen gravierende Menschenrechtsverletzungen nach Art. 4 GRCh bzw. Art. 3 EMRK im Raum, besteht hierzu also nicht nur das Recht, sondern auch die Pflicht. Als mögliche Informationsquellen unter anderen nennt der Gerichtshof die Entscheidungen anderer internationaler Gerichte wie des EGMR, die Entscheidungen von Gerichten des Ausstellungsmitgliedstaates oder „Entscheidungen, Berichte[n] und andere[n] Schriftstücke[n] von Organen des Europarates oder aus dem System der Vereinten Nationen“. Das ist insoweit besonders erfreulich, als der Appell an die Justizbehörden – in Deutschland also die OLGe – nicht oft genug ergehen kann, der Sachverhaltsaufklärung und -würdigung die allergrößte Aufmerksamkeit zukommen zu lassen.¹³⁶

Berücksichtigt man die Vorarbeiten des OLG Bremen zu seinen Vorlagefragen, so ist in dem Verweis des EuGH auf „nationale oder internationale Verfahren und Mechanismen“, anhand derer Feststellungen zu den drohenden Haftbedingungen getroffen werden können sollen, eine begrüßenswerte Referenz an die vom OLG Bremen herangezogenen Entscheidungen des EGMR sowie die Befunde des Europäischen Antifolterkomitees (CPT) zu den hier betroffenen Ausstellungsstaaten Ungarn und Rumänien zu sehen.

Der EuGH macht jedenfalls deutlich, dass er eine umfassende und nach Möglichkeit breit gefächerte Sachverhaltsaufklärung für europarechtlich geboten hält. Jedoch sollte sich die vollstreckende Justizbehörde nicht darauf beschränken, Informationen von Kontrollmechanismen wie dem CPT oder etwa nationalen Ombudsmännern von der ausstellenden Justizbehörde geliefert zu bekommen. Ihre Aufklärungspflicht erstreckt sich auch auf eigene Recherchen bei diesen Quellen, die überwiegend gut über das Internet verfügbar sind. An die Adresse von Eurojust bzw. die EU selbst kann man in diesem Zusammenhang die Forderung nach Unterstützung richten, etwa in Gestalt von Datenbanken mit relevanten Informationen.

c) Mitwirkungspflicht der ausstellenden Justizbehörde

Mit Verweis auf die Verfahrensregel des Art. 15 Abs. 2 RbEuHb, nach der die vollstreckende Justizbehörde die ausstellende Justizbehörde um zusätzliche Informationen „biten“ darf, begründet der EuGH eine Informationspflicht der ausstellenden Behörde.¹³⁷ Diese soll zusätzliche Informationen übermitteln müssen, um der vollstreckenden Behörde die Entscheidung über die Übergabe des Verfolgten zu ermöglichen. Während der RbEuHb in seinem Art. 15 Abs. 2 noch im Wesentlichen die Ablehnungsgründe und Bedingungen der Art. 3 bis 5 RbEuHb als Gegenstand solcher zwischenstaatlichen Nachfragen nennt, erweitert der EuGH nunmehr den Bereich der möglichen abzufragenden Informationen auf den der Strafvollzugsbedingungen. Er räumt es den vollstreckenden Behörden ausdrücklich ein, sowohl zu den Inhaftierungsbedingungen als auch zu nationalen und internationalen

¹²⁸ Zu dieser Begrifflichkeit in der Verwendung durch den EuGH vgl. *Lübbe*, ZAR 2014, 105 (107 ff.); weiterführend *Bergmann*, ZAR 2015, 81 (86 f.).

¹²⁹ EuGH, Urt. v. 21.12.2011 – verb. Rs. C-411/10, C-493/10 (N.S. u.a.), Rn. 94; eingehend dazu *Wendel*, DVBl. 2015, 731 (733 f.).

¹³⁰ EuGH NJW 2016, 1709, Rn. 89.

¹³¹ EuGH NJW 2016, 1709, Rn. 92 f.

¹³² Vgl. zu diesem Szenario OLG Düsseldorf NSStZ 2006, 692 betreffend einen EuHb aus Litauen.

¹³³ *Marx*, NVwZ 2012, 409 (412).

¹³⁴ *Kromrey* (Fn. 8), S. 275 f.

¹³⁵ Zum Folgenden EuGH NJW 2016, 1709, Rn. 89 f.

¹³⁶ Vgl. zu den erkennbaren Defiziten auch *Kromrey* (Fn. 8), S. 322 ff.

¹³⁷ EuGH NJW 2016, 1709, Rn. 95-97.

Verfahren und Mechanismen zu deren Überprüfung nachzufragen, um anhand dessen den aktuellen Stand der Haftbedingungen zu beurteilen.¹³⁸ Diese Mitwirkungspflicht korrespondiert also mit der zugleich den vollstreckenden Behörden auferlegten umfassenden Aufklärungspflicht. Fraglich ist, ob die Auskünfte, die erteilt werden, als verbindliche „Zusicherungen“ im Sinne des Völkerrechts¹³⁹ zu betrachten sind – ausdrücklich hat der EuGH auf die diesbezüglich gestellte Vorlagefrage des OLG Bremen nicht geantwortet. Die Verbindlichkeit kann auch von der Art der Fragestellung abhängen. Sollte z.B. nach der Unterbringung in einer bestimmten, von Unterbringungsstandards her zufriedenstellenden Anstalt gefragt werden, bekommt die Auskunft einen anderen Charakter als bei allgemeineren Fragen, etwa nach der Rechtslage oder der üblichen Praxis. Angesichts der Wirkungen, die die Auskünfte haben – ist der Vollstreckungsstaat mit ihnen zufrieden, liefert er aus, andernfalls nicht – dürften sie jedenfalls teilweise solchen Zusicherungen funktional vergleichbar sein.¹⁴⁰

d) „Aufgeschoben ist nicht aufgehoben“ – der vom EuGH aufgezeigte konstruktive Ansatz zur Aufrechterhaltung des innereuropäischen Auslieferungsverkehrs

Der EuGH erhält seinen bisherigen Standpunkt aufrecht, dass die Ablehnung einer Auslieferung aufgrund eines EuHb nur in den abschließend aufgezählten Fällen der Art. 4 und 4a des RbEuHb möglich bzw. in den Fällen des Art. 3 RbEuHb zwingend sei.¹⁴¹ Zugleich erkennt er nunmehr das Problem an, dass diese Auslieferungsverpflichtung mit der Bindung des Vollstreckungsstaates an die GRCh (und die EMRK) kollidieren kann und erstere gemäß Art. 1 Abs. 3 RbEuHb dann zurückzustehen hat. Gleichwohl scheint es der EuGH unbedingt vermeiden zu wollen, daraus – selbst bei gravierenden Menschenrechtsverletzungen – einen Ablehnungsgrund zu formulieren, und behilft sich vielmehr mit einer Ersatzkonstruktion, die einen nützlichen Ansatz zur Aufrechterhaltung des Auslieferungsverkehrs beinhaltet: Wenn „eine echte Gefahr unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung“ der Vollstreckung des EuHb entgegenstehe, dann sei diese zwar aufzuschieben, aber nicht gänzlich aufzugeben.¹⁴² Vielmehr sei durch ein dreiteiliges Vorgehen durch die Mitgliedstaaten darauf hinzuwirken, die Auslieferung doch noch vollziehen und das Auslieferungshindernis ausräumen zu können.

Außerordentlich wichtig und zu begrüßen ist die Fortführung der Rechtsprechung im Fall Lanigan.¹⁴³ Während der EuGH in dieser Entscheidung noch zurückhaltend war und eine längere Auslieferungshaft für unproblematisch hielt,

betont er diesmal gerade, dass der Verfolgte auf freien Fuß zu setzen sei, sobald die zuständige Justizbehörde des Vollstreckungsstaates zu dem Schluss kommt, dass angesichts der Unschuldsvermutung und des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes die Auslieferungshaft übermäßig lang andauere. Anders als im Fall Lanigan werden daher die Grenzen dieser Freiheitsentziehung ausdrücklich angesprochen, worin durchaus der Versuch einer impliziten Disziplinierung der Behörden des ersuchenden Staates gesehen werden kann. Zugleich wird die Nutzung von Alternativen angeregt: Da es sich nur um eine vorläufige Freilassung handeln könne, müsse zugleich durch diese Justizbehörde gem. Art. 12 und 17 Abs. 5 RbEuHb abgesichert werden, dass der Verfolgte nicht fliehen kann, und auf diese Weise die materiellen Voraussetzungen der Auslieferung solange aufrechterhalten, wie keine endgültige Entscheidung über die Vollstreckung des konkreten EuHb gefallen ist.¹⁴⁴ In der Tat ist es keineswegs immer so, dass die von einem EuHb Betroffenen in Auslieferungshaft verbleiben, in einer Reihe von Staaten wird häufig auf die Freilassung unter Auflagen, z.B. dem Tragen einer elektronischen Fußfessel, zurückgegriffen.¹⁴⁵

Als zweiten Schritt verweist der EuGH auf Art. 17 Abs. 7 RbEuHb und verpflichtet die vollstreckende Justizbehörde im Falle eines Aufschubs der Auslieferung, Eurojust über diesen Aufschub und den konkreten Anlass der Gefahr unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung im Ausstellungsstaat zu informieren.¹⁴⁶

Darüber hinaus und in diesem Zusammenhang am wichtigsten gibt der EuGH es denjenigen EU-Staaten, die als Gefährder der Unionsgrundrechte wiederholt mit „Auslieferungsverzögerungen“ der anderen Mitgliedstaaten konfrontiert sind, auf, den Ministerrat von diesen Verzögerungen in Kenntnis zu setzen, „damit eine Beurteilung der Umsetzung des Rahmenbeschlusses auf Ebene der Mitgliedstaaten erfolgen kann“.¹⁴⁷ Damit zieht der EuGH zunächst die richtigen Konsequenzen aus zwei sich gegenüberstehenden Überle-

¹⁴⁴ EuGH NJW 2016, 1709, Rn. 100-102.

¹⁴⁵ In Frankreich führt die richterliche Praxis nach Ausstellung eines Auslieferungshaftbefehls offenbar häufig oder sogar in der Mehrzahl der Fälle zu einer Entlassung unter Auflagen (*Beauvais/Giannoulis*, in: Albers/Beauvais/Bohnert/Böse/Langbroek/Renier/Wahl [Fn. 24], S. 143). Vgl. dazu auch das Urteil zu einem portugiesisch-französischen Sachverhalt in EuGH, Urt. v. 5.9.2012 – C-42/11 (Lopes da Silva Jorge) = NJW 2013, 141, Rn. 21 f. Auch in der britischen Praxis wird zunehmend conditional bail gewährt, vgl. JUSTICE (Hrsg.), *European Arrest Warrants, Ensuring an effective defence*, 2012, S. 152 für Schottland, S. 38 für England/Wales; ähnlich für Irland und Portugal *Böse/Wahl*, in: Albers/Beauvais/Bohnert/Böse/Langbroek/Renier/Wahl (Fn. 24), S. 352. Dagegen ist z.B. in Deutschland, den Niederlanden oder Griechenland Auslieferungshaft die Regel, vgl. *Böse/Wahl*, in: Albers/Beauvais/Bohnert/Böse/Langbroek/Renier/Wahl (Fn. 24), S. 353. Vgl. zum Ganzen ausführlicher *Morgenstern* (Fn. 19), IV. 1.5.

¹⁴⁶ EuGH NJW 2016, 1709, Rn. 99.

¹⁴⁷ EuGH NJW 2016, 1709, Rn. 99.

¹³⁸ EuGH NJW 2016, 1709, Rn. 96.

¹³⁹ Vgl. zu diesem Rechtsinstitut im Auslieferungsrecht nur Vogel (Rn. 11), § 8 Rn. 34, und *Lagodny* (Fn. 11), § 73 Rn. 42.

¹⁴⁰ Vgl. auch *Brodowski*, JR 2016, 415 (430).

¹⁴¹ EuGH NJW 2016, 1709, Rn. 80.

¹⁴² EuGH NJW 2016, 1709, Rn. 98.

¹⁴³ EuGH Urt. v. 16.7.2015 – C-237/15 (Lanigan), vgl. auch oben Fn. 100.

gungen: Wenn einerseits die EU-Grundrechte ihren Namen verdienen und für die EU-Bürger wirksamen Schutz entfalten sollen, dann muss dies ebenso für grenzüberschreitende Sachverhalte unter dem Paradigma der „gegenseitigen Anerkennung“ gelten, wie es von Art. 1 Abs. 3 RbEuHb im Grundsatz auch vorgesehen ist. Das führt dazu, dass Auslieferungsbegehren von EU-Staaten, in denen Haftbedingungen im Widerspruch zu Art. 4 GRCh bzw. Art. 3 EMRK drohen, nicht entsprochen werden kann. Andererseits sind Auslieferungsablehnungen ersuchter Staaten, insbesondere wenn sie dort von Gerichten ausgesprochen werden, selten ein ausreichender Anreiz für die Strafvollzugsvollzugsverwaltung des ersuchenden Staates, ihr Vollzugssystem zu reformieren – sei es, weil sie sich selbst nicht als Adressat einer solchen Entscheidung, die in einem ggf. weit entfernten Land in einem formal anderen Kontext ergeht, wahrnimmt, sei es, weil sie von einer solchen Entscheidung erst gar keine Kenntnis erlangt, oder sei es, weil sie selbst daraus keinen ausreichenden Veränderungsdruck innerhalb ihres eigenen Handlungsrahmens entwickeln kann und ihre ggf. vorhandene Reformbereitschaft auf fiskalische, politische oder sonstige Widerstände im eigenen Land stößt. Daher ist es folgerichtig, wenn der EuGH die Problemlösung hier der politischen Ebene der zuständigen Fachminister zuweist, die sicherlich ein größeres Veränderungsmoment für ihren nationalen Strafvollzug entwickeln können.

Für den einzelnen Auslieferungssachverhalt zieht der EuGH dann die zustimmungswürdige Konsequenz, dass im Lichte der gebotenen Verhältnismäßigkeit der Dauer nicht nur einer Auslieferungshaft, sondern auch einer staatlichen Überwachung bei Freilassung unter Auflagen i.S.d. Art. 12 und 17 Abs. 5 RbEuHb die vollstreckende Behörde über die (endgültige) Beendigung des Übergabeverfahrens zu entscheiden habe, sobald eine angemessene Frist verstrichen ist, ohne dass die Gefahr einer unmenschlichen oder erniedrigenden Bedingung ausgeräumt werden konnte.¹⁴⁸

V. Konsequenzen innerhalb und außerhalb des Auslieferungsrechts

1. Die Entscheidungen als Beiträge zum höchstrichterlichen Kooperationsverhältnis

Unklar ist, inwieweit der EuGH den Beschluss des BVerfG vom 15.12.2015 vor seiner eigenen Entscheidungsfindung zur Kenntnis nahm und sein Urteil als Reaktion auf die Postulate aus Karlsruhe zu sehen ist. Dafür spricht zumindest, dass die Stellungnahme des EuGH-Anwalts in der verbundenen Rechtssache vom 3.3.2016 datiert und also auch bereits erhebliche Zeit nach dem BVerfG-Beschluss erging. Wenn der EuGH die Stellungnahme zum Ausgang seiner Entscheidung nimmt, hätte sich ihm also auch noch Gelegenheit geboten, die Karlsruher Entscheidung mit zu berücksichtigen. Außerdem deutet darauf die explizite Bezugnahme des EuGH auf den Menschenwürdeaspekt hin.

Selbst wenn dem aber nicht so sein sollte, so sind doch Konvergenzen in den Entscheidungen der beiden Gerichte

und zusätzlich zur bisherigen Rechtsprechung des EGMR erkennbar. Das BVerfG hat auf die Melloni-Entscheidung reagiert und der dort zum Ausdruck kommenden Haltung offenbar eine Absage erteilt. Auch der EuGH ist von seinen Aussagen in Melloni abgerückt und nunmehr bereit, statt einer Integration um jeden Preis die EU-Grundrechte stärker zu berücksichtigen.

Zu Spekulationen lädt es jedoch auch ein, dass das BVerfG ohne Not¹⁴⁹ den Weg über die Identitätskontrolle beschritten hat. Der Verdacht liegt nahe, das Gericht könnte eine sich nur ungefähr bietende Möglichkeit bereitwillig aufgegriffen haben, um Terrain zu behaupten oder gar zurückzuerobern. Gleichwohl ist auch zu resümieren, dass der EuGH als „Motor der Integration“ in seinen weitreichenden und mitunter gewagten¹⁵⁰ Bemühungen das Korrektiv durch den Widerstand der zahlreichen Fachgerichte europäischer Staaten und eines selbstbewussten BVerfG gebraucht haben mag, um den für die Akzeptanz des europäischen Projekts so wichtigen europa- und nationalrechtlichen Individualrechtsschutz gerade im sensiblen Bereich strafrechtlicher Zusammenarbeit (wieder) aufzuwerten.

2. Ausdehnungen und Begrenzungen der Menschenwürdegarantie im Auslieferungsverfahren

a) BVerfG: Implikationen für die Gewährleistung einer menschenwürdigen Behandlung

Die Entschlossenheit, mit der das BVerfG in seiner Entscheidung die Deutungshoheit über den Inhalt der Menschenwürdegarantie behauptet und deren vollumfängliche Verteidigung auch in allen Sachverhalten mit Auslandsberührung proklamiert, lässt aufhorchen. Zwar lässt sich das für den Bereich der Verurteilungen in Abwesenheitsverfahren noch mit relativ überschaubaren Konsequenzen für einen abgrenzbaren Kreis von Sachverhalten durchhalten. Die Koinzidenz des kurz danach ergangenen EuGH-Urteils lässt es jedoch umso fraglicher erscheinen, ob das BVerfG alle zwingenden Implikationen im Blick hatte, als es diesen „Pforten“ eingeschlagen hat. Eine uneingeschränkte Verteidigung der Gewährleistungen, die aus der Menschenwürdegarantie erwachsen, bedeutet für den Strafvollzug allerhand, wenn man die Gewährleistungen für die Vollzugsgestaltung berücksichtigt, die das BVerfG in der Vergangenheit direkt Art. 1 Abs. 1 GG entnommen hat. Zwar hat das BVerfG schon vor fast 40 Jahren betont: „Der Fortschritt in der Richtung von roheren zu humaneren, von einfacheren zu differenzierteren Formen des Strafens ist weitergegangen, wobei der Weg erkennbar wird, der noch zurückzulegen ist. Das Urteil darüber, was der Würde des Menschen entspricht, kann daher nur auf dem jetzigen Stande der Erkenntnis beruhen und keinen Anspruch auf zeitlose Gültigkeit erheben.“¹⁵¹ Das auf diese Weise über die Jahre entstandene Bild von der menschenwürdigen Ausgestaltung des Strafvollzuges lässt sich aber nur schwerlich

¹⁴⁸ EuGH NJW 2016, 1709, Rn. 104 a.E.

¹⁴⁹ Vgl. nur Schönberger, JZ 2016, 422 (423); Classen, EuR 2016, 304 (309 ff.).

¹⁵⁰ Vgl. etwa Nettesheim, JZ 2016, 424 (426).

¹⁵¹ BVerfGE 45, 187 (229).

mit dem Bild des tatsächlichen Vollzugsalltages in vielen Staaten übereinbringen.

Diese menschenrechtspolitisch erfreuliche Grenzziehung des BVerfG überrascht zunächst, weil das BVerfG selbst in der Vergangenheit zuweilen einige Mühe darauf verwendete, die Gewährleistungen des Art. 1 Abs. 1 GG bei Sachverhalten mit Auslandsberührung hinwegzudiskutieren.¹⁵² Es bleibt zu hoffen, dass das BVerfG diesen Standpunkt auch in Zukunft abstrakt verteidigen und dafür im Zweifelsfall eher vorsichtiger dabei agieren wird, einzelne Gewährleistungen sogleich dem Menschenwürdeschutz zuzuordnen: Indem der Schutzbereich sorgsamer umrissen wird, lässt sich dem Grundrecht insgesamt effektivere Wirksamkeit verschaffen. Immerhin bedeutet die Subsumtion unter Art. 1 Abs. 1 GG, dass die streitgegenständliche Behandlung eines Menschen in jeder Hinsicht inakzeptabel sei.¹⁵³ In die Überlegungen mit einzustellen ist immer auch, dass die ausnahmslose und gegebenenfalls reflexhafte, ausnahmslose Ablehnung aller Auslieferungersuchen bewirkt.¹⁵⁴ Angesichts der vom BVerfG herausgearbeiteten Übereinstimmungen zur Rechtsprechung des EGMR und des EuGH hätte es dem BVerfG hier beispielsweise auch offengestanden, als klarer Fall der richtigen Anwendung des Unionsrechts („*acte clair*“)¹⁵⁵ direkt auf Art. 6 Abs. 3 EMRK zurückzugreifen, ohne Art. 1 Abs. 1 GG bemühen zu müssen.¹⁵⁶ Aus europarechtlicher Perspektive ist es nun am EuGH, ebenfalls Anwendungsfelder wie die weiteren EMRK-Gewährleistungen für den Vorbehalt aus Art. 1 Abs. 3 RhEuHb vermehrt zuzulassen und herauszuarbeiten.

Andernfalls steht verfassungsrechtlich zu befürchten, dass eine leichtfertige Ausdehnung der von Art. 1 Abs. 1 GG umfassten Gewährleistungen letztlich deren Aufweichen bewirkt.

b) BVerfG: Darlegungslast und Aufklärungspflicht

Das BVerfG hätte dem Verfolgten einen Bärendienst erwiesen, sollte es ihm tatsächlich zum Preis seines Menschenwürdepostulats eine Darlegungslast auferlegen wollen, die allein das Vorbringen des Verfolgten zum Ausgangspunkt von Sachverhaltsermittlungen des OLG macht. Im Umkehrschluss bedeutete das, dass ein OLG bei einem insoweit schweigsamen Verfolgten keine Ermittlungen anstellen müsste und die Auslieferung insoweit rundheraus für zulässig erklären könnte. Dies ist mit dem Amtsermittlungsgrundsatz und der Menschenwürdegarantie, die auch einen einschlägigen prozessualen Gehalt hat,¹⁵⁷ schlechterdings nicht vereinbar und daher vehement abzulehnen.

Sowohl EuGH als auch BVerfG haben die OLGe auf die Ausschöpfung möglicher Erkenntnisquellen verpflichtet, von

¹⁵² Man denke etwa an die Entscheidung zur lebenslangen Freiheitsstrafe von 1977 und die Auslieferungsentscheidung betreffend die USA vom 6.7.2005; vgl. dazu *Kromrey/Morgenstern*, ZIS 2014, 704 (706 f., 712 ff.).

¹⁵³ Einwand auch bei *Nettesheim*, JZ 2016, 424 (427 f.).

¹⁵⁴ Ähnlich *Classen*, EuR 2016, 304 (311 f.).

¹⁵⁵ BVerfG NJW 2016, 1149, Rn. 125.

¹⁵⁶ Siehe dazu oben bereits III. 2. m.w.N.

¹⁵⁷ Vgl. dazu ausführlich *Kromrey* (Fn. 8), S. 253 ff.

denen es zahlreiche gibt: Neben den vielen CPT-Besuchsberichten und den daraus entwickelten CPT-Standards kommen mit der gebotenen Vorsicht bei der Berücksichtigung das nationale Recht des Zielstaates der Auslieferung, die Informationen von anderen international eingesetzten Kontrollmechanismen, Botschaften und anderer deutscher Einrichtungen vor Ort, Einrichtungen von Drittstaaten wie das US-Außenministerium, Nichtregierungsorganisationen, Ombudspersonen und Aufsichtsgremien im Zielstaat sowie die Befunde anderer Gerichte oder in Sachverständigengutachten sowie insbesondere unabhängiger empirischer Forschung in Betracht.¹⁵⁸

Zugleich wirft das Postulat des BVerfG von der Darlegungslast die Frage auf, ob nicht in Auslieferungsverfahren generell ein Rechtsbeistand zu bestellen wäre:

c) Notwendige Beiordnung eines Rechtsbeistands

§ 40 IRG erlaubt es dem Verfolgten, sich in jeder Lage des Verfahrens eines Beistands zu bedienen. In Abs. 2 der Vorschrift wird eine Beiordnung vorgesehen, wenn wegen der Schwierigkeit der Sach- oder Rechtslage die Mitwirkung eines Beistandes geboten erscheint, wenn aus anderen Gründen klar ist, dass der Verfolgte seine Rechte nicht selbst hinreichend wahrnehmen kann, oder wenn er minderjährig ist. Eine notwendige Beiordnung eines Rechtsanwalts wird in Deutschland in Auslieferungsverfahren jedoch nicht vorgesehen.¹⁵⁹ Die Probleme angesichts der Schwierigkeit der Materie und der eingeschränkten Möglichkeiten des jedenfalls in Deutschland zumeist inhaftierten Betroffenen, sich Zugang zu wichtigen Informationen zu verschaffen, erfordern jedoch nach vielfach – und richtigerweise – vertretener Literaturmeinung grundsätzlich die Mitwirkung eines Rechtsbeistands.¹⁶⁰

Die Richtlinie 2013/48/EU hat zwar das Recht auf Zugang zu einem Rechtsbeistand in Verfahren zur Vollstreckung des EuHb im Namen, eröffnet jedoch nur grundsätzlich das Recht auf Zugang zu einem Rechtsbeistand im Vollstreckungsmitgliedstaat. Nach der Begründung des Referentenentwurfs¹⁶¹ zur deutschen Umsetzung löst diese Vorschrift

¹⁵⁸ Vgl. oben Fn. 104. Auch vergleichende Strafvollzugsforschung muss hier als Informationsquelle genannt werden, vgl. z.B. zu Haftbedingungen in 46 europäischen Haftanstalten *Drenkhahn/Dudeck/Dünel* (Hrsg.), *Long-term Imprisonment and Human Rights*, 2014. Hier ist stets das Aktualitätsproblem zu berücksichtigen, andererseits steht es mit der Veränderungsfähigkeit des Gefängniswesens nicht zum Besten, so dass Erkenntnisse zumindest als Ausgangspunkt für weitere Recherchen genutzt werden können.

¹⁵⁹ Anders ist dies z.B. in Schottland oder Polen, allerdings wird dort die Praxis bemängelt, *JUSTICE* (Fn. 145), S. 15 und 118.

¹⁶⁰ *Lagodny/Schomburg/Hackner*, in: *Schomburg/Lagodny/Gleiß/Hackner* (Fn. 11), § 40 IRG und Einleitung, Rn. 228 ff.

¹⁶¹ Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz: Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Stärkung der Verfahrensrechte von Beschuldigten im Strafverfahren, S. 15 f.

angesichts der bestehenden Vorschrift des § 40 IRG keinen Umsetzungsbedarf aus – hier wird also keine Verbesserung der Situation eintreten.

Nach der Richtlinie sollen hier die beteiligten Behörden den gesuchten Personen Informationen zur Verfügung stellen, die ihnen helfen, im jeweils anderen Staat einen Rechtsbeistand zu finden. Diese Form der Kooperation und Aufklärung des Betroffenen soll in den Richtlinien für den Verkehr mit dem Ausland in strafrechtlichen Angelegenheiten (RiVAST) geregelt werden.

*3. Anwendungsvorrang oder Verfassungsidentität:
Verpflichtung der OLGe zur Sachverhaltsaufklärung als
letzte Bastion und zugleich Ausweg*

Die Entscheidung des BVerfG und die des EuGH nehmen in Deutschland die OLGe in die Pflicht, drohende Grundrechtsverletzungen des Verfolgten durch eine intensive Sachverhaltsaufklärung und -würdigung von vornherein abzuwenden. Diese Sachverhaltsarbeit soll damit sicherlich zugleich bewirken, mögliche Kollisionen im europäischen Verfassungsgerichtsverbund zumindest für den Bereich des Auslieferungsrechts zu vermeiden: Den OLGen obliegt es also, „die Kartoffeln aus dem Feuer zu holen“, indem sie Befassungen von BVerfG, EGMR und EuGH schon im Ansatz überflüssig bzw. rechtstechnisch gesehen unzulässig machen. Das BVerfG kleidet dies in seine Verpflichtung des OLG ein, trotz unionsrechtlicher Determinierung des Auslegungsvorgangs eine Verletzung von Art. 1 Abs. 1 GG zu prüfen, aber dies dann rigoros. Der EuGH wiederum verlangt vom OLG als vollstreckender Justizbehörde, denkbare Auslieferungshindernisse als Stolpersteine einer gegenseitigen Anerkennung anhand einer umfassenden Informationssammlung zu prüfen. Aus der Sicht des OLG soll es also weder bei der Identifizierung von Vollstreckungshindernissen noch bei deren Fehlen einen Grund geben, dem EuGH dazu vorlegen zu müssen. Aus der Perspektive des Verfolgten soll eine positive Zulässigkeitsentscheidung des OLG, die auf einer verfassungskonformen Sachverhaltsaufklärung fußt, eine anschließende Urteilsverfassungsbeschwerde unzulässig machen. Dem schließt sich aus den gleichen Gründen die Unzulässigkeit einer Individualbeschwerde vor dem EGMR an, wenn das OLG den Sachverhalt auch konventionskonform ermittelt und gewürdigt hat. Letztlich ist diese Inanspruchnahme nur konsequent, wenn man die Aufgabenteilung der einzelnen nationalen und internationalen Gerichte im europäischen „Mehrebenensystem des Menschenrechtsschutzes“ betrachtet.¹⁶²

VI. Fazit

Bei aller Kritik, die auch in diesem Beitrag geübt wurde, sind die beiden Entscheidungen aus der Perspektive der Betroffen-

nen, d.h. im Hinblick auf ihren Grundrechtsschutz, ein Fortschritt. Das gilt mit Blick auf die EuGH-Entscheidung, weil die Melloni-Rechtsprechung zumindest mit Blick auf schwerste (drohende) Grundrechtsverletzungen aufgegeben wurde und das Funktionieren des EuHb-Verfahrens unter dem Primat der gegenseitigen Anerkennung nicht mehr als sakrosankt betrachtet wird. Inwieweit die Menschen(würde)freundlichkeit des BVerfG den Auslieferungsverkehr im Guten beeinflusst oder inwieweit sie ihn im Schlechten erheblich erschwert – was nicht nur den Interessen der beteiligten Staaten, sondern auch den Individualinteressen zuwiderlaufen kann –, muss abgewartet werden.

Ganz sicher ist aber auch, dass sich die Praxis ein bisschen mehr für das interessieren muss, was in anderen Staaten passiert. Die befassen deutschen Justizbehörden (und also nicht nur die OLGe) werden um intensive Recherchen nicht herumkommen. Der Strafverteidigung ist durch die beiden hier diskutierten Entscheidungen viel an die Hand gegeben worden, mit dem in grenzüberschreitenden Verfahren gearbeitet werden kann. Und auch die Wissenschaft ist nicht nur gefordert, wenn es um kritische Kommentare der Tätigkeit der Gerichte geht, sondern auch, Hilfestellung bei der Informationsbeschaffung und -analyse durch Rechts- und Praxisvergleich zu leisten!

¹⁶² Zu berücksichtigen ist gleichwohl die mit solchen teils sehr aufwändigen Recherchen verbundene Arbeitsbelastung für Richter, die sich in ihren Pensen kaum widerspiegelt; vgl. etwa schon den entsprechenden Einwand von *Otterbein*, DRiZ 2004, 74 (75).