

Abhandlung

Dr. Dominik Brodowski LL.M. (UPenn)*

Die drohende Verletzung von Menschenrechten bei der Anerkennung Europäischer Haftbefehle auf dem Prüfstand: Die zweifelhafte Aktivierung der Verfassungsidentität durch das BVerfG und eine Kurskorrektur in der Rechtsprechung des EuGH

Zugleich Besprechung von BVerfG, Beschl. v. 15. 12. 2015 – 2 BvR 2735/14 – (»Identitätskontrolle«)¹ und von EuGH, Urt. v. 5. 4. 2016 – verbundene Rs. C-404/15 und C-669/15 PPU (Pál Aranyosi und Robert Căldărău)²

DOI 10.1515/juru-2016-0069

Zwei Leitentscheidungen zum Grundrechtsschutz bei der gegenseitigen Anerkennung von Europäischen Haftbefehlen

¹ In diesem Heft, S. 456 = ECLI:DE:BVerfG:2015:rs20151215.2bvr273514 = StV 2016, 220 (»Solange III«) = NJW 2016, 1149 = EuGRZ 2016, 33 m. Anm. u. Bespr. *Bilz* <https://www.juwiss.de/26-2016/> (13.6.2016) (»Solange III«); *Goos* <https://www.juwiss.de/14-2016/> und <https://www.juwiss.de/15-2016/> (13.6.2016) (»Solange Zweieinhalb«); *Hong* *VerfBlg* 2016/2/18, <http://verfassungsblog.de/human-dignity-and-constitutional-identity-the-solange-iii-decision-of-the-german-constitutional-court/>, DOI: <https://dx.doi.org/10.17176/20160218-172643> (13.6.2016) (»Solange III«); *Kühne* *StV* 2016, 299; *Meyer* *NJECL* 2016, Heft 3 (»Forever I«); *Oehmichen* *FD-StrafR* 2016, 375738; *Sachs* *JuS* 2016, 373; *Sauer* *NJW* 2016, 1134; *Sarmiento* <http://eulawanalysis.blogspot.de/2016/01/the-german-constitutional-court-and.html> (13.6.2016); *Steinbeis* *VerfBlog*, 2016/1/26, <http://verfassungsblog.de/europarechtsbruch-als-verfassungspflicht-karlsruhe-zuendet-die-identitaetskontroll-bombe/>, DOI: <https://dx.doi.org/10.17176/20160126-174233> (13.6.2016); siehe zudem *Gaede* *StV-Editorial* 5/2016.

² In diesem Heft, S. 472 = ECLI:EU:C:2016:198 = *NJW* 2016, 1709 m. Anm. u. Bespr. *Böhm* *NJW* 2016, 1708; *Meyer* *JZ* 2016, (im Erscheinen); *Sauer* *VerfBlog* 2016/4/07, <http://verfassungsblog.de/mit-den-eigenen-waffen-geschlagen-die-reaktion-des-eugh-auf-den-unbedingten-vorrang-der-menschenwuerde-vor-dem-unionsrecht-nach-dem-bverfg/> (13.6.2016); *Steinbeis* *VerfBlg* 2016/4/05, <http://verfassungsblog.de/menschenwuerde-schlaegt-erkennungsgesetz/> (13.6.2016).

*Kontaktperson: Dominik Brodowski, der Autor ist wissenschaftlicher Angestellter und Habilitand, Goethe-Universität Frankfurt am Main.

prägen die weitere Konstitutionalisierung und Europäisierung der Strafrechtspflege. Ein Beschluss des 2. Senats des BVerfG vom 15. 12. 2015 überzeugt allein in seinem Ergebnis. Infolge der in diesem Fall unnötigen Aktivierung der Identitätskontrolle, der zweifelhaften Überhöhung des Schuldprinzips und der bedenklichen sozial-ethischen Aufladung der Kriminalstrafe bei Marginalisierung alternativer Ansätze rechtsstaatlicher Kriminaljustizsysteme drohen jedoch erhebliche Kollateralschäden. Hingegen nahm der EuGH in seinem Urteil vom 5. 4. 2016 eine längst überfällige, wenn auch nur vorsichtige Kurskorrektur seiner Rechtsprechung zum Spannungsfeld zwischen Funktionstüchtigkeit europäischer Zusammenarbeit in Strafsachen und Grundrechtsschutz vor. Beide Entscheidungen werden im Folgenden mit besonderem Fokus auf Aspekte der Strafrechtspflege und deren verfassungs- und unionsrechtliche Grundlagen besprochen.

I. Die Vorgeschichte: Drei Europäische Haftbefehle, drei Festnahmen und das dreimalige Risiko von Menschenrechtsverletzungen

In den drei Fällen, die zu den im Dezember 2015 und April 2016 ergangenen Leitentscheidungen des BVerfG und des EuGH führten, ersuchten andere EU-Mitgliedstaaten (als Ausstellungsmitgliedstaat) – hier Italien, Ungarn und Rumänien – mittels eines Europäischen Haft-

befehls³ Deutschland (als Vollstreckungsstaat) um die Überstellung von Beschuldigten zur Strafverfolgung bzw. von Verurteilten zur Strafvollstreckung. In allen drei Fällen gab es jedoch Anlass für Zweifel an der Menschenrechtskonformität dessen, was die drei Gesuchten R, A und C in diesen anderen EU-Mitgliedstaaten zu erwarten haben. Verschließt die deutsche Strafrechtspflege vor diesen Risiken die Augen? Muss sie blind⁴ darauf vertrauen, dass die anderen EU-Mitgliedstaaten – die immerhin sämtlich EMRK-Vertragsstaaten sind und sich zu einer Europäischen Union zusammengeschlossen haben – ein hinreichendes Maß an Grund- und Menschenrechten im Rahmen einer jeden konkreten Strafverfolgung gewährleisten, und daher R, A und C ohne Weiteres an Italien, Ungarn bzw. Rumänien überstellen? Das ist der Kontext der Leitentscheidungen des BVerfG (unten II.) und des EuGH (unten III.), der zunächst näher dargestellt werden soll.

1. Ein Abwesenheitsurteil in Italien und die Gefahr dessen Vollstreckung ohne hinreichende Wiederaufnahmemöglichkeit

a) Ein italienisches Abwesenheitsurteil und die Schwierigkeit des Verurteilten, eine erneute Beweisaufnahme zu erzwingen

Der US-Amerikaner R wurde 1992 in Abwesenheit durch das *Corte di Appello* von Florenz wegen Mitgliedschaft in einer kriminellen Vereinigung sowie der Einfuhr und des Besitzes von Kokain zu einer Freiheitsstrafe von 30 Jahren verurteilt. 2014 wurde R auf Grundlage eines italienischen Europäischen Haftbefehls in Deutschland festgenommen.⁵ Ihm drohte daraufhin die Auslieferung nach Italien zur Strafvollstreckung.

Dieser widersetzte R sich vor allem, weil er die Vollstreckung eines Abwesenheitsurteils befürchten müsse und es nach wie vor unklar sei, ob er in Italien auf seinen Antrag hin ein neues Verfahren erwarten könne, »bei dem

der Sachverhalt, einschließlich neuer Beweismittel, erneut geprüft und das ursprüngliche Urteil aufgehoben werden kann.«⁶ Denn nach früherem – und einer aktuellen höchstgerichtlichen italienischen Entscheidung auf Altfälle möglicherweise weiterhin anwendbarem⁷ – italienischen Strafprozessrecht (Art. 603 Abs. 4 Codice di procedura penale (CPP) (1988)) seien hierfür hohe Hürden zu überwinden: So müsste R insbesondere »den negativen Beweis erbringen« können, dass er aufgrund höherer Umstände oder in Unkenntnis der Ladungsschrift »nicht in der Lage [gewesen sei], vor Gericht zu erscheinen.«⁸ Doch auch die neue italienische Rechtslage lässt die Befürchtung aufkeimen, dass in einem neuen Verfahren keine Verpflichtung zur erneuten Beweisaufnahme, sondern nur ein diesbezüglicher Beurteilungsspielraum des zuständigen Richters bestehe.⁹

b) Zur menschenrechtlichen Relevanz

Nach derzeitigem europäischem Verständnis der Menschenrechte kann über den Makel eines Abwesenheitsurteils in eng begrenzten Konstellationen hinweggesehen werden. So soll in der Gesamtbetrachtung des EGMR die Fairness eines Strafverfahrens nach Art. 6 Abs. 1, Abs. 3 EMRK dann noch gewahrt sein, wenn einem im Ausgangsverfahren Abwesenden das Recht eingeräumt wird, eine erneute Verhandlung herbeizuführen, bei welcher der Sachverhalt auch in tatsächlicher Hinsicht erneut geprüft wird.¹⁰

Dieser menschenrechtliche Mindeststandard spiegelt sich auch in Art. 4 a Abs. 1 lit. d Rahmenbeschluss über den Europäischen Haftbefehl (RbEuHb)¹¹ und auch in dessen Umsetzung in § 83 Nr. 3 IRG a. F. bzw. § 83 Abs. 4 IRG

³ D. h. auf Grundlage der jeweiligen nationalen Umsetzung der unionalen Vorgabe des Rahmenbeschlusses des Rates vom 13. Juni 2002 über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten (2002/584/JI) i.d.F. Rahmenbeschluss 2009/299/JI des Rates vom 26. Februar 2009 (RbEuHb), CONSLEG 2002F0584 v. 28. 3. 2009.

⁴ Begrifflichkeit nach *Burchard* Die Konstitutionalisierung der gegenseitigen Anerkennung, Habil. München 2015, § 8 D IV.

⁵ BVerfG, Beschl. v. 15. 12. 2015 – 2 BvR 2735/14 –, Rdn. 2; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 7. 11. 2014 – III – 3 Ausl 108/14 –, Rdn. 2ff.

⁶ Formulierung nach § 83 Abs. 3 Satz 2 IRG; nahezu gleichlautend die Formulierung in Art. 4 a Abs. 1 lit. c, lit. d RbEuHb. Bis zum 24. 7. 2015 fand sich in § 83 Nr. 3 IRG a. F. die – jedenfalls bezogen auf nicht neue Beweismittel – äquivalente Formulierung eines »neue[n] Gerichtsverfahren[s], in dem der gegen ihn erhobene Vorwurf umfassend überprüft wird«.

⁷ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 15. 12. 2015 – 2 BvR 2735/14 –, Rdn. 115 unter Verweis auf *Corte di Cassazione*, Entsch. v. 17. 7. 2014.

⁸ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 15. 12. 2015 – 2 BvR 2735/14 –, Rdn. 116.

⁹ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 15. 12. 2015 – 2 BvR 2735/14 –, Rdn. 117.

¹⁰ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 15. 12. 2015 – 2 BvR 2735/14 –, Rdn. 101, 123 unter Verweis auf EGMR, *Colozza v. Italien*, Urt. v. 12. 2. 1985, Nr. 9024/80, § 29f.; *Medencia v. Schweiz*, Urt. v. 14. 6. 2001, Nr. 20491/92, § 55; *Einhorn v. Frankreich*, Entscheidung v. 16. 10. 2001, Nr. 71555/01, § 33; siehe ferner die Analyse bei *Esser* in: Erb u. a. (Hrsg.), *Löwe-Rosenberg. StPO. 26. Aufl. 2012*, Art. 6 EMRK Rdn. 684 bei und mit Fn. 1725.

¹¹ Vgl. Fn. 3.

n.F. wider, der – so zumindest die ausführliche Herleitung des Bundesverfassungsgerichts – keineswegs einen Spielraum eröffne, sondern eine Verpflichtung zur erneuten Beweisaufnahme enthalte.¹² Untermauert wird diese Sichtweise nunmehr auch durch Art. 9 der erst im März 2016 in Kraft getretenen¹³ Richtlinie über die Stärkung ... des Rechts auf Anwesenheit in der Verhandlung in Strafverfahren¹⁴ – doch diese Richtlinie ist erst bis zum 1. 4. 2018 umzusetzen, so dass aus dieser unmittelbar erst zu jenem Zeitpunkt eine entsprechende Garantie für R erwachsen wird.¹⁵

c) Die Priorisierung der gegenseitigen Anerkennung durch das OLG Düsseldorf

Zunächst war R daher einer – jedenfalls aus der Perspektive der deutschen Strafrechtspflege – unklaren italienischen Rechtslage ausgesetzt, bei der zumindest die Möglichkeit besteht, dass R nach seiner Überstellung nach Italien eine Menschenrechtsverletzung dahingehend zu befürchten hat, dass auf seinen Antrag hin zwar eine neue Verhandlung, aber *keine* neue Beweisaufnahme erfolgt.

Das OLG Düsseldorf erklärte, nachdem italienische Stellen das unzureichend ausgefüllte Formblatt zwar korrigiert,¹⁶ sich aber zur Frage einer erneuten Beweisaufnahme

ausweichend verhalten hatten, die Auslieferung des R nach Italien für zulässig.¹⁷ Es verneinte dabei eine im Lichte des RbEuHb und des § 83 Nr. 3 IRG a. F. relevante, konkrete menschenrechtliche Gefahr für R trotz der von ihm vorgebrachten Bedenken,¹⁸ und räumte damit der Funktionstüchtigkeit der strafjustiziellen Zusammenarbeit in der EU Vorrang ein.

2. Potentiell menschenrechtswidrige Haftbedingungen in Ungarn und Rumänien und die Gefahr der Auslieferung zur Strafverfolgung bzw. Strafvollstreckung

a) Haftbedingungen in Ungarn und die drohende Auslieferung zur Strafverfolgung

Der ungarische Staatsangehörige A – so der Vorwurf der ungarischen Strafverfolgungsbehörden – soll im Januar 2014 aus einer Schule Bargeld und Wertgegenstände im Wert von etwa 750 € entwendet haben, im August 2014 bei einem Wohnungseinbruchsdiebstahl Bargeld im Wert von ca. 3.000 € und einige Wertgegenstände. 2015 wurde A auf Grundlage eines ungarischen Europäischen Haftbefehls in Deutschland vorläufig festgenommen.¹⁹

12 BVerfG, Beschl. v. 15. 12. 2015 – 2 BvR 2735/14 –, Rdn. 88 ff; ebenso Böse in: Grützner/Pötz/Kreß, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 37. Erg.-Lfg. 2014, § 83 Rdn. 16 f.; Heintschel-Heinegg in: Sieber/Satzger/v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Europäisches Strafrecht, 2. Aufl. 2014, § 37 Rdn. 54; anders die wortlautbezogene Interpretation bei LR/Esner (Fn. 10) Art. 6 EMRK Rdn. 697 f., 701 (mit Ablehnung der Vollstreckung über § 73 Satz 2 IRG).

13 Insoweit unverändert zum Kommissionsvorschlag COM(2013) 821 final v. 27. 11. 2013.

14 Richtlinie (EU) 2016/343 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. März 2016 über die Stärkung bestimmter Aspekte der Unschuldsvermutung und des Rechts auf Anwesenheit in der Verhandlung in Strafverfahren, ABLEU 2016 L 65 v. 11. 3. 2016, S. 1. Art. 9 dieser Richtlinie spricht ausdrücklich davon, dass die Mitgliedstaaten sicherzustellen haben, dass solche Verdächtigen, die über eine Verhandlung nicht informiert wurden, das Recht »auf eine neue Verhandlung oder auf Einlegung eines sonstigen Rechtsbehelfs haben, die bzw. der eine neue Prüfung des Sachverhalts, einschließlich neuer Beweismittel, ermöglicht«.

15 Zur unmittelbaren Anwendbarkeit von straf(verfahrens)rechtlichen Richtlinien jedenfalls nach Ablauf der Umsetzungsfrist siehe Klip European Criminal Law, 3. Aufl. 2016, S. 335 ff.

16 Im ursprünglich übermittelten Europäischen Haftbefehl war nicht eindeutig klar, dass R vor dem *Corte di Appello* tatsächlich nicht erschienen ist; auch war die Frist nicht angegeben, binnen derer R eine Wiederaufnahme seines Verfahrens bzw. ein Berufungsverfahren beantragen kann (vgl. BVerfG, Beschl. v. 15. 12. 2015 – 2 BvR 2735/

14 –, Rdn. 4). Zwar handelt es sich dabei nicht um Angaben, die nach § 83 a IRG zwingend sind; auch ist im Katalog der Ablehnungsgründe im RbEuHb für unvollständig ausgefüllte Formblätter keine Vorkehrung getroffen. Doch ein solcher Grund gehört zum Kanon der Ablehnungsgründe in sämtlichen neueren Instrumenten, die auf dem Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung beruhen (Art. 7 Abs. 1 lit. a RB 2003/577/JI; Art. 7 Abs. 1 RB 2005/214/JI; Art. 8 Abs. 1 RB 2006/783/JI; Art. 11 Abs. 1 lit. a RB 2008/947/JI; Art. 15 Abs. 1 lit. a RB 2009/829/JI; Art. 9 Abs. 1 lit. a RB 2008/909/JI; Art. 10 Abs. 1 lit. a RL 2011/99/EU; Art. 16 Abs. 2 lit. a RL 2014/41/EU; s. ferner Art. 9 VO (EU) Nr. 606/2013). Es lässt sich zudem mit guten Gründen argumentieren, dass ein »nicht vollständig oder offensichtlich unrichtig ausgefülltes« Formblatt nicht den Anforderungen des Art. 8 RbEuHb entspricht, daher keinen Europäischen Haftbefehl darstellt und daher auch keine ausreichende Grundlage für eine Anerkennungsentscheidung enthält – so auch EuGH, Schlussanträge GA Bot v. 2. 3. 2016, Rs. C-241/15 (Bob-Dogi), Rdn. 107 sowie EuGH, Urt. v. 1. 6. 2016, Rs. C-241/15 (Bob-Dogi) zu einem anderen formalen Mangel; siehe ferner OLG Stuttgart StV 2016, 242. Indes lässt sich ein solcher Mangel im Rahmen von Konsultationen – wie hier – nach Art. 15 Abs. 2 RbEuHb heilen.

17 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 7. 11. 2014 – III – 3 Ausl 108/14 –, die hiergegen eingelegte Gegenvorstellung wurde mit Beschl. v. 27. 11. 2014 als unbegründet zurückgewiesen.

18 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 15. 12. 2015 – 2 BvR 2735/14 –, Rdn. 16 ff.

19 HansOLG Bremen, Vorlagebeschl. v. 23. 7. 2015 – 1 Ausl A 3/15 –, Rdn. 4.

Nach Auslieferung zur Strafverfolgung nach Ungarn wäre A jedenfalls der Untersuchungshaft in ungarischen Gefängnissen ausgesetzt, im Falle einer Verurteilung auch dem dortigen Strafvollzug. Allerdings ist aufgrund einer chronischen Überbelegung ungarischer Haftanstalten – wie sich insbesondere einem Grundsatzurteil des EGMR aus März 2015 entnehmen lässt²⁰ – zu befürchten, dass der dortige (Untersuchungs-)Haftvollzug auch im Falle des A aufgrund des »begrenzte[n] Platzes, erschwert durch einen Mangel an Intimsphäre bei der Nutzung der Toiletten, [der] eingeschränkten Schlafmöglichkeiten, Insektenplagen, schlechte[r] Belüftung und [des] restriktive[n] Hofgangs ... bei der anzustellenden Gesamtschau der Auswirkungen eine entwürdigende Behandlung«²¹ und damit einen Verstoß gegen Art. 3 EMRK – sprich eine schwerwiegende²² Menschenrechtsverletzung – darstellen würde.

b) Haftbedingungen in Rumänien und die drohende Auslieferung zur Strafvollstreckung

Der rumänische Staatsangehörige C wurde 2015 wegen Fahrens ohne Fahrerlaubnis verurteilt; unter Einbeziehung einer einschlägigen vorhergehenden Verurteilung wurde durch das Berufungsgericht im Oktober 2015 eine Gesamtfreiheitsstrafe von einem Jahr und acht Monaten festgesetzt. Wenige Wochen später wurde er auf Grundlage eines rumänischen Europäischen Haftbefehls in Deutschland festgenommen.²³

Auch in Rumänien soll eine »massive Überbelegung der Zellen« herrschen, welche zudem »stark renovierungs- und sanierungsbedürftig [seien]«, was den Ausschuss zur Verhütung von Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe des Europarates den Schluss ziehen lässt, »dass die Bedingungen in rumänischen Gefängnissen als menschenunwürdig und erniedrigend angesehen werden können«. ²⁴ Somit ist auch zu befürchten, dass C im Falle seiner Auslieferung zur Straf-

vollstreckung einer Menschenrechtsverletzung ausgesetzt wäre.

c) Eine vergebliche Suche nach verlässlicher Menschenrechtskonformität im Einzelfall

Eine in der Praxis des Europäischen Haftbefehls durchaus weit verbreitete Option ist es, nach einer Menschenrechtskonformität im Einzelfall zu streben. Hierzu versuchen die beteiligten Justizbehörden, im bilateralen und unmittelbaren Austausch nach Art. 15 Abs. 2, Abs. 3 RbEuHb verlässliche Zusicherungen für einen menschenrechtskonformen Fortgang des Verfahrens im konkreten Einzelfall zu erlangen und damit Einzelfallgerechtigkeit zu erzielen.²⁵ Hinsichtlich der Haftbedingungen und insbesondere des Aspekts eines zu kleinen Hafttraums ist jedoch neben dem konkreten Einzelfall auch ein systemischer Aspekt zu beachten: Wird einem Häftling ein größerer Raum oder ein sonst überbelegter Haftraum alleine zugewiesen, verschlechtern sich – bei im Übrigen unveränderten Rahmenbedingungen – zugleich die Haftbedingungen für alle anderen Gefangenen.²⁶

Ob das aus dem Auslieferungsrecht altbekannte und probate Mittel²⁷ von völkerrechtlich verbindlichen Zusicherungen vor dem Hintergrund des beschränkten Katalogs an Ablehnungsgründen in Art. 3, 4, 4a RbEuHb tatsächlich europarechtskonform eingesetzt wird, war in der Vergangenheit noch ungeklärt, wurde aber vom EuGH auch nicht ausdrücklich bestritten. Auf diesem Wege hätten sich auch – entsprechendes Entgegenkommen der ungarischen und rumänischen Seite vorausgesetzt – die menschenrechtlichen Bedenken in diesen konkreten Fällen ausräumen lassen. Doch die GenStA Bremen scheiterte mit diesem Ansinnen, beantragte jedoch gleichwohl vor dem HansOLG Bremen, die Auslieferung des A und des C für zulässig zu erklären.²⁸

²⁰ EGMR, Urt. v. 10. 3. 2015, Nr. 14097/12, 45135/12, 73712/12, 34001/13, 44055/13 (Varga u. a./Ungarn).

²¹ HansOLG Bremen, Vorlagebeschl. v. 23. 7. 2015 – 1 Ausl A 3/15 –, Rdn. 13f.

²² Die fundamentale Bedeutung des Art. 3 EMRK für einen Menschenrechtsschutz ergibt sich insbesondere daraus, dass Art. 15 Abs. 2 EMRK insoweit keine Derogationsmöglichkeit vorsieht.

²³ HansOLG Bremen, Vorlagebeschl. v. 8. 12. 2015 – 1 Ausl A 23/15 –, Rdn. 1.

²⁴ HansOLG Bremen, Vorlagebeschl. v. 8. 12. 2015 – 1 Ausl A 23/15 –, Rdn. 13f. unter Verweis auf CPT/inf (2015) 32 sowie EGMR, Urt. v. 10. 6. 2014, Nr. 22015/10, 13054/12, 79857/12, 51318/12 (Voicu u. a./Rumänien).

²⁵ Umfassend *Riegel/Speicher StV* 2016, 250 (254f.); aus der Rechtsprechung siehe exemplarisch KG, Beschl. v. 15. 4. 2015 – (4) 151 Ausl A 33/15; vgl. ferner *VerfGH Berlin StV* 2015, 368 (370).

²⁶ Hierauf verweisend EuGH, Schlussanträge *GA Bot* v. 3. 3. 2016, verb. Rs. C-404/15 und C-669/15 PPU, Rdn. 64.

²⁷ Aus verfassungsrechtlicher Sicht siehe zuletzt *BVerfG*, Beschl. v. 9. 3. 2016 – 2 BvR 348/16 –, Rdn. 10.

²⁸ HansOLG Bremen, Vorlagebeschl. v. 23. 7. 2015 – 1 Ausl A 3/15 –, Rdn. 4f. sowie HansOLG Bremen, Vorlagebeschl. v. 8. 12. 2015 – 1 Ausl A 23/15 –, Rdn. 5.

d) Die unzureichende Verankerung eines Grundrechtsvorbehalts im RbEuHb und in der bisherigen Rechtsprechung des EuGH

Im Gegensatz zu neueren unionalen Instrumenten der gegenseitigen Anerkennung²⁹ enthält der RbEuHb im Katalog der Ablehnungsgründe keinen ausdrücklichen Grundrechts- oder *ordre public*-Vorbehalt, so dass noch immer die Frage ungeklärt ist, ob aus den allgemeinen Bestimmungen – insbesondere, dass die Pflicht zur Achtung der Unionsgrundrechte unberührt bleibe (Art. 1 Abs. 3 RbEuHb) – ein solcher Ablehnungsgrund hergeleitet werden kann.

Der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung, auf dem die justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen in der EU beruht, versuchte sich stets aus einem postulierten Vertrauen zu legitimieren, das in die Rechtsstaatlichkeit und Menschenrechtskonformität der mitgliedstaatlichen Kriminaljustizsysteme auch ohne eine (Mindest-)Harmonisierung an Verfahrensrechten³⁰ bestehen soll. Dieses Vertrauen rechtfertigt es – so die dahinterstehende Theorie –, ohne nähere Prüfung des jeweiligen Einzelfalls strafjustizielle Entscheidungen anderer Mitgliedstaaten anzuerkennen.³¹ Der EuGH unterstrich in einer Reihe von Entscheidungen in den vergangenen Jahren diese Sichtweise und betonte dabei das gegenseitige Vertrauen als ein zentrales Konstitutionsprinzip der Union,³² das die Mitgliedstaaten zu – nicht oder nur marginal abgesicherter – gegenseitiger Anerkennung verpflichten soll. Somit sollen dem EuGH zufolge die Mitgliedstaaten »bei der Durchführung des Unionsrechts ... unionsrechtlich verpflichtet sein [können], die Beachtung der Grundrechte durch die übrigen Mitgliedstaaten zu unterstellen, so dass sie weder die Mög-

lichkeit haben, von einem anderen Mitgliedstaat ein höheres nationales Schutzniveau der Grundrechte zu verlangen als das durch das Unionsrecht gewährleistetete, noch – von Ausnahmefällen abgesehen – prüfen können, ob dieser andere Mitgliedstaat in einem konkreten Fall die durch die Union gewährleisteten Grundrechte tatsächlich beachtet hat.«³³

Bezogen auf den Europäischen Haftbefehl führte diese Sichtweise dazu, dass der EuGH wiederholt zu erkennen gab, dass allein aus den in Art. 3, 4, 4a RbEuHb genannten Gründen die Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls abgelehnt werden dürfe.³⁴ Darüber hinausgehend sei nur möglich, die gegenseitige Anerkennung bei Vorliegen »schwere[r] und anhaltende[r] Verletzung« der in Art. 6 EUV genannten Grundsätze und dann nur auf dem Wege des politischen Verfahrens des Art. 7 EUV auszusetzen (vgl. Erwägungsgrund 10 RbEuHb).³⁵

e) Der potentiell unionsrechtswidrige *ordre public*-Vorbehalt in § 73 Satz 2 IRG und eine wagemutige Vorlageentscheidung des HansOLG Bremen

Anders jedoch die einfachgesetzliche Ausgestaltung in Deutschland: § 73 Satz 2 IRG enthält die Maßgabe, dass die Leistung von Rechtshilfe im Rahmen der strafjustiziellen Zusammenarbeit der EU unzulässig ist, »wenn die Erledigung zu den in Artikel 6 des Vertrages über die Europäische Union enthaltenen Grundsätzen« – dem sogenannten *europäischen ordre public* – »im Widerspruch stünde«. Damit verkörpert § 73 Satz 2 IRG eine »deutliche Distanzierung des deutschen Gesetzgebers vom Prinzip der gegenseitigen Anerkennung«³⁶ und stellt trotz des Verweises auf Art. 6 EUV eine Vorschrift des »innerstaatlichen deutschen Rechts«³⁷ dar, zu deren vorrangiger³⁸ Anwendung und Auslegung im Grundsatz die deutschen Gerichte berufen sind. Teil dieses Maßstabs des *europäischen ordre public* sind unstrittigerweise die in der EMRK niedergelegten Men-

²⁹ Art. 11 Abs. 1 lit. f RL 2014/41/EU sowie Art. 13 Abs. 1 lit. a VO (EU) Nr. 606/2013.

³⁰ Diese setzte erst etliche Jahre später ein, führte inzwischen aber zu den richtungsweisenden RL 2010/64/EU (Dolmetschleistungen und Übersetzungen); RL 2012/13/EU (Belehrung und Unterrichtung); RL 2013/48/EU (Zugang zu einem Rechtsbeistand), RL (EU) 2016/343 (Unschuldvermutung) und RL (EU) 2016/800 (Verfahrensgarantien für beschuldigte Jugendliche).

³¹ Vgl. hierzu Meyer, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, Art. 82 AEUV Rdn. 7; Vermeulen, in: Tiedemann u. a. (Hrsg.), Die Verfassung moderner Strafrechtspflege, 2016 (im Erscheinen);

³² Insbesondere EuGH, Urt. v. 26. 2. 2013, Rs. C-399/11 PPU (Melloni), Rdn. 63; EuGH, Urt. v. 30. 5. 2013, Rs. C-168/13 (Jeremy F.), Rdn. 49f.; EuGH, Gutachten 2/13 v. 18. 12. 2014 (EMRK-Beitritt), Rdn. 191; siehe hierzu umfassend – auch zu Begrenzungen – Burchard Die Konstitutionalisierung der gegenseitigen Anerkennung, Habil. München 2015, passim; Klip (Fn. 15) S. 100ff., 400ff.; von der Groeben/Schwarze/Hatje/Meyer (Fn. 32) Art. 82 AEUV Rdn. 7, 13.

³³ EuGH, Gutachten 2/13 v. 18. 12. 2014 (EMRK-Beitritt), Rdn. 192.

³⁴ EuGH, Urt. v. 28. 2. 2012, Rs. C-192/12 PPU (West), Rdn. 55; EuGH, Urt. v. 29. 1. 2013, Rs. C-396/11 (Radu), Rdn. 36; EuGH (Große Kammer), Urt. v. 26. 2. 2013, Rs. C-399/11 PPU (Melloni), Rdn. 38; EuGH, Urt. v. 30. 5. 2013, Rs. C-168/13 (Jeremy F.), Rdn. 36; EuGH, Urt. v. 16. 7. 2015, Rs. C-237/15 PPU (Lanigan), Rdn. 36.

³⁵ EuGH, Urt. v. 30. 5. 2013, Rs. C-168/13 (Jeremy F.), Rdn. 49.

³⁶ Vogel in: Grützner/Pötz/Kreß (Fn. 12), § 73 IRG Rdn. 134.

³⁷ Vgl. Vogel in: Grützner/Pötz/Kreß (Fn. 12), § 73 IRG Rdn. 156.

³⁸ Vorrangig im Sinne dessen, dass niederrangiges Recht vor höherem Recht und nationales Recht vor unionalem Recht anzuwenden ist, es sei denn, aus der Unvereinbarkeit der niederrangigen bzw. nationalen Norm folge deren Nichtigkeit oder Unanwendbarkeit.

schenrechte und Grundfreiheiten in ihrer dynamischen Interpretation durch den EGMR.³⁹ Soweit man bei A und C – wegen der ihnen drohenden Haftbedingungen – einen Verstoß gegen diesen Maßstab anerkennt, eröffnet daher § 73 Satz 2 IRG *prima facie* die Möglichkeit, die Vollstreckung der jeweiligen Europäischen Haftbefehle abzulehnen.

Ein solcher Rückgriff auf § 73 Satz 2 IRG erfordert es allerdings, in zweierlei Hinsicht über die europarechtliche Determination dieser Norm hinwegzusehen: So wird vertreten, § 73 Satz 2 IRG setze einen von Art. 1 Abs. 3 RbEuHb eröffneten Spielraum im nationalen Recht um. Zu dessen Auslegung sei indes grundsätzlich der EuGH im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens berufen.⁴⁰ Weitaus gewichtiger sind aber – jedenfalls seit den Entscheidungen des EuGH im Frühjahr 2013 in den Sachen *Radu* und *Melloni*⁴¹ – die erheblichen Zweifel, ob es neben den in Art. 3, 4, 4a RbEuHb normierten und in §§ 78 ff. IRG umgesetzten Gründen weitere Ablehnungsgründe zur Ablehnung der Vollstreckung Europäischer Haftbefehle gibt und ob § 73 Satz 2 IRG somit überhaupt rahmenbeschlusskonform ist.⁴² Daraus folgen – jedenfalls infolge jüngster EuGH-Rechtsprechung⁴³ und seit dem Ende der *Lissabon-Übergangsfristen*⁴⁴ am 1. 12. 2014 – auch Zweifel über die Anwendbarkeit des § 73 Satz 2 IRG im Hinblick auf den Anwendungsvorrang des Unionsrechts bei unionsrechtswidriger Umsetzung in nationales Recht. Auch die Frage der Rahmenbeschlusskonformität des § 73 Satz 2 IRG war daher eine, die grundsätzlich einer Klärung durch den EuGH bedurfte.

Im Anschluss an § 73 Satz 2 IRG stützende Teile der Literatur⁴⁵ und auch europäischer Rechtserkenntnisquel-

len⁴⁶ war es den deutschen Gerichten indes in der Vergangenheit auch ohne Willkürverstoß⁴⁷ möglich gewesen, über diese Zweifel hinwegzusehen und die Eröffnung eines *europäischen ordre public*-Vorbehalts in § 73 Satz 2 IRG als hinreichend offensichtlich rahmenbeschlusskonform anzusehen, so dass sich eine Vorlage an den EuGH nach der *acte clair*-Doktrin⁴⁸ erübrige. Diesen Weg nutzten deutsche Gerichte bislang auch regelmäßig, soweit keine ausreichende Gewähr für die Einhaltung der Haftbedingungen bestand und sich diese auch nicht durch eine hinreichend verlässliche Zusicherung im Einzelfall herstellen ließ.⁴⁹ Hätte das HansOLG Bremen daher in den Fällen des A und C die Vollstreckung der Europäischen Haftbefehle unter Verweis hierauf abgelehnt, so hätte dies – erst recht angesichts einer entsprechenden, veröffentlichten vorherigen Entscheidung desselben Senats⁵⁰ – niemanden verwundert.

Angesichts der mehr und mehr zunehmenden Zweifel über die Möglichkeit, einen Europäischen Haftbefehl unter Verweis auf § 73 Satz 2 IRG bzw. aus europarechtlicher Perspektive unter Verweis auf Art. 1 Abs. 3 RbEuHb abzulehnen, waren die diesbezüglichen⁵¹ Vorabentscheidungsersuchen des HansOLG Bremen⁵² auch grundsätzlich begrüßenswert, tragen sie doch zu größerer Rechtsicherheit bei. Doch waren diese Entscheidungen auch evident riskant: Denn wer eine Frage stellt, der sollte sich auch sicher sein, mit jeglicher denkbaren Antwort dann

³⁹ *Ambos/Poschadel* in: *Ambos/König/Rackow* (Hrsg.), *Rechtshilfe* in Strafsachen, 2015, I Rdn. 77; *Burchard* in: *Böse* (Hrsg.), *Enzyklopädie Europarecht*, Bd. 9: *Europäisches Strafrecht*, § 14 Rdn. 52; *Vogel* in: *Grützner/Pötz/Kreß* (Fn. 12), § 73 IRG Rdn. 152.

⁴⁰ *Vogel* in: *Grützner/Pötz/Kreß* (Fn. 12), § 73 IRG Rdn. 156f. Die Vorlagepflicht folgte vor dem 1. 12. 2009 aus Art. 35 EUV i. V. m. § 1 Abs. 1 EuGHG a. F.; seitdem aus Art. 267 AEUV i. V. m. dem deutschen Zustimmungsgesetz zum Lissabon-Vertrag.

⁴¹ Siehe oben bei und mit Fn. 34.

⁴² *Ambos/Rackow/König/Ambos/Poschadel* (Fn. 39) I Rdn. 70ff.; *Ambos/Rackow/König/Meyer* (Fn. 39) II Rdn. 807ff.; *Brodowski* HRRS 2013, 54; *Gaede* NJW 2013, 1279; siehe zuvor bereits *Vogel* in: *Grützner/Pötz/Kreß* (Fn. 12), § 73 IRG Rdn. 138.

⁴³ EuGH, *Urt. v. 8. 9. 2015*, Rs. C-105/14 (*Taricco* u. a.).

⁴⁴ Zuvor fehlte es an der unmittelbaren Wirksamkeit jedenfalls unmittelbar belastender Rahmenbeschlüsse, so dass »Umsetzungsmängel ... die innerstaatliche Wirksamkeit der Umsetzungsgesetzgebung nicht [berührten]«, *Vogel* in: *Grützner/Pötz/Kreß* (Fn. 12), § 73 IRG Rdn. 137.

⁴⁵ *Ambos/Rackow/König/Ambos/Poschadel* (Fn. 39) I Rdn. 76; *EnzEuR/Burchard* (Fn. 39) § 14 Rdn. 51f.; *Vogel/Eisele*, in: *Grabitz/Hilf*

Nettesheim (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union*, 57. Erg.-Lfg. August 2015, Art. 82 AEUV Rn. 37ff.; *LR/Esser* (Fn. 10) Art. 6 EMRK Rdn. 698; *Hecker* *Europäisches Strafrecht*, 5. Aufl. 2015, § 12 Rdn. 36; *Ambos/Rackow/König/Meyer* (Fn. 39) II Rdn. 806ff.

⁴⁶ Vgl. hierzu die Nachweise in *BVerfG*, *Beschl. v. 15. 12. 2015 – 2 BvR 2735/14 –*, Rdn. 94.

⁴⁷ *BVerfGE* 126, 286 (315f.); umfassende Darstellung der verschiedenen Kategorien in *BVerfG*, *Kammerbeschl. v. 8. 4. 2015 – 2 BvR 35/12 –*, Rdn. 19ff.

⁴⁸ EuGH, *Urt. v. 6. 10. 1982*, Rs. C-283/81 (*C.I.L.F.I.T.*), Rdn. 21.

⁴⁹ Exemplarisch *HansOLG Bremen StV* 2015, 365; *OLG Celle StV* 2015, 368; *KG*, *Beschl. v. 15. 4. 2015 – (4) 151 Ausl A 33/15 (36/15)*; *OLG Dresden StV* 2016, 237; *OLG München*, *Beschl. v. 14. 12. 2015 – 1 AR 392/15 –*.

⁵⁰ *HansOLG Bremen StV* 2015, 365.

⁵¹ Auch wenn die Fragen das HansOLG Bremen dahingehend gestellt waren, ob es eine Zusicherung des Ausstellungsmitgliedstaat auf Einhaltung der Haftbedingungen verlangen dürfe, und für den Fall der Verneinung die *Ablehnung* des Europäischen Haftbefehls ankündigte, so ist es gängige Praxis des EuGH, die Vorlagefragen auf die sich aus seiner Sicht wirklich stellenden Fragen zu modifizieren. Als Beispiel hierzu diene EuGH, *Urt. v. 29. 1. 2013 – C-396/11 (Radu)*, siehe *Brodowski* HRRS 2013, 54 (54f.).

⁵² *HansOLG Bremen*, *Vorlagebeschl. v. 23. 7. 2015 – 1 Ausl A 3/15 –* sowie *HansOLG Bremen*, *Vorlagebeschl. v. 8. 12. 2015 – 1 Ausl A 23/15 –*.

auch leben zu können – und somit auch mit der möglichen und vom Generalanwalt *Bot* jedenfalls implizit vorgeschlagenen Antwort, dass § 73 Satz 2 IRG unionsrechtswidrig und daher unanwendbar ist.⁵³ Andererseits: Wer nicht wagt, der nicht gewinnt.

3. Zusammenführung

Mit den Vorlageentscheidungen des HansOLG Bremen hatte der EuGH somit die Möglichkeit erhalten, seine in den vergangenen Jahren hochgehaltene, restriktive Rechtsprechung über die Möglichkeiten der Ablehnung eines Europäischen Haftbefehls⁵⁴ fortzusetzen und im Hinblick auf die Einhaltung der Grund- und Menschenrechte allein auf den Ausstellungsmitgliedstaat zu verweisen. Mit der Entscheidung des OLG Düsseldorf, die Auslieferung des R nach Italien trotz der Bedenken hinsichtlich des Abwesenheitsurteils für zulässig zu erklären, und der hiergegen eingelegten Verfassungsbeschwerde war jedoch zugleich ein Nerv getroffen, der das BVerfG auf einen tentativen Kollisionskurs brachte: Denn bei aller Duldung einer europäischen Integration legte das BVerfG doch stets einen besonderen Wert darauf, dass diese nicht bzw. jedenfalls nicht allzu sehr auf Kosten eines Grundrechtsschutzes erfolgen dürfe.⁵⁵

II. Die Aktivierung der Identitätskontrolle durch das BVerfG

Nachdem das BVerfG die Überstellung des R an Italien durch eine – mehrfach verlängerte – einstweilige Anordnung nach § 32 BVerfGG unterbunden hatte,⁵⁶ hob es mit Beschluss v. 15. 12. 2015 die Zulässigkeitsentscheidung des OLG Düsseldorf auf und verwies die Sache dorthin zur weiteren Sachverhaltsaufklärung, ob tatsächlich eine menschenrechtswidrige und vorbehaltlose Vollstreckung des gegen R ergangenen Abwesenheitsurteils zu befürchten ist, und zur erneuten Entscheidung anhand der nun-

mehr vorgegebenen Maßstäbe zurück.⁵⁷ Doch neben dieser konkreten auslieferungsrechtlichen Korrektur und dessen Abstrahierung (1.) sind noch zwei weitere Ebenen des Beschlusses hervorzuheben, namentlich eine verfassungs- und europapolitische Ebene (2.) sowie eine strafverfassungsrechtliche Ebene (3.). Erst das hieraus resultierende Zusammenspiel dürfte dazu führen, dass dieser Beschluss des 2. *Senats des BVerfG* in einer Reihe mit seiner vorangegangenen *Solange*-Rechtsprechung⁵⁸ und dem *Lissabon-Urteil*⁵⁹ genannt werden dürfte.

1. Auslieferungs- und rechtshilferechtliche Ebene: Die fatale Aktivierung der Identitätskontrolle

Der 2. *Senat des BVerfG* sah sich *in casu* konfrontiert mit einer fehlerhaften Rechtsanwendung des einfachen Rechts, hier des § 83 Nr. 3 IRG a. F.: Das OLG Düsseldorf hatte nämlich in materieller Hinsicht entschieden, dass es dieser Norm zufolge ausreichend sei, dass auf Antrag des R »in der Sache eine umfassende tatsächliche und rechtliche Überprüfung des Abwesenheitsurteils stattfinde[n] kann], im Rahmen derer eine erneute Beweisaufnahme jedenfalls nicht ausgeschlossen ist.«⁶⁰ Weil es von diesem – bereits aus dem Blickwinkel des einfachen Rechts: falschen⁶¹ – materiell-rechtlichen Maßstab ausgeht, hatte es zudem in verfahrensmäßiger Hinsicht unterlassen, diese Rechtsfrage des italienischen Strafverfahrensrechts weiter aufzuklären.⁶²

a) Verletzung spezifischen Verfassungsrechts im auslieferungs- und rechtshilferechtlichen Kontext

Nun ist es allerdings weder Aufgabe noch Selbstverständnis des BVerfG, gleich einer »Superrevisionsinstanz«⁶³ über die korrekte Anwendung des einfachen Rechts zu

⁵³ EuGH, Schlussanträge *GA Bot* v. 3. 3. 2016, verb. Rs. C-404/15 und C-669/15 PPU, Rdn. 91 ff., 129 f.

⁵⁴ Siehe oben bei und mit Fn. 34.

⁵⁵ Besonders hervorzuheben sind hierzu BVerfGE 37, 271 (»Solange I«); BVerfGE 73, 339 (»Solange II«) sowie BVerfGE 113, 273 (»Europäischer Haftbefehl«).

⁵⁶ BVerfG (2. Senat 3. Kammer), e.A. v. 27. 11. 2014 - 2 BvR 2735/14 -; verlängert durch (Senats-)Beschlüsse v. 13. 5. 2015 und 3. 11. 2015.

⁵⁷ Weitergehend *Kühne* StV 2016, 299 (302), der den Auslieferungsverkehr betreffend sämtlicher italienischer Abwesenheitsurteile bis auf Weiteres grundsätzlich unterbrochen sieht.

⁵⁸ BVerfGE 37, 271 (»Solange I«); BVerfGE 73, 339 (»Solange II«).

⁵⁹ BVerfGE 123, 267.

⁶⁰ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 7. 11. 2014 - III - 3 Ausl 108/14 -, Rdn. 16.

⁶¹ Siehe oben I. 1. b) bei und mit Fn. 12.

⁶² Pointiert *Meyer* NJECL 2016, Heft 3 : Dem OLG Düsseldorf sei ein »reckless handling of the EAW« vorzuwerfen.

⁶³ So das berühmte Diktum in BVerfGE 40, 352 (356); aus straf(prozess-)verfassungsrechtlicher Sicht hierzu *Jahn* NSTZ 2007, 255 (256 f.).

wachen; erforderlich ist vielmehr eine spezifische Verfassungsverletzung.⁶⁴ Eine weitere Schwierigkeit liegt darin begründet, dass die primäre Menschenrechtsverletzung hier nicht durch deutsche Stellen, sondern durch Italien droht.

Indes: Nach ständiger und unveränderter Rechtsprechung des BVerfG darf Deutschland eine ausländische Strafverfolgung nur dann durch eine Auslieferung unterstützen, soweit diese »mit dem nach Art. 25 GG verbindlichen völkerrechtlichen Mindeststandard und mit den unabdingbaren verfassungsrechtlichen Grundsätzen ihrer öffentlichen Ordnung vereinbar«⁶⁵ ist. Hierzu zählen jedenfalls auch elementare *fair trial*-Garantien wie die hier gegenständlichen Sicherungen bei Abwesenheitsurteilen,⁶⁶ gleich wie man Art. 6 Abs. 1, Abs. 3 EMRK in das Grundrechtsgefüge Deutschlands inkorporiert.⁶⁷ Die Missachtung dieses Mindeststandards in materieller wie in prozessualer Hinsicht durch das OLG Düsseldorf wäre daher ausreichender Anlass gewesen, eine spezifische und vor dem BVerfG rügefähige Verfassungsverletzung herzuweisen.

b) Verfassungsgerichtlicher Rechtsschutz gegen eine grundrechtswidrige Anwendung der unionsrechtskonformen Umsetzung und die Mär von einer »Solange«-Konstellation

In der konkret vorliegenden Fallgestaltung stellte es auch keine besondere verfassungsrechtliche Schwierigkeit dar, dass die Auslieferung auf Grundlage eines Europäischen Haftbefehls erfolgen sollte. Denn dem RbEuHb zufolge ist die gegenseitige Anerkennung nicht absolut; vielmehr verpflichtet Art. 3 RbEuHb die Mitgliedstaaten, einen Europäischen Haftbefehl unter den dort genannten Voraussetzungen nicht zu vollstrecken, und eröffnet den Mitgliedstaaten in Art. 4, Art. 4 a RbEuHb weitere, optionale Möglichkeiten, die Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls zu verweigern. Ob und inwieweit ein Mitgliedstaat von solchen Spielräumen Gebrauch macht, ist diesen überlassen⁶⁸ und kann dabei durchaus auch verfassungsrecht-

lich determiniert sein.⁶⁹ Prototypisch hierfür möge das wegweisende BVerfG-Urteil zum Europäischen Haftbefehl stehen.⁷⁰

Daher ist es auch aus unionsrechtlicher Sicht unproblematisch – jedenfalls soweit man die Auffassung des BVerfG teilt, es sei ein *acte clair*, dass aus Art. 4 a Abs. 1 lit. d RbEuHb die Gewährleistung einer umfassenden neuen Beweisaufnahme folge⁷¹ –, wenn Deutschland Art. 4 a Abs. 1 lit. d RbEuHb (insoweit) in § 83 Nr. 3 IRG a. F., § 83 Abs. 4 IRG n.F. als zwingenden Ablehnungsgrund ausgestaltet und dessen Einhaltung auch verfassungsgerichtlich absichert. Hierfür hätte – angesichts der bloßen Fortführung der bisherigen Verfassungsrechtsprechung – eine kurze Kammerentscheidung ausgereicht. Doch der 2. Senat des BVerfG wählte nicht diesen einfachen Weg, sondern schuf mühsam eine (vermeintliche) »Solange«-Konstellation.

Nach der sogenannten »Solange«-Rechtsprechung, an der der 2. Senat des BVerfG im Grundsatz festhält, sind unter Verweis auf die Gewährleistung eines gleichwertigen Grundrechtsschutzes in der EU deren Hoheitsakte sowie »– soweit sie durch das Unionsrecht determiniert werden – Akte der deutschen öffentlichen Gewalt ... grundsätzlich nicht am Maßstab der im Grundgesetz verankerten Grundrechte zu messen«.⁷² Zu einer »Solange«-Konstellation konnte der 2. Senat folglich nur gelangen, indem er den Umsetzungsspielraum des Art. 4 a Abs. 1 lit. d RbEuHb – der nur einen *optionalen* Ablehnungsgrund vorsieht – einengte und diesbezüglich eine unionsrechtliche Umsetzungspflicht konstruierte.

Hierzu stellte der 2. Senat des BVerfG zunächst den beachtenswerten Rechtssatz auf, dass »[e]inem Europäischen Haftbefehl ... nach unionsrechtlichen Maßstäben nicht Folge zu leisten [ist], wenn ... die Auslieferung mit einer Verletzung der unionalen Grundrechte einherginge«.⁷³ Damit sieht er einen Ablehnungsgrund eines *europäischen ordre public* vergleichbar § 73 Satz 2 IRG nicht nur als unionsrechtliche Möglichkeit, sondern als unionsrechtliche Pflicht. Damit erteilte der 2. Senat zugleich der entgegenstehenden These des EuGH eine klare Absage,⁷⁴

⁶⁴ BVerfGE 18, 85 (92f.).

⁶⁵ So die Formulierung in BVerfG 108, 129 (136); BVerfGE 113, 154 (162); äquivalent die Formulierung in BVerfG, Beschl. v. 15. 12. 2015 – 2 BvR 2735/14 –, Rdn. 60. Siehe hierzu ferner Brodowski StV 2013, 339 (342 bei und mit Fn. 44), auch zu einem alternativen Konstruktionsansatz.

⁶⁶ Vgl. BVerfGE 63, 332 (338).

⁶⁷ Jahn ZStW 127 (2015) 549 (559ff.).

⁶⁸ So auch Meyer NJECL 2016, Heft 3.

⁶⁹ Dies bekräftigend BVerfG, Beschl. v. 15. 12. 2015 – 2 BvR 2735/14 –, Rdn. 39 a. E.; siehe hierzu auch Sauer NJW 2016, 1134 (1135f.).

⁷⁰ BVerfGE 113, 273 (292 ff.).

⁷¹ BVerfG, Beschl. v. 15. 12. 2015 – 2 BvR 2735/14 –, Rdn. 88ff.; insoweit zustimmend Sauer NJW 2016, 1134 (1135).

⁷² BVerfG, Beschl. v. 15. 12. 2015 – 2 BvR 2735/14 –, Rdn. 36ff.

⁷³ BVerfG, Beschl. v. 15. 12. 2015 – 2 BvR 2735/14 –, Rdn. 85, ergänzend Rdn. 92ff.

⁷⁴ Da diese Frage indes – jedenfalls aus Sicht des BVerfG – nicht entscheidungserheblich war, weil das Unionsrecht im vorliegenden Fall ohnehin keine Auslieferungspflicht vorsah, war eine Vorlage an den EuGH nach Art. 267 AEUV insoweit nicht erforderlich.

der zufolge die Einhaltung der unionalen Grundrechte nach der Überstellung grundsätzlich Sache des Ausstellungsmitgliedstaats und auch vorab nicht durch den Vollstreckungsstaat zu überprüfen sei.⁷⁵ In sich schlüssig legte der 2. Senat zudem dar, dass insbesondere aus den unionalen Grundrechten folge, dass in Fällen wie diesem dem Beschuldigten die Möglichkeit einzuräumen sei, eine erneute Beweisaufnahme herbeizuführen.⁷⁶ Damit war die ohnehin bestehende Ablehnungsmöglichkeit zur Ablehnungspflicht verdichtet – und dies wegen der unionsrechtlichen Herleitung bemerkenswerterweise mit dem impliziten Anspruch für *sämtliche* Mitgliedstaaten und nicht nur für Deutschland.

Mit einer derart konstruierten unionsrechtlichen Ablehnungspflicht und der daraus folgenden unionalen Determination des § 83 Nr. 3 IRG a. F., § 83 Abs. 4 IRG n.F. ist daher auf den ersten Blick eine Fallgestaltung gegeben, die in den Anwendungsbereich der »Solange«-Rechtsprechung fällt. Doch die Zweifel hieran überwiegen, es liegt vielmehr nach wie vor *keine* »Solange«-Konstellation vor. Denn erstens ist in formaler Sicht gleichwohl ein Umsetzungsspielraum gegeben. Zweitens zeichnet die entgegengesetzte Sichtweise Fälle einer Grundrechtsparallelität – wie hier – als einen Grundrechtskonflikt und schürt daher Misstrauen zwischen den Rechtsordnungen und zwischen den Verfassungsgerichten, anstatt die mehrschichtige Absicherung derselben Gewährleistungsinhalte zu betonen.⁷⁷ Drittens kann auch ein nur formal bestehender Umsetzungsspielraum als unionale Zurückhaltung gewertet werden, die verfahrensmäßige Ausgestaltung und die grundrechtliche Absicherung nicht determinieren, sondern diese den nationalen Rechtsordnungen überlassen zu wollen. Dies gilt umso mehr in Ermangelung einer Unionsverfassungsbeschwerde, die eine umfassende Aktivierung von Rechtsschutz in und durch die Mitgliedstaaten erforderlich machen kann.⁷⁸

⁷⁵ Siehe oben I. 2. d) bei und mit Fn. 32.

⁷⁶ BVerfG, Beschl. v. 15. 12. 2015 – 2 BvR 2735/14 –, Rdn. 88 ff.

⁷⁷ Meyer NJECL 2016, Heft 3.

⁷⁸ Meyer NJECL 2016, Heft 3. *Sarmiento* (Fn. 1) und – jedenfalls tendenziell – *GA Bot* (EuGH, Schlussanträge *GA Bot* v. 3. 3. 2016, verb. Rs. C-404/15 und C-669/15 PPU, Rdn. 175) zufolge sei es an der Zeit, dass der EuGH seine Rolle als Grundrechtsgericht ernst nehmen müsse. Siehe ergänzend *Bilz* (Fn. 1), der unter Verweis auf *Thym* JZ 2015, 53 und *Bäcker* EuR 2015, 389 auf die Möglichkeiten einer »Inkorporierung des europäischen Gewährleistungsgehalts in die deutschen Grundrechte und einer damit verbundenen Erweiterung der Prüfungsbefugnisse des BVerfG« verweist, den Beschluss des BVerfG als ersten Schritt auf diesen Weg lobt und zur weiteren Verstärkung eines unions- und vorlagefreundlich ausgestalteten Grundrechtssicherung für eine Absenkung der Zulässigkeitschürden plädiert.

Entgegen dem 2. Senat des BVerfG war daher gerade *kein* Fall gegeben, bei dem aus unionsrechtlichen Gründen der Menschenrechtsschutz am Maßstab des Grundgesetzes und dessen Gewährleistung durch das BVerfG einzuschränken war. Die Konstruktion einer vermeintlichen »Solange«-Konstellation und die nachfolgende Aktivierung der Identitätskontrolle kann sich vielmehr als folgenreicher Fehler erweisen.

c) Die Aktivierung der Identitätskontrolle als »nuclear option« – und als nur vermeintlich grundrechtsfreundlicher Akt

Eine im *Lissabon*-Urteil bereits angelegte Ausnahme zum aufgezeigten Maßstab der »Solange«-Rechtsprechung⁷⁹ – die sogenannte Identitätskontrolle – aktivierte der 2. Senat des BVerfG jedoch nunmehr zum ersten Mal. Diese Identitätskontrolle knüpft an die »Ewigkeitsgarantie« des Art. 79 Abs. 3 GG an, verneint jegliche Übertragung von Hoheitsrechten an die EU, »mit deren Inanspruchnahme eine Berührung der von Art. 79 Abs. 3 GG geschützten Verfassungsidentität einherginge«⁸⁰ und erlaubt eine »Feststellung einer Verletzung der Verfassungsidentität [nur] durch das Bundesverfassungsgericht« mit der Folge einer Unanwendbarkeit konfligierender Unions(rechts)akte.⁸¹ Wegen der besonderen verfassungsrechtlichen Fundierung in Art. 79 Abs. 3 GG und dem Anspruch des BVerfG, insoweit über die Anwendbarkeit des Unionsrechts zu entscheiden, wird die Identitätskontrolle damit zurecht als allerletztes, hochgefährliches und brisantes Mittel, ja als »nuclear option«⁸² angesehen.

Für eine Aktivierung der Identitätskontrolle reicht somit nicht jeglicher Grundrechtsverstoß aus, wohl aber eine Berührung der »in den Artikeln 1 und 20 [GG] niedergelegten Grundsätze«. Hierzu lässt der 2. Senat des BVerfG eine teilweise Fundierung in der Menschenwürde ausreichen,⁸³

⁷⁹ Unionsrechtlich determinierte deutsche Hoheitsakte sowie Hoheitsakte der EU sind »grundsätzlich nicht am Maßstab der im Grundgesetz verankerten Grundrechte zu messen«, BVerfG, Beschl. v. 15. 12. 2015 – 2 BvR 2735/14 –, Rdn. 36 ff.

⁸⁰ BVerfG, Beschl. v. 15. 12. 2015 – 2 BvR 2735/14 –, Rdn. 42.

⁸¹ BVerfG, Beschl. v. 15. 12. 2015 – 2 BvR 2735/14 –, Rdn. 44.

⁸² Meyer NJECL 2016, Heft 3. Mit »nuclear option« wird im US-amerikanischen Verfassungsrecht die Möglichkeit bezeichnet, durch eine prozedurale Besonderheit mit einer *einfachen* Mehrheit die Geschäftsordnung des Senats zu ändern und hierdurch die Erfordernisse *qualifizierter* Mehrheiten bei der Gesetzgebung und insbesondere bei der Zustimmung zur Ernennung von Bundesrichtern und hohen Amtsträgern abzuschaffen.

⁸³ Krit. *Sachs* JuS 2016, 373 (374).

was allerdings zur Folge hat, dass jedenfalls das Allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) in all' seinen Ausprägungen, möglicherweise aber auch weitere Grundrechte Gegenstand einer Identitätskontrolle werden können.⁸⁴ Hier geschah die Anknüpfung in Fortführung des *Deal*-Urteils des 2. *Senats*⁸⁵ über die weitere Aufladung des Schuldprinzips und der Betonung dessen (teilweiser) Verankerung in Art. 1 Abs. 1 GG,⁸⁶ aus dem auch die verfassungsrechtliche Pflicht zur »Ermittlung des wahren Sachverhalts« und der Täterpersönlichkeit folge.⁸⁷ Menschenwürdekonform sei daher, so der 2. *Senat*, »grundsätzlich« nur eine Strafe, zu deren Bemessung »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. Jedenfalls muss für den Angeklagten das Recht gewährleistet sein, insbesondere rechtfertigende, entschuldigende oder strafmildernde Umstände dem Gericht persönlich, im Gegenüber von Angeklagtem und Richter, darzulegen.«⁸⁸ Da »die deutsche Hoheitsgewalt die Hand nicht zu Verletzungen der Menschenwürde durch andere Staaten reichen« dürfe,⁸⁹ sei von deutschen Gerichten die »Gewährleistungsverantwortung«⁹⁰ dafür zu tragen, dass eine Auslieferung nur dann erfolge, wenn der aus der Menschenwürde resultierende Mindeststandard auch gegenüber dem (mit einem Europäischen Haftbefehl gesuchten) Beschuldigten im ausländischen Strafverfahren gewährleistet werde.⁹¹

Allerdings dürfe dem um Auslieferung ersuchenden Staat »im Hinblick auf die Einhaltung der Grundsätze der Rechtsstaatlichkeit und des Menschenrechtsschutzes grundsätzlich Vertrauen« entgegengebracht werden, das aber erschüttert werden könne.⁹² Hierzu setzt der 2. *Senat des BVerfG* jedoch gewisse prozessuale Hürden an, namentlich – auf Ebene der Instanzgerichte – eine Darlegungslast.⁹³ Verfassungsgerichtlicher Rechtsschutz durch eine Identitätskontrolle ist wiederum besonders »strengen

Voraussetzungen«,⁹⁴ ja »erhöhten Zulässigkeitsanforderungen« unterworfen.⁹⁵

Mit seiner Entscheidung, anstelle einer schlichten Prüfung der verfassungskonformen Anwendung der einfachgesetzlichen Umsetzung des Unionsrechts eine »Solange«-Konstellation zu kreieren und sodann auf eine Identitätskontrolle zurückzugreifen, hat der 2. *Senat des BVerfG* in diesem wie in vergleichbaren Fällen den Schutzstandard daher in doppelter Hinsicht reduziert: In materieller Hinsicht reicht ein spezifischer Verfassungsverstoß nicht aus, sondern es ist eine Berührung der in Art. 79 Abs. 3 GG in Bezug genommenen Garantien erforderlich. Und in prozessualer Hinsicht sind besondere Darlegungs- bzw. Begründungslasten einzuhalten.⁹⁶

2. Verfassungs- und europäische Ebene: Grundrechte und Letztentscheidungskompetenzen als Spielbälle des Europäischen Verfassungsgerichtsverbands

Warum war das BVerfG bereit, diesen hohen Preis zu zahlen und den geschilderten Aufwand zu betreiben, um die Identitätskontrolle zu aktivieren – obwohl *in concreto* nicht einmal ein Konflikt mit Unionsrecht bestand? Die Motivation hierfür verbleibt im Dunkeln, könnte aber in dem Wunsch gelegen haben, den Grundrechtsschutz im Kontext des Europäischen Haftbefehls zu verfestigen und insbesondere zu weiteren verfassungs-, europapolitischen und strafverfassungsrechtlichen Aussagen zu gelangen.

a) Wachsende Besorgnis um ausreichenden Grundrechtsschutz durch die und in der Europäischen Union

In den vergangenen Monaten und Jahren traten die Defizite der ausgesprochen anerkennungsfreundlichen Rechtsprechung des EuGH⁹⁷ für die Einzelfallgerechtigkeit immer deutlicher hervor.⁹⁸ So ist darauf zu verweisen, dass der

⁸⁴ Vgl. auch *Goos* (Fn. 1); *Kühne* StV 2016, 299 (302); *Sauer* NJW 2016, 1134 (1136); die zudem auf die Interpretationsbedürftigkeit der Menschenwürdegarantie verweisen.

⁸⁵ BVerfGE 133, 168 (197f.).

⁸⁶ BVerfG, Beschl. v. 15. 12. 2015 – 2 BvR 2735/14 –, Rdn. 52ff.

⁸⁷ BVerfG, Beschl. v. 15. 12. 2015 – 2 BvR 2735/14 –, Rdn. 56ff.

⁸⁸ BVerfG, Beschl. v. 15. 12. 2015 – 2 BvR 2735/14 –, Rdn. 58.

⁸⁹ BVerfG, Beschl. v. 15. 12. 2015 – 2 BvR 2735/14 –, Rdn. 62ff.

⁹⁰ BVerfG, Beschl. v. 15. 12. 2015 – 2 BvR 2735/14 –, Rdn. 59.

⁹¹ BVerfG, Beschl. v. 15. 12. 2015 – 2 BvR 2735/14 –, Rdn. 59ff.

⁹² BVerfG, Beschl. v. 15. 12. 2015 – 2 BvR 2735/14 –, Rdn. 68.

⁹³ BVerfG, Beschl. v. 15. 12. 2015 – 2 BvR 2735/14 –, Rdn. 69, 74.

⁹⁴ BVerfG, Beschl. v. 15. 12. 2015 – 2 BvR 2735/14 –, Rdn. 34.

⁹⁵ BVerfG, Beschl. v. 15. 12. 2015 – 2 BvR 2735/14 –, Rdn. 50.

⁹⁶ *Kühne*StV 2016, 299 (300) zufolge diene dies auch der Demonstration einer besonderen Europarechtsfreundlichkeit.

⁹⁷ Siehe oben I. 2. d) bei und mit Fn. 34.

⁹⁸ Siehe hierzu nur *Gaede* StV-Editorial 5/2016; *Wendel* ZaöRV 74 (2014) 615 (670) sowie die ungewöhnlich kritischen Worte des Vorsitzenden des 2. *Senats* und Präsidenten des BVerfG *Vofskuhle* JZ 2016, 161 (163f.).

EuGH fast exakt ein Jahr vor dem BVerfG-Beschluss nahezu unüberwindliche Hürden für einen Beitritt der EU zur EMRK aufgestellt hatte.⁹⁹ Einer der Kritikpunkte des EuGH: Das Modell der EMRK, das eine gegenseitige Prüfung der Beachtung der Grundrechte vorsehe und gegebenenfalls beide betroffenen Staaten in die Pflicht nehme, widerspreche dem unionalen Modell gegenseitigen Vertrauens.¹⁰⁰ Ferner konnte man – auch infolge aktueller EGMR-Rechtsprechung – immer weniger die Augen vor den Haftbedingungen in manchen anderen EU-Mitgliedstaaten verschließen.

Schließlich drohte es infolge der Vorlagen des HansOLG Bremen – in denen implizit § 73 Satz 2 IRG und damit ein allgemeiner, einzelfallbezogener Grundrechtsvorbehalt gegenständlich war – zum Schwur zu kommen.¹⁰¹ Zwar wird ein temporärer Zusammenhang des BVerfG-Beschlusses – veröffentlicht am 26. 1. 2016 – und der mündlichen Verhandlung des EuGH zu den Vorlagen des HansOLG Bremen am 15. 2. 2016 unter Verweis auf die Eilbedürftigkeit der Entscheidung des BVerfG bestritten. Ein sachlicher Zusammenhang liegt jedoch gleichwohl auf der Hand.¹⁰²

Mit seinem – unionsweite Geltung beanspruchenden – Postulat, dass »[e]inem Europäischen Haftbefehl ... nach unionsrechtlichen Maßstäben nicht Folge zu leisten [ist], wenn ... die Auslieferung mit einer Verletzung der unionalen Grundrechte einherginge«,¹⁰³ und mit seinem – ebenfalls unionsweite Geltung beanspruchenden – Verdikt, die Umsetzung des optionalen Ablehnungsgrunds des Art. 4 a Abs. 1 lit. d RbEuHb sei unionsrechtliche Pflicht, setzte das BVerfG zu der bedenklichen Rechtsprechung des EuGH einen markanten, aber gleichwohl bedenklichen Kontrapunkt. Eine Bekräftigung, dass die Ablehnungsgründe der §§ 73 Satz 2, 83 IRG nicht gegen primäres wie sekundäres Unionsrecht widersprechen, hätte in der Sache ausgereicht und wäre – auch im Verhältnis zu den anderen Verfassungsgerichten der Mitgliedstaaten¹⁰⁴ – verfas-

sungs- und europapolitisch weit weniger intrikat gewesen. Zudem zeugen die Entscheidung des BVerfG und die darin enthaltenen Prüfungspflichten in der Tat »eher von einem tiefen Misstrauen in die Rechtsstaatlichkeit anderer Mitgliedstaaten«.¹⁰⁵

b) Der fortwährende Streit um Letztentscheidungskompetenzen

Neben dieser grundrechtlichen Dimension ist der vorliegende Beschluss des BVerfG auch in seiner kompetenzrechtlichen Dimension zu sehen, namentlich im fortwährenden Streit innerhalb des europäischen Verfassungsgerichtsverbands darüber, wem über die Grundrechtskonformität, über die Kompetenzkonformität und über die Anwendbarkeit von Unionsrecht die Letztentscheidungskompetenz zufalle.¹⁰⁶ In dem bereits erwähnten, ablehnenden und bindenden Gutachten des EuGH zum Entwurf eines EU-EMRK-Beitrittsabkommens hatte dieser deutlich zu erkennen gegeben, dass er weder eine externe Verankerung des Grundrechtsschutzes noch eine Einschränkung seiner Jurisdiktion über die Auslegung von EU-Recht hinzunehmen bereit sei.¹⁰⁷ Betraf dieses Gutachten auch das Verhältnis zwischen Unionsrecht und EMRK respektive zwischen EuGH und EGMR, so sind die Parallelen zum und Ausstrahlungswirkungen auf den Machtanspruch des EuGH gegenüber den nationalen Verfassungsgerichten nicht zu übersehen. Im »Dialog« mit dem BVerfG über die Kompetenzen der EZB hatte der EuGH zudem, trotz einer recht unverhohlenen Drohung des BVerfG mit der Aktivierung von Identitäts- und *ultra vires*-Kontrolle, in einem Vorabentscheidungsverfahren kürzlich ebenfalls eher mit Konflikt denn mit Mäßigung reagiert.¹⁰⁸ Ist es purer Zufall, dass dieses Verfahren mit einer mündlichen Verhandlung des 2. *Senats* exakt einen Monat nach Veröffentlichung des hier besprochenen Beschlusses, also am 16. 2. 2016, fortgesetzt wurde?

Wenn auch im Rahmen dieser straf- und strafverfassungsrechtlich ausgerichteten Besprechung des BVerfG-Beschlusses hinsichtlich der europarechtlichen,

⁹⁹ EuGH, Gutachten 2/13 v. 18. 12. 2014 (EMRK-Beitritt) m. Anm. u. Bespr. *Breuer* EuR 2015, 330; *Brodowski* ZIS 2016, 106 (106 ff.); *Grabewarter* EuZW 2015, 180; *Lengauer* ZfRV 2015, 100; *Schorkopf* JZ 2015, 781; *Streinz* JuS 2015, 567; *Thym* EuZW 2015, 180; *Wendel* NJW 2015, 921.

¹⁰⁰ EuGH, Gutachten 2/13 v. 18. 12. 2014 (EMRK-Beitritt), Rdn. 194.

¹⁰¹ Hierauf verweisend *Meyer* NJECL 2016, Heft 3.

¹⁰² In diese Richtung auch *Sarmiento* (Fn. 1), indes unter Bezug auf die *Melloni*-Rechtsprechung des EuGH.

¹⁰³ BVerfG, Beschl. v. 15. 12. 2015 – 2 BvR 2735/14 –, Rdn. 85, ergänzend Rdn. 92 ff.

¹⁰⁴ Dies wird auch nur teilweise dadurch ausgeglichen, dass das BVerfG an anderer Stelle dieses Beschlusses durch die umfassende Anknüpfung an ausländische verfassungsgerichtliche Entscheidun-

gen den Dialog mit diesen zu stärken sucht; BVerfG, Beschl. v. 15. 12. 2015 – 2 BvR 2735/14 –, Rdn. 44, 47, 78.

¹⁰⁵ Treffend *Kühne* StV 2016, 299 (300).

¹⁰⁶ So auch *Meyer* NJECL 2016, Heft 3.

¹⁰⁷ EuGH, Gutachten 2/13 v. 18. 12. 2014 (EMRK-Beitritt), Rdn. 175 f.; siehe hierzu *Besselink* VerBlog, 2014/12/23, <http://verfassungsblog.de/acceding-echr-notwithstanding-court-justice-opinion-213-2/> (13. 6. 2016); *Brodowski* ZIS 2016, 106 (106).

¹⁰⁸ EuGH, Urt. v. 16. 6. 2015, Rs. C-62/14 (Gauweiler u. a.); siehe hierzu *Meyer* NJW 2015, 1999.

verfassungsrechtlichen und auch europapolitischen¹⁰⁹ Einzelheiten auf die andernorts geführte Diskussion verwiesen werden muss, in der die identitätsfokussierte Sicht des 2. *Senats* und seine Positionierung gegenüber dem EuGH auf erhebliche Bedenken stößt,¹¹⁰ sei an dieser Stelle ergänzt: Mit der Aktivierung der Identitätskontrolle in einem grundrechtlichen Kontext – und damit abseits von den sonst diskutierten Aspekten der demokratischen Kontrolle und demokratischen Legitimation – dürfte der 2. *Senat* weitaus mehr Sympathien gewinnen können,¹¹¹ erst recht weil es hinsichtlich unionaler Menschenrechtsverstöße kein Mittel zur Grundrechtsgewährleistung im Einzelfall gibt, welches einer Verfassungsbeschwerde auch nur annähernd gleich tauglich ist, und sich der EuGH zudem im Bereich der Strafrechtspflege bislang nur teilweise als »Grundrechtsgericht« positioniert hat.¹¹²

c) Die Identitätskontrolle als Peitsche und Grundrechtskongruenz als Zuckerbrot

Schließlich dürfen aber auch nicht die konzilienten Züge des Beschlusses des 2. *Senats des BVerfG* übersehen werden. So erkennt der 2. *Senat* ein »Wirksamkeits- und Durchsetzungsversprechen für das unionale Recht« ebenso an wie die Notwendigkeit einer »einheitlichen Geltung [unionalen] Rechts«, woraus auch die Zurückhaltung des BVerfG bei der Prüfung unionsrechtlich determinierter Hoheitsakte resultiere.¹¹³ Eine Identitätskontrolle komme nur »ausnahmsweise« in Betracht; ein echter Konflikt mit Unionsrecht werde, so der 2. *Senat*, »schon deswegen nur selten vorkommen, weil Art. 6 EUV, die Charta der Grundrechte und die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union in der Regel einen wirksamen Schutz der Grundrechte gegenüber Maßnahmen von Organen, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Europäischen Union gewährleisten.«¹¹⁴ Schließlich wählte der 2. *Senat* für die erste Aktivierung der Identitätskontrolle einen Sachverhalt, in dem es einen gleichlaufenden Grundrechtsschutz

und damit gerade keinen Konflikt zwischen Anwendungsvorrang des Unionsrechts und nationalem Verfassungsrecht gab.¹¹⁵

Gleichwohl lässt sich das letzte Zitat, verbunden mit der andernorts unverhohlen geäußerten Kritik an der Rechtsprechung des EuGH zur gegenseitigen Anerkennung strafjustizieller Entscheidungen,¹¹⁶ auch als eine implizite Drohung verstehen, dass es um den Grundrechtsschutz in der EU doch nicht derart positiv bestellt sei und dass der 2. *Senat* daher noch stärker als bisher hier evaluierend, kontrollierend und korrigierend einzugreifen gedenke.

3. Straferfassungsrechtliche Ebene und die Wegbereitung für zukünftige, strafrechtsintensivierende und -limitierende Entscheidungen

Der Beschluss des 2. *Senats des BVerfG* enthält schließlich eine Fülle von teils neuartigen, teils weiterentwickelten strafrechtsbezogenen verfassungsrechtlichen Maßstäben,¹¹⁷ die den Weg bereiten dürften für zukünftige Entscheidungen des BVerfG im strafrechtlichen Kontext – sei es in Kammerentscheidungen (vgl. § 93c Abs. 1 Satz 1 BVerfGG), sei es in der in den kommenden Monaten zu erwartenden Senatsentscheidung über einen verfassungsrechtlichen *ultima ratio*-Grundsatz und dessen Beachtung bei § 10 Abs. 1, Abs. 3 Rindfleischetikettierungsgesetz.¹¹⁸ Im Grundsatz ist eine solche Konstitutionalisierung der Strafrechtspflege und die damit verbundene verfassungsrechtliche Grenzziehung zu begrüßen.¹¹⁹ Die konkrete Ausgestaltung in diesem Beschluss bereitet jedoch durchaus Anlass zur Sorge über die Funktionstüchtigkeit, Humanität und Zukunftsoffenheit der Strafrechtspflege und ihrer internationalen Vernetzung. So lässt die Entscheidung ein Denken in verfassungsrechtlichen Korridoren oder Leit-

¹⁰⁹ Siehe hierzu insbesondere die treffende Analyse *Lepsius'* JÖR 63, 63 (73) betreffend die Einengung europapolitischer Spielräume der Bundesregierung durch die Rechtsprechung des BVerfG.

¹¹⁰ Als Einstieg in die Diskussion sei neben *Lepsius* JÖR 63, 63 verwiesen auf *Goldhammer* JÖR 63, 105; *Meyer* NJECL 2016, Heft 3; *Rousseau* JÖR 63, 91; *Sauer* NJW 2016, 1134 (1136f.); *Schönberger* JÖR 63, 41; *Walter/Vordermayer* JÖR 63, 129; *Wendel* ZaöRV 74 (2014) 615.

¹¹¹ So auch bei *Steinbeis* (Fn. 1).

¹¹² Siehe hierzu *Gaede* StV-Editorial 5/2016 sowie oben II. 1. b) bei und mit Fn. 78.

¹¹³ BVerfG, Beschl. v. 15. 12. 2015 – 2 BvR 2735/14 –, Rdn. 37ff., 46.

¹¹⁴ BVerfG, Beschl. v. 15. 12. 2015 – 2 BvR 2735/14 –, Rdn. 46.

¹¹⁵ Hierauf besonders hinweisend *Kühne* StV 2016, 299 (302); siehe hierzu ferner das entgegengesetzte Plädoyer *Schönbergers* JÖR 63, 41 (61): »Mehr Zurückhaltung im Allgemeinen und mehr Mut im Besonderen stünde dem Gericht gut zu Gesicht.«

¹¹⁶ BVerfG, Beschl. v. 15. 12. 2015 – 2 BvR 2735/14 –, Rdn. 81ff.

¹¹⁷ BVerfG, Beschl. v. 15. 12. 2015 – 2 BvR 2735/14 –, Rdn. 53ff.

¹¹⁸ Das Verfahren wird vor dem BVerfG unter dem Az. 2 BvL 1/15 geführt. Siehe hierzu den Aussetzungs- und Vorlagebeschluss LG Berlin NZWiSt 2016, 112 sowie exemplarisch die Stellungnahmen der BRAK Nr. 2016/3 sowie des DAV Nr. 8/2016.

¹¹⁹ Zum Begriff, zur Entwicklung und zur Systematik des Straferfassungsrechts siehe umfassend *Burchard* in: Tiedemann u. a. (Hrsg.), Die Verfassung moderner Strafrechtspflege, 2016 (im Erscheinen); *Jahn* in: Tiedemann u. a. (Hrsg.), Die Verfassung moderner Strafrechtspflege, 2016 (im Erscheinen).

planen¹²⁰ vermissen. Noch bedenklicher ist es, dass die gewählte Fundierung in Art. 79 Abs. 3 GG zu einer – wohl auch intendierten¹²¹ – Versteinerung führen kann, welche Gestaltungsspielräume selbst des verfassungsändernden Gesetzgebers verneint und damit Anpassungsmöglichkeiten an zukünftige Begebenheiten verhindert – was wiederum Ausweichtenden hin zu funktionalen Äquivalenten zum (Kriminal-)Strafrecht und auch eine »Musealisierung« des GG¹²² oder jedenfalls eine faktische Marginalisierung dieser Entscheidung des BVerfG¹²³ beflügeln könnte.

a) Die Überhöhung des Schuldgrundsatzes mitsamt einer Verabsolutierung von Strafe

Der Schuldgrundsatz, dessen limitierende Funktion für den Strafausspruch unbestritten ist und bleibt, wird in diesem Beschluss – wie bereits im *Lissabon*- und im *Deal*-Urteil – in das Zentrum des Strafverfassungsrechts gerückt.¹²⁴ Während hieraus im *Lissabon*-Urteil lediglich besondere Anforderungen an die Strafrechtsgestaltung und diesbezüglich an die demokratische Rückkopplung resultierten – insbesondere und bemerkenswerterweise bei der strafrechtslimitierenden Wirkung des »Notbremsemechanismus« in Art. 82 Abs. 3 und Art. 83 Abs. 3 AEUV –,¹²⁵ sucht dieser Beschluss eine bestimmte Strafrechtskonzeption verfassungsrechtlich zu zementieren.¹²⁶

Besonders deutlich wird dies im Bereich der Strafzwecke, bei deren Bestimmung sich das BVerfG in der Vergangenheit lange zurückgehalten hatte. Im *Deal*-Urteil wurde dann der Vergeltungsgedanke als zwingendes, wenn auch nicht ausschließliches Element genannt;¹²⁷ nunmehr aber postuliert der 2. Senat des BVerfG, dass

¹²⁰ Brodowski in: Brodowski u. a. (Hrsg.), *Regulating Corporate Criminal Liability*, 2014, S. 211 (212); Burchard (Fn. 119).

¹²¹ Jedenfalls legen dies die Worte *Landau* NStZ 2013, 194 (194) nahe, der erst auf den »gemeißelten Sätzen der *Lissabon*-Entscheidung« Bereitschaft zum europäischen Dialog erkennen lässt.

¹²² Vgl. *Schönberger* JÖR 63, 41 (41 ff.).

¹²³ In diese Richtung Burchard (Fn. 119), der auch den Vorläuferpassagen im *Lissabon*- und *Deal*-Urteil eine operative Bedeutung abspricht.

¹²⁴ BVerfG, Beschl. v. 15. 12. 2015 – 2 BvR 2735/14 –, Rdn. 54.

¹²⁵ BVerfGE 123, 267 (413 f.).

¹²⁶ Zu diesem Argumentationsmuster siehe Burchard (Fn. 119).

¹²⁷ BVerfGE 133, 168 (198, Rdn. 54): »Die Strafe ist im Gegensatz zur reinen Präventionsmaßnahme dadurch gekennzeichnet, dass sie – wenn nicht ausschließlich, so doch auch – auf gerechte Vergeltung für ein rechtlich verbotenes Verhalten abzielt«; ebenso bereits BVerfGE 95, 96 (140).

(ausschließlicher) Zweck der Strafe der Schuldausgleich sei,¹²⁸ dass also allein absolute Straftheorien vor dem Verfassungsrecht bestehen können. Die absolute Verfolgung dieses einen Zwecks führt indes mitnichten zu einer Strafrechtsbegrenzung und zu dessen Humanisierung, lenkt sie nämlich den Fokus weg von einer Resozialisierung von Straftätern und macht sie den Einsatz von Strafrecht auch dort erforderlich, wo Wiederholungsgefahren nach menschlichem Ermessen ausgeschlossen sind. In diesem Sinne ist es überaus bedenklich, dass der 2. Senat an anderer Stelle dieses Beschlusses postuliert, dass menschenwürdekonform nur eine Strafe sein kann, welche die Schuld des Täters umfassend berücksichtigt¹²⁹ – was auch dahingehend verstanden werden kann, dass eine schuldunangemessen zu niedrige Strafe verfassungswidrig sei.¹³⁰

b) Die sozial-ethische Aufladung der Kriminalstrafe

Ohne Notwendigkeit für den restlichen Gedankengang ist im Beschluss des 2. Senats des BVerfG ein Einschub zu finden, der offensichtlich in Vorbereitung der *ultima ratio*-Entscheidung¹³¹ steht: Mit der Betonung einer »besondere[n] sittliche[n] Missbilligung«, die durch eine Kriminalstrafe in qualitativer Abgrenzung auch zu Geldbußen ausgedrückt werde, geht an dieser Stelle einher das Postulat, dass »[m]it Strafe im Sinne des Grundgesetzes ... also nicht nur der Vorwurf irgendeiner Rechtsverletzung gemeint [sei], sondern die Verletzung eines Teils des Rechts, das eine tiefere, nämlich eine sozial-ethische Fundierung besitzt«.¹³² Nun ist die Verknüpfung von Kriminalstrafe mit einem »sozial-ethische[n] Unwerturteil« zwar in der Verfassungsrechtsprechung nichts Neues.¹³³ Indessen hatte das BVerfG zuvor daraus nur dem »Übermaßverbot als Maßstab für die Überprüfung einer Strafnorm besondere Bedeutung« zugeschrieben,¹³⁴ während es nunmehr eine hinreichende »sozial-ethische Fundierung« als absolut zu

¹²⁸ BVerfG, Beschl. v. 15. 12. 2015 – 2 BvR 2735/14 –, Rdn. 55.

¹²⁹ BVerfG, Beschl. v. 15. 12. 2015 – 2 BvR 2735/14 –, Rdn. 58.

¹³⁰ Dieses Verständnis offenbart der für etliche Strafrechtsfragen zuständige Richter des 2. Senats *Landau* bereits in NStZ 2014, 425 (428): »Das ›Fass‹ der Schuld hat also einen Deckel und einen Boden: Sowenig wie der Deckel überschritten werden darf, darf auch der Boden des schuldangemessenen Strafens nicht unterschritten werden.«

¹³¹ Siehe oben II. 3. bei und mit Fn. 118.

¹³² BVerfG, Beschl. v. 15. 12. 2015 – 2 BvR 2735/14 –, Rdn. 58.

¹³³ Siehe bereits BVerfGE 9, 167 (171 f.); BVerfGE 22, 49 (79 f.); BVerfGE 27, 18 (29, 33).

¹³⁴ So ausdrücklich in BVerfGE 90, 145 (172); BVerfGE 96, 10 (25); BVerfGE 120, 224 (240); Eine Entscheidungsprärogative des demokratischen

bestimmende verfassungsrechtliche Voraussetzung für den Einsatz des Regulierungsmittels des Kriminalstrafrechts voraussetzt.

Abgesehen von der Schwierigkeit, diese angeblich verfassungsrechtlich gebotene Sozialethik zu bestimmen,¹³⁵ der Untauglichkeit qualitativer Abgrenzungskriterien zwischen Kriminalstrafe und Ordnungswidrigkeiten¹³⁶ und den weiteren Gründe, die gegen eine solche ethisierende, moralinsaure Aufladung der Kriminalstrafe sprechen,¹³⁷ sei an dieser Stelle knapp auf zwei problematische Konsequenzen der Sichtweise des 2. *Senats* verwiesen: Durch die Betonung des »sozial-ethischen Unwerturteils« gegenüber Kriminal-Straftätern in Abgrenzung zu verzeihlichen Übertretungen werden erstere ausgegrenzt, obschon der Ubiquitätsthese zufolge die Begehung irgendeiner (in aller Regel: wenig schweren) Straftat im Laufe des Lebens alles andere als unüblich ist¹³⁸ und Kriminalität letztlich ein – wenn auch misslicher und zu minimierender – Teil des menschlichen Zusammenlebens ist. Daneben marginalisiert diese Ausgrenzung die Resozialisierung und Reintegration von Straftätern in die Gesellschaft und kann zusätzlich als Begründungsstrang für ein schärferes Strafrecht dienen.¹³⁹ Zudem führt die vom 2. *Senat* angedeutete Beschränkung des Kriminalstrafrechts dazu, dass der Gesetzgeber als Regulierungsmittel auf funktional äquivalente Alternativen – wie etwa das Ordnungswidrigkeitenrecht – ausweichen dürfte, die faktisch ähnliche oder teils sogar noch größere Rechtseinbußen und teils auch Stigmatisierungen ermöglichen, ohne aber ähnlich prozessual eingeehgt zu sein wie das Kriminalstrafrecht.

tisch legitimierte Gesetzgebers über den Einsatz des Strafrechts wird ferner noch in BVerfGE 123, 267 (408) hochgehalten.

135 Appel *Verfassung und Strafe*, 1998, S. 485f.; siehe aber auch den moderaten und gerade deshalb eher verfassungsrechtlich zukunftsweisenden Ansatz von Meyer *Strafrechtsgenese in internationalen Organisationen*, 2012, S. 81f.

136 Brodowski in: Tiedemann u. a. (Hrsg.), *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege*, 2016 (im Erscheinen) m. w. N.

137 Um an dieser Stelle nur einige Schlaglichter zu nennen: Amelung *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, 1972, S. 156ff.; Jahn in: Jahn/Schmitt-Leonardy/Schoop (Hrsg.), *Das Unternehmensstrafrecht und seine Alternativen*, 2016, S. 7 (33ff.); Rosenberg *ZStW* 24 (1912) 1ff.; Vogel *Einflüsse des Nationalsozialismus auf das Strafrecht*, 2004, S. 76ff. m. w. N.

138 Siehe hierzu nur P.-A. Albrecht *Kriminologie*, 3. Aufl. 2005, S. 151ff. m. w. N.

139 Siehe Brodowski (Fn. 136).

c) Die Überhöhung eines Prinzips materieller Wahrheit

Schließlich setzt dieser Beschluss die nicht unbedenkliche Verfassungsrechtsprechung fort, in der die Ermittlung des wahren Sachverhalts in das Zentrum der Konstitutionalisierung des Strafverfahrensrechts gerückt wird.¹⁴⁰ Damit geht einher eine Fokussierung auf eine effektive Durchsetzung des sogenannten »Strafanspruchs« des Staates¹⁴¹ – etwa auch dann, wenn der Staat bei der Überführung des Beschuldigten selbst rechtswidrig gehandelt hat, und auch auf Kosten eines auf Fairness und Reintegration ausgerichteten Strafverfahrens.

Ins verfassungsrechtliche Rampenlicht gerückt werden durch diesen Beschluss das Erfordernis einer öffentlichen Hauptverhandlung¹⁴² – indes eher aus dem Grund seiner stigmatisierenden Wirkung denn zur Kontrolle staatlicher Machtausübung –, die Amtsaufklärungspflicht und vor allem das Recht eines jeden Angeklagten, eine umfassende Beweisaufnahme herbeizuführen und »insbesondere rechtfertigende, entschuldigende oder strafmildernde Umstände dem Gericht persönlich, im Gegenüber von Angeklagtem und Richter, darzulegen.«¹⁴³ Jegliche Einschränkungen und Beschränkungen dessen – also auch die bereits im geltenden Strafprozessrecht anzutreffenden Beschränkungen von Beweisantragsrechten – sehen sich daher der Schwierigkeit ausgesetzt, diesem aus der Menschenwürde hergeleiteten Rechtssatz entsprechen zu müssen.

Noch herkulanischer – oder trojanischer? – ist jedoch die Maßgabe des 2. *Senats*, dass es grundsätzliche Voraussetzung für eine menschenwürdekonforme Strafzumessung sei, dass ein Gericht in öffentlicher Hauptverhandlung eine umfassende Beweisaufnahme und eine darauf basierende Würdigung der Tat sowie der Täterpersönlichkeit vornehmen muss,¹⁴⁴ und dass die deutsche Hoheitsgewalt keine ausländische Strafverfolgung unterstützen dürfe, bei der dies – da es ja eine Menschenwürdeverletzung darstelle – nicht gewährleistet sei. Damit wird der Auslieferungs- und Rechtshilfeverkehr zu anderen Kriminaljustizsystemen, die konsensuale Elemente stärker als hierzulande akzentuieren und beispielsweise ein *plea bargaining* als Regelfall der Erledigung von Strafverfahren kennen, in massiver Weise eingeschränkt. In Abkehr von

140 BVerfG, Beschl. v. 15. 12. 2015 – 2 BvR 2735/14 –, Rdn. 57f.; zur Kritik hieran siehe, statt vieler, Kühne *StV* 2016, 299 (300) m. w. N.

141 BVerfG, Beschl. v. 15. 12. 2015 – 2 BvR 2735/14 –, Rdn. 57.

142 BVerfG, Beschl. v. 15. 12. 2015 – 2 BvR 2735/14 –, Rdn. 58.

143 BVerfG, Beschl. v. 15. 12. 2015 – 2 BvR 2735/14 –, Rdn. 58.

144 BVerfG, Beschl. v. 15. 12. 2015 – 2 BvR 2735/14 –, Rdn. 58.

früherer Verfassungsrechtsprechung¹⁴⁵ und in einer Überhöhung der deutschen Verfassungskonzeption – bzw. dessen Interpretation durch den 2. Senat – lässt dieser Beschluss daher eine Offenheit gegenüber anderen, gleichermaßen rechtsstaatlichen Konstituierungen von Kriminaljustizsystemen¹⁴⁶ vermissen.

III. Die Aufschub- und Ausnahmelösung des EuGH

Es war und ist nicht Sache des EuGH, auf die zuletzt aufgezeigte strafverfassungsrechtlichen Ebene des BVerfG-Beschlusses zu reagieren – doch umso gespannter konnte man sein, wie er sich im Verfahren über die Vorabentscheidungsersuchen des HansOLG Bremen zu den grundrechtlichen und unionsverfassungsrechtlichen Aspekten verhalten würde.

1. Inpflichtnahme der Mitgliedstaaten zur Erfüllung des in sie gesetzten Vertrauens

Im Ausgangspunkt führt die *Große Kammer des EuGH* in ihrem Urteil die auf das Konzept eines gegenseitigen Vertrauens gestützte und dies zum fundamentalen unionalen Verfassungsprinzip erhebende Rechtsprechung fort.¹⁴⁷ Daraus folge auch weiterhin, dass die Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehl nur aus den Art. 3, 4, 4a RbEuHb genannten Gründen abgelehnt werden dürfe und der Mechanismus der gegenseitigen Anerkennung nur bei ordnungsgemäß festgestellten systematischen Mängeln ausgesetzt werden dürfe.¹⁴⁸ Einem allgemeinen Grundrechtsvorbehalt gegen die Vollstreckung Europäischer Haftbefehle erteilte die *Große Kammer* daher weiterhin eine klare Absage.

Zwar weit weniger deutlich als GA Bot in seinen Schlussanträgen,¹⁴⁹ aber immer noch im Urteil vernehmbar ist die – uneingeschränkt zu begrüßende – Forderung

an die Mitgliedstaaten, das in sie gesetzte Vertrauen auch zu erfüllen und für alle Inhaftierte den aus Art. 3 EMRK, Art. 4 GRC folgenden Mindeststandard an Haftbedingungen verlässlich einzuhalten.¹⁵⁰

2. Der Ausnahmecharakter des Verbots unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung und die Pflicht zur Einzelfallprüfung der Einhaltung dieser Garantie

Sodann weist die *Große Kammer des EuGH* jedoch auf den Ausnahmecharakter des Verbots unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung hin, dem »absolute[m] Charakter« zukomme, da diese Garantie »eng mit der Achtung der Würde des Menschen verbunden« sei.¹⁵¹ Dies erlaube es, unter »außergewöhnlichen Umständen«¹⁵² die gegenseitige Anerkennung einzuschränken – jedoch nicht aufzugeben.

Nur weil es sich bei dem Verbot unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung auch um eine zentrale unionale Gewährleistung handelt, besteht daher dem EuGH zufolge nicht nur das Recht, sondern sogar eine Pflicht des Vollstreckungsstaats, das Vorliegen einer Gefahr für eine unmenschliche oder erniedrigende Strafe oder Behandlung zu prüfen, wenn Anhaltspunkte hierfür vorliegen.¹⁵³ Diese seien jedoch hinreichend zu substantiieren und insbesondere auf den Einzelfall bezogen¹⁵⁴ zu entscheiden; hierfür sollen auch Konsultationen zwischen den beteiligten Kriminaljustizsystemen vorgenommen werden.¹⁵⁵ Implizit akzeptiert der EuGH damit auch die

¹⁴⁵ Anders noch *Landau* NStZ 2013, 194 (195).

¹⁴⁶ Vgl. hierzu exemplarisch die rechtsvergleichende strafverfassungsrechtliche Analyse von *plea bargaining* bzw. Verfahrensabsprachen, *Brodowski* ZStW 124 (2012), 733ff.

¹⁴⁷ EuGH, Urt. v. 5. 4. 2016, verb. Rs. C-404/15 und C-669/15 PPU, Rdn. 77ff.; siehe ferner hierzu bereits oben I. 2. d) bei und mit Fn. 32.

¹⁴⁸ EuGH, Urt. v. 5. 4. 2016, verb. Rs. C-404/15 und C-669/15 PPU, Rdn. 80f.

¹⁴⁹ EuGH, Schlussanträge GA Bot v. 3. 3. 2016, verb. Rs. C-404/15 und C-669/15 PPU, Rdn. 176ff.

¹⁵⁰ EuGH, Urt. v. 5. 4. 2016, verb. Rs. C-404/15 und C-669/15 PPU, Rdn. 85ff., 90, 99, 103.

¹⁵¹ EuGH, Urt. v. 5. 4. 2016, verb. Rs. C-404/15 und C-669/15 PPU, Rdn. 85ff.

¹⁵² EuGH, Urt. v. 5. 4. 2016, verb. Rs. C-404/15 und C-669/15 PPU, Rdn. 82 unter Verweis auf EuGH, Gutachten 2/13 v. 18. 12. 2014 (EMRK-Beitritt), Rdn. 191.

¹⁵³ EuGH, Urt. v. 5. 4. 2016, verb. Rs. C-404/15 und C-669/15 PPU, Rdn. 88. In diese Richtung bereits *Klip* (Fn. 15), S. 434f.; zu der nunmehr gebotenen »Risikoprüfung« siehe auch *Meyer* JZ 2016, (im Erscheinen).

¹⁵⁴ Anders als im Asylrecht, bei dem keine Einzelfallprüfung sondern systemische Verletzungen dafür ausschlaggebend sind, dass die Rücküberstellung zu unterbinden ist, vgl. EuGH, Urt. v. 21. 12. 2011, verb. Rs. C-411/10 und C-493/10 (N.S.) sowie die Analyse bei EuGH, Schlussanträge GA Bot v. 3. 3. 2016, verb. Rs. C-404/15 und C-669/15 PPU, Rdn. 39ff.

¹⁵⁵ EuGH, Urt. v. 5. 4. 2016, verb. Rs. C-404/15 und C-669/15 PPU, Rdn. 89ff., insb. Rdn. 94ff.

bestehende auslieferungsrechtliche Praxis, Bedenken hinsichtlich der Haftbedingungen durch völkerrechtlich verbindliche Zusicherungen auszuräumen,¹⁵⁶ und lässt damit ein System einer einzelfallbezogenen, evaluierenden, wechselseitigen Kontrolle der Kriminaljustizsysteme¹⁵⁷ gedeihen, derer er sich in sonstigen Kontexten unter Verweis auf das in die anderen Mitgliedstaaten zu setzende Vertrauen verwehrt hatte.

3. Aufschub der Überstellung und ausnahmsweise Beendigung des Übergabeverfahrens

Wie ist jedoch zu verfahren, wenn substantiierte Zweifel hinsichtlich einer Einhaltung der gebotenen, minimalen Haftbedingungen im Ausstellungsmitgliedstaat gegeben sind? Das Urteil des EuGH gibt hierfür ein dreistufiges Verfahren vor:

a) Aufschub der Überstellung und Notifikation

Zunächst ist die »Vollstreckung des Haftbefehls aufzuschieben, aber nicht aufzugeben«.¹⁵⁸ Mit diesen missverständlichen Worten ist indes nur die Vollstreckung des *Europäischen Haftbefehls* gemeint, der von der Vollstreckung der Auslieferungshaft zu trennen ist. Mit anderen Worten: Die Überstellung des Beschuldigten an den Ausstellungsmitgliedstaat darf nicht erfolgen, solange keine hinreichende Gewähr für die Einhaltung der Haftbedingungen besteht.

Zugleich ist auf dieser ersten Stufe Eurojust (durch den Vollstreckungsstaat) zu notifizieren. Ein Ausstellungsmitgliedstaat, dessen Europäische Haftbefehle wiederholt unter Verweis auf die dort anzutreffenden Haftbedingungen aufgeschoben werden, muss sich quasi selbst dieses Umstands bezichtigen und den Rat der Europäischen Union hierüber informieren.¹⁵⁹ Um eine solche

Schmach zu umgehen, dürften die Mitgliedstaaten ihre Bemühungen intensivieren, jedenfalls in Fällen Europäischer Haftbefehle ausreichende Haftbedingungen zu sichern zu können.

b) Enthftung

In ungewohnter Deutlichkeit betont die *Große Kammer des EuGH* auf der zweiten Stufe, dass die Inhaftierung aufgrund eines Europäischen Haftbefehls einem Verhältnismäßigkeitserfordernis unterliegt.¹⁶⁰ *In concreto* bedeutet dies, dass im Falle eines Aufschubs laufend zu überprüfen ist, ob die weitere Inhaftierung angesichts der Verzögerung der Überstellung an den Ausstellungsmitgliedstaat noch verhältnismäßig ist, oder ob nicht durch Alternativen zur Untersuchungshaft hinreichende Gewähr dafür gegeben ist, dass zu späterem Zeitpunkt »die materiellen Voraussetzungen für eine tatsächliche Übergabe der Person weiterhin gegeben sind«.¹⁶¹

Die Bedeutung dieser Erwägungen könnte jedoch weit über die konkrete Fallgestaltung hinaus reichen, weist der EuGH nämlich in Fortführung eines Urteils aus dem Sommer 2015 darauf hin,¹⁶² dass das Ziel des Europäischen Haftbefehls die »tatsächliche Übergabe der Person« an den Ausstellungsmitgliedstaat und nicht der Vollzug von Auslieferungshaft (als funktionales Äquivalent zur Untersuchungshaft) ist. Damit scheint die Tür geöffnet zu sein, auch in anderen Fällen des Europäischen Haftbefehls und insbesondere in Bagatellfällen breitflächig aus Gründen der Verhältnismäßigkeit auf den Vollzug von Auslieferungshaft zu verzichten, soweit auch anderweitig sichergestellt werden kann, dass »die materiellen Voraussetzungen für eine tatsächliche Übergabe der Person« zum Überstellungszeitpunkt gegeben sind.

c) Beendigung des Übergabeverfahrens

Erst ganz versteckt am Ende der Beantwortung der Vorlagefrage findet sich ein Anhaltspunkt für die dritte Stufe – wie nämlich zu verfahren ist, wenn auch binnen längerer Zeit keine Gewähr für die Einhaltung hinreichender Haft-

¹⁵⁶ Anders die Interpretation des Urteils durch *Meyer JZ* 2016, (im Erscheinen), demzufolge (völkerrechtliche) Zusicherungen wegen Verstoß gegen des Effektivitätsprinzip »wohl unzulässig« seien und allein auf Konsultationen der beteiligten Justizbehörden abzustellen sei.

¹⁵⁷ Siehe *EnzEuR/Burchard* (Fn. 37) § 14 Rdn. 9, 50 bei und mit Fn. 174.

¹⁵⁸ EuGH, Urt. v. 5. 4. 2016, verb. Rs. C-404/15 und C-669/15 PPU, Rdn. 98.

¹⁵⁹ EuGH, Urt. v. 5. 4. 2016, verb. Rs. C-404/15 und C-669/15 PPU, Rdn. 99.

¹⁶⁰ EuGH, Urt. v. 5. 4. 2016, verb. Rs. C-404/15 und C-669/15 PPU, Rdn. 100 ff.

¹⁶¹ EuGH, Urt. v. 5. 4. 2016, verb. Rs. C-404/15 und C-669/15 PPU, Rdn. 102.; siehe hierzu auch prägnant *Meyer JZ* 2016, (im Erscheinen).

¹⁶² EuGH, Urt. v. 16. 7. 2015, Rs. C-237/15 PPU (Lanigan), Rdn. 58 ff.

bedingungen im Ausstellungsmitgliedstaat geschaffen werden kann. Dann nämlich, so die *Große Kammer*, müsse »die vollstreckende Justizbehörde darüber entscheiden, ob das Übergabeverfahren zu beenden ist.«¹⁶³

Das ist der Sache nach also ein – erst nach »angemessener Frist« verfügbarer – Ablehnungsgrund für die Vollstreckung Europäischer Haftbefehle. Die verklausulierte Formulierung dürfte gewählt worden sein, um nicht in (zu) offensichtlichen Widerspruch zur ständigen Rechtsprechung des EuGH zu geraten, dass es neben Art. 3, 4, 4a RbEuHb keine Ablehnungsgründe gebe.

4. Zwischenfazit

Mit diesem nüchternen, verklausulierten und doch von bisherigen Argumentationslinien abweichenden Ausweg einer Aufschub- und Ausnahmelösung vermeidet der EuGH zugleich einen offenen Konflikt mit dem BVerfG – auch im Hinblick auf die Frage des fortwährende Streits um Letztentscheidungskompetenzen. Dass die *Große Kammer des EuGH* sich hierzu nicht weiter verhielt, ist angesichts der konkreten Fallgestaltung, über die sie hier zu befinden hatte, auch nur zu verständlich: Für deren Urteil war ein Rekurs auf den Anwendungsvorrang des Unionsrechts schlicht nicht erforderlich. Statt dessen werden sich dem EuGH hierfür andere Gelegenheiten – auch im Auslieferungsrecht – bieten, in denen das BVerfG wahrlich nicht mit Grundrechtssensibilität brilliert hatte.¹⁶⁴

¹⁶³ EuGH, Urt. v. 5. 4. 2016, verb. Rs. C-404/15 und C-669/15 PPU, Rdn. 104.

¹⁶⁴ Zu verweisen ist insbesondere auf den reduzierten Schutz ausländischer Verfolgter in *ne bis in idem*-Konstellationen (siehe hierzu Brodowski StV 2013, 339) sowie die derzeit gleich mehrfach vor dem EuGH liegende Frage, ob ein allein auf eigene Staatsangehörige bezogenes Verbot der Auslieferung an Drittstaaten dem Verbot der Diskriminierung von Unionsbürgern gem. Art. 18 Abs. 1 AEUV widerspreche. Zu letzterem Aspekt siehe das staatshaftungsrechtliche Verfahren zum von BVerfG NJW 2014, 1945 abschlägig entschiedenen Auslieferungsverfahren, LG Berlin, Vorlagebeschl. v. 18. 3. 2016, – 28 O 111/14 –, das vor dem EuGH unter dem Az. C-191/16 geführt wird, eine Vorlage des BG Linz ebenfalls zu Art. 16 Abs. 2 GG (EuGH, Rs. C-473/15), eine lettische Vorlage (EuGH, Rs. C-182/15) sowie die Aufarbeitung durch *García* <http://blog.delegibus.com/2016/03/20/eugh-ueberprueft-auslieferungsrechtsprechung-des-bverfg/> (13. 6. 2016).

IV. Ende gut, Alles gut? Mitnichten!

1. Grundrechtsschutz bei Europäischen Haftbefehlen

Hat sich somit der Konflikt darüber erledigt, ob bei Verstößen gegen einen *europäischen ordre public* (so § 73 Satz 2 IRG) oder gegen die deutsche Verfassungsidentität die Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls abgelehnt werden darf? Nur zum Teil: Für die praktisch bedeutsame Konstellation von Bedenken hinsichtlich der Einhaltung des menschenrechtlich gebotenen Mindeststandards an Haftbedingungen ist mit der Aufschub- und Ausnahmelösung des EuGH¹⁶⁵ ein praktikabler Lösungsweg gefunden, welcher der Gesamtverantwortung von Ausstellungs- und Vollstreckungsstaat für die Gewährleistung der unionalen Grundrechte gerecht wird. Auch aus Sicht des nationalen Verfassungsrechts droht insoweit kein Konflikt, sondern allenfalls eine Verstärkung des grundrechtlichen Schutzes, soweit ein OLG in einem Einzelfall die menschenrechtliche Dimension verkennen sollte. Ungelöst bleibt aber das Dilemma, dass bei systematisch unzureichenden Haftbedingungen die Einhaltung der Mindeststandards bei einzelnen Gefangenen stets zu Lasten der übrigen Gefangenen gehen wird.¹⁶⁶

Noch ungelöst sind zudem Fälle, in denen andere Grundrechtsverletzungen drohen als solche, die in Art. 3, 4, 4a RbEuHb genannt oder dem absoluten Schutz der Art. 3 EMRK, Art. 4 GRC unterliegen. Insoweit stehen die Auffassungen des 2. *Senats des BVerfG* – der zufolge »[e]inem Europäischen Haftbefehl ... nach unionsrechtlichen Maßstäben nicht Folge zu leisten [ist], wenn ... die Auslieferung mit einer Verletzung der unionalen Grundrechte einherginge«¹⁶⁷ und wohl auch des EGMR – der kürzlich in Weiterentwicklung seiner *Bosphoros*-Rechtsprechung eine Restverantwortung des Vollstreckungsstaats bei der gegenseitigen Anerkennung von Zivilsachen betonte, wenn andernfalls der Schutz europäischer Menschenrechte offensichtlich unzulänglich wäre¹⁶⁸ – diametral¹⁶⁹ derjenigen des EuGH gegenüber, der unter Verweis auf die Funktionstüchtigkeit der transnationalen Strafrechtspflege jegliches über Art. 3, 4, 4a RbEuHb hinausreichendes Prüfungs- und Ablehnungsrecht des Vollstreckungsstaats nach wie

¹⁶⁵ Siehe oben III. 2., 3.

¹⁶⁶ Siehe hierzu oben I. 2. c) bei und mit Fn. 26.

¹⁶⁷ BVerfG, Beschl. v. 15. 12. 2015 – 2 BvR 2735/14 –, Rdn. 85.

¹⁶⁸ EGMR (*Große Kammer*), Urt. v. 23. 5. 2016, Nr. 17502/07 (Avotiņš ./ Lettland).

¹⁶⁹ Anders *Steinbeis* (Fn. 2), der das Urteil des EuGH als Wegbereiter für einen allgemeinen Grundrechtsvorbehalt sieht.

vor klar verneint.¹⁷⁰ Zum Schwur zwischen verfassungsrechtlicher Identitätskontrolle und unionaler Anerkennungspflicht könnte es daher etwa im Bereich der Vollstreckung Europäischer Haftbefehle kommen, bei denen es im Ausstellungsmitgliedstaat zu einem *plea bargaining* kam oder dieses zu erwarten ist, oder bei denen der Ausstellungsmitgliedstaat die (nach deutschem Verständnis in der Menschenwürde wurzelnden) Garantien der Unschuldsumsetzung oder das Schweigerecht verletzen könnte.¹⁷¹ Anlass zur weiteren Klärung – aber auch Anlass zur weiteren, auch europapolitischen Zuspitzung – dieses Konflikts könnte ein beim BVerfG anhängiges Verfahren bieten, das am 29.4. und 6. 5. 2016 zu einstweiligen Anordnungen der 3. Kammer des 2. Senats führte: Der Beschwerdeführer hatte sich gegen die drohende Auslieferung zur Strafverfolgung an das Vereinigte Königreich gewendet, da in dortigen Strafverfahren auch aus vollständigem Schweigen des Beschuldigten zum Anklagevorwurf Schlüsse auf seine Schuld gezogen werden könnten. Die Kammer unterband daraufhin vorläufig die unmittelbar bevorstehende Auslieferung des Beschwerdeführers, da es ihr zufolge »zumindest möglich [erscheint], dass dies den gemäß Art. 23 Abs. 1 Satz 3 in Verbindung mit Art. 79 Abs. 3 und Art. 1 Abs. 1 GG unabdingbar gebotenen Grundrechtsschutz unterschreitet, der auch im Rahmen der Auslieferung auf der Grundlage eines Europäischen Haftbefehls im Einzelfall zu gewährleisten ist.«¹⁷²

Was bedeuten die Entscheidungen schließlich für R, A und C? Es ist zu vermuten, dass A und C erst nach Vorliegen einer hinreichend verlässlichen Zusicherung an Ungarn bzw. Rumänien überstellt werden bzw. andernfalls C enthaftet und das Übergabeverfahren mittelfristig beendet wird. Anders jedoch die Situation für R, der sich bislang immer noch in Auslieferungshaft befindet:¹⁷³ Hier ist nun der Ball zurück im Spielfeld des OLG Düsseldorf, das nunmehr weitere Sachverhaltsaufklärung zu betreiben haben

wird, das aber angesichts des gleichlaufenden unionalen wie verfassungsrechtlichen Standards wohl keine Notwendigkeit sehen dürfte, in dieser Sache noch ein Vorabentscheidungsersuchen beim EuGH anzustreben.¹⁷⁴

2. Kollateralschäden

Neben den genannten auslieferungs- und rechtshilferechtlichen Folgeproblemen sind auch in weiteren Bereichen Kollateralschäden infolge des Beschlusses des 2. Senats zu erwarten. So trägt diese Entscheidung mit seiner Überhöhung insbesondere des Schuldgrundsatzes¹⁷⁵ und der sozial-ethischen Aufladung der Kriminalstrafe¹⁷⁶ dazu bei, den Einsatz des Strafrechts durch die Ausgrenzung von Straftätern und die Forderung nach einer Sachverhaltsaufklärung um nahezu jeden Preis zu intensivieren. Ob diese Tendenzen und deren Konsequenzen durch ein Bekenntnis zu einem verfassungsrechtlichen *ultima ratio*-Prinzip aufgewogen werden können, erscheint durchaus zweifelhaft.

Daneben besteht auch Anlass zur Sorge hinsichtlich der Zukunftstauglichkeit des Weges, den der 2. Senat des BVerfG eingeschlagen hat – führt er doch zu einer (hier unnötigen) Versteinerung des GG und damit zu einer hier nicht gebotenen Einengung legislativer Handlungsspielräume.¹⁷⁷ Mehr noch: Die Aktivierung der Identitätskontrolle – der *nuclear option*¹⁷⁸ im Köcher des BVerfG – und die autarke Auslegung des Unionsrechts – mit implizitem Geltungsanspruch für die gesamte EU – lässt sich trotz aller konzilianter Passagen der Entscheidung¹⁷⁹ als mehr als ein bloßer Warnschuss¹⁸⁰ vor den Bug des EuGH interpretieren. Ein Glück, dass der EuGH in seinem Urteil besonnen darauf reagiert hat!

170 EuGH, Urt. v. 5. 4. 2016, verb. Rs. C-404/15 und C-669/15 PPU, Rdn. 80f.; siehe ferner oben III. 1.

171 Siehe hierzu aber den Mindeststandard der RL (EU) 2016/343, der indessen auf Dänemark, Irland und das Vereinigte Königreich keine Anwendung finden wird und der zudem erst bis zum 1. 4. 2018 umzusetzen ist.

172 BVerfG, 3. Kammer des 2. Senats, Beschl. v. 6. 5. 2016 – 2 BvR 890/16 – = in diesem Heft, S. 472 = ECLI:DE:BVerfG:2016:rk20160506.2bvr089016.

173 Stand: 13. 6. 2016.

174 In den Raum geworfen wird ein solches Vorabentscheidungsersuchen indes von *Steinbeis* (Fn. 1) unter Verweis auf *García*.

175 Siehe oben II. 3. a).

176 Siehe oben II. 3. b).

177 Siehe hierzu oben II. 2. bei und mit Fn. 120.

178 Siehe hierzu oben II. 1. c) bei und mit Fn. 82.

179 Sowie auch der parallel erschienen Veröffentlichung des Vorsitzenden des 2. Senats und Präsidenten des BVerfG *Vofßkuhle* JZ 2016, 161.

180 *Meyer*NJECL 2016, Heft 3.