

Aufsätze und Kurzbeiträge

Rechtsanwalt Dr. Markus Rübenstahl, Mag. iur., Köln¹

Rechtshilfe in Strafsachen (Teil 1) - Der „ordre-public“ als Rechtshilfehindernis im vertraglichen Rechtshilfeverkehr mit Drittstaaten, insbesondere der USA

Nach § 73 S. 1 IRG ist die Leistung von Rechtshilfe unzulässig, wenn sie wesentlichen Grundsätzen der deutschen Rechtsordnung widersprechen würde. Der Beitrag ist bemüht, den Anwendungsbereich und die Reichweite dieses – unmittelbar nur für die vertragslose Rechtshilfe geltenden – so genannten ordre-public-Vorbehalts als Rechtshilfehindernis unter Berücksichtigung der Rechtsprechung – aber auch unter Abgrenzung von dieser – auszuloten. Schwerpunktmäßig werden hierbei jene Rechtshilfehindernisse behandelt, die im Bereich des Wirtschaftsstrafrechts und Wirtschaftsstrafverfahrens von praktischer Relevanz sind. Vor dem Hintergrund der detaillierten und einschränkenden Sonderregelung des § 73 S. 2 IRG i.V.m. den §§ 78 ff. IRG zum Europäischen Haftbefehl und zur sonstigen Rechtshilfeleistung innerhalb der EU werden hier allerdings nur die Rechtshilfebeziehungen zu Drittstaaten behandelt. Neben dem der deutschen Rechtsordnung im engeren Sinn zu entnehmenden ordre-public – insbesondere den verfassungsrechtlich begründeten Rechtshilfehindernissen – werden auch solche aus der EMRK und – am Rande – dem Recht der Europäischen Union behandelt. Beispielhaft wird anhand einer US-amerikanischen Vorschrift dargestellt, dass nicht nur prozessuale Regelungen und Gegebenheiten, sondern auch materiellrechtliche Regelungen des ersuchenden Staates – etwa wegen tatbestandlicher Unbestimmtheit gemessen an Art. 103 Abs. 2 GG, Art. 7 EMRK – gegen den ordre-public verstoßen und der Rechtshilfeleistung entgegenstehen können.

I. Unmittelbarer Anwendungsbereich des § 73 IRG

§ 73 IRG („Grenze der Rechtshilfe“) setzt, wie schon der Titel besagt, der außervertraglichen Rechtshilfegewährung nach dem IRG – darunter der Auslieferung – (absolute) Grenzen. Danach ist die Leistung von Rechtshilfe unzulässig, wenn sie wesentlichen Grundsätzen der deutschen Rechtsordnung widersprechen würde (§ 73 S. 1 IRG).² Für den Rechtshilfeverkehr mit Mitgliedsstaaten der EU nach dem 8., 9. und 10. Teil des IRG – insbesondere für den Europäischen Haftbefehl – ergänzt § 73 S. 2 IRG dies dahingehend, dass die Leistung von Rechtshilfe unzulässig ist, wenn die Erledigung zu den in Artikel 6 des Vertrages über die Europäische Union (EUV) enthaltenen Grundsätzen im Widerspruch stünde. Art. 6 Abs. 1 EUV³ gewährleistet die Anerkennung der Rechte, Freiheiten und Grundsätze durch die EU, die in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union vom 7. Dezember 2000 in der am 12. Dezember 2007 in Straßburg angepassten Fassung niedergelegt sind. Art. 6 Abs. 2 EUV enthält zudem den Beitritt der EU zur EMRK, während Art. 6 Abs. 3 EUV ergänzend vorschreibt, dass die Grundrechte, wie sie in der EMRK gewährleistet sind „und wie sie sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten ergeben“, als allgemeine Grundsätze Teil des Unionsrechts sind. Mithin sagt § 73 S. 2 IRG aus, dass im innereuropäi-

Rechtshilfe ist unzulässig, sofern sie gegen wesentliche Grundsätze der deutschen Rechtsordnung, die EU-Grundrechtecharta und die EMRK verstößt

¹ Der Autor ist Counsel der Sozietät Friedrich Graf v. Westphalen & Partner und Lehrbeauftragter an der Albert-Ludwigs-Universität in Freiburg i. Br. (Lehrstuhl Prof. Dr. Walter Perron) sowie an der EBS Law School in Wiesbaden (Lehrstuhl Prof. Dr. Georg Steinberg).

² Vgl. Kühne in: Löwe-Rosenberg, StPO, 26. Aufl. 2006, Einl. Rn. 9.

³ EU-Vertrag i.d.F. v. Lissabon.

schen Rechtshilfeverkehr nach den genannten Titeln des IRG ein Verstoß gegen die EU-Grundrechtecharta oder die EMRK der Rechtshilfe entgegensteht.⁴

Weniger klar erscheinen auf den ersten Blick der Gewährleistungsumfang und der Anwendungsbereich des § 73 S. 1 IRG.⁵ Zu letzterem ist zunächst – und eher vordergründig – Folgendes festzuhalten: Die Vorschrift gehört zu den Gemeinsamen Vorschriften – d.h. zum Allgemeinen Teil – des IRG, die am Ende, nicht am Anfang dieses Gesetzes stehen.⁶ Die Vorschrift betrifft den Rechtshilfeverkehr im Allgemeinen und enthält – wie intuitiv nachvollziehbar ist – eine allgemeine Grenze der Rechtshilfe in Gestalt eines allgemeinen Rechtshilfehindernisses, das die Rechtshilfe „unzulässig“ macht. Sie ist daher bereits im Zulässigkeitsverfahren der Oberlandesgerichte – und nicht erst im Bewilligungsverfahren – zu prüfen.⁷ Die unmittelbare Geltung der Vorschrift beschränkt sich jedoch gesetzsystematisch an sich gerade aufgrund ihrer Position im IRG nach h.M. auf den nicht sonderlich praxisrelevanten Bereich des *vertraglosen* Rechtshilfeverkehrs nach dem IRG. Vertragliche Vorschriften sollen ihr nämlich gem. § 1 Abs. 3 IRG vorgehen, soweit diese *ordre-public*-, Verfassungs-, Menschenrechts- und Härteklauseln enthalten⁸ oder die Geltung von *ordre-public*-Klauseln ausschließen. Die tatsächlich existierenden vertraglichen Klauseln gehen zum einen regelmäßig weiter als § 73 S. 1 IRG, zum anderen sind sie aber häufig fakultativ ausgestaltet.⁹

II. Vertragliche *ordre-public*-Klauseln

Beispielhaft sei darauf hingewiesen, dass der AusIV D-USA¹⁰ keine allgemeine *ordre-public*-Klausel enthält, sondern lediglich spezielle einzelne Vorschriften zu dieser Thematik in den Art. 4 ff. Danach wird die Auslieferung in weitem Umfang bei politischen Straftaten (Art. 4) und militärischen Straftaten (Art. 5) nicht gewährt. Sie kann auch im Falle fiskalischer Straftaten verweigert werden, wenn der Auslieferung wegen einer solchen Straftat „die öffentliche Ordnung (*ordre-public*) oder andere wesentliche Interessen des ersuchten Staates entgegenstehen“ (Art. 6). Auch die Auslieferung eigener Staatsbürger ist für die Vertragsparteien nicht verpflichtend (Art. 7). Auslieferungsverbote bzw. Einschränkungen gelten zudem im Hinblick auf die Todesstrafe (Art. 12) und auf Ausnahmegerichte (Art. 13) im ersuchenden Staat.¹¹

Jedoch muss das AusIAbk EU-USA¹², welches Anlass zum 2. Zusatzvertrag zum AusIV D-USA – und damit zu dem AusIV D-USA in seiner heutigen Fassung – gab, wohl so verstanden werden, dass der nationale *ordre-public* der Bundesrepublik Deutschland sowie aller anderen Vertragsstaaten vorausgesetzt und als Auslieferungshindernis anerkannt wird, soweit er sich aus dem Verfassungsrecht der Vertragsparteien ableitet. In Art. 17 Abs. 2 AusIAbk EU-USA ist nämlich vorgesehen, dass in den Fällen, „in denen die Verfassungsgrundsätze des ersuchten Staates... ein Hindernis für die Erfüllung seiner Auslieferungspflichten darstellen können und dieses Abkommen oder der geltende bilaterale Vertrag keine Regelung dieser Angelegenheit vorsehen“, Konsultationen gem. Art. 15 AusIAbk EU-USA stattfinden sollen. Daraus ist wohl abzuleiten, dass verfassungsrechtliche Auslieferungshindernisse, auch und gerade insoweit als sie im bilateralen Auslieferungsvertrag mit den USA nicht geregelt sind, von den Vertragsparteien grundsätzlich als relevant anerkannt sind, da für diesen Fall Konsultationen vorgesehen sind. Soweit also die vorgenannten Vorschriften des AusIV D-USA keine speziellen Regelungen enthalten – das AusIAbk EU-USA enthält keine weitergehenden Vorschriften (vgl. Art. 3 Abs. 1, 13 AusIAbk EU-USA) – ist der deutsche *ordre-public* im Sinne des § 73

⁴ Grützner/Pötz/Kress/Vogel, Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, Loseblatt, 1. Lfg. Sept. 2007, IRG, § 73 Rn. 10, 139 (im Weiteren abgekürzt zitiert): Soweit S. 2 anwendbar ist, gilt ausschließlich dieser.

⁵ Vgl. Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner/Lagodny, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 5. Aufl. 2012, IRG, § 73 Rn. 1 (im Weiteren abgekürzt zitiert).

⁶ Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner/Lagodny, IRG, § 73 Rn. 1; Grützner/Pötz/Kress/Vogel, IRG, § 73 Rn. 2.

⁷ Grützner/Pötz/Kress/Vogel, IRG, § 73 Rn. 2.

⁸ Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner/Lagodny, IRG, § 73 Rn. 2; Grützner/Pötz/Kress/Vogel, IRG, § 73 Rn. 5.

⁹ Grützner/Pötz/Kress/Vogel, IRG, § 73 Rn. 7, Aufzählung Rn. 6.

¹⁰ Auslieferungsvertrag vom 20.6.1978 zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den Vereinigten Staaten von Amerika („AusIV D-USA“), Gesetz vom 16.5.1980, BGBl. II 1980, 646, 1300, in der Fassung des Zusatzvertrages vom 21.10.1986, Gesetz vom 5.12.1988, BGBl. II 1988, 1087, und des 2. Zusatzvertrages vom 18.4.2006, Gesetz vom 26.10.2007, BGBl. II 2007, 1618, 1637, in Kraft getreten am 1.2.2010, vgl. BGBl. II 2010, 829.

¹¹ Vgl. zum AusIV D-USA: Riegel, Der Auslieferungs- und Rechtshilfeverkehr mit den USA und Kanada, FRP 2010, 502 ff.

¹² Abkommen vom 25.6.2003 zwischen der Europäischen Union und den Vereinigten Staaten von Amerika über Auslieferung, ABl. EU Nr. L 181/27 vom 19.7.2003.

S. 1 IRG bzw. des inhaltsgleichen Art. 6 EGBGB¹³ als Auslieferungshindernis im Verhältnis zu den USA anzuerkennen. Dies muss zumindest gelten, soweit er sich aus dem deutschen Verfassungsrecht ableiten lässt, insbesondere aus den Grundrechten, deren Verletzung nach Art. 6 S. 2 EGBGB – impliziert auch in § 73 S. 1 IRG enthalten – der Anwendung ausländischer Rechtsnormen entgegenstehen soll.¹⁴ In Art. 17 Abs. 2 AuslAbk EU-USA liegt insoweit ein – nicht ausdrücklich im Wortlaut verankerter – Verweis auf § 73 S. 1 IRG.

Der AuslV D-Indien¹⁵ enthält in Art. 5 („Mögliche Ablehnungsgründe“) die Regelung, dass die Auslieferung abgelehnt werden kann, wenn sie unter Berücksichtigung aller Umstände „*einschließlich der Geringfügigkeit der Straftat, oder im Interesse der Justiz ungerecht oder unzumutbar wäre*“; hierin ist ebenfalls ein Verweis auf § 73 S. 1 IRG und Art. 6 EGBGB zu sehen.

Auch bilaterale Rechtshilfeabkommen, die die sonstige Rechtshilfe in Strafsachen regeln – z.B. der RhV D-USA¹⁶ – enthalten Klauseln, die letztlich die Rechtshilfeleistung auf mit der öffentlichen Ordnung vereinbare Handlungen beschränken. Art. 3 RhV D-USA ermöglicht die Ablehnung der Rechtshilfe („*kann*“), u.a. wenn durch die Erledigung „*wesentliche Interessen*“ des ersuchten Staates beeinträchtigt würden. Die Wahrung des *ordre-public*, insbesondere verfassungsrechtlicher Vorgaben, muss m.E. bei Anlegung rechtsstaatlicher Maßstäbe als wesentliches Interesse der Bundesrepublik angesehen werden. Dies ergibt auch der Vergleich mit dem RhV D-Kanada¹⁷, dessen Art. 2 Abs. 1 die Verweigerung der Rechtshilfe u.a. zulässt, wenn die Erledigung des Ersuchens die „*öffentliche Ordnung (ordre-public) oder ähnliche wesentliche Interessen beeinträchtigen würde*“. Daraus ist abzuleiten, dass der *ordre-public* stets als wesentliches öffentliches bzw. staatliches Interesse des ersuchten Staates angesehen werden muss. Eine inhaltlich entsprechende Klausel findet sich auch im RhAbk D-Hongkong¹⁸ (Art. 4 Abs. 1 Nr. 1).

Für den Auslieferungs- und den sonstigen Rechtshilfeverkehr mit den USA ist m.E. somit der deutsche *ordre-public* zumindest nach Maßgabe des Art. 6 S. 2 EGBGB (Grundrechte) und den übrigen Bestimmungen des Grundgesetzes bereits vertraglich als Auslieferungs- bzw. Rechtshilfehindernis vorbehalten. Auslieferungs- und Rechtshilfeverträge, die keine entsprechenden Vertragsklauseln enthalten, etwa diejenigen mit Kanada oder Australien, sollen der Rechtsprechung zufolge als abschließend anzusehen sein, so dass ein Rückgriff auf § 73 S. 1 IRG unzulässig sei.¹⁹ Einer völkerrechtlichen Verpflichtung zur Leistung von Rechtshilfe könne der nationale *ordre-public* nicht entgegengehalten werden, wenn er nicht ausdrücklich vertraglich vorbehalten wurde.²⁰ Diese völkerrechtlich valide Aussage kann aber richtigerweise nicht dazu führen, dass die innerstaatliche Geltung des Verfassungsrechts wirksam abbedungen wird (s.o.).

III. Anwendbarkeit des nationalen *ordre-public* im vertraglichen Rechtshilfeverkehr über die vertraglichen Klauseln hinaus

1. Uneingeschränkte Anwendbarkeit des Grundgesetzes

Letztlich ist aber daran festzuhalten, dass – unabhängig von der direkten Anwendbarkeit des § 73 S. 1 IRG oder vertraglicher *ordre-public*-Klauseln – Grundrechte und sonstiges deutsches Verfassungsrecht im Rahmen der Zulässigkeits- und Bewilligungsentscheidungen eine verbindliche Schranke der Rechtshilfe darstellen. Zwar mag es im Hinblick auf die völ-

Deutsche Rechtshilfestellen sind zu Grundrechte und grundrechtsgleiche Rechte gebunden

¹³ Artikel 6 EGBGB, Öffentliche Ordnung (*ordre-public*): „Eine Rechtsnorm eines anderen Staates ist nicht anzuwenden, wenn ihre Anwendung zu einem Ergebnis führt, das mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts offensichtlich unvereinbar ist. Sie ist insbesondere nicht anzuwenden, wenn die Anwendung mit den Grundrechten unvereinbar ist.“

¹⁴ Vgl. *Holoch*, in: Erman, BGB, 13. Aufl. 2011, § 6 EGBGB Rn. 1 ff.

¹⁵ Vertrag vom 27.6.2001 zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Republik Indien über die Auslieferung, BGBl. II 2003, 1634; II 2004, 787.

¹⁶ Vertrag vom 14.10.2003 zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den Vereinigten Staaten von Amerika über die Rechtshilfe in Strafsachen (RhV D-USA) in der Fassung des Zusatzvertrages vom 18.4.2006, Gesetz vom 26.10.2007, BGBl. II 2007, 1618, 1620 ff., in Kraft getreten am 18.10.2009, BGBl. II 2010, 829.

¹⁷ Vertrag vom 13.5.2002 zwischen der Bundesrepublik Deutschland und Kanada über die Rechtshilfe in Strafsachen (RhV D-Kanada), Gesetz vom 5.7.2004, BGBl. II 2004, 962 f., 1564.

¹⁸ Abkommen vom 26.5.2006 zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Regierung der Sonderverwaltungsregion Hongkong der VR China über die gegenseitige Rechtshilfe in Strafsachen (RhAbk D-Hongkong), Gesetz vom 29.1.2009, BGBl. II 2009, 62, in Kraft getreten am 11.4.2009, BGBl. II 2009, 497.

¹⁹ BGHSt 33, 310, 315 ff.; 35, 67, 71 f.; OLG Karlsruhe NJW 1985, 2906.

²⁰ Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner/Lagodny, IRG, § 73 Rn. 2; Grütznern/Pötz/Kress/Vogel, IRG, § 73 Rn. 8.

kerrechtliche Lage zutreffend sein, dass der – vertraglich nicht vorbehaltene – nationale ordre-public anderen Vertragsstaaten nicht entgegengehalten werden kann, doch muss berücksichtigt werden, dass die Grundrechte gem. Art. 1 Abs. 3 GG Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht binden. Trotz einer etwa bestehenden völkerrechtlichen Verpflichtung der Bundesrepublik stehen der Durchsetzbarkeit einer die Grundrechte verletzenden Rechtshilfeleistung eben diese Grundrechte entgegen, denn die Bindungswirkung erstreckt sich auf alle Erscheinungsformen deutscher öffentlicher Gewalt²¹ und damit auch auf das Zulässigkeits- und Bewilligungsverfahren deutscher Stellen bei der Rechtshilfeleistung. Der Geltungsbereich des Art. 1 Abs. 3 GG erstreckt sich nicht nur auf die Grundrechte der Art. 1-19 GG, sondern auch auf die sog. grundrechtsgleichen Rechte, die nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG mit der Verfassungsbeschwerde bewehrt sind.²² Hierbei handelt es sich um die Art. 20 Abs. 4, 33, 38, 101, 103 und 104 GG. Akte der internationalen Rechtshilfe vollziehen sich somit nach Art. 1 Abs. 3 GG unter dem Dach der deutschen Grundrechte, denn jede Maßnahme der Unterstützung durch die deutsche öffentliche Gewalt im Rahmen der internationalen Rechtshilfe stellt sich als Beeinträchtigung der Grundrechte in ihrer Funktion als Abwehrrechte (und damit als Eingriff) dar, wenn sie der Verkürzung von Grundrechtssubstanz Vorschub leistet. Die Verantwortung des fremden Staates für alles Geschehen in seinem Hoheitsbereich mindert nämlich nicht die Verantwortlichkeit deutscher öffentlicher Gewalt für deren eigenes Verhalten,²³ d.h. den Akt der Rechtshilfeleistung. Nach richtiger Auffassung gelten daher die Grundrechte uneingeschränkt, wobei jedoch das Interesse der Bundesrepublik Deutschland am internationalen Rechtshilfeverkehr insbesondere in Straf- und Zivilsachen einen Belang von Verfassungsrang bildet. Dieser findet im Grundgesetz ausdrücklich Anerkennung (Art. 16 Abs. 2, 73 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 10 GG) und ist bei beschränkbar Grundrechten als eine immanente Grundrechtsschranke anzusehen, die beim vertraglichen Rechtshilfeverkehr durch das Zustimmungsgesetz, mit dem der Rechtshilfevertrag umgesetzt wird, konkretisiert wird.²⁴ Dies bedeutet allerdings zugleich, dass auch hier der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz uneingeschränkt zugunsten des Betroffenen zu berücksichtigen ist.

2. Eingeschränkte Geltung völkerrechtlicher und verfassungsrechtlicher Mindeststandards nach der Rechtsprechung

Das Bundesverfassungsgericht beschränkt Bindung auf Mindeststandards

Das BVerfG zieht sich hingegen zumindest verbal mitunter auf die „Völkerrechtsfreundlichkeit“ des Grundgesetzes zurück, welche Achtung vor fremden Rechtsordnungen fordere,²⁵ und erweckt damit den Eindruck, dass im Rechtshilfeverfahren ein geringeres Schutzniveau gelten solle. Die herrschende Rspr. ist aber immerhin bemüht, unter Fingierung eines dementsprechenden schlüssigen Vorbehalts im Einzelnen umstrittene, insbesondere verfassungsrechtlich begründete Mindeststandards im vertraglichen Rechtshilfeverkehr auch dort zu gewährleisten, wo das anwendbare Auslieferungs- oder Rechtshilfeabkommen keine ordre-public-Klausel enthält.²⁶ Das BVerfG geht insofern nicht vom nationalen ordre-public im Sinne des Art. 6 EGBGB aus, sondern jedenfalls formal von einem internationalen ordre-public, d.h. den allgemeinen Regeln des Völkerrechts (vgl. Art. 25 GG),²⁷ die Kraft Verfassung ausdrücklich unmittelbar geltendes Bundesrecht sind und den Gesetzen vorgehen. Gemeint ist laut der Rspr. ein durch alle Völker anerkannter gemeinsamer Kernbestand unverzichtbarer Rechtsgrundsätze bzw. ein völkerrechtlich gewährleisteteter Mindeststandard, der sich einschränkend auf alle internationalen Rechtshilfeverträge auswirke, da er ihnen implizit zu Grunde liege.²⁸ Die vom BVerfG verwendete Formel zur Bestimmung des Mindeststandards im Rechtshilfeverfahren orientiert sich zwar formal an diesem Begriff des internationalen ordre-public (Art. 25 GG), konkretisiert diesen aber u.a. unter Einbeziehung verfassungsrechtlicher Gewährleistungsinhalte.²⁹ Deutsches Verfassungsrecht – insbesondere Grundrechte und grundrechtsgleiche Rechte – sei jedenfalls beschränkt auf einen „Kernbereich“ bzw. auf „unabdingbare Grundsätze“ bzw. „Elementargarantien“ im Rechtshilfeverfahren anwendbar.³⁰

²¹ Vgl. BVerfGE 6, 386, 387; 31, 58, 72 f.

²² Maunz/Dürig/Herdegen, GG, Loseblatt, 69. Lfg. Mai 2013, Art. 1 Abs. 3 Rn. 9 m.w.N.

²³ Maunz/Dürig/Herdegen, GG, Loseblatt, 69. Lfg. Mai 2013, Art. 1 Abs. 3 Rn. 77 m.w.N.

²⁴ Maunz/Dürig/Herdegen, GG, Loseblatt, 69. Lfg. Mai 2013, Art. 1 Abs. 3 Rn. 78 m.w.N.

²⁵ BVerfGE 18, 112, 116 ff., 121.

²⁶ Grützner/Pötz/Kress/Vogel, IRG, § 73 Rn. 9, 33 ff., 37.

²⁷ Art. 25 GG: „Die allgemeinen Regeln des Völkerrechtes sind Bestandteil des Bundesrechtes. Sie gehen den Gesetzen vor und erzeugen Rechte und Pflichten unmittelbar für die Bewohner des Bundesgebietes.“

²⁸ Vgl. BVerfGE 59, 280, 282; 60, 348, 355 ff.; 63, 197, 206 ff.; 75, 1, 18 ff.; BVerfG JZ 2004, 141.

²⁹ Grützner/Pötz/Kress/Vogel, IRG, § 73 Rn. 38, 51 ff.

³⁰ BVerfGE 59, 280, 282 ff.; 60, 348, 355 ff.; 63, 197, 206 ff.; 75, 16 ff.; BVerfG NJW 1994, 2883 ff.

Insgesamt hat das BVerfG die Formel geprägt, dass zu prüfen sei, ob die Rechtshilfe und die ihr zugrundeliegenden Akte mit dem nach Art. 25 GG in der Bundesrepublik Deutschland verbindlichen völkerrechtlichen Mindeststandard und mit den unabdingbaren verfassungsrechtlichen Grundsätzen ihrer öffentlichen Ordnung vereinbar sind.³¹ Dieses von *Vogel* als „restriktive Einheits- und Mischformel“³² des BVerfG bezeichnete begrenzte Prüfungsprogramm hat sich auch in der Rspr. der ordentlichen Gerichte durchgesetzt. Erstaunlicherweise wird es soweit ersichtlich unterschiedslos im vertraglichen und außervertraglichen Rechtshilfeverkehr angewandt,³³ obwohl dies kritikwürdig ist, da die Undifferenziertheit der Anwendung gerade nicht der völkerrechtlichen Lage entspricht (s.o.).³⁴ Eine lediglich am Maßstab der Formel des BVerfG – das aufgrund seiner Zuständigkeit und seines Prüfungsmaßstabes natürlich nur verfassungsrechtliche Mindestanforderungen an die *ordre-public*-Prüfung umschreiben kann – orientierte Zulässigkeitsprüfung erscheint gemessen an § 73 S. 1 IRG rechtswidrig. Dies gilt zumindest insoweit als § 73 S. 1 IRG im außervertraglichen Rechtshilfeverkehr gerade die uneingeschränkte Geltung des deutschen *ordre-public* im Sinne der vorbezeichneten Vorschrift und des Art. 6 EGBGB anordnet.

IV. Gewährleistungsumfang des *ordre-public* nach Maßgabe der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung

1. Völkergewohnheitsrecht

*Geringer Umfang des völker-
gewohnheitsrechtlichen
ordre-public*

Problematisch ist zunächst, dass das Völkergewohnheitsrecht gem. Art. 25 GG – eigentlicher Ausgangspunkt der Formel des BVerfG – zur Beschränkung des Rechtshilfeverkehrs wenige Aussagen enthält, schwer zu ermitteln ist und es vielfach hinsichtlich zentraler Fragen des Rechtshilfeverkehrs keinen internationalen Konsens gibt.³⁵ Immerhin soll aus Art. 25 GG der konkrete Rechtsanspruch des fremdsprachigen Betroffenen eines Strafverfahrens auf einen Dolmetscher ableitbar sein,³⁶ was für das Rechtshilfeverfahren entsprechend gilt.³⁷ Für die deutlich gewichtigeren Fragen des Folterverbots, des Verbots außergesetzlicher Tötungen („extrajudicial killings“) und der Todesstrafe besteht hingegen offensichtlich gerade kein völkerrechtlicher Konsens.³⁸

2. Unabdingbare verfassungsrechtliche Grundsätze

a) Allgemeines

*Grundrechte, Verhältnismä-
ßigkeitsgrundsatz*

Umso wichtiger ist daher, dass auch dem BVerfG zufolge jedenfalls die unabdingbaren verfassungsrechtlichen Grundsätze der Bundesrepublik die Leistung von Rechtshilfe beschränken.³⁹ Materiell-rechtliche oder verfahrensrechtliche Verstöße des ersuchenden Staates gegen die Maßstäbe des Grundgesetzes sind nach der h. M. Hindernisse der Auslieferung oder der sonstigen Rechtshilfe, wenn im Ausland eine Behandlung erfolgt oder droht, die unserem verfassungsrechtlichen (Mindest-)Standard widerspricht bzw. widerspricht.⁴⁰ Das BVerfG hat anerkannt, dass insbesondere die Grundrechte und grundrechtsgleichen Verfahrensrechte aus dem Grundgesetz im Rechtshilfe- und insbesondere im Auslieferungsverfahren Anwendung finden⁴¹. Die Grundrechte – und mit ihnen der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit – sind anwendbar, weil und soweit sie zu den unabdingbaren Grundsätzen der verfassungsrechtlichen Ordnung der Bundesrepublik Deutschland zählen.⁴² Dies kann – folgt man der Formel des BVerfG – im Einzelfall zu Abgrenzungsfragen führen, nicht hingegen, wenn man richtigerweise im Rechtshilfeverkehr mit den USA deren gesamten Gewährleistungsumfang für maßgeblich hält (s.o.). Die Bindung deutscher Rechtshilfeorgane an

³¹ Zuletzt etwa BVerfGE 108, 129, 136; 113, 154, 162; BVerfG JZ 2004, 141.

³² Grützner/Pötz/Kress/Vogel, IRG, § 73 Rn. 51 f.

³³ BGHSt 47, 120, 124; OLG Zweibrücken StV 1996, 105; OLG Hamm NStZ-RR 1998, 351, 352; OLG Koblenz StV 2002, 87; OLG Stuttgart NStZ-RR 2002, 180, 181.

³⁴ Schomburg/Lagodny/Gleiß/Hackner/Lagodny, IRG, § 73 Rn. 6a; Grützner/Pötz/Kress/Vogel, IRG, § 73 Rn. 53.

³⁵ Vgl. BVerfG JZ 2004, 410 m. Anm. Vogel: Keine Anerkennung des Grundsatzes „male captus, male detentus“; vgl. auch Grützner/Pötz/Kress/Vogel, IRG, § 73 Rn. 55.

³⁶ BVerfG NJW 1988, 1462, 1463 f.

³⁷ Grützner/Pötz/Kress/Vogel, IRG, § 73 Rn. 55.

³⁸ Grützner/Pötz/Kress/Vogel, IRG, § 73 Rn. 55 m.w.N.

³⁹ BVerfG 59, 280, 282 ff.; 60, 348, 355 ff.; 63, 197, 206 ff.; 75, 1, 16-19; BVerfG NJW 1983, 1726, 1727; 1984, 1293, 1295; 1994, 2883 ff.

⁴⁰ Schomburg/Lagodny/Gleiß/Hackner/Lagodny, IRG, § 73 Rn. 3.

⁴¹ BVerfG, Beschl. v. 22.6.1992 – 2 BvR 1901/91; Grützner/Pötz/Kress/Vogel, IRG, § 73 Rn. 31.

⁴² BVerfGE 75, 1, 16; vgl. schon BVerfGE 59, 280, 283; 63, 332, 338.

die Grundrechte besteht jedenfalls unstrittig auch dann, wenn die Wirkungen staatlichen Handelns (überwiegend) im Ausland eintreten, wie dies bei der Auslieferung oder sonstiger Rechtshilfe der Fall ist.⁴³ Zu Recht hat schon der historische Gesetzgeber des IRG darauf hingewiesen, dass bei der Prüfung des § 73 IRG das durch die Rechtshilfeleistung jeweils zu fördernde ausländische Verfahren einzubeziehen ist, welches kraft Verantwortlichkeit des die Rechtshilfe leistenden Staates entscheidend auf die rechtliche Bewertung der einzelnen Rechtshilfebehandlung durch die deutsche Staatsgewalt zurück wirkt.⁴⁴ Der Maßstab der oben genannten deutschen verfassungsrechtlichen Mindeststandards ist daneben aber auch an das ausländische materielle Strafrecht anzulegen.⁴⁵ Hinsichtlich des materiellen Strafrechts ist auf die ausländische Rechtswirklichkeit abzustellen, es reicht nicht aus, dass das ausländische Recht den Deutschen formal vergleichbar ist, sondern es kommt auf dessen tatsächliche Handhabung an.⁴⁶

b) Verfassungsrechtliche Maßstäbe bezüglich des materiellen Strafrechts des ersuchenden Staates

Gesetzlichkeitsprinzip in dem ersuchenden Staat

Das Gesetzlichkeitsprinzip (Art. 103 Abs. 2 GG; Art. 15 IPbürgR; Art. 7 EMRK und Art. 49 Abs. 1 und 2 EU-Charta) gehört in allen seinen Ausprägungen dem Grunde nach sowohl zu dem völkerrechtlichen Mindeststandard gemäß Art. 25 GG als auch zu den unabdingbaren verfassungsrechtlichen Grundsätzen⁴⁷ und dürfte einen wesentlichen Prüfungsmaßstab für das materielle Recht des ersuchenden Staates darstellen. Jedenfalls muss die (dem Verfolgten drohende) Bestrafung danach im ersuchenden Staat eine Rechtsgrundlage haben, die die strafbare Handlung oder Unterlassung benennt und mit Strafe bedroht.⁴⁸ Rechtsprechungsänderungen sollen hingegen nicht schädlich sein.⁴⁹ Darüber hinaus ist festzuhalten, dass das Gesetzlichkeitsprinzip auch unabhängig von Art. 25 GG nicht nur zum nationalen *ordre-public* gehört, sondern auch zum internationalen (Art. 15 IPbürgR) und – im weiteren Sinne – europäischen *ordre-public*. Einschlägig sind insofern die völkerrechtliche Norm des Art. 7 EMRK sowie die europarechtliche Norm des Art. 49 Abs. 1, Abs. 2 EU-Grundrechtcharta.

aa) Rückwirkungsverbot bezüglich des dem Auslieferungersuchen zu Grunde liegenden Straftatbestands (Art. 103 Abs. 2 GG)⁵⁰

Rückwirkungsverbot vom Bundesverfassungsgericht anerkannt

Insbesondere das Rückwirkungsverbot gehört sowohl zum internationalen, als auch zum europäischen und deutschen *ordre-public*,⁵¹ mit der von der h.M. vertretenen Einschränkung, dass ein Verhalten ausreicht, das zum Tatzeitpunkt nach den allgemeinen, von der Gesamtheit der Nationen anerkannten Grundsätzen strafbar war. Eine Berufung auf menschenrechtswidrige Rechtfertigungsgründe scheidet aus.⁵²

Auch aus einem Beschluss des BVerfG vom 5. November 2003⁵³ ergibt sich entgegen dem ersten Anschein die Geltung des (richtig verstandenen) Rückwirkungsverbots als Auslieferungshindernis. Das BVerfG führte insofern zwar aus, dass die mit der Verfassungsbeschwerde erhobene Rüge keinen Erfolg habe, das grundrechtsgleiche Recht auf Einhaltung des Rückwirkungsverbots nach Art. 103 Abs. 2 GG sei verletzt, weil sich die Vorwürfe im Auslieferungsverfahren auf Taten bezögen, die zum Zeitpunkt der Tatbegehung *nach deutschem Recht* nicht strafbar gewesen seien. Eine Verletzung von Art. 103 Abs. 2 GG scheidet hier aus der Sicht des BVerfG jedoch offenbar nur deshalb aus, weil die gerügte angebliche Rückwirkung nicht zu einer rückwirkenden Bestrafung führte, sondern nur die Auslieferungsvoraussetzung der beiderseitigen Strafbarkeit betraf und daher vom Schutzzweck des Art. 103 Abs. 2 GG nicht erfasst war.⁵⁴ Selbst wenn Art. 103 Abs. 2 GG hiervon betroffen wäre, wäre diese Vorschrift fallbezogen nicht erkennbar verletzt gewesen, weil in den Tatvor-

⁴³ OLG Düsseldorf NJW 1994, 1485.

⁴⁴ BT-Drucks. 9/1338, S. 93.

⁴⁵ Grützner/Pötz/Kreß/Vogel, IRG, § 73 Rn. 22.

⁴⁶ BT-Drucks. 9/1338, S. 27; Grützner/Pötz/Kreß/Vogel, IRG, § 73 Rn. 23.

⁴⁷ Grützner/Pötz/Kreß/Vogel, IRG, § 73 Rn. 60 m.w.N.

⁴⁸ Grützner/Pötz/Kreß/Vogel, IRG, § 73 Rn. 60.

⁴⁹ Grützner/Pötz/Kreß/Vogel, IRG, § 73 Rn. 60, auch für common law-Straftatbestände.

⁵⁰ Vgl. einführend zum Rückwirkungsverbot: Roxin, Strafrecht AT I, 4. Aufl. 2006, § 5 Rn. 51 ff.

⁵¹ Schomburg/Lagodny/Gless/Hackner/Lagodny, IRG, § 73 Rn. 65; Grützner/Pötz/Kreß/Vogel, IRG, § 73 Rn. 60; nicht entschieden in BGHSt 14, 175, 178; 30, 55, 61.

⁵² BGHSt 41, 101, 105 ff., Werle, ZStW 109 (1997) 808, 826; Werle, NJW 2001, 3001, 3002.

⁵³ BVerfG NJW 2004, 141 ff.

⁵⁴ BVerfG NJW 2004, 141, 146 f.

wurf laut dem BVerfG auch Handlungen einbezogen waren, die nach dem In-Kraft-Treten des einschlägigen *deutschen Strafgesetzes* vorgenommen worden waren. Dass das *ausländische Strafgesetz* des ersuchenden Staates nach dem Rechtshilfeersuchen rückwirkende Anwendung finden sollte, stand ausweislich des Beschlusses des BVerfG nicht im Raum. Eine Entscheidung der Frage, „inwieweit“ sich eine Person im Auslieferungsverfahren auf eine Verletzung von Art. 103 Abs. 2 GG berufen könne, wollte und musste das BVerfG vor diesem Hintergrund fallbezogen nicht treffen.⁵⁵ Der Umstand, dass das BVerfG zudem in der zitierten Entscheidung nicht aussprach, dass es infrage stehe, „ob“ sich der Verfolgte im Auslieferungsverfahren auf Art. 103 Abs. 2 GG berufen kann, sondern lediglich „inwieweit“ dies der Fall ist, zeigt, dass das BVerfG grundsätzlich von der Anwendbarkeit des Art. 103 Abs. 2 GG im Auslieferungsverfahren ausgeht.⁵⁶ Dies kann nur so interpretiert werden, dass das BVerfG zumindest für erforderlich hält, dass das Verhalten, das zum Gegenstand eines Rechtshilfeersuchens, insbesondere Auslieferungersuchens, gemacht wird, jedenfalls *im ersuchenden Staat* bzw. *nach dem Recht des ersuchenden Staates* zum Zeitpunkt der Tat mit Strafe bedroht gewesen sein muss.

bb) Bestimmtheitsgebot bezüglich des dem Auslieferungersuchen zu Grunde liegenden Straftatbestands (Art. 103 Abs. 2 GG; Art. 7 EMRK)

Der Bestimmtheitsgrundsatz des Art. 103 Abs. 2 GG dürfte als Ausprägung des Gesetzlichkeitsprinzips einen wesentlichen Kern verfassungsrechtlicher Grundrechtsgewährleistung in strafrechtlichen Angelegenheiten darstellen und von der *ordre-public*-Gewährleistung erfasst sein.⁵⁷ Diese Vorschrift richtet das Erfordernis der Bestimmtheit somit auch an die rechtshilfegegenständlichen Straftatbestände des ersuchenden Staates.⁵⁸ Es ist wohl auch in der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte grundsätzlich anerkannt, dass der Straftatbestand bzw. die Straftatbestände des ersuchenden Staates hinreichend bestimmt im Sinne des Art. 103 Abs. 2 GG sein müssen, um die Auslieferung bzw. die sonstige Rechtshilfeleistung zu ermöglichen.⁵⁹ Für die Interpretation der unter dem Gesichtspunkt der beidseitigen Strafbarkeit (§ 3 IRG) zu prüfenden, in Betracht kommenden deutschen Straftatbestände – auf die es hier nicht ankommt – gilt das Bestimmtheitsgebot ohnehin unmittelbar, d.h. es genügt nur eine Strafbarkeit nach deutschem Recht in den Grenzen der erforderlichen tatbestandlichen Bestimmtheit.

(1) Anforderungen des Bestimmtheitsgebots gem. Art. 103 Abs. 2 GG

Art. 103 Abs. 2 GG als Maßstab

Nach der ständigen Rspr. des BVerfG enthält Art. 103 Abs. 2 GG für den deutschen Gesetzgeber in seiner Funktion als Bestimmtheitsgebot die Verpflichtung, wesentliche Fragen der Strafwürdigkeit oder Straffreiheit im demokratisch-parlamentarischen Willensbildungsprozess zu klären und die Voraussetzungen der Strafbarkeit so konkret zu umschreiben, dass Tragweite und Anwendungsbereich der Straftatbestände zu erkennen sind und sich durch Auslegung ermitteln lassen.⁶⁰ Deshalb muss selbst im Hinblick auf die eingeschränkte *ordre-public*-Formel des BVerfG der Wesenskern dieser Anforderungen auch bei der Prüfung der Zulässigkeit der Auslieferung durch den Gesetzgeber des ersuchenden Staates gewahrt werden. Hierzu gehört im Zweifel – wegen abweichender Staatsformen oder unterschiedlichen Ausprägungen der Gewaltenteilung – nicht das Erfordernis eines Parlamentsgesetzes. Im Hinblick auf die verbreiteten, aus jahrhundertalten richterlichem *case law* erwachsenen *common law*-Straftatbestände des angelsächsischen Rechtskreises kann man auch für parlamentarische Regime nicht davon ausgehen, dass das BVerfG fordern würde, dass der ausländische *Gesetzgeber* alle wesentlichen Entscheidungen *selbst* getroffen haben müsste.⁶¹ Letzteres müsste jedoch m.E. für „statute law“ des angelsächsischen Rechtskreises sowie für der kontinentaleuropäischen vergleichbare Rechtsordnungen gelten, dem diese Bestimmtheitsvermutung nicht zu Gute kommen kann.

⁵⁵ BVerfG NJW 2004, 141, 146 f.

⁵⁶ So bereits OLG Karlsruhe MDR 1985, 787.

⁵⁷ Vgl. zur Gesetzlichkeit und internationalen Geltung des Gesetzlichkeitsprinzips: *Roxin*, Strafrecht AT I, 4. Auflage 2006, § 5 Rn. 12ff.

⁵⁸ Grützner/Pötz/Kreß/Vogel, IRG, § 73 Rn. 31, 60.

⁵⁹ OLG Koblenz GA 1987, 231 mit der Annahme der Bestimmtheit des Art. 416 des *Codice Penale*, d.h. des ital. Strafgesetzbuchs (Mitgliedschaft in einer mafiosen Vereinigung); Schomburg/Lagodny/Gless/Hackner/Lagodny, IRG, § 73 Rn. 64.

⁶⁰ Vgl. BVerfGE 75, 329, 340 f.

⁶¹ Vgl. BVerfGE 101, 1, 34; 108, 282, 312.

Der ersuchende Staat muss in entsprechender Anwendung des Art. 103 Abs. 2 GG zu inländischen Strafgesetzen die auslieferungsgegenständlichen Strafgesetze so genau gefasst haben, wie dies nach der Eigenart der zu ordnenden Lebenssachverhalte mit Rücksicht auf den Normzweck möglich ist (Grundsatz der Normenklarheit).⁶² Dies ergibt sich aus dem auch im Auslieferungsverfahren unabdingbaren Wesenskern des Bestimmtheitsgrundsatzes, der auch durch ausländische Normgeber zu erfüllen ist und erfüllt werden kann, denn für den besonders grundrechtssensiblen Bereich des materiellen Strafrechts gilt diese verfassungsrechtliche Vorgabe laut dem BVerfG besonders strikt.⁶³ Das Bestimmtheitsgebot verlangt daher m.E. auch bzgl. des der Auslieferung zu Grunde liegenden ausländischen Strafgesetzes, dass der Wortlaut der Strafnorm so klar gefasst ist, dass die Normadressaten im Regelfall bereits anhand des Wortlauts der gesetzlichen Vorschrift – oder anhand der Formulierung der Leitsätze im Rahmen von „case law“ – voraussehen können, ob ein Verhalten strafbar ist oder nicht.⁶⁴ Verfassungsrechtliche Bedenken, die die Weite eines Tatbestands(-merkmals) bei isolierter Betrachtung auslösen müsste, können nur durch weitgehende Einigkeit über einen engeren Bedeutungsinhalt, insbesondere durch eine *gefestigte höchstrichterliche Rechtsprechung*, entkräftet werden.⁶⁵

Gebot der Präzisierung durch die Rechtsprechung um Bestimmtheit zu erfüllen.

Da Art. 103 Abs. 2 GG zudem Vorgaben für die Handhabung weit gefasster Tatbestände und Tatbestandselemente enthält, muss dies im Rechtshilfeverkehr Berücksichtigung finden. Dem Bestimmtheitsgrundsatz stünde m.E. daher entgegen, wenn die Gerichte des ersuchenden Staates durch eine fernliegende Interpretation oder ein Normverständnis, das keine klaren Konturen mehr erkennen lässt, dazu beitragen, etwa bestehende Unsicherheiten über den Anwendungsbereich einer Norm zu erhöhen, und sich damit vom Ziel des Bestimmtheitsgrundsatzes entfernen.⁶⁶ Zu prüfen wäre in Anlehnung an die neuere Rspr. des BVerfG zu §§ 263, 266 StGB im Rahmen des rechtshilferechtlichen Zulässigkeitsverfahrens auch, ob die Rechtsprechung des ersuchenden Staates, verbleibende Unklarheiten über den Anwendungsbereich einer Norm durch Präzisierung und Konkretisierung im Wege der Auslegung nach Möglichkeit ausgeräumt hat und damit dem vom BVerfG aufgestellten Präzisierungsgebot⁶⁷ nachkommt. Besondere Bedeutung hat diese Pflicht laut dem BVerfG bei solchen Tatbeständen, die der Gesetzgeber im Rahmen des Zulässigen durch Verwendung von Generalklauseln verhältnismäßig weit und unscharf gefasst hat.⁶⁸ Gerade in Fallkonstellationen, in denen der Normadressat nach dem gesetzlichen Tatbestand nur die bloße Möglichkeit einer Bestrafung erkennen kann und in denen sich erst auf Grund einer gefestigten Rechtsprechung eine zuverlässige Grundlage für die Auslegung und Anwendung der Norm gewinnen lässt,⁶⁹ trifft die Rechtsprechung eine besondere Verpflichtung, an der Erkennbarkeit der Voraussetzungen der Strafbarkeit mitzuwirken. Sie kann sich auch in über die allgemeinen Grundsätze des Vertrauensschutzes hinausgehenden Anforderungen an die Ausgestaltung von Rechtsprechungsänderungen niederschlagen.⁷⁰

Gesteigerte Anforderungen zu Bestimmtheitsgrundsatz

Diese Vorgaben des BVerfG sind m. E. entsprechend auch auf die Rechtsprechung des ersuchenden Staates betreffend wenig bestimmter ausländischer Straftatbestände anzuwenden. Diese ausländischen Strafgesetze sind daher im Rechtshilfeverfahren ggf. auf entsprechende Konkretisierungsbemühungen der Gerichte des ersuchenden Staates zu überprüfen. Der volle Gewährleistungsinhalt, insbesondere auch die Präzisierungs- und Konkretisierungspflicht der Gerichte im Rahmen der Auslegung⁷¹, ist unabdingbarer Wesensgehalt des verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebotes und ist somit vom deutschen *ordre-public* umfasst. Daher ist es mit dem deutschen *ordre-public* nicht vereinbar, durch die Auslieferung oder sonstige Rechtshilfeleistung an der Bestrafung von Personen mitzuwirken, die die strafrechtliche Relevanz ihres Handelns aufgrund der Unbestimmtheit der Strafgesetze des ersuchenden Staates und einer mangelnden Präzisierung durch die Rechtsprechung nicht vorhersehen konnten.

⁶² Vgl. BVerfGE 93, 213, 238.

⁶³ BVerfGE 126, 170 ff. = BVerfG NSTZ 2010, 626, 627 = NJW 2010, 3209.

⁶⁴ Vgl. BVerfGE 48, 56 f.; 92, 1, 12.

⁶⁵ BVerfGE 26, 41, 43; 87, 209, 226 f.; 92, 1, 18.

⁶⁶ Vgl. BVerfGE 71, 108, 121; 87, 209, 224 ff.; 92, 1, 19.

⁶⁷ Vgl. BVerfGE 126, 170 ff. = BVerfG NSTZ 2010, 626, 627.

⁶⁸ BVerfGE 126, 170 ff. = BVerfG NSTZ 2010, 626, 627.

⁶⁹ Vgl. BVerfGE 26, 41, 43; 45, 363, 371 f.

⁷⁰ Vgl. BVerfGE 74, 129, 155f.; 122, 248, 277 f.

⁷¹ Vgl. BVerfGE 126, 170 ff. = BVerfG NSTZ 2010, 626, 627.

Zudem sollten im Rahmen der Zulässigkeitsprüfung m.E. strengere Anforderungen an die Bestimmtheit gestellt werden, wenn die betroffenen Personen keine Staatsbürger des ersuchenden Staates sind und nicht in diesem ansässig waren, da ihre faktische Möglichkeit, ein strafrechtliches Risiko nach den Gesetzen des ersuchenden Staates vorherzusehen, erheblich geringer ist. Nochmals strengere Anforderungen sollten an die Bestimmtheitsprüfung gestellt werden, wenn das auslieferungsgegenständliche Verhalten im Herkunftsstaat des Verfolgten nicht strafbar ist, denn dies verringert regelmäßig dessen Möglichkeit, die Strafbarkeit nach dem Recht des ersuchenden Staates zu erkennen, exponentiell.⁷² Es ist nämlich daran zu erinnern, dass das BVerfG (im Hinblick auf Art. 16 Abs. 2 GG) von einer besonderen Verbindung der Bürger zu der von ihnen getragenen freiheitlichen Rechtsordnung ausgeht. Deshalb entspreche es der Beziehung des Bürgers zu einem freiheitlichen demokratischen Gemeinwesen, dass der Bürger von dieser Vereinigung grundsätzlich nicht ausgeschlossen werden kann.⁷³ Das Auslieferungsverbot gem. Art. 16 Abs. 2 S. 1 GG solle die Grundsätze der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes für den von einer Auslieferung betroffenen Deutschen wahren.⁷⁴ Das Vertrauen des Verfolgten in die eigene Rechtsordnung sei von Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG *in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip* dann in besonderer Weise geschützt, wenn die dem Auslieferungsersuchen zu Grunde liegende Handlung einen maßgeblichen Inlandsbezug hat.⁷⁵ Es ist zu erwägen ob dies – unabhängig davon, dass der Wortlaut des Art. 16 Abs. 2 GG eine verfassungsrechtliche Gewährleistung auf deutsche Staatsbürger beschränkt – vor dem Hintergrund des Art. 20 Abs. 3 GG inhaltlich nicht auch für Bürger anderer rechtsstaatlich verfasster Staaten gelten muss, denen die Auslieferung aus Deutschland in einen Drittstaat droht. Im Hinblick auf das Rechtsstaatsprinzip sind deshalb m.E. in solchen Fällen strenge Anforderungen an die Bestimmtheit der einschlägigen Strafvorschriften des ersuchenden (Dritt-)Staates zu richten, insbesondere bei Auslieferungsverfahren, die Straftaten mit – aus der verobjektivierten Sicht des Verfolgten – maßgeblichem Inlandsbezug bzw. Herkunftslandbezug bzw. geringem Bezug zu diesem Drittstaat betreffen.

Verfassungsgerichtliche Überprüfung von Zulässigkeitsentscheidungen der OLGs

Das Bundesverfassungsgericht hat jüngst festgehalten, dass es nicht auf eine Vertretbarkeitskontrolle beschränkt ist, wenn verfassungsrechtlich überprüft wird, ob die Strafgerichte den aus Art. 103 Abs. 2 GG folgenden Vorgaben gerecht geworden sind.⁷⁶ Dieser verfassungsgerichtliche Prüfungsmaßstab sollte auch bei der Kontrolle von Entscheidungen der zuständigen Oberlandesgerichte über die Zulässigkeit von Rechthilfeersuchen zur Anwendung kommen. Der in Art. 103 Abs. 2 GG zum Ausdruck kommende strenge Gesetzesvorbehalt erhöht die verfassungsgerichtliche Kontrolldichte. Diese muss so weit reichen wie die materiellen Bestimmtheitsvorgaben. Sowohl für die Feststellung der Überschreitung der Grenzen des Strafgesetzes als auch für die Konturierung und Präzisierung ihres Inhalts im ersuchenden Staat, die die Entscheidung über die Strafbarkeit betreffen, ist daher bei einer Überprüfung der Zulässigkeitsentscheidung das BVerfG zuständig.⁷⁷ Stützen die Gerichte des ersuchenden Staates insbesondere ihre Auslegung und Anwendung der Strafnorm auf ein gefestigtes Verständnis eines Tatbestandsmerkmals oder der Norm insgesamt, sollte das BVerfG auch hier das Bestehen eines solchen gefestigten Verständnisses in vollem Umfang nachprüfen.⁷⁸ Entsprechendes gilt, wenn die Strafbarkeit nach einer weit gefassten Norm mittels gefestigter komplexerer Obersätze eingegrenzt wird, wie sie etwa bei der Bildung von Fallgruppen und auf diese bezogene Spezifizierungen der Anforderungen der Strafnorm anzutreffen sind. Das BVerfG hat insoweit, wie im deutschen Recht, zu prüfen, ob die Gerichte des ersuchenden Staates bei Anwendung und Auslegung der Strafnorm bei den bislang entwickelten, die Norm konkretisierenden Obersätzen geblieben sind, gegebenenfalls ob sie diese im Rahmen der Strafnorm folgerichtig weiterentwickelt und ob sie sie der Würdigung des konkreten Falls zu Grunde gelegt haben.⁷⁹ Diese Prüfungsaufgaben hat das BVerfG im Kern jedenfalls nach Maßgabe der bestehenden Erkenntnismöglichkeiten hinsichtlich der ausländischen Rechtslage auch im Rahmen des Auslieferungsverfahrens wahrzunehmen. Der zum Kernbereich des *ordre-public* gehörende Bestimmtheitsgrundsatz

⁷² Vgl. zu vergleichbaren Grundsätzen im Rahmen der Auslegung des Art. 16 Abs. 2 S. 1 und 2 GG BVerfGE 113, 273 ff. = BVerfG NJW 2005, 2289, 2292 f. (Nichtigkeit des Europäischen Haftbefehlsgesetzes).

⁷³ BVerfGE 113, 273 ff. = BVerfG NJW 2005, 2289, LS 1 (Nichtigkeit des Europäischen Haftbefehlsgesetzes).

⁷⁴ BVerfGE 113, 273 ff. = BVerfG NJW 2005, 2289, LS 3.

⁷⁵ BVerfGE 113, 273 ff. = BVerfG NJW 2005, 2289, LS 4.

⁷⁶ BVerfGE 126, 170 ff. = BVerfG NSTZ 2010, 626, 627.

⁷⁷ BVerfGE 126, 170 ff. = BVerfG NSTZ 2010, 626, 627.

⁷⁸ Vgl. BVerfGE 92, 1, 18.

⁷⁹ BVerfGE 126, 170 ff. = BVerfG NSTZ 2010, 626, 627.

liefe ansonsten leer, obwohl sich die deutsche Staatsgewalt im Auslieferungsverfahren an der Herbeiführung einer Bestrafung nach evtl. unbestimmten ausländischen Rechtssätzen maßgeblich und unter Ausübung hoheitlichen Zwangs beteiligt. Dies erschiene rechtsstaatlich nicht hinnehmbar.

(2) Bestimmtheitsgrundsatz gem. Art. 7 EMRK

Art. 7 EMRK als Maßstab

Auch Art. 7 EMRK⁸⁰ – der als Bestandteil des europäischen und internationalen ordre-public angesehen werden kann – enthält selbständige qualitative Anforderungen an die Bestimmtheit des Strafgesetzes, insbesondere an dessen Zugänglichkeit und Vorhersehbarkeit. Der Betroffene muss danach aus dem Wortlaut der Vorschrift, notfalls mit Hilfe der Auslegung durch die Rechtsprechung, erkennen können, welche Handlungen und Unterlassungen ihn strafrechtlich verantwortlich machen.⁸¹ Eine Klärung strafrechtlicher Vorschriften durch gerichtliche Auslegung von Fall zu Fall ist nicht zulässig, wenn die sich damit ergebende Entwicklung nicht mit dem Kern des Straftatbestands im Einklang steht und vernünftigerweise nicht vorhersehbar ist.⁸² Nur wenn die gefundene Auslegung eine vorhersehbare Entwicklung darstellt, verstößt eine Verurteilung nicht gegen Art. 7 EMRK.⁸³ Wenn es notwendig ist, zum Verständnis des Strafgesetzes Rechtsrat einzuholen, kann dies der Annahme der Bestimmtheit des Strafgesetzes unter Umständen entgegenstehen.⁸⁴ Nötig ist laut dem EGMR zudem, dass die Auslegung eines nicht per se klaren Tatbestands durch die Rechtsprechung der obersten staatlichen Gerichte geklärt worden ist.⁸⁵ Eine bloße Auslegung durch die Instanzgerichte des ersuchenden Staates wird daher nicht ausreichen.

(3) Bestimmtheitsmängel der angelsächsischen "conspiracy"-Tatbestände

Beispielhafte Überprüfung der Bestimmtheit von US-amerikanischen Normen

Gemessen sowohl an dem Maßstab des Art. 103 Abs. 2 GG als auch an dem des Art. 7 EMRK kann insbesondere die im angelsächsischen Rechtsraum in unterschiedlichen Tatbeständen – als selbständige Straftat oder als ergänzende Vorfeldkriminalisierung – verbreitete Rechtsfigur der „Conspiracy“ (Verschwörung bzw. Verabredung zu einer Straftat) Bedenken hervorrufen. Dies gilt insbesondere in Verbindung mit dem Grundsatz der beidseitigen Strafbarkeit, wenn sie sich auf ausländische Tatbestände bezieht, die im deutschen Recht keine oder keine exakte Entsprechung finden. Die Verschwörung („Conspiracy“) ist zum einen ein eigenständiges Delikt im US-Strafrecht und für das US-Bundesrecht in Section 371, Title 18 United States Code (18 USC § 371) geregelt: *„Wenn zwei oder mehr Personen sich verschwören ... eine Straftat gegen die Vereinigten Staaten zu begehen ... und wenigstens eine dieser Personen eine Handlung zur Ausführung der Verschwörung vornimmt, wird jeder mit Geldstrafe oder Freiheitsstrafe von bis zu 5 Jahren oder beidem bestraft.“*⁸⁶

Wortlaut

Als den Anwendungsbereich eines bestimmten Straftatbestands erweiternde „Conspiracy“ im Zusammenhang mit einem Tatbestand des Besonderen Teils des US-Bundesrechts kann sie zum anderen gem. Section 1 des Title 15, United States Code („15 USC § 1“) etwa für den US-Kartellstrafatbestand herangezogen werden. Die Vorschrift stellt Kartelle und sonstige Wettbewerbsbeschränkungen im Handel unter Strafe, auch wenn insofern lediglich eine Verschwörung vorliegt. Danach ist *„Jeder Vertrag, jede Verbindung in der Form eines Kartells oder anderweitig, oder jede Verschwörung⁸⁷ zur Einschränkung des Handels oder Geschäftsverkehrs zwischen den verschiedenen Staaten oder mit ausländischen Nationen ... illegal Jede Person, die einen Vertrag eingeht oder an einer Verbindung oder Verschwörung teilnimmt, die hierdurch als illegal erklärt wird, macht sich einer schweren Straftat... schuldig und soll bei einer Verurteilung aufgrund derselben nach Ermessen des Gerichts mit einer Geldstrafe von nicht mehr als 100 Millionen \$ im Falle eines Unternehmens oder 1 Million \$ im Falle einer anderen Person*

⁸⁰ Art. 7 EMRK („Keine Strafe ohne Gesetz“): *„Niemand darf wegen einer Handlung oder Unterlassung verurteilt werden, die zur Zeit ihrer Begehung nach innerstaatlichem oder internationalem Recht nicht strafbar war. Es darf auch keine schwerere als die zur Zeit der Begehung angedrohte Strafe verhängt werden. Dieser Artikel schließt nicht aus, dass jemand wegen einer Handlung oder Unterlassung verurteilt oder bestraft wird, die zur Zeit ihrer Begehung nach den von den zivilisierten Völkern anerkannten allgemeinen Rechtsgrundsätzen strafbar war.“*

⁸¹ EGMR NJW 2001, 3035; EGMR v. 12.2.2008 - 21906/04 Nr. 152, NJOZ 2010, 1599 – Kafkaris/Zypern.

⁸² EGMR NJW 2001, 3035; EGMR v. 12.7.2007, 74613/01 Nr. 103 ff., NJOZ 2008, 3605 – Jorgic/Deutschland.

⁸³ EGMR v. 22.11.1995, Serie A, Bd. 335, S. 34 ff. – S.W./Vereinigtes Königreich.

⁸⁴ Vgl. EGMR v. 22.10.1996, Slg. 96-V Nr. 35 – Cantoni/Frankreich; EGMR v. 1.2.2000, 32307/96, ÖJZ 2000, 817 – Schimanek/Österreich.

⁸⁵ EGMR NJW 2008, 2322 – Witt/Deutschland.

⁸⁶ *„If two or more persons conspire ... to commit any offense against the United States, ... and one or more of such persons do any act to effect the object of the conspiracy, each shall be fined under this title or imprisoned not more than five years, or both.“*

⁸⁷ „conspiracy“.

oder mit einer Haftstrafe von nicht mehr als zehn Jahren oder mit beiden der besagten Strafen belegt werden.⁸⁸ Bereits der Wortlaut der Vorschrift selbst legt nahe, dass diese im Sinne des GG und der EMRK für ein Strafgesetz zu unbestimmt sein könnte. Der Text lässt nämlich erkennbar die Bestrafung irgendeiner Form der Verbindung – nicht nur eines Kartells oder einer vertraglichen Vereinbarung – mit dem Zweck der Einschränkung des Handels oder des Geschäftsverkehrs – offenkundig unabhängig von diesbezüglichen rechtlichen Regelungen – zu.

US-amerikanische Auslegung

Nach der herkömmlichen Auslegung der US-Strafverfolgungsbehörden⁸⁹ ist 15 USC § 1 – laut Mitteilung des U.S. Department of Justice – anwendbar, wenn die „Verschwörung ... zu der angegebenen Zeit oder ungefähr zu dieser Zeit“ wie angeklagt stattfand und der Betreffende „der Verschwörung wissentlich“ beitrug. Außerdem muss „die Verschwörung ... entweder den US-zwischenstaatlichen und/oder internationalen Handel oder ... innerhalb des US-zwischenstaatlichen und/oder internationalen Handelsflusses“ stattgefunden haben. Eine Verschwörung sei hierbei „... einfach eine Vereinbarung, gegen eine Vorschrift des Strafrechts zu verstoßen... in diesem Fall gegen Titel 15 des US-Bundesgesetzes, Abschnitt 1“. Bereits „die Handlung des Zusammenschlusses und der Vereinbarung mit einer oder mehreren Personen zum ungebührlichen Einschränken des Handels oder Geschäftsverkehrs“ stellt eine Straftat dar. Insbesondere die erforderliche Zielsetzung der – völlig unbestimmten – Tathandlung wird durch diese Auslegung nicht in bestimmterer Weise festgelegt als durch den Gesetzestext. Auch der Begriff der „ungebührlichen“ – nicht etwa: rechtswidrigen – Einschränkung des Handels oder des Geschäftsverkehrs erscheint in rechtsstaatswidriger Weise unbestimmt. Es kommt hinzu, dass außer einem Zusammenschluss bzw. einer bloßen Vereinbarung – mit der entsprechenden Zielsetzung – gar keine konkrete, eigenständige Tathandlung mehr erforderlich ist. Bei der Verschwörung zu einer US-Straftat gem. 15 USC § 1 handelt es sich um ein Organisationsdelikt und zugleich um ein Dauerdelikt, dessen Tathandlung kaum umrissen und dessen Finalität weitgehend unbestimmt ist.

Auch der US-amerikanischen Rechtsordnung sind Zweifel an der Bestimmtheit des Kartellstraftatbestandes gem. 15 USC § 1 – auch unabhängig von der integrierten „Conspiracy“ – Begehungsvariante – nicht fremd. Insbesondere ist hier auf eine jüngere Entscheidung des US-Supreme Court zu verweisen.⁹⁰ Erst in diesem Rahmen führte der US-Supreme Court – nach über 100-jähriger Existenz des Straftatbestands – für 15 USC § 1 das subjektive Erfordernis der Wissentlichkeit ein. Der US-Supreme Court hielt bei dieser Gelegenheit begründend fest, dass der dieser Vorschrift zugrunde liegende Sherman Act anders als die meisten traditionellen gesetzlich bestimmten Straftatbestände nicht in klarer und kategorischer Weise genau das Verhalten beschreiben würde, welches verboten sei. 15 USC § 1 sei bislang nicht primär ausgelegt worden, als handle es sich um ein Strafgesetz. Seine Formulierung könne vielmehr auf eine Art und Weise allgemein und variabel an unterschiedliche Sachverhalte angepasst werden, wie es normalerweise bei verfassungsrechtlichen Vorschriften als wünschenswert angesehen werde.⁹¹ Gerade aus dieser ehrlichen Formulierung des U.S. Supreme Court lässt sich entnehmen, dass die Vorschrift nach den Maßstäben des Art. 103 Abs. 2 GG bzw. des Art. 7 EMRK unbestimmt ist.

Schon der historische US-Gesetzgeber hatte bezüglich der Vorschrift des Kartellverbotes gemäß (dem heutigen) 15 USC § 1 in Kauf genommen, dass die Bedeutungsoffenheit des Gesetzeswortlauts erst durch die Interpretation der Gerichte geklärt werde. Der Initiator des Gesetzes, Senator John Sherman, hat im Rahmen der Gesetzgebungsarbeiten zum späteren Sherman Antitrust Act von 1890 zugeben müssen, dass es schwierig sei, mit Hilfe des Gesetzestextes die Grenze zwischen rechtmäßigen und unrechtmäßigen Vereinbarungen und Vereinigungen zu definieren. Vor einer näheren Bestimmung der Voraussetzungen der

⁸⁸ „Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal. Every person who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy hereby declared to be illegal shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$100,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$1,000,000, or by imprisonment not exceeding 10 years, or by both said punishments, in the discretion of the court.“

⁸⁹ Ausweislich eines Auslieferungsersuchens der USA, welches bei dem OLG Frankfurt am Main unter dem Az. 2 AusLA 104/13 anhängig ist, Auslieferungsersuchen vom 7.8.2013. Die Rechtsausführungen sind zitiert nach der nichtamtlichen Übersetzung des Affidavits des zuständigen US-Bundesanwalts vom 25.7.2013.

⁹⁰ United States v. U.S. Gypsum Co., 438 U.S. 422 ff. (1994).

⁹¹ United States v. U.S. Gypsum Co., 438 U.S. 422 ff. (1994): „The Sherman Act, unlike most traditional criminal statutes, does not, in clear and categorical terms, precisely identify the conduct, which it proscribes... Simply put the Act has not been interpreted as if it were primarily a criminal statute; it has been construed to have a generality and adaptability comparable to that found to be desirable in constitutional provisions.“

Maßstab des Art. 103
Abs. 2 GG

Straftatbestände des Sherman Act durch die gerichtliche Auslegungspraxis dürfe die Vorschrift nicht als Strafgesetz angewandt werden. Es sei – laut Senator *Sherman* – nämlich unmöglich, in einer für eine strafrechtliche Anklage hinreichend präziser Sprache zu beschreiben, was Natur und Grenzen des strafrechtlich relevanten Verhaltens seien. Diese Sichtweise des Initiators erscheint aus kontinentaleuropäischer Sicht paradox, da die Vorschrift von Beginn an als Verbotsvorschrift und als Strafvorschrift ausgestaltet war. In der US-Fachliteratur wird das erforderliche tatbestandliche Verhalten auch heute noch als „nebulös“ bezeichnet.⁹²

Offenkundig entspricht es nicht den Vorgaben des Art. 103 Abs. 2 GG, dass eine Strafvorschrift überhaupt und insgesamt erst durch die Auslegungs- und Anwendungspraxis der Strafgerichte das verfassungsrechtlich für strafrechtliche Vorschriften notwendige Maß an Bestimmtheit erlangt. Genau dies war aber hier offenbar die Konzeption des US-Gesetzgebers, wobei erschwerend hinzu kommt, dass diese Präzisionsarbeiten der höchstrichterlichen US-Rechtsprechung offenbar bis in die jüngste Zeit andauerten und somit nicht sichergestellt ist, dass die historischen Bestimmtheitsmängel als behoben angesehen werden können. Es kommt hinzu, dass bezüglich des Verstoßes gegen 15 USC § 1 die zuständige US-Strafverfolgungsbehörde – hier das US-Justizministerium – grundsätzlich die durch das Strafgesetz selbst nicht vorgegebene Wahl hat, ob es wegen des Verstoßes nur ein Zivilverfahren oder aber ein Strafverfahren einleitet.⁹³ Mit anderen Worten ist dem Tatbestand an sich eine klare Einordnung als das eine oder andere fremd, er ist beides. Auch dies steht wohl im Widerspruch zu kontinentaleuropäischen rechtsstaatlichen Vorstellungen tatbestandsmäßiger Bestimmtheit. Man stelle sich beispielhaft vor, § 298 StGB würde alternativ nach dem – u.U. durch Weisungen gebundenen – Ermessen der deutschen Strafverfolgungsbehörden – eine rein zivilrechtliche Schadensersatzpflicht bzw. zivilrechtlich ausgestaltete Unternehmensgeldbuße oder aber eine Strafbarkeit mit einer Geld- oder Freiheitsstrafe als möglicher Kriminalstrafe vorsehen. Soweit man dem entgegenhalten möchte, dass die Strafverfolgungsbehörden in Deutschland etwa die Möglichkeit haben, einen strafrechtlich relevanten Sachverhalt auf den Privatklageweg zu verweisen wird dabei zum einen verkannt, dass dies nichts an der eindeutig strafrechtlichen Relevanz des Handelns ändert, und dieses auch strafrechtlich zu sanktionieren bleibt, sofern erfolgreich Privatklage erhoben wird. In den USA bestimmen die Anklagebehörden, ob dieselbe Strafnorm fallbezogen als solche oder als zivilrechtliche Haftungsnorm anzuwenden ist. Das ist etwas kategorial anderes, da der Rechtscharakter der Haftung nicht festgelegt, sondern in das Belieben der Anklagebehörde gestellt ist. Es kommt hinzu, dass Privatklagedelikte in Deutschland sicher nicht mit bis zu 10 Jahren Freiheitsstrafe bestraft werden.

Der Gesetzgeber ist zudem gehalten, ein Gesetz nach Möglichkeit so genau zu formulieren, dass sich für den Bürger die Grenze des straffreien Raums schon eindeutig aus dem Gesetzestext,⁹⁴ jedenfalls durch Auslegung ermitteln lässt.⁹⁵ Relativ unbestimmte, wertausfüllungsbedürftige Begriffe in Gesetzen sind lediglich dann verfassungsrechtlich unbedenklich, wenn die Norm dennoch eine zuverlässige Grundlage für ihre Auslegung und Anwendung bietet.⁹⁶ Aus der Auslegungspraxis der US-Gerichte – die erst nach über 100 Jahren ein nicht explizit vorgesehenes subjektives Erfordernis einführte – und den Äußerungen des historischen Gesetzgebers der US-Norm – die von einer Unbestimmtheit des Wortlauts im strafrechtlichen Sinn ausgehen – ergibt sich, dass diese Erfordernisse des Art. 103 Abs. 2 GG nicht erfüllt sind. Eine hinreichende Bestimmtheit des 15 USC § 1 kann auch nicht darin erblickt werden, dass die fortdauernde Evolution der Auslegung der Strafvorschrift umgedeutet wird, in eine aufgrund einer *gefestigten* Rechtsprechung zuverlässige Grundlage für die Auslegung der Norm.⁹⁷ Nötig ist nämlich „eine auf langjähriger Tradition beruhende einheitliche und klare richterrechtliche Umschreibung“ des Tatbestands.⁹⁸

⁹² Zum Vorstehenden insgesamt: *Grannon/Kownacki, Are Antitrust Violations Crimes Involving Moral Turpitude?*, *The Champion*, April 2012, S. 40, 43.

⁹³ *Grannon/Kownacki, Are Antitrust Violations Crimes Involving Moral Turpitude?*, *The Champion*, April 2012, S. 40, 43 m.N. zur US-Rspr.

⁹⁴ Vgl. BVerfGE 109, 133, 172 = NJW 2004, 739.

⁹⁵ Vgl. BVerfGE 92, 1, 12 = NJW 1995, 1141; BVerfGE 126, 170, 196 = NJW 2010, 3209 ff.

⁹⁶ BVerfG NJW 2003, 1030 m.w.N. aus der Rspr.

⁹⁷ Vgl. BVerfGE 45, 363, 371 f. = NJW 1977, 1815.

⁹⁸ Vgl. BVerfG NJW 2003, 1030; ähnlich BVerfG NJW 1992, 223, 223 f.

Vor allem aber dehnt die Rspr. des BVerfG das Bestimmtheitsgebot des Art 103 Abs. 2 GG auf die Auslegung durch die Gerichte aus.⁹⁹ Die Auslegung von Strafgesetzen ist nicht hinreichend bestimmt, wenn die Auslegung von Tatbestandsmerkmalen in einer Weise erfolgt, die „keine hinreichend bestimmten Konturen mehr erkennen lässt“¹⁰⁰. Vor diesem Hintergrund sind insbesondere auch die Ausführungen zur Anwendungspraxis der US-Strafverfolgungsbehörden zu berücksichtigen. Bereits aus diesen Ausführungen ergibt sich, dass die erforderliche Konkretisierung der unbestimmten Strafvorschrift gem. 15 USC § 1 gerade durch die US-Strafverfolgungsbehörden und die US-Strafgerichte nur unzureichend vorgenommen wurde. Entsprechendes gilt gemessen an den Maßstäben des Art. 7 EMRK.

Nach diesseitiger – sicherlich kontroverser und der Rspr. der Oberlandesgerichte¹⁰¹ wohl widersprechender – aber zutreffender Ansicht stehen daher Vorwürfe gem. 15 USC § 1, nicht nur, aber insbesondere in Form der „Conspiracy“, sowie vergleichbar unbestimmte „Conspiracy“-Vorwürfe einer deutschen Rechtshilfeleistung entgegen.

c) Rechtsgüterschutz und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

Hohe Anforderungen zu Unverhältnismäßigkeit einer ausländischen Strafnorm

Das Prinzip des Rechtsgüterschutzes kann als Bestandteil des deutschen *ordre-public* angesehen werden.¹⁰² Im internationalen Zusammenhang ist es nur im Rahmen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes anerkannt, wonach Strafbarkeit und Strafandrohung gegenüber der Straftat nicht unverhältnismäßig sein dürfen (vgl. Art. 49 Abs. 2 EU-Grundrechtscharta).¹⁰³ In der Praxis der deutschen Rspr. spielt dies jedoch eine geringe Rolle. Deutlich höhere Strafandrohungen im ersuchenden Staat als nach deutschem Recht führen regelmäßig nicht zur Unzulässigkeit der Auslieferung. Ausnahmen können gelten, wenn Bagatellunrecht wie verbotswidriges Parken, Rauchen, Wegwerfen von ungefährlichen Abfällen im ersuchenden Staat unter Strafe gestellt werden.¹⁰⁴ Die Strafandrohung muss aber für einen Verhältnismäßigkeitsverstoß nach herrschender Rspr. unter Berücksichtigung des Einzelfalls unerträglich hart und unter jedem Gesichtspunkt unangemessen sein.¹⁰⁵ Dies wurde in der Rspr. für die Androhung lebenslanger Freiheitsstrafe bei einem Betrug mit einer Schadenssumme von über 2 Mio. EUR verneint.¹⁰⁶ Eine Freiheitsstrafe von mindestens 8 Jahren für ein kleineres Zollvergehen wurde hingegen als nicht hinnehmbar angesehen.¹⁰⁷ Unmenschliche und erniedrigende Strafen, die nach dem internationalen *ordre-public* verboten sind (etwa Verstümmelungen oder Prügel),¹⁰⁸ spielen im Bereich des Wirtschaftsstrafrechts im Hinblick auf die Art der Strafe regelmäßig keine große Rolle. Jedoch kann eine lebenslange Freiheitsstrafe – für eine schwere Straftat – ohne die Möglichkeit der Strafrestaussetzung zur Bewährung jedenfalls nach herrschender Rspr. nur dann gegen den *ordre-public* verstoßen, wenn der Verurteilte keine praktische Chance auf Wiedererlangung der Freiheit – etwa im Begnadigungsweg nach langer Strafverbüßung, im hohen Alter, bei Reue und bei wegfallender Gefährlichkeit – habe.¹⁰⁹ Richtigerweise ist mit Stimmen in der Lit. demgegenüber davon auszugehen, dass die Möglichkeit der Beendigung der Verbüßung – sei es auch im Gnadenwege oder als Aussetzung der Vollstreckung – nach ca. 20-25 Jahren effektiv überprüft werden muss, damit eine Verhältnismäßigkeit bejaht werden kann.¹¹⁰ Unverständlich ist auch die h.M., wonach die Auslieferung für Straftaten nach ausländischem Recht auch dann nicht unverhältnismäßig im Sinne des Art. 20 Abs. 3 GG ist, wenn das Verhalten nach deutschem Recht nur ordnungswidrig ist.¹¹¹ Indessen ist im Hinblick auf moralnahes und moralisierendes Familien- und Sexualstrafrecht (bzgl. Ehebruch, Homosexualität unter Erwachsenen) kein internationaler Konsens und daher nach h.M. kein gemeinsamer *ordre-public* feststellbar.¹¹²

⁹⁹ BVerfGE 71, 108, 114 ff. = NJW 1986, 1671; BVerfGE 87, 209, 229 = NJW 1993, 1457; BVerfGE 126, 170, 197 f. = NJW 2011, 3209; BVerfGE 130, 1, 43 = NJW 2012, 907, 915.

¹⁰⁰ BVerfGE 87, 209, 229 = NJW 1993, 1457; BVerfGE 126, 170, 198 = NJW 2010, 3209 ff.

¹⁰¹ Vgl. etwa OLG Karlsruhe, Beschluss vom 8.1.2013 - 1 AK 29/12, BeckRS 2013, 00656.

¹⁰² Vgl. zur grundlegenden Bedeutung des Rechtsgüterschutzprinzips für das deutsche Strafrecht: Roxin, Strafrecht AT I, 4. Aufl. 2006, § 2 Rn. 1 ff.

¹⁰³ Grütznert/Pötz/Kreß/Vogel, IRG, § 73 Rn. 62.

¹⁰⁴ Grütznert/Pötz/Kreß/Vogel, IRG, § 73 Rn. 96.

¹⁰⁵ BVerfGE 75, 1, 16 f.; 108, 129, 137; 113, 154, 162; BGH NStZ 1993, 547.

¹⁰⁶ BVerfG JZ 2004, 141, 143.

¹⁰⁷ OLG Hamm StV 2001, 239.

¹⁰⁸ Grütznert/Pötz/Kreß/Vogel, IRG, § 73 Rn. 96.

¹⁰⁹ BVerfGE 113, 154 = NJW 2005, 3483 = NStZ 2006, 104; vgl. auch BVerfG NJW 1994, 2884.

¹¹⁰ Schomburg/Lagodny/Gless/Hackner/Lagodny, IRG, § 73 Rn. 60a; Grütznert/Pötz/Kreß/Vogel, IRG, § 73 Rn. 97.

¹¹¹ Vgl. dazu Grütznert/Pötz/Kreß/Vogel, IRG, § 73 Rn. 62.

¹¹² Grütznert/Pötz/Kreß/Vogel, IRG, § 73 Rn. 62.

dd) Schuldgrundsatz

Nach h.M. gehört das materiell-strafrechtliche Schuldprinzip – in Deutschland verfassungsrechtlich garantiert gem. Art. 1 Abs. 1, 3 Abs. 1, 20 Abs. 3 GG¹¹³ – zum nationalen und internationalen *ordre-public*.¹¹⁴ Zum Gewährleistungsumfang gehört, dass die strafrechtliche Verantwortung personaler Natur ist und grundsätzlich ein subjektives Element voraussetzt, wobei jedoch eine teilweise objektive (strikte) Verantwortlichkeit nicht grundsätzlich gegen den *ordre-public* verstoßen soll.¹¹⁵ Zumindest letzteres verdient es, kritisch hinterfragt zu werden, da auch Staaten mit einer Tradition objektiver strafrechtlicher Verantwortung zunehmend davon abkommen, diese ungemindert durchzusetzen. Auch ein unvermeidbarer Verbotsirrtum im Sinne des § 17 StGB muss nach h.M. nicht zwingend als Entschuldigungsgrund anerkannt werden.¹¹⁶ Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von juristischen Personen und Personenvereinigungen ist international weitgehend anerkannt und verstoße nach einem möglicherweise überinterpretierten Judikat des BVerfG auch nicht gegen die Verfassung.¹¹⁷ Deshalb stehe eine solche Zielrichtung der Rechtshilfeleistung – das heißt eine Verwendung der Rechtshilfeleistung in einem unternehmensbezogenen Strafverfahren – nach h.M. bei Wahrung des auf die Unternehmensführung zu beziehenden Schuldgrundsatzes nicht entgegen.¹¹⁸

c) Maßstäbe im Hinblick auf das Strafverfahrensrecht, die Zuständigkeit und die Gerichtsorganisation**aa) Allgemeines**

In erheblichem Umfang existiert Rechtsprechung und Literatur zu verfahrensrechtlichen Anforderungen des internationalen, europäischen und deutschen *ordre-public* an ausländische Strafverfahrensrechte. Zum einen sind diese nationalen Strafprozessordnungen in besonders signifikanter Weise unterschiedlich. Zum anderen enthalten internationale und europäische Verträge in bedeutendem Umfang spezifische Garantien für Strafverfahren, die zu einer entsprechenden Rechtsprechung auf deutscher und europäischer Ebene geführt haben.¹¹⁹ Dies gilt besonders im Zuständigkeitsbereich des EGMR mit seiner Rspr. zu den Artikeln 3, 5 und 6 EMRK.¹²⁰ Im Wesentlichen betreffen verfahrensrechtliche und gerichtsorganisationsrechtliche Verstöße gegen den *ordre-public* zwar das Recht des ersuchenden Staates. Ein derartiger Verstoß kann jedoch auch dann vorliegen, wenn in Deutschland Verfahrens- oder Zuständigkeitsnormen nicht eingehalten wurden, die zum deutschen und europäischen *ordre-public* zu rechnen sind. Insbesondere ist daran zu denken, dass im Rechtshilfeverfahren, insbesondere im Auslieferungsverfahren, entgegen den europarechtlichen Zuständigkeitsvorschriften keine Vorlage an den Europäische Gerichtshof erfolgte und dadurch (unmittelbar) das Recht auf den gesetzlichen Richter gem. Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG verletzt wird (s.u.).

Folterverbot

Hinsichtlich des ausländischen Verfahrensrechts ist nach h.M. keine Überprüfung auf einfach-rechtliche Verfahrensfehler hin oder auf Übereinstimmung mit Verfahrensgrundsätzen des deutschen Rechts möglich.¹²¹ Unstrittig gehört das Verbot der Folter und sonstiger grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Bestrafung oder Behandlung (Art. 7 IP-bürger; Art. 3 EMRK; Art. 1 Abs. 1, 20 Abs. 3, 25, 104 Abs. 1 S. 2 GG und § 136a StPO) zum deutschen, europäischen und internationalen *ordre-public*.¹²² Das Verbot der Folter stellt ein zwingendes, nicht abdingbares, Rechtshilfehindernis dar, soweit begründete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der Verfolgte im ersuchenden Staat real Gefahr läuft, gefoltert zu werden,¹²³ oder außergerichtliche Tötungen, irreguläre, lang dauernde Haft bzw. ein

¹¹³ BVerfGE 123, 267, 413 = NJW 2009, 2267; vgl. bereits BVerfGE 45, 187, 259 f. und zuletzt BVerfGE 130, 1, 26 = NJW 2012, 907; BVerfG NJW 2013, 1058, 1059.

¹¹⁴ Vogel, GA 1998, 127, 141 f.; Grützner/Pötz/Kreß/Vogel, IRG, § 73 Rn. 63.

¹¹⁵ Vogel, GA 1998, 127, 141 f.

¹¹⁶ Grützner/Pötz/Kreß/Vogel, IRG, § 73 Rn. 63.

¹¹⁷ BVerfGE 20, 323, 335 = BVerfG NJW 1967, 195, 197.

¹¹⁸ Grützner/Pötz/Kreß/Vogel, IRG, § 73 Rn. 66 m.w.N.

¹¹⁹ Grützner/Pötz/Kreß/Vogel, IRG, § 73 Rn. 67.

¹²⁰ Umfassend hierzu: Esser, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht, 2002.

¹²¹ Grützner/Pötz/Kreß/Vogel, IRG, § 73 Rn. 68 m.N. zur Rechtsprechung.

¹²² Vgl. Jerouschek/Köbel, JZ 2003, 613.

¹²³ BVerfG NStZ 2001, 100; OLG Koblenz StV 2002, 87; KG StV 1996, 103; OLG Karlsruhe StV 2004, 442; Schomburg/Lagodny/Gless/Hackner/Lagodny, IRG, § 73 Rn. 90; Grützner/Pötz/Kreß/Vogel, IRG, § 73 Rn. 70.

„Verschwindenlassen“ (vgl. § 7 Abs. 1 Nr. 7 VStGB) im Raum steht.¹²⁴ All dies spielt jedoch in wirtschaftsstrafrechtlich geprägten Rechtshilfe- und Auslieferungsverfahren zumeist keine wesentliche Rolle.

bb) Faires Verfahren (Art. 2 Abs. 1, 20 Abs. 3 GG; Art. 14 Abs. 1 IPbürgR; Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK)

Das Gebot eines fairen, rechtsstaatlichen Verfahrens gehört in seinem Kernbereich zum internationalen und europäischen *ordre-public* (Art. 14 Abs. 1 IPbürgR; Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK), nach der neueren Rechtsprechung des BVerfG¹²⁵ aber auch zum unverzichtbaren Bestand der verfassungsmäßigen Ordnung (Art. 2 Abs. 1, 20 Abs. 3 GG), der die Leistung von Rechtshilfe begrenzt.¹²⁶ Dies gilt insbesondere für bestimmte Verfahrensmaximen, Beschuldigtenrechte und Verteidigerrechte, die im ersuchenden Staat gewährleistet sein müssen.¹²⁷

Öffentlichkeit, Mündlichkeit,
Unmittelbarkeit

Anerkannt ist insbesondere, dass die Öffentlichkeit der gerichtlichen Verhandlung ihrem Wesenskern nach zum *ordre-public* gehört und Geheimverhandlungen verboten sind.¹²⁸ Weniger gesichert erscheint, dass (und ggf.: in welchem Umfang) auch Mündlichkeit und Unmittelbarkeit des Verfahrens, insbesondere der Beweisaufnahme Teil des internationalen und europäischen *ordre-public* sind. Jedenfalls werden durch die Rechtsprechung hier nicht die im internationalen Vergleich eher strengen Maßstäbe der §§ 249 ff. StPO angelegt. Dennoch müssen nach richtiger Auffassung endgültige, nicht mehr anfechtbare Aburteilungen allein in einem schriftlichen, mittelbaren Aktenverfahren als dem Mindeststandard nicht genügend angesehen werden.¹²⁹

Unschuldsvermutung

Das ebenfalls international Geltung beanspruchende Gebot der Unschuldsvermutung im Strafverfahren (Art. 6 Abs. 2 EMRK und des Art. 14 Abs. 2 IPbürgR) soll – und dies erscheint zweifelhaft – die Anwendung verhältnismäßiger, dem Gebot der Fairness entsprechende Vermutungsregeln nicht ausschließen.¹³⁰ Richtigerweise wäre hier zu überlegen, ob dies nicht etwa bei unwiderlegbaren Vermutungsregeln rechtsstaatswidrig ist, da die freie richterliche Beweiswürdigung im Übermaß beschränkt ist.

Verteidigungsrechte

Nach den expliziten Vorgaben des Art. 6 Abs. 3 EMRK und des Art. 14 Abs. 3 IPbürgR ist der Beschuldigte über die Beschuldigung zu unterrichten. Er muss die Möglichkeit haben, die Verteidigung vorzubereiten und sich selbst oder durch einen Wahlverteidiger oder durch einen bei Bedürftigkeit unentgeltlichen Pflichtverteidiger zu verteidigen. Außerdem steht ihm das Recht zu, Fragen an Belastungszeugen zu stellen und die Vernehmung von Entlastungszeugen zu verlangen.¹³¹ Auch der unüberwachte Kontakt zwischen Verteidiger und Beschuldigtem und das Recht des Verteidigers auf Akteneinsicht dürften nach der Rechtsprechung des EGMR zum internationalen *ordre-public* gehören.¹³² Das BVerfG verlangt – als verfassungsrechtlichen Grundsatz und auf der Basis des internationalen *ordre-public* – auch die unentgeltliche Unterstützung durch einen Dolmetscher (s.o.).¹³³ Dies muss naturgemäß sowohl im Rahmen des Auslieferungsverfahrens, als auch im ersuchenden Staat gelten.

Schweigerecht

Daneben ist international das Verbot anerkannt, den Beschuldigten dazu zu zwingen, sich selbst zu belasten („*nemo tenetur se ipsum accusare*“), auch wenn dieses in den Art. 6 EMRK, Art. 14 IPbürgR nicht ausdrücklich genannt ist. Nach der Rechtsprechung des EGMR kann zwar nach Belehrung unter Umständen das Schweigen des Beschuldigten zu dessen Nachteil verwertet werden, dieser darf aber nicht durch eine straf- oder bußgeldbewehrte Pflicht zur Vorlage von belastenden Unterlagen gezwungen werden.¹³⁴

Ferner besteht im Rahmen des *ordre-public* – auf der Grundlage der zitierten Normen – auch ein Recht auf ein Verfahren innerhalb angemessener Frist, wobei diese in erster Linie

¹²⁴ Grütznert/Pötz/Kreß/Vogel, IRG, § 73 Rn. 71.

¹²⁵ BVerfGE 38, 105, 111 = NJW 1975, 103; BVerfGE 122, 248, 271 f. = NJW 2009, 1469 m.w.N.; BVerfG NJW 2013, 1058, 1060.

¹²⁶ Schomburg/Lagodny/Gless/Hackner/Lagodny, IRG, § 73 Rn. 67.

¹²⁷ Grütznert/Pötz/Kreß/Vogel, IRG, § 73 Rn. 76.

¹²⁸ Grütznert/Pötz/Kreß/Vogel, IRG, § 73 Rn. 77.

¹²⁹ Grütznert/Pötz/Kreß/Vogel, IRG, § 73 Rn. 77.

¹³⁰ Grütznert/Pötz/Kreß/Vogel, IRG, § 73 Rn. 79.

¹³¹ Walther, GA 2003, 204; Grütznert/Pötz/Kreß/Vogel IRG § 73 Rn. 79.

¹³² Grütznert/Pötz/Kreß/Vogel, IRG, § 73 Rn. 81 m.N. zur Rechtsprung des EGMR.

¹³³ BVerfG NJW 1988, 1462.

¹³⁴ Grütznert/Pötz/Kreß/Vogel, IRG, § 73 Rn. 80.

auf das im ersuchenden Staat geführte Strafverfahren zu beziehen ist.¹³⁵ Auch ein Ersuchen um Auslieferung zur Vollstreckung einer kürzeren Freiheitsstrafe mehrere Jahre nach Rechtskraft des Urteils kann im extrem gelagerten Einzelfall gegen diesen Grundsatz verstoßen.¹³⁶

cc) Rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG)

Rechtliches Gehör im (weiten) Gewährleistungsumfang des Art. 103 Abs. 1 GG wird man nach derzeitigem Stand der Rechtsprechung wohl noch nicht als Bestandteil des europäischen und internationalen *ordre-public* ansehen können. Immerhin verlangt das BVerfG als verfassungsrechtlich nötigen Mindeststandard, dass der Beschuldigte nach angemessenen Regeln des ausländischen Verfahrensrechts die Möglichkeit haben und auch tatsächlich ausüben können muss, auf das Verfahren einzuwirken, entlastende Umstände vorzutragen und deren umfassende und erschöpfende Nachprüfung und gegebenenfalls deren Berücksichtigung zu erreichen.¹³⁷ Eine rein formale Anhörung, die nicht in korrekter Weise gedanklich verarbeitet und angemessen gewürdigt wird, genügt hingegen nicht.¹³⁸

Auslieferung zur Vollstreckung von Abwesenheitsurteilen ist besonders problematisch

Die Auslieferung zur Vollstreckung von Abwesenheitsurteilen (nach gerichtlichen Abwesenheitsverfahren) – die in den romanischen Rechtsordnungen, insbesondere in Frankreich und Italien, sehr verbreitet sind¹³⁹ – ist in mehrerlei Hinsicht problematisch: Sowohl unter dem verfassungsrechtlichen Gesichtspunkt der Menschenwürde und des rechtlichen Gehörs, als auch unter dem Gesichtspunkt des allgemeinen Fairnessgebots ist eine eingehende Überprüfung des Verfahrens im ersuchenden Staat im Zulässigkeitsverfahren erforderlich.¹⁴⁰ Nach der Rechtsprechung des EGMR gehört zu einem fairen Verfahren (Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK) das Recht des Angeklagten bei der Verhandlung anwesend zu sein.¹⁴¹ Nach dem BVerfG ist eine Auslieferung zur Vollstreckung eines Abwesenheitsurteils unzulässig, wenn der Verfolgte nicht über die Tatsache der Durchführung und des Abschlusses des Verfahrens unterrichtet war und ihm keine tatsächlich wirksame Möglichkeit eröffnet ist, sich nach Erlangung dieser Kenntnis nachträglich rechtliches Gehör zu verschaffen und sich wirksam zu verteidigen. Letzteres setzt voraus, dass der Beschuldigte sein Vorbringen geltend machen oder durch einen Verteidiger seine Verteidigungsrechte wahrnehmen lassen und auf das Verfahren insbesondere durch Sachvortrag, Beweisanträge oder Rechtsmittel Einfluss nehmen kann.¹⁴² Nach der Rechtsprechung ist allerdings dann, wenn der Verfolgte in Kenntnis gesetzt wurde, sich dem Verfahren danach aber durch Flucht entzogen hat und er in einem rechtsstaatlichen Verfahren verteidigt war, den rechtsstaatlichen Erfordernissen ebenfalls genügt.¹⁴³ Nach zutreffender Auffassung der Oberlandesgerichte ist immerhin eine (rechtzeitige) Unterrichtung über Zeit und Ort der Hauptverhandlung erforderlich.¹⁴⁴ Öffentliche Zustellungen oder Niederlegung reichen nach zutreffender Ansicht hierfür nicht aus, weil dies per se nur eine theoretische Möglichkeit der Kenntniserlangung vom Verfahren verschafft.¹⁴⁵ Heilung durch nachträgliches rechtliches Gehör setzt voraus, dass eine umfassende Überprüfung des Abwesenheitsurteils in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht im rechtsstaatlichen Verfahren erreicht werden kann und eine Abschrift des Abwesenheitsurteils gestellt wurde.¹⁴⁶ Die Rspr. steht vor dem Hintergrund dieser Maßstäbe der Auslieferung aufgrund italienischer Abwesenheitsurteile grundsätzlich recht kritisch gegenüber¹⁴⁷ und verlangt seit ca. zehn Jahren ergänzende Zusicherungen gem. Art. 3 Abs. 1 S. 2 des 2. Zusatzprotokolls zum Europäischen Übereinkommen bzw. nunmehr gemäß § 83 Nr. 3 IRG.¹⁴⁸

¹³⁵ Grützner/Pötz/Kreß/Vogel, IRG, § 73 Rn. 79 m.N. zur Rechtsprechung des EGMR.

¹³⁶ BVerfG, Beschl. v. 31.8.1986 – 2 BvR 661/86 (unveröffentlicht).

¹³⁷ BVerfGE 63, 332, 337.

¹³⁸ Grützner/Pötz/Kreß/Vogel, IRG, § 73 Rn. 78.

¹³⁹ Eingehend Grützner/Pötz/Kreß/Vogel, IRG, § 73 Rn. 82, Fn. 62 und 63 zum französischen und zum italienischen Abwesenheitsverfahren.

¹⁴⁰ Vgl. BVerfG StV 2004, 438; BGHSt 20, 198, 201; 47, 120 ff.; Schomburg/Lagodny/Gless/Hackner/Lagodny, IRG, § 73 Rn. 73; Grützner/Pötz/Kreß/Vogel, IRG, § 73 Rn. 84.

¹⁴¹ EGMR EuGRZ 1985, 631 (Colozza./Italien); 1992, 539 (Goddi./Italien); 1992, 541 (T./Italien).

¹⁴² BVerfGE 63, 332 ff., zuvor BVerfGE 41, 246, 249; 46, 202, 210; 54, 100, 116.

¹⁴³ BVerfG NJW 1987, 830; BGHSt 47, 120, 123.

¹⁴⁴ OLG Hamm NSTz 1987, 194, 195; OLG Düsseldorf NJW 1987, 2172 f.; Schomburg/Lagodny/Gless/Hackner/Lagodny, IRG, § 73 Rn. 81; Grützner/Pötz/Kreß/Vogel, IRG, § 73 Rn. 87.

¹⁴⁵ Schomburg/Lagodny/Gless/Hackner/Lagodny, IRG, § 73 Rn. 80a, 82 m.w.N.

¹⁴⁶ OLG Düsseldorf NSTz 1987, 466, 467; Schomburg/Lagodny/Gless/Hackner/Lagodny, IRG, § 73 Rn. 85; Grützner/Pötz/Kreß/Vogel, IRG, § 73 Rn. 87.

¹⁴⁷ BVerfGE 59, 280; 63, 332; BGHSt 30, 55, 61.

¹⁴⁸ BGHSt 47, 120, 127; BVerfG StraFo 2004, 201; im Einzelnen Grützner/Pötz/Kreß/Vogel, IRG, § 73 Rn. 88.

dd) Verbot mehrfacher Strafverfolgung (Art. 103 Abs. 3 GG, Art. 54 SDÜ)*Ne bis in idem*

Nach einer überkommenen Rechtsauffassung gehört das Verbot doppelter Strafverfolgung durch die Strafverfolgungsbehörden unterschiedlicher Staaten nicht zum Gewährleistungsinhalt des Art. 103 Abs. 3 GG¹⁴⁹ und nicht zum internationalen *ordre-public*.¹⁵⁰ Jedoch dürfte aufgrund von Art. 54 SDÜ, Art. 6 EUV i.V.m. Art. 50 EU Grundrechte-Charta für Strafverfahren der Mitgliedstaaten eine Zugehörigkeit des Verbots mehrfacher Strafverfolgung zum Europäischen *ordre-public* zu bejahen sein.¹⁵¹ Bei Rechtshilfeersuchen außereuropäischer Staaten steht die vorgängige Aburteilung in einem Drittstaat der Rechtshilfeleistung nicht entgegen, ein Rechtshilf Hindernis könne allenfalls vorliegen, wenn die Nichtberücksichtigung einer vorherigen Aburteilung unerträglich hart und unter jedem Gesichtspunkt unangemessen wäre.¹⁵² Ein Auslieferungshindernis kann allerdings angenommen werden, wenn der ersuchende Staat selbst gegen das „Verbot“ – auch wenn dieses in seiner Rechtsordnung nicht bestehen sollte – verstößt, weil er den Verfolgten bereits für dieselbe Tat bestraft hat.¹⁵³ Der Grundsatz des „ne bis in idem“ dürfte nämlich, soweit er sich auf die mehrfache Strafverfolgung durch ein und denselben Staat bezieht, im Kern universell anerkannt sein und daher unter den Inhalt des Art. 25 GG fallen.¹⁵⁴

ee) Gesetzlicher Richter (Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG; Art. 14 Abs. 1 S. 2 IPbüRG; Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK)**(1) Im ersuchenden Staat***Beschränkung auf Kernbereich des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG*

Der historische Gesetzgeber des IRG war der Auffassung, dass aus § 73 S. 1 IRG kein generelles Auslieferungsverbot abzulesen ist, wenn das Recht des ersuchenden Staates die Garantie des gesetzlichen Richters gemäß Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG nicht kennt. Ein Auslieferungshindernis solle selbst dann nicht bestehen, wenn der Verfolgte im Ausland vor ein Sondergericht oder Ausnahmegesicht gestellt werden wird oder das ausländische Strafverfahren überhaupt nicht von einem Gericht betrieben wird.¹⁵⁵ Diese Einschätzung ist jedoch nach der neueren Rechtsprechung des BVerfG wohl überholt.¹⁵⁶ Nach dem heutigen internationalen und europäischen *ordre-public* hat jede Person das Recht, dass über eine gegen sie erhobene strafrechtliche Anklage von einem unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht verhandelt wird (Art. 14 Abs. 1 S. 2 IPbüRG; Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK).¹⁵⁷

Die exakten Maßstäbe des deutschen Rechts (Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG) entsprechen allerdings nach h. M. nicht dem Gewährleistungsgehalt des internationalen und europäischen *ordre-public* zum Grundsatz des gesetzlichen Richters. Geschützt und ein mögliches Auslieferungshindernis sei danach lediglich ein Kernbereich.¹⁵⁸ Zusammenfassend kann dieser Kernbereich folgendermaßen charakterisiert werden: Das Gericht muss auf einem Gesetz – auch der Verfassung oder einer gesetzlich vorgesehenen königlichen Anordnung – beruhen und unabhängig (insbesondere weisungsfrei von der Exekutive) sein. Seine Unparteilichkeit muss objektiv und strukturell gewährleistet sein und es muss ein umfassendes Entscheidungs- und Kognitionsrecht hinsichtlich der tatsächlichen und rechtlichen Grundlagen der Entscheidung besitzen.¹⁵⁹ Rechtlich problematisch sind – besonders politisch geprägte, manchmal militärische – Ausnahmegesichte (vgl. Art. 13 Abs. h AusIV Deutschland-USA), d.h. solche, die in Abweichung von den gesetzlichen Zuständigkeiten besonders gebildet und zur Entscheidung einzelner konkreter oder individuell bestimmter Fälle berufen sind.¹⁶⁰ In Wirtschaftsstrafverfahren in Staaten der westlichen Hemisphäre sind solche Fälle jedoch wohl eher selten.

¹⁴⁹ Vgl. BVerfGE 75, 1, 15 ff.; vgl. *Rübenstahl/Schilling*, HRRS 2008, 492 ff. m.w.N.

¹⁵⁰ *Grützner/Pötz/Kreß/Vogel*, IRG, § 73 Rn. 89.

¹⁵¹ EuGH NJW 2003, 1173; *Grützner/Pötz/Kreß/Vogel*, IRG, § 73 Rn. 90 m.w.N.

¹⁵² *Grützner/Pötz/Kreß/Vogel*, IRG, § 73 Rn. 92.

¹⁵³ OLG Frankfurt, Beschl. v. 23.11.1978 – 2 Ausl. 43/78 (unveröffentlicht); *Schomburg/Lagodny/Gless/Hackner/Lagodny*, IRG, § 73 Rn. 93.

¹⁵⁴ OLG Karlsruhe NJW 1988, 1476.

¹⁵⁵ BT-Drucks. 9/1338, S. 27; *Grützner/Pötz/Kreß/Vogel*, IRG, § 73 Rn. 71.

¹⁵⁶ BVerfG NStZ-RR 2004, 179.

¹⁵⁷ BVerfG, Beschl. v. 31.7.1985 – 2 BvR 489/85 (unveröffentlicht).

¹⁵⁸ *Grützner/Pötz/Kreß/Vogel*, IRG, § 73 Rn. 72.

¹⁵⁹ Eingehend *Esser*, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht, 2002, S. 538 ff., 551 ff., 596 ff., 598 ff.; zusammenfassend *Grützner/Pötz/Kreß/Vogel*, IRG, § 73 Rn. 73.

¹⁶⁰ BVerfGE 3, 213, 223.

(2) Vorlagepflicht im ersuchten Staat, insbesondere Vorlage an den EuGH

Zulässigkeitsentscheidungen
der OLGs können
vorlagepflichtig i. S. d.
Art. 267 AEUV sein

Zu berücksichtigen ist aber auch, dass eine Verletzung des Rechts auf den gesetzlichen Richter (Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG) nach der Rechtsprechung des BVerfG vorliegt, wenn eine offensichtlich unhaltbare Handhabung der Vorlagepflicht an den EuGH nach Art. 267 Abs. 3 AEUV erfolgt.¹⁶¹ Ein Gericht in Rechtshilfeangelegenheiten – etwa das für die Zulässigkeitsentscheidung zuständige Oberlandesgericht – verletzt Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG nämlich dann, wenn es sich willkürlich über eine zwingende Pflicht zur Vorlage an ein anderes Gericht – den EuGH – hinwegsetzt oder nach Einholung einer Vorlageentscheidung deren Bindungswirkung missachtet. Schließlich legen auch diese prozessrechtlichen Vorschriften den zur Entscheidung berufenen, gesetzlichen Richter fest, so dass ein Gericht, welches hiergegen verstößt, in diesem Punkt willkürlich und verfassungswidrig selbst entscheidet.¹⁶² Im Rechtshilfebereich, insbesondere im Auslieferungsrecht können aber die Auslieferungshaft und eine etwaige Auslieferung jedenfalls von Unionsbürgern in verschiedener Hinsicht gegen europäisches Recht, insbesondere gegen Grundfreiheiten verstoßen. Sowohl die Grundfreiheit auf Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV) als auch die allgemeine Grundfreiheit der Unionsbürger auf Freizügigkeit (Art. 21 AEUV) – die gleichlautend auch in Art. 45 der EU-Grundrechtscharta gewährleistet ist (Art. 6 Abs. 1 EUV) – können durch Auslieferungshaft in Deutschland oder durch die Auslieferung des Verfolgten von Deutschland an außereuropäischen Drittstaaten verletzt werden. Voraussetzung ist, dass der Anwendungsbereich der Grundfreiheiten des AEUV eröffnet ist, was nach diesseitiger Auffassung zumindest hinsichtlich des Art. 21 AEUV in Verbindung mit dem allgemeinen Diskriminierungsverbot des Art. 18 AEUV regelmäßig der Fall sein wird.¹⁶³

Diesbezügliche Rechtsfragen sind gemäß Art. 267 AEUV dem EuGH im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens vorzulegen. Der EuGH entscheidet zwingend über die Auslegung der Europäischen Verträge, u.a. des AEUV selbst (Art. 267 Abs. 1 Buchst. a AEUV). Die Vorlage an den EuGH steht somit nicht im Ermessen des zuständigen Oberlandesgerichts, sondern diese hat zwingend zu erfolgen, da eine derartige Rechtsfrage in einem schwebenden Verfahren bei einem einzelstaatlichen Gericht gestellt ist, dessen Entscheidungen nicht mehr mit Rechtsmitteln des innerstaatlichen Rechts angefochten werden kann (Art. 267 Abs. 3 AEUV). Die gerichtlichen Entscheidungen des Oberlandesgerichts über die Zulässigkeit der Auslieferung im Auslieferungsverfahren ist nämlich unanfechtbar (§ 13 Abs. 1 S. 1 und 2 IRG). Das OLG ist vor diesem Hintergrund hinsichtlich aller europarechtlichen Zweifelsfragen zur Anrufung des EuGH verpflichtet. Der Beschleunigungsgrundsatz darf nicht herangezogen werden, um eine Vorlage zu vermeiden, denn der EuGH entscheidet derartige Fragen betreffend ein schwebendes Verfahren eines einzelstaatlichen Gerichts, das – wie vorliegend – eine inhaftierte Person betrifft, „innerhalb kürzester Zeit“ (Art. 267 Abs. 4 AEUV).

Rechtsprechung des Zweiten
Senats des Bundesverfas-
sungsgerichts

Nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG ist der EuGH daher gesetzlicher Richter i.S.d. Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG, weil dieser über das Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 AEUV funktional in die nationale Gerichtsbarkeit eingegliedert ist und das von dem Gerichtshof ausgelegte Unionsrecht im nationalen Recht gilt und angewendet wird.¹⁶⁴ Eine Verletzung des Anspruchs auf den gesetzlichen Richter wegen eines Verstoßes gegen die Vorlagepflicht nach Art. 267 Abs. 3 AEUV setzt allerdings nach der – möglicherweise europarechtswidrigen, jedenfalls aber europarechtsfeindlichen – milden Rspr. des BVerfG – zumindest seines Zweiten Senats – voraus, dass die Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Union willkürlich unterblieben ist, weil sie bei Würdigung der das Grundgesetz bestimmenden Gedanken nicht mehr verständlich und offensichtlich unhaltbar ist.¹⁶⁵

Rechtsprechung des Ersten
Senats des Bundesverfas-
sungsgerichts

Nach der neueren, mit der Rspr. des EuGH kompatibleren Rechtsprechung innerhalb des Ersten Senats liegt eine unververtretbare – somit willkürliche – Handhabung der Zuständigkeitsnorm des Art. 267 AEUV in der Regel bereits vor, wenn das Ausgangsgericht eine eigene Lösung entwickelt, die nicht auf die bestehende Rechtsprechung des EuGH zurückgeführt werden kann („*acte éclairé*“) und auch nicht einer eindeutigen Rechtslage entspricht („*acte*

¹⁶¹ BVerfGE 82, 159, 194 f.; 126, 286, 315; 128, 157, 187; 129, 78, 106.

¹⁶² BVerfGE 75, 223, 234 = NJW 1988, 1459.

¹⁶³ Zu der Frage, weshalb nach Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon die Grundfreiheiten und die Grundrechte laut EU-Grundrechtscharta anwendbar sind, siehe demnächst Esser/Rübenstahl/Boerger NZWiSt 2014 Anders für die vorherige Rechtslage: BVerfG, Beschl. v. 28.07.2008 - 2 BvR 1347/08.

¹⁶⁴ BVerfGE 73, 339, 366 f. = NJW 1987, 577; zuletzt BVerfG, NJW 2010, 3422, 3427.

¹⁶⁵ BVerfG NJW 1992, 678 = NVwZ 1992, 360 = EuZW 1992, 256; BVerfG NVwZ 2008, 780; vgl. auch BGH EuZW 2012, 190.

clair“), mit anderen Worten das Fachgericht in unvertretbarer Weise einen „*acte éclairé*“ oder einen „*acte clair*“ angenommen hat.¹⁶⁶ Die vom Fachgericht vorzunehmende Würdigung verlagert sich durch diese Rspr. teilweise weg vom materiellen Unionsrecht hin zu den maßgeblich vom EuGH ausdifferenzierten Vorgaben des Art. 267 AEUV für die Vorlage und fördert ein dem Kooperationsprinzip entsprechendes kohärentes Verständnis der Vorlagepflicht, das Voraussetzung für eine loyale und zugleich konstruktiv-kritische Zusammenarbeit der Gerichte im Staaten- und Verfassungsverbund der EU ist. Dadurch wird der EuGH dabei unterstützt, die Rechtseinheit des Unionsrechts zu wahren, da er weniger mit potentiellen (auch unbewusst) abweichenden Deutungen des materiellen Unionsrechts durch die nationalen Gerichte konfrontiert wird. Zudem ermöglichen diese Vorgaben dem BVerfG eine effektive verfassungsrechtliche Kontrolle der Vorlagepflicht anhand des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG.¹⁶⁷ Dies zwingt ihn letztlich ggf. auch bei materiell-rechtlich nicht evidenten Fehlern zur Vorlage, wenn die Auslegungsprärogative erkennbar nicht respektiert wird und erschwert die exkulpierende Berufung auf fehlende Willkür des Richters der Fachgerichtsbarkeit. Vor dem Hintergrund dieser neueren BVerfG-Rechtsprechung wird auch nicht ohne Weiteres willkürfrei bejaht werden können, dass die Grundfreiheiten des AEUV im Verhältnis zu Drittstaaten nicht anwendbar seien, da insofern mangels EuGH-Rspr. oder einer klaren und expliziten Regelung im europäischen Recht kein „*acte éclairé*“ und kein „*acte clair*“ angenommen werden kann. Ein Bedeutungsgewinn der Vorlagepflicht und – im Falle ihrer nunmehr leichter nachweisbaren Verletzung – ihrer erfolgreichen Rüge vor dem BVerfG gem. Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG im Zusammenhang mit dem Rechtshilfeverkehr ist daher zu erhoffen.

V. Fazit

Die vorstehenden Ausführungen unter IV. zeigen, dass für den Einwand eines Auslieferungs- oder Rechtshilfehindernisses wegen Verstoßes gegen den deutschen *ordre-public* trotz der zurückhaltenden Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und der Oberlandesgerichte in Rechtshilfeverfahren potentiell eine breite Palette verfassungsrechtlicher, EMRK-rechtlicher und europarechtlicher Argumente zur Verfügung stehen kann. Zwar kann sich das volle Potenzial dieser Argumentationslinien derzeit aufgrund der – nach richtiger Auffassung – unzutreffenden einschränkenden Auslegung des Bundesverfassungsgerichts zur Anwendbarkeit des Grundgesetzes und des deutschen *ordre-public* allgemein noch nicht voll entfalten. Hier dürfte jedoch bis zu einem gewissen Grad das Sprichwort "steter Tropfen höhlt den Stein" gelten, wurzelt doch die – überkommene und inhaltlich überalterte – Rechtsprechung offenbar in einer übermäßig völkerrechtsgeprägten und tendenziell obrigkeitsstaatlichen Sichtweise des Rechtshilfeverfahrens, die mit dem grundrechtsfreundlichen modernen Verfassungsstaat, europäischem Recht und der EMRK vielfach nicht mehr voll vereinbar ist. Einen verstärkten Rückgriff auf die oben beschriebenen, teilweise vielleicht eher exotisch anmutenden Einwände wird ein anwaltlicher Beistand zudem insbesondere im Auslieferungsverfahren zukünftig immer weniger vermeiden können. Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte im Zulässigkeitsverfahren tendiert nämlich zunehmend dazu, die klassischen Rechtshilfe- bzw. Auslieferungsvoraussetzungen, wie etwa den Grundsatz der beidseitigen Strafbarkeit und das Spezialitätsprinzip aufgrund einer – zumindest im Verhältnis zu den Demokratien der westlichen Hemisphäre – "rechtshilfefreundlichen" Haltung einschränkend auszulegen.¹⁶⁸ Da vor diesem Hintergrund auch eine gewisse – im Ausgangspunkt nachvollziehbare – Zurückhaltung der Generalstaatsanwaltschaft und Oberlandesgerichte zu beobachten ist, positiv auf verfassungsrechtliche und europarechtliche Argumente gegen die Rechtshilfeleistung einzugehen, wird der anwaltliche Beistand in streitigen Fällen stets erwägen müssen, (spätestens) nach einer ungünstigen Zulässigkeitsentscheidung verfassungsgerichtlichen Rechtsschutz zu suchen und gegebenenfalls auch europäische Institutionen – etwa die Europäische Kommission bei einer Verletzung der Europäischen Verträge – oder nach Rechtswegerschöpfung den EGMR – bei einer Verletzung der EMRK – anzurufen. Dies kann der Rechtsstaatlichkeit des Auslieferungsverfahrens und des Rechtshilfeverfahrens allgemein nur zugutekommen.

¹⁶⁶ BVerfG, NJW 2010, 1268, 1269; 2011, 288, 289; ZUM 2011, 236, 238; NJW 2011, 1427; 2011, 3428; NZA 2013, 164 = ZIP 2012, 1876, 1878 (Kammern des 1. Senats bzw. 1. Senat).

¹⁶⁷ So *Callies*, NJW 2013, 1905, 1910; vgl. zum selben Thema eingehend auch *Herz*, DÖV 2013, 769 ff.; *M. Bäcker*, NJW 2011, 270; *Selder*, ZRP 2011, 164 ff.

¹⁶⁸ Vgl. etwa OLG Karlsruhe, Beschluss vom 8.1.2013 - 1 AK 29/12, BeckRS 2013, 00656.