

Dieser Beitrag analysiert, inwieweit sich das Schweigerecht – bzw. verschiedene Ausrasterungen des Schweigerechts – im Bereich der Rechtshilfe und insbesondere im Auslieferungsrecht auswirkt. Dabei erweist sich die noch junge Kammerentscheidung des BVerfG¹ aus dem Jahr 2016 als überholt (I.), da die europäische Rechtsentwicklung seitdem zu einer größeren Grundrechtssensibilität in der strafjustiziellen Zusammenarbeit in der EU geführt hat (II.). Das stärkt auch die transnationale Gewährleistung des Schweigerechts in und durch Deutschland, wengleich der Maßstab – teils vor-schnell – auf absolute Minima reduziert wird (III.).

I. 2 BvR 890/16 – oder: „Karlsruhe locuta, causa finita“?

Auf den ersten Blick scheint mit der Kammerentscheidung des BVerfG in der Sache „C“ zur auslieferungs- und rechtshilferechtlichen Dimension des Schweigerechts alles gesagt zu sein: „Eine Auslieferung [...] ist [...] nicht schon dann unzulässig, wenn die Selbstbelastungsfreiheit im Prozessrecht des ersuchenden Staates nicht in demselben Umfang gewährleistet ist, wie dies von Verfassungen wegen im deutschen Strafverfahren der Fall ist. Vielmehr ist die Auslieferung erst dann unzulässig, wenn selbst der dem Schutz von Art. 1 GG unterfallende Kernbereich des nemo-tenetur-Grundsatzes nicht mehr gewährleistet ist.“² Allerdings erweist sich diese Entscheidung als interpretationsbedürftig – nicht nur zur darin unterkomplex erörterten und verfassungsrechtlich noch immer klärungsbedürftigen Frage, ob und bejahendenfalls wo die Grenze zwischen Kern- und Randbereich der Selbstbelastungsfreiheit zu ziehen ist,³ sondern auch im Hinblick auf die weitere europäische Rechtsentwicklung, in deren Kontext diese Entscheidung zu sehen ist.

1. Geschürte Hoffnungen auf „Verfassungsidentität“ – und deren bittere Enttäuschung

Zur besseren Einordnung sei der damalige Verfahrensablauf kurz skizziert: Gegen C lag ein von Justizbehörden des Vereinigten Königreichs ausgestellter Europäischer Haftbefehl vor, dem ein – u.a. wegen des Verdachts des Mordes ergangener – Haftbefehl des Central Hertfordshire Magistrates' Court zugrunde lag. Nachdem das KG die Auslieferung des C zur Strafverfolgung für zulässig erklärt hatte, erhob C Verfassungsbeschwerde mit der Begründung, dass er im dortigen Strafverfahren befürchten müsse, dass sein Schweigen bzw. die Nichtbeantwortung einzelner Fragen, gestützt auf § 35 Criminal Justice and Public Order Act 1994, im Rahmen der

Beweiswürdigung zu seinem Nachteil gewertet werden könnte. Damit drohe bei seiner Auslieferung an das Vereinigte Königreich eine Verletzung der Menschenwürdegarantie und damit der deutschen Verfassungsidentität. Wengleich das System des Europäischen Haftbefehls eine grundsätzliche Auslieferungspflicht vorsieht, setze die Verfassungsidentität dem Unionsrecht und seiner Anwendung eine Grenze, da Deutschland Menschenwürdeverletzungen nicht die Hand reichen dürfe. Somit stehe eine solche spezifische Menschenwürdeverletzung einer Auslieferung entgegen.⁴

Hoffnungen, der Beschwerdeführer könne mit dieser sog. „Identitätskontrolle“ durchdringen, wurden rasch geschürt, als das BVerfG in einer einstweiligen Anordnung – wengleich nur im Rahmen der Folgenabwägung – dezidiert auf einen Menschenwürdegehalt des Schweigerechts rekurrierte: „Ein [...] Schweigerecht wird in der Rechtsprechung als selbstverständlicher Ausdruck einer rechtsstaatlichen Grundhaltung bezeichnet, die auf dem Leitgedanken der Achtung vor der Menschenwürde beruh[t]. [...] [D]as aus der Menschenwürde des Beschuldigten hergeleitete Schweigerecht würde entwertet, müsste er befürchten, dass sein Schweigen später bei der Beweiswürdigung zu seinem Nachteil verwendet wird; eine Verwertung des Schweigens zum Schuldnachweis setzte den Beschuldigten mittelbar einem unzulässigen psychischen Zwang aus.“⁵

Doch diese Hoffnungen wurden exakt vier Monate später durch die Nichtannahme der Verfassungsbeschwerde enttäuscht. Das BVerfG bekräftigte darin seine Rechtsprechung, dass das Schweigerecht „zum einen im Rechtsstaatsprinzip verankert [ist] und von dem Recht auf ein faires, rechtsstaatliches Verfahren aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 3 GG umfasst“ wird, und dass es „[z]um anderen [...] als Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG anerkannt“ ist. Somit beruhe das Schweigerecht zwar auf dem „Leitgedanken der Achtung der Menschenwürde“,⁶ sei aber nicht mit der Menschenwürdegarantie gleichzusetzen. Nun gehöre zwar, so das BVerfG weiter, zum „Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit“ das Recht, „dass im Rahmen des Strafverfahrens niemand gezwungen werden darf, sich durch seine eigene Aussage einer Straftat zu bezichtigen oder zu seiner Überführung aktiv beizutragen [...]“. Der Beschuldigte muss frei von Zwang eigenverantwortlich entscheiden können, ob und gegebenenfalls inwieweit er im Strafverfahren mitwirkt [...]. Ein Zwang zur Selbstbezichtigung berührt die Würde des Menschen, dessen Aussage gegen ihn selbst verwendet wird.“⁷ Allerdings „ergibt sich aus der Verfassung kein ausnahmsloses Gebot, niemanden zu Auskünften oder sonstigen Handlungen zu zwingen, durch die er eine von ihm begangene strafbare Handlung offenbart [...]“. Unzumutbar und mit

¹ BVerfG, Beschl. v. 6.9.2016 – 2 BvR 890/16 m. Anm. und Bspr. (u.a.) *Epik*, ZStW 131 (2019), 131; *Esser*, StV 2017, 241; *Gärditz*, JZ 2016, 1116.

² BVerfG, Beschl. v. 6.9.2016 – 2 BvR 890/16, Rn. 36.

³ Siehe hierzu *Epik*, ZStW 131 (2019), 131 (137 ff.); krit. *Burchard*, in: Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas (Hrsg.), Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, 54. Lfg., Stand: 2022, IRG § 73 Rn. 51; sowie den Beitrag von *Hong*, ZfIStW 3/2023, 143, in dieser Ausgabe.

⁴ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 6.9.2016 – 2 BvR 890/16, Rn. 2 ff.

⁵ BVerfG, Einstweilige Anordnung v. 6.5.2016 – 2 BvR 890/16, Rn. 20 f.

⁶ BVerfG, Beschl. v. 6.9.2016 – 2 BvR 890/16, Rn. 34.

⁷ BVerfG, Beschl. v. 6.9.2016 – 2 BvR 890/16, Rn. 35.

der Würde des Menschen unvereinbar wäre“ – erst – „ein Zwang, durch eigene Aussagen die Voraussetzungen für eine strafgerichtliche Verurteilung oder die Verhängung entsprechender Sanktionen liefern zu müssen“.⁸

Daraus folgt die eingangs erwähnte, nicht rechtshilfespezifische Differenzierung zwischen Kern- und Randbereich: „Nur wenn der unmittelbar zur Menschenwürde gehörende Kerngehalt der Selbstbelastungsfreiheit berührt ist, liegt auch eine Verletzung von Art. 1 GG vor. Dies wäre etwa der Fall, wenn ein Beschuldigter durch Zwangsmittel dazu angehalten würde, eine selbstbelastende Aussage zu tätigen und so die Voraussetzungen für seine strafgerichtliche Verurteilung zu schaffen. Dagegen folgt unmittelbar aus Art. 1 GG nicht, dass ein Schweigen des Beschuldigten unter keinen Umständen einer Beweiswürdigung unterzogen und gegebenenfalls zu seinem Nachteil verwendet werden darf.“⁹ Nun drohe nicht, dass der Beschwerdeführer „im ersuchenden Staat von den Strafverfolgungsbehörden oder von einem Gericht zu einer Aussage gezwungen werden könnte, was mit der Menschenwürde unvereinbar wäre“ und daher ein im Europäischen Haftbefehlsverfahren beachtliches Auslieferungshindernis begründen würde. Vielmehr drohe lediglich, dass „sein Schweigen unter Umständen der Beweiswürdigung [unterliegen] und [...] zu seinem Nachteil verwendet werden [kann], wodurch mittelbar ein Aussagedruck entstehen kann. Dies wiegt jedoch nicht so schwer wie ein Zwang zu einer Aussage oder gar zu einer Selbstbezeichnung“¹⁰ und werde hier zusätzlich dadurch eingeehgt, dass „das Schweigen nur neben weiteren Beweismitteln im Rahmen einer Gesamtwürdigung zur Begründung einer Verurteilung herangezogen werden“ könne.¹¹

2. Rechtliche Rekonstruktion

Das Meinungsspektrum zur rechtlichen Würdigung dieser Entscheidung wurde rasch breit aufgespannt: *Esser* wies darauf hin, dass sie Ausdruck der „immer noch vorhandenen Unterschiede im Schutzniveau und der konkreten Ausgestaltung des Schweigerechts in Europa“ sei, die auf zu wenig ambitionierter Rechtsprechung des EGMR zu Art. 6 Abs. 1 EMRK beruhe. Getragen von dem Wunsch, „dem für eine grenzüberschreitende strafrechtliche Zusammenarbeit in Europa notwendigen gegenseitigen Vertrauen [...] Rechnung [zu] tragen“, sei der vom BVerfG „proklamierte ‚Menschenwürde-Vorbehalt‘ aber letztlich doch zu einer recht abstrakten Drohkulisse“ mutiert.¹² Konträr hierzu erblickte *Gärditz* in der Entscheidung einen „verantwortungsvollen Umgang mit der grundrechtlichen Identitätskontrolle“, ja eine „verdienstvolle Beharrlichkeit des BVerfG, seine Reserveverantwortung für rechtsstaatliche Minima gegen bürokratische Vollzugsroutinen aufrecht zu erhalten“,¹³ ohne dabei aber

vorschnell auf Art. 1 Abs. 1 GG zu rekurrieren.¹⁴ *Epik* wiederum belegt in einer ausführlichen Analyse zum englischen Recht die dortigen Defizite des Schutzes des Schweigerechts vor allem auf der Verwertungsebene.¹⁵ Entscheidend sei, so *Epik*, nicht das Vorliegen eines bloß mittelbaren Aussagezwangs, auf den das BVerfG abgestellt hatte, sondern eine „Gesamtschau“ des auf den Beschuldigten ausgeübten Drucks, sein Schweigen zu brechen.¹⁶ Angesichts der im britischen Recht bestehenden Schutzmechanismen hält er die dortige Rechtslage indes für gerade noch vereinbar mit dem aus der Menschenwürde folgenden, nicht rechtshilfespezifisch zu bestimmenden „Kerngehalt der Selbstbelastungs- und Aussagefreiheit“.¹⁷

3. Integrations- und verfassungspolitische Rekonstruktion

Um die heutige Bedeutung der damaligen Entscheidung herauszudestillieren, ist diese allerdings verfassungs- und integrationspolitisch zu rekonstruieren – erging sie doch zu einer Zeit hoher rechtlicher wie politischer Dynamik:

Wenige Monate zuvor, im Dezember 2015, hatte das BVerfG die Identitätskontrolle gegen den EuGH in Stellung gebracht¹⁸ – im konkreten Fall ohne Not¹⁹ –, nachdem jener das gegenseitige Vertrauen überhöht hatte und sich in seinem Gutachten zum Beitritt der EU zur EMRK gegen eine menschenrechtliche Bindung desjenigen Staates, der innerhalb der EU um Rechtshilfe oder Auslieferung ersucht wird, ausgesprochen hatte.²⁰ An diesem scharfen Gegenwind aus Karlsruhe gegen den EuGH – und an der evidenten Notwendigkeit einer Residualkontrolle bei offensichtlich drohenden Grundrechtsverletzungen in demjenigen Staat, der um Rechtshilfe oder Auslieferung ersucht – knüpfte die Verfassungsbeschwerde an und sah sich, auch ausweislich der ergangenen einstweiligen Anordnung, auf einem guten Weg.

Indessen hatte der EuGH bereits am 5. April 2016 in seinem denkwürdigen *Aranyosi und Căldăraru-Urteil*²¹ einen

¹⁴ *Gärditz*, JZ 2016, 1116 (1117).

¹⁵ *Epik*, ZStW 131 (2019), 131 (141 ff.).

¹⁶ *Epik*, ZStW 131 (2019), 131 (137 ff.).

¹⁷ *Epik*, ZStW 131 (2019), 131 (156 ff.).

¹⁸ BVerfGE 140, 317 m. Anm. u. Bspr. (u.a.) *Burchardt*, *ZaöRV* 76 (2016), 527; *Bock*, ZIS 2019, 298; *Brodowski*, JR 2016, 415; *Kühne*, StV 2016, 299; *Meyer*, HRRS 2016, 332; *Nettesheim*, JZ 2016, 424; *Reinbacher/Wendel*, EuGRZ 2016, 333; *Satzger*, NStZ 2016, 514.

¹⁹ *Bock*, ZIS 2019, 298 (302); *Brodowski*, JR 2016, 415 (422 f.).

²⁰ EuGH, Gutachten 2/13 v. 18.12.2014 (EMRK-Beitrittsabkommen) m. Anm. u. Bspr. (u.a.) *Breuer*, EuR 2015, 330; *Castán*, DÖV 2016, 12; *Franzius*, *ZaöRV* 75 (2015), 383; *Schorkopf*, JZ 2015, 781; *Thym*, EuZW 2015, 180; *Wendel*, NJW 2015, 921. Dies lag auch in Konsequenz vorheriger Rechtsprechung des EuGH zum RbEuHb, EuGH, Urt. v. 29.1.2013 – C-396/11 (Radu); EuGH, Urt. v. 26.2.2013 – C-399/11 PPU (Melloni); EuGH, Urt. v. 30.5.2013 – C-168/13 (Jeremy F.).

²¹ EuGH, Urt. v. 5.4.2016 – C-404/15, C-669/15 PPU (*Aranyosi und Căldăraru*) m. Anm. u. Bspr. (u.a.) *Brodowski*,

⁸ BVerfG, Beschl. v. 6.9.2016 – 2 BvR 890/16, Rn. 35.

⁹ BVerfG, Beschl. v. 6.9.2016 – 2 BvR 890/16, Rn. 36.

¹⁰ BVerfG, Beschl. v. 6.9.2016 – 2 BvR 890/16, Rn. 40.

¹¹ BVerfG, Beschl. v. 6.9.2016 – 2 BvR 890/16, Rn. 41.

¹² *Esser*, StV 2017, 241 (242 f.).

¹³ *Gärditz*, JZ 2016, 1116 (1119).

Rechtsprechungswandel begründet: Den in Art. 3, 4, 4a RB 2002/584/JI eng begrenzten Gründen, aus denen ein Europäischer Haftbefehl abgelehnt werden kann, wurde ein verkappeter Reserve-Ablehnungsgrund – konkret bei unmenschlichen Haftbedingungen – beiseitegestellt. Diese Entscheidung ist Wendepunkt in der Rechtsprechung des EuGH zum Europäischen Haftbefehl²² und Teil eines umfassenderen Wandels des EuGH hin zu grundrechtsorientierter Rechtsprechung.²³ Darauf konnte, ja musste das BVerfG reagieren, um nicht unnötig zusätzliches Öl ins Feuer der – in anderen Politikfeldern fortbestehenden – Konfliktlinien²⁴ zwischen BVerfG und EuGH zu gießen.

Hinzu tritt, dass sich die Bevölkerung des Vereinigten Königreichs am 23. Juni 2016 – und damit zwischen einstweiliger Anordnung und ablehnendem Kammerbeschluss des BVerfG – in einem Referendum für einen Austritt aus der Europäischen Union entschieden hatte. In einer Phase, in der die weitere europäische Integration des Vereinigten Königreichs derart fundamental auf der Kippe stand, wäre eine Entscheidung des BVerfG, das britische Strafprozessrecht sei menschenwürdig, nicht ohne Resonanz geblieben.²⁵ Wenngleich das BVerfG verpflichtet ist, allein unter Anwendung verfassungsrechtlicher Maßstäbe zu entscheiden, so operiert es nicht im politikfernen Raum. Daher ist es nicht ausgeschlossen, dass diese außen- bzw. europapolitische Entwicklung – und sei es nur unbewusst – das BVerfG in der verfahrensabschließenden Entscheidung zu größerer Zurückhaltung bewogen hat.

JR 2016, 415; *Kromrey/Morgenstern*, ZIS 2017, 106; *Meyer*, JZ 2016, 621; *Oehmichen*, StV 2017, 257; *Reinbacher/Wendel*, EuGRZ 2016, 333; *Satzger*, NSTZ 2016, 514.

²² Siehe zuvor insb. EuGH, Urt. v. 28.2.2012 – C-192/12 PPU (West), Rn. 55; EuGH, Urt. v. 29.1.2013 – C-396/11 (Radu), Rn. 36; EuGH, Urt. v. 26.2.2013 – C-399/11 PPU (Melloni), Rn. 38; EuGH, Urt. v. 30.5.2013 – C-168/13 (Jeremy F.), Rn. 36; EuGH, Urt. v. 16.7.2015 – C-237/15 PPU (Lanigan), Rn. 36.

²³ Deutlich wird dies etwa in seiner Rechtsprechung zu Art. 49 Abs. 3 GRCh (hierzu *Brodowski*, Die Evolution des Strafrechts, 2023, S. 271 ff. m.w.N.) und zu Art. 50 GRCh (exemplarisch EuGH, Urt. v. 28.10.2022 – C-435/22 PPU).

²⁴ Insbesondere entbrannte ein Streit über die Geldpolitik der EZB, der in BVerfGE 154, 17 (Kompetenzwidrigkeit der Beschlüsse der EZB zum Staatsanleiheprogramm) kulminierte.

²⁵ Eine besondere Schärfe hätte es zudem bedeutet, wenn das BVerfG in einer solchen Entscheidung auf den kurz zuvor erlassenen Art. 7 RL (EU) 2016/343 rekurriert hätte (siehe hierzu die Beiträge von *Bock*, ZfStw 3/2023, 189, und *Müller*, ZfStw 3/2023, 180; jeweils in dieser Ausgabe), der nur aufgrund britischer Sonderrechte nicht für das Vereinigte Königreich galt, vgl. Erwägungsgrund 50 RL (EU) 2016/343 i.V.m. Protokoll Nr. 21 über die Position des Vereinigten Königreichs und Irlands hinsichtlich des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts. Bemerkenswerterweise sind Irland und Dänemark durch diese Richtlinie ebenfalls nicht gebunden, vgl. Erwägungsgründe 50 und 51 RL (EU) 2016/343.

All dies führt dazu, dass die damalige Kammerentscheidung nicht überbewertet, sondern als Kind ihrer Zeit gesehen werden sollte: Heutzutage ist – auch im auslieferungs- und rechtshilferechtlichen Kontext – Art. 7 RL (EU) 2016/343 ebenso in den Blick zu nehmen wie der neu austarierte Grundrechtsschutz durch EuGH und BVerfG, der – seit Dezember 2020 auch durch das BVerfG²⁶ – primär am Maßstab der Unionsgrundrechte ausgerichtet ist; die Identitätskontrolle ist nur noch als Rückfallebene verblieben. Der Beschluss im Verfahren 2 BvR 890/16 ist, jedenfalls im Bereich des Europäischen Haftbefehls, überholt, und für den europäischen Kontext „zu national gedacht“.

II. Die Gewährleistung des Schweigerechts in der strafjustiziellen Zusammenarbeit in der EU

Daher sei nun der Blick gewendet hin zur Ebene der EU: Wie gewährleistet diese das Schweigerecht in der innereuropäischen strafjustiziellen Zusammenarbeit – sei es vor Auslieferung bzw. Überstellung in einen Mitgliedstaat, in dem das Schweigerecht unzureichend gewährleistet wird, sei es vor Rechtshilfe für einen solchen Mitgliedstaat?

1. Priorisierung der Gewährleistung eines hinreichenden Menschenrechtsschutzes im Strafverfolgungsstaat

Aus Perspektive des Europäischen Strafrechts steht für eine Gewährleistung eines hinreichenden Menschenrechtsschutzes primär derjenige Staat in der Verantwortung, der die Strafverfolgung selbst betreibt. Dies ist das Fundament des – zumindest postulierten – „gegenseitigen Vertrauens“ und somit auch der gegenseitigen Anerkennung strafjustizieller Entscheidungen. Besonders deutlich wird dies im Kontext des Europäischen Haftbefehls: Der EuGH betont in ständiger Rechtsprechung, dass die Verhältnismäßigkeit einer Inhaftierung, aber auch die Einhaltung weiterer Grund- und Menschenrechte vorrangig durch den ausstellenden Mitgliedstaat zu gewährleisten ist.²⁷ Das lässt sich – bezogen auf den Europäischen Haftbefehl und auch auf die transnationale Vollstreckung von Strafen – bruchlos auf das Schweigerecht anwenden: Im Grundsatz wird darauf vertraut, dass die Strafverfolgung im Ausstellungsstaat die Menschenrechte zumindest so weitreichend achtet, dass es europäischen Mindeststandards genügt. Ein darüber hinausreichender Schutz kann durch den Vollstreckungsstaat hingegen nicht verlangt werden und berechtigt diesen nicht, die Vollstreckung z.B. eines Europäischen Haftbefehls zu verweigern.

An sich lässt sich dies auch auf die Europäische Ermittlungsanordnung und damit auf den Bereich sonstiger Rechtshilfe übertragen. Eine Modifikation ist jedoch zu beachten, soweit die Leistung der Rechtshilfe auf Durchführung einer

²⁶ BVerfGE 152, 216 m. Bspr. (u.a.) *Swoboda*, ZIS 2021, 66; *Heger/Huthmann*, ZStW 133 (2021), 777, sowie BVerfGE 156, 182 m. Bspr. (u.a.) *Brodowski*, StV 2021, 682.

²⁷ Exemplarisch EuGH, Urt. v. 5.4.2016 – C-404/15, C-669/15 PPU (Aranyosi und Căldăraru), Rn. 85 ff., 90, 99, 103, unter impliziter Inbezugnahme der Schlussanträge des Generalanwalts Bot v. 3.3.2016 – C-404/15, C-669/15 PPU, Rn. 176 ff.

Vernehmung (vgl. Art. 10 Abs. 2 lit. c RL 2014/41/EU) einschließlich einer telefonischen (vgl. Art. 25 RL 2014/41/EU) oder audiovisuellen Vernehmung (vgl. Art. 24 RL 2014/41/EU) gerichtet ist: Dann ist der Vollstreckungsstaat an der Durchführung konkret beteiligt und hat zumindest die Möglichkeit – bei grundrechtsorientierter Auslegung auch die Pflicht –, auf die grundrechtskonforme Durchführung der Ermittlungsmaßnahme hinzuwirken. Wesentliche Pfade hierfür sind, dass die ersuchte Maßnahme primär nach dem Recht des Vollstreckungsstaats durchzuführen ist (also z.B. unter Beachtung inländischer Belehrungspflichten) und vom Anordnungsstaat gewünschte „Formvorschriften und Verfahren“ (etwa eine spezifische Formulierung der Belehrung über das Schweigerecht) nur einzuhalten sind, soweit sie „nicht im Widerspruch zu den wesentlichen Rechtsgrundsätzen des Vollstreckungsstaats stehen“ (Art. 9 Abs. 2 RL 2014/41/EU). Bei einer audiovisuellen Vernehmung, die bei Beschuldigten ohnehin nur mit deren Zustimmung durchgeführt werden kann (Art. 24 Abs. 2 lit. a RL 2014/41/EU), besteht zudem die Pflicht zu einer Belehrung über das „Aussageverweigerungsrecht“ nach dem Recht beider Staaten (Art. 24 Abs. 5 lit. a RL 2014/41/EU) sowie eine Pflicht des „Vertreter[s] der zuständigen Behörde des Vollstreckungsstaats“, bei einer drohenden Verletzung der „wesentlichen Grundsätze des Rechts des Vollstreckungsstaats“ einzuschreiten und diese zu unterbinden (Art. 24 Abs. 5 lit. a RL 2014/41/EU). In Bezug auf die Vernehmung ist die Verantwortung für die Achtung des Schweigerechts daher zumindest geteilt, wenn nicht sogar prioritär auf den Vollstreckungsstaat übertragen.

2. Unionsrechtliche Absicherung des Schweigerechts im Strafverfolgungsstaat

Das Vertrauen in die Gewährleistung des Schweigerechts in demjenigen EU-Mitgliedstaat, der die Strafverfolgung führt, lässt sich inzwischen nicht mehr nur auf die Geltung der EMRK in allen Mitgliedstaaten stützen, sondern – mit Ausnahme Dänemarks und Irlands – auch auf Art. 7 der RL (EU) 2016/343: Die Mitgliedstaaten haben bezogen auf das „Recht, die Aussage zu verweigern, und das Recht, sich nicht selbst belasten zu müssen“ sicherzustellen, dass „[d]ie Wahrnehmung des Rechts, die Aussage zu verweigern, oder des Rechts, sich nicht selbst belasten zu müssen“ zumindest nicht „als Beweis“ für die Schuld gelten darf. Im Übrigen aber weist diese Bestimmung – auch im Lichte des Erwägungsgrundes 28 – einen sehr interpretationsbedürftigen Regelungsgehalt auf,²⁸ der bislang auch weder durch Rechtsprechung des EuGH noch im Kommissionsbericht zur Umsetzung der Richtlinie²⁹ näher konturiert wurde.

Allerdings ist Art. 7 RL (EU) 2016/343 seinerseits im Lichte der EU-Grundrechtecharta auszulegen, die insoweit ohne Weiteres anwendbar ist (vgl. Art. 51 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GRCh). Art. 47 Abs. 2 und Art. 48 GRCh wiederum haben durch die Große Kammer des EuGH im wirtschaftsstrafrechtlichen Kontext im Februar 2021 eine wesentliche Präzisie-

rung erfahren: Kohärent zur Rechtsprechung des EGMR zu Art. 6 EMRK sei diesen Bestimmungen auch das nicht ausdrücklich erwähnte Schweigerecht zu entnehmen, das „eine allgemein anerkannte Norm des Völkerrechts darstellt, die zum Kern des Begriffs des fairen Verfahrens gehört. Indem der Angeklagte vor missbräuchlichem Zwang der Behörden bewahrt wird, trägt dieses Recht dazu bei, Justizirrtümer zu vermeiden und das mit Art. 6 [EMRK] angestrebte Ergebnis zu gewährleisten [...]“.³⁰ Dieses Schweigerecht werde „u.a. dann verletzt, wenn ein Verdächtiger, dem bei einer Aussageverweigerung Sanktionen drohen, entweder aussagt oder wegen seiner Weigerung bestraft wird“.³¹ Zu mittelbaren Zwangswirkungen – etwa einer nachteiligen Beweiswürdigung bei Teilschweigen – brauchte sich der EuGH angesichts der konkreten Vorlagefragen nicht zu verhalten. Jedenfalls aber sei das Schweigerecht, so der EuGH weiter, „bei vernünftiger Betrachtung nicht auf Eingeständnisse von Fehlverhalten oder auf Bemerkungen, die unmittelbar die befragte Person belasten, beschränkt [...], sondern erstreckt sich auch auf Informationen über Tatsachenfragen, die später zur Untermauerung der Anklage verwendet werden und sich damit auf die Verurteilung dieser Person oder die gegen sie verhängte Sanktion auswirken können“.³² Wesentlich war in dieser Entscheidung, dass der EuGH das Schutzniveau bezogen auf natürliche Personen entwickelte und explizit von der im Kartellsanktionenrecht für Unternehmen geltenden Mitwirkungspflicht differenzierte.³³

3. Ablehnung strafjustizieller Zusammenarbeit bei unzureichender Gewährleistung des Schweigerechts im Anordnungsstaat?

Unbeschadet der unionsrechtlichen Priorisierung der Gewährleistung des Schweigerechts durch den Anordnungsstaat: Welche Möglichkeiten, welche Pflichten verbleiben für eine Residualkontrolle durch den Vollstreckungsstaat, wenn Anzeichen dafür bestehen, dass das Schweigerecht dort nicht hinreichend gewährt wird? Die RL (EU) 2016/343 schweigt zum transnationalen Kontext. Wie der EuGH zu einer anderen strafverfahrensrechtlichen Richtlinie bereits ausgeführt hat, lassen sie sich auch nicht entsprechend auf das Auslieferungs- und Rechtshilferecht übertragen.³⁴ Vielmehr wacht über die zureichende Umsetzung dieser Richtlinien grundsätzlich³⁵ die Kommission, die hierbei indes keine aktuellen Einzelfälle, sondern die systemische Rechtslage in den Blick nimmt.³⁶

³⁰ EuGH, Urt. v. 2.2.2021 – C-481/19 (DB), Rn. 38.

³¹ EuGH, Urt. v. 2.2.2021 – C-481/19 (DB), Rn. 39.

³² EuGH, Urt. v. 2.2.2021 – C-481/19 (DB), Rn. 40.

³³ EuGH, Urt. v. 2.2.2021 – C-481/19 (DB), Rn. 46 ff; siehe hierzu den Beitrag von Müller, ZfIStw 3/2023, 180, in dieser Ausgabe.

³⁴ EuGH, Urt. v. 28.1.2021 – C-649/19 (IR) zur RL 2012/13/EU.

³⁵ Zwar können auch Mitgliedstaaten untereinander ein Vertragsverletzungsverfahren bestreiten; dies ist jedoch in der europäischen Rechtspraxis atypisch.

³⁶ Zur Methodik Brodowski (Fn. 23), S. 466 f. m.w.N.

²⁸ Siehe hierzu den Beitrag von Bock, ZfIStw 3/2023, 189, in dieser Ausgabe.

²⁹ KOM (2021) 144 endg. v. 31.3.2021, S. 8.

Eine Europäische Ermittlungsanordnung kann aber vom Vollstreckungsstaat – über die zuvor genannten Besonderheiten bei Vernehmungen hinausgehend – abgelehnt werden, wenn „berechtigte Gründe für die Annahme“ bestehen, dass die Vollstreckung mit dem europäischen *ordre public* unvereinbar wäre (Art. 11 Abs. 1 lit. f RL 2014/41/EU). Dieser europäische *ordre public* richtet sich unmittelbar nach Art. 6 EUV und der GRCh; zu dessen Auslegung und Konturierung aber kann neben der EMRK auch die – diffuse – Bestimmung in Art. 7 RL (EU) 2016/343 herangezogen werden. Dieser europäische Mindeststandard erkennt zwar divergente Ausdifferenzierungen des Schweigerechts an, wie sich z.B. an den Streitfragen des Teilschweigens, des Einsatzes von Polygraphen oder an der Berücksichtigung nonverbalen Verhaltens des Beschuldigten zeigt.³⁷ Wichtig ist aber, dass dieser Mindeststandard europäisch zu bestimmen und nicht notwendigerweise gleichzusetzen ist mit dem, was nach deutschem Verständnis eine Verletzung des Menschenwürdekerns des Schweigerechts bedeuten würde.³⁸ Allerdings ist zu betonen, dass Art. 11 Abs. 1 lit. f RL 2014/41/EU zwar eine Ablehnung der Leistung von Rechtshilfe ermöglicht, nicht aber dazu zwingt – so aber die deutsche Umsetzung in §§ 73 S. 2, 91b Abs. 3 IRG.³⁹

Im Rahmenbeschluss über den Europäischen Haftbefehl fehlt es an einem vergleichbaren Ablehnungsgrund des europäischen *ordre public*. Als Ausweg, das Schweigerecht auch hier abzusichern, besteht aber die Möglichkeit, die Rechtsprechung des EuGH zum verkappten Ablehnungsgrund des Art. 1 Abs. 3 RB 2002/584/JI heranzuziehen: Zwar hat der EuGH diesen Weg bislang lediglich bei unzureichenden Haftbedingungen⁴⁰ und bei Mängeln der Rechtsstaatlichkeit, insbesondere bezogen auf eine mangelnde Unabhängigkeit der Justiz,⁴¹ beschritten. Die fragile normative Grundlage ist aber offen für eine Übertragung auf andere Grundrechtsgewährleistungen. Für das Schweigerecht problematisch ist indes, dass der vom EuGH angewandte zweistufige Test erstens einen Nachweis „systemischer oder allgemeiner Mängel“ verlangt, die sich zweitens auch im Einzelfall konkret auswirken drohen müssen. Wird daher, aus der Perspektive des Art. 6 Abs. 1 EMRK, das Schweigerecht im anderen Mitgliedstaat grundsätzlich hinreichend gewährleistet, so kann einer Auslieferung nicht entgegeng gehalten werden, dass

³⁷ Siehe hierzu den Beitrag von *Bock*, ZfIStw 3/2023, 189, in dieser Ausgabe.

³⁸ In diese Richtung aber *Epik*, ZStW 131 (2019), 131 (154 ff.).

³⁹ Zur Frage, ob eine Umsetzung fakultativer als zwingende Ablehnungsgründe unionsrechtskonform ist, liegen dem EuGH zum Europäischen Haftbefehl Vorabentscheidungsersuchen des KG vor, die unter den Rs. C-396, 397 und 398/22 geführt werden.

⁴⁰ Grundlegend EuGH, Urt. v. 5.4.2016 – C-404/15, C-669/15 PPU (Aranyosi und Căldăraru).

⁴¹ Grundlegend EuGH, Urt. v. 25.7.2018 – C-216/18 PPU (LM) mit Anm. und Bespr. (u.a.) *Bárd/van Ballegooij*, NJECL 9 (2018), 353; *Böhm*, NSTZ 2019, 256 (260 f.); *Hummer*, EuR 2018, 653; *Stotz*, ZIS 2018, 443 (448 f.); *Wendel*, EuR 2019, 111.

die Schutzmechanismen in einem atypischen Fall unzureichend sind oder unzureichend berücksichtigt wurden. Abhilfe und eine Annäherung zur Europäischen Ermittlungsanordnung könnte hier indes eine Generalisierung des Vorschlags des Generalanwalts Sánchez-Bordona bringen, dem zufolge bei einer atypischen, aus Besonderheiten des speziellen Falles folgenden schwerwiegenden Gefahr einer Grundrechtsverletzung die erste Stufe zu überspringen und lediglich die zweite Stufe – konkretes Risiko im Einzelfall – zu prüfen sei.⁴²

III. Zur transnationalen Gewährleistung des Schweigerechts durch Deutschland

Anders als dies die einstweilige Anordnung und sodann die Kammerentscheidung des BVerfG aus dem Jahr 2016 nahelegen, ist zur transnationalen Absicherung des Schweigerechts gegenüber Mitgliedstaaten der EU ein Rückgriff auf die Identitätskontrolle entbehrlich: Deutschland hat, wenn im ersuchenden Staat eine Unterschreitung des europäischen Mindeststandards droht, explizit die Möglichkeit, eine Europäische Ermittlungsanordnung abzulehnen, und implizit – jedenfalls bei couragierter Lesart des Art. 1 Abs. 3 RB 2002/584/JI – die Möglichkeit, einen Europäischen Haftbefehl nicht zu vollstrecken.⁴³ Innerstaatlich ist dies durch § 73 S. 2 IRG bzw. § 91b Abs. 3 IRG auch zu einer Pflicht verdichtet, über deren Einhaltung – am Maßstab der GRCh – das Bundesverfassungsgericht auf Verfassungsbeschwerde hin wacht.

Gegenüber Nicht-EU-Mitgliedstaaten⁴⁴ – und daher in zwischen auch gegenüber dem Vereinigten Königreich⁴⁵ – sind die Ablehnungsmöglichkeiten hingegen erweitert: Nach § 73 S. 1 IRG ist insoweit die Leistung von Rechtshilfe „unzulässig, wenn sie wesentlichen Grundsätzen der deutschen Rechtsordnung widersprechen würde“ (deutscher *ordre public*). Bei aller Notwendigkeit einer Wertungsoffenheit gegenüber der Austarierung des Menschenrechtsschutzes in anderen Staaten ist es keineswegs zwingend, dies mit dem europäischen Mindeststandard gleichzusetzen⁴⁶ oder nur auf den Menschenwürdekern des Schweigerechts zu reduzieren.

⁴² EuGH, Schlussanträge v. 1.12.2022 – C-699/21 (E.D.L.), zu einer schwerwiegenden Gefahr für die Gesundheit der gesuchten Person.

⁴³ Wer unter dieser Prämisse für einen verbleibenden Anwendungsbereich für die Identitätskontrolle streitet, müsste zunächst einen menschenwürderelevanten Kern des Schweigerechts herausdestillieren, der nicht vom europäischen Mindeststandard abgedeckt ist.

⁴⁴ Ausnahme: Norwegen und Island, vgl. § 73 S. 2 IRG.

⁴⁵ Das Vereinigte Königreich betreffend enthält Art. 604 lit. c Abkommen über Handel und Zusammenarbeit zwischen der Europäischen Union und der Europäischen Atomgemeinschaft einerseits und dem Vereinigten Königreich Großbritannien und Nordirland andererseits (EU-UK-Abkommen) einen verkappten Grundrechtsvorbehalt, bei dem – anders als beim *europäisch* zu verstehenden Art. 524 Abs. 2 EU-UK-Abkommen – ein Auslegungsspielraum hin zu einem *nationalen* *ordre public* besteht.

⁴⁶ Dies wäre mikrosystematisch im Hinblick auf § 73 S. 2 IRG ohnehin zweifelhaft.

Vielmehr öffnet dies die Chance, auch solchen wesentlichen Wertentscheidungen des Gesetzgebers transnationale Wirkung zu verleihen, die oberhalb des unverzichtbaren Minimums⁴⁷ liegen. Bezogen auf das Schweigerecht heißt dies etwa Folgendes: Die Flankierung von Mitwirkungspflichten (etwa im Insolvenzrecht) durch strikte strafrechtliche Verwendungsverbote, die das BVerfG aus Gründen der Verhältnismäßigkeit verlangt,⁴⁸ unterliegt zwar nicht dem Menschenwürdekern des Schweigerechts. Derartige Verwendungsverbote sind aber als wesentliche Grundentscheidung der deutschen Rechtsordnung auch im Rechtshilfe- und Auslieferungsrecht vermittelt über § 73 S. 1 IRG beachtlich.

Wird umgekehrt gegenüber Deutschland Rechtshilfe geleistet, ist die Pflicht zur Gewährleistung des Schweigerechts durch deutsche Stellen in den Blick zu nehmen: Man denke an die Verwertung von Erkenntnissen, die ein anderer Staat unter Verletzung des Schweigerechts erhoben hat (z.B. infolge unterbliebener Belehrung des Beschuldigten über seine Rechte). Zieht man die aktuelle Leitentscheidung des 5. *Strafsenats* zur Verwertbarkeit von durch ausländische Stellen erhobenen Beweismitteln heran, so ist einzige hier relevante Verwertungsschranke der deutsche bzw. europäische *ordre public*⁴⁹ und damit nur eine fragmentarische, auf seine Essenz reduzierte Gewährleistung des Schweigerechts. Allerdings: Waren deutsche Stellen im Vorfeld an der Beweiserhebung durch ausländische Stellen beteiligt, so müssen sie sich fragen lassen, ob sie alles unternommen haben, um auf die umfassende Gewährleistung des Schweigerechts im konkreten Fall hinzuwirken.⁵⁰

IV. Schluss

Im Auslieferungs- und Rechtshilferecht kann § 73 S. 1 IRG mutig(er) in Stellung gebracht werden, um das Schweigerecht über seinen Menschenwürdekern hinausgehend auch transnational zu schützen. In der europäisch-transnationalen Zusammenarbeit wiederum ist evident, dass die Gewährleistung des Schweigerechts – anders als dies das BVerfG 2016 nahelegte – nicht auf einen Menschenwürdekern reduziert, sondern europäisch zu vermessen ist. Es verbleibt aber ein schaler Beigeschmack: Der Schutz des Schweigerechts reicht insoweit nicht weiter als die gesamt Betrachtungsfixierte Rechtsprechung des EGMR und die diffuse Regelung in Art. 7 RL (EU) 2016/343. Abhilfe könnte, bis zu einem Eingreifen des Gesetzgebers, eine Fortentwicklung der EuGH-Rechtsprechung liefern, die dieser auf Grundlage der Art. 47 Abs. 2, 48 GRCh begründet hat⁵¹ – aber das bedarf geeigneter Vorlagen durch mitgliedstaatliche Gerichte.

⁴⁷ Gleich ob man diesen menschenwürdebezogen bestimmt – so tendenziell das BVerfG – oder im Rahmen der Verhältnismäßigkeit Rechtshilfe- und außenpolitische Belange mitberücksichtigt – so *Burchard* (Fn. 3), IRG § 73 Rn. 51.

⁴⁸ BVerfGE 56, 37 (41).

⁴⁹ Vgl. BGHSt 67, 29 (Rn. 34 ff.).

⁵⁰ Vgl. *Brodowski*, in: Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas (Fn. 3), IRG Vor § 68 Rn. 12 ff.

⁵¹ EuGH, Urt. v. 2.2.2021 – C-481/19 (DB); siehe hierzu den Beitrag von *Müller*, ZfIStw 3/2023, 180, in dieser Ausgabe.