

DR. IUR. H. C. GERHARD STRATE  
KLAUS-ULRICH VENTZKE

RECHTSANWÄLTE

DR. IUR. H.C. GERHARD STRATE  
KLAUS-ULRICH VENTZKE  
JOHANNES RAUWALD  
RECHTSANWÄLTE

An das  
Bundesverfassungsgericht  
Schlossbezirk 3  
76131 Karlsruhe

Hamburg, am 23.03.2022/gs

## Verfassungsbeschwerde

gegen

1. das Urteil des Landgerichts Rostocks vom 23.07.2021 – 18 KLS 36/21
2. den Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 08.02.2022 – 6 StR 639/21

wegen

Verstoßes gegen die Gewährleistung des gesetzlichen Richters (Art. 101 Abs. 1 Satz 2 des Grundgesetzes) sowie einer Beeinträchtigung seiner Rechte aus Art. 7 und 8 der Grundrechtecharta.

## **I. Verfahrensgegenstand**

Der Beschwerdeführer war durch Urteil des Landgerichts Rostock vom 23.07.2021 wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln zu einer Freiheitsstrafe von fünf Jahren verurteilt worden. Die Beweisführung des Gerichts beruhte maßgeblich auf der Auswertung von Dateien, die heimlich von französischen Behörden bei der Kommunikation mit Mobiltelefonen der Marke Encrochat gewonnen worden und nach Ergehen einer Europäischen Ermittlungsanordnung der Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt am Main nach Deutschland transferiert worden waren. Im Revisionsverfahren war der Bundesgerichtshof damit konfrontiert worden, dass die Ermittlungshandlungen der französischen Behörden und der Transfer der (vorgeblich) den Beschwerdeführer betreffenden Daten nach Deutschland durch die allein maßgebliche Richtlinie 2014/41/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 03.04.2014 über die Europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen gedeckt seien. Auch wenn der Beschwerdeführer die Erläuterung der (aus seiner Sicht) bestehenden Rechtslage nicht mit einem ausdrücklichen Antrag zur Vorlage der Sache an den Europäischen Gerichtshof gemäß Art. 267 Abs. 3 AEUV verbunden hatte, so war es doch willkürlich, die Anwendbarkeit und Maßgeblichkeit der genannten Richtlinie für die Entscheidung des vorliegenden Falles nicht durch eine Vorlage an den Europäischen Gerichtshof überprüfen zu lassen.

## **2. Vollmacht**

Eine den Unterzeichner legitimierende Vollmacht ist im Original beigelegt. Die das Verfahren abschließende Entscheidung des Bundesgerichtshofs ist dem Beschwerdeführer und dem Unterzeichner als Verteidiger am 24.02.2022 zugegangen.

## **3. Verfahrensgeschichte**

Der Beschwerdeführer wurde am 23.07.2021 nach siebentägiger Hauptverhandlung wegen Betäubungsmittelhandel in fünf Fällen zu einer Freiheitsstrafe von fünf Jahren verurteilt. Eine Ablichtung der schriftlichen Urteilsgründe überreiche ich als

A n l a g e 1.

Eingangs der schriftlichen Urteilsgründe heißt es zusammenfassend:

*„Spätestens Anfang April 2020 entschloss sich der Angeklagte, aich auch weiterhin Betäubungsmittel in erheblichen mängen zum gewinnbringenden Weiterverkauf zu verschaffen. Dazu hatte der Angeklagte sich bereits einige Monate zuvor ein sogenanntes Encro-Chat-Handy besorgt, um die zur Tatbegehung notwendige Tatkommunikation jedenfalls mit einem nicht identifizierten Lieferanten aus Berlin vollverschlüsselt unter Verwendung der EncroChat-Kennung [castlepear@encrochat.com](mailto:castlepear@encrochat.com) abwickeln zu können.*

*Bei dem vom Angeklagten genutzten EncroChat-Handy handelte es sich um ein nicht im regulären Handel erhältliches und technisch modifiziertes Android-Smartphone der Marke BQ Modell Aquaris X2, das mit einer speziellen Software ausgerüstet wurde und sodann geeignet war, unter anderem Textnachrichten und Bilddateien Ende-zu-Ende vollverschlüsselt mit anderen EncroChat-Nutzern unter der Domain encrochat.com auszutauschen.*

*Betreiber des EncroChat-Dienstes unter der Domain encrochat.com war ein in Europa ansässiges Unternehmen, das den Datenverkehr über in Frankreich befindliche Server abwickelte. Der vom Angeklagten dabei verwendete Benutzername [castlepear@encrochat.com](mailto:castlepear@encrochat.com) war vom Anbieter bereits vorgegeben und dem Angeklagten zusammen mit dem Smartphone BQ Aquaris X2 überlassen worden.*

*Französischen Ermittlungsbehörden gelang es, den bis dahin vollschlüsselten Chat-Verkehr unter der Domain encrochat.com zu infiltrieren, aufzuzeichnen und zu speichern. Die vom Angeklagten im Zeitraum vom 29.03.2020 bis zum 01.06.2020 versandten und empfangenen Textnachrichten und Bilddateien wurden den zuständigen deutschen Ermittlungsbehörden im Wege der internationalen Rechtshilfe übermittelt“ (Anlage 1, S. 3-4)*

Die die Beweisführung betreffenden Teile des Urteils beginnen mit folgendem Satz:

*„Das zentrale Beweismittel im vorliegenden Verfahren waren die vom Angeklagten unter der EncroChat-Kennung [castlepear@encrochat.com](mailto:castlepear@encrochat.com) versandten und empfangenen Nachrichten, die er im Zeitraum vom 29.03.2020 bis 31.05.2020 mit seinem unbekanntem Lieferanten unter dessen Kennung [localrain@encrochat.com](mailto:localrain@encrochat.com) ausgetauscht hat. „Die Chat-Inhalte wurden durch Verlesung gemäß § 249 Abs. 2 StPO in das Verfahren eingeführt. Die versandten Bilddateien wurden in Augenschein genommen.“ (Anlage 1, Seite 8)*

Alsdann wird die Vorgeschichte der „Kaperung“ des EncroChat-Servers und der Ausspähung der EncroChat-Nutzer sowie die Verteilung der so gewonnenen Daten an die deutschen Strafverfolgungsbehörden wie folgt geschildert:

*„Aus den gemäß § 249 Abs. 2 StPO eingeführten Schriftstücken aus dem Sonderband, Rechtshilfe mit Frankreich‘ ergab sich folgender Hergang in Bezug auf die Übermittlung der von den französischen Ermittlungsbehörden erhobenen EncroChat-Daten an die deutschen Ermittlungsbehörden:*

*Mit Datum vom 02.06.2020 erließ die Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt am Main (Az.: 62 UJs 50005/20) in einem bis dahin gegen Unbekannt geführten Verfahren wegen bandenmäßigen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge sowie wegen Bildung einer kriminellen Vereinigung und anderer schwerer Straftaten eine Europäische Ermittlungsanordnung (EEA), gerichtet an die Französische Republik, mit dem Ersuchen um Genehmigung der unbeschränkten Verwendung der betreffenden Daten bezüglich der über EncroChat ausgetauschten Kommunikation der Strafverfahren gegen Personen wegen Straftaten nach dem innerstaatlichen Recht der Bundesrepublik Deutschland.*

*Daraufhin genehmigte die für Untersuchungsverfahren zuständige Vizepräsidentin des Berufungsgerichts Douai / Strafgericht Lille in Frankreich am 13.06.2020 die Übermittlung von Informationen, gegebenenfalls über Europol, aufgrund der digitalen Erfassung im Rahmen des Untersuchungsverfahrens Nr. JIRSAC/20/5 in Bezug auf die auf dem deutschen Staatsgebiet begangenen Straftaten unter Bezug auf die vorerwähnte Europäische Ermittlungsanordnung vom 02.06.2020.*

*In der Entscheidung wurde darauf hingewiesen, dass die im Rahmen des vorliegenden Rechtshilfeersuchens übermittelten Informationen von den deutschen Behörden im Rahmen eines jeden Ermittlungsverfahrens und im Hinblick auf jedwedes Gerichts-, Strafverfolgungs- oder Untersuchungsverfahren oder ein Urteil verwendet werden können. Die Daten könnten ab dem Datum der Entscheidung im Rahmen der kontradiktorischen Beurteilung von Gerichtsverfahren, in denen die betroffenen Personen festgenommen wurden, verwendet werden.*

*Aus dem zusammenfassenden Protokoll zum Rechtshilfeersuchen, verfasst von der Kriminalpolizei in Pontoise / Frankreich mit Datum vom 06.07.2020, ergab sich, dass bereits am 05.11.2018 vom Zentrum zum Kampf gegen die digitale Kriminalität in Pontoise / Frankreich auf Anweisung der Staatsanwaltschaft Lille ein Verfahren eingeleitet wurde mit dem Ziel, die mit EncroChat verschlüsselte Kommunikation zu entschlüsseln, die hauptsächlich von Personen genutzt wurde, die Verbindungen zur organisierten Kriminalität und insbesondere im Bereich des Drogenschmuggels hatten. Die Server zur Unterstützung der Encro-Chat-Infrastruktur befanden sich in Roubaix / Frankreich. Dort fand vom 01.04.2020 bis zum 30.06.2020 eine Datenerfassung statt.*

*Weiterhin berichtete das Protokoll zu den Ermittlungen zum Rechthilfeersuchen, ebenfalls verfasst von der Kriminalpolizei in Pontoise / Frankreich mit Datum vom 06.07.2020, darüber, dass die am 01.04.2020 geschaltete Datenerfassung auf EncroChat-Telefonen vom Haftrichter am Strafgericht Lille und im Verlauf der Ermittlung vom Ermittlungsrichter fortlaufend genehmigt wurde. Es sollten - über Europol - alle erfassten Daten an die Bundesrepublik Deutschland weitergegeben werden, die sich auf Deutschland bezogen, wobei es sich um zwei Arten von Daten handelte:*

- *Die ‚vorherigen‘ Daten, die sich zu dem Zeitpunkt auf dem Telefon befanden, als das Abfrage-Tool auf dem Telefon installiert wurde, mit der Bedingung, dass sich das Telefon zum Zeitpunkt der Installation des Abfrage-Tools auf deutschem Boden befunden hat.*
- *Die direkt ‚live‘ im Rahmen der Datenerfassung erfassten Daten, ebenfalls unter der Bedingung, dass sich das Telefon auf deutschem Gebiet befunden hat.*

*Dabei wurde das Kriterium der Territorialität über eine Lokalisierung der von den betreffenden Mobilfunkgeräten jeweils genutzten Mobilfunkantennen festgelegt.*

*Der weitere Hergang war aus dem Datenlieferungsbericht des Bundeskriminalamtes vom 26.08.2020 ersichtlich, der in der Hauptverhandlung verlesen wurde. Daraus ergab sich folgendes: Bei dem BKA wurde eine besondere Aufbauorganisation (BAO) mit der Bezeichnung ‚Thor‘ eingerichtet. Diese erhielt über Europol Daten zu den verschlüsselten Mobiltelefonen des Anbieters EncroChat.*

*Im Zeitraum vom 03.04.2020 bis zum 28.06.2020 wurden dem BKA durch Europol tägliche Datenlieferungen zur Verfügung gestellt. Diese wurden zum Zwecke der Datenübermittlung. Als 8 Datenpakete in komprimierter und verschlüsselter Form bereitgestellt.*

*Die Datenpakete selbst waren nach den Kriterien der genutzten IMEI (International Mobile Equipment Identity - Internationale Identifikationsnummer für Mobilfunkgeräte) und IMSI (International Mobile Subscriber Identity — Internationale Mobilfunkteilnehmerkennung) kategorisiert. Zusätzlich wurden Prüfsummen (sogenannte Hashwerte) bereitgestellt, um die Korrektheit/Integrität der Daten auch nach einem Kopiervorgang prüfen zu können.*

*Das BKA hat die Datensätze im genannten Zeitraum täglich auf das behörden-eigene IT-System übertragen, entschlüsselt und entpackt sowie - mithilfe der ebenfalls übermittelten Prüfsummen - die Korrektheit der Daten überprüft. Im*

*Rahmen der technischen Datenaufbereitung wurde der Datenbestand dann in ein für die Auswertung geeignetes Tabellenformat (Excel) überführt, wobei es sich um Anpassungen in der Form handelte. Es fanden keine Veränderungen inhaltlicher Natur statt.*

*Der Datenlieferungsbericht des BKA vom 26.08.2020 schließt Datenverluste ausdrücklich und nachvollziehbar aus. Es heißt insofern zu den von Europol übermittelten Daten - die im Sinne des Datensicherungsberichts als ‚Originaldatenbestand‘ bezeichnet wurden – dass der vom BKA aufbereitete Datenbestand sich vom ‚Originaldatenbestand‘, d. h. dem Datenbestand, der insgesamt von Europol an das BKA übermittelt wurde, nur in folgenden Punkten unterschied:*

- *Die Inhalte wurden, soweit dies möglich war, entschlüsselt.*
- *Die täglich gelieferten Datenpakete wurden zu einem Gesamtdatenbestand zusammengeführt, der nach den Kriterien der IMEI-IMSI-Kombinationen und den verwendeten Nutzernamen (E-Mail mit der Domain ‚Encrochat‘) strukturiert war.*
- *Der Datenbestand wurde auf augenscheinlich potentiell relevante Inhalte beschränkt, indem technische Datenfelder, wie zum Beispiel Datenbank-IDs, ausgefiltert wurden.*

*Im Rahmen der Aufbereitung der Datensätze wurde die Grundstruktur des Datenbestandes geordnet nach IMEI-IMSI-Kombinationen beibehalten. Das bedeutet, dass für jede IMEI-IMSI-Kombination, d.h. für jede Kombination von genutztem Mobilfunkgerät und Mobilfunkkarte eigene Datensätze zur inhaltlichen Auswertung bereitgestellt wurden.*

*Es kommt hinzu, dass mit den Datenlieferungen von Europol an das BKA jeweils Prüfsummen bereitgestellt wurden, um die Integrität der Daten auch nach erfolgten Kopiervorgängen überprüfen zu können. Diese Prüfung wurde vom BKA auch durchgeführt, erst danach erfolgte eine weitere Aufbereitung der Datensätze.*

*Bei dieser Verfahrensweise, die vom Erhalt der Daten über Europol, der anschließenden Weitergabe über das BKA an die jeweiligen Landeskriminalämter bis zur inhaltlichen Auswertung durch die zuständigen Fachkommissariate die Ordnungsstruktur nach den IMEI-IMSI-Kombinationen beibehalten hat, ergaben sich keine Hinweise auf eine Verletzung der Datenintegrität oder auf inhaltliche Veränderungen der übermittelten Datensätze.“ (Anlage 1, S. 8-11)*

In der Hauptverhandlung war die Auseinandersetzung um die Verwendbarkeit des im Rahmen der von Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt am Main erlassenen Europäischen Ermittlungsanordnung ihr von französischen Behörden über Europol und das Bundeskriminalamt zugeleiteten Datenmaterials Gegenstand eines lebhaften Prozessgeschehens, in welchem die Verteidiger der Verwendbarkeit durch zahlreiche Anträge widersprachen. Das Landgericht nahm jedoch – hierbei unterstützt durch die Staatsanwaltschaft – an dieser Art der Beweisgewinnung keinen Anstand und bekräftigte dies in einer Reihe von Beschlüssen.

Diese Verfahrensabläufe sind in der als

## A n l a g e 2

in Ablichtung beigefügten Revisionsbegründung geschildert, die im Hinblick auf die Darstellungserfordernisse des § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO insgesamt 196 Seiten umfasst. Die Verteidigung hatte in der Hauptverhandlung der Verwertung der EncroChat-Daten umfassend widersprochen und beanstandete alle Beweisgewinnungsakte, die entweder EncroChat-Daten unmittelbar zum Gegenstand hatten oder aber Beweismittel betrafen, die auf der Grundlage ihrer Auswertung im Ermittlungsverfahren in den Prozess eingeführt werden sollten. Die von der Verteidigung im Revisionsverfahren vorgetragene Verfahrensrüge beschränkte sich alsdann auf die für die Beweisführung zum Schuldspruch „zentrale“ Einführung der Chatverläufe im Selbstleseverfahren.

Hierbei ist hervorzuheben, dass die Verteidigung in der Hauptverhandlung mit einem Antrag vom 01.06.2021 der Beweiserhebung über die EncroChat-Daten umfassend widersprochen (Revisionsbegründung - Anlage 2, S. 12-26) ) und bereits die Vereinbarkeit der auf der Grundlage der EncroChat-Daten vorgenommenen Beweisführung mit den Vorschriften der Richtlinie 2014/14/EU vom 03.04.2014 zum Thema gemacht sowie eine Vorlage der daraus sich aufdrängenden Fragen an den Europäischen Gerichtshof zum Thema gemacht hatte:

*„Aus diesem Grund wird neben dem ausdrücklichen Widerspruch, die Beweise im hiesigen Verfahren zu erheben oder zu verwerten, beantragt,*

***das Verfahren auszusetzen und zur Klärung der im Schriftsatz dargelegten Rechtsfragen dem Europäischen Gerichtshof in Luxemburg vorzulegen:***

*1.*

*Sind die von Art 5 RL geforderten inhaltlichen Angaben und die aus Art. 6 Abs. 1 lit..a RL abzuleitenden Prüfungspflichten der Anordnungsbehörde dahin zu verstehen, dass eine EEA in einem gegen ‚UNBEKANNT‘ geführten Strafverfahren, das nicht einmal*

*eine konkret begangene Straftat zum Gegenstand hat, von Beginn an nicht erlassen werden darf?*

2.

*Ist Art. 3 RL dahingehend zu verstehen, dass auch eine Online-Durchsuchung als ‚Ermittlungsmaßnahme‘ einer EEA in Betracht kommt? Für diesen Fall: Ist Art. 30 RL so zu verstehen, dass eine solche Online-Durchsuchung als ‚Überwachung des Telekommunikationsverkehrs mit technischer Hilfe eines anderen Mitgliedstaats‘ zu verstehen und sich demzufolge nur auf Daten im Zusammenhang mit ‚Kommunikation‘ zwischen mindestens zwei Personen erstrecken darf?*

3.

*Genügt es für die von der Anordnungsbehörde anzustellende ‚Vergleichbarkeit der in der EEA angegebenen Ermittlungsmaßnahme‘ im Sinne von Art. 6 Abs. 1 lit. b RL bei einer auf Überlassung im Vollstreckungsstaat bereits befindlichen Beweismitteln gerichteten EEA nur auf die Herausgabe von Beweismitteln abzustellen oder verpflichtet die Prüfung der ‚Vergleichbarkeit‘ zur Prüfung eine prozessualen Ermächtigungsgrundlage im nationalen Strafverfahren des ‚Anordnungsstaates, um diese Beweismittel überhaupt erlangen zu können und um zu verhindern, dass sich der Anordnungsstaat mit Hilfe der EEA den Bindungen des innerstaatlichen Rechts entzieht?*

4.

*Ist für den von Art. 14 Abs. 2 RL geforderten Rechtsschutz im Anordnungsstaat (im Rahmen der Beweisverwertung) im Falle einer EEA, die auf der Übergabe von bereits im Besitz der Vollstreckungsbehörde befindlichen Beweismitteln gerichtet ist, auf die der Besitzerlangung zugrunde liegende, mutmaßlich grundrechtsintensive ‚Ermittlungsmaßnahme abzustellen, die zur Erlangung diese Beweismittel geführt hat, um die Absenkung des Beschuldigtenschutzes im Anordnungsstaat zu vermeiden?“ (Revisionsbegründung – Anlage 2, S. 25-26)*

In der am folgenden Sitzungstag verkündeten Entscheidung beschied das Landgericht diesen Antrag mit folgenden Worten:

*„Eine Aussetzung des Verfahrens zur Vorlage von Rechtsfragen an den Europäischen Gerichtshof in Luxemburg ist nicht veranlasst. Der hierauf gerichtete Antrag war als unbegründet zurückzuweisen.*

*Die vom Angeklagten formulierten Vorlagefragen, die sich ersichtlich auf die Richtlinie 2014/41/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 03.04.2014 über die Europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen (EEA) beziehen, im Antrag nur als ‚RL‘ bezeichnet, sind für die vorzunehmende, fallbezogene Prüfung der Zulässigkeit der Beweiserhebung in Bezug auf die EncroChat-Nachrichten im vorliegenden Verfahren ohne Relevanz.“ (Revisionsbegründung, Anlage 2, S. 36)*

Abschließend kommt die Verteidigung im Revisionsverfahren zu folgender Bewertung des Verfahrensgeschehens (die zugehörigen Fußnoten werden in den laufenden Text der Verfassungsbeschwerde übernommen, sind aber ursprünglich die der Revisionsbegründung):

*„Mit Recht hat die Verteidigung der Verwertung der EncroChat-Protokolle widersprochen. Sie beruhen auf ausländischen Ermittlungsmaßnahmen, deren Gestaltung sich dermaßen von den verfassungsrechtlich verwurzelten beweisrechtlichen Vorgaben des deutschen Strafverfahrensrechts entfernt, dass auch in Ansehung des Gewichts der auf diesem Weg aufklärbaren Straftaten die Bejahung eines Beweisverwertungsverbots rechtlich unumgänglich ist.<sup>1</sup> Die diese Zusammenhänge aufzeigende Argumentation der Verteidigung, die sich inhaltlich an ein von ihr vorgelegtes (von Singelstein und Derin verfasstes) Gutachten<sup>2</sup> anlehnt, wird durch die von der Kammer angestellten Erwägungen<sup>3</sup> nicht entkräftet. Insbesondere<sup>4</sup> sind folgende Gesichtspunkte in Erinnerung zu rufen:*

**a)**

*Die Verwendung der von den französischen Ermittlungsbehörden gewonnenen Daten setzt mit Blick auf das grundrechtliche Eingriffsgewicht der Maßnahme<sup>5</sup> eine verfahrensrechtliche Grundlage für die mit der Verwendung im vorliegenden Verfahren liegende Zweckumwidmung der Daten eine gerade dies gestattende rechtliche Grundlage voraus.<sup>6</sup>*

*Sie könnte allenfalls in § 100e Abs. 6 Nr. 1 StPO gefunden werden, sofern die von den französischen Ermittlungsbehörden zu verantwortenden Maßnahmen im Ergebnis einer Online-Durchsuchung (§ 100 b StPO) entsprechen würden.*

*Davon kann freilich keine Rede sein, da nach deutschem Recht diese Maßnahme von den nationalen Strafverfolgungsbehörden wegen ihrer Eingriffsintensität nur dann in Betracht gezogen werden darf, wenn bezogen auf einen individuellen Beschuldigten*

<sup>1</sup> Bei dieser Gelegenheit sollte es sich verbieten, als Argument gleichsam das gesunde Volksempfinden anzurufen, wie es in einer Erwägung des **KG** (2 Ws 79/21 u.a. BeckRS 2021, 24213, Rn. 49) anzuklingen scheint: „Die Nichtverwertung von legal durch Behörden der Republik Frankreich - nicht nur eines Gründungsmitgliedes der europäischen Union, sondern auch eines der Mutterländer des modernen Menschenrechtsverständnisses - beschaffter Informationen über derart schwerwiegende Straftaten, verstieße auch in erheblicher Weise gegen das allgemeine Gerechtigkeitsempfinden der rechtstreuen Bevölkerung.“

<sup>2</sup> Die Überlegungen des Gutachtens finden sich komprimiert und aktualisiert in einem nach Verkündung des Urteils veröffentlichten Aufsatz dieser Autoren (**Derin/Singelstein** NSStZ 2021, 449; vgl. auch **Wahl** ZIS 2021, 452; **Sommer** StV 2021, 67; **Albrecht** jurisPR-StrafR 20/21, Anm. 3; **Nadeborn/Kempgens** jurisPR-StrafR 12/21, Anm. 4; **Vizcaino Diaz** jurisPR-StrafR 10/21, Anm. 1).

<sup>3</sup> S.o. **I. 2 c) aa) cc)**.

<sup>4</sup> Soweit die Verteidigung bei ihrer rechtlichen Einschätzung an das französische Recht und die europarechtlichen Vorgaben anknüpfte, sind diese Einwände in der von ihr mit Schriftsatz vom 02.07.2021 (Bl. IV/25 ff. d.A.) vorgelegten (später freilich durch das **KG** a.a.O. aufgehobenen) Entscheidung des **LG Berlin** vom 01.07.2021 (525 KLS 10/21 BeckRS 2021, 17261) aufbereitet worden.

<sup>5</sup> **Derin/Singelstein** a.a.O. S. 450 f.

<sup>6</sup> **Derin/Singelstein** a.a.O. S. 451.

ein qualifizierter, konkreter, also nicht nur einfacher Tatverdacht besteht, der inhaltlich eine der Katalogtaten des § 100b Abs. 2 StPO zum Gegenstand hat und zudem die Tat als im Einzelfall besonders schwerwiegend erscheinen lässt. Die losgelöst von konkreten Personen und Sachverhalten erfolgende (erstmalige) Generierung von Verdachtsmomenten, also eine Art Vorfeldklärung, kann ebenso wenig Zweck einer Online-Durchsuchung sein wie die Erstreckung der Maßnahme auf beliebige Dritte.<sup>7</sup> Die von den französischen Behörden durchgeführten Ermittlungen, die

- sich gegen eine Vielzahl von Betroffenen
- allein wegen der durch sie erfolgten Nutzung der EncroChat-Technologie richteten,
- dabei an keinerlei konkreten Tatverdacht anknüpfen,
- auch sonst nicht einmal ansatzweise einen Bezug zu einer im Einzelfall besonders schwerwiegenden Katalogtat aufwiesen,

kamen einer Online-Durchsuchung nach deutschem Strafverfahrensrecht nicht einmal ansatzweise nahe.<sup>8</sup> Angesichts dieser schleppnetzartigen Vorgehensweise, die – unter der Prämisse, das Verfahren habe sich ursprünglich gegen die Betreiber des EncroChat-Systems wegen welchen Tatverdachts auch immer gerichtet – im Kern auf eine gezielte Suche nach Zufallsfunden bei den Nutzern der Technologie hinauslief, lässt sich die Verwendung der so erlangten Daten auch nicht unter dem Blickwinkel des (Rechtsgedankens des) § 108 Abs. 1 StPO rechtfertigen.<sup>9</sup>

#### b)

Die skizzierten Besonderheiten der französischen Ermittlungsmaßnahmen, „(d)ie Verbindung dieser immensen, praktisch verdachtslosen Streubreite mit einem äußerst schwerwiegenden und monatelangen Eingriff in das Recht auf Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme, die an Intensität einer Wohnraumüberwachung zumindest gleichkommt,“<sup>10</sup> führen unter dem Blickwinkel des Rechtsstaatsgebots (Art. 20 Abs. 3 GG) und des Fairnessgrundsatzes (Art. 6 Abs. 1 EMRK) zur Unverwertbarkeit dieser zudem nach nationalem Recht auf diesem oder einem vergleichbaren beweisrechtlichen Weg nicht zu erlangenden Daten.<sup>11</sup>

<sup>7</sup> *Derin/Singelnstein* a.a.O. S. 451 f.

<sup>8</sup> *Derin/Singelnstein* a.a.O. S. 452 f.

<sup>9</sup> Dass weitere rechtliche Grundlagen für die Verwendung bzw. Verwertung der Daten nicht ersichtlich sind, und zwar auch unter Berücksichtigung des internationalen Bezugs, haben *Derin/Singelnstein* (a.a.O. S. 453 f.) aufgezeigt.

<sup>10</sup> So: *Singelnstein/Derin* in dem von der Verteidigung vorgelegten Gutachten (Anlage 6 zum TP vom 28.06.2021, S. 50).

<sup>11</sup> Vgl. *Singelnstein/Derin* a.a.O. S. 44 ff.

4.

*Das Urteil beruht auf diesem Verfahrensverstoß (§ 337 Abs. 1 StPO), der das aus tatrichterlicher Sicht ‚zentrale Beweismittel‘ (UA, S. 8) zur Überführung betrifft.“ (Revisionsbegründung – Anlage 2, S. 192-193*

Mit Schriftsatz vom 30.12.2021 beantragte der Generalbundesanwalt die Verwerfung der Revision:

*„Die mit der Verletzung formellen und materiellen Rechts begründete Revision verspricht keine Aussicht auf Erfolg.*

### **I. Zur Verfahrensrüge**

*Die Verfahrensbeanstandung, mit der ein Beweisverwertungsverbot geltend gemacht wird, versagt.*

*Die Rüge entspricht nicht den Formerfordernissen des § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO und ist also unzulässig. Nach dieser Vorschrift sind die den Verfahrensmangel enthaltenden Tatsachen so vollständig und genau anzugeben, dass das Revisionsgericht allein an Hand der Rechtfertigungsschrift prüfen kann, ob ein Verfahrensfehler vorläge, wenn die behaupteten Tatsachen erwiesen wären (vgl. BGH, Beschluss vom 5. Juni 2007 -5 StR 383/06 -, NJW 2007, 3010, 3011). Für den Revisionsvortrag wesentliche Schriftstücke oder Aktenstellen sind im Einzelnen zu bezeichnen und deren Inhalt zum Bestandteil der Revisionschrift zu machen (vgl. BGH, Beschluss vom 13. Mai 2020 - 4 StR 533/19 -, NStZ 2021, 178, 179). Steht die Frage nach einem Verwertungsverbot für Beweismittel im Raum, die aufgrund einer Ermittlungsmaßnahme erlangt worden sind, ist zumindest der sie anordnende Beschluss mitzuteilen, um die im Zeitpunkt der beanstandeten Beweisgewinnung bestehende Verdachts- und Beweislage prüfen zu können (vgl. BGH, Urteil vom 8. August 2018 - 2 StR 131/18 -, NStZ 2019, 107; Beschluss vom 29. September 2020 -5 StR 123/20 -, juris Rdnr. 11). Daran fehlt es hier. Zur Beurteilung des Vorliegens eines Beweisverwertungsverbotes wäre die Kenntnis der vom Beschwerdeführer in Bezug genommenen Aktenteile - namentlich der richterlichen Ermittlungsanordnungen vom 30. Januar 2020, 12. Februar 2020, 4. März 2020, 20. März 2020, 31. März 2020, 29. April 2020, 28. Mai 2020, 10. Juni 2020 und 12. Juni 2020, der nicht näher bezeichneten Protokolle vom 1. April 2020 und 27. April 2020 sowie der zusammenfassenden Protokolle zu den Rechtshilfersuchen vom 1. Juli 2020 und 6. Juli 2020 (vgl. Revisionsbegründungsschrift S.12-14, 17-20, 31-33) - unverzichtbar gewesen.*

## **II. Zur Sachrüge**

*Die Nachprüfung des Urteils auf die nicht näher ausgeführte Sachrüge hat keinen den Angeklagten durchgreifend belastenden Rechtsfehler ergeben.*

*1. Die Urteilsfeststellungen rechtfertigen den Schuldspruch. (...)“*

### **A n l a g e 3.**

Auf diesen Antrag erwiderte die Verteidigung zunächst mit einem Schriftsatz vom 04.01.2022, in dem es unter anderem heißt:

*„Die örtliche Staatsanwaltschaft hatte in ihrer Revisionsgegnerklärung vom 01.11.2021 mitgeteilt, die die Verfahrensrüge betreffenden ,Verfahrenstatsachen (seinen) vollständig und zutreffend wiedergegeben (worden)‘ (S. 1). Die gegenteilige Behauptung des Verwerfungsantrags (S. 2) trifft nicht zu. Das, was der Tatrichter hinsichtlich der Verwertbarkeit der EncroChat-Daten, insbesondere hinsichtlich der Ermittlungsmaßnahmen in Frankreich, der Durchführung des Rechtshilfeverfahrens, aber auch des Inhalts der Daten, seiner Entscheidung zugrunde gelegt hatte, ist in der Revisionsbegründung im einzelnen benannt und wiedergegeben worden (RB, S. 86 – 191). Das ist entscheidend. Der Verwerfungsantrag (S. 2) bezieht sich für seine gegenteilige Wertung hingegen auf Ausführungen in Verteidigerschriftsätzen, ohne darzulegen, aus welchem Grund dort erwähnte Dokumente mit Blick auf die Angriffsrichtung der Verfahrensrüge (RB, S. 192 ff.) von Belang sein könnten.“*

### **A n l a g e 4.**

In einem ergänzenden Schriftsatz vom 10.01.2022 widmet sich die Verteidigung erneut der Vereinbarkeit der im vorliegenden Falle vorgenommenen Beweisgewinnung mit der Richtlinie 2012/41/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 03.04.2014 über die Europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen (die Fußnoten des Ausgangsdokuments sind auch hier in den Text der Verfassungsbeschwerde übernommen worden):

*„Mit der staatsanwaltschaftlichen Verfügung vom 02.06.2020 wurde inhaltlich letztlich der Regelungsbereich der Europäischen Ermittlungsanordnung überschritten. Als konkrete Ermittlungsmaßnahmen sieht die Richtlinie 2014/41/EU vom 03.04.2014 über die Europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen sowohl eine Telefonüberwachung (Art. 30) als auch verdeckte Ermittlungen (Art. 29) vor, nicht jedoch die hier praktizierte Online-Durchsuchung eines Kommunikationservers, erst recht nicht die Installation einer Manipulationssoftware auf den Telefonen von 60.000 europäischen Bürgern.*

*Mittels der EEA vom 02.06.2020 haben sich die deutschen Behörden Ergebnisse von Ermittlungsmaßnahmen verschafft, die niemals Gegenstand einer solchen Ermittlungsanordnung sein durften.*

*Es geht hierbei in erster Linie gar nicht um die Frage (die z.B. das Hanseatische Oberlandesgericht Hamburg in seinem Beschluss vom 29.01.2021<sup>12</sup> zu vielen richtigen, aber das Thema verfehlenden Bemerkungen veranlasst hat), welches Recht beim „grenzüberschreitenden Informationsaustausch“ maßgeblich sei. Natürlich ist das im klassischen Rechtshilfeverkehr immer das Recht des ersuchenden Staates.<sup>13</sup> Es geht hier aber vorrangig nicht um die Handhabung des Rechtshilfeverkehrs nach herkömmlichen Grundsätzen des Völkerrechts und ebenso nicht um die Frage der (in Frankreich) ‚vor Ort geltenden Regeln.‘<sup>14</sup> Bei der korrekten Anwendung der Richtlinie 2014/41/EU vom 03.04.2014 über die Europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen geht es um die Anwendung von **unmittelbar geltendem Unionsrecht**, und zwar sowohl auf deutscher als auch französischer Seite. Die Richtlinie 2014/41/EU ist eine Richtlinie des **Europäischen Parlaments** und des Rates, im Parlament beschlossen am 03.04.2014, und zwar, wie es im Einleitungstext der Richtlinie heißt: ‚**gemäß dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren**‘. Alle EU-Staaten haben – bis auf Irland und Dänemark diese Richtlinie innerhalb einer in der Richtlinie vorgesehenen Drei-Jahres-Frist – in nationales Recht umgesetzt, so auch Frankreich und Deutschland.*

*Hierbei ist auch zu berücksichtigen, dass mit der EEA (und der ihr zugrunde liegenden Richtlinie) ‚eine **einheitliche Regelung für die Erlangung von Beweismitteln**‘ (Ziff. 24 der Erwägungsgründe) geschaffen werden sollte. Im Hinblick auf ältere, im Rahmen des Europarats zustande gekommene Rechtshilfeabkommen wird betont, ‚dass im Verhältnis zwischen den an diese Richtlinie gebundenen Mitgliedstaaten diese den genannten Übereinkünften **vorgeht**‘ (Ziff. 35 der Erwägungsgründe – meine Hervorhebungen).*

*Beide Seiten, im vorliegenden Fall sowohl die deutsche wie auch die französische, **wussten**, dass die vollständige Filtrierung eines Kommunikationservers sowie die Abschöpfung der darüber kommunizierenden Mobiltelefone mittels eines Trojaners in der*

<sup>12</sup> 1 Ws 2/21 BeckRS 2021, 2226.

<sup>13</sup> BGH 1 StR 310/12 BGHSt 58, 32, 36.

<sup>14</sup> HansOLG Hamburg a.a.O. Rdnr 76.

*Richtlinie 2014/41/EU vom 03.04.2014 unter den ‚Besonderen Bestimmungen für bestimmte Ermittlungsmaßnahmen‘ (Kapitel IV – vgl. insbesondere Art. 30 der Richtlinie zur ‚Überwachung des Telekommunikationsverkehrs mit technischer Hilfe eines anderen Mitgliedstaates‘) **nicht** vorgesehen ist, deshalb auch nicht Gegenstand einer Europäischen Ermittlungsanordnung sein durften.“*

#### **A n l a g e 5.**

Am 08.02.2022 entschied alsdann der 6. Strafsenat des Bundesgerichtshofs:

*„Der 6. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat am 8. Februar 2022 gemäß § 349 Abs. 2 StPO beschlossen:*

*Die Revision des Angeklagten gegen das Urteil des Landgerichts Rostock vom 23. Juli 2021 wird als unbegründet verworfen.*

*Der Beschwerdeführer hat die Kosten des Rechtsmittels zu tragen.*

*Ergänzend bemerkt der Senat:*

*Die aus den in der Antragschrift des Generalbundesanwalts genannten Gründen unzulässige Verfahrensrüge wäre auch unbegründet. Der Senat sieht im Ergebnis die aus der Überwachung der Kommunikation über den Krypto-Messengerdienst EncroChat durch französische Behörden gewonnenen Erkenntnisse im Einklang mit der obergerichtlichen Rechtsprechung als im Strafverfahren verwertbar an (vgl. etwa KG, NStZ-RR 2021, 353 mwN).“*

#### **A n l a g e 6.**

Diese Entscheidung ging dem Beschwerdeführer als auch dem Unterzeichner als dessen Verteidiger im Strafverfahren am 24.02.2022 zu.

#### IV. Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde

Die Verfassungsbeschwerde ist zulässig.

##### 1.

Der Beschwerdeführer macht i.S.d. § 90 Abs. 1 BVerfGG geltend, durch die öffentliche Gewalt – hier die angefochtenen Entscheidungen des Bundesgerichtshofs (Beschluss vom 08.02.2022, Az. 6 StR 639/21) und des Landgericht Rostocks (Urteil vom 23.07.2021, Az. 18 KLS 36/21) – in seinen Grundrechten aus Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG, Art. 7, Art. 8 GRCh verletzt zu sein. Seine Verfassungsbeschwerde stützt der Beschwerdeführer darauf, dass der Senat des Bundesgerichtshofs bei der Entscheidung über die Zurückweisung der Revision gegen das landgerichtliche Urteil und auch das Landgericht in der ersten Instanz die Sache mangels klarer oder gekläarter Rechtslage im europäischen Rechtshilfeverkehr nicht dem Gerichtshof der Europäischen Union als Richter vorgelegt haben, sowie darauf, dass das Gericht bei der Überprüfung des erstinstanzlichen Urteils des Landgericht Rostocks seine Grundrechte auf Achtung seines Privatlebens und seiner Kommunikation und sein Grundrecht auf Schutz seiner personenbezogenen Daten verletzt hat.

##### 2.

Der Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde steht nicht entgegen, dass die angegriffene Entscheidung des Bundesgerichtshofs im Kontext der Vollstreckung einer Europäischen Ermittlungsanordnung ergangen ist und insofern ggf. als unionsrechtlich determiniert angesehen werden kann. Denn mit der vorliegenden Beschwerde wird nicht die Verletzung von Grundrechten des Grundgesetzes durch sekundäres Unionsrecht gerügt. Vielmehr ist Gegenstand der Verfassungsbeschwerde die Kontrolle einer Entscheidung eines deutschen Fachgerichtes daraufhin, ob es bei der ihm obliegenden Anwendung des Unionsrechts den hierbei zu beachtenden Anforderungen der Grundrechtecharta Genüge getan hat. Da die Übermittlung von Daten innerhalb der Union auf Grundlage der Richtlinie 2014/41/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 03.04.2014 über die Europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen (im Folgenden RL-EEA) vollständig unionsrechtlich determiniert ist, steht dem Bundesverfassungsgericht die Prüfung der Einhaltung der Grundrechte aus der Grundrechtecharta offen.<sup>15</sup>

Im Hinblick auf die Rüge der Verletzung des Rechts auf gesetzlichen Richter aus Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG wegen einer Verletzung der Vorlagepflicht aus Art. 267 AEUV ist die Verfassungsbeschwerde unproblematisch zulässig.<sup>16</sup>

---

<sup>15</sup> BVerfG, Beschl. 01.12.2020, 2 BvR 1845/18, juris, Rn 35 ff.

<sup>16</sup> Vgl. nur BVerfG, Stattgebender Kammerbeschluss vom 04.03.2021 – 2 BvR 1161/19 –, juris, Rn. 42.

### 3.

Der Rechtsweg ist erschöpft. Die angefochtene Entscheidung des Bundesgerichtshofs über die Verwerfung der Revision ist unanfechtbar. Auch der Grundsatz der Subsidiarität ist bewahrt. Der Beschwerdeführer hat in den fachgerichtlichen Verfahren das Verwertungsverbot u.a. wegen der Schwere des Eingriffs in seine Rechte und der Unionsrechtswidrigkeit der gegen ihn ergangenen Ermittlungsmaßnahmen wiederholt ohne Erfolg gerügt. Dabei schadet es nicht, dass seine darauf gerichteten Verwertungswidersprüche und Beweisanträge nicht verfassungsrechtlich ausgestaltet waren. Vielmehr reicht es, dass er die mit der Verfassungsbeschwerde geltend gemachten Aspekte vorgetragen hat.<sup>17</sup> Dies ist durch den Widerspruch gegen die Verwertung der der Beweise aufgrund der weitreichenden französischen Ermittlungsmaßnahmen geschehen. Mit der Revisionsbegründung hat sich der Beschwerdeführer konkret auf einen Eingriff in das Recht auf Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme berufen. Er hat zudem sowohl im ersten Verfahren (Antrag vom 01.06.2021) als auch im Revisionsverfahren (Schreiben vom 10.01.2022) ausdrücklich auf die Unionsrechtswidrigkeit der Erhebung und Übermittlung der gegen ihn verwendeten Beweise hingewiesen.

Er hat außerdem vor dem Landgericht Rostock erfolglos die Aussetzung des Verfahrens und die Vorlage unionsrechtlicher Fragen an den Europäischen Gerichtshof nach Art. 267 Abs. 2, 3 AEUV beantragt. Es war nach dem Grundsatz der materiellen Subsidiarität nicht erforderlich, dass der Beschwerdeführer auch im letztinstanzlichen Verfahren vor dem Bundesgerichtshof ausdrücklich einen Antrag auf Vorlage an den EuGH nach Art. 267 AEUV stellte. Vielmehr reichte es, dass nach seinem fachgerichtlichen Vorbringen in der Sache eine solche Vorlage naheliegend erschien.<sup>18</sup>

Die Beschwerdefrist des § 93 Abs. 1 S. 1 und 2 BVerfGG ist gewahrt. Der angefochtene Beschluss des Strafsenats ist dem Unterzeichner am 24.02.2022 zugegangen.

### 4.

Die Voraussetzungen des § 93a Abs. 2 a) BVerfGG liegen vor.

Bei der Frage, inwieweit die Schutzgehalte der Grundrechte aus der Grundrechtecharta (Art. 7 und Art. 8 GRCh) die Beweiserlangung und -übermittlung auf Grundlage einer Europäischen Ermittlungsanordnung bestimmen und welche Mindestanforderungen zu stellen sind, handelt es sich um eine klärungsbedürftige verfassungsrechtliche Frage. Es gibt bis jetzt keine verfassungsgerichtliche Rechtsprechung zu den aufgeworfenen Problemen. Das Gleiche gilt für die Frage, wann bei der Anwendung und Auslegung der RL-EEA im Zusammenhang mit einer konkreten Ermittlungsanordnung, die das Recht auf den Schutz der Privatsphäre und das Datenschutzgrundrecht der Betroffenen berührt, ein Vorabentscheidungsverfahren nach

---

<sup>17</sup> *Hellmann* in Barczak, BVerfGG Mitarbeiterkommentar, 2018, § 90 Rn. 393 ff.

<sup>18</sup> BVerfG, Beschluss vom 19.07.2011 – 1 BvR 1916/09 –, BVerfGE 129, 78-107, juris Rn. 61 ff.; *Hellmann* in Barczak, BVerfGG Mitarbeiterkommentar, 2018, § 90 Rn. 396.

Art. 267 AEUV einzuleiten und somit der EuGH als gesetzlicher Richter i.S.d. Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG anzurufen ist.

An der Beantwortung beider Fragestellungen besteht ein über den Einzelfall hinausgehendes Interesse. Dies ergibt sich aus der großen Anzahl an Personen, die von der konkreten Ermittlungsanordnung betroffen ist, und der Anzahl an strafrechtlichen Ermittlungs- und Hauptverfahren, die unter Verwendung der über die Ermittlungsanordnung erlangten Beweise eingeleitet wurden.<sup>19</sup> Es liegt zudem nahe, dass in Zukunft seitens der Ermittlungsbehörden in ähnlicher Art und Weise vorgegangen werden wird, sodass auch für zukünftige Verfahren eine verfassungsgerichtliche Klärung erforderlich ist.

## V. Begründetheit der Verfassungsbeschwerde

Die Verfassungsbeschwerde ist begründet. Das angefochtene Urteil des Bundesgerichtshofs verletzt den Beschwerdeführer in seinen Grundrechten aus Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG sowie aus Art. 7 und 8 GRCh.

### 1. Verletzung von Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG

Bei Zweifelsfragen über die Anwendung und Auslegung von Unionsgrundrecht haben die Fachgerichte diese zunächst dem EuGH vorzulegen. Dieser ist gesetzlicher Richter im Sinne des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG. Kommt ein deutsches Gericht seiner Vorlagepflicht nicht nach, so stellt das demnach eine Verletzung des grundrechtsgleichen Rechts aus Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG dar.<sup>20</sup>

Im Fall des Beschwerdeführers bestanden für das Landgericht Rostock und für den Bundesgerichtshof, der sich bei seiner Überprüfung des Urteils ebenfalls mit unionsrechtlich aufgeworfenen Fragen zu beschäftigen hatte, eine Vorlagepflicht gem. Art. 267 Abs. 3 AEUV an den EuGH. Nach dessen Rechtsprechung besteht eine Vorlagepflicht für ein letztinstanzliches Gericht dann, wenn sich ihm in einem schwebenden Verfahren eine Frage des Unionsrechts stellt, es sei denn, das Gericht hat festgestellt, dass diese Frage nicht entscheidungserheblich ist, dass die betreffende unionsrechtliche Bestimmung bereits Gegenstand einer Auslegung durch den EuGH war oder dass die richtige Anwendung des Unionsrechts derart offensichtlich ist, dass für

<sup>19</sup> Pressemitteilung des BKA vom 06.07.2021, „Bundesweite Ermittlungen nach der Auswertung von Encrochat-Daten erfolgreich“, abrufbar unter: [https://www.bka.de/DE/Presse/Listenseite\\_Pressemitteilung/2021/Presse2021/210706\\_pmEncroChat.html](https://www.bka.de/DE/Presse/Listenseite_Pressemitteilung/2021/Presse2021/210706_pmEncroChat.html) (zuletzt abgerufen am 24.03.2022); KG Berlin, Beschluss vom 30.08.2021 – 2 Ws 79/21 –, juris, Rn. 27 (zur Zahl der betroffenen Personen).

<sup>20</sup> BVerfG, Beschluss vom 22.10.1986 – 2 BvR 197/83 –, BVerfGE 73, 339-388, juris, Rn. 70 ff.; BVerfG, BVerfG, Beschluss vom 19.12.2017 – 2 BvR 424/17 –, BVerfGE 147, 364-389, juris, Rn 37 f.

einen vernünftigen Zweifel kein Raum bleibt.<sup>21</sup> Die Auslegung und Anwendung der Zuständigkeitsregel des Art. 267 AEUV (nämlich dessen Nichtanwendung) erscheint vorliegend auch nicht mehr verständlich und ist offensichtlich unhaltbar, sodass die Verletzung von Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG auch von dem Bundesverfassungsgericht festzustellen ist.

**a.**

Bei der Kernfrage nach der Auslegung der RL-EEA im Zusammenhang mit den in Frankreich durchgeführten Ermittlungen bezüglich EncroChat und der Weitergabe der Ermittlungsergebnisse nach Deutschland handelt es sich um eine **Frage des Unionsrechts** i.S.d. Art. 267 Abs. 1 lit. a) AEUV.

Wie unter I. geschildert, beruhte die Verurteilung des Beschwerdeführers zu einer Freiheitsstrafe von 5 Jahren maßgeblich auf der Auswertung von Dateien, die französische Behörden durch den Einsatz von Mitteln, die der Geheimhaltung der Landesverteidigung<sup>22</sup> unterlagen, bei der Kommunikation über sog. EncroChat-Handys gewonnen hatten und die sie nach Ergehen einer Europäischen Ermittlungsanordnung der Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt am Main nach Deutschland transferierten. Sowohl der Transfer der den Beschwerdeführer betreffenden Daten als auch die Ermittlungshandlungen der französischen Behörden in Bezug auf den Beschwerdeführer richten sich nach der Richtlinie 2014/41/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 03.04.2014 über die Ermittlungsanordnung in Strafsachen (im Folgenden RL-EEA). Für die Frage der Rechtmäßigkeit (oder Rechtswidrigkeit) sowohl der Erhebung der Daten als auch der Übermittlung nach Deutschland kommt es darauf an, ob diese Maßnahmen von der Richtlinie gedeckt waren. Dabei ist vor allem entscheidend, wie die RL-EEA (auch im Lichte der Grundrechte der Grundrechtecharta) auszulegen und anzuwenden ist. Bei der korrekten Anwendung der Richtlinie, die hier als Grundlage für den Datentransfer und die Datenerhebung dienen sollte, geht es um die Auslegung von Sekundärrecht und zugleich um den Inhalt und die Reichweite der in der Charta niedergelegten Grundrechte. An letztere sind die Mitgliedsstaaten bei der Durchführung des Unionsrechts gem. Art. 51 GRCh gebunden und diesbezügliche Fragen sind dem EuGH vorzulegen.<sup>23</sup> Die aufgeworfenen Fragen des Unionsrechts können dem EuGH als Gegenstand einer Vorabentscheidung nach Art. 267 AEUV vorgelegt werden.

Dies hat auch der Verteidiger des Beschwerdeführers im erstinstanzlichen Verfahren in seinem am 01.06.2021 verlesenen Verwertungswiderspruch, der den Antrag enthielt, das Verfahren auszusetzen und zur Klärung der im Schriftsatz dargelegten Rechtsfragen dem Europäischen Gerichtshof vorzulegen, vorgetragen. Der Verteidiger richtete seinen Fokus dabei auf die Art. 3, 5, 6 Abs. 1 lit a und b, 14 und 30 der RL-EEA, wobei er konkrete Fragen formulierte, die

<sup>21</sup> EuGH, Urteil vom 06.10.1982 – 283/81 –, juris, Rn. 21; BVerfG, Beschluss vom 25.01.2011 – 1 BvR 1741/09 –, BVerfGE 128, 157-193, juris, Rn. 102.

<sup>22</sup> Vgl. etwa Hinweis bei LG Berlin, Beschluss vom 01.07.2021 – (525 KLs) 254 Js 592/20 (10/21) –, juris, Rn. 5 auf den Beschluss des Juge des Libertés et de la Détention in Lille vom 20.03.2020.

<sup>23</sup> BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 19.12.2017 - 2 BvR 424/17 -, juris, Rn. 46

sich auf die mittels der EEA erfolgten Ermittlungsmaßnahmen und Übermittlungsmaßnahmen bezogen.

**b.**

Die Beantwortung der Fragen nach der Auslegung der RL-EEA im Hinblick auf die in Frankreich vorgenommenen Ermittlungsmethoden und den Transfer der Daten auf Grundlagen einer EEA sind für den vorliegenden Fall **entscheidungserheblich**. Das Gleiche gilt für die Frage des Schutzzumfangs der Unionsgrundrechte, insbesondere Art. 7 und 8 GRCh, im unionsrechtlich determinierten Verfahren einer Datenerhebung und – übermittlung auf Grundlage einer Europäischen Ermittlungsanordnung.

Eine Frage ist im Sinne des Art. 267 Abs. 2 AEUV entscheidungserheblich, wenn ihre Klärung für den Erlass des Urteils erforderlich ist. Sollte die RL-EEA so auszulegen sein, dass die konkrete Europäische Ermittlungsanordnung Maßnahmen anordnete, die nicht von ihr gedeckt waren, so wäre die der Beweisgewinnung und -übermittlung im vorliegenden Fall zugrunde liegende Europäische Ermittlungsanordnung unionsrechtswidrig.

Die Erhebung und der Transfer der Beweise, auf deren Grundlage der Beschwerdeführer verurteilt wurde, nach Deutschland wäre dann mit einem Verfahrensfehler behaftet. Dieser Fehler bei der Beweiserhebung zöge ein Beweisverwertungsverbot nach sich. Bei Berücksichtigung des aus der Verletzung von Unionsrecht folgenden Beweisverwertungsverbots hätte das erstinstanzliche LG Rostock die EncroChat-Daten bei der Beweisführung nicht verwenden dürfen. Für eine Verurteilung des Beschwerdeführers hätte es dann an Beweisen gemangelt und er wäre freizusprechen gewesen. Die Frage nach der Unionsrechtmäßigkeit der konkreten EEA ist demnach in hohem Maße entscheidungserheblich.

Da das Beweisverwertungsverbot sich hier aus einem **Beweiserhebungsverbot** herleitet, sei zunächst das Vorliegen eines solchen beleuchtet. Es folgt für das Abfangen, Speichern und Weitergeben der EncroChat-Daten aus Verstößen gegen die RL-EEA bei Erlass der Europäischen Ermittlungsanordnung. Die Europäische Ermittlungsanordnung erging am 02.06.2020, also zu einem Zeitpunkt, in welchem die Abfrage und Aufzeichnung des Kommunikationsverkehrs noch andauerte. Die Vizepräsidentin des Strafgerichts Lille genehmigte am 13.06.2020 den Transfer sämtlicher Daten aus diesen Aufzeichnungen, sofern die Kommunikation (auch) auf deutschem Boden geführt wurde. Sowohl die Europäische Ermittlungsanordnung durch die Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt am Main als auch die Genehmigungsentscheidung der Vizepräsidentin des Strafgerichts in Lille zeigt keine Einzelfallprüfung.

Zwar war die EEA der Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt am Main lediglich auf die Übermittlung von Daten gerichtet. Diese Anfrage unterscheidet sich jedoch essentiell von vergleichbaren Auskunfts- und Herausgabeverlangen nach § 161 StPO: Der beantragenden Staatsanwaltschaft war geläufig, **dass noch im Zeitpunkt der Anordnung die**

**Überwachungsmaßnahmen hinsichtlich des Servers in Roubaix/Frankreich in Kooperation mit den deutschen Behörden andauerten.** Inhaltlich zielte damit die Anordnung darauf hin, diese Maßnahmen fortzusetzen und die hierbei sowohl aus der Vergangenheit als auch in der Zukunft gewonnenen Daten der deutschen Justiz zu übermitteln.

Mit der staatsanwaltschaftlichen Verfügung vom 02.06.2020 wurde inhaltlich der Regelungsbereich der Europäischen Ermittlungsanordnung überschritten. Als konkrete Ermittlungsmaßnahmen sieht die Richtlinie 2014/41/EU vom 03.04.2014 über die Europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen sowohl eine Telefonüberwachung (Art. 30) als auch verdeckte Ermittlungen (Art. 29) vor, nicht jedoch die hier praktizierte (wohl) Online-Durchsuchung eines Kommunikationsservers, erst recht nicht die Installation einer Manipulationssoftware auf den Telefonen von mind. 30.000 europäischen Bürgern. Anzumerken ist dabei, dass die ergriffenen Maßnahmen nicht der Online-Durchsuchung i.S.d. StPO entsprachen, sondern von weitreichenderer Natur waren.<sup>24</sup>

Mittels der EEA vom 02.06.2020 haben sich die deutschen Behörden Ergebnisse von Ermittlungsmaßnahmen verschafft, die niemals Gegenstand einer solchen Ermittlungsanordnung sein durften.

Es geht hierbei in erster Linie nicht um die Frage (die z.B. das Hanseatische Oberlandesgericht Hamburg in seinem Beschluss vom 29.01.2021<sup>25</sup> zu vielen richtigen, aber das Thema verfehlenden Bemerkungen veranlasst hat), welches Recht beim „grenzüberschreitenden Informationsaustausch“ maßgeblich sei. Natürlich ist das im klassischen Rechtshilfeverkehr immer das Recht des ersuchenden Staates.<sup>26</sup> Es geht hier aber vorrangig nicht um die Handhabung des Rechtshilfeverkehrs nach herkömmlichen Grundsätzen des Völkerrechts und ebenso nicht um die Frage der (in Frankreich) „vor Ort geltenden Regeln.“<sup>27</sup> Bei der korrekten Anwendung der RL-EEA geht es um die Anwendung von Unionsrecht, und zwar sowohl auf deutscher als auch französischer Seite. Die Richtlinie 2014/41/EU ist eine Richtlinie des **Europäischen Parlaments** und des Rates, im Parlament beschlossen am 03.04.2014, und zwar, wie es im Einleitungstext der Richtlinie heißt: „gemäß dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren“. Alle EU-Staaten haben – bis auf Irland und Dänemark diese Richtlinie innerhalb einer in der Richtlinie vorgesehenen Drei-Jahres-Frist – in nationales Recht umgesetzt, so auch Frankreich und Deutschland.

Hierbei ist auch zu berücksichtigen, dass mit der EEA (und der ihr zugrunde liegenden Richtlinie) „eine einheitliche Regelung für die Erlangung von Beweismitteln“ (Ziff. 24 der Erwägungsgründe) geschaffen werden sollte. Im Hinblick auf ältere, im Rahmen des Europarats

<sup>24</sup> *Derin/Singelnstein*, Verwendung und Verwertung von Daten aus massenhaften Eingriffen in informationstechnische Systeme aus dem Ausland (Encrochat), NSZ 2021, 449 (453).

<sup>25</sup> HansOLG Hamburg, Beschluss vom 29.01.2021 – 1 Ws 2/21 –, juris.

<sup>26</sup> Bundesgerichtshof, Beschluss vom 21.11.2012 – 1 StR 310/12 –, BGHSt 58, 32-50, juris, Rn. 36.

<sup>27</sup> HansOLG Hamburg, Beschluss vom 29.01.2021 – 1 Ws 2/21 –, juris, Rn. 76.

zustande gekommene Rechtshilfeabkommen wird betont, „dass im Verhältnis zwischen den an diese Richtlinie gebundenen Mitgliedstaaten diese den genannten Übereinkünften vorgeht“ (Ziff. 35 der Erwägungsgründe).

Beide Seiten, im vorliegenden Fall sowohl die deutsche wie auch die französische, **wussten**, dass die vollständige Filtrierung eines Kommunikationsservers sowie die Abschöpfung der darüber kommunizierenden Mobiltelefone mittels eines Trojaners in der RL-EEA unter den „Besonderen Bestimmungen für bestimmte Ermittlungsmaßnahmen“ (Kapitel IV – vgl. insbesondere Art. 30 der Richtlinie zur „Überwachung des Telekommunikationsverkehrs mit technischer Hilfe eines anderen Mitgliedstaates“) **nicht** vorgesehen ist, deshalb auch nicht Gegenstand einer Europäischen Ermittlungsanordnung sein durften.

Dass die Richtlinie die Rechtmäßigkeit und Rechtswidrigkeit der Beweisgewinnung der Encrochat-Dateien vorgibt, lässt sich auch herleiten aus einer Entscheidung der Großen Kammer des Europäischen Gerichtshofes vom 21. Dezember 2021 (verbundene Rechtssachen C-357/19, C-379/19, C-547/19, C-811/19 und C-840/19) in deren Entscheidungsgründen (Rdnrn.250 ff.) folgendes zu lesen ist:

*250) Nach dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon hat der Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung die frühere Rechtsprechung zum Grundsatz des Vorrangs des Unionsrechts bestätigt, der alle mitgliedstaatlichen Stellen verpflichtet, den verschiedenen unionsrechtlichen Vorschriften volle Wirksamkeit zu verschaffen, wobei das Recht der Mitgliedstaaten die diesen verschiedenen Vorschriften zuerkannte Wirkung in ihrem Hoheitsgebiet nicht beeinträchtigen darf (Urteile vom 18. Mai 2021, Asociația „Forumul Judecătorilor din România“ u. a., C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-355/19 und C-397/19, EU:C:2021:393, Rn. 244 und die dort angeführte Rechtsprechung, vom 6. Oktober 2021, W.Ž. [Kammer für außerordentliche Überprüfung und öffentliche Angelegenheiten des Obersten Gerichts – Ernennung], C-487/19, EU:C:2021:798, Rn. 156, sowie vom 23. November 2021, IS [Rechtswidrigkeit des Vorlagebeschlusses], C-564/19, EU:C:2021:949, Rn. 78 und die dort angeführte Rechtsprechung).*

*251) Somit kann nach dem Grundsatz des Vorrangs des Unionsrechts die Einheit und die Wirksamkeit des Unionsrechts nicht dadurch beeinträchtigt werden, dass sich ein Mitgliedstaat auf Bestimmungen des nationalen Rechts beruft, auch wenn sie Verfassungsrang haben. Nach ständiger Rechtsprechung sind die Wirkungen des Grundsatzes des Vorrangs des Unionsrechts nämlich für alle Einrichtungen eines Mitgliedstaats verbindlich, ohne dass dem insbesondere die innerstaatlichen Bestimmungen, auch wenn sie Verfassungsrang haben, entgegenstehen könnten (Urteile vom 18. Mai 2021, Asociația „Forumul Judecătorilor din România“ u. a., C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-355/19 und C-397/19, EU:C:2021:393, Rn. 245 und die dort angeführte Rechtsprechung, vom 6. Oktober 2021, W.Ž.*

*[Kammer für außerordentliche Überprüfung und öffentliche Angelegenheiten des Obersten Gerichts – Ernennung], C-487/19, EU:C:2021:798, Rn. 157, sowie vom 23. November 2021, IS [Rechtswidrigkeit des Vorlagebeschlusses], C-564/19, EU:C:2021:949, Rn. 79 und die dort angeführte Rechtsprechung).*

252) *Hierzu ist insbesondere darauf hinzuweisen, dass ein nationales Gericht, das im Rahmen seiner Zuständigkeit die Bestimmungen des Unionsrechts anzuwenden hat und eine nationale Regelung nicht im Einklang mit den Anforderungen des Unionsrechts auslegen kann, nach dem Grundsatz des Vorrangs verpflichtet ist, für die volle Wirksamkeit der Anforderungen des Unionsrechts in dem bei ihm anhängigen Rechtsstreit Sorge zu tragen, indem es erforderlichenfalls jede – auch spätere – nationale Regelung oder Praxis, die einer Bestimmung des Unionsrechts mit unmittelbarer Wirkung entgegensteht, unangewendet lässt, ohne dass es die vorherige Beseitigung dieser nationalen Regelung oder Praxis auf gesetzgeberischem Weg oder durch irgendein anderes verfassungsrechtliches Verfahren beantragen oder abwarten müsste (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 18. Mai 2021, Asociația „Forumul Judecătorilor din România“ u. a., C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-355/19 und C-397/19, EU:C:2021:393, Rn. 247 und 248 sowie vom 23. November 2021, IS [Rechtswidrigkeit des Vorlagebeschlusses], C-564/19, EU:C:2021:949, Rn. 80).*

Aus den oben dargelegten Überlegungen folgt, dass schon für die Frage, ob die **Beweiserhebung** rechtmäßig war, der EuGH gem. Art. 267 Abs. 3 AEUV zur Vorabentscheidung anzurufen war, denn die Rechtmäßigkeit der Beweiserhebung richtete sich nach der Auslegung und Anwendung der RL-EEA. Dass die Frage eines Beweiserhebungsverbots **entscheidungserheblich** ist, beruht auf der Überlegung, dass die Rechtmäßigkeit der Beweiserhebung nicht von der Rechtmäßigkeit der Beweisverwertung getrennt werden kann. Die Frage der Unionsrechtswidrigkeit der EEA ist hier entscheidungserheblich, weil aus dem Verstoß gegen die RL-EEA unmittelbar auch ein Beweisverwertungsverbot folgt. Das Gericht war verpflichtet, für die volle Wirksamkeit der Anforderungen des Unionsrechts in dem bei ihm anhängigen Rechtsstreit Sorge zu tragen. Nachdem die Beweise hier in unionsrechtswidriger Weise erhoben und übermittelt worden waren, war der Ausschluss der Beweise von der Verwertbarkeit der einzige Weg, dem Unionsrecht Wirkung zu verleihen.

Zu der Entscheidungserheblichkeit gelangt man allerdings auch, wenn entgegen der hier vertretenen Ansicht das Verwertungsverbot nicht unmittelbar aus der unionsrechtswidrigen Beweiserhebung gefolgert wird:

Im Urteil vom 6.10.2020, C-511/18, hat sich der EuGH mit der Verwertbarkeit von Daten, die aus einer unionsrechtswidrig erfolgten Vorratsdatenspeicherung stammten, beschäftigt. Der Europäische Gerichtshof stellt dort fest, dass es allein Sache des nationalen Rechts sei,

*„die Vorschriften für die Zulässigkeit und die Würdigung der durch eine solche unionsrechtswidrige Vorratsdatenspeicherung erlangten Informationen und Beweise im Rahmen eines Strafverfahrens gegen Personen, die im Verdacht stehen, schwere Straftaten begangen zu haben, festzulegen“<sup>28</sup>.*

Dabei müsse aber die Wahrung des Effektivitäts- und der Äquivalenzgrundsatzes gewährleistet werden. In Deutschland gibt es keine Vorschriften, die sich mit den Folgen von unionsrechtswidriger Beweiserlangung auseinandersetzen, es ist also auf die allgemeinen in der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze abzustellen. Die ständige Rechtsprechung leitet nicht in jedem Fall einer rechtswidrigen Beweiserhebung – wie sie aus hiesiger Sicht stattgefunden hat - ein Verwertungsverbot ab. Vielmehr stellt sie im Rahmen einer Abwägung das Strafverfolgungsinteresse des Staates dem Individualinteresse des Bürgers an der Bewahrung seiner Rechtsgüter gegenüber.<sup>29</sup>

Um festzustellen, welches der gegenläufigen Interessen schwerer wiegt, müssen sie jeweils identifiziert und gewichtet werden. Für die Bewertung des Individualinteresses des Beschuldigten ist das Gewicht des Verfahrensverstößes und seine Bedeutung für die rechtlich geschützte Sphäre des Betroffenen entscheidend. Für die Bewertung des Strafverfolgungsinteresses des Staates sind die Bedeutung der aufzuklärenden Straftat und der Funktionsfähigkeit der Strafrechtspflege zu berücksichtigen.<sup>30</sup>

Eine Abwägung kann denklogisch nur erfolgen, wenn die Interessen und Rechtsgüter, die gegeneinander abgewogen werden sollen, bekannt sind. Im vorliegenden Fall ist aber nur das Strafverfolgungsinteresse hinreichend identifiziert, denn es ist bekannt, welche Straftaten dem Beschwerdeführer vorgeworfen werden. Solange aber nicht identifiziert ist, welche Individualinteressen und Rechtsgüter des Beschwerdeführers und welche Verfahrensverstöße von welchem Gewicht in der Waagschale liegen, kann unmöglich festgestellt werden, ob das Strafverfolgungsinteresse im konkreten Fall tatsächlich überwiegt. Dies wäre nur dann der Fall, wenn das Strafverfolgungsinteresse bei bestimmten Straftaten stets überwiegen würde, ohne Ansehung der Verfahrensverletzungen, die begangen wurden, um die Strafverfolgung zu ermöglichen. Dies würde aber einen Freifahrtschein für die Ermittlungsbehörden bedeuten und eine effektive Wahrung der Grundrechte des Beschuldigten im Strafverfahren ausschließen. Nicht zuletzt würde damit auch eine effektive Umsetzung der Unionsgrundrechte unmöglich werden.

<sup>28</sup> EuGH, Urteil vom 6.10.2020 – C-511/18 –, juris, Rn. 221 ff.

<sup>29</sup> BGH, Beschluss vom 20.05.2015 – 4 StR 555/14 –, juris, Rn. 17; BVerfG, Beschluss vom 07.12.2011 – 2 BvR 2500/09 –, BVerfGE 130, 1-51, juris, Rn. 121.

<sup>30</sup> Schmitt in Meyer-Goßner, StPO, 64. Aufl. 2021, Rn 55a m.w.N.

Die Oberlandesgerichte, die bisher etwaige Verstöße gegen die RL-EEA mit einem simplen Hinweis auf die Abwägung offengelassen haben,<sup>31</sup> haben es sich schlicht zu einfach gemacht.

Da es nach alledem für die im Rahmen der Prüfung eines Beweisverwertungsverbots vorzunehmende Abwägung nicht ausreicht, nur eines der zwei abzuwägenden Interessen zu identifizieren, dürfte die Entscheidungserheblichkeit der Vorlagefragen auf der Hand liegen: Die Verletzung von Unionsgrundrechten und der Verstoß der EEA gegen die RL-EEA sind zwei Aspekte, die im Rahmen der Abwägung erheblich für ein Beweisverwertungsverbot streiten. Ob und in welchem Ausmaß eine Verletzung von Unionsrecht vorliegt, ist ein für die vorzunehmende Abwägung entscheidender Punkt. Es handelt sich um Vorfragen, die vom EuGH beantwortet werden müssen, um überhaupt eine Abwägung vornehmen zu können.

Nach hier vertretener Ansicht wiegen die Verletzungen der Unionsgrundrechte und die Verletzung der RL-EEA so schwer, dass sie, bei Einbeziehung in die Abwägung, ein Beweisverwertungsverbot nach sich ziehen. Die Entscheidungserheblichkeit liegt aber nicht nur bei diesem Ergebnis vor, sondern in jedem Fall. Denn die Abwägung kann überhaupt erst erfolgen, nachdem die unionsrechtlichen Vorfragen beantwortet wurden.

Für die Entscheidungserheblichkeit der Frage nach der Auslegung der RL-EEA spricht weiter, dass ein Beweisverwertungsverbot insbesondere „nach schwerwiegenden, bewussten oder objektiven willkürlichen Rechtsverstößen, bei denen grundrechtliche Sicherungen planmäßig oder systematisch außer Acht gelassen worden sind“<sup>32</sup> in Betracht kommt. Im Fall der Erlangung und der Übermittlung der EncroChat-Daten wussten sowohl die deutschen als auch die französischen Ermittler, dass die vollständige Filtrierung eines Kommunikationsservers sowie die Abschöpfung der darüber kommunizierenden Mobiltelefone mittels eines Trojaners in der RL-EEA nicht vorgesehen ist. Insbesondere den deutschen Behörden muss bewusst gewesen sein, dass nach dem für sie maßgeblichen deutschen Recht eine so umfassende Überwachung und Abhörung **ohne konkreten Tatverdacht** nicht rechtmäßig gewesen wäre.

Mit dem Weg über die EEA und der Bedienung ausländischer Strafverfolgungsmethoden begingen sie einen bewussten Rechtsverstoß unter systematischer Außerachtlassung der vorgesehenen grundrechtlichen Sicherungsmechanismen. Dass dieses Vorgehen dann von der RL-EEA nicht einmal gedeckt war, verstärkt den Rechtsverstoß nur noch. Auch vor diesem Hintergrund hätte das Gericht bei Berücksichtigung der unionsrechtlichen Fragen in diesem Fall ein Beweisverwertungsverbot bejahen müssen.

---

<sup>31</sup> KG Berlin, Beschluss vom 30.08.2021 – 2 Ws 79/21 –, juris Rn. 54 ff.; HansOLG Bremen, Beschluss vom 18.12.2020 – 1 Ws 166/20 –, juris Rn. 37; HansOLG Hamburg, Beschluss vom 29.01.2021 – 1 Ws 2/21 –, juris, Rn. 105.

<sup>32</sup> BGH, Urteil vom 20.12.2012 – 3 StR 117/12 –, BGHSt 58, 84-99, juris, Rn. 33.

Unter Berücksichtigung dieser Überlegungen wird der in dem Beschluss vom 11.06.2021 geäußerten Ansicht des erstinstanzlichen Landgericht Rostocks, die vom damaligen Angeklagten formulierten Vorlagefragen für ein Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 AEUV seien für das vorliegende Verfahren ohne Relevanz, entschieden widersprochen.

**c.**

Die hier zur Vorabentscheidung vorzulegenden Fragen nach der Auslegung der RL-EEA und der Schutzwirkung der Art. 7 und 8 GRCh im Zusammenhang mit dem massenhaften Ausspähen privater Kommunikationsmittel mittels nachrichtendienstlicher Methoden waren noch nicht Gegenstand unionsrechtlicher Rechtsprechung.

Es handelt sich nicht um einen Fall, in dem die richtige Anwendung des Unionsrechts, hier der RL-EEA, offenkundig wäre. Dies folgt schon daraus, dass es seit dem Bekanntwerden des sog. „EncroChat-Hacks“ eine Vielzahl von Diskussionen innerhalb der juristischen Wissenschaft und vor den zu Entscheidungen berufenen Strafgerichten über die Vereinbarkeit der Maßnahmen mit dem Unionsrecht gab und diese fortlaufend noch geführt werden.

Die fehlende Offenkundigkeit der richtigen Anwendung des Unionsrechts zeigt sich nicht zuletzt auch an der Formulierung des EGMR in einer seiner Fragen, die er gem. Art. 59 Abs. 1 EGMR VerFO der französischen Regierung im Hinblick auf die Maßnahmen gegen EncroChat gestellt hat:

*„Angenommen, die vorliegenden Anträge sind zulässig, hat die Erfassung der Daten, ihre Verarbeitung und /oder ihre Weitergabe an die britischen Behörden das Recht der Beschwerdeführer auf Achtung ihres Privatlebens und ihrer Korrespondenz im Sinne von Art. 8 Abs, 1 der Konvention beeinträchtigt? Wenn ja, waren diese Eingriffe ‚gesetzlich vorgesehen‘ und ‚notwendig‘ im Sinne von Art. 8 (Weber und Savaria gegen Deutschland, Nr. 54934/00, §§ 93 ff. 29. Juni 2006, und Roman Sakharov, a.a.O., §§ 228- 234)? Muss insbesondere die Rechtmäßigkeit dieser Eingriffe nach den Kriterien beurteilt werden, die der Gerichtshof in Bezug auf Massenabhörung entwickelt hat (vgl. u.a. Big Brother Watch und andere v. Vereinigtes Königreich (GC), Nr. 58170/13 und 2 andere, §§ 332-364, 25. Mai 2021)? Wie verhalten sich in diesem Punkt die Garantien aus der Konvention und die in diesem Bereich geltenden Vorschriften des EU-Rechts zueinander?“<sup>33</sup>*

Der letzte Teil der Frage zielt ersichtlich auf die RL-EEA ab und macht die Unsicherheiten bei der Anwendung derselben deutlich.

---

<sup>33</sup> EGMR, Beschluss vom 03.01.2022, Verfahren Nr. 44715/20 und Nr. 47930/21, Frage 5.

**d.**

Die Verletzung der Vorlagepflicht durch das Landgericht Rostock und den Bundesgerichtshof war willkürlich und stellt mithin eine Verletzung des Rechts auf den gesetzlichen Richter dar. Die Willkür der Nichtvorlageentscheidung ist dann gegeben, wenn die Auslegung und Anwendung der Zuständigkeitsregel des Art. 267 AEUV (nämlich dessen Nichtanwendung) nicht mehr verständlich ist und offensichtlich unhaltbar erscheint.<sup>34</sup>

Dies ist schon deshalb zu bejahen, weil der Bundesgerichtshof seine Gründe für die Entscheidung bezüglich des Vorabentscheidungsverfahrens nicht angegeben hat. Dazu war er aber gehalten, um eine Kontrolle am Maßstab des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG zu ermöglichen.<sup>35</sup> Aus dem Fehlen jeglicher Auseinandersetzung des Bundesgerichtshofs mit dem vom Revisionsführer (jetzt Beschwerdeführer) in dem Revisionsverfahren vorgebrachten Ausführungen zur Unionsrechtswidrigkeit der zugrunde liegenden Maßnahmen<sup>36</sup> kann nur geschlossen werden, dass er sich mit den Bedingungen für die Vorlagepflicht schlicht nicht auseinandergesetzt und sie dementsprechend verkannt hat. Ob und anhand welcher Maßstäbe sich der Bundesgerichtshof mit der Möglichkeit der Vorlage an den EuGH auseinandergesetzt hat, ist nicht nachvollziehbar, sodass davon ausgegangen werden muss, dass die Nichtvorlage willkürlich war. Dies gilt vor allem vor dem Hintergrund, dass ein Vorabentscheidungsverfahren schon vor dem erstinstanzlichen Gericht angeregt und dort mit einer unzureichenden und unzutreffenden Begründung abgelehnt wurde.

Die Willkür der Nichtvorlageentscheidung folgt zudem daraus, dass zu der hier entscheidungserheblichen Frage des Unionsrechts einschlägige Rechtsprechung des EuGHs noch nicht vorliegt und der letztinstanzliche Bundesgerichtshof den ihm in diesem Fall notwendig zukommenden Beurteilungsspielraum in unvertretbarer Weise überschritten hat.<sup>37</sup>

Die Rechtsprechung des EuGH ist unvollständig, was die – vorliegend entscheidungserheblichen – Fragen betrifft, die im Kern folgende Aspekte betreffen (ohne den Anspruch auf Vollständigkeit erheben zu wollen): Welche Anforderungen stellt die EEA-RL an die Rechtmäßigkeit der Beweiserlangung, waren die im konkreten Fall ergriffenen Ermittlungsmaßnahmen mit ihr in Einklang zu bringen und welche Mindestanforderungen an den Tatverdacht für staatliche Ermittlungsmaßnahmen dieses Umfangs sind aus Art. 7 und Art. 8 GRCh abzuleiten? Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu diesen Themenkomplexen ist – soweit ersichtlich – noch nicht ergangen. Der Bundesgerichtshof hat den ihm zukommenden Beurteilungsrahmen im Hinblick auf seine Vorlagepflicht in unvertretbarer Weise überschritten und dadurch den Beschwerdeführer in seinem Recht auf den gesetzlichen Richter verletzt. Es fehlt eine sachliche Begründung dafür, warum im Hinblick auf den Gewährleistungsgehalt von Art. 7 und Art. 8

<sup>34</sup> BVerfG, Beschluss vom 06.07.2010 – 2 BvR 2661/06 –, BVerfGE 126, 286-331, juris Rn. 88.

<sup>35</sup> BVerfG, Stattgebender Kammerbeschluss vom 10.12.2014 – 2 BvR 1549/07 –, juris, Rn. 21; BVerfG, Beschluss vom 19.12.2017 – 2 BvR 424/17 –, BVerfGE 147, 364-389, juris, Rn. 41

<sup>36</sup> Insbesondere im Schreiben vom 10.01.2022 des Unterzeichners an den 2. Strafsenat des BGH.

<sup>37</sup> BVerfG, BVerfG, Beschluss vom 31.05.1990 – 2 BvL 12/88 –, BVerfGE 82, 159-198, juris Rn. 144.

GRCh und im Hinblick auf die Auslegung der RL-EEA bei der Handhabung der konkreten Ermittlungsanordnung eine von vornherein eindeutige oder zweifelsfrei geklärte Rechtslage vorliegen sollte.

Das Gericht setzt sich vielmehr in rechtswidriger Weise überhaupt nicht mit der Vorlagepflicht an den EuGH auseinander, obwohl dies offensichtlich geboten gewesen wäre.

## 2. Verletzung von Art. 7 und Art. 8 GRCh

Die Ausspähung und Sammlung der Daten und die Weitergabe der Daten auf Grundlage einer EEA stellt eine Verletzung von Art. 7 und 8 GRCh, die zusammen die Grundrechte auf Achtung des Privatlebens und den Schutz personenbezogener Daten gewähren, dar.

Die verfahrensgegenständlichen Chat-Nachrichten stammen aus der heimlichen technischen Infiltration des Mobiltelefons des Beschwerdeführers, mit dem Ziel, längerfristig Zugriff auf darauf gespeicherte Daten zu erlangen und die laufende Kommunikation zu überwachen. Diese Maßnahmen greifen in besonders schwerwiegender Weise in die Grundrechte auf Achtung des Privatlebens (Art. 7 GRCh) und den Schutz personenbezogener Daten (Art. 8 GRCh) ein.

Art. 7 GRCh bestimmt u.a., dass jede Person das Recht auf Achtung ihres Privatlebens und den Schutz ihrer Kommunikation hat. Nach Art. 8 GRCh hat jede Person das Recht auf Schutz der sie betreffenden personenbezogenen Daten. Daraus ergibt sich, dass jede Verarbeitung personenbezogener Daten, insbesondere wenn diese private Kommunikation betreffen, grundsätzlich einen Eingriff in diese Rechte darstellen kann.<sup>38</sup>

Das Grundrecht gewährt dem Grundrechtsträger die Herrschaft über die eigenen personenbezogenen Daten und damit die Möglichkeit, Dritte von der Erhebung oder Verwendung dieser Daten auszuschließen.<sup>39</sup> Bei der Erhebung, Entschlüsselung und Speicherung, sowie der Weitergabe der EncroChat-Daten durch die französischen Ermittlungsbehörden und die Entgegennahme durch die deutschen Ermittlungsbehörden waren die Inhalte privater Kommunikation, sowie die Metadaten der Kommunikation und damit personenbezogene Daten Gegenstand der staatlichen Ermittlungstätigkeit. Ein Eingriff in den Schutzbereich des Art. 8 GRCh liegt dann vor, wenn personenbezogene Daten verarbeitet werden. Eine Verarbeitung liegt bei allen datenbezogenen Vorgängen, also dem Erheben, Erfassen, Ordnen, Speichern, Übermittlung usw.

---

<sup>38</sup> EuGH, Urteil vom 17.10.2013 – C-291/12 –, juris Rn. 24 ff.; EuGH, Urteil vom 08.04.2014 – C-293/12 –, juris, Rn. 32 ff.; Jarass GRCh, 4. Aufl. 2021, Art. 8 Rn. 7, 9.

<sup>39</sup> *Augsberg* in von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, Bd. 1, Art. 8 GRCh, Rn 6; *Calliess/Ruffert/Kingreen*, EU-GRCharta, 6. Aufl. 2022, Art. 8 Rn. 10.

vor<sup>40</sup> und ist im vorliegenden Fall, in dem die private Kommunikation über Monate hinweg abgefangen, gespeichert, ausgewertet und weitergegeben wurde, unproblematisch gegeben.

Es fehlt indes an einer Rechtfertigung für den Eingriff. Der Eingriff, der in der vollständigen Überwachung und Weitergabe der Inhalte eines Kommunikationskanals bestand, ist von großem Ausmaß und als besonders schwerwiegend anzusehen.<sup>41</sup> Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass die Unterhaltungen, die über EncroChat geführt wurden, infiltriert und abgefangen wurden, ohne dass die Ermittlungsbehörden zu diesem Zeitpunkt wissen konnten, was der Inhalt dieser Unterhaltungen war und ob sie in irgendeiner Form kriminelle Bezüge aufwiesen. Zudem ist der Umstand, dass das Abfangen, die Speicherung und die Weitergabe der Daten durch die Ermittlungsbehörden erfolgten, ohne dass der Beschwerdeführer (oder sonst einer der Nutzer) darüber informiert wurde, geeignet, bei den Betroffenen das Gefühl zu erzeugen, dass ihr Privatleben Gegenstand einer ständigen staatlichen Überwachung ist.<sup>42</sup>

Nach Art. 52 Abs. 1 der Charta muss jede Einschränkung der Ausübung der in der Charta anerkannten Rechte und Freiheiten gesetzlich vorgesehen sein und den Wesensgehalt dieser Rechte und Freiheiten achten; unter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit dürfen Einschränkungen nur vorgenommen werden, wenn sie erforderlich sind und den von der Union anerkannten dem Gemeinwohl dienenden Zielsetzungen oder den Erfordernissen des Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer tatsächlich entsprechen.<sup>43</sup> Da die Erhebung und die Weitergabe der Daten auf Grundlage der EEA erfolgten, diese aber gerade nicht mit der RL-EEA und dem auf ihrer Grundlage erlassenen staatlichen Recht (IRG) vereinbar war, liegt schon keine gesetzliche Grundlage für die hier vorgenommenen Maßnahmen vor.

Die Eingriffe gegen den Beschwerdeführer waren auch nicht verhältnismäßig, denn sie dienten nicht dem – an sich legitimen Ziel – der Verhütung von Straftaten und der Bekämpfung der organisierten Kriminalität. Auch an der Angemessenheit der Maßnahmen fehlte es. Nach allem, was über das Vorgehen der französischen Ermittlungsbehörden bei der Erhebung der Daten und über das Vorgehen sowohl der französischen als auch der deutschen und europäischen Behörden bei der Übermittlung der Daten bekannt ist, waren die Eingriffe in die Grundrechte des Beschwerdeführers nicht gerechtfertigt. Zu dem Zeitpunkt, als die jeweiligen Eingriffe in seine Grundrechte erfolgten, bestand gegen ihn persönlich kein konkreter Anfangsverdacht.<sup>44</sup> Eine verdachtslose Überwachung der Kommunikation ist aber grundsätzlich – auch nach dem Maßstab der Grundrechtecharta – unzulässig.<sup>45</sup> Als die konkreten Maßnahmen, die auch den

<sup>40</sup> Calliess/Ruffert/Kingreen, EU-GRCharta, 6. Aufl 2022, Art. 8 Rn. 13.

<sup>41</sup> So auch *Derin/Singelnstein*, Verwendung und Verwertung von Daten aus massenhaften Eingriffen in informationstechnische Systeme aus dem Ausland (Encrochat), NStZ 2021, 449 (451).

<sup>42</sup> EuGH, Urteil vom 08.04.2014 – C-293/12 –, juris, Rn. 37.

<sup>43</sup> EuGH, Urteil vom 09.11.2010 – C-92/09 und C-93/09 –, juris, Rn. 65 ff.; *Augsberg* in von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, Bd. 1, Art. 8 GRC, Rn. 13.

<sup>44</sup> So auch LG Berlin, Beschluss vom 01.07.2021 – (525 KLs) 254 Js 592/20 (10/21) –, juris, Rn. 37 ff. und diese Annahme bestätigend KG Berlin, Beschluss vom 30.08.2021 – 2 Ws 79/21 –, juris, Rn. 42.

<sup>45</sup> In Bezug auf Art. 2 Abs. 1 i. V m. Art. 1 Abs. 1 GG: BVerfG, Urteil vom 27.02.2008 – 1 BvR 370/07 –, BVerfGE 120, 274-350Rn. 243 ff.

Beschwerdeführer betrafen, eingeleitet wurden, lagen über seine Person und mögliche kriminelle Aktivitäten seinerseits keine Anhaltspunkte vor.

Die einzige Information der Behörden war, dass er sich eines Mobiltelefons des Anbieters EncroChat bediente. Dies reicht nicht aus, um den schwerwiegenden Eingriff in seine Grundrechte zu rechtfertigen. Insbesondere kann allein die Verwendung einer verschlüsselten Kommunikationstechnologie nicht den Tatverdacht für schwerwiegende kriminelle Aktivitäten begründen.<sup>46</sup> Die Nutzung von Verschlüsselungstechnologien ist erstens im Zeitalter der Digitalisierung weit verbreitet und dient zweitens dem grundrechtlich verbürgten Interesse, die Privatsphäre zu schützen. So heißt es auch in der Entschließung des Rats der Europäischen Union vom 24.11.2020 zur Verschlüsselung:

*„Die Europäische Union unterstützt uneingeschränkt die Entwicklung, Umsetzung und Nutzung starker Verschlüsselung. Die Europäische Union unterstreicht, dass die uneingeschränkte Wahrung der Grundrechte und der Menschenrechte sowie der Rechtsstaatlichkeit bei allen Maßnahmen im Zusammenhang mit dieser Entschließung – sowohl online als auch offline – gewährleistet werden muss. Verschlüsselung ist ein notwendiges Mittel zum Schutz der Grundrechte und der digitalen Sicherheit von Regierungen, Industrie und Gesellschaft.“<sup>47</sup>*

Weiter heißt es:

*„Der Grundsatz ‚Sicherheit durch Verschlüsselung und Sicherheit trotz Verschlüsselung‘ muss in vollem Umfang gewahrt werden. Die Europäische Union unterstützt weiterhin eine starke Verschlüsselung. Verschlüsselung ist ein Stützpfiler des Vertrauens in die Digitalisierung und in den Schutz der Grundrechte und sollte gefördert und weiterentwickelt werden.“<sup>48</sup>*

Zwar müsse für die zuständigen Behörden im Bereich Sicherheit und Strafjustiz die Möglichkeit bestehen, über einen rechtmäßigen Zugang zu Daten für legitime und klar definierte Zwecke im Rahmen der Bekämpfung schwerer Kriminalität zu verfügen. Es sei aber stets das Interesse der Strafverfolgung gegen die Grundsätze der Notwendigkeit, Verhältnismäßigkeit und Subsidiarität abzuwiegen. Bei der Überwachung privater Kommunikationsinhalte von mind. 30.000 Bürgern mittels nachrichtendienstlicher Methoden ohne Bestehen eines konkreten Tatverdachts sind die Grundsätze der Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit aber gerade nicht berücksichtigt.

<sup>46</sup> So auch: LG Berlin, Beschluss vom 01.07.2021 – (525 KLs) 254 Js 592/20 (10/21) –, juris, Rn. 41 ff.

<sup>47</sup> Rat der Europäischen Union, Entschließung zur Verschlüsselung, 13084/1/20 REV 1, 24.11.2020, S. 2.

<sup>48</sup> Ebenda, S. 4.

Ein Interesse an geheimer Kommunikation haben – entgegen der Ansicht einiger Oberlandesgerichte<sup>49</sup> – nicht nur Kriminelle, sondern etwa auch Personen, die politisch, medizinisch, unternehmerisch oder juristisch tätig sind. Es bedarf allerdings ohnehin keiner Rechtfertigung dafür, die Kommunikation vor fremder (auch staatlicher) Einsichtnahme schützen zu wollen, denn das Grundrecht auf Schutz des Privatlebens und der Kommunikation sowie das Grundrecht auf Datenschutz kommt jeder natürlichen Person zu.

Da die Erkenntnisse, die das erstinstanzliche Landgericht Rostock im Ergebnis aus der Auswertung der Chat-Verläufe ziehen zu können meint, in dem Zeitpunkt, als die hier gerügten Grundrechtsverstöße erfolgten, noch nicht vorlagen, können sie auch nicht zur Rechtfertigung derselben herangezogen werden.

Eine anderweitige verfassungsrechtliche Rechtfertigung der Eingriffe in die Grundrechte aus Art. 7 und Art. 8 der GRCh des Beschwerdeführers kommt nicht in Betracht.

## **V. Antrag**

Ich beantrage, die angegriffenen Entscheidungen wegen Beeinträchtigung der Rechte aus Art. 7 und 8 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union aufzuheben, die Entscheidung des Bundesgerichtshofs außerdem wegen Verstoßes gegen Art. 101 Abs. 1 Satz 2 des Grundgesetzes.

Der Rechtsanwalt

---

<sup>49</sup> Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, Beschluss vom 29.04.2021 – 2 Ws 47/21 –, juris, Rn. 20; OLG Rostock, Beschluss vom 11.05.2021 – 20 Ws 121/21 –, juris, Rn. 23; HansOLG Bremen, Beschluss vom 18.12.2020 – 1 Ws 166/20 –, juris, Rn. 16; OLG Celle, Beschluss vom 12.08.2021 – 2 Ws 250/21 –, juris, Rn. 28 ff.