

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
75131 Karlsruhe

Hamburg, am 12.04.2022/pk-st

Verfassungsbeschwerde

des

gegen

1. das Urteil des Landgerichts Hamburg vom 15.07.2021 – 632 KLS 8/21
2. den Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 02.03.2022 – 5 StR 457/21

wegen

Verstoßes gegen die Gewährleistung rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG) und die Gewährleistung des gesetzlichen Richters (Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG) sowie einer Beeinträchtigung seiner Rechte aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG, Art. 7 und 8 GRCh und Art. 8 EMRK.

I. Verfahrensgegenstand

Der Beschwerdeführer wurde durch das Urteil des Landgerichts Hamburg vom 15.07.2021 wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in zehn Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von fünf Jahren verurteilt. Die Beweisführung des Gerichts beruhte im Fall 6 und 9 maßgeblich auf der Auswertung von Dateien, die heimlich von französischen Behörden bei der Kommunikation mit Mobiltelefonen unter der Nutzung des EncroChat-Systems gewonnen und nach Deutschland transferiert worden waren. Der Transfer erfolgte zum Teil zeitlich vor und zum Teil auf Grundlage einer Europäischen Ermittlungsanordnung der Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt am Main. Der Strafausspruch des Landgerichts in den Fällen 7 und 8 kam ebenfalls maßgeblich unter Berücksichtigung der Chat-Protokolle zustande.

Im Revisionsverfahren konfrontierte der Beschwerdeführer den Bundesgerichtshof damit, dass die Ermittlungshandlungen der französischen Behörden und der Transfer der (vorgeblich) den Beschwerdeführer betreffenden Daten nach Deutschland nicht durch die maßgebliche Richtlinie 2014/41/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 03.04.2014 über die Europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen (im Folgenden RL-EEA) 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.

Der Beschwerdeführer hatte der Verwertung der EncroChat-Daten wegen der von ihm angenommenen Unionsrechtswidrigkeit und Verfassungswidrigkeit des darin liegenden Eingriffs in sein Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG schon im erstinstanzlichen Verfahren widersprochen. Das Landgericht Hamburg setzte sich mit diesem Vorbringen weder in den Urteilsgründen noch in einem gesonderten Beschluss auseinander. Die Rüge der darin bestehenden Verletzung des rechtlichen Gehörs gem. Art. 103 Abs. 1 GG hat der Bundesgerichtshof in dem angegriffenen Beschluss zu Unrecht negativ beschieden.

Der angegriffene Beschluss, der die erstinstanzliche Verwertung der EncroChat-Daten bestätigt, stellt zudem einen unverhältnismäßigen Eingriff in die Grundrechte des Beschwerdeführers aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG sowie Art. 7 und 8 GRCh und Art. 8 EMRK dar.

II. Vollmacht

Eine den Unterzeichner legitimierende Vollmacht ist im Original beigelegt.

III. Verfahrensgeschichte

Der Beschwerdeführer wurde am 15.07.2021 nach dreitägiger Hauptverhandlung wegen Betäubungsmittelhandels in zehn Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von fünf Jahren verurteilt. Eine Ablichtung der schriftlichen Urteilsgründe überreiche ich als

Anlage 1.

In dem Urteil heißt es unter Punkt III. 2. „Beweiswürdigung“ (S. 17):

„Die Einlassung des Angeklagten wird, soweit diese mit den obigen Feststellungen übereinstimmt, insbesondere durch den Inhalt der Chatverläufe gestützt und, soweit der Angeklagte keine genauen Erinnerungen mehr hatte, hierdurch im Hinblick auf die Einzelheiten der jeweiligen Tat plausibel ergänzt. Soweit die Einlassung des Angeklagten von den obigen Feststellungen abweicht, hat sich die Kammer ihre Überzeugung insbesondere aufgrund der Auswertung der Chatverläufe gebildet.“

Der Angeklagte hat zwei Anklagevorwürfe – im schriftlichen Urteil als Fall 6 und als Fall 9 beschreiben – in der Hauptverhandlung gänzlich bestritten. Das Gericht führt zu der konkreten Beweiswürdigung in diesen Fällen weiter aus:

Zu Fall 6 (S. 26): „Die Kammer ist davon überzeugt, dass es sich bei dieser von den Angaben im Haftbefehlsverkündungstermin abweichenden, pauschalen Einlassung des Angeklagten betreffend den schwersten Tatvorwurf der Anklage um eine unwahre Schutzbehauptung handelt. Diese wird insbesondere durch die Erkenntnisse aus dem verfahrensgegenständlichen Chatverlauf widerlegt.“

Zu Fall 9 (S. 34): „Die Einlassung des Angeklagten, er habe in Fall 9 keine Ankaufsabsicht gehabt, hält die Kammer für eine unwahre Schutzbehauptung, die insbesondere durch den zu Fall 9 gehörenden Chatverlauf widerlegt wird.“

In Bezug auf die Fälle 1-5, 7, 8 und 10 bildet die Kammer ihre Überzeugung von dem festgestellten Sachverhalt vor allem auf Grundlage des Geständnisses des Angeklagten, wozu sie jeweils ausführt, das Geständnis sei glaubhaft und werde durch den Chatverlauf gestützt sowie plausibel ergänzt. Immer dann, wenn die Feststellungen der Kammer von den Einlassungen des

Angeklagten abweichen, verweist sie auf die Chatverläufe, welche die Einlassung des Angeklagten widerlegen würden (so in Fall 7 und 8).

Die im Folgenden geschilderten Verfahrensabläufe samt den maßgeblichen Schriftsätzen und Beschlüssen sind in der als

A n l a g e 2

in Ablichtung beigefügten Revisionsbegründung dargestellt. Die Verteidigung hatte am ersten Hauptverhandlungstag, dem 05.07.2021, durch Verlesung einer umfassenden schriftlichen Erklärung, die als Anlage zum Hauptverhandlungsprotokoll genommen wurde, der Erhebung und Verwertung von Beweisen zum Inhalt der EncroChat-Daten in der Hauptverhandlung widersprochen (S. 12-31 Anlage 2).

Der Vorsitzende ordnete am selben Tag die Einführung von Urkunden im Wege der Selbstlesung gem. § 249 Abs. 2 StPO in die Hauptverhandlung an, woraufhin die bezeichneten Urkunden ausgeteilt wurden (S. 10 Anlage 2). In dieser Selbstleseliste waren auch die „EncroChat-Daten“ aufgeführt. Weder in einem Beschluss während der Verhandlung noch in dem Urteil vom 15.07.2021 setzt sich das Landgericht mit der Frage eines Verwertungsverbots im Hinblick auf die EncroChat-Daten auseinander. Dies ergibt sich aus den Hauptverhandlungsprotokollen vom 05.07.2021, 14.07.2021 und 15.07.2021, die als

A n l a g e 3

beigefügt werden.

Die Revisionsbegründung weist unter Bezugnahme auf den Beweisverwertungswiderspruch im erstinstanzlichen Verfahren darauf hin, dass die Chat-Protokolle einem Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbot unterlägen, woraus sich der geltend gemachte Verfahrensfehler des Landgerichts ergebe (S. 32 Anlage 2).

Das Vorliegen eines Beweiserhebungs- und Verwertungsverbot wird in dem Verwertungswiderspruch, auf den die Revisionsbegründung Bezug nimmt, ausführlich begründet. So führt die Verteidigung aus, es bestehe in dem besonderen Fall des EncroChat-Hacks schon keine hinreichende Vertrauensgrundlage im Hinblick auf die Rechtmäßigkeit der Beweisgewinnung in Frankreich, da die Ermittlungstechnik dort als militärisches Staatsgeheimnis eingestuft worden

sei und die französischen Gerichte ihrer rechtsstaatlichen Kontrollaufgabe nicht hätten nachkommen können (S. 15 Anlage 2). Ein Beweisverwertungsverbot ergebe sich zudem aus den Verstößen gegen deutsches und europäisches Rechtshilferecht im Zusammenhang mit dem Erlass der EEA (S. 15 – 28 Anlage 2). In dem Zusammenhang zeigt die Verteidigung insbesondere einen Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 a), b), Art. 4, Art. 5 RL-EEA durch die Erhebung und Übermittlung der EncroChat-Daten auf. Die Verteidigung weist auch darauf hin, dass ein Verwertungsverbot aus dem konkreten Vorgehen der französischen Behörden, welches rechtsstaatswidrig sei, folge (S. 28 – 30 Anlage 2). Dabei wird auch eine Verletzung des Art. 31 RL-EEA durch die fehlende Unterrichtung der deutschen Behörden von den Ermittlungsmaßnahmen auf deutschem Staatsgebiet thematisiert. Insbesondere wird der Eingriff in die Grundrechte aus Art. 10 GG und Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG des Angeklagten aufgeführt (S. 15 Anlage 2).

Neben der Geltendmachung des Verwertungsverbots und dem daraus folgenden Verfahrensfehler beruft sich die Revisionsbegründung darauf, dass das Schweigen der Kammer zu dem geltend gemachten Beweisverwertungswiderspruch und das Fehlen jeglicher Begründung, warum sie keine verfahrens- und verfassungsrechtlichen Zweifel im Hinblick auf die Verwertung der Chat-Protokolle hegte, eine Verletzung des durch Art. 103 Abs. 1 GG verbürgten rechtlichen Gehörs des Angeklagten darstellte (S. 32, 33 Anlage 2).

Mit einer Antragschrift vom 06.01.2022, die als

A n l a g e 4

beigefügt ist, befürwortete der Generalbundesanwalt die Verwerfung der Revision:

„I. Zu den Verfahrensrügen

1. Rüge zur Unverwertbarkeit der EncroChat-Daten

Der Beschwerdeführer beanstandet die Verwertung der aus den EncroChat-Daten gewonnenen Erkenntnisse. Er meint, dass diese Daten einem strafprozessualen Beweisverwertungsverbot unterliegen. Allerdings wären von dem behaupteten Rechtsfehler ohnehin nur der Schuldspruch in den Fällen 6 und 9, der Strafausspruch in den Fällen 7 und 8 sowie die Einziehungsentscheidung betroffen (vgl. § 337 Abs. 1 StPO). In den übrigen Fällen hat das Landgericht die Erkenntnisse aus den EncroChat-Protokollen lediglich ergänzend herangezogen.

Ungeachtet dessen ist die Verfahrensbeanstandung unzulässig (§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO). Aber auch bei sachgerechter Ausführung wäre sie unbegründet.“

Der Generalbundesanwalt äußert sich zu dem Transfer der EncroChat-Daten nach Deutschland und erklärt dazu auf S. 5 seiner Antragschrift:

„In der Zeit vom 03. April 2020 bis zum 28. Juni 2020 übermittelten die französischen Stellen dem Bundeskriminalamt über Europol zahlreiche Datensätze, die einen Bezug zu Deutschland aufwiesen, zur weiteren Verwendung. Nach deren Aufbereitung leitete die Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt am Main jeweils gesonderte Ermittlungsverfahren gegen die ermittelten Nutzer ein. Sodann gab sie diese an die örtlich zuständigen Staatsanwaltschaften ab.“

Er führt in rechtlicher Hinsicht aus, die Rüge der Unverwertbarkeit sei unbegründet, weil die EncroChat-Daten verwertbar seien. Das Landgericht habe die EncroChat-Daten jedenfalls als Zufallsfund nach §§ 100e Abs. 6 Nr. 1, 100b StPO verwenden dürfen (S. 8).

Zu der Gehörsrüge des Revisionsführers äußert sich der Generalbundesanwalt wie folgt:

„Die Rüge ist nicht begründet. Das Landgericht war nicht verpflichtet, die am ersten Hauptverhandlungstag verlesene Eingabe des Verteidigers während laufender Hauptverhandlung zu bescheiden. Soweit diese Eingabe einen Widerspruch gegen die Verwertung von Beweisen zum Inhalt der EncroChat-Daten thematisiert (zur Zulässigkeit eines vorab erhobenen Widerspruchs Senat, Beschluss vom 20. Oktober 2014 – 5 StR 176/14 –, juris Rdnr. 6, NStZ 2014, 722-724), gilt das bereits vom Revisionsführer Ausgeführte. Derartige Widersprüche erfüllen eine primär revisionsrechtliche Funktion. Sie müssen nicht in der Hauptverhandlung beschieden werden; eine Entscheidung hierüber bleibt der Schlussberatung vorbehalten (vgl. Senat, Beschluss vom 11. November 2020 – 5 StR 197/20 –, juris Rdnr. 21).

Soweit der erstinstanzliche Schriftsatz darüber hinaus auf eine Beanstandung der Anordnung zur Beweiserhebung hinausläuft, konnte er deswegen keine Bescheidspflicht auslösen, weil der Beschwerdeführer lediglich eine im Rahmen des § 238 Abs. 2 StPO unbehelfliche Präventivbeanstandung erhoben hat (vgl. KK-StPO/Schneider, 8. Aufl. 2019, § 238 Rdnr. 17; LR-StPO/Becker, 27. Aufl. 2019, § 238 Rdnr. 29).

Dieses formenstrenge Ergebnis kann auch unter dem Blickwinkel von Art. 103 Abs. 1 GG hingenommen werden. Der Angeklagte hätte – was er indessen versäumt hat – die Anordnung des Vorsitzenden, die EncroChat-Protokolle im Wege des Selbstleseverfahrens einzuführen, vor Durchführung der Beweisaufnahme unter Verweis auf die Unverwertbarkeit der Daten gemäß § 238 Abs. 2 StPO beanstanden können (vgl. Senat a. a. O.).

Ungeachtet dessen könnte die Rüge, selbst wenn sich das Fehlen einer näheren tatrichterlichen Begründung als rechtsfehlerhaft erweisen würde, keinen Erfolg haben. Da weder gegen die Verwertung noch gegen die Einführung der die EncroChat-Daten betreffenden Urkunden rechtliche Bedenken bestehen, kann das Urteil ohnehin nicht auf dem behaupteten Rechtsfehler beruhen (vgl. § 337 Abs. 1 StPO).

Auf den Verwerfungsantrag erwiderte die Verteidigung zunächst mit einem Schriftsatz vom 18.01.2022, der als

Anlage 5

beigefügt ist und in dem es zu der Frage der Verwertbarkeit der EncroChat-Daten auf S. 2 ff. heißt:

„a)

Entscheidend wird letztlich insbesondere sein, ob entgegen den Ausführungen des Verwerfungsantrags (GBA, S. 8 ff.) zum einen die Besonderheiten der Beweismittelgewinnung in Frankreich¹ - diese Ermittlungen zeichneten sich dadurch aus, dass sie

- *sich der Sache nach gegen eine Vielzahl von Betroffenen (und nicht nur die für EncroChat-Verantwortlichen)*
- *allein wegen der durch sie erfolgten Nutzung der EncroChat-Technologie richteten,*
- *dabei an keinerlei konkreten Tatverdacht anknüpften,*
- *auch sonst nicht einmal ansatzweise einen Bezug zu einer im Einzelfall besonders schwerwiegenden Katalogtat aufwiesen -*

der Gleichsetzung mit einer Online-Durchsuchung nach deutschem Strafverfahrensrecht entgegenstanden,² und zum anderen diese schleppnetzartige 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, gleichwohl die Verwendung der so erlangten Daten unter

¹ Sie werden wertungsmäßig von dem Verwertungsantrag bestritten (z.B. GBA, S. 12 ff.).

² Derin/Singelstein NStZ 2021, S. 452 f.

dem Blickwinkel des (Rechtsgedankens des) § 108 Abs. 1 StPO rechtfertigt.³ Das wiederum läuft, wie der Hinweis des Verwerfungsantrags auf die Rechtsfigur des hypothetischen Ersatzeingriffs (GBA, S. 13 ff.) und die verwertungsrechtsdogmatische Abwägungsdoktrin (GBA, S. 19 ff.) belegt, im Kern auf die Frage hinaus, ob das gefundene Ergebnis unter dem Blickwinkel einer effektiven Strafrechtspflege die es erzielende Methode verfahrensrechtlich rechtfertigt.

b)

Insoweit liegen die Argumente für die unterschiedlichen Positionen auf dem Tisch. Ein ergänzender Hinweis ist freilich anzufügen:

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.

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).

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 Richtlinie 2014/41/EU vom 03.04.2014 unter den ‚Besonderen

³ Dass weitere rechtliche Grundlagen für die Verwendung bzw. Verwertung der Daten nicht ersichtlich sind, und zwar auch unter Berücksichtigung des internationalen Bezugs, haben *Derin/Singelstein* (a.a.O. S. 453 f.) aufgezeigt.

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 dürfen.

Das Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union vom 29.05.2000, auf welches sich die französische Ermittlungsrichterin bei der Bewilligungsentscheidung stützte, ist seit dem 22.05.2017 nicht mehr gültig, wie ein Blick in Art. 34 Abs. 1 Buchst. c der Richtlinie 2014/41/EU vom 03.04.2014 über die Europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen offenbart.⁴

Dass diese Richtlinie die Rechtmäßigkeit und Rechtswidrigkeit der Beweisgewinnung der Encrochat-Dateien vorgibt, lässt sich auch aus einer vor kurzem veröffentlichten Entscheidung der Großen Kammer des Europäischen Gerichtshofes vom 21. Dezember 2021 herleiten.⁵“

Zu der Rüge der Verletzung rechtlichen Gehörs heißt es in der Erwiderung der Verteidigung ab S. 4:

„Dass die tatgerichtliche Verfahrensweise entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers (RB, S. 32 ff.) auch insoweit unbedenklich ist, als sich die Strafammer jedweder Stellungnahme zu den von ihm geltend gemachten Verwertungsbedenken enthalten hat, kann gerade in Ansehung der Grundrechtsverbürgung des Art. 103 Abs. 1 GG nicht mit der Erwägung begründet werden, der Beschwerdeführer hätte in der Hauptverhandlung die Anordnung gem. § 249 Abs. 2 StPO (erneut bzw. gesondert) beanstanden müssen, so dass sich seien Beanstandung als ‚unbehelfliche Präventivbeanstandung‘ (GBA, S. 25) darstelle. Dass und vor allem wie sich dieses – eher euphemistisch als ‚formenstreng‘ (GBA, S. 25) bezeichnete – Ergebnis mit Art. 103 Abs. 1 GG vereinbaren lassen soll, ist damit nicht aufgezeigt (vgl. schon RB, S. 34).“

In einem ergänzenden Schriftsatz vom 23.02.2022 mit drei Anlagen widmete sich der weitere Verteidiger des Beschwerdeführers, Herr Rechtsanwalt Aslan Taheri, vertieft der Frage der Beweisgewinnung im Fall der EncroChat-Protokolle. Er wies auf neue Erkenntnisse in Bezug

⁴ Vgl. hierzu auch *Knytel*, Die Europäische Ermittlungsanordnung und ihre Umsetzung in die deutsche und französische Rechtsordnung, Berlin 2020, S. 51.

⁵ EuGH, Urteil vom 21.12.2021, verbundene Rechtssachen C-357/19, C-379/19, C-547/19, C-811/19 und C-840/19, Rn. 250 ff.

auf das Vorgehen der deutschen Ermittlungsbehörden bei der Erlangung der Daten hin und regt in diesem Zusammenhang an,

„im Freibeweisverfahren

1. *Herrn KHK Franzen, zu laden über das Bundeskriminalamt, Referat SO 25, 65173 Wiesbaden, als Zeugen zu vernehmen;*
2. *Herrn Christian Hoppe, zu laden über das Bundeskriminalamt, Referat SO 25, 65173 Wiesbaden, als Zeugen zu vernehmen;*
3. *Frau Richterin am Amtsgericht Cathrin Frielinghaus (geb. Aul), zu laden über das Amtsgericht Wetzlar, Wertherstraße 1 und 2, 35578 Wetzlar, als Zeugin zu vernehmen.“*

Als Begründung führte Rechtsanwalt Taheri folgendes an (S. 2 ff.):

„Der bisherige Sachstand hinsichtlich der Erlangung von Beweismitteln in Gestalt der Encrochat-Daten durch ein Joint Investigation Team unter französischer Leitung ist bekannt. Zur Herkunft der Encrochat-Daten führt insoweit auch der Generalbundesanwalt in seiner Antragsschrift vom 6. Januar 2022 (S. 2 ff.) aus. Aus einer nunmehr in einem ausländischen Verfahren eingeführten SIENA-Nachricht⁶ vom 27. März 2020 geht hervor, dass die Mitglieder der Operation Taskforce das Umfeld für die Zusammenarbeit zwischen Joint Investigation Team und den Nicht-JIT-Ländern bildeten.

Weiter heißt es, dass die zuständigen Behörden der einzelnen Länder, die zur Teilnahme bereit seien, dem JIT eine schriftliche Zustimmung zu erteilen haben, die u.a. beinhalte, dass sie über die Methoden informiert wurden, mit denen die Daten von Geräten in ihrem Hoheitsgebiet gewonnen würden und sie die Rechtsgrundlage für den Einsatz dieser Ermittlungsmethode in Frankreich kennen würden (Anlage I).

Es ist durch die französischen Behörden zudem ausdrücklich kommuniziert worden, dass sie bei fehlender Zustimmung die Daten nicht weitergeben oder sogar

⁶ Information Exchange Network Application ist ein Kommunikationsnetzwerk zur gegenseitigen Kommunikation von EUROPOL-Stellen mit EU-Mitgliedstaaten und dritten Parteien, die in dem Kommunikationsverkehr von EUROPOL eingebunden sind. In einer kleinen Anfrage des Mitglieds des Bundestags, Andrej Hunko, werden die deutschen Teilnehmer am SIENA-Netzwerk benannt. Nach Angaben in der Anfrage befinden sich unter den Kommunikationspartnern das Bundeskriminalamt, die Bundespolizei, der Zollfahndungsdienst und Staatsanwaltschaften. BT-Drucksache 18/7034 vom 12. Januar 2016.

vernichten würden (vgl. Notes Emma Sweeting – Europol Meeting 19.02.2020 – 21.02.2020 – Anlage 2⁷).

Bereits in dem Meeting der NCA am 13. Februar 2020 ist zudem die Rede von einer Arbeitsgruppe, welche zwölf Länder umfasst (vgl. Official Sensitive CPS/NCA Meeting, Project Venetic 13th February 2020 – 11:00 to 12:30 Uhr Spectrum – Anlage 3).

Der BKA-Beamte KHK Dirk Franzen hat am 14. Februar 2022 vor dem Landgericht Bonn (Az. 21 KLS 24/21) als Zeuge ausgesagt.

Im Rahmen seiner Vernehmung schilderte der Zeuge KHK Franzen insbesondere, dass er mit der Zeugin Frielinghaus (geb. Aul) an dem Eurojust-Meeting am 9. März 2020 teilgenommen habe. Eine Einladung zu dem Meeting sei wohl von Eurojust verfasst und konkret über Cathrin Range, die deutsche Vertreterin bei Eurojust, an das Bundeskriminalamt weitergeleitet worden.

Beim Bundeskriminalamt habe man die Einladung dann an die Generalstaatsanwaltschaft übermittelt und so die Zeugin Frielinghaus informiert.

Bereits in diesem Meeting sei durch die Zeugin Frielinghaus die Zustimmung erteilt worden, die Daten entgegennehmen zu können.

Der Zeuge berichtete weiter, dass die SIENA-Nachricht vom 27. März 2020 von den Niederlanden (J-CAT) im Auftrag der JIT und damit auch der französischen Strafverfolgungsbehörden an das Bundeskriminalamt – SO 25 – übermittelt worden sei. Diese Nachricht sei dann auch an die Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt am Main weitergeleitet worden.

Daraufhin sei mitgeteilt worden, dass die Zustimmung lediglich auf polizeilicher Ebene erfolgen solle, da die ursprüngliche Nachricht auch in diesem Wege übersendet worden sei. Zwar wisse Herr KHK Franzen nicht mehr konkret, wer diese Kommunikation geführt habe, aber man habe letztlich durch Herrn Hoppe die entsprechende schriftliche Zustimmung erteilt.

Schließlich bekundete der Zeuge KHK Franzen auch, dass Deutschland Teil der Operation Task Force (OTF) gewesen sei. Der Name ‚Operation Task Force‘ sei von den Franzosen bestimmt worden. Dazu hätten immer alle Staaten gehört, die von den Franzosen Informationen erhalten hätten.

Die Zeugen werden bekunden, dass Deutschland ein Teil der Operation Task Force war, die bereits am 9. März 2020 bestand.

⁷ Die Personalie der NCA Ermittlerin setze ich als gerichtsbekannt voraus.

Die Zeugen Franzen und Hoppe werden bekunden, dass das Bundeskriminalamt – SO 25 – die vorstehend zitierte SIENA-Nachricht vom 27. März 2020 erhalten hat. Sie werden weiter bestätigen, dass das Bundeskriminalamt – SO 25 – diese Nachricht an die Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt am Main mit der Bitte um Prüfung weitergeleitet hat.

Des Weiteren werden sie bekunden, dass die Zeugin Frielinghaus den Zeugen Hoppe beauftragt hat, die schriftliche Zustimmung im Hinblick auf die SIENA-Nachricht zu erteilen und er diese dann über SIENA an die JIT gesendet hat. Die Zeugin Frielinghaus wird bekunden, dass die SIENA-Nachricht vom 27. März 2020 durch das Bundeskriminalamt an sie weitergeleitet worden ist.

Sie wird darüber hinaus bekunden, dass sie die Methode der französischen Behörden kannte und wusste, dass sie die Daten von Geräten auf deutschem Hoheitsgebiet erheben würden.

Weiter wird sie bekunden, dass sie die Maßnahme rechtlich eingeordnet hat und zu dem Ergebnis gekommen ist, dass für derartige nach innerstaatlichem Prozessrecht gerichtliche Beschlüsse erforderlich gewesen wären.

Schließlich wird sich bekunden, dass sie dem Bundeskriminalamt dennoch mitgeteilt hat, dass es die Zustimmung zum Erhalt der Daten schriftlich erteilen soll. Der Zeugin Frielinghaus war demnach bekannt, dass die französischen Strafverfolgungsbehörden durch die Infiltrierung der Endgeräte Daten auf deutschem Hoheitsgebiet erheben.

Selbst wenn man hier die Auffassung vertreten sollte, dass das Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union vom 29. Mai 2020 und des dazugehörigen Protokolls vom 16. Oktober 2001 nicht bereits ungültig ist⁸, wäre entsprechend Art. 31 Abs. 3 RL-EEA i.V.m. §§ 91g Abs. 6, 92d Abs. 1 Nr. 10 IRG i.V.m. § 100e Abs. 2 StPO dieser Sachverhalt und insbesondere die SIENA-Nachricht vom 27. März 2020 dem zuständigen Landgericht zur Entscheidung vorzulegen gewesen.

Stattdessen hat die Zeugin Frielinghaus in Kenntnis, dass die französischen Behörden Maßnahmen nach § 100b StPO auf deutschem Territorium planen und nach erfolgter Zustimmung durchführen werden, bewusst darauf verzichtet und vielmehr noch das BKA aufgefordert, die Zustimmung auf polizeilicher Ebene zu erteilen, da ihr bekannt war, dass die eigentlich dafür erforderlichen gerichtlichen Beschlüsse auf einer derartigen Grundlage nicht erteilt worden wären. Dieses Vorgehen stellt eine bewusste und willkürliche Umgehung des Richter- bzw. Kammervorbehaltes dar und hat zwingend ein Beweisverwertungsverbot zur Folge (vgl. BVerfG 07.12.2011 – 3 BvR 2500/09).“

⁸ So Strate in HRRS 2022 S. 15 f.

Anlage 6.

In der Anlage 6 finden sich auch die Anlagen 1-3 des Schreibens vom 23.02.2022, wobei es sich um die SIENA Nachricht vom 27.03.2020, die handschriftlichen Notizen einer Teilnehmerin des Europol-Meetings vom 19.02.2020 bis zum 21.02.2020 und das Protokoll des NCA-Meetings am 1.302.2020 handelt.

Die Verteidigung führte weiter aus, die neuen Erkenntnisse wiesen darauf hin, dass die deutschen Strafverfolgungsbehörden vor der Infiltrierung der EncroChat-Geräte in die Ermittlungen involviert war, was für eine bewusste und willkürliche Umgehung der innerstaatlichen strafprozessualen Voraussetzungen spreche. § 100e Abs. 6 StPO komme als Rechtsgrundlage für die Verwertung nicht in Betracht. Denn bei der Ermittlungsmaßnahme handele es sich nicht um eine Online-Durchsuchung im Sinne des § 100b StPO, da durch die Infiltrierung nicht lediglich eine gezielte Generierung von Zufallsfunden durch die französischen Ermittlungsbehörden erfolgt sei, sondern darüber hinaus eine bewusste und in Kenntnis der deutschen Strafverfolgungsbehörden durchgeführte unmittelbare Beweisgewinnung.

Die angeregte Vernehmung der vorstehend bezeichneten Zeugen sei daher für die Frage der Verwertbarkeit der EncroChat-Datensätze von erheblicher Bedeutung. Dies werde auch durch die Begründung der bisher ergangenen OLG-Beschlüsse deutlich, auf die auch der GBA Bezug nehme (S. 5).

Am 02.03.2022 entschied alsdann der 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs:

„Der 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat am 02. März 2022 gemäß § 349 Abs. 2 StPO beschlossen:

Die Revision des Angeklagten gegen das Urteil des Landgerichts Hamburg vom 15. Juli 2021 wird als unbegründet verworfen.

Der Beschwerdeführer hat die Kosten seines Rechtsmittels zu tragen.“

In dem Beschluss, welcher in

Anlage 7

zu finden ist, beschäftigt sich der 5. Strafsenat mit den von der Revisionsbegründung geltend gemachten Rechtsfehlern und kommt zu folgendem Ergebnis (Rn. 2):

„Soweit die Revision einen Verstoß gegen den Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) mit der Begründung geltend macht, ein gegen die Beweiserhebung und – verwertung von EncroChat-Daten gerichteter Widerspruch sei vom Landgericht nicht beschieden worden, zeigt sie keine durchgreifenden Rechtsfehler auf“.

Es folgt eine Darstellung des verfahrensrechtlichen Sachverhalts, wie er sich aus dem Revisionsvortrag und den damit vorgelegten Dokumenten ergebe (Rn. 7-23). Zu der Erlangung der Informationen hält der Bundesgerichtshof in Rn. 21 fest:

„Dem Bundeskriminalamt wurden über Europol Erkenntnisse zugeleitet, aus denen sich ergab, dass in Deutschland eine Vielzahl schwerster Straftaten (...) unter der Nutzung von Mobiltelefonen mit der Verschlüsselungssoftware „EncroChat“ begangen wurden. Bei der Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt, Zentralstelle zur Bekämpfung der Internetkriminalität, wurde ein Verfahren gegen Unbekannt u.a. wegen des Verdachts von Betäubungsmittelstraftaten eingeleitet (Az. 62 UJs 50005/20). Am 2. Juni 2020 erging in diesem Verfahren eine Europäische Ermittlungsanordnung (EEA) zur Erlangung von Informationen oder Beweismitteln, die sich bereits im Besitz der französischen Ermittlungsbehörden (...) befinden, sowie von Informationen, die sich in den von französischen Polizei- oder Justizbehörden geführten Datenbanken befinden. Die französischen Justizbehörden wurden er- sucht, die unbeschränkte Verwendung der betreffenden Daten bezüglich der über EncroChat ausgetauschten Kommunikation im Strafverfahren gegen die (mutmaßlichen) Täter zu genehmigen.“

Weiter heißt es unter Rn. 23:

„Auf Bitte der französischen Behörden übermittelte Europol der Generalstaatsanwaltschaft in Frankfurt am Main die zwischen dem 1. April 2020 und dem 30. Juni 2020 auf den EncroChat-Rechnern erfassten Daten, die sich auf Geräte bezogen, die zu einer Auslösung von Mobilfunkantennen auf deutschem Boden geführt hatten.“

Nach Darstellung des verfahrensrechtlichen Sachverhalts stellt der Strafsenat fest (Rn. 24 ff.):

„Die auf diese Weise erlangten Daten von EncroChat-Nutzern sind verwertbar (vgl. Antrag des Generalbundesanwalts; BGH, Beschluss vom 8. Februar 2022 – 6 StR 639/21; HansOLG Bremen, Beschluss vom 18. Dezember 2020 – 1 Ws 166/20, NStZ-RR 2021, 158 m. Anm. Vizcaino Diaz, jurisPR-StrafR 10/2021 Anm. 1; Schleswig-Holsteinisches OLG, Beschluss vom 29. April 2021 – 2 Ws 47/21, NStZ 2021, 693 m. Anm. Beukelmann/Heim, NJW-Spezial 2021, 378; HansOLG Hamburg, Beschluss vom 29. Januar 2021 – 1 Ws 2/21 m. Anm. Nadeborn/Kempgens, jurisPR-StrafR 12/2021 Anm. 4; OLG Köln, Beschluss vom 31. März 2021 – 2 Ws 118/21; OLG Rostock, Beschlüsse vom 11. Mai 2021 – 20 Ws 121/21, NJ 2021, 372; vom 23. März 2021 – 20 Ws 70/21, MMR 2021, 572; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21. Juli 2021 – III 2 Ws 96/21; OLG Celle, Beschluss vom 12. August 2021 – 2 Ws 250/21, StraFo 2021, 466 m. Anm. Albrecht, jurisPR-StrafR 20/2021 Anm. 3; KG, Beschluss vom 30. August 2021 – 2 Ws 79/21 und 93/21, NStZ-RR 2021, 353 m. Anm. Immel sowie Anm. Dießner, FD-StrafR 2021, 442178; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 10. November 2021 – 2 Ws 261/21 m. Anm. Lorenz, FD-StrafR 2021, 443948; OLG Nürnberg, Beschluss vom 16. November 2021 – Ws 1069/21; Brandenburgisches OLG, Beschlüsse vom 26. Juli 2021 – 2 Ws 94/21 (S); vom 9. August 2021 – 2 Ws 113/21 (S); vom 16. Dezember 2021 – 2 Ws 197/21 m. Anm. Knierim, FD-StrafR 2022, 445089; Pauli, NStZ 2021, 146; Roth, GSZ 2021, 238; Labusga, NStZ 2021, 702, 704; vgl. auch United Kingdom, Court of Appeal [Criminal Division] vom 5. Februar 2021 – [2021] EWCA Crim 128, CRi 2021, 62, zur Zulassung von EncroChat-Daten als Beweismittel; High Court vom 26. Oktober 2020 – [2020] EWHC 2967 [Admin] zur erfolglosen Anfechtung einer Europäischen Ermittlungsanordnung; vgl. auch 24 - 16 - die derzeit beim EGMR anhängigen Verfahren Nr. 44715/20 [Lewis-Turner gegen Frankreich] und Nr. 47930/21 [Jarvis gegen Frankreich]; vgl. zur ähnlichen Problematik der Verwertbarkeit von Daten des durch das FBI entwickelten KryptoAnbieters ‚Anon‘ OLG Frankfurt, NJW 2022, 710).

Verfassungsgemäße Rechtsgrundlage für die Verwertung in der Hauptverhandlung erhobener Beweise ist § 261 StPO, unabhängig davon, ob diese zuvor im Inland oder auf sonstige Weise – etwa im Wege der Rechtshilfe – erlangt worden sind (vgl. BVerfG, Beschluss vom 7. Dezember 2011 – 2 BvR 2500/09 und 857/10, BVerfGE 130, 1 ff. Rn. 120, 137 ff. mwN). Ausdrückliche Verwendungsbeschränkungen für im Wege der Rechtshilfe aus dem Ausland erlangte Daten sieht das deutsche Recht nicht vor, insbesondere ist § 100e Abs. 6 StPO hierauf nicht unmittelbar anwendbar; lediglich die dort verkörperte Wertung ist aus von Verfassung wegen gebotenen Verhältnismäßigkeitsgründen entsprechend heranzuziehen (unten 2. d cc). Das von der Revision im Einklang mit großen Teilen des Schrifttums und einzelner Rechtsprechung (vgl. Derin/Singelnstein, NStZ 2021, 449; dies., StV 2022, 130; Erhard/Lödden, StraFo 2021, 366; Gebhard/Michalke, NJW 2022, 655; Nadeborn/Albrecht, NZWiSt 2021, 420; Sommer, StV Spezial 2021, 67; Stehr/Rakow, StRR 2021, Heft 4, 6; Strate, HRRS 2022, 15; Theune, NJ

2021, 444; Wahl, ZIS 2021, 452; LG Berlin, Beschluss vom 1. Juli 2021 – [525 KLS] 254 Js 592/20 [10/21], NStZ 2021, 696 m. abl. Anm. Labusga und zust. Anm. Burhoff, StRR 2021, Heft 8, 31; kritisch auch Albrecht, jurisPR-StrafR 20/2021 Anm. 3; Deusch/Eggendorfer, K & R 2021, 689, 695 m. Fn. 50; Dießner, FD-StrafR 2021, 442178; Grözinger in Müller/Schlothauer/Knauer, Anwalts-handbuch Strafverteidigung, 3. Aufl., § 50 Rn. 336 ff.; Knierim, FD-StrafR 2022, 445089; Nadeborn/Kempgens, jurisPR-StrafR 12/2021 25 - 17 - Anm. 4; Vizcaino Diaz, jurisPR-StrafR 10/2021 Anm. 1; Zimmermann, ZfJStW 2022, 173) geltend gemachte Beweisverwertungsverbot besteht unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt. Das Vorliegen eines Beweisverwertungsverbots ist nach nationalem Recht zu bestimmen (unten 1.). Ein solches ergibt sich weder aus rechtshilfespezifischen Gründen (unten 2. a bis c) noch aus nationalem Verfassungs- oder Prozessrecht (unten 2. d und e). Auch die Vorgaben der EMRK stehen einer Beweisverwertung nicht entgegen (unten 3.).“

Diese Entscheidung ging dem Beschwerdeführer als auch Rechtsanwalt Ventzke als dessen Verteidiger im Revisionsverfahren am 24.03.2022 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 02.03.2022, Az. 5 StR 457/21) und des Landgerichts Hamburg (Urteil vom 15.07.2021, Az. 632 KLS 8/21) in seinen Grundrechten aus Art. 103 Abs. 1, Art. 101 Abs. 2 S. 2, Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG, Art. 7, Art. 8 GRCh und Art. 8 EMRK verletzt zu sein.

Die Verfassungsbeschwerde stützt der Beschwerdeführer darauf, dass es das Landgericht in der ersten Instanz unterlassen hat, sich mit seinem Beweisverwertungswiderspruch auseinanderzusetzen, was eine Verletzung der Gewährung rechtlichen Gehörs gem. Art. 103 Abs. 1 GG darstellt. Diese mit der Revision gerügten Rechtsverletzung hat der Bundesgerichtshof mit seinem Beschluss aufrechterhalten.

Weiter liegt der Verfassungsbeschwerde zugrunde, dass der Senat des Bundesgerichtshofs bei seiner Entscheidung über die Verwerfung der Revision und auch das Landgericht in der ersten Instanz die Sache mangels klarer oder geklärter Rechtslage im europäischen Rechtshilfeverkehr nicht dem Gerichtshof der Europäischen Union als Richter vorgelegt haben. Außerdem begründet sich die Verfassungsbeschwerde damit, dass der Bundesgerichtshof bei der Überprüfung des erstinstanzlichen Urteils des Landgerichts Hamburg das Allgemeine Persönlichkeitsrecht des Beschwerdeführers aus dem Grundgesetz sowie seine Grundrechte auf Achtung seines Privatlebens und seiner Kommunikation und sein Grundrecht auf Schutz seiner personenbezogenen Daten aus der EU-Grundrechtecharta und der EMRK 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 RL-EEA vollständig unionsrechtlich determiniert ist, steht dem Bundesverfassungsgericht die Prüfung der Einhaltung der Grundrechte aus der Grundrechtecharta offen.⁹

Des Weiteren wird zur Überprüfung gestellt, ob die Fachgerichte bei der Anwendung des deutschen Verfahrensrechts – hier den Regelungen über die Verwertung von Beweisen im Strafprozess – die Tragweite und Bedeutung der Grundrechte des Beschwerdeführers (nach dem Grundgesetz) verkannt haben.

Im Hinblick auf die Rüge der Verletzung des Rechts auf den gesetzlichen Richter aus Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG wegen einer Verletzung der Vorlagepflicht aus Art. 267 AEUV ist die Verfassungsbeschwerde unproblematisch zulässig.¹⁰ Das Gleiche gilt für die Verletzung der Gewährleistung rechtlichen Gehörs aus Art. 103 Abs. 1 GG.

⁹ BVerfG, StV 2021, 666, 667 (Rn 35 ff.).

¹⁰ 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 als unbegründet ist unanfechtbar. Auch der Grundsatz der Subsidiarität ist gewahrt. Der Beschwerdeführer hat in den fachgerichtlichen Verfahren das Verwertungsverbot u.a. wegen der Schwere des Eingriffs in seine Grundrechte (S. 15 Anlage 2) und der Unionsrechtswidrigkeit der gegen ihn ergangenen Ermittlungsmaßnahmen und des Beweis-transfers (S. 17 ff. Anlage 2) wiederholt ohne Erfolg gerügt. Dabei schadet es nicht, dass sein darauf gerichteter Verwertungswiderspruch und das Vorbringen im Laufe des Revisionsverfahrens nicht verfassungsrechtlich ausgestaltet waren. Vielmehr reicht es, dass er die mit der Verfassungsbeschwerde geltend gemachten Aspekte vorgetragen hat. Dies ist durch den Widerspruch gegen die Verwertung der aufgrund der weitreichenden französischen Ermittlungsmaßnahmen gewonnenen Beweise geschehen. Auch mit der Revisionsbegründung hat sich der Beschwerdeführer konkret auf einen Eingriff in sein Persönlichkeitsrecht berufen. Er hat zudem sowohl im erstinstanzlichen Verfahren (Verwertungswiderspruch vom 05.07.2021) als auch im Revisionsverfahren (Revisionsbegründung und Schreiben vom 18.01.2022 und vom 23.02.2022) ausdrücklich auf die Unionsrechtswidrigkeit der Erhebung und Übermittlung der gegen ihn verwendeten Beweise hingewiesen.

Dass der Beschwerdeführer eine Vorlage gem. Art. 267 AEUV nicht ausdrücklich beantragt hat, steht der Wahrung der materiellen Subsidiarität nicht entgegen. Es reicht auch dahingehend aus, dass er die Tatsachen vorgetragen hat, die eine Vorlage der Fachgerichte an den EuGH als gesetzlichen Richter naheliegend erscheinen ließ.¹¹

4.

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

Bei der Problematik, inwieweit die Schutzgehalte der Grundrechte aus dem Grundgesetz und der Grundrechtecharta (Art. 7 und Art. 8 GRCh) sowie der EMRK die Beweiserlangung und -übermittlung auf Grundlage einer Europäischen Ermittlungsanordnung oder des spontanen Informationsaustauschs bestimmen und welche Mindestanforderungen für die Verwertbarkeit 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 Art. 267 AEUV einzuleiten und somit der EuGH als gesetzlicher Richter i.S.d. Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG anzurufen ist. Ebenfalls ungeklärt ist, wie bei dem Zusammenspiel von polizeilichem und justiziellen Informationsaustausch unter Ausnutzung der verschiedenen Regelungsinstrumente und Rechtsordnungen – wie es im Fall des Beschwerdeführers geschehen ist – die Grundrechte der betroffenen Personen zu wahren sind.

¹¹ BVerfGE 147, 364, 378;; *Hellmann* in Barczak, BVerfGG Mitarbeiterkommentar, 2018, § 90 Rn. 396.

An der Beantwortung der 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.¹² 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. Der angefochtene Beschluss des Bundesgerichtshofs verletzt den Beschwerdeführer in seinen Grundrechten aus Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG, Art. 103 Abs. 1 GG, Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG, aus Art. 7 und 8 GRCh sowie aus Art. 8 EMRK.

1. Verletzung von Art. 103 Abs. 1 GG

Im Hinblick auf die Verletzung des Rechts auf rechtliches Gehör gem. Art. 103 Abs. 1 GG wird auf die Ausführungen der Verteidigung in der Revisionsbegründung (Anlage 2) auf den S. 32 ff. verwiesen. Diese legen eindrücklich dar, dass das Landgericht das Recht auf rechtliches Gehör dadurch verletzt hat, dass es sich zu der Frage eines Beweisverwertungsverbots in Bezug auf die EncroChat-Daten nicht verhalten hat. Die Ausführungen im angegriffenen Beschluss des Bundesgerichtshofs sind nicht geeignet, die Bedenken im Hinblick auf eine Verletzung des rechtlichen Gehörs auszuräumen, sondern führen die Verletzung des Justizgrundrechts des Beschwerdeführers fort. Der Bundesgerichtshof erklärt unter Verweis auf ein Urteil des 2. Strafsenats aus dem Jahr 2019 (2 StR 131/18), es sei keine Gehörsverletzung darin zu erblicken, dass sich das Landgericht in den Urteilsgründen nach § 267 StPO nicht zu solchen Verfahrensfragen wie der eines Beweisverwertungsverbots äußern müsse.

In dem von dem 5. Strafsenat zitierten Urteil des 2. Strafsenats des Bundesgerichtshofs aus dem Jahr 2019 heißt es zu der Frage der ausdrücklichen Bescheidung eines geltend gemachten Verwertungsverbots:

¹² 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 (zuletzt abgerufen am 06.04.2022); KG Berlin, Beschluss vom 30.08.2021 – 2 Ws 79/21 –, juris, Rn. 27 (zur Zahl der betroffenen Personen).

„Das Tatgericht ist nicht verpflichtet, den für ein Verwertungsverbot relevanten Verfahrensstoff ganz oder teilweise im Urteil festzustellen.“¹³

Es ist zu berücksichtigen, dass es in dem zitierten Urteil um ein Beweisverwertungsverbot ging, dass das erstinstanzliche Gericht wegen einer willkürlich ergangenen Beschlagnahme- und Durchsuchungsanordnung angenommen hatte. Ein Widerspruch des Angeschuldigten gegen die Beweisverwertung spielte soweit ersichtlich keine Rolle für das Gericht. Somit ist der Fall nicht mit dem vorliegenden zu vergleichen, in dem der Angeschuldigte, dem das Recht auf rechtliches Gehör zusteht, der Verwertung von Beweisen ausdrücklich und mit nachvollziehbaren Gründen widersprochen hat. Es mag in Fällen, in denen sich der Angeschuldigte zu einem Beweisverwertungsverbot nicht selbst äußert, sein, dass das Gericht nicht dazu angehalten ist, die Gründe für die Annahme (oder Nichtannahme) eines Beweisverwertungsverbots in seine Urteilsgründe aufzunehmen.

Das kann aber nicht in dem Fall gelten, in dem der Angeschuldigte die Gründe, aus denen er eine Beweisverwertung als verboten ansieht, dezidiert darlegt. Denn in diesen Fällen kommt ihm das in Art. 103 Abs. 1 GG verbürgte Recht zu, dass das Fachgericht sein Vorbringen zur Kenntnis nimmt und es ausdrücklich würdigt. Dies gilt insbesondere im Fall der Entscheidungserheblichkeit der aufgeworfenen Verfahrensfrage.

Das Landgericht hat sich hier, wie schon die Revisionsbegründung aufführt, zu der Frage der Verwertung der EncroChat-Daten weder während der Hauptverhandlung noch in den Urteilsgründen auseinandergesetzt. Damit liegt eine Verletzung des rechtlichen Gehörs des Beschwerdeführers vor.

2. 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.¹⁴

¹³ BGH, Urteil vom 08. August 2018 – 2 StR 131/18 –, juris, Rn 18.

¹⁴ BVerfG, Beschluss vom 22.10.1986 – 2 BvR 197/83 –, BVerfGE 73, 339-388, juris, Rn. 70 ff.; BVerfG, Beschluss vom 19.12.2017 – 2 BvR 424/17 –, BVerfGE 147, 364-389, juris, Rn 37 f.

Im Fall des Beschwerdeführers bestanden für das Landgericht Hamburg und für den Bundesgerichtshof, der sich bei seiner Überprüfung des Urteils ebenfalls mit unionsrechtlichen 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 einen vernünftigen Zweifel kein Raum bleibt.¹⁵ Die Auslegung und Anwendung der Zuständigkeitsregel des Art. 267 AEUV (nämlich dessen Nichtanwendung) erscheint vorliegend nicht mehr verständlich und ist offensichtlich unhaltbar, sodass die Verletzung von Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG durch das Bundesverfassungsgericht festzustellen ist.

a)

Im Fall des Beschwerdeführers sind **Fragen des Unionsrechts** i.S.d. Art. 267 Abs. 1 b) AEUV nach der Auslegung und Anwendung rechtshilferechtlicher Bestimmungen im Zusammenhang mit den in Frankreich durchgeführten Ermittlungen bezüglich EncroChat entscheidungserheblich.

Die Rechtshilfe zwischen Frankreich und Deutschland bestimmt sich ausschließlich nach Unionsrechtsakten, und zwar der RL-EEA für die Erhebung oder den Transfer von Beweismitteln und dem RB-Informationsaustausch¹⁶ bzw. dem EU-Rechtshilfeübereinkommen¹⁷ für die spontane Übermittlung von Informationen ohne Ersuchen zwischen den Strafverfolgungsbehörden.¹⁸

Ob ein Verstoß gegen rechtshilferechtliche Bestimmungen vorliegt, bestimmt sich demnach ausschließlich nach europäischen Rechtsakten, bzw. ihrer unionsrechtlich determinierten Umsetzungen im deutschen Recht (§§ 91 a ff. IRG und § 92 b IRG). Sollten sich bei der Prüfung dieser rechtshilferechtlichen Bestimmungen Fragen über ihre Auslegung ergeben und sollten diese entscheidungserheblich sein, so besteht demnach eine Vorlagepflicht nach Art. 267 Abs. 3 AEUV.

¹⁵ 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.

¹⁶ Rahmenbeschluss 2006/960/JI des Rates vom 18.12.2006 über die Vereinfachung des Austauschs von Informationen und Erkenntnissen zwischen den Strafverfolgungsbehörden der Mitgliedsstaaten der Europäischen Union.

¹⁷ Übereinkommen - gemäß Artikel 34 des Vertrags über die Europäische Union vom Rat erstellt - Rechtshilfe in Strafsachen zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union vom 29. Mai 2000.

¹⁸ *Kubiciel* in Ambos/König/Rackow, Rechtshilferecht in Strafsachen, 2. Aufl. 2020, EU-RhÜbk. Art. 7, Rn. 288.

Diese Voraussetzungen liegen im Fall des Beschwerdeführers vor. Folgende Fragen in Bezug auf die Anwendung und Auslegung des unionsrechtlichen Rechtshilferechts drängen sich auf und wären dem Europäischen Gerichtshof zur Klärung vorzulegen gewesen, ohne dass die Aufzählung Anspruch auf Vollständigkeit im Hinblick auf die unionsrechtlich zu klärenden Unsicherheiten erhebt:

aa)

Der Ermittlungsverlauf und der Beweismitteltransfer im vorliegenden Verfahren zeigt Regelungslücken in dem Zusammenspiel von unionsrechtlichen Regelungen über den polizeilichen und den justiziellen Informationstransfer auf. Das Vorgehen der Ermittlungsbehörden im vorliegenden Fall wirft Fragen nach der Zulässigkeit der Verwertung von im Rahmen der polizeilichen Rechtshilfe erlangten Daten im Strafprozess auf. Diese Fragen ergeben sich vor allem daraus, dass für den sog. „spontanen Datenaustausch“ zwischen mitgliedstaatlichen Polizeibehörden wenige Anforderungen vorgesehen sind, für die Erlangung von Daten im Rahmen einer EEA mit dem Ziel der Verwertung in Gerichtsprozessen aber schon. Der Fall EncroChat hat gezeigt, dass bei einer „spontane Datenübermittlung“ unter den Polizeibehörden (hier wohl von Europol an das BKA¹⁹) und einer anschließenden Transfer-/ Genehmigungsanordnung mittels einer EEA (hier der Generalstaatsanwaltschaft an die französische Justiz) die Prüfungsschritte, die die RL-EEA vorsieht, nicht eingehalten werden.

Es stellt sich dabei die Frage, ob die im Wege des spontanen Datenaustauschs übermittelten Informationen durch eine EEA „legitimiert“ werden dürfen und welche Voraussetzungen dafür erfüllt sein müssen. Dies gilt insbesondere für den vorliegenden Fall, in dem an der Spontaneität der Datenübermittlung ernsthafte Zweifel bestehen. Diese gründen sich darauf, dass es (inzwischen) Erkenntnisse darüber gibt, dass die deutschen Behörden schon im Vorfeld über die Ermittlungsmaßnahmen in Frankreich informiert waren und **ihr Einverständnis mit der Erhebung und Übermittlung der Daten gaben**, mit dem Ziel, sie später verwerten zu können.

In einem solchen Vorgehen, wäre eine (indirekte) Ermittlungsaufforderung zu sehen, für die das Instrument der EEA vorgesehen ist und gerade nicht das des spontanen Informationsaustauschs zwischen mitgliedstaatlichen Polizeibehörden. Dass dennoch letzterer Weg gewählt wurde, legt eine Umgehung der Vorschriften der RL-EEA und der nationalen Anordnungsvoraussetzungen nahe.²⁰ Diesbezüglich wird auch auf das Vorbringen der Verteidigung des Beschwerdeführers im Revisionsverfahren mit Schriftsatz vom 23.02.2022 nebst Anlagen, aus denen die neuen Erkenntnisse hervorgehen, verwiesen (Anlage 6). Das Vorgehen der Ermittlungsbehörden in diesem Fall hätte Fragen an den EuGH nach der Anwendung von Vorschriften der RL-EEA auf den spontanen Datenaustausch in Fällen wie diesen nahelegen müssen. Es ist unter Berücksichtigung der neuen Erkenntnisse überdies nicht nachvollziehbar, wie der Bundesgerichtshof zu folgender Annahme kommt (Rn. 60):

¹⁹ So nimmt es auch der angegriffene Beschluss in Rn. 21 an.

²⁰ *Sommer*, StV Spezial, 2021, 69; *Wahl*, ZIS 7-8/2021, 459, 461.

„Eine gezielte oder systematische Umgehung dem individuellen Rechtsschutz von Beschuldigten dienender Vorschriften durch französische oder deutsche Behörden ist im Übrigen auch nach dem nachgeschobenen Vorbringen weder nachvollziehbar dargelegt noch sonst konkret ersichtlich.“

bb)

Es zeigen sich zudem Auslegungsprobleme bei der Anwendung der RL-EEA im Zusammenhang mit solchen EEA, die nicht auf die Anordnung von Ermittlungsmaßnahmen im Ausland, sondern auf die Übersendung / Verwendungsgenehmigung von schon im Ausland für eigene Verfahren erhobene TKÜ-Daten ausgerichtet sind (Art. 1 Abs. 1, Satz 2 RL-EEA).

Nach Auffassung des Bundesgerichtshofs war die hier ergangene EEA nur auf den Transfer von im Ausland schon vorhandenen Beweismitteln ausgerichtet (Rn. 48). Daraus schließt der Strafsenat, dass Art. 6 Abs. 1 b) RL-EEA auf die vorliegende EEA nicht anwendbar sei. Er beschäftigt sich allerdings nicht mit der naheliegenden Frage, ob diese Vorschrift – oder sonstige Vorgaben der RL-EEA – auf den Fall der Beweistransfer-EEA analog anzuwenden wären.²¹ Unbeantwortet bleibt, ob Art. 6 Abs. 1 b) RL-EEA tatsächlich nur für Maßnahmen, die *ausdrücklich* in der EEA angegeben sind oder auch für solche Maßnahmen, die schon erfolgt sind und deren Ergebnisse über den spontanen Datenaustausch übermittelt wurden, weswegen keine Kontrolle erfolgen konnte, anzuwenden ist.

Der Bundesgerichtshof zieht eine analoge Anwendung nicht in Betracht. Der zugrundeliegende Gedanke scheint dabei zu sein, dass die deutschen Behörden die rechtswidrige Erhebung der Daten schließlich nicht veranlasst, sondern sich dieser nur bedient hätten. Inzwischen hat sich herausgestellt, dass eine Einflussnahme auch deutscher Polizeibehörden auf die Ermittlungen im Ausland nicht ausgeschlossen ist. Im vorliegenden Fall spricht aber auch die Intensität der ergriffenen Ermittlungsmaßnahme und die Tatsache, dass der ersuchende Staat (Deutschland) die Ermittlungsergebnisse über einen Zeitraum von zwei Monaten hinweg unhinterfragt – in täglich neuen Lieferungen – empfangen und ausgewertet hat, dafür, Art. 6 Abs. 1 b) RL-EEA analog anzuwenden und somit zu prüfen, ob die Ermittlungsmaßnahme nach dem Recht des ersuchenden Staats zulässig gewesen wäre.

Die Frage, ob Art. 6 Abs. 1 b) RL-EEA auf Ermittlungsanordnungen, die ausgerichtet sind auf den Transfer von Ergebnissen eingriffsintensiver Ermittlungsmaßnahmen, für die die Mitgliedstaaten unterschiedliche Anordnungsvoraussetzungen vorsehen, analog anzuwenden ist, ist eine Frage des Unionsrechts im Sinne des Art. 267 AEUV.

²¹ Dieses Problem aufwerfend auch *Wahl* ZIS 7-8/2021, S. 460, mit dem Hinweis, dass die Friktionen zwischen der Transfer-EEA und der Anordnungs-EEA zu einem nicht gerechtfertigten Umgehungspotential führen.

cc)

Die Vorlagepflicht des Bundesgerichtshofs (und vorher des Landgerichts Hamburg) gem. Art. 267 AEUV ergab sich auch daraus, dass die verfahrensgegenständliche EEA gerade nicht lediglich auf den Transfer schon vorhandener Beweismittel gerichtet war. Bei dieser Einordnung ignorieren die Gerichte, dass die Ermittlungsmaßnahmen noch andauerten und Daten generierten, als die EEA der Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt am Main am 02.06.2020 erging.²²

Zwar war die EEA dem Wortlaut nach lediglich auf die Übermittlung und Nutzungsgenehmigung 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.

Wie der Beschwerdeführer schon im Revisionsverfahren mit Schriftsatz vom 18.01.2022 (S. 3 ff.) vorgebracht hat, wurde mit der staatsanwaltschaftlichen Verfügung vom 02.06.2020 inhaltlich der Regelungsbereich der Europäischen Ermittlungsanordnung überschritten. Als konkrete Ermittlungsmaßnahmen sieht die Richtlinie 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.²³

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 29.01.2021²⁴ 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

²² Nach Rn. 23 des angegriffenen Beschlusses dauerte die Ermittlungsmaßnahme gegen die Nutzer von Encro-Chat bis zum 30.06.2020 an.

²³ *Derin/Singelstein*, Verwendung und Verwertung von Daten aus massenhaften Eingriffen in informationstechnische Systeme aus dem Ausland (Encrochat), NStZ 2021, 449 (453).

²⁴ HansOLG Hamburg, Beschluss vom 29.01.2021 – 1 Ws 2/21 –, juris.

Recht des ersuchenden Staates.²⁵ 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.“²⁶ 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 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).

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

²⁵ Bundesgerichtshof, Beschluss vom 21.11.2012 – 1 StR 310/12 –, BGHSt 58, 32-50, juris, Rn. 36.

²⁶ HansOLG Hamburg, Beschluss vom 29.01.2021 – 1 Ws 2/21 –, juris, Rn. 76.

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 für die Frage, ob ein Verstoß gegen Rechtshilferecht vorlag, der EuGH gem. Art. 267 Abs. 3 AEUV zur Vorabentscheidung anzurufen war. 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.²⁷

Der Bundesgerichtshof stellt zu der Frage, ob die Maßnahmen von der RL-EEA erfasst waren, in Rn. 48 des angegriffenen Beschlusses fest, dass die RL-EEA die Ermittlungsmaßnahmen nicht abschließend erfasse. Dazu verweist er auf den Erwägungsgrund Nr. 8 und Art. 3 der RL-EEA, sowie auf *Ronsfeld*, Rechtshilfe, Anerkennung, Vertrauen – die Europäische Ermittlungsanordnung, 2015, S. 134. Diese Quellen erweisen sich allerdings für den Beleg der Annahme des Bundesgerichtshofs als unergiebig. Art. 3 RL-EEA legt fest, dass die EEA alle Ermittlungsmaßnahmen erfasse, damit ist nicht gesagt, dass die spezifischen Regelungen in den Art. 22 ff. RL-EEA für die dort aufgeführten Ermittlungsmaßnahmen nicht abschließend sein sollen. Das Gleiche gilt für den Erwägungsgrund Nr. 8, auch dort wird lediglich festgestellt, dass die EEA für alle Ermittlungsmaßnahmen gelten soll, die der Beweiserhebung dienen.

In dem vom Bundesgerichtshof herangezogenem Text von *Ronsfeld* findet sich auch kein entsprechendes eindeutiges Argument. Es ist überzeugender anzunehmen, dass die RL-EEA gerade den Fall von Erkenntnissen aus den eingriffsintensiven Maßnahmen der Telekommunikationsüberwachung abschließend regelt. Die Art. 29, 30 RL-EEA sollen gewährleisten, dass das jeweilige nationalstaatliche Schutzniveau bei der Anordnung und Durchführung einer (verdeckten) Telekommunikationsüberwachung wegen deren hoher Grundrechtssensibilität auf Seiten des Anordnungs- und des Vollstreckungsstaats eingehalten wird.²⁸ Dieses Ziel kann aber nur dann eingehalten werden, wenn die Regelungen der RL-EEA bezüglich Maßnahmen der Telekommunikationsüberwachung abschließend gelten.

Demnach hätte der Bundesgerichtshof die Frage, ob die RL-EEA einen abschließenden Kanon von Ermittlungsmaßnahmen auf dem Gebiet der Telekommunikationsüberwachung, deren Ergebnisse im Rahmen einer Europäischen Ermittlungsanordnung übermittelt werden können, enthält, nicht ohne weitere Erklärung und mit Bezugnahme auf unergiebige Quellenangaben bejahen dürfen. Vielmehr wäre sie dem Europäischen Gerichtshof nach Art. 267 AEUV zur Beantwortung vorzulegen gewesen.

b)

Der Bundesgerichtshof stellt in dem angegriffenen Beschluss selbst fest, dass ein Verstoß gegen Rechtshilferecht zu einem Beweisverwertungsverbot führen kann (Rn. 38). Im Fall des Beschwerdeführers führen die Verstöße gegen das Rechtshilferecht, die als Beweiserhebungsverbote einzuordnen sind, auch tatsächlich zu Beweisverwertungsverboten, was die Feststellung dieser Rechtshilfeverstöße **entscheidungserheblich** macht. Aus dem Verstoß gegen die RL-EEA folgt unmittelbar ein Beweisverwertungsverbot. Das Gericht war verpflichtet, für die volle Wirksamkeit der Anforderungen des Unionsrechts in dem bei ihm anhängigen Rechtsstreit

²⁷ BVerfG, Beschluss vom 19.12.2017 - 2 BvR 424/17 -, juris, Rn. 46.

²⁸ *Wörner in Ambos/König/Rackow*, Rechtshilferecht in Strafsachen, E (RL EEA) Rn. 439.

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 indes 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.“²⁹

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.³⁰

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.³¹

²⁹ EuGH, Urteil vom 6.10.2020 – C-511/18 –, juris, Rn. 221 ff.

³⁰ 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, 29/30, juris, Rn. 121.

³¹ Schmitt in Meyer-Goßner, StPO, 64. Aufl. 2021, Rn 55a m.w.N.

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. Die Oberlandesgerichte, die bisher etwaige Verstöße gegen die RL-EEA mit einem simplen Hinweis auf die Abwägung offengelassen haben,³² 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“,³³ 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

³² 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.

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

und Abhörung **ohne konkreten Tatverdacht** nicht rechtmäßig gewesen wäre. Überdies ist nun bekannt geworden, dass sowohl das BKA als auch die Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt am Main von den Ermittlungsmaßnahmen in Frankreich von Beginn an wussten und diese billigten mit dem Ziel, die Daten erhalten zu können, vgl. Anlage 6. Auch dies legt zumindest einen objektiv willkürlichen Rechtsverstoß nahe, insbesondere, da die Generalstaatsanwaltschaft wusste, dass sich die Ermittlungen auch gegen Personen auf deutschem Staatsgebiet richtete und wie dürftig die Verdachtslage gegen diese war. Das BKA hat über einen Zeitraum von zwei Monaten Datenlieferungen von Europol erhalten und diese ausgewertet, ohne sich damit auseinanderzusetzen, ob eine solche Ermittlungsmaßnahme nach deutschem Recht auf deutschem Staatsgebiet rechtmäßig gewesen wäre. Bei einer Prüfung – die vorzunehmen gewesen wäre – wäre aufgefallen, dass es an **der** Grundvoraussetzung für die Einleitung der Maßnahmen, nämlich einem Tatverdacht gegen konkrete Beschuldigte, gefehlt hat. Dies ist ein schwerwiegender Verfahrensfehler, der ohne Weiteres die Unverwertbarkeit der Beweismittel auch nach der Abwägungslehre begründet hätte.

Mit dem Weg über den spontanen Informationsaustausch im Zusammenspiel mit der EEA und der Bedienung ausländischer Strafverfolgungsmethoden ließen die deutschen Ermittlungsbehörden systematisch die vorgesehenen Sicherungsmechanismen außer Acht. Dass die Ermittlungsmaßnahmen von der RL-EEA nicht einmal gedeckt war, verstärkt den Rechtsverstoß noch. Auch vor diesem Hintergrund hätte das Gericht bei Berücksichtigung der unionsrechtlichen Fragen in diesem Fall ein Beweisverwertungsverbot bejahen müssen.

Bei der Frage, ob die rechtshilferechtlichen Vorgaben der RTL-EEA verletzt wurden, handelt es sich demnach um eine zwingend zu berücksichtigende Vorfrage im Rahmen der Prüfung eines Beweisverwertungsverbots. Zudem würde im vorliegenden Fall aus einem Verstoß gegen die rechtshilferechtlichen Vorschriften bei der Erlangung der Beweise auch ein Beweisverwertungsverbot folgen. Die (offenen) Fragen der Anwendung des Unionsrechts waren daher in hohem Maße entscheidungserheblich.

c)

Die zu klärenden Fragen des Unionsrechts, die sich vor allem auf die Auslegung und Anwendung der RL-EEA beziehen, sind weder eindeutig zu beantworten (**acte clair**) noch vom EuGH beantwortet worden (**acte éclairé**). Soweit ersichtlich, hat sich der EuGH in den Vorabentscheidungsverfahren bezüglich der RL-EEA nicht mit Fragen der Auslegung und (analogen) Anwendung von Art. 6 Abs. 1 b) RL-EEA oder des abschließenden Charakters der RL-EEA auseinandergesetzt.³⁴

Es handelt sich nicht um einen Fall, in dem die richtige Anwendung des Unionsrechts offenkundig wäre. Dies folgt schon daraus, dass es seit dem Bekanntwerden des „EncroChat-Hacks“

³⁴ Die Entscheidungen des EuGHs C-724/19 (16.12.2021), C-324/17 (24.10.2019) und C-584/19 (08.12.2020) beschäftigen sich zwar mit der Auslegung der RL-EEA, nicht aber mit den hier relevanten Fragestellungen.

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.³⁵

Die fehlende Offenkundigkeit der richtigen Anwendung des Unionsrechts zeigt sich 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?“³⁶

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

d)

Die Verletzung der Vorlagepflicht 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.³⁷

Der Bundesgerichtshof lehnt eine Vorlagepflicht an den Europäischen Gerichtshof in dem angegriffenen Beschluss unter Rn. 78 mit folgender Begründung ab:

³⁵ Vgl. nur: *Derin/Singelstein* NSTZ 2021, 449 ff.; *Erhard/Lödden* StraFo 2021, 366; *Nadeborn/Albrecht*, NZWiSt 2021, 420; *Wahl*, ZIS 2021, 452 ff.; LG Berlin, Beschluss 01.07.2021 – (525 KLs) 254 Js 592/20 (10/21).

³⁶ EGMR, Beschluss vom 03.01.2022, Verfahren Nr. 44715/20 und Nr. 47930/21, Frage 5.

³⁷ BVerfG, Beschluss vom 06.07.2010 – 2 BvR 2661/06 –, BVerfGE 126, 286-331, juris Rn. 88.

„Klärungsbedürftige Fragen der Anwendung europäischen Rechts im Sinne von Art. 267 AEUV ergeben sich nicht, da sich die Frage der Beweisverwertung nach dem hiesigen Strafverfahren nicht nach europäischem, sondern nach nationalem Recht richtet. Das nationale Verfahrensrecht bleibt von der RL EEA unberührt (vgl. BT-Drucks. 18/9757, S. 32).“

Diese Argumentation ist – gerade auch im Hinblick auf die im angegriffenen Beschluss erfolgte, tiefgehende Auseinandersetzung mit der europäischen RL-EEA in den Randnummern 38 – 60 – nicht nachvollziehbar.

Der Bundesgerichtshof konstatiert unter Rn. 32, dass sich ein Beweisverwertungsverbot für Beweismittel, die im Wege der Rechtshilfe erlangt wurden, auch aus rechtshilfespezifischen Gründen ergeben könne. Konsequenterweise prüft der 5. Strafsenat im Anschluss, ob der Beweismitteltransfer zwischen Frankreich und Deutschland gegen Art. 31 (Rn. 39 ff.), Art. 6 Abs. 1 b) (Rn. 47 ff.) oder Art. 6 Abs. 1 a) (Rn. 54 ff.) RL-EEA verstoßen haben könnte und welche Auswirkungen ein solcher Verstoß gegebenenfalls hätte. *Letztere Frage* mag ausschließlich mit dem deutschen Verfahrensrecht und der von der Rechtsprechung entwickelten Lehre der Abwägung zwischen den widerstreitenden Interessen bei der Verwertung verfahrenswidrig erlangter Beweise zu beantworten sein.

Die *zuvor zu beantwortende Frage* ist aber nicht, wie das deutsche Verfahrensrecht mit Fehlern bei der Beweiserlangung oder dem Beweistransfer umgeht, sondern, ob ein solcher Fehler überhaupt vorgelegen hat. Gerade aus diesem Grund prüft der Bundesgerichtshof umfangreich, ob ein Verstoß gegen die RL-EEA vorliegt. Und gerade deswegen hätte er die aufgeworfenen Fragen zum Gegenstand eines Vorabentscheidungsverfahrens vor dem Europäischen Gerichtshof nach Art. 267 AEUV machen müssen, wie oben dargelegt wurde. Dies nicht zu tun, ist im Hinblick auf die Relevanz der zu beantwortenden Fragen willkürlich.

Die Willkür der Nichtvorlageentscheidung folgt zudem daraus, dass zu den hier entscheidungserheblichen Fragen des Unionsrechts einschlägige Rechtsprechung des EuGH noch nicht vorliegt und der letztinstanzlich tätige Bundesgerichtshof den ihm in diesem Fall notwendig zukommenden Beurteilungsspielraum in unvertretbarer Weise überschritten hat.³⁸ Die Rechtsprechung des EuGH ist unvollständig, was die – vorliegend entscheidungserheblichen– Fragen betrifft. Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu diesen Themenkomplexen ist – soweit ersichtlich – noch nicht ergangen. Es gibt insbesondere keine Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs zu der Frage, welche Bedeutung die „für bestimmte Ermittlungsmaßnahmen“ in der RL EEA festgelegten „besonderen Regeln“ – darunter auch Artikel 31 zu „Überwachung des Telekommunikationsverkehrs mit technischer Hilfe eines anderen Mitgliedstaates“ – tatsächlich haben. Setzen sie für die im Kapitel IV der RL EEA angesprochenen und

³⁸ BVerfG, Beschluss vom 31.05.1990 – 2 BvL 12/88 –, BVerfGE 82, 159-198, juris Rn. 144.

bestimmten Regelungen unterworfenen Ermittlungsmaßnahmen **Mindeststandards**, die zumindest dann eingehalten werden müssen, wenn die Rechtshilfe (wie hier geschehen) dem Regime der Europäischen Ermittlungsanordnung unterliegt? Dem Bundesgerichtshof hat sich dieses Problem zwar fühlbar gemacht, indem er zumindest die Frage anreißt, ob die RL EEA „*einen abschließenden Kanon von Ermittlungsmaßnahmen, deren Ergebnisse im Rahmen einer Europäischen Ermittlungsanordnung übermittelt werden könnten*“ (Rn 48), diese Frage jedoch alsdann verneint. Diese Positionierung war der Sache nach ein willkürliches **Dekret**, ohne dass die angeführten Verweise auf den Text der RL EEA und die zitierte Literaturstelle diese Meinungsäußerung in irgendeiner Weise tragen würden (vgl. oben S. 26/27). Letztlich hat der Bundesgerichtshof 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 der betroffenen Grundrechte 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.

3. Grundrechtsverletzungen

Der Beschluss des Bundesgerichtshofs, der das Urteil des Landgericht Hamburgs bestätigt, verletzt den Beschwerdeführer in seinem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht, Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG und seinen Grundrechten aus Art. 7 und 8 GRCh. Auch Art. 8 EMRK, der das Recht auf Achtung des Privatlebens verbürgt, ist verletzt. Die Gerichte haben an mehreren Punkten in ihrer Argumentation die Bedeutung und Tragweite dieser Grundrechte bei der Anwendung des einfachen Rechts (hier § 261 StPO) verkannt. Damit liegt eine spezifische Verfassungsrechtsverletzung vor³⁹, und zwar aus folgenden Gründen:

a)

Der Bundesgerichtshof stellt im Hinblick auf die beeinträchtigten Grundrechte lediglich darauf ab, dass die Verwertung personenbezogener Informationen in einer gerichtlichen Entscheidung in das allgemeine Persönlichkeitsrecht eingreife (Rn. 64). Zudem stellt er fest, die Eingriffintensität sei dann gesteigert, wenn die ursprüngliche Erhebung der verwerteten Informationen mit einem Eingriff in Art. 10 oder Art. 13 GG verbunden war.

Tatsächlich stellt die Verwertung der Informationen einen verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigten Eingriff sowohl in das im Grundgesetz verbürgte allgemeine Persönlichkeitsrecht als auch in Art. 10 GG und Art. 7 und 8 GRCh sowie Art. 8 EMRK dar.

³⁹ BVerfG, Beschl. 10.06.1964 – 1 BvR 37/63, NJW 1964, 1716.

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 und der Kommunikation (Art. 7 GRCh) und den Schutz personenbezogener Daten (Art. 8 GRCh) ein.⁴⁰

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.⁴¹

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.⁴² 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. vor⁴³ und ist im vorliegenden Fall, in dem die private Kommunikation über Monate hinweg abgefangen, gespeichert, ausgewertet und weitergegeben wurde, unproblematisch gegeben. Ebenfalls nicht berücksichtigt wird, dass der Beschwerdeführer auch in dem ihm gem. Art. 8 EMRK zukommenden Recht auf Achtung seines Privatlebens verletzt ist.

Dass der Bundesgerichtshof die Beeinträchtigung der Grundrechte aus der Grundrechtecharta in seinem Beschluss nicht erwähnt, zeigt seine Fehleinschätzung ihrer Tragweite und Bedeutung.

Die Eingriffe, die durch die Verwertung der erlangten Daten im Prozess fortgeführt und vertieft werden, lassen sich nicht – auch nicht mit der vom Bundesgerichtshof angeführten Argumentation – rechtfertigen, denn sie sind unverhältnismäßig. Dem liegen nachfolgende Überlegungen zugrunde.

⁴⁰ Vgl. *Sommer*, StV Spezial 2021, 70.

⁴¹ 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.

⁴² *Augsberg* in von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, Bd. 1, Art. 8 GRC, Rn 6; *Calliess/Ruffert/Kingreen*, EU-GRCharta, 6. Aufl. 2022, Art. 8 Rn. 10.

⁴³ *Calliess/Ruffert/Kingreen*, EU-GRCharta, 6. Aufl. 2022, Art. 8 Rn. 13.

b)

Der Bundesgerichtshof geht an mehreren Stellen des Beschlusses darauf ein, dass ein Beweisverwertungsverbot im Hinblick auf die EncroChat-Daten dann wegen eines ungerechtfertigten Eingriffs in Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG zu bejahen sei, wenn der absolute Kernbereich privater Lebensgestaltung berührt wäre. Dies könne erstens ein absolutes Beweisverwertungsverbot aus den Grundrechten bedingen (Rn. 62), zweitens sei die Beweisverwertung von Erkenntnissen aus diesem Kernbereich auch nach dem heranzuziehenden Grundgedanken des § 100e Abs. 6 Nr. 1 StPO verboten (Rn. 69) und drittens würde es zur Unverhältnismäßigkeit der Verwertung führen, wenn die Daten einen Kernbereich privater Lebensgestaltung betreffen (Rn. 71).

Angesichts dieser wiederholten Betonung der Wichtigkeit, zum Schutz der Grundrechte nicht in den Kernbereich privater Lebensgestaltung einzugreifen, erscheint die Begründung, mit der der Bundesgerichtshof eine Berührung des absoluten Kernbereichs ablehnt, knapp (Rn. 62):

„Dies ist bei der Kommunikation über die Planung und Durchführung von Straftaten in aller Regel – wie auch hier – nicht der Fall.“

Problematisch an dieser Annahme ist, dass – soweit aus den bruchstückhaften Informationen über die Datenerlangung und die Datenerhebung ersichtlich – nicht alle Chatverläufe bzw. alle Inhalte der Kommunikation vorliegen. Ob sich die Datenerhebung, die inzident zu prüfen ist, weil sich Verstöße auf der Ebene der Beweisverwertung fortsetzen, nicht doch (auch) auf den absoluten Kernbereich privater Lebensgestaltung bezog, kann der Bundesgerichtshof nicht wissen. Dies begründet sich damit, dass nicht bekannt ist, ob die gesamte Kommunikation ausgewertet und weitergeleitet wurde, oder ob eine der verschiedenen involvierten Behörden (Ermittlungsgruppe in Frankreich; Europol; BKA; Generalstaatsanwaltschaft; LKA etc.) Kürzungen vorgenommen hat.

Somit war dem Bundesgerichtshof die Prüfung, ob der Kernbereich privater Lebensgestaltung verletzt wurde, überhaupt nicht möglich – was ihn aber nicht stört, weil er ohnehin allein aus der Tatsache, dass die Planung und Durchführung von Straftaten diesen Kernbereich in der Regel nicht berühren, darauf schließt, dass dies auch im Fall des Beschwerdeführers so sei. Unter Berücksichtigung der Bedeutung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts und des Rechts auf die Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme sowie der Kommunikation argumentiert der 5. Strafsenat hier oberflächlich.

c)

Der Bundesgerichtshof stellt fest, dass es sich bei der Verwertung personenbezogener Informationen um einen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht handelt (Rn. 64). Die

Intensivität des Eingriffs hänge auch davon ab, wie die Informationen erlangt worden seien. Die Verfassungsmäßigkeit des Eingriffs (der Verwertung von Informationen vor Gericht) werde im Strafprozess üblicherweise dadurch sichergestellt, dass schon auf der Erhebungsebene an bestimmte Ermittlungsmaßnahmen hohe Anforderungen gestellt würden. Der Grundrechtseingriff durch die Ermittlungsmaßnahme, der durch die Beweisverwertung vertieft würde, werde schon auf Ebene der Ermittlungsmaßnahme (im Vorhinein) limitiert – etwa durch die Beschränkung auf schwere Straftaten oder die Forderung qualifizierter Verdachtsgrade. Im Fall der im Wege der Rechtshilfe erhobenen Beweisen würde dieser Mechanismus allerdings nicht funktionieren. Der Bundesgerichtshof zieht daher für den Fall der durch Rechtshilfe erlangten Beweisen folgende Schlussfolgerung (Rn. 68):

„Kann diese Beschränkung in Fällen wie dem vorliegenden nicht geleistet werden, weil hier durch einen anderen Mitgliedstaat in originärer Anwendung seines nationalen Rechts in die Grundrechte Betroffener eingegriffen wird, sind die dadurch möglichen Unterschiede bei den Eingriffsvoraussetzungen auf der Ebene der Beweisverwertung zu kompensieren.“

Diese Ansätze zur Überprüfung der Verhältnismäßigkeit und damit zur Wahrung der Grundrechte des Beschwerdeführers führt der Bundesgerichtshof nicht konsequent zu Ende. Vielmehr folgt ein Hinweis darauf, um dieser strikten Verhältnismäßigkeitsprüfung Genüge zu tun, könne man sich an dem Grundgedanken des § 100e Abs. 6 StPO orientieren, es bedürfe also für die Verwertung – genau wie es für die Erhebung der Daten erforderlich gewesen wäre - einer Katalogstraftat und der Kernbereich privater Lebensführung dürfe nicht angetastet werden. Beide Voraussetzungen bejaht er dann im Fall der Ermittlungsmaßnahmen gegen den Beschwerdeführer, wobei er für die Prüfung des Vorliegens einer Katalogstraftat auf den Erkenntnisstand zum Zeitpunkt der Verwertung des Beweismittels – und nicht den Zeitpunkt der Anordnung der Ermittlungsmaßnahme – abstellt (Rn. 70).

Darin liegt der Bruch, der das Urteil im Ergebnis als unverhältnismäßig erscheinen lässt. Der 5. Strafsenat betont richtigerweise, die fehlende Limitierung auf der Ebene der Ermittlung von Beweisen müsse ausgeglichen werden. Dies erfolgt auf der Eben der Verwertung. Es ist dann aber falsch, für die Prüfung *auf den Zeitpunkt der Verwertung der Beweismittel* abzustellen. Denn dies mag zwar im Rahmen der direkten Anwendung des § 100e Abs. 6 Nr. 1 StPO angemessen sein, nicht aber in diesem Fall, in dem nur der Grundgedanke übernommen werden kann. Vielmehr ist, weil die Eingriffsvoraussetzungen auf der Eben der Beweiserhebung nicht kontrolliert werden können, nun diese Ebene zu rekonstruieren – also auf den Anordnungszeitpunkt der Beweiserhebung abzustellen.

§ 100e Abs. 6 Nr. 1 StPO ist in den Fällen direkt anwendbar, in denen Daten in einem Ausgangsverfahren nach § 100b und § 100c StPO erlangt und in diesem „verwertbar“ waren.⁴⁴ Diese letzte Voraussetzung, die für eine unangepasste Übernahme der Prüfungsschritte aus § 100e Abs. 6 StPO hätte vorliegen müssen, ist im Fall des Beschwerdeführers nicht gegeben.

Schließlich gibt es kein anderes Strafverfahren, in dem die Daten *verwertbar* erlangt wurden, zumindest steht diese Feststellung den deutschen Gerichten nicht zu. Dieser Aspekt führt zur Notwendigkeit der Kompensation des fehlenden Grundrechtsschutzes auf der Verwertungsebene. Wenn nun aber, auf der Ebene der Verwertung der § 100e Abs. 6 StPO insofern entsprechend angewendet wird, als ungeprüft das Vorliegen von „verwertbaren“ personenbezogenen Daten angenommen wird, dann wird die Besonderheit der Erlangung von Beweisen auf dem Rechtshilfeweg nicht ausreichend berücksichtigt. Von einer Kompensation der Unterschiede bei den Eingriffsvoraussetzungen im Hinblick auf TKÜ-Maßnahmen kann dann keine Rede sein. Für eine effektive und die Grundrechte wahrende Kompensation wäre vielmehr erforderlich, dass das Vorliegen von *verwertbaren* personenbezogenen Daten aus einem anderen Strafverfahren nicht angenommen wird. Deswegen dürfen die aus der zu prüfenden Maßnahme gewonnenen Daten im Verfahren gegen den Beschwerdeführer auch nicht berücksichtigt werden, um ihre Verwertbarkeit zu begründen.

Vielmehr ist die Verdachtslage gegen den Beschwerdeführer, die im Zeitpunkt der Erhebung der Daten gegen ihn vorlag, zu rekonstruieren. Gerade weil, wie der Bundesgerichtshof selbst ausführt, die Verwertbarkeit der Daten bei der Erhebung nie geprüft wird, ist bei der Prüfung der Verwertbarkeit die Situation zu rekonstruieren, die bei ihrer Erhebung vorlag. Nur so kann der Schutz des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Beschwerdeführers (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) und sein Grundrecht auf Achtung seines Privatlebens und seiner Kommunikation (Art. 7 GRCh) sowie der Schutz seiner personenbezogenen Daten (Art. 8 GRCh) sichergestellt werden. Wie der 5. Strafsenat erklärt, ist der Grundgedanke des § 100e Abs. 6 StPO zu übernehmen, also, dass es grundsätzlich einer Katalogstraftat bedarf, um Erkenntnisse aus einer Online-Durchsuchung zu verwerten. Von der Regel in § 100e Abs. 6 StPO, dass die grundsätzlich *verwertbar* erlangten Beweise ausgewertet werden dürfen, um das Vorliegen einer Katalogstraftat zu begründen, muss für die Fälle der Rechtshilfe zum Schutz der Grundrechte der Betroffenen allerdings abgewichen werden.

Es geht gerade darum, die fehlende Kontrolle auf der Erhebungsebene auszugleichen – von einer Kompensation der fehlenden Kontrolle kann aber nicht die Rede sein, wenn man die Auswertung der unkontrolliert erlangten Beweise der Prüfung ihrer Verwertbarkeit zugrunde legt.

⁴⁴ Wortlaut § 100e Abs. 6 Nr. 1 StPO und KK-StPO/*Bruns*, 8. Aufl. 2019, StPO § 100e Rn. 24.

Als die konkreten Maßnahmen, die auch den Beschwerdeführer betrafen, eingeleitet und ausgeführt wurden, lagen über seine Person und mögliche kriminelle Aktivitäten seinerseits **keine Anhaltspunkte** vor. Ein qualifizierter Verdacht gem. § 100b StPO gegen ihn bestand nicht.⁴⁵

Die einzige Information der Behörden im Erhebungszeitraum war, dass der Beschwerdeführer 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.⁴⁶ 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.“⁴⁷

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.“⁴⁸

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.

⁴⁵ LG Berlin, Beschluss vom 01. Juli 2021 – (525 KLs) 254 Js 592/20 (10/21) –, juris, Rn. 30 ff.; *Derin/Singelstein*, NStZ 2021, 452; *Gebhard/Michalke*, NJW 2022, 658.

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

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

⁴⁸ Ebenda, S. 4.

30.000 Bürgern mittels nachrichtendienstlicher Methoden ohne Bestehen eines konkreten Tatverdachts sind die Grundsätze der Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit aber gerade nicht berücksichtigt.

Ein Interesse an geheimer Kommunikation haben – entgegen der Ansicht einiger Oberlandesgerichte⁴⁹ – nicht nur Kriminelle, sondern etwa auch Personen, die politisch, 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. Ein Verdacht gegen die Nutzer des EncroChat-Systems kann auch nicht aus dem Preis für dasselbe abgeleitet werden. Der Bundesgerichtshof führt aus, wegen der „*sehr hohen Kosten*“ für den Betrieb der EncroChat-Handys sei zu vermuten gewesen, dass diese nicht für Bagatelldelikte verwendet würden (Rn. 57). Dass die Handys „*sehr teuer in Anschaffung und Betrieb*“ gewesen seien, identifiziert der Bundesgerichtshof außerdem als einen der Verdachtsmomente, dessentwegen es unbedenklich gewesen sei, ein Ermittlungsverfahren (gegen die Betreiber) einzuleiten (Rn. 35). Bezüglich dieser Argumentation sei darauf hingewiesen, dass es sich bei der Einordnung einer technologischen Anschaffung als „teuer“ oder „günstig“ um eine sehr subjektive handelt, die extrem von dem jeweiligen Einkommen und den jeweiligen Anforderungen geprägt sein dürfte. Allgemeingültige Aussagen, wie dass der Preis von ca. 1.500 Euro für die Anschaffung und halbjährliche Nutzung eines verschlüsselten Kommunikationsmittels sehr teuer sei, verbieten sich angesichts dieser Subjektivität.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht daraus, dass die Ermittlungen in Frankreich zunächst gegen die Betreiber des EncroChat-Systems gerichtet gewesen sein mögen, wie in dem angegriffenen Beschluss in Rn. 35 ff. ausführlich. Denn gleichzeitig sollen „*letztlich jeden Nutzer betreffende(n) konkrete(n) Verdachtsmomente*“ (Rn. 37) vorgelegt haben. Wann und auf Grundlage welcher konkreten Tatsachen sich der Verdacht von den Betreibern des Systems auf alle Nutzer erstreckt haben soll, wird aus dem Beschluss nicht ersichtlich. Es wird aber daraus klar, dass ab einem frühen Stadium – wenn nicht schon von Beginn an – die Ermittlungen (auch) gegen die Nutzer des EncroChat-Systems geführt wurden. Dies geschah, wie aufgeführt, aber ohne konkreten Tatverdacht, sodass die Ausgangsvoraussetzung des § 100e Abs. 6 Nr. 1 StPO, nämlich das Vorliegen von *verwertbaren* Informationen aus einem anderen Strafverfahren, gerade nicht gegeben war. Auch wenn man annimmt, dass die gesamte Beweiserhebung im Rahmen eines ausschließlich gegen die EncroChat-Betreiber geführten Ermittlungsverfahrens erfolgte, kann nicht davon ausgegangen werden, dass damit entsprechend den Anforderungen von § 100e Abs. 6 Nr. 1 StPO verwertbare Informationen erlangt wurden. Dies ergibt sich daraus, dass auch in dem Fall die Schutzmechanismen, die das deutsche Beweiserhebungsrecht vorsieht, nicht geprüft werden können.

⁴⁹ 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.

Im Übrigen ist fraglich, ob der Bundesgerichtshof im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung überhaupt den Grundgedanken des § 100e Abs. 6 StPO hätte heranziehen dürfen oder nicht ein noch höheres Schutzniveau hätte bemühen müssen. Er begründet den Rekurs auf § 100e Abs. 6 StPO in Rn. 68 damit, dass

„aufgrund des Gewichts der Maßnahme zur Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes – auch um jede denkbare Benachteiligung auszuschließen – die Grundgedanken der Verwendungsschranke mit dem höchsten Schutzniveau (§ 100e Abs 6 StPO) fruchtbar gemacht werden“

könne. Dabei hätte er allerdings berücksichtigen müssen, dass die erfolgten Ermittlungsmaßnahmen gegen die Betreiber und Nutzer von EncroChat in ihrer Eingriffsintensität noch über das in § 100e Abs. 6 StPO vorgesehene Maß hinausgingen.⁵⁰ Es handelte sich um Maßnahmen, die in der StPO nicht vorgesehen sind und zugleich so schwer wiegen, dass die in § 100e Abs. 6 StPO vorgesehene Verwendungsschranke „mit dem höchsten Schutzniveau“ nicht geeignet ist, um die anschließende Verwertung verfassungsmäßig zu rechtfertigen. Weil der Eingriff also noch schwerer ist als die, für die § 100e Abs. 6 StPO vorgesehen ist, durfte der Bundesgerichtshof sich nicht auf die Anwendung des Grundgedankens der Norm beschränken, sondern hätte das erhebliche Gewicht des Grundrechtseingriff mitberücksichtigen müssen.

d)

Abgesehen von diesem Mangel greift die Verhältnismäßigkeitsprüfung des Bundesgerichtshofs auch im Übrigen zu kurz. Nachdem er feststellt, dass eine Katalogstraftat vorliegt und Kernbereiche privater Lebensführung nicht angetastet worden seien (zu diesen Punkten s.o.), beschränkt er die auch seiner Ansicht nach erforderliche strikte Verhältnismäßigkeitsprüfung auf Hinweise zum Schweregrad der dem Beschwerdeführer vorgeworfenen Straftaten und dem Hinweis, anders als mit der Nutzung der EncroChat-Daten sei der Sachverhalt nicht aufzuklären (Rn. 71). Diese Verhältnismäßigkeitsprüfung ist schlicht zu oberflächlich, als dass sie dem Schutzgehalt der angegriffenen Grundrechte genügen würde. Der Bundesgerichtshof hat diesen in seinem Urteil vielmehr eklatant verkannt.

So fehlen Ausführungen dazu, welche Grundrechte durch die Erhebung der Daten verletzt worden waren und von welcher Tiefe diese Verletzungen jeweils gewesen waren. Dies wäre aber erforderlich gewesen, um festzustellen, ob der Eingriff hier tatsächlich angemessen war. Es reicht nicht, auf das durch die Verwertung der Beweise in jedem Fall beeinträchtigte Allgemeine Persönlichkeitsrecht des Beschwerdeführers abzustellen, wie es der Bundesgerichtshof in einem Satz macht. Die Verwertung der Beweismittel in dem Strafverfahren führt zu einer

⁵⁰ Derin/Singelstein, NStZ 2021, 449 (453).

Vertiefung der Eingriffe, die schon auf der Beweiserhebungsebene stattgefunden haben. Bei der Ausspähung, Sammlung, Speicherung, Entschlüsselung, Auswertung und Weiterleitung der EncroChat-Daten des Beschwerdeführers, die immerhin einen gesamten und wichtigen Kommunikationskanal aus seinem Leben abbildeten, wurde auch in seine Grundrechte aus Art. 10 GG und Art. 7 GRCh und Art. 8 GRCh eingegriffen. Dies hätte vom Bundesgerichtshof zumindest erkannt und benannt werden müssen, um überhaupt eine Verhältnismäßigkeitsprüfung im engeren Sinne vornehmen zu können. Dass er sich diese Mühe nicht gemacht hat, zeigt, dass er das Gewicht und die Schutzhöhe der Grundrechte fehlerhaft eingeschätzt hat. Dies bedarf einer Korrektur durch das Bundesverfassungsgericht.

Um zu begründen, dass ein Eingriff in ein Grundrecht zur Ahndung von Straftaten nach dem Betäubungsmittelgesetz angemessen ist, muss schließlich auch etwas über das in Rede stehende Grundrecht bekannt sein.

Bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit der Verwertung der Beweismittel ist im Übrigen **ebenfalls auf den Zeitpunkt der Erhebung der Beweismittel** Bezug zu nehmen. Denn im konkreten Fall des Beschwerdeführers – anders als bei sonstigen Fragen der Beweisverwertungsverboten aus verfassungsrechtlichen Gründen – gab es keine Möglichkeit, einen etwaigen Grundrechtseingriff auf der Erhebungsebene zu kontrollieren oder von vornerein auszuschließen (s.o.). Es geht hier gerade um die Kompensation dieses Kontrollverlusts. Daher ist für die Frage der Verhältnismäßigkeit zumindest auch mit zu berücksichtigen, dass es im Zeitpunkt der Erhebung der Daten des Beschwerdeführers keinerlei Verdachtsmomente gegen ihn konkret gab, dass das BKA die Daten dennoch über einen geraumen Zeitraum von Europol/ den französischen Ermittlungsbehörden angenommen und ausgewertet hat, dass die Maßnahmen heimlich erfolgten und die gesamte Kommunikation eines bestimmten Kanals umfasste, ohne zwischen möglichen Inhalten zu differenzieren. Diese Gesichtspunkte hat der 5. Strafsenat nicht berücksichtigt und damit die Tragweite und Bedeutung der beeinträchtigten Grundrechte missachtet und fehlerhaft eingeschätzt.

VI. Schlussbemerkung

Der Unterzeichner verkennt nicht, dass die Entschlüsselung und Abschöpfung von Daten des Krypto-Handy-Anbieters Encrochat den Strafverfolgungsbehörden einen gewaltigen Schritt hin zur Aufklärung von Straftaten gegen das Betäubungsmittelstrafrechts und zur Erkenntnis von Strukturen organisierter Kriminalität ermöglicht hat – unabhängig davon, wie rechtmäßig die Methoden der Erkenntnisgewinnung gewesen sein mögen. Die zutage getretenen Hinweise auf professionell veranstaltete Transporte großer Mengen an Kokain, ausgeführt mit anscheinend ausgefeilter Logistik, werfen angesichts ihrer Eindringlichkeit auf jede Kritik, die sich in

den herkömmlichen verfassungsrechtlichen Bahnen bewegt und Eingriffe in Grundrechte beanstandet, einen Schatten.⁵¹

Die Kaperung des Encrochat-Servers in Roubaix und die Ausstattung der Mobiltelefone von 30.000 Encrochat-Nutzern mit einer Späh-Software mag für viele – nicht nur Strafverfolger – ein großes Faszinosum sein – sie ist trotzdem ein Schritt vom Wege. Es sei erinnert an die berühmten Worte des großen amerikanischen Verfassungsrichters Oliver Wendell Holmes Jr.:

„Great cases like hard cases make bad law. For great cases are called great, not by reason of their real importance in shaping the law of the future, but because of some accident of immediate overwhelming interest which appeals to the feelings and distorts the judgment“⁵²

“Große Fälle, gleichwie hässliche Fälle, machen schlechtes Recht. Denn große Fälle werden nicht etwa deshalb groß genannt, weil sie für die Formung des zukünftigen Rechts irgendeine Bedeutung hätten, sondern wegen der Beimischung eines unmittelbaren überbordenden Interesses, welches die Gefühle anspricht und das Urteil verzerrt.“

VII. Und ein Weiteres

Abschließend erlaube ich mir auf den thematischen Zusammenhang mit dem beim Bundesverfassungsgericht unter dem Aktenzeichen 2 BvR 558/22 anhängigen Verfahren hinzuweisen.

Nach Kenntnis des Unterzeichners befasst sich der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte EGMR in den oben (S. 31) erwähnten Verfahren Nr. 44715/20 und Nr. 47930/21 mit den Voraussetzungen der Datengewinnung in den sog. Encrochat-Verfahren.

Der Verfassungsrat der Republik Frankreich hat mit Beschluss vom 08.04.2022 (Entscheidung Nr. 2022-987) die Verfassungskonformität des nach französischem Recht für einen heimlichen Datenzugriff maßgeblichen Art. 706-102-1 des französischen Strafprozessbuchs bejaht, dies

⁵¹Im Übrigen zeigt die Biographie des Beschwerdeführers, der in keiner „Bande“ eingebettet war und als erfolgreicher Musiker sich durchaus auch zeitweilig Lebensperspektiven aufzubauen verstand, bis er wieder seiner Drogensucht erlag, dass der Zugriff auf die Encrochat-Daten nicht nur Angehörige der organisierten Kriminalität trifft.

⁵² 193 U.S. 197, 364 (1904).

allerdings offenbar an die Einhaltung bestimmter formeller Voraussetzungen geknüpft. Die Entscheidung des Verfassungsrats überreiche ich mitsamt einer zertifizierten Übersetzung als

A n l a g e n 8 und 9.

zur Kenntnisnahme.

VIII. Antrag

Ich beantrage,

die angegriffenen Entscheidungen wegen Beeinträchtigung der Rechte aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG, Art. 7 und 8 GRCh sowie Art. 8 EMRK aufzuheben, die Entscheidung des Bundesgerichtshofs außerdem wegen Verstoßes gegen Art. 103 Abs. 1 GG und Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG

Der Rechtsanwalt