

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

RECHTSANWÄLTE

DR. IUR. H.C. GERHARD STRATE  
KLAUS-ULRICH VENTZKE  
JOHANNES RAUWALD  
PIA KLEINE, LL.M.  
SINA AARON MOSLEHI  
RECHTSANWÄLTE

An das  
Bundesverfassungsgericht  
Schlossbezirk 3  
**76131 Karlsruhe**

Hamburg, am 27.10.2022/*gs-pk*

**Aktenzeichen: 2 BvR 1832/22**

In dem Verfassungsbeschwerdeverfahren des

weise ich das Bundesverfassungsgericht auf den Beschluss des Landgerichts Berlin vom 19.10.2022, Az.: (525 KLs) 279 Js 30/22 (8/22), hin.

Das Landgericht Berlin beschließt darin, dem Europäischen Gerichtshof gem. Art. 267 AEUV Fragen zur Auslegung der Richtlinie 2014/41 (RL-EEA) vorzulegen. Die Fragen stehen im Zusammenhang mit den Ermittlungen gegen Nutzer des Kryptodienstes „EncroChat“.

Die Entscheidung des Landgerichts vom 19.10.2022 lege ich als

## A n l a g e 1

diesem Schreiben bei.

### 1.

Das Landgericht Berlin formuliert in dem Beschluss Vorlagefragen, die unmittelbar den Gegenstand der Verfassungsbeschwerde betreffen. Darüber hinaus begründet sich die Verfassungsbeschwerde auch damit, dass es eine Verletzung des Rechts auf den gesetzlichen Richter (Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG) darstellte, die Fragen zur Auslegung der Richtlinie nicht dem EuGH vorzulegen. Der Vorlagebeschluss des Landgerichts Berlins bezeugt, dass die auf Grundlage der EncroChat-Daten als Beweismittel geführten Verfahren Fragen aufgeworfen haben, die allein vom Europäischen Gerichtshof zu beantworten sind.

### 2.

Die Vorlagefragen betreffen die Auslegung des Art. 6 Abs. 1 lit a) und lit b) RL-EEA (Fragen 1-3), die Auslegung des Art. 31 Abs. 1, 3 RL-EEA (Frage 4) und die Rechtsfolgen der unionsrechtswidrigen Beweiserlangung für ein Strafverfahren, insbesondere vor dem Hintergrund der unionsrechtlichen Grundsätze der Effektivität und Äquivalenz (Frage 5).

Von besonders hoher Relevanz für das hiesige Verfassungsbeschwerdeverfahren sind die Feststellungen des Landgerichts Berlin zu den Hintergründen der Erlangung der EncroChat-Daten durch die deutschen Behörden.

Die Kammer stellt in den Randnummern 10 ff. fest, dass Vertreter des Bundeskriminalamts und der Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt am Main zusammen mit Vertretern französischer, niederländischer, britischer, europäischer und weiterer Behörden an einer Eurojust-Videokonferenz am 09. März 2020 teilnahmen, in deren Zuge sie über die von der französischen Polizei geplanten Überwachungsmaßnahmen und die beabsichtigte Datenübermittlung an die anderen Länder informiert wurden. Am 27. März 2020 erhielt das BKA; so das Landgericht weiter, eine Nachricht des Joint Investigation Teams über das europäische SIENA-Nachrichtensystem, in der die zuständigen Behörden der an der Datenübermittlung interessierten Länder aufgefordert wurde, schriftlich zu bestätigen, dass sie über die zur Datengewinnung von Geräten auf ihrem Staatsgebiet angewandten Methoden informiert worden seien. Das BKA erteilte in Abstimmung mit der GenStA Frankfurt am Main die erbetene Bestätigung.

Aus diesen Vorgängen zieht das Landgericht Berlin in Rn. 18 den folgerichtigen Schluss:

*„Auch wenn die Datenabschöpfung maßgeblich von französischen Behörden und auf der Grundlage von französischen Gerichtsbeschlüssen durchgeführt wurde, handelte es sich von vornherein nicht um eine rein innerfranzösische Ermittlungsmaßnahme, sondern um ein europäisches Projekt. Dessen Ziel war es, den EncroChat-Dienst zu zerschlagen, dessen Betreiber zu verfolgen und eine Strafverfolgung aller europäischen Nutzer in deren jeweiligen Heimatländern zu ermöglichen.*

*(...)*

*Vor diesem Hintergrund kommt die Abschöpfung und Speicherung der EncroChat-Daten einer gemeinsamen Maßnahme aller an den Daten interessierten Länder nahe. Deren Durchführung stellt sich hinsichtlich der nicht in Frankreich ansässigen Nutzer als eine Art "Geschäftsführung" der französischen Behörden für die anderen Staaten dar, die von den französischen Behörden im Rahmen der Eurojust-Konferenz am 9. März 2020 und der nachfolgenden Kommunikation über das SIENA-System den anderen Staaten unter den in der SIENA-Nachricht vom 27. März 2020 niedergelegten Bedingungen angeboten wurde; mit ihrer Antwort auf die Nachricht haben die anderen Staaten der "Geschäftsführung" zugestimmt und sich damit an der Maßnahme beteiligt.“*

Es handelte sich somit bei dem Transfer der EncroChat-Daten von Frankreich über Europol nach Deutschland nicht um eine spontane Datenübermittlung der Polizeibehörden untereinander. Die EEA vom 02.06.2022 war auch keine lediglich auf die Übermittlung ausländischer Ermittlungsergebnisse gerichtete EEA. Vielmehr erfolgte der Transfer von Beweisergebnissen einer Ermittlungsmaßnahme, der die deutschen Behörden noch vor ihrer Ausführung zugestimmt hatten, über deren Ausmaß und Umfang sie im Bilde waren und die auch im Interesse Deutschlands durchgeführt worden war.

Angesichts dieser Erkenntnisse, die der Beschwerdeführer der hiesigen Verfassungsbeschwerde schon im erstinstanzlichen Verfahren vor dem Landgericht Konstanz und im Revisionsverfahren vorgebracht hatte, sind die Feststellungen des Bundesgerichtshofs in seinem Beschluss v. 02.03.2022, 5 StR 457/21, als überholt zu bewerten. Der Bundesgerichtshof geht in dieser Entscheidung noch davon aus, die EEA vom 02.06.2020 habe lediglich auf den Transfer der durch einen anderen Mitgliedsstaat aufgrund eigener Ermittlungstätigkeit bereits erlangter Beweise abgezielt.<sup>1</sup> Er schließt daraus, dass eine gezielte oder systematische Umgehung dem individuellen Rechtsschutz dienender Vorschriften nicht konkret ersichtlich sei.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> BGH, Beschl. v. 02.03.2022, 5 StR 457/21, juris Rn. 50.

<sup>2</sup> Ebenda, Rn. 60.

Gerade dieser Schlussfolgerung kann angesichts des nun bekannten Verfahrensablaufs nicht zugestimmt werden:

Dass die deutschen Behörden es in Kenntnis der geplanten Ermittlungsmaßnahmen unterließen, die Maßnahmen mittels einer Europäischen Ermittlungsanordnung, die sich gem. Art. 6 Abs. 1 lit. b) RL-EEA an der deutschen Strafprozessordnung hätte messen lassen müssen, zu beantragen; sie stattdessen auf eine informelle Form der Zusammenarbeit zurückgriffen, um eine solchen Prüfung nach Art. 6 Abs. 1 lit. b) RL-EEA zu vermeiden; und sie zudem nicht beanstandeten, dass die französischen Behörden keine Unterrichtung von den Maßnahmen nach Art. 31 Abs. 1 RL-EEA vornahmen, sind Erkenntnisse, die für die Bewertung der Verfassungsrechtsverletzung von entscheidender Bedeutung sind.

Sie legen eine bewusste Umgehung der die Grundrechte schützenden Anordnungsvoraussetzungen durch die deutschen Behörden sehr nahe. Dies ist bei der Frage der Verhältnismäßigkeit der durch die Verwertung der Beweismittel im Prozess erfolgten Grundrechtseingriffe von entscheidender Bedeutung.

Ich bitte darum, diese Ausführungen und die Feststellungen in der angefügten Entscheidung des Landgerichts Berlin bei der Prüfung der Verfassungsbeschwerde zu berücksichtigen.

Dr. iur. h.c. Gerhard Strate  
Rechtsanwalt