

Nr. M 21-85.148 F-D

Nr. 01226

SL2

11. OKTOBER 2022

TEILWEISE KASSATION

Herr BONNAL, Vorsitzender,

FRANZÖSISCHE REPUBLIK

---

IM NAMEN DES FRANZÖSISCHEN VOLKES

---

URTEIL DES KASSATIONSHOFS, KAMMER FÜR STRAFSACHEN,  
VOM 11. OKTOBER 2022

Herr Saïd **XXX** hat gegen das Urteil der Ermittlungskammer des Appellationsgerichts von Nancy vom 1. Juli 2021, das in der gegen ihn insbesondere wegen der Bildung einer kriminellen Vereinigung und wegen Verstößen gegen die Betäubungsmittelgesetzgebung geführten Ermittlung über seinen Antrag auf Nichtigkeit von Verfahrensschriftstücken entschieden hat, Revision eingelegt.

Mit Beschluss vom 22. November 2021 hat der Vorsitzende der Kammer für Strafsachen die sofortige Prüfung der Revision angeordnet.

Ein Schriftsatz wurde eingereicht.

Auf der Grundlage des Berichts der Beraterin Frau Ménotti, der Stellungnahme der SCP Spinosi, Anwälte von Herrn Saïd **XXX**, und der Stellungnahme des Staatsanwalts Herrn Croizier, nach öffentlicher Verhandlung am 13. September 2022 in Anwesenheit von Herrn Bonnal, Vorsitzender, Frau Ménotti, berichtstattende Beraterin, Frau Labrousse, Beraterin der Kammer, und Frau Lavaud, Protokollführerin der Kammer,

hat die gemäß Artikel 457-1-1 des Strafprozessbuches mit dem vorgenannten Vorsitzenden und Beraterinnen besetzte Kammer für Strafsachen des Kassationshofs nach wie gesetzlich vorgeschrieben erfolgter Beratung das vorliegende Urteil verkündet.

## **Sachverhalt und Verfahren**

1. Aus dem angegriffenen Urteil und den Verfahrensschriftstücken ergibt sich Folgendes.

2. Bei einer von der Spezialisierten interregionalen Ermittlungsbehörde (JIRS) von Lille veranlassten Vorermittlung wegen der Bildung einer kriminellen Vereinigung und Verstößen gegen die Vorschriften über Verschlüsselungen wurde gemäß Artikel 706-102-1 des Strafprozessbuches ein System zum Zugriff auf elektronische Daten auf einem Server, der ein Netz von verschlüsselten Telefonen stützt, eingesetzt. Der Zugriff auf elektronische Daten hat eine Interaktion von vier Verwendern verschlüsselter Telefone ergeben, die Pseudonyme verwandten und im Raum Straßburg dem Handel mit Betäubungsmitteln nachgingen.

3. Am 30. April 2020 hat der Staatsanwalt der JIRS von Lille dem Staatsanwalt der JIRS von Nancy Unterlagen in Bezug auf vier Verwender verschlüsselter Telefone übersandt, zu denen auch Saïd **XXX** gehörte.

4. Am darauffolgenden 13. Mai wurde in Nancy ein Ermittlungsverfahren wegen Handels mit Betäubungsmitteln eröffnet und Saïd **XXX** wegen wiederholter bandenmäßiger Einfuhr von Betäubungsmitteln, Beteiligung an einer kriminellen Vereinigung, Besitzes von Waffen und Munition der Kategorie B vorläufig festgenommen.

5. Am 23. Dezember 2020 hat er einen Nichtigkeitsantrag gestellt.

## **Prüfung der Einwände**

### ***Zum vierten Einwand***

6. Er ist nicht geeignet, im Sinne von Artikel 567-1-1 des Strafprozessbuchs die Zulassung der Revision zu begründen.

### ***Zum ersten Einwand***

#### Wiedergabe des Einwandes

7. Der Einwand greift das angegriffene Urteil insoweit an, als es den Einwand der Nichtigkeit aufgrund der Rechtswidrigkeit der Handlungen des Abfangens und des Zugriffs auf der Grundlage von Artikel 706-102-1 des Strafprozessbuchs zurückgewiesen hat, obwohl „es einen Eingriff einer Behörde in die Ausübung des Rechts auf Privatsphäre nur geben darf, soweit dieser Eingriff gesetzlich geregelt ist, er also gesetzlich speziell und präzise geregelt sein muss; eine weite Auslegung der vorhandenen gesetzlichen Regelung, um im Bedarfsfall Maßnahmen zu ergreifen, die sie nicht vorsieht, ist also ausgeschlossen; die Bestimmungen des Artikels 706-102-1 des Strafprozessbuchs sehen ein technisches

Mittel zum Zugriff auf elektronische Daten vor, dessen Funktion allein der Zugang, die Erfassung, die Speicherung und die Übertragung von Daten eines elektronischen Datenverarbeitungssystems, nicht jedoch von Daten während der Übertragung, ist; indem die Ermittlungskammer den Einwand der Nichtigkeit aufgrund der Rechtswidrigkeit der erfolgten Maßnahmen des Abfangens und Zugriffs zurückgewiesen hat, während sich aus den Verfahrensunterlagen ergibt, dass über das Abfangen von Daten während der Übertragung hinaus einerseits die Einrichtung eines System zur „Blockierung von Vorgängen“ bei verschiedenen Dienstleistern zur Einwirkung auf den Domainnamen, die DNS-Auflösung und die bestehende Netzinfrastruktur und andererseits Maßnahmen zur „Flussumleitung“, die in einer „Änderung der Routingregeln des Netzes“ bestehen, wobei sich solche Maßnahmen als Maßnahmen zur Änderung eines automatisierten Datenverarbeitungssystems darstellen, und zwar insbesondere um darin verbleiben zu können ohne auffindbar zu sein, angeordnet wurden, so dass diese Maßnahmen offensichtlich nicht in den Anwendungsbereich von Artikel 706-102-1 fallen, auf dessen Grundlage sie jedoch erfolgt sind, hat die Ermittlungskammer die oben genannten Grundsätze und Vorschriften verletzt.“.

#### Antwort des Gerichtshofs

8. Um den Einwand der Nichtigkeit zurückzuweisen, der darauf beruht, dass Artikel 706-102-1 des Strafprozessbuchs nur den Zugriff auf gespeicherte Daten, nicht jedoch auf Daten während der Übertragung gestatte, ebenso wenig wie die Einrichtung eines Systems zur Blockierung von Vorgängen und die Flussumleitung, führt das angegriffene Urteil aus, dass der Text nicht zwischen verschiedenen Arten von elektronischen Daten unterscheidet und dass die Maßnahmen der Blockierung und Flussumleitung nur vorbereitende technische Maßnahmen zur Umsetzung des Zugriffs auf elektronische Daten gewesen seien.

9. Indem die Ermittlungskammer so entschieden hat, hat sie die im Einwand genannte Vorschrift zutreffend angewendet.

10. Erstens sind keine Differenzierungen vorzunehmen, wo der vorgenannte Artikel 706-102-1 keine Differenzierungen vorsieht.

11. Zweitens erfordert die Maßnahme des Zugriffs, dass die Verantwortlichen der fraglichen Verschlüsselung nicht in die Lage versetzt werden, die Handlungen der Ermittler zu neutralisieren, insbesondere indem der Zugang auf einen anderen Server umgeleitet wird.

12. Der Einwand ist deshalb zurückzuweisen.

## **Zum zweiten Einwand**

### Wiedergabe des Einwandes

13. Der Einwand greift das angegriffene Urteil insoweit an, als es den Einwand der Nichtigkeit aufgrund des Fehlens der Vorlage von Verfahrensunterlagen aus dem Ausgangsverfahren zurückgewiesen hat, obwohl „alle den Strafverfolgungsbehörden zur Verfügung stehenden Unterlagen, die geeignet sind, den Ausgang des Verfahrens zu beeinflussen, einer wirksamen Kontrolle durch das angerufenen Gericht unterworfen sein müssen, was ohne Vorlage dieser Verfahrensunterlagen nicht möglich ist; die Ermittlungskammer konnte den Grund der Nichtigkeit aufgrund des Fehlens der Vorlage aller Unterlagen der Vorermittlung (UNA 70279/0140/2018), die von der Einheit EMMA 95 unter der Verantwortung des JIRS geführt wurde, und in deren Rahmen die entscheidenden Maßnahmen zum Zugriff auf elektronische Daten vorgenommen wurden, insbesondere der Anlagen 23-137 bis 23-149 dieses Verfahrens, nicht zurückweisen, ohne gegen diesen Grundsatz sowie gegen die Einleitung von Artikel 6 der Europäischen Menschenrechtskonvention und die Artikel 591 und 593 des Strafprozessbuchs zu verstoßen, während sich ausdrücklich aus den Verfahrensunterlagen ergab, dass diese Unterlagen unmittelbaren Einfluss auf die Rechtmäßigkeit hatten.“

### Antwort des Gerichtshofs

14. Um den Einwand der Nichtigkeit zurückzuweisen, der auf der unzureichenden Kenntnis der Verfahrensunterlagen vor Beendigung der Zuständigkeit des JIRS beruht, führt das angegriffene Urteil aus, dass die Gesamtheit der bei der Akte befindlichen Unterlagen aus dem Verfahren in Lille es sowohl den Beschuldigten als auch der Ermittlungskammer ermöglicht hat, die Recht- und Ordnungsmäßigkeit der zu Beginn gesammelten Unterlagen zu beurteilen, ohne dass es irgendeine Beeinträchtigung ihrer Grundrechte gegeben hätte.

15. Die Richter ergänzen, dass die in den Anlagen 23-137 bis 23-149 ins Visier genommenen Verwender, die in dem Schreiben der Staatsanwalt vom 30. April 2020 genannt sind, die Verwender verschlüsselter Telefone unter den Pseudonymen „XXXXXXXX“, „XXXXXXXX“, „XXXXXXXX“ und „XXXXXXXX“ sind.

16. Angesichts dieser Feststellungen hat die Ermittlungskammer ihre Entscheidung begründet.

17. Tatsächlich und entgegen seiner Behauptung hat der Beschuldigte Zugang zu den Anlagen 23-137 bis 23-149 zum Schreiben der Staatsanwalt vom 30. April 2020 gehabt (D3256 folgende).

18. Außerdem formuliert er keine Frage, deren Beantwortung sich aus Unterlagen der Vorermittlung, die nicht in das Verfahren eingeführt worden sind, ergeben würde.

19. Der Einwand ist deshalb unbegründet.

### **Zum dritten Einwand**

#### Wiedergabe des Einwandes

20. Der Einwand greift das angegriffene Urteil insoweit an, als es den Einwand der Nichtigkeit aufgrund des Rückgriffs auf das Instrument des der Geheimhaltung im Interesse der nationalen Verteidigung unterliegenden Staats zurückgewiesen hat, obwohl:

„1°/ der Gesetzgeber, indem er die Bestimmungen der Artikel 706-102-1 und 230-1 folgende des Strafprozessbuches erlassen hat – die es dem Staatsanwalt und dem Ermittlungsrichter unter Rückgriff auf das Instrument des der Geheimhaltung im Interesse der nationalen Verteidigung unterliegenden Staats erlauben, eine technische Vorrichtung einzurichten, deren Zweck der Zugriff auf elektronische Daten ist –, einerseits seine Zuständigkeit überschritten hat, indem er in von der Verfassung garantierte Rechte und Freiheiten, hier die Verteidigungsrechte, die Grundsätze der Waffengleichheit und des rechtlichen Gehörs und das Recht auf einen wirksamen Rechtsschutz, eingegriffen hat, indem er vollkommen darauf verzichtet hat, ausreichende und angemessene gesetzliche Garantien für den Fall des Rückgriffs auf diese Maßnahmen vorzusehen und keinerlei Voraussetzung für ihre Anwendung aufgestellt hat, und indem er keine Kontrolle im Vor- oder Nachhinein vorgesehen hat, um diese Entscheidung zu überprüfen, die damit nach freiem Ermessen und sogar ohne vorherige Kontrolle durch ein unabhängiges Gericht getroffen werden kann, wenn die Maßnahme von der Staatsanwaltschaft allein angeordnet wird, und andererseits ungerechtfertigt und unverhältnismäßig in alle genannten von der Verfassung garantierten Rechte und Freiheiten eingegriffen hat; das angegriffene Urteil wird damit aufgrund der erfolgenden Feststellung der Verfassungswidrigkeit seiner rechtlichen Grundlage beraubt sein;

2°/ jedenfalls sind im Falle eines Rückgriffs auf das Instrument des der Geheimhaltung im Interesse der nationalen Verteidigung unterliegenden Staats und bei Beachtung der sich daraus ergebenden Verpflichtungen die erlangten Ergebnisse von technischen Hinweisen zu ihrem Verständnis und ihrer Verwertung sowie von einer vom Verantwortlichen des technischen Dienstes unterschriebenen Bescheinigung, die die Richtigkeit der übermittelten Ergebnisse bescheinigt, begleitet; die Ermittlungskammer, indem sie sich für die Zurückweisung des Einwands der Nichtigkeit aufgrund der Verletzung dieser Bestimmungen darauf beschränkt hat zu behaupten, dass „es kohärent ist, dass der Dienst des C3N manchen Punkten des Ersuchens um technische Erklärungen die Geheimhaltung im Interesse der nationalen Verteidigung entgegenhält [...] ohne die eine Verletzung der Geheimhaltung im Interesse der nationalen Verteidigung vorliegen könnte“ (Urteil Seite 38), während sich aus den Verfahrensunterlagen ergibt, dass über das Fehlen technischer Hinweise hinaus, das durch die genannten Erwägungen gerechtfertigt werden kann, keine Bescheinigung über die Richtigkeit

der übermittelten Ergebnisse erteilt worden ist, eine solche Bescheinigung jedoch ihrem Wesen nach keine Gefahr einer solchen Preisgabe begründet, so dass keine der kumulativen Voraussetzungen des Artikels 230-3 des Strafprozessbuchs beachtet worden ist, gegen die Artikel 230-3, 706-102-1, 591 und 593 des Strafprozessbuchs verstoßen hat.“

Antwort des Gerichtshofs

Zum ersten Teil des Einwands

21. Vom Kassationshof mit einer vorrangigen Verfassungsfrage betreffend Artikel 706-102-1 des Strafprozessbuchs, der auf Artikel 230-1 desselben Gesetzes verweist, befasst hat der Verfassungsrat mit Entscheidung Nr. 2022-987 vom 8. April 2022 den zweiten Satz des zweiten Absatzes von Artikel 706-102-1 des Strafprozessbuchs in der Fassung, die er durch das Gesetz Nr. 2019-222 vom 23. März 2019 betreffend den Haushaltsplan 2018-2022 und die Reform der Justiz erhalten hat, für mit der Verfassung vereinbar erklärt.

22. Der Einwand der Verfassungswidrigkeit dieser Bestimmungen wird deshalb zurückgewiesen.

Aber zu dem zweiten Teil des Einwands

In Anbetracht der Artikel 230-3 und 593 des Strafprozessbuchs:

23. Nach dem Wortlaut des ersten dieser Artikel und unter Vorbehalt der Pflichten, die sich aus der Geheimhaltung im Interesse der nationalen Verteidigung ergeben, werden die Ergebnisse von technischen Angaben, die für ihr Verständnis und für ihre Auswertung nützlich sind, sowie von einer vom Verantwortlichen der technischen Stelle unterschriebenen Bescheinigung der Wahrheit der übermittelten Ergebnisse begleitet. Die so erlangten Unterlagen sind Gegenstand eines Protokolls über ihren Erhalt und sind der Verfahrensakte beizufügen.

24. Nach dem zweiten dieser Artikel muss jede Entscheidung und jedes Urteil eine Begründung enthalten, die die Entscheidung rechtfertigt, und auf die tragenden Ausführungen der Schriftsätze der Parteien eingehen. Ein Mangel oder ein Widerspruch der Begründung steht einem Fehlen gleich.

25. Um den Einwand der Nichtigkeit der Maßnahmen des Zugriffs auf elektronische Daten aufgrund der Nichtbeachtung des oben genannten Verfahrens zurückzuweisen führt das Urteil aus, dass die technischen Angaben, die für das Verständnis der Ergebnisse und für ihre Auswertung nützlich sind, sowie die vom Verantwortlichen der technischen Stelle unterschriebene Bescheinigung der Wahrheit der übermittelten Ergebnisse von der Bestimmung nur „unter dem Vorbehalt der sich aus der Geheimhaltung im Interesse der nationalen Verteidigung ergebenden Verpflichtungen“ vorgeschrieben sind.

26. Die Richter ergänzen, dass es kohärent sei, dass das Zentrum zur Bekämpfung von Internetkriminalität einigen Punkten des Ersuchens um technische Erklärungen im Zwischenurteil vom 15. April 2021 die Geheimhaltung im Interesse der nationalen Verteidigung entgegenhält, ohne die eine Verletzung der Geheimhaltung im Interesse der nationalen Verteidigung vorliegen könnte.

27. Indem sie ausschließlich über die Nichtbeachtung des Verfahrens der technischen Erklärungen entschieden hat, ohne auf die Ausführungen des Antragstellers zu antworten, der das Fehlen einer vom Verantwortlichen der technischen Stelle unterschriebene Bescheinigung der Wahrheit der übermittelten Ergebnisse beanstandet hat, hat die Ermittlungskammer, die dazu verpflichtet war, gegebenenfalls in Anwendung von Artikel 201 des Strafprozessbuchs die Vorlage dieses Dokuments in dem Verfahren anzuordnen, ihre Entscheidung nicht begründet.

28. Daraus folgt, dass die Kassation aus diesem Grund stattfindet.

### **AUS DIESEN GRÜNDEN**

KASSIERT der Gerichtshof das oben genannte Urteil der Ermittlungskammer des Appellationsgerichts von Nancy vom 1. Juli 2021 und erklärt es für NICHTIG, jedoch nur insoweit, als es über den Einwand der Nichtigkeit aufgrund der Verletzung von Artikel 230-3 des Strafprozessbuchs entschieden hat;

Und, damit in Übereinstimmung mit dem Gesetz in den Grenzen der ausgesprochenen Kassation erneut entschieden werde,


VERWEIST die Sache und die Parteien vor die Ermittlungskammer des Appellationsgerichts von Metz, das in spezieller Beratung unter Ausschluss der Öffentlichkeit bestimmt worden ist;

ORDNET den Druck dieses Urteils, seine Eintragung in die Register der Geschäftsstelle der Ermittlungskammer des Appellationsgerichts Nancy und seinen Vermerk am Rande oder am Ende des teilweise für nichtig erklärten Urteils AN;

So entschieden vom Kassationshof, Kammer für Strafsachen und vom Vorsitzenden am elften Oktober zweitausendzweiundzwanzig verkündet.

Die Richtigkeit und Vollständigkeit der Übersetzung der mir vorliegenden Kopie wird hiermit beglaubigt.

Hamburg, den 19.10.2022



Dr. Alexander Mittmann  
Öffentlich bestellter und allgemein vereidigter  
Übersetzer für die französische Sprache

