

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

RECHTSANWÄLTE

An das
Bundesverfassungsgericht
Schlossbezirk 3
76131 Karlsruhe

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

Hamburg, am 12.10.2022/pk-st

Verfassungsbeschwerde

des

gegen

1. das Urteil des Landgerichts Konstanz vom 10.03.2022 – 4 KLS 61 Js 12705/21
2. den Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 06.09.2022 – 1 StR 276/22

wegen

Verstoßes gegen 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 Konstanz vom 10.03.2022 wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in vier Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von sechs Jahren und sechs Monaten verurteilt. Die Beweisführung des Gerichts beruhte in allen Fällen 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 Beschwerdeführer konfrontierte im erstinstanzlichen Verfahren das Landgericht und im Revisionsverfahren 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. Im Revisionsverfahren verband der Beschwerdeführer die Erläuterungen der (aus seiner Sicht) bestehenden Rechtslage mit dem ausdrücklichen Hinweis, dass die Sache an den Europäischen Gerichtshof gemäß Art. 267 Abs. 3 AEUV vorgelegt werden müsse. Es war 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. Somit liegt eine Verletzung des Rechts des Beschwerdeführers auf seinen gesetzlichen Richter gem. Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG vor.

Der Beschwerdeführer hatte der Verwertung der EncroChat-Daten sowohl im erstinstanzlichen als auch im revisionsrechtlichen Verfahren auch wegen der Verfassungswidrigkeit des darin liegenden Eingriffs in den Kernbereich seiner privaten Lebensgestaltung und damit in seine Grundrechte aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG sowie Art. 7 und 8 GRCh und Art. 8 EMRK widersprochen.

Der angegriffene Beschluss des Bundesgerichtshofs, der die erstinstanzliche Verwertung der EncroChat-Daten bestätigt, stellt 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

Die den Unterzeichner legitimierende Vollmacht ist im Original beigelegt.

III. Verfahrensgeschichte

Der Beschwerdeführer wurde am 10.03.2022 nach dreitägiger Hauptverhandlung wegen Betäubungsmittelhandels in vier Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von sechs Jahren und sechs Monaten verurteilt. Eine Ablichtung der schriftlichen Urteilsgründe überreiche ich als

A n l a g e 1.

In dem Urteil heißt es unter Punkt IV. C. „Feststellungen zur Sache“ (UA, S. 7):

„Die Feststellungen zur Sache beruhen auf den im Selbstleseverfahren (§ 249 Abs. 2 StPO) eingeführten Wortprotokollen der Encrochat-Kommunikation (Sonderband Encro-Chats AS 1-679), den Aussagen der Zeugen ZHS K., ZAM T., ZAM K., ZAR B. und RLG B. sowie den mit den Zeugen in Augenschein genommenen Lichtbildern.“

Der Angeklagte hat selbst keine Angaben zur Sache gemacht (UA, S. 7). Zu den einzelnen Taten heißt es in den Urteilsgründen noch jeweils gesondert, die Feststellungen würden auf den oben genannten Beweismitteln beruhen (UA, S. 21 zu Tat Ziffer 1, S. 28 zu Tat Ziffer 2, S. 32 zu Tat Ziffer 3 und S. 37 zu Tat Ziffer 4).

Zur Herkunft der für die Beweisführung so entscheidenden EncroChat-Daten stellte das Landgericht Konstanz in den schriftlichen Urteilsgründen unter dem Punkt IV. C. 1. „Vorbemerkung zu den EncroChat-Daten“ Folgendes fest (S. 7 – 9):

„Hinsichtlich der Herkunft der den Feststellungen zugrunde gelegten Encrochat-Wortprotokollen erklärten die Zeugen ZAM T. und ZHS K., die Hauptsachbearbeiter des Ermittlungsverfahrens gegen den Angeklagten, durchweg glaubhaft Folgendes: Das BKA habe im Juli 2020 Encrochat-Daten erhalten, die in einem in Frankreich geführten Ermittlungsverfahren gegen die Encrochat-Betreiber u.a. wegen des Verdachts der Gründung einer kriminellen Vereinigung erhoben worden seien. Der Zeuge ZAM K. erklärte hierzu, dass es sich bei Encrochat um ein Unternehmen gehandelt habe, das seinen Nutzern sogenannte Kryptohandys zur Verfügung gestellt habe. Die Encrochat-Betreiber hätten ihren Nutzern eine end-to-end Verschlüsselung der Kommunikation über die Kryptohandys garantiert und hätten ihr Produkt damit vermarktet, dass es eine end-to-end Verschlüsselung aufweise, die ausschließe, das Dritte Nachrichten entschlüsseln können. Der Preis für die befristete Nutzungslizenz eines

Handys der Firma Encrochat habe ca. 1.500 EUR für eine Dauer von weniger als 6 Monate betragen.

Der Zeuge ZHS K. erklärte, dass französische Ermittlungsbehörden gegen die Encrochat-Betreiber wegen des Verdachts der Bildung einer kriminellen Vereinigung ermittelt hätten. Die Zeugen ZHS K. und ZAM T. erklärten, dass die französischen Ermittlungsbehörden im Rahmen der Ermittlungen Server des Unternehmens Encrochat infiltriert hätten und in der Folge die Kommunikation sämtlicher Encrochat-Nutzer unverschlüsselt hätten einsehen können. Der Zeuge ZHS K. erklärte, dass die eingesehenen Daten Anhaltspunkte für die Begehung von Straftaten auf deutschem Hoheitsgebiet ergeben hätten. Die Daten seien durch die französischen Behörden dann der Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt am Main nach Genehmigung der französischen Justiz als Beweismittel zur Verfügung gestellt worden und dort (bei der Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt am Main) sei gegen die Nutzer von Encrochat-Handys ein Sammelverfahren (Verfahren gegen Unbekannt) wegen des Verdachts der Bildung einer kriminellen Vereinigung, des bandenmäßigen Handelns mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge u.a. eingeleitet worden. Im Anschluss sei, so seine weiteren Angaben, der Datenbestand über die Landeskriminalämter den Polizei- und Zollbehörden zur Verfügung gestellt worden und bundesweit seien verschiedene Ermittlungsverfahren wegen dann konkretisierter Tatverdachts eingeleitet worden. Das Zollfahndungsamt Stuttgart habe die Daten (Wortprotokolle der Encrochat-Kommunikation und Geodäten der Kryptohandys) auf CD erhalten. Anhand eines Programms habe das Zollfahndungsamt die Daten eingelesen und so die Kommunikation in chronologischer Reihenfolge darstellen können. Gemäß dem dargelegten Verfahrensgang habe das Zollfahndungsamt Stuttgart über das Landeskriminalamt BW zunächst Encrochat-Daten zu den Nutzern „sweetestcrane@encrochat.com“, „sacredbus@encrochat.com“ und „mantisfortress@encrochat.com“ und im Nachgang, am 17.03.2021, ebenfalls Daten zu dem Nutzer „saltyyak@encrochat.com“ erhalten. Nach Aussagen der Zeugen ZHS K. und ZAM T. sei das Ermittlungsverfahren gegen die o.g. Mailadressen bei der Staatsanwaltschaft Konstanz anhängig gemacht und auf deren Antrag bei der Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt am Mai abgetrennt und der Staatsanwaltschaft Konstanz zugewiesen worden.“

Das Landgericht Konstanz setzt sich in seinem Urteil mit der Verwertbarkeit der EncroChat-Daten auseinander. Dazu heißt es unter Punkt IV. C. 4. „Beweisverwertungsverbote und -wendungsverbote“ (S. 40 – 44) wie folgt:

„Die im Selbstleseverfahren eingeführten Encrochat-Wortprotokolle sowie die sich auf diese sowie die übrigen Encrochat-Daten beziehenden Aussagen der Zeugen ZHS K., ZAM T., ZAM K. und ZAR B. unterliegen keinem Beweisverwertungsverbot (vgl. zur Bejahung der Verwertbarkeit von Encrochat-Daten als Beweismittel zur Aufklärung schwerer Straftaten, BGH, Beschl. v. 02.03.2022, 5 StR 457/21).“

Ein Beweisverwertungsverbot folgt insbesondere nicht aus einem etwaigen Verstoß gegen französisches Recht durch die französischen Ermittlungsbehörden. Da es sich bei Frankreich um einen Mitgliedstaat der Europäischen Union handelt, ist die Kompetenz zur Überprüfung der französischen Maßnahmen durch deutsche Gerichte eingeschränkt. In einer solchen Konstellation dürfen deutsche Gerichte nur prüfen, ob die französischen Maßnahmen gegen ordre public verstoßen haben (vgl. BGH, Beschl. v. 21.11.2012, 1 StR 310/12 = NSTZ 2013, 596). Ein solcher Verstoß besteht aus Sicht der Kammer im Hinblick auf die Erhebung der Encrochat-Daten durch die französischen Behörden nicht. Insbesondere handelt es sich bei der französischen Maßnahme nicht um eine - möglicherweise gegen den ordre public verstoßende - anlasslose Massenüberwachung, sondern es bestanden aus Sicht der Kammer nachvollziehbare Verdachtsmomente, die Anlass für die Einleitung des dortigen Ermittlungsverfahrens gaben. Diese Verdachtsmomente bestehen nicht aufgrund der bloßen Verwendung einer Kommunikation mit end-to-end Verschlüsselung, da ansonsten jeder Nutzer eines Messenger-Dienstes wie WhatsApp oder Signal einem strafrechtliche Ermittlungsmaßnahmen rechtfertigenden Anfangsverdacht unterliegen würde. Die Verdachtsmomente beruhen darauf, dass die Encrochat-Betreiber ihr Produkt explizit damit bewarben, dass eine Kommunikation über Encrochat-Endgeräte absolut sicher vor Überwachung sei und dass sie als Gegenleistung für diese Sicherheit für eine zeitlich befristete Nutzungslizenz einen Preis in Höhe von weit über 1.000 EUR und damit einen Preis, der deutlich über dem Anschaffungspreis für ein qualitativ hochwertiges neues Handy mit unbefristeter Nutzungsmöglichkeit liegt, forderten. Diese Umstände legen aus Sicht der Kammer nahe, dass die Nutzung von Encrochat-Kryptohandys regelmäßig nicht (nur) darauf angelegt war, die Privatsphäre zu schützen, sondern dass mit der Nutzung auch wirtschaftliche Interessen in Form von illegalen Geschäftsaktivitäten verfolgt wurden und mithin Umstände, die einen Anfangsverdacht begründen, vorliegen.

Ein Beweisverwertungsverbot besteht auch nicht aufgrund einer Verletzung des - den Art. 6 Abs. 1 lit b RL 2014/41/EU umsetzenden - § 91g Abs. 6 IRG. Die Vorschrift findet vorliegend Anwendung, da die Erhebung von Encrochat-Daten durch französische Behörden auf deutschem Staatsgebiet sowie deren Übermittlung an die deutschen Behörden einen Akt der Rechtshilfe in Strafsachen darstellt. Die Vorschrift sieht unter anderem vor, dass Ersuche, die auf eine grenzüberschreitende Überwachung des Telekommunikationsverkehrs gerichtet sind, unverzüglich abzulehnen sind, wenn die entsprechende Ermittlungsmaßnahme in einem innerstaatlichen Fall nicht genehmigt werden würde. Anders und unter Bezugnahme auf das vorliegende Verfahren formuliert: Ein Verstoß gegen § 91g Abs. 6 IRG - und damit ein Beweiserhebungsverbot - liegt dann vor, wenn die Erhebung der Encrochat-Daten, wie sie sich in Frankreich dargestellt hat, in Deutschland unzulässig gewesen wäre. Aus Sicht der Kammer wäre eine solche Datenerhebung jedoch auch in Deutschland zulässig gewesen. Eine gesetzliche Grundlage einer entsprechenden Erhebung findet sich in § 100b StPO (so auch OLG Karlsruhe, Beschl., v. 10.11.2021, 2 Ws 261/21 - juris, Rn. 26). Nach § 100b StPO darf eine verdeckte Online-Durchsuchung angeordnet werden, wenn gegen

den Betroffenen der Anfangsverdacht einer Katalogtat i.S.d. § 100b Abs. 2 StPO besteht, die Tat im Einzelfall schwer wiegt und die Erforschung des Sachverhalts auf andere Art und Weise wesentlich erschwert oder aussichtslos wäre. Aus Sicht der Kammer lagen diese Voraussetzungen im ursprünglich durch die französischen Behörden gegen die Encrochat-Betreiber geführten Ermittlungsverfahren und mithin bei der Erhebung der Encrochat-Daten vor. Der Anfangsverdacht gegen die Encrochat-Betreiber betraf die Gründung einer kriminellen Vereinigung- und damit einer Katalogtat des § 100b Abs. 2 StPO. Anhaltspunkte dafür, dass die Tat, wegen der die Encrochat-Betreiber verdächtig waren, im Einzelfall nicht schwer wog, kann die Kammer zudem nicht erkennen. Und schließlich wäre die Erforschung des Sachverhalts – mangels anderweitiger Verdachtsmomenten - auf andere Art und Weise als durch die Erhebung sämtlicher Encrochat-Daten - also inklusive der Daten der Encrochat-Nutzer - aussichtslos gewesen. Die Kammer verkennt zudem auch nicht, dass gegen den Angeklagten zum Zeitpunkt der Datenerhebung noch kein Anfangsverdacht bestand und er mithin - nach deutschem Recht – zu diesem Zeitpunkt als Dritter i.S.d. § 100b Abs. 3 StPO einzustufen ist. Die Erhebung war jedoch nach Maßgabe des § 100b Abs. 3 S. 3 StPO zulässig. Die Betroffenheit des Angeklagten war bei Erhebung der Encrochat-Daten unvermeidbar. Schließlich war ein Zugriff auf die Endgeräte der Encrochat-Nutzer erforderlich, um dem Verdacht gegen die Encrochat-Betreiber nachgehen zu können. Eine bloße Infiltration der Betreiberserver hätte schließlich keinen Zugriff auf unverschlüsselte Nachrichten und mithin keine relevanten Erkenntnisse hinsichtlich des Anfangsverdachts erwarten lassen.

Überdies würde aus Sicht der Kammer selbst dann kein Beweisverwertungsverbot bestehen, wenn man zu dem Schluss kommen würde, dass die Beweiserhebung rechtswidrig war. Schließlich besteht kein Rechtssatz des Inhalts, dass jeder Beweiserhebungsfehler auch ein Beweisverwertungsverbot zur Folge hat (Meyer/Goßner, StPO 64. Aufl., Einl. Rn. 55). Das Beweisverwertungsverbot stellt vielmehr eine begründungsbedürftige Ausnahme dar (statt vieler: BVerfG, Beschl. v. 15.10.2009, 2 BvR 2438/08 = NJW 2010, 287). Das Vorliegen eines Verwertungsverbots ist im Rahmen einer Abwägung unter Berücksichtigung des Gewichts des Verstoßes gegen die Beweiserhebungsvorschrift auf der einen und dem Interesse an der Strafverfolgung auf der anderen Seite im Einzelfall zu prüfen (BVerfG, Beschl. v. 20.09.2018, 2 BvR 708/18). Bei dieser Abwägung ist aus Sicht der Kammer im vorliegenden Verfahren, das dem Bereich der organisierten Kriminalität zuzuordnen ist, dem Strafverfolgungsinteresse der Vorrang gegenüber dem Persönlichkeitsschutz einzuräumen. Aus Sicht der Kammer begeben sich Benutzer eines Kryptohandys der Firma Encrochat - einer Firma die damit wirbt, dass die Kommunikation über ihre Handys staatlicher Überwachung gänzlich entzogen ist und hierfür eine zeitlich auf wenige Monaten befristete Lizenz für über 1.000 EUR verkauft - sich sehendes Auges in eine nicht schützenswerte Sphäre. Die Intention, sich mit dieser Kommunikationsform in Sicherheit vor staatlicher Überwachung zu begeben und so ungestört kriminellen Geschäften nachzugehen, verdient im Sinne des Interesses des Staates an einer Aufklärung schwerster Betäubungsmittelstraftaten keinen Schutz (OLG Rostock, Beschl. v. 11.05.2021, 20 Ws 121/21 = NJ 2021, 372). Ebenfalls im Rahmen der Abwägung ist zu berücksichtigen,

dass - so die Einschätzung der Kammer - durch die Erhebung der Encrochat-Daten nur geringfügig in den durch Art. 10 GG bzw. Art. 2 Abs.1 und Art. 1 Abs.1 GG garantierten Persönlichkeitsschutz des Angeklagten eingegriffen wurde, da die von ihm geführten Encrochat-Kommunikation ganz überwiegend lediglich seine Sozialsphäre (in Bezug auf den Handel mit Betäubungsmitteln) und nur vereinzelt seine Privatsphäre betraf. Überdies besteht auch kein Verwendungsverbot in Bezug auf die Encrochat-Daten. Das aus dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung abgeleitete Verwendungsverbot (BVerfGE 141, 220) verbietet grundsätzlich die Verwendung von Daten für einen anderen Zweck als den, für den sie ursprünglich erhoben wurden. Sollen die Daten für einen anderen Zweck verwendet werden, bedarf es einer Vorschrift, die diese Zweckumwidmung gesetzlich regelt. Eine solche Vorschrift, die auch auf den grenzüberschreitenden Datenverkehr anwendbar ist, ist § 100e Abs. 6 Nr. 1 StPO (vgl. auch OLG Hamburg, Beschl. v. 29.01.2021, 1 Ws 2/21 = BeckRS 2021, 2226; KG Berlin, Beschl. v. 30.08.2021, 2 Ws 79/21, 2 Ws 93/21 = BeckRS 2021, 24213). Nach der Vorschrift dürfen Daten, die nach § 100b StPO erhoben wurden, in einem anderen Strafverfahren verwendet werden, wenn im anderen Verfahren wegen einer Katalogtat ermittelt wird. Bei den dem Angeklagten zur Last gelegten Taten handelt es sich um solche Katalogstraftaten. Im Übrigen kann dahinstehen, ob die Vorschrift bzw. eine Verwendung der Daten voraussetzt, dass die ursprüngliche Datenerhebung nach deutschem Recht rechtmäßig gewesen wäre oder es ausreicht, dass die Maßnahme der Datenerhebung lediglich eine Entsprechung in der StPO hat (so Derin/Singelstein, NStZ 2021, 449 (452)), da die Kammer sowohl davon ausgeht, dass die Datenerhebung durch die französischen Behörden in § 100b StPO auch eine Entsprechung in der StPO hat sowie auch davon, dass die Datenerhebung nach deutschem Recht rechtmäßig gewesen wäre.

Ein aus § 100d Abs. 2 S. 1 StPO folgendes Beweisverwertungsverbot hinsichtlich der die Privatsphäre des Angeklagten betreffenden Encrochat-Kommunikation (Bsp. „N. treibt mich in den Wahnsinn“, „Mutter von N. hatte Kontakt mit positiver patientin“ „Müssen jetzt ihren test abwarten“ „Jop Problem ist halt gesundheitsamt“ „Weil sie in Pflege arbeitet“) besteht ebenfalls nicht. Die Vorschrift normiert ein Verwertungsverbot für Erkenntnisse aus dem „Kernbereich privater Lebensgestaltung, die durch Maßnahmen nach den § 100a bis 100c StPO“ erlangt wurden. Was unter den Kernbereich der privaten Lebensgestaltung zu verstehen ist, ist in der StPO nicht definiert und ist daher anhand des Einzelfalls zu prüfen, wobei der Ausgangspunkt einer Prüfung stets die Gefährdung der Menschenwürde ist (Bt-Drs. 15/4533, S. 14; Meyer/Goßner, StPO, 64. Aufl., § 100d, Rn. 3). Auch bereits bei Zugrundelegung des Wortlauts scheint eine restriktive/enge Auslegung angezeigt. Nach einer solchen Auslegung ist die dem Urteil zugrunde gelegte, die Privatsphäre des Angeklagten betreffende Kommunikation nicht dem Kernbereich der privaten Lebensgestaltung zuzuordnen. Die entsprechenden Nachrichten betreffen zum einen den Beruf der Lebensgefährtin des Angeklagten sowie den Umstand, dass diese einen positiven Corona Test hatte und mithin Informationen, die den Angeklagten zum einen nicht selbst betreffen und zum anderen einer Vielzahl von Personen bekannt sein dürften. Die Nachricht des Angeklagten, dass ihn „Nina in den Wahnsinn treibe“, betrifft hingegen seine

Privatsphäre. Die in dieser Nachricht enthaltenen Informationen sind jedoch vergleichsweise oberflächlich. Der Nachricht ist lediglich zu entnehmen, dass die Lebensgefährtin des Angeklagten wohl Nina heißt und, dass es in der Beziehung Probleme gibt. Der Nachricht sind jedoch weder Hinweise zur Art der Probleme noch konkrete Hinweise hinsichtlich ihres Ausmaßes zu entnehmen, weshalb aus Sicht der Kammer auch bei Verwertung dieser Nachricht eine Gefährdung der Menschenwürde des Angeklagten fernliegend ist.“

In der Hauptverhandlung war die Auseinandersetzung um die Verwendbarkeit des - im Rahmen der von der Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt am Main erlassenen Europäischen Ermittlungsanordnung ihr von französischen Behörden über Europol und das Bundeskriminalamt zugeleiteten - Datenmaterials Gegenstand eines lebhaften Prozessgeschehens. Die Verteidiger widersprachen der Verwendbarkeit durch zahlreiche Anträge und drängten auf Aufklärung der Hintergründe der Datenerlangung. Das Landgericht nahm jedoch – hierbei unterstützt durch die Staatsanwaltschaft – an der Art der Beweisgewinnung keinen Anstand und bekräftigte dies in einer Reihe von Beschlüssen und schließlich dem oben zitierten Urteil.

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 im Hinblick auf die Darstellungserfordernisse des § 344 Abs. 2 S. 2 StPO insgesamt 435 Seiten umfasst, wobei sich ein großer Teil davon aus den Unterlagen zur Rechtshilfe zwischen Frankreich und Deutschland die EncroChat-Daten betreffend zusammensetzt.

Im Folgenden werden die maßgeblichen Verfahrensvorgänge zusammengefasst geschildert:

Die Verteidigung hatte schon am ersten Hauptverhandlungstag, dem 11.02.2022, durch Verlesung einer umfassenden schriftlichen Erklärung der Erhebung und Verwertung von sämtlichen Erkenntnissen, welche auf der Auswertung der EncroChat-Daten beruhten, in der Hauptverhandlung widersprochen (Anlage 2, S. 4-15). Es ist hervorzuheben, dass die Verteidigung in diesem Widerspruch unter anderem die Vereinbarkeit der auf der Grundlage der EncroChat-Daten vorgenommenen Beweisführung mit den Vorschriften der Richtlinie 2014/14/EU vom 03.04.2014 zum Thema gemacht hatte:

„Weitergehend wird der Widerspruch damit begründet, dass die Verwertung der sogenannten EncroChat-Daten in der Rechtsprechung im Wesentlichen unter Rückgriff auf die Ebene der Rechtshilfe bejaht wird. Die Europäischen Ermittlungsanordnung der Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt in der Unbekannt-Sache mit dem Aktenzeichen 52 UJs 5005/20, welche sich im Übrigen nicht in der Verteidigung vorgelegten Rechtshilfeakte befindet, ermöglichte den Transfer der in diesem Verfahren maßgeblichen EncroChat-Datei nach Deutschland. Mit Datum 13.06.2020 (vgl. Sonderband Rechtshilfe BI. 59 f.) genehmigte die Vizepräsidentin des Strafgerichts Lille, Frau Richter Delphine Le Bail, den Transfer sämtlicher Daten aus diesen Aufzeichnungen, sofern die Kommunikation (auch) auf deutschen Boden geführt wurde.

Sie stützt sich hierbei auf das Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union vom 29.05.2000 und des dazugehörigen Protokolls vom 16.10.2001, die beide nicht mehr gültig sind (vgl. BI. 59 Sonderband Rechtshilfe).

Maßgeblich für die Europäische Ermittlungsanordnung ist jedoch die Richtlinie 2014/41/EU vom 30.04.2014 über die Europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen. Diese sieht jedoch lediglich eine Telefonüberwachung (Art. 30) als auch verdeckte Ermittlungen (Art. 29), nicht jedoch die hier praktizierte Online-Untersuchung eines Kommunikationsservers, erst recht nicht die Installation einer Manipulationssoftware auf den Telefonen von 60.000 Europäischen Bürgern vor. Bei der korrekten Anwendung der Richtlinie 2014/41/EU geht es um die Anwendung von unmittelbar geltendem Unionsrecht und zwar sowohl auf deutscher als auch auf französischer Seite. Die Richtlinie 2014/41/EU ist eine Richtlinie des Europäischen Parlaments, die innerhalb einer in der Richtlinie vorgesehenen 3-Jahres-Frist innerhalb der EU-Staaten in nationales Recht umgesetzt werden muss. 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 Richtlinie 2014/41/EU unter den „besonderen Bestimmungen für bestimmte Ermittlungsmaßnahmen“ nicht vorgesehen ist und deshalb auch nicht Gegenstand einer Europäischen Ermittlungsanordnung sein durften. Der Europäische Gerichtshof hat in einer Entscheidung vom 21.12.2021 wie folgt bestätigt:

*„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 (...)
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. EUGH vom 21.12.2021, verbundene Rechtssache C-357/19, C-379/19, C-547/19, C-811/19 und C-840/19).

Aus alledem ergibt sich, dass vorliegend sowohl von Seiten der französischen als auch der deutschen Justiz, bewusst die maßgeblichen Vorschriften der Europäischen Richtlinie 2014/41/EU umgangen wurde, weshalb auch aus diesem Grund, die Erkenntnisse aus der Abschöpfung der sogenannten EncroChat-Daten weder erhoben noch verwertet werden dürfen.“

Abgesehen davon stützte die Verteidigung den Widerspruch gegen die Beweisverwertung und –erhebung auch auf folgende Erwägung (Anlage 2, S. 10, 11):

„Die von den französischen Behörden durchgeführte Maßnahme unterscheidet sich grundlegend von der Online-Durchsuchung der StPO. Es handelt sich um eine Maßnahme sui generis, die sich durch ihre gewaltige Streubreite und die verdachtsunabhängige Einbeziehung einer Vielzahl von Personen auszeichnet, die der systematischen Suche nach Zufallsfunden gewidmet war und nachrichtendienstlichen Charakter hat. Eine solche Maßnahme findet in der deutschen Strafprozessordnung keine Rechtsgrundlage. Eine vergleichbar schwerwiegende Maßnahme wäre nach deutschem Recht unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten auch überhaupt nicht zulässig.“

Der Verteidiger des Beschwerdeführers, Rechtsanwalt Frank, stellte am selben Tag, dem 11.02.2022, drei weitere Anträge der Verteidigung, die sich auf die vollständige Aufklärung der Herkunft der EncroChat-Daten zur Feststellung der tatsächlichen Verwertbarkeit bezogen. Es handelte sich dabei um einen Antrag auf Beiziehung der Akte 62 UJs 50005/20 bei der Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt am Main, (Anlage 2, S. 24 - 26), einen Antrag auf Beiziehung der Rechtshilfeakte des Amtsgerichts Stuttgart und der Staatsanwaltschaft Konstanz betreffend den Beschwerdeführer (Anlage 2, S. 27, 28) sowie einen Antrag auf Vernehmung des Herrn KHK F., der Frau Richterin am Amtsgericht F. und der Frau Richterin am Amtsgericht R. (Anlage 2, S. 29 - 32).

Der Vorsitzende ordnete am selben Sitzungstag die Einführung von Urkunden im Wege der Selbstlesung gem. § 249 Abs. 2 StPO in die Hauptverhandlung an, woraufhin die bezeichneten Urkunden ausgeteilt wurden (Anlage 2, S. 34). In dieser Selbstleseliste war auch das „Encro-Chats, Wortprotokoll“ aufgeführt. Auf eine Beanstandung dieser Anordnung durch die Verteidigung erging folgender Kammerbeschluss (Anlage 2, S.34):

„Die Anordnung des Vorsitzenden über das Selbstleseverfahren wird bestätigt. Die Kammer geht derzeit von der Verwendbarkeit der Encro-Chats aus.“

Am zweiten Verhandlungstag, dem 18.02.2022, stellte Rechtsanwalt Frank als Verteidiger des Beschwerdeführers einen Antrag auf Vernehmung der Zeugen KHK F., Frau A. und Herrn Dr. V., sowie auf Übersetzung einer mit dem Antrag eingereichten SIENA-Nachricht. Der Antrag zielte (ebenfalls) auf die Aufklärung der Vorgänge in Bezug auf die Unterrichtung der Mitgliedstaaten (insbesondere Deutschlands) durch die französischen Ermittlungsbehörden sowie auf die Übermittlung der EncroChat-Daten über Europol ab (Anlage 2, S. 38 – 42).

Das Landgericht Konstanz erließ am selben Sitzungstag fünf Beschlüsse, die sich mit den vorherigen Beweisanträgen und dem Aussetzungsantrag der Verteidigung im Zusammenhang mit der Erlangung der EncroChat-Daten auseinandersetzten. Dabei wurden alle Anträge der Verteidigung zurückgewiesen (Anlage 2, S. 44, S. 45-46, S. 47, S. 48, S. 55-56). In dem Beschluss, der den Antrag auf Vernehmung der Zeugen F., F. und R. zurückwies, beschäftigte sich die Kammer mit dem von der Verteidigung auch in dem Verwertungswiderspruch vom 11.02.2022 dargestellten Verstoß gegen rechtshilferechtliche Vorschriften bei der Erlangung der EncroChat-Daten. Die Kammer führt dazu im Detail aus (Anlage 2, S. 45, 46):

„Die Beweistatsachen sind rechtlich unerheblich (§ 244 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 StPO). Der Antrag zielt auf die Begründung eines Beweisverwertungsverbotes ab. Die angebotenen Zeugen sollen anlässlich eines Treffens am 09.03.2020 bei Eurojust übereingekommen sein, sich auch ohne einen Verdacht konkreter Straftaten bzw. gegen bestimmte Personen dennoch in den Besitz von EncroChat-Protokollen der französischen Behörden zu bringen und in diesem Zusammenhang in Deutschland ein Ermittlungsverfahren gegen Unbekannt einzuleiten. Die später tatsächlich auf diese Weise erlangten Daten seien dann zur Grundlage u.a. des gegen den Angeklagten eingeleiteten Ermittlungsverfahrens gemacht worden.“

Die Kammer ist der Auffassung, dass selbst bei Unterstellung der Richtigkeit der Behauptungen hieraus gleichwohl kein Beweisverwertungsverbot im vorliegenden Verfahren folgt. Sie stützt sich dabei auf die verfassungs- und obergerichtliche Rechtsprechung (vgl. BVerfG NJW 2011, 2417 mit zahlreichen weiteren Nachweisen; BGH NStZ 2013, 596; OLG Rostock, Beschl. v. 11:05.2021 - 20 Ws 121/21).

Ein auf die etwaige Nichteinhaltung der rechtshilferechtlichen Bestimmungen gestütztes Verwertungsverbot ergibt sich vorliegend auch nicht aus allgemeinen völkerrechtlichen Grundsätzen wie dem allgemeinen Fairnessgebot des Art. 6 Abs. 1 EMRK. Ein Beweisverwertungsverbot käme auf Grund von Verstößen gegen rechtshilferechtliche Bestimmungen als solche allenfalls in Betracht, wenn sich das gegen den Angeklagten geführte Strafverfahren insgesamt als unfair erweisen würde. In der Rechtsprechung des EGMR ist anerkannt, dass aus der Verletzung von Vorschriften des nationalen Rechts über die Beweiserhebung nicht zwingend ein Beweisverwertungsverbot resultiert, wenn das entsprechende Verfahren trotz des Verstoßes insgesamt als fair anzusehen ist (etwa EGMR NJW 1999, 3545 Rn. 45f). Bei Verletzung von rechtshilferechtlichen Bestimmungen über die Beweiserhebung im Ausland kann insoweit nichts anderes gelten. Es kommt nach dem Maßstab der Verfahrensfairness für im Wege der Rechtshilfe gewonnene Beweise mithin darauf an, ob unter der Geltung der inländischen Rechtsordnung eine zuverlässige Beweisführung in einem fairen Verfahren möglich ist (BGH a.a.O.), wovon vorliegend auszugehen ist. Hinzu kommt, dass schon die Verwendung eines Krypto-Handys der Firma EncroChat auf ein konspiratives Verhalten zur Begehung und Verdeckung von Straftaten hindeutet. Die Intention, sich mit dieser Kommunikationsform in Sicherheit vor staatlicher Überwachung zu begeben und so ungestört kriminellen Geschäften nachzugehen, verdient im Sinne des Interesses des Staates an einer Aufklärung schwerster Betäubungsmittelstraftaten keinen Schutz. Die Beweisbeschaffung durch die Strafverfolgungsbehörden ist nicht von vornherein mit dem Makel besonders deutlicher Menschenrechtswidrigkeit behaftet oder verletzt selbst die Menschenwürde. Wer sich hochkonspirativer Kommunikationsmittel bedient, um schwere Straftaten zu begehen, kann sich nicht auf Vertrauensschutz berufen oder darauf vertrauen, dass seine Kommunikation auch gegenüber Strafverfolgungsbehörden geheim und unverwertbar bleibt, sondern setzt einen Rechtsschein für die Verwertbarkeit (OLG Rostock a.a.O.).“

Diese Rechtsauffassung bekräftigte das Landgericht in einem Beschluss am dritten Sitzungstag, dem 10.03.2022, in dem die Anträge der Verteidigung auf Vernehmung der Zeugen K., K. und S. vom selben Tag (Anlage 2, S. 63 – 79) abgelehnt wurden. Die Anträge hatten die Aufklärung der Hintergründe der Erlangung der EncroChat-Daten und des Zeitpunkts, zu dem die deutschen Behörden von den geplanten französischen Ermittlungen Kenntnis erlangten, zum Gegenstand. Der ablehnende Beschluss des Landgerichts beinhaltete folgende Passage (Anlage 2, S. 91):

„Die Beweistatsachen sind rechtlich unerheblich (§ 244 Abs. 3 Nr. 2 StPO). Zur Begründung wird auf den in der Hauptverhandlung am 18.02.2022 verlesenen Beschlüsse zum Beweisantrag auf Vernehmung der Zeugen KHK F., Richterin am Amtsgericht F. und Richterin am Amtsgericht R. (Anlage 9 zum vorläufigen Protokoll vom 18.02.2022) verwiesen. Die darin geäußerte Rechtsauffassung der Kammer- kein

Beweisverwertungsverbot im vorliegenden Verfahren - gilt auch bei Unterstellung der Richtigkeit der im Antrag vom 10.03.2022 zusätzlich behaupteten Hergänge und Absprachen der daran Beteiligten. “

Wie die weiter oben zitierte Passage aus dem erstinstanzlichen Urteil zeigt, ist das Landgericht von dieser Rechtsauffassung nicht abgerückt und hat unter Bezugnahme auf den Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 02.03.2022 (5 StR 457/21) die Verwertbarkeit der EncroChat-Daten bejaht (Urteilsausfertigung, S. 40 – 44).

Die Revisionsbegründung wies 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 (Anlage 2, S. 412 ff.). Die Begründung setzte sich dazu ausführlich mit dem vom Landgericht Konstanz in Bezug genommenen Beschluss des Bundesgerichtshofes vom 02.03.2022 auseinander und wies dessen Verfassungswidrigkeit wegen eines Verstoßes gegen den gesetzlichen Richter und die Grundrechte aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG, Art. 7 und Art. 8 GRCh sowie Art. 8 EMRK auf.¹

Die Verletzung des Rechts auf einen gesetzlichen Richter (Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG) begründete die Revisionsbegründung damit, dass sich in der Verhandlung Fragen des Unionsrechts gestellt hätten, die entscheidungserheblich und deren Beantwortung weder klar (acte claire) noch geklärt gewesen sei (acte éclairé) (Anlage 2, S. 413 ff.). Insbesondere stellte der Revisionsführer dabei auf die Diskrepanz zwischen den Anforderungen an den sog. „spontanen Datenaustausch“ zwischen Mitgliedsstaaten der EU und dem Datentransfer mittels einer Europäischen Ermittlungsanordnung ab. Die Argumentation zielte darauf ab, dass die Anforderungen, die in der Richtlinie zur Europäischen Ermittlungsanordnung normiert sind, mittels des spontanen Datenaustauschs umgangen werden können. Dabei ging der Revisionsführer auch darauf ein, dass die Verteidigung neue Erkenntnisse vorgebracht habe, die an der Spontaneität des Datenaustauschs vor Erlass der EEA ernsthafte Zweifel entstehen lassen. Auch wies die Revisionsbegründung auf die Auslegungsprobleme in Bezug auf die RL-EEA hin. Die Grundrechtsverletzung begründete der Beschwerdeführer in der Revisionsbegründung damit, dass der Bundesgerichtshof in dem vom Landgericht Konstanz in Bezug genommenen Beschluss im Rahmen der Prüfung der Verwertbarkeit der Beweismittel anhand des Grundgedankens von § 100e Abs. 6 StPO auf den falschen Zeitpunkt abgestellt habe und zudem die Grundrechte des Beschwerdeführers insgesamt bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung nicht im hinreichenden Maße gewürdigt habe.

¹ Gegen den Beschluss des BGH vom 02.03.2022, 5 StR 457/21, hat der dortige Verurteilte, vertreten durch den Unterzeichner, ebenfalls Verfassungsbeschwerde erhoben. Eine Entscheidung in der Sache steht noch aus. Die Ausführungen zur Begründetheit decken sich teilweise mit denen jener Verfassungsbeschwerde, da jeweils derselbe Sachverhalt, die Kaperung der EncroChat-Servers, zugrunde liegt.

Die Revisionsbegründung zog aus den vorgebrachten und zur Vermeidung von Wiederholungen an dieser Stelle lediglich zusammengefasst wiedergegebenen Argumenten folgende Schlussfolgerung (Anlage 2, S. 434):

„Das Urteil beruht in Hinblick auf den Stellenwert, der der Inhalt der Chatverläufe für die tatrichterliche Überzeugungsbildung hat (vgl. UA, S. 7; 21 ff.), auf diesem auch verfassungsrechtlich bedeutsamen Verfahrensverstoß (§ 337 Abs. 1 StPO).“

Mit einer Antragschrift vom 03.08.2022, die als

A n l a g e 3

beigefügt ist, beantragte der Generalbundesanwalt die Verwerfung der Revision als unbegründet. Er führte darin wie folgt aus:

„Die Verfahrensrüge, mit der der Beschwerdeführer die Verwertung der auf einem vom Kryptohandy-Anbieter EncroChat genutzten Server und den damit verbundenen End- und Peripheriegeräten erhobenen Daten beanstandet (RB RA Dr. Strate), ist jedenfalls unbegründet. Auf UA S. 40 und den dort genannten Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 2. März 2022 - StR 457/21 -, insbesondere Rn. 61 ff., 77 und 78, wird verwiesen.“

Am 13.09.2022 entschied sodann der 1. Senat des Bundesgerichtshofs:

„Der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat auf Antrag des Generalbundesanwalts und nach Anhörung des Beschwerdeführers am 6. September 2022 beschlossen:

Die Revision des Angeklagten gegen das Urteil des Landgerichts Konstanz vom 10. März 2022 wird als unbegründet verworfen (§ 349 Abs. 2 StPO).

Der Beschwerdeführer hat die Kosten des Rechtsmittels zu tragen.“

A n l a g e 4.

Diese Entscheidung ging dem Beschwerdeführer am 14.09.2022 zu. Das belegt der Betreff der in

A n l a g e 5

beigefügten kanzleiinternen E-Mail vom 15.09.2022, mit der der Unterzeichner über den Inhalt eines Anrufs des Beschwerdeführers in seiner Kanzlei am selben Tag informiert wird.

Dem Unterzeichner als dessen Verteidiger im Strafverfahren selbst ging der Beschluss des Bundesgerichtshofs am 13.09.2022 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 06.09.2022, 1 StR 276/22) und des Landgerichts Konstanz (Urteil vom 10.03.2021, Az. 4 KLS 61 Js 12705/21) in seinen Grundrechten aus Art. 101 Abs. 1 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.

Der Verfassungsbeschwerde liegt 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.²

Des Weiteren wird zur Überprüfung gestellt, ob die Fachgerichte bei der Anwendung des deutschen Verfahrensrechts – hier den Regelungen über die Verwertung von Beweisen im

² BVerfG, StV 2021, 666, 667 (Rn 35 ff.).

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.³

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 (Anlage 2, S. 4 ff.) und der Unionsrechtswidrigkeit der gegen ihn ergangenen Ermittlungsmaßnahmen und des Beweistransfers (Anlage 2, S. 24 ff.) ohne Erfolg gerügt. Dabei war sein Vorbringen im Laufe des Revisionsverfahrens auch explizit verfassungsrechtlich ausgestaltet. Er hat die auch mit dieser Verfassungsbeschwerde geltend gemachten Aspekte im Revisionsverfahren vorgebracht. In der Revisionsbegründung hat sich der Beschwerdeführer konkret auf einen Eingriff in sein Persönlichkeitsrecht und eine Verletzung des Rechts auf den gesetzlichen Richter berufen. Er hat im Revisionsverfahren zudem ausdrücklich auf die Unionsrechtswidrigkeit der Erhebung und Übermittlung der gegen ihn verwendeten Beweise hingewiesen.

Dass der Beschwerdeführer eine Vorlage gem. Art. 267 AEUV in der ersten Instanz nicht ausdrücklich beantragt hat, steht der Wahrung der materiellen Subsidiarität nicht entgegen. Es reicht dahingehend aus, dass er die Tatsachen vorgetragen hat, die eine Vorlage der Fachgerichte an den EuGH als gesetzlichen Richter naheliegend erscheinen ließ.⁴

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

³ Vgl. nur BVerfG, Stattgebender Kammerbeschluss vom 04.03.2021 – 2 BvR 1161/19 –, juris, Rn. 42.

⁴ BVerfGE 147, 364, 378; *Hellmann* in Barczak, BVerfGG Mitarbeiterkommentar, 2018, § 90 Rn. 396.

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.

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.⁵ 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.

⁵ 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 10.10.2022); KG Berlin, Beschluss vom 30.08.2021 – 2 Ws 79/21 –, juris, Rn. 27 (zur Zahl der betroffenen Personen).

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. 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. 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.⁶

Im Fall des Beschwerdeführers bestanden für das Landgericht Konstanz 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.⁷ 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

⁶ 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.

⁷ 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.

und dem RB-Informationsaustausch⁸ bzw. dem EU-Rechtshilfeübereinkommen⁹ für die spontane Übermittlung von Informationen ohne Ersuchen zwischen den Strafverfolgungsbehörden.¹⁰

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.

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 „spontanen Datenübermittlung“ unter den Polizeibehörden (hier wohl von Europol an das BKA¹¹) und einer anschließenden Transfer-/ Genehmigungsanordnung mittels einer EEA (hier der Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt am Main 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

⁸ 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.

⁹ 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.

¹⁰ *Kubiciel* in Ambos/König/Rackow, Rechtshilferecht in Strafsachen, 2. Aufl. 2020, EU-RhÜbk. Art. 7, Rn. 288.

¹¹ So nimmt es der Bundesgerichtshof im Beschluss vom 02.03.2022, 5 StR 457/21, juris Rn. 21, an.

(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 Anordnungs Voraussetzungen nahe.¹² Diesbezüglich wird auch auf das Vorbringen der Verteidigung des Beschwerdeführers im Revisionsverfahren in der Revisionsbegründung vom 24.05.2022 (Anlage 2) ab S. 412 hingewiesen. 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 nicht nachvollziehbar, warum der Bundesgerichtshof dem Hinweis auf die Vorlagepflicht in der Revisionsbegründung nicht nachgekommen ist, denn der angegriffene Beschluss verhält sich dazu nicht.

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). Zwar beschäftigt sich der Bundesgerichtshof in dem angegriffenen Beschluss vom 06.09.2022 nicht mit dieser Frage, das Landgericht verweist aber in dem durch den Beschluss bestätigten, erstinstanzlichen Urteil auf den Beschluss des 5. Strafsenats des Bundesgerichtshofs vom 02.03.2022 (Az. 5 StR 457/21), UA, S. 40. Dieser Beschluss setzt sich mit einigen Fragen im Zusammenhang mit der Verwertbarkeit der EnrcoChat-Daten auseinander und bejaht diese im Ergebnis. In der Literatur ist dieser Beschluss weitestgehend auf Ablehnung gestoßen.¹³

Nach der Ansicht des 5. Strafsenats, der sowohl das Landgericht Konstanz als auch der 1. Strafsenat zu folgen scheinen, war die hier ergangene EEA nur auf den Transfer von im Ausland schon vorhandenen Beweismitteln ausgerichtet (BGH, Beschl. v. 02.03.2022, 5 StR 457/21, juris, Rn. 50). 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.¹⁴ 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

¹² Sommer, StV Spezial, 2021, 69; Wahl, ZIS 7-8/2021, 459, 461.

¹³ BGH, 5 StR 457/21 StV 2022, 353 mit krit. Anm. Brodowski; kritisch ebenfalls: Cornelius NJW 2022, 1546 f.; Rückert NSTZ 2022, 446 f.; Ruppert NZWiSt 2022, 221; Zeyher NZWiSt 2022, 248; Sommerer/Rehberger RDJ 2022, 304, 306 f.; Hernandez Weiss ZfStW 2022, 427

¹⁴ 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.

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. Dies hat der Beschwerdeführer im erstinstanzlichen Verfahren mittels verschiedener Beweisanträge und der Vorlage von Unterlagen, die auf die Aufklärung der Hintergründe der Erlangung der Daten durch die deutschen Behörden abzielten, vorgetragen.¹⁵ 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.

cc)

Die Vorlagepflicht des Bundesgerichtshofs (und vorher des Landgerichts Konstanz) 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.¹⁶

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.

¹⁵ Vgl. Antrag vom 10.03.2022, Anlage 2, S. 62 i.V.m. S. 68 – 79.

¹⁶ Vgl. BGH, Beschluss vom 2. März 2022 – 5 StR 457/21 –, juris Rn. 23, wonach die Ermittlungsmaßnahme gegen die Nutzer von EncroChat bis zum 30.06.2020 andauerte.

Wie der Beschwerdeführer auch im Revisionsverfahren vorgebracht hat (Anlage 2, S. 416), 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.¹⁷

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 29.01.2021¹⁸ zu vielen richtigen, aber das Thema verfehlenden Bemerkungen veranlasst hat), welches Recht beim „grenzüberschreitenden Informationsaustausch“ maßgeblich sei. Natürlich ist das im klassischen Rechtshilfeverkehr immer das Recht des ersuchenden Staates.¹⁹ 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.“²⁰ 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 darin 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).

¹⁷ *Derin/Singelnstein*, Verwendung und Verwertung von Daten aus massenhaften Eingriffen in informationstechnische Systeme aus dem Ausland (Encrochat), NStZ 2021, 449 (453).

¹⁸ HansOLG Hamburg, Beschluss vom 29.01.2021 – 1 Ws 2/21 –, juris.

¹⁹ Bundesgerichtshof, Beschluss vom 21.11.2012 – 1 StR 310/12 –, BGHSt 58, 32-50, juris, Rn. 36.

²⁰ HansOLG Hamburg, Beschluss vom 29.01.2021 – 1 Ws 2/21 –, juris, Rn. 76.

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

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

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

251) Somit kann nach dem Grundsatz des Vorrangs des Unionsrechts die Einheit und die Wirksamkeit des Unionsrechts nicht dadurch beeinträchtigt werden, dass sich ein Mitgliedstaat auf Bestimmungen des nationalen Rechts beruft, auch wenn sie Verfassungsrang haben. Nach ständiger Rechtsprechung sind die Wirkungen des Grundsatzes des Vorrangs des Unionsrechts nämlich für alle Einrichtungen eines Mitgliedstaats verbindlich, ohne dass dem insbesondere die innerstaatlichen Bestimmungen, auch wenn sie Verfassungsrang haben, entgegenstehen könnten (Urteile vom 18. Mai 2021, Asociația „Forumul Judecătorilor din România“ u. a., C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-355/19 und C-397/19, EU:C:2021:393, Rn. 245 und die dort angeführte Rechtsprechung, vom 6. Oktober 2021, W.Ž. [Kammer für außerordentliche Überprüfung und öffentliche Angelegenheiten des Obersten Gerichts – Ernennung], C-487/19, EU:C:2021:798, Rn. 157, sowie vom 23. November 2021, IS [Rechtswidrigkeit des Vorlagebeschlusses], C-564/19, EU:C:2021:949, Rn. 79 und die dort angeführte Rechtsprechung).

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

Aus den oben dargelegten Überlegungen folgt, dass 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 Mitgliedstaaten bei der Durchführung des Unionsrechts gem. Art. 51 GRCh gebunden und diesbezügliche Fragen sind dem EuGH vorzulegen.²¹

Der Bundesgerichtshof befasst sich in dem hier angegriffenen Beschluss vom 06.09.2022 (1 StR 276/22) nicht mit der Frage, ob die Maßnahmen von der RL-EEA erfasst waren. In Rn. 48 des vom Landgericht Konstanz herangezogenen Beschlusses (BGH, Beschl. v. 02.03.2022, 5 StR 475/21, juris) stellt der 5. Strafsenat allerdings 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 als Beleg für diese Behauptung 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.

²¹ BVerfG, Beschluss vom 19.12.2017 - 2 BvR 424/17 -, juris, Rn. 46.

In dem vom 5. Strafsenat 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.²² 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, nur unter Bezugnahme auf unergiebigere Quellenangaben, bejahen dürfen. Vielmehr wäre sie dem Europäischen Gerichtshof nach Art. 267 AEUV zur Beantwortung vorzulegen gewesen. Diese Erwägungen greifen auch im hiesigen Verfahren: sowohl das Landgericht Konstanz als auch der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs haben die Vorlagepflicht mit den angegriffenen Entscheidungen verletzt.

b)

Der Bundesgerichtshof äußert sich in dem angegriffenen Beschluss vom 06.09.2022 nicht dazu, ob ein Verstoß gegen Rechtshilferecht zu einem Beweisverwertungsverbot führen kann. Das Landgericht kommt in seinem Urteil zu dem Schluss, es läge schon gar kein Verstoß gegen Rechtshilferecht vor, was allerdings durch die obigen Ausführungen widerlegt wird.

Im Fall des Beschwerdeführers führen die Verstöße gegen das Rechtshilferecht, die als Beweiserhebungsverbote einzuordnen sind, auch tatsächlich zu Beweisverwertungsverboten, was die Feststellung dieser Rechtshilfeverstöße durch den Europäischen Gerichtshof und damit die Beantwortung der entsprechenden Vorlagefragen **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 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:

²² *Wörner* in *Ambos/König/Rackow*, *Rechtshilferecht in Strafsachen*, E (RL EEA) Rn. 439.

Im Urteil vom 6.10.2020, C-511/18, hat sich der EuGH mit der Verwertbarkeit von Daten, die aus einer unionsrechtswidrig erfolgten Vorratsdatenspeicherung stammen, 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.“²³

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.²⁴

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.²⁵

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

²³ EuGH, Urteil vom 6.10.2020 – C-511/18 –, juris, Rn. 221 ff.

²⁴ 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.

²⁵ Schmitt in Meyer-Goßner, StPO, 64. Aufl. 2021, Rn 55a m.w.N.

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,²⁶ 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“,²⁷ 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 Kommunikationservers sowie die Abschöpfung der darüber kommunizierenden Mobiltelefone mittels eines Trojaners in der RL-EEA nicht vorgesehen ist. Insbesondere den deutschen Behörden muss bewusst gewesen sein, dass nach dem für sie maßgeblichen deutschen Recht eine so umfassende Überwachung und Abhörung **ohne konkreten Tatverdacht** nicht rechtmäßig gewesen wäre. 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. die Beweisanträge des Beschwerdeführers im erstinstanzlichen Verfahren vom 11.02.2022 und vom 10.03.2022 auf Ladung der Zeugen F., F., R., K., K., S. und F. (Anlage 2, S. 23 i.V.m. S. 29 – 33 und S. 62 i.V.m. S. 68 – 79), in denen die Verteidigung darlegte, dass schon am 09.03.2020 eine Videokonferenz von Eurojust zum Thema EncroChat stattfand, bei dem die Zeugen KHK F., Richterin am Amtsgericht F. und Richterin am Amtsgericht R. als Vertreter der Bundesrepublik Deutschland von den geplanten ausländischen Ermittlungsmaßnahmen Kenntnis erlangten und diese in Kenntnis der Unvereinbarkeit mit dem deutschen Recht zuließen und ihnen sogar zustimmten, um an die EncroChat-

²⁶ 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.

²⁷ BGH, Urteil vom 20.12.2012 – 3 StR 117/12 –, BGHSt 58, 84-99, juris, Rn. 33.

Daten zu gelangen. Auch diese Vorgänge legen zumindest einen objektiv willkürlichen Rechtsverstoß nahe, insbesondere, da die Generalstaatsanwaltschaft wusste, dass sich die Ermittlungen auch gegen Personen auf deutschem Staatsgebiet richteten und wie dürftig die Verdachtslage gegen diese war.²⁸ 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 RL-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.²⁹

²⁸ Es sei an dieser Stelle auch auf die Biografie des strafrechtlich ansonsten noch nie in Erscheinung getretenen Beschwerdeführers hingewiesen, die zeigt, dass der Zugriff auf die EncroChat-Daten nicht nur Angehörige der organisierten Kriminalität trifft: Der Beschwerdeführer war in keiner „Bande“ eingebettet und durchaus dazu in der Lage, Lebensperspektiven abseits des kriminellen Milieus aufzubauen. So gründete er schon mit 14 Jahren seine erste Firma. Nach Erlangung sowohl eines deutschen als auch eines französischen Studienabschlusses in BWL begann er erfolgreich, Immobiliengeschäfte zu betreiben.

²⁹ 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.

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“ 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.³⁰

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?“³¹

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 durch das Landgericht Konstanz und den Bundesgerichtshof war **willkürlich** und stellt mithin eine Verletzung des Rechts auf den gesetzlichen Richter dar. Die Willkür der Nichtvorlageentscheidung ist dann gegeben, wenn die Auslegung und Anwendung der Zuständigkeitsregel des Art. 267 AEUV (nämlich dessen Nichtanwendung) nicht mehr verständlich ist und offensichtlich unhaltbar erscheint.³²

Dies ist schon deshalb zu bejahen, weil der Bundesgerichtshof seine Gründe für die Entscheidung bezüglich des Vorabentscheidungsverfahrens nicht angegeben hat. Dazu war er aber

³⁰ 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).

³¹ EGMR, Beschluss vom 03.01.2022, Verfahren Nr. 44715/20 und Nr. 47930/21, Frage 5.

³² BVerfG, Beschluss vom 06.07.2010 – 2 BvR 2661/06 –, BVerfGE 126, 286-331, juris Rn. 88.

gehalten, um eine Kontrolle am Maßstab des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG zu ermöglichen.³³ Aus dem Fehlen jeglicher Auseinandersetzung des Bundesgerichtshofs mit dem vom Revisionsführer (jetzt Beschwerdeführer) in dem Revisionsverfahren vorgebrachten Ausführungen zur Unionsrechtswidrigkeit der zugrunde liegenden Maßnahmen³⁴ kann nur geschlossen werden, dass er sich mit den Bedingungen für die Vorlagepflicht schlicht nicht auseinandergesetzt und sie dementsprechend verkannt hat. Ob und anhand welcher Maßstäbe sich der Bundesgerichtshof mit der Möglichkeit der Vorlage an den EuGH auseinandergesetzt hat, ist nicht nachvollziehbar, sodass davon ausgegangen werden muss, dass die Nichtvorlage willkürlich war.

Die Willkür der Nichtvorlageentscheidung folgt zudem daraus, dass zu der hier entscheidungserheblichen Frage des Unionsrechts einschlägige Rechtsprechung des EuGH noch nicht vorliegt und der letztinstanzliche Bundesgerichtshof den ihm in diesem Fall notwendig zukommenden Beurteilungsspielraum in unvertretbarer Weise überschritten hat.³⁵

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

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

In dem vom Landgericht Konstanz angeführten Beschluss des 5. Strafsenats des Bundesgerichtshofs lehnt dieser eine Vorlagepflicht an den Europäischen Gerichtshof in Bezug auf den EncroChat-Komplex mit folgender Begründung ab:

³³ BVerfG, Stattgebender Kammerbeschluss vom 10.12.2014 – 2 BvR 1549/07 –, juris, Rn. 21; BVerfG, Beschluss vom 19.12.2017 – 2 BvR 424/17 –, BVerfGE 147, 364-389, juris, Rn. 41

³⁴ Vgl. Revisionsbegründung vom 24.05.2022, Anlage 2, S. 412 ff.

³⁵ Vgl. BVerfG, BVerfG, Beschluss vom 31.05.1990 – 2 BvL 12/88 –, BVerfGE 82, 159-198, juris Rn. 144.

„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).“³⁶

Diese Argumentation ist – gerade auch im Hinblick auf die im gleichen 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 verfahrensrechtswidrig 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. Der Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 02.03.2022 bietet darüber hinaus keine überzeugende Argumentation dahingehend, warum die Vorlagepflicht nach Art. 267 AEUV in Fällen wie denen des Beschwerdeführers nicht gegeben sein sollte.

2. Grundrechtsverletzungen

Der Beschluss des Bundesgerichtshofs, der das Urteil des Landgericht Konstanz 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 die Bedeutung und Tragweite dieser Grundrechte bei der Anwendung des einfachen Rechts (hier § 261 StPO) verkannt. Damit liegt eine spezifische Verfassungsrechtsverletzung vor³⁷, und zwar aus folgenden Gründen:

³⁶ BGH, Beschl. v. 02.03.2022, 5 StR 457/21, juris Rn. 78.

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

Die Verwertung der Informationen stellt 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.

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.³⁸

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.³⁹

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.⁴⁰ 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. vor⁴¹ 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 und dem Grundgesetz in seinem Beschluss nicht erwähnt, zeigt seine Fehleinschätzung ihrer Tragweite und Bedeutung.

³⁸ Vgl. *Sommer*, StV Spezial 2021, 70.

³⁹ 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.

⁴⁰ *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.

⁴¹ *Calliess/Ruffert/Kingreen*, EU-GRCharta, 6. Aufl. 2022, Art. 8 Rn. 13.

Die Eingriffe, die durch die Verwertung der erlangten Daten im Prozess fortgeführt und vertieft werden, lassen sich nicht – auch nicht mit der vom 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs in seinem Beschluss vom 02.03.2022 angeführten Argumentation – rechtfertigen, denn sie sind unverhältnismäßig. Dem liegen nachfolgende Überlegungen zugrunde.

a)

Der Bundesgerichtshof geht an mehreren Stellen des vom Landgericht Konstanz in Bezug genommenen Beschlusses vom 02.03.2022 (Az. 5 StR 457/21) 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 (juris, Rn. 62), zweitens sei die Beweisverwertung von Erkenntnissen aus diesem Kernbereich auch nach dem heranzuziehenden Grundgedanken des § 100e Abs. 6 Nr. 1 StPO verboten (juris, Rn. 69) und drittens würde es zur Unverhältnismäßigkeit der Verwertung führen, wenn die Daten einen Kernbereich privater Lebensgestaltung betreffen (juris, 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 (juris, 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 nicht der Fall sein könne.

Unter Berücksichtigung der Bedeutung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts und des Rechts auf die Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme sowie der Kommunikation argumentiert der 5. Strafsenat zu oberflächlich, der 1. Strafsenat setzt sich überhaupt nicht mit den Grundrechten des Beschwerdeführers auseinander.

b)

Der Bundesgerichtshof stellt in dem Beschluss vom 02.03.2022 weiter fest, dass es sich bei der Verwertung personenbezogener Informationen um einen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht handelt (Rn. 64). Die Intensität 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 Beweise würde dieser Mechanismus allerdings nicht funktionieren. Der Bundesgerichtshof zieht daher für den Fall der durch Rechtshilfe erlangten Beweise 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 – in seinem Ausgangsverfahren revidierenden – Beschwerdeführer (und damit auch im Fall aller weiteren Nutzer des EncroChat-Systems), 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 den Beschluss 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 erfolge auf der Eben der Verwertung. Es ist dann aber nicht folgerichtig, 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.⁴² 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 (etwa in Frankreich), in dem die Daten *verwertbar* erlangt worden wären, 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 entsprechend angewendet und 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 unterstellt 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 5. Strafsenat in dem oben zitierten Beschluss 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.

⁴² Wortlaut § 100e Abs. 6 Nr. 1 StPO und *Bruns* in KK-StPO, 8. Aufl. 2019, StPO § 100e Rn. 24.

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.

Als die konkreten Maßnahmen, die auch den hiesigen Beschwerdeführer betrafen, eingeleitet und ausgeführt wurden, lagen über seine Person und mögliche kriminelle Aktivitäten seinerseits **keine Anhaltspunkte** vor.⁴³ Ein qualifizierter Verdacht gem. § 100b StPO gegen ihn bestand nicht.⁴⁴ Das sieht auch das Landgericht Konstanz so, denn auf S. 42 des erstinstanzlichen Urteils heißt es:

„Die Kammer verkennt zudem auch nicht, dass gegen den Angeklagten zum Zeitpunkt der Datenerhebung noch kein Anfangsverdacht bestand und er mithin – nach deutschem Recht – zu diesem Zeitpunkt als Dritter i.S.d. § 100b Abs. 3 StPO einzustufen ist.“

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.⁴⁵ 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.“⁴⁶

Weiter heißt es:

⁴³ Vgl. dazu auch die Hinweise zur Biografie des Beschwerdeführers unter Fn. Xx.

⁴⁴ Vgl.: LG Berlin, Beschluss vom 01. Juli 2021 – (525 KLs) 254 Js 592/20 (10/21) –, juris, Rn. 30 ff.; *Derin/Singelnstein*, NStZ 2021, 452; *Gebhard/Michalke*, NJW 2022, 658.

⁴⁵ So auch: LG Berlin, Beschluss vom 01.07.2021 – (525 KLs) 254 Js 592/20 (10/21) –, juris, Rn. 41 ff.

⁴⁶ Rat der Europäischen Union, Entschließung zur Verschlüsselung, 13084/1/20 REV 1, 24.11.2020, S. 2.

„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.“⁴⁷

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 abzuwägen. Bei der Überwachung privater Kommunikationsinhalte von mind. 30.000 Bürgern mittels nachrichtendienstlicher Methoden ohne Bestehen eines konkreten Tatverdachts sind die Grundsätze der Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit aber gerade nicht berücksichtigt.

Ein Interesse an geheimer Kommunikation haben – entgegen der Ansicht einiger Oberlandesgerichte⁴⁸ – 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 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs führt in dem Beschluss vom 02.03.2022 aus, wegen der „*sehr hohen Kosten*“ für den Betrieb der EncroChat-Handys sei zu vermuten gewesen, dass diese nicht für Bagatellstraftaten verwendet würden (juris, 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 (juris, 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.

⁴⁷ Ebenda, S. 4.

⁴⁸ 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.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht daraus, dass die Ermittlungen in Frankreich zunächst gegen die Betreiber des EncroChat-Systems gerichtet gewesen sein mögen, wie das Landgericht Konstanz auf S. 42 des angegriffenen Urteils ausführt. Das Landgericht Konstanz ordnet den Beschwerdeführer als „Dritten“ im Sinne des § 100b Abs. 3 S. 3 StPO ein, der von der Maßnahme gegen die EncroChat-Betreiber unvermeidbar betroffen worden sei. Der Anwendbarkeit des § 100b Abs. 3 S. 3 StPO steht schon entgegen, dass hier eben keine Online-Durchsuchung nach § 100b StPO vorlag, sondern eine eigenständige Maßnahme nach französischem Prozessrecht.⁴⁹ Auch die analoge Anwendung kommt aber nicht in Betracht, denn die Vorschrift ist ebenfalls im Lichte des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes auszulegen und anzuwenden.⁵⁰ Sie betrifft demnach lediglich solche Fälle, in denen etwa die sozialen Kontakte der beschuldigten Person, die diese über das infiltrierte informationstechnische System unterhält, im Hinblick auf den Austausch mit der beschuldigten Person ebenfalls von der Maßnahme betroffen werden.⁵¹ Die Norm kann aber aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht rechtfertigen, sämtliche Nutzer des Betreibers eines sozialen Netzwerks zu überwachen bzw. auszuspähen, nur weil gegen den Betreiber ein Anfangsverdacht vorliegt.

Darüber hinaus drängt sich der Verdacht auf, dass die Ermittlungen angesichts des Ermittlungserfolgs, den sich die französischen Ermittler wünschten, ab einem frühen Stadium – wenn nicht schon von Beginn an – (auch) gegen die Nutzer des EncroChat-Systems geführt wurden.⁵² 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.

Im Übrigen ist fraglich, ob der 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs 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 damit, dass

„aufgrund des Gewichts der Maßnahme zur Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes – auch um jede denkbare Benachteiligung auszuschließen – die Grundgedanken

⁴⁹ Vgl. BGH Rn. 65.

⁵⁰ Graf, BeckOK StPO, 44. Ed. 2022, § 100b Rn. 27.

⁵¹ Vgl. dazu Köhler, Meyer-Goßner/Schmitt, 65. Aufl. 2022, § 100b Rn. 11.

⁵² So liest sich auch der Beschluss des 5. Strafsenats, in dem es heißt: „Eine ‚verdachtslose‘ Überwachung von Kommunikation (...) fand aufgrund der erheblichen, letztlich jeden Nutzer betreffenden konkreten Verdachtsmomente damit nicht statt (...)“ (BGH, Beschl. 2.03.2022 – 5 StR 457/21 –, juris Rn. 37). Auch dieser Senat geht demnach davon aus, die Überwachung habe sich (auch) gegen die Nutzer des Systems gerichtet.

der Verwendungsschranke mit dem höchsten Schutzniveau (§ 100e Abs 6 StPO) fruchtbar gemacht werden“⁵³

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.⁵⁴ 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 in diesem Fall noch schwerer wiegt als in den Sachverhaltsgestaltungen, 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 Grundrechtseingriffs mitberücksichtigen müssen.

c)

Abgesehen von diesem Mangel greift die Verhältnismäßigkeitsprüfung des Bundesgerichtshofs in dem Beschluss vom 02.03.2020, 5 StR 457/21, 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. Er verbindet diese mit dem Hinweis, anders als mit der Nutzung der EncroChat-Daten sei der Sachverhalt nicht aufzuklären, rechtfertigt ihn also allein mit dem erfreulichen Ergebnis der Eingriffsmaßnahme.⁵⁵ Diese Verhältnismäßigkeitsprüfung ist schlicht zu oberflächlich, als dass sie dem Schutzgehalt der angegriffenen Grundrechte genügen würde. Der Bundesgerichtshof hat diesen in seinem Beschluss vielmehr eklatant verkannt.

Das Gleiche gilt selbstverständlich für den hier angegriffenen Beschluss des 1. Strafsenats, der sich mit der Verletzung der Grundrechte des Beschwerdeführers in keiner Weise auseinandergesetzt hat.

Es 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. Die Verwertung der Beweismittel in dem Strafverfahren führt zu einer 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

⁵³ BGH, Beschl. 2.03.2022 – 5 StR 457/21 –, juris Rn. 68.

⁵⁴ *Derin/Singelstein*, NStZ 2021, 449 (453).

⁵⁵ BGH, Beschl. 2.03.2022 – 5 StR 457/21 –, juris Rn. 71.

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 bis dahin unauffälligen und unbestraften 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 1. Strafsenat nicht berücksichtigt und damit die Tragweite und Bedeutung der beeinträchtigten Grundrechte missachtet und fehleingeschätzt.

Auch die inzwischen ergangenen Entscheidungen des 4. Strafsenats des Bundesgerichtshofs⁵⁶ zeigen keine Argumente gegen die festgestellten Verfassungsrechtsverletzungen auf. Denn der 4. Strafsenat schließt sich darin in Bezug auf die für den Fall des hiesigen Beschwerdeführers relevanten Rechtsfragen umfänglich den oben als verfassungswidrig eingestuften Einschätzungen des 5. Strafsenats an.

⁵⁶ BGH, Beschl. v. 05.07.2022, 4 StR 61/22, juris Rn. 7; Beschl. v. 06.07.2022, Az. 4 StR 63/22, juris.

VI. 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. 101 Abs. 1 S. 2 GG.

Der Rechtsanwalt