

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 06.12.2022/pk-st

Verfassungsbeschwerde

des

gegen

1. das Urteil des Landgerichts Aurich vom 02.12.2021 – 19 KLS 110 Js 32575/20 (14/21)
2. den Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 22.09.2022 – 3 StR 175/22

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 Aurich vom 02.12.2021 wegen bandenmäßigen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in drei Fällen, unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in Tateinheit mit Anstiftung zur unerlaubten Einfuhr von Betäubungsmitteln in fünf Fällen und Geldwäsche in 83 Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von 13 Jahren verurteilt. Die Beweisführung des Gerichts beruhte in den fünf Fällen des unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in Tateinheit mit Anstiftung zur unerlaubten Einfuhr von Betäubungsmitteln (Fälle II. 2. a) – e)) 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. Zudem verband der Beschwerdeführer im erstinstanzlichen Verfahren und in der Revisionsbegründung vom 22.03.2022 die Erläuterungen der (aus seiner Sicht) bestehenden Rechtslage mit dem ausdrücklichen Hinweis, dass die Sache an den Europäischen Gerichtshof gem. 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 02.12.2021 nach dreizehntägiger Hauptverhandlung wegen Betäubungsmittelhandels in insgesamt acht Fällen und Geldwäsche in 83 Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von 13 Jahren verurteilt. Eine Ablichtung der schriftlichen Urteilsgründe überreiche ich als

A n l a g e 1.

In dem Urteil heißt es unter Punkt III. 3. (UA, S. 31):

„Hinsichtlich der Betäubungsmitteldelikte aus dem Jahr 2020 (Taten 4., 5. und 7.-9. der Anklageschrift) ergeben sich die getroffenen Feststellungen im Wesentlichen aus den ausgewerteten Chatnachrichten des Angeklagten K. mit verschiedenen Kommunikationspartnern über den Dienst EncroChat, hinsichtlich der Tat zu Ziffer 4. zudem aus den Angaben der Zeugen P. und T.“

Im Hinblick auf die Betäubungsmitteldelikte aus dem Jahr 2018 werden die ausgewerteten EncroChat-Daten zumindest als Indiz für die intensive geschäftliche Beziehung zwischen dem Beschwerdeführer und den gesondert verfolgten S. und C., die seine Mittäter im Hinblick auf diese Taten gewesen sein sollen, herangezogen (UA, S. 29). Hinsichtlich der zu den Taten aus 2020 akzessorischen Geldwäschefälle beruht die Beweisführung zumindest mittelbar auf den EncroChat-Daten.

Der Angeklagte hat selbst keine Angaben zur Sache gemacht (UA, S. 20). Zu den Taten II. 2. a) – e) (Taten Ziff. 4, 5, 7, 8, 9 der Anklageschrift) heißt es in den Urteilsgründen noch jeweils gesondert, die Feststellungen würden sich aus der Auswertung der EncroChat Daten ergeben, wobei die relevanten Chatnachrichten im Urteil wörtlich zitiert werden (UA, S. 40 zu Tat Ziff. 4 der Anklageschrift, S. 42 zu Tat Ziff. 5 der Anklageschrift, S. 44 zu Tat Ziff. 7 der Anklageschrift, S. 45 zu Tat Ziff. 8 der Anklageschrift und S. 48 zu Tat Ziff. 9 der Anklageschrift).

Zur Herkunft der für die Beweisführung so entscheidenden EncroChat-Daten stellte das Landgericht Aurich in den schriftlichen Urteilsgründen unter dem Punkt III. 3. c) aa) (S. 49 – 51, 53):

„Die Daten stammen ursprünglich aus einem in Frankreich geführten Ermittlungsverfahren. Hierzu heißt es in der Europäischen Ermittlungsanordnung der Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt am Main vom 02.06.2020: ‚Das Bundeskriminalamt wurde über Europol informiert, dass in Deutschland eine Vielzahl schwerster Straftaten (insbesondere Einfuhr und Handel-treiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringen Mengen) unter Nutzung von Mobiltelefonen mit der Verschlüsselungssoftware ‚Encro-Chat‘ begangen werden. In diesem Zusammenhang ersuchen wir die französischen Justizbehörden, die unbeschränkte Verwendung der betreffenden Daten bezüglich der über EncroChat ausgetauschten Kommunikation in Strafverfahren gegen die Täter zu genehmigen. ‚ Als durchzuführende Ermittlungsmaßnahme ist in Abschnitt C der Europäischen Ermittlungsanordnung der erste Punkt im Formular angekreuzt, der in der deutschen Fassung des Formulars mit folgendem Text versehen ist: ‚Erlangung von Informationen oder Beweismitteln, die sich bereits im Besitz der Vollstreckungsbehörde befinden‘.

Auf diese Europäische Ermittlungsanordnung hat die für Untersuchungsverfahren zuständige Vizepräsidentin der überregionalen spezialisierten Gerichtsbarkeit (JIRS) beim Strafgericht in Lille (Frankreich), D. L. B., unter dem 13.06.2020 verfügt: ‚genehmige [ich] die Übermittlung von Informationen, gegebenenfalls über Europol, aufgrund der digitalen Erfassung im Rahmen des Untersuchungsverfahrens Nr. JIR-SAC/20/5 in Bezug auf die auf dem deutschen Staatsgebiet begangenen Straftaten an die Staatsanwältin C. A. von der Generalstaatsanwaltschaft in Frankfurt am Main durch den für die Ausführung des vorliegenden Rechtshilfeersuchens und den Auftrag in Untersuchungsverfahren JIRSAC20/5 zuständigen Generaldirektor der Nationalen Polizei. Die im Rahmen des vorliegenden Rechtshilfeersuchens übermittelten Informationen können von den deutschen Behörden im Rahmen eines jeden Ermittlungsverfahrens und im Hinblick auf ein jedwedes Gerichts-, Strafverfolgungs- oder Untersuchungsverfahren oder ein Urteil verwendet werden. Diese Daten können ab dem heutigen Datum im Rahmen der kontradiktorischen Beurteilung von Gerichtsverfahren, in denen die betroffenen Personen festgenommen wurden, verwendet werden.‘

In dem Polizeibericht über die Ausführung dieser Anordnung vom heißt es: ‚Am 16. Juni 2020 haben wir das übermittelte Dokument Nr. [...], mit Datum vom 13.06.2020 von Frau L. B. D., der für die Ermittlung bei der JIRS [...] in Lille zuständigen Vizepräsidentin erhalten. Sie hat uns mit der Ausführung einer europäischen Ermittlungsanordnung beauftragt. Diese EEA wurde von der Staatsanwältin der Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt am Main (Deutschland) zum Aktenzeichen 62 UJs 50005/20 erlassen. Diese Justizbehörde bittet um die Weitergabe erfasster Daten aus Geräten, die mit Encrochat verschlüsselt wurden. Die Anfrage bezieht sich auf Geräte, die zu einer

Auslösung von Mobilfunkantennen auf deutschem Boden geführt haben.’ *Zur* ,Darstellung des Sachverhalts‘ *heißt es weiter:* , Am 5. November 2018 wurde vom Centre de Lutte contre les Criminalités Numérique (C3N, Zentrum zum Kampf gegen digitale Kriminalität) in Pontoise auf Anweisung der Staatsanwaltschaft in Lille ein Verfahren eingeleitet. [...] Dieses Verfahren soll die mit Encrochat verschlüsselte Kommunikation entschlüsseln, die hauptsächlich von Personen genutzt wird, die Verbindungen zur organisierten Kriminalität und hier insbesondere im Bereich des Drogenschmuggels haben. Die Server zur Unterstützung der Encrochat-Infrastruktur befinden sich in Roubaix bei der Gesellschaft OVH. Vom 01.04.2020 bis zum 30.06.2020 hat auf den Encrochat-Rechnern eine Datenerfassung stattgefunden. Die deutsche Justizbehörde wendet sich mit einer Europäische Ermittlungsanordnung an Frankreich, um die erfassten Daten der auf deutschem Gebiet befindlichen Rechner zu erhalten. [...] Gemäß den Artikeln 695-9-31 und 695-9-46 des Code de procédure pénale und auf Anweisung von Frau L. B. D., der für die Ermittlung bei der JIRS in Lille zuständigen Vizepräsidentin [...] übermitteln wir alle erfassten Daten an Europol. Diese Einheit ist um Unterstützung gebeten worden. Auf unsere Anfrage ist von Europol eine Weitergabe an die deutschen Behörden erfolgt. ‘

In einem weiteren Polizeibericht der französischen Polizeibehörden vom 06.07.2020 über die Ausführung der Europäischen Ermittlungsanordnung heißt es: , Am 01. April haben wir im Rahmen des unter dem Aktenzeichen der Staatsanwaltschaft [...] geführten Verfahren eine Datenerfassung auf Encrochat-Telefonen geschaltet, deren produktive Server sich in den Geschäftsräumen des spezialisierten Anbieters OVH in Roubaix (Frankreich) befinden. Dieser Schritt ist uns vom Haftrichter am Strafgericht Lille im Rahmen der vorläufigen Ermittlung und im Verlauf der Ermittlung vom Ermittlungsrichter genehmigt worden. (siehe in der Anlage die Beschlüsse des Haftrichters mit Datum vom 30.01.2020, 12.02.2020, 20.03.2020 und 31.03.2020 sowie die Beschlüsse vom Ermittlungsrichter vom 28.05.2020, vom 10.06.2020 und vom 12.06.2020). Gemäß den Artikeln 695-9-31 und 695-9-46 des Code de procédure pénale und auf Anweisung von Frau L. B. D., der für die Ermittlung bei der JIRS [...] in Lille zuständigen Vizepräsidentin übergeben wir alle erfassten Daten an Europol. Diese internationale Polizei-Organisation unterstützt uns bei der Analyse der Daten, insbesondere zur Identifikation von schwerwiegenden und lebensbedrohlichen Angriffen gegen Personen. Da Europol über alle erfassten Daten verfügt, bitten wir um die Durchführung einer Weitergabe der Daten an Deutschland, die sich jeweils auf dieses Land beziehen [unter anderem] Die direkt (live) im Rahmen der Datenerfassung erfassten Daten, unter der Bedingung, dass sich die Telefone auf deutschem Gebiet befunden haben. ‘

Die Umstände des Empfangs und der weiteren Aufbereitung dieser Daten durch die Deutschen Behörden ergeben sich aus den vom Zeugen S. gefertigten Datenlieferungsberichten des Bundeskriminalamtes vom 26.08.2020, 05.05.2021, 26.08.2021 und 03.09.2021. Hier heißt es zunächst im Bericht vom 26.08.2020: ,Im Rahmen der Besonderen Aufbauorganisation (BAO) Thor hat das Bundeskriminalamt (BKA) über Europol Daten zu kryptierten Mobiltelefonen des Anbieters „Encrochat“ erhalten. Dieser Bericht beschreibt die Entgegennahmen des Datenbestandes („Encrochat-Daten“)

sowie die im Rahmen der Datenaufbereitung durchgeführten Arbeitsschritte. Der Datenbestand wurde dabei, im Wesentlichen, in für die Auswertung geeignete Formate überführt [...] Im Rahmen der technischen Datenaufbereitung fanden keine Veränderungen inhaltlicher Natur statt. [...]. Der Datenbestand basiert auf täglichen Datenlieferungen, die dem BKA durch Europol im Zeitraum vom 03.04.2020 bis 28.06.2020 zur Verfügung gestellt wurden [...]. Die täglichen Datenlieferungen wurden durch Europol zum Zwecke der Datenübermittlung als Datenpakete in komprimierter und verschlüsselter Form bereitgestellt. Die Datenpakete sind entsprechend der Kriterien „International Mobile Equipment Identity“ (IMEI) und „International Mobile Subscriber Identity“ (IMSI) in Ordnerstrukturen kategorisiert (IMEI-IMSI-Kombinationen). Zusätzlich wurden Prüfsummen (so-genannte Hashwerte) bereitgestellt, um die Korrektheit (Integrität) der Daten auch nach einem Kopiervorgang überprüfen zu können. [...] Das BKA hat die Datensätze im oben genannten Zeitraum täglich auf behördeneigene IT-Systeme übertragen, entschlüsselt und entpackt, so-wie – mit Hilfe der ebenfalls übermittelten Prüfsummen – die Korrektheit der Daten überprüft. [...] Ein nicht unerheblicher Teil der Dateien lag in verschlüsselter Form vor. Hierbei handelt es sich nicht um die oben erwähnte Verschlüsselung seitens Europol zum Zwecke der Datenübertragung. Eine Spezialdienststelle des BKA wurde mit der Entschlüsselung betraut. [...]

(...)

Angesichts dessen geht die Kammer, die an der inhaltlichen Richtigkeit der von dem beim BKA unter anderem mit der Datenaufbereitung betrauten Zeugen S. verfassten Berichte über die Tätigkeiten der IT-Forensik im Rahmen der Datenaufbereitung keinen Zweifel hat, davon aus, dass die von den französischen Behörden im Rahmen eines dort geführten Ermittlungsverfahrens aufgrund richterlicher Anordnung erlangten Daten den deutschen Behörden zunächst ab April 2020 im Rahmen der polizeilichen Zusammenarbeit zur Verfügung gestellt wurden und erst im Nachgang im Juni 2020 im Rahmen der justiziellen Zusammenarbeit die Genehmigung der französischen Behörden zur Verwertung der erhaltenen Daten in gerichtlichen Verfahren beantragt und genehmigt worden ist.“

Das Landgericht Aurich setzt sich in seinem Urteil auch mit der Verwertbarkeit der EncroChat-Daten auseinander. Dazu heißt es unter Punkt III. 3. c) bb) (S. 57-61):

„Ein Beweisverwertungsverbot ergibt sich aus diesen Umständen nicht (so im Rahmen jeweils vorläufiger Entscheidungen auch KG Berlin Beschl. v. 30.08.2021, 2 Ws 93/21 u.a.; OLG Rostock Beschl. v. 23.03.2021, 20 Ws 70/21; Beschl. v. 11.05.2021, 20 Ws 121/21; OLG Schleswig Beschl. v. 29.04.2021, 2 Ws 47/21; OLG Hamburg, Beschl. v. 29.01.2021, 1 Ws 2/21; OLG Bremen Beschl. v. 18.12.2020, 1 Ws 166/20, alle bei juris).

Die Verwertbarkeit mittels Rechtshilfe eines ausländischen Staates erlangter Beweise bestimmt sich grundsätzlich nach dem inländischen Recht (BGH Beschl. v. 21.11.2012, 1 StR 310/12, BGHSt 58, 32, bei juris Rn.21 m.w.N.). Beweisverwertungsverbote können sich folglich im Zusammenhang mit Beweisrechtshilfe entweder aus der inländischen Rechtsordnung des ersuchenden Staates oder aus völkerrechtlichen Grundsätzen ergeben (BGH a.a.O. Rn. 22). Eine Unverwertbarkeit von im Rahmen der Rechtshilfe gewonnenen Beweisen kann sich im Grundsatz zudem aus der Verletzung rechtshilferechtlicher Bestimmungen ergeben. Dies setzt allerdings voraus, dass die verletzte Vorschrift zumindest auch individualschützenden Charakter aufweist. Kein Beweisverwertungsverbot kann sich demnach aus dem Umstand ergeben, dass der ersuchte Staat die Rechtshilfe gewährt, obgleich es an rechtshilferechtlich geforderten förmlichen Voraussetzungen fehlt. Diesbezügliche rechtshilferechtliche Bestimmungen schützen allein die Souveränität des ersuchten Staates, der jedoch in Ausübung ebendieses Souveränitätsrechtes sich ebenso entschließen kann, die nicht geschuldete Rechtshilfe zu leisten (vgl. BGH a.a.O. Rn. 27).

Vorliegend ergibt sich ein Verwertungsverbot der von den französischen Behörden erhobenen Daten weder aus einer Verletzung verfahrensrechtlicher Vorschriften der deutschen Strafprozessordnung (dazu nachfolgend unter (i)), noch aus der Verletzung rechtshilferechtlicher Vorschriften (dazu nachfolgend unter (ii)), geschweige denn aus einer Verletzung von Verfahrensvorschriften der französischen Strafprozessordnung (dazu nachfolgend unter (iii)).

(i)

Die Verwendung des Inhaltes der EncroChat-Daten im hiesigen Strafverfahren verstößt nicht gegen deutsches Strafprozessrecht. Die den mit der Verwendung der Dateninhalte verbundenen Grundrechtseingriff in Art. 10 GG und Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG rechtfertigende gesetzlichen Grundlage findet sich in § 100e Abs. 6 Nr. 1 StPO (so auch OLG Hamburg, Beschl. v. 29.01.2021, 1 Ws 2/21, bei juris Rn. 58 ff.).

Hiernach dürfen durch Maßnahmen nach § 100b StPO (Online-Durchsuchung) erlangte und verwertbare personenbezogene Daten in anderen Strafverfahren als denjenigen, für die sie erhoben wurden, ohne Einwilligung der insoweit überwachten Personen nur zur Aufklärung einer Straftat, auf Grund derer Maßnahmen nach § 100b StPO oder § 100c StPO angeordnet werden könnten, oder zur Ermittlung des Aufenthalts der einer solchen Straftat beschuldigten Person verwendet werden. Die Voraussetzungen der Norm liegen vor.

Die in dem von den französischen Ermittlungsbehörden betriebenen Ausgangsverfahren erhobenen Daten sind insbesondere durch solche Maßnahmen erlangt worden, die Maßnahmen nach § 100b StPO entsprechen. Soweit die Daten teilweise auch auf Maßnahmen beruhen, die als Überwachung der Telekommunikation einem Eingriff nach § 100a StPO entsprechen, gelten die nachfolgenden Überlegungen umso mehr, da § 100e Abs. 6 StPO im Vergleich zu der sonst (u.a. für Erkenntnisse aus Maßnahmen der Telekommunikationsüberwachung nach § 100a StPO) anzuwendenden Regelung

des § 479 Abs. 2 S.1 StPO höhere Anforderungen statuiert und mithin die Rechte Betroffener sogar noch weitergehend schützt.

Die Verwendung der Daten dient vorliegend der Aufklärung von Straftaten, auf Grund derer Maßnahmen nach § 100b StPO angeordnet werden könnten. Der Angeklagte K. war bereits im Frühjahr 2020 jedenfalls der unerlaubten Einfuhr von und des Handel-treibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge - Katalogtaten nach § 100b Abs. 2 Nr. 5 lit. b) StPO - verdächtig. Ob bei der Prüfung der Verdachtslage auch diejenigen Informationen verwertet werden dürfen, um deren Verwendung es im Rahmen des § 100e Abs. 6 Nr. 1 StPO geht, kann demnach hier offenbleiben, da sich der genannte Tatverdacht bereits aus den Ermittlungen zu den Taten im September bis November 2018 und den hier unabhängig von der Auswertung von EncroChat-Daten erlangten Erkenntnissen ergab und die betreffenden Taten ohne Zweifel ausreichend schwer wogen, die Anordnung entsprechender Überwachungsmaßnahmen, ohne die eine weitere Aufklärung der Taten aussichtslos gewesen wäre, verhältnismäßig erscheinen zu lassen.

Entsprechend kommt es vorliegend auch nicht darauf an, ob bereits die Nutzung des von EncroChat angebotenen Kommunikationsdienstes für sich genommen den Anfangsverdacht hinreichend schwerer Straftaten begründet (so etwa OLG Rostock Beschl. v. 21.05.2021, 20 Ws 121/21, bei juris Rn. 14), was indes naheliegt.

Dass es sich vorliegend bei den aus dem französischen Ursprungsverfahren resultierenden EncroChat-Daten um eine ganz erhebliche Menge sogenannter „Zufallsfunde“ handelt, mit denen allein in Deutschland hunderte neuer Ermittlungsverfahren eingeleitet wurden, und dass bereits im März 2020 und zuvor stattgefundene Besprechungen der an der internationalen polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit beteiligten Stellen darauf hindeuten, dass seitens der Ermittlungsbehörden mit derartigen Funden gerechnet wurde, macht deren Verwertung im vorliegenden Verfahren nicht rechtswidrig. Insoweit kommt es allein darauf an, ob die Daten im Ursprungsverfahren rechtmäßig erlangt wurden und die Zustimmung der französischen Behörden zur Verwertung im hiesigen Verfahren erteilt wurde. Beides ist der Fall.

(ii)

Ein Verwertungsverbot ergibt sich auch nicht aus einem Verstoß gegen rechtshilfrechtliche Vorschriften.

Im vorliegenden Verfahren ist offenbar die Unterrichtungspflicht gemäß Art. 31 der Richtlinie 2014/41/EU vom 3. April 2014 über die Europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen (RL-EEA) von den französischen Behörden nicht beachtet worden (vgl. dazu auch OLG Bremen Beschl. v. 18.12.2020, 1 Ws 166/20, bei juris Rn. 23 ff.). Die französischen Behörden haben die Überwachung der Telekommunikation in eigenen Verfahren nach richterlicher Anordnung durchgeführt ohne eine Veranlassung deutscher Behörden. Dabei haben sie diese Maßnahme auf das deutsche Hoheitsgebiet erstreckt. Es sind nämlich auch Daten von Endgeräten ermittelt worden, die sich auf deutschem Boden befanden. In einem solchen Fall hat der überwachende Mitgliedstaat, sobald er Kenntnis davon erlangt, dass sich die Zielperson der Überwachung auf dem Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaates befindet, die zuständigen

Behörden des Mitgliedstaates, dessen Hoheitsgebiet betroffen ist („unterrichteter Mitgliedstaat“) gemäß Art. 31 Abs. 1 RL-EEA von der Ermittlungsmaßnahme in dem dort bezeichneten Umfang zu unterrichten. Zu geschehen hat dies auf dem Formblatt nach Anhang C der RL-EEA. Die zuständigen Behörden des unterrichteten Mitgliedstaates wiederum haben der zuständigen Behörde des überwachenden Mitgliedstaats unverzüglich und spätestens innerhalb von 96 Stunden nach Erhalt der Unterrichtung gemäß Art. 31 Abs. 2 RL-EEA mitzuteilen, ob die Überwachung nicht durchgeführt werden kann oder zu beenden ist. Unterbleibt eine solche Mitteilung an die Behörden des überwachenden Mitgliedstaats, gilt die TKÜ-Maßnahme nach der Systematik der Richtlinie als im unterrichteten Mitgliedstaat genehmigt. Zu richten gewesen wäre eine solche Mitteilung im vorliegenden Fall gem. § 92d Abs. 1 Nr. 1 IRG über die Staatsanwaltschaft an das Amtsgericht Stuttgart. Zu prüfen hätte das Amtsgericht die Zulässigkeit der mitgeteilten Maßnahme nach § 91b Abs. 1 Nr. 1 bzw. § 59 Abs. 3 IRG i.V.m. §§ 100a ff. StPO gehabt. Vorzunehmen wäre diese Prüfung ausschließlich auf der Grundlage derjenigen Informationen gewesen, die die französischen Behörden in dem Formblatt nach Anhang C der RLEEA mitgeteilt hätten.

Die Vorgänge des Mitteilungsverfahrens gemäß Art. 31 Abs. 2 RL-EEA waren in den Akten nicht feststellbar, so dass die Kammer davon ausgeht, dass eine entsprechende Mitteilung nicht erfolgt ist. Hieraus ergibt sich jedoch kein Beweisverwertungsverbot (so auch OLG Bremen a.a.O. Rn. 36 f.). Es ist vielmehr zu prüfen, wie das zuständige Amtsgericht entschieden hätte, wäre es seinerzeit mit der Sache befasst worden. Insofern ist davon auszugehen, dass ein Widerspruch gegen die Durchführung der Maßnahme nicht erfolgt wäre. Dabei ist insbesondere der eingeschränkte Prüfungsmaßstab zu berücksichtigen, die kurze Frist, innerhalb derer ein Widerspruch hätte erklärt werden müssen, sowie der bereits seinerzeit gegen den Angeklagten bestehende Tatverdacht.

Ein Verwertungsverbot ergibt sich auch nicht aus dem Umstand, dass die EncroChat-Dateien den deutschen Behörden bereits vor Erlass der Europäischen Ermittlungsanordnung durch die Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt am Main und vor der Genehmigung der Übermittlung und Verwertung der Daten durch die zuständige französische Ermittlungsrichterin im Wege der polizeilichen Zusammenarbeit überlassen worden waren.

Die RL-EAA sieht keine Regelungen für einen solchen spontanen Datenaustausch ohne Ersuchen vor. Grundlage dafür ist der Rahmenbeschluss 2006/960/JI des Rates vom 18.12.2006 über die Vereinfachung des Austauschs von Informationen und Erkenntnissen zwischen den Strafverfolgungsbehörden der Mitgliedstaaten der Europäischen Union. Art. 7 des Rahmenbeschlusses sieht den spontanen Austausch von Informationen und Erkenntnissen ausdrücklich vor. Die zuständigen Strafverfolgungsbehörden sollen den zuständigen Strafverfolgungsbehörden anderer Mitgliedstaaten unaufgefordert Informationen und Erkenntnisse in Fällen zur Verfügung stellen, in denen konkrete Gründe für die Annahme bestehen, dass diese Informationen und Erkenntnisse dazu beitragen könnten, Straftaten nach Art. 2 Abs. 2 des Rahmenbeschlusses 2002/584/JI aufzudecken, zu verhüten oder aufzuklären. Die Tatvorwürfe

des vorliegenden Verfahrens sind davon erfasst. Die Modalitäten eines solchen spontanen Austausches richten sich nach dem nationalen Recht des Mitgliedstaats, der die Informationen zur Verfügung stellt. Eine entsprechende Regelung findet sich auch in Art. 7 Eu-RhÜbK. Auf dieses Abkommen hat die für Untersuchungsverfahren zuständige Ermittlungsrichterin in ihrer Entscheidung vom 13.06.2020 Bezug genommen. Art. 7 des Eu-RhÜbk gilt nach Inkrafttreten der RL-EEA fort, da die Richtlinie Derartiges nicht zum Gegenstand hat (OLG Bremen a.a.O. Rn. 30 ff. m.w.N.).

Die Verwendung der so übermittelten Daten regelt § 92b IRG. Danach bedarf es zu ihrer Verwendung als Beweismittel in einem Strafverfahren der Zustimmung des übermittelnden Staates. Diese hat die Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt am Main mit der Europäischen Ermittlungsanordnung vom 02.06.2020 eingeholt. Gemäß § 77h IRG durften diese Daten auch unter der datenschutzrechtlichen Perspektive im deutschen Verfahren Verwendung finden.

Aus dem einschlägigen Rechtshilferecht ergibt sich mithin kein Verbot, die über EncroChat ausgetauschte Kommunikation im hiesigen Verfahren zu verwerten.

(iii)

Schließlich ist ein relevanter Verstoß gegen Vorschriften des französischen Strafprozessrechts nicht festzustellen. Ist die Rechtshilfe – wie hier – durch einen Mitgliedstaat der Europäischen Union geleistet worden und erfolgte die Beweiserhebung nicht erst auf Grundlage des Rechtshilfeersuchens sondern in einem im ersuchten Staat geführten Verfahren, darf bei der Beurteilung der Beweisverwertung im Inland nur in eingeschränktem Umfang geprüft werden, ob die Beweise nach dem innerstaatlichen Recht des ersuchten Mitgliedstaates rechtmäßig gewonnen wurden (vgl. BGH Beschl. v. 21.11.2012, 1 StR 310/12, BGHSt 58, 32, bei juris Rn. 33; OLG Hamburg Beschl. v. 29.01.2021, 1 Ws 2/21, bei juris Rn. 77). Denn eine mit der Rechtswidrigkeit der ausländischen Beweiserhebung begründete Unverwertbarkeit des erhobenen Beweises würde mit einem Eingriff in die Souveränität des ausländischen Staates einhergehen. Würden die inländischen Strafgerichte - ggf. unter Einholung eines Sachverständigen-gutachtens – die Rechtmäßigkeit der weiterhin bestehenden ausländischen Gerichtsentscheidungen am Maßstab des ausländischen Rechts prüfen, maßten sie sich Kompetenzen an, die ihnen nach Völkerrecht und Unionsrecht im Verhältnis zu einem anderen Mitgliedstaat nicht zustehen (BGH a.a.O. Rn. 34). Zudem ist die justizielle Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union, einschließlich der Rechtshilfe, von den Grundsätzen des gegenseitigen Vertrauens und der gegenseitigen Anerkennung gerichtlicher Urteile und Entscheidungen bestimmt (vgl. OLG Bremen Beschl. v. 18.12.2020, 1 Ws 166/20, bei juris Rn. 35). Angesichts dessen konnte und brauchte vorliegend ungeachtet des grundsätzlich bestehenden Erfordernisses, im Rahmen des Erkenntnisverfahrens die Rechtmäßigkeit der Anordnung von Ermittlungsmaßnahmen umfassend zu prüfen (vgl. dazu BGH Beschl. v. 01.08.2002, 3 StR 122/02), die Anordnung von Maßnahmen der Kommunikationsüberwachung bzw. der Sicherstellung von Kommunikationsdaten durch die französischen Behörden in dem dort autonom geführten Ermittlungsverfahren nicht im Einzelnen auf seine Rechtmäßigkeit nach französischem Recht geprüft werden.

Offensichtliche Verstöße gegen grundlegende Verfahrensprinzipien wie das Gebot des fairen Verfahrens, die möglicherweise ungeachtet der vorliegenden richterlichen Anordnung ein Verwertungsverbot nach sich ziehen könnten (vgl. BVerfG Beschl. v. 07.12.2011, 2 BvR 2500/09 u.a., BVerfGE 130, 1, bei juris Rn. 115 ff.), sind nicht ersichtlich“

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 mehrmals thematisiert worden. Die Verteidiger widersprachen der Verwendbarkeit durch mehrere 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 108 Seiten umfasst.

Im Folgenden werden die maßgeblichen Verfahrensvorgänge zusammengefasst geschildert:

Die Verteidigung hatte schon vor Beginn der mündlichen Hauptverhandlung auf die Unverwertbarkeit der EncroChat-Daten hingewiesen und mit Schriftsatz vom 29.07.2021 beantragt, die Anklage nicht zuzulassen (Anlage 2, S. 5 – 66). Dabei begründete sie die Unverwertbarkeit insbesondere mit dem Verstoß gegen die Vorgaben der Richtlinie 2014/41/EU und die Rechtswidrigkeit der Europäischen Ermittlungsanordnung der Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt am Main vom 02.06.2020, mit der die Genehmigung der Verwendung der Daten in deutschen Gerichtsverfahren beantragt wurde. Dabei thematisierte die Verteidigung des Beschwerdeführers insbesondere auch einen Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 lit b. RL und die Verletzung der Unterrichtungspflicht nach Art. 31 RL-EEA. Ferner legte die Verteidigung dar, dass die Ermittlungsmaßnahmen nach der deutschen Strafprozessordnung unzulässig gewesen wären, insbesondere wegen des Fehlens eines Anfangsverdacht gegen die Nutzer des EncroChat-Systems. Aber auch die Unvereinbarkeit der Maßnahmen mit französischem Strafverfahrensrecht ist Gegenstand des Antrags. Die Verteidigung zog auch eine mögliche Verletzung des Rechts auf

Achtung des Privatlebens, Art. 8 Abs. 1 EMRK, zur Begründung der Rechtswidrigkeit der Verwertung heran (Anlage 2, S. 166).

Zudem beantragte die Verteidigung im selben Schriftsatz, dem EuGH im Wege der Vorabentscheidung gem. Art. 267 Abs. 1 lit. b AEUV Fragen im Zusammenhang mit den Ermittlungen gegen die EncroChat-Nutzer zur unionsrechtlichen Klärung vorzulegen (Anlage 2, S. 5, 10-22). Dabei formulierte die Verteidigung folgende Fragen (Anlage 2, S. 26 ff.):

1. *Sind die von Art. 5 RL geforderten inhaltlichen Angaben und die aus Art. 6 Abs. 1 lit. a RL abzuleitenden Prüfpflichten der Anordnungsbehörde dahin zu verstehen, dass eine EEA in einem gegen „Unbekannt“ geführten Strafverfahren, das nicht einmal eine konkret begangene Straftat zum Gegenstand hat, von vornherein nicht erlassen werden darf?*
2. *Ist Art. 3 RL dahin verstehen, dass auch eine Online-Durchsuchung als „Ermittlungsmaßnahme“ einer EEA in Betracht kommt? Für diesen Fall: Ist Art. 30 RL dahin zu verstehen, dass eine solche Online-Durchsuchung als „Überwachung des Telekommunikationsverkehrs mit technischer Hilfe eines anderen Mitgliedsstaats“ zu verstehen ist und sich demzufolge nur auf Daten im Zusammenhang mit „Kommunikation“ zwischen mindestens zwei Personen erstrecken darf?*
3. *Genügt es für die von der Anordnungsbehörde anzustellende „Vergleichbarkeit der in der EEA angegebenen Ermittlungsmaßnahme“ im Sinne von Art. 6 Abs. 1 lit. b RL bei einer auf Überlassung im Vollstreckungsstaat bereits befindlichen Beweismitteln und im Vollstreckungsstaat daneben noch zu beschaffenden Beweismitteln gerichteten EEA nur auf die Herausgabe von Beweismitteln abzustellen oder verpflichtet die Prüfung der „Vergleichbarkeit“ zur Prüfung einer prozessualen Ermächtigungsgrundlage im nationalen Strafverfahren des Anordnungsstaates, um diese Beweismittel überhaupt erlangen zu können und um zu verhindern, dass sich der Anordnungsstaat mit Hilfe der EEA den Bindungen des innerstaatlichen Rechts entzieht?*
4. *Ist für den von Art. 14 Abs. 2 RL geforderten Rechtsschutz im Anordnungsstaat (im Rahmen der Beweisverwertung) im Falle einer EEA, die auf die Übergabe von bereits im Besitz der Vollstreckungsbehörde befindlichen Beweismitteln, daneben auf im Vollstreckungsstaat erst noch zu beschaffenden Beweismitteln gerichtet ist, auf die der Besitzerlangung zugrunde liegende, mutmaßlich grundrechtsintensive Ermittlungsmaßnahme abzustellen, die zur Erlangung dieser Beweismittel geführt hat, um eine Absenkung des Beschuldigtenschutzes im Anordnungsstaat zu vermeiden?*
5. *Folgt aus der Nichtbeachtung der Vorgaben aus Art. 7 Abs. 1 JI-RL und/oder Art. 7 Abs. 2 JI-RL durch eine übermittelnde Behörde ein gemeinschaftsrechtliches Beweisverwertungsverbot für die dabei übermittelten personenbezogenen Daten im Rahmen eines gerichtlichen Strafverfahrens?*

6. *Folgt aus einem Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 lit. b RL EEA ein gemeinschaftsrechtliches Beweisverwertungsverbot für die auf der Grundlage der EEA übermittelten Beweise im Rahmen eines gerichtlichen Strafverfahrens, wenn in einem vergleichbaren innerstaatlichen Fall überhaupt keine strafprozessualen Zwangsmaßnahmen hätten angeordnet werden können?*

Am ersten Hauptverhandlungstag, dem 11.08.2021, widersprach die Verteidigung des Beschwerdeführers erneut der Beweisführung mittels der EncroChat-Daten wegen der Unverwertbarkeit derselben. Dabei stellte sie zum einen auf die Rechtswidrigkeit der Ermittlungsmaßnahmen nach französischem Recht ab (Anlage 2, S. 68-73), zum anderen aber auch darauf, dass es an einer justiziellen Genehmigung zur Verwendung der Datensätze in einem deutschen Strafverfahren fehle (Anlage 2, S. 74 – 78). Letzteres begründete die Verteidigung damit, dass die EEA lediglich auf die Genehmigung der Verwendung und Übermittlung bezüglich schon vorhandener Daten abzielte. Da die EEA vom 02.06.2020 datierte und die Genehmigung durch Frankreich am 13.06.2020 erteilt worden sei, die Datenermittlung aber noch bis zum 28.06.2020 angedauert hätte, habe es sich um eine EEA „ins Blaue“ gehandelt, die keine wirksame Genehmigung habe nach sich ziehen können.

Am folgenden Verhandlungstag, dem 13.08.2021 erklärte der Verteidiger des Beschwerdeführers in Bezug auf die Vernehmung der Zeugin K. (Anlage 2, S. 79):

„Hiermit widerspreche ich der Verwertung des Inhalts der Vernehmung/Aussage der Frau K., soweit und sofern die Aussage Vorhalte aus Encro-Chats betrifft, da diese Daten nach diesseitiger Sicht unverwertbar sind und nicht rechtmäßig erlangt wurden, zudem die Vorhaltung ohne Fundstellen zu nennen getätigt worden ist.“

Am dritten Verhandlungstag, dem 20.08.2021 gab er diesen Widerspruch auch schriftlich zu Protokoll und beantragte bei abschlägiger Entscheidung einen Gerichtsbeschluss (Anlage 2, S. 80). Dieser erging sodann durch die Kammer und lautete wie folgte:

„Die Beanstandung des Rechtsanwalts Pancic hinsichtlich der Vorgehensweise des Vorsitzenden, im HVT am 13.08. der Angeklagten K. Vorhalte aus „Encrochat-Daten“ zu machen wird als unbegründet zurückgewiesen. Die beanstandete Anordnung ist zulässig. Sie entspricht der Rechtsalge und verstößt weder gegen gesetzliche Vorschriften noch gegen ungeschriebene Verfahrensgrundsätze. Ein Ermessensmissbrauch ist weder erkennbar noch dargetan.“

Nach weiteren Widersprüchen der Verteidigung in der Sitzung am 09.09.2021 gegen die Beweisführung mittels EncroChat-Daten, wobei insbesondere auch die „Integrität und Authentizität der Daten“ in Frage gestellt wurde, erging folgender Beschluss betreffend die Verwertbarkeit der EncroChat-Daten im Zusammenhang mit der Vernehmung des Zeugen T. (Anlage 2, S. 83, 84):

„Die Beanstandung der Rechtsanwälte Koop und Pancic bezüglich der Einführung von aktenkundigen „EncroChat Daten“ in die Hauptverhandlung bzw. Vorhalte aus diesen Daten an die zu vernehmenden Zeugen und deren Befragung hierzu wird als unbegründet zurückgewiesen.

Die beanstandete Vorgehensweise ist zulässig. Sie verstößt weder gegen gesetzliche Vorschriften noch gegen ungeschriebene Verfahrensgrundsätze. Ein Ermessensmissbrauch ist weder erkennbar noch dargetan. Insbesondere steht der beanstandeten Vorgehensweise kein Beweisverwertungsverbot entgegen. Das Vorliegen eines solchen ist zum derzeitigen Zeitpunkt nicht erkennbar. Die weitere Beweisaufnahme einschließlich der Vernehmung der heute geladenen Zeugen dient gerade dazu, festzustellen, ob Anhaltspunkte für ein mögliches — von der Verteidigung behauptetes - Beweisverwertungsverbot zu erkennen sind. Ein Erfordernis, vor der Vernehmung der Zeugen zunächst die betreffenden Urkunden einzuführen, besteht nicht. Soweit die Verteidigung Mängel in der Aufbereitung bzw. Auswertung der Daten und deren Dokumentation geltend macht, steht dies einer Einführung der Beweismittel in die Hauptverhandlung nicht entgegen. Etwaige Abweichungen von geltenden Standards werden im Rahmen der Beweiswürdigung zu berücksichtigen sein.“

Im Zuge der sich anschließenden Zeugenvernehmungen wiederholte die Verteidigung des Beschwerdeführers ihren Widerspruch gegen die Verwertung der EncroChat-Daten und den Vorhalt derselben stetig. In einem weiteren ablehnenden Beschluss vom 09.09.2021 erklärte die Kammer dazu (Anlage 2, S. 88):

„Zur Begründung wird zu Vermeidung von Wiederholungen zunächst auf die hinsichtlich der Beanstandung vor der Vernehmung des Zeugen T. verkündeten Kammerbeschlüsse Bezug genommen. Es konnten auch aus der Einvernahme des Zeugen T. und der Zeugin H. keine Erkenntnisse gewonnen werden, die auf das Vorliegen eines Beweisverbotes schließen lassen. Das Vorliegen eines solchen ist weiterhin nicht erkennbar (vgl. auch KG Berlin, Beschl. v. 30.08.2021, 2 Ws 93/21, juris).“

In den nachfolgenden Verhandlungstagen widersprach die Verteidigung der Inaugenscheinnahme von Lichtbildern aus den Chatprotokollen (Anlage 2, S. 89), woraufhin erneut ein

Kammerbeschluss erging, in dem das Vorliegen eines Beweisverwertungsverbots verneint wurde (Anlage 2, S. 90).

In der Sitzung am 22.09.2021 traf die Vorsitzende eine Selbstleseanordnung, die sowohl Unterlagen aus dem deutsch-französischen Rechtshilfeverfahren als auch die Chatnachrichten selbst sowie Unterlagen aus dem zunächst bei der Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt am Main geführten Ermittlungsverfahren gegen Unbekannt enthielt (Anlage 2, S. 92, 93). Der Beschwerdeführer widersprach der Selbstleseanordnung.

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. 114 ff.). Die Begründung stellte dar, dass es keine Rechtsgrundlage für die in der Verwendung im vorliegenden Verfahren liegende Zweckumwidmung der Daten gäbe. § 100e Abs. 6 Nr. 1 StPO komme nicht in Betracht, da es sich wegen der Streubreite der Maßnahme und des fehlenden Anfangsverdachts gegen die Betroffenen nicht um eine Online-Durchsuchung nach § 100b StPO gehandelt habe (Anlage 2, S. 114, 115). Auch das Rechtsstaatgebot (Art. 20 Abs. 3 GG) und der Fairnessgrundsatz (Art. 6 Abs. 1 EMRK) wurden als Begründung der Unverwertbarkeit der aus den mit dem nationalen Prozessrecht nicht in Einklang stehenden geheimdienstlichen und polizeilichen Ermittlungsmaßnahmen stammenden Daten herangezogen (Anlage 2, S. 115, 116). Schließlich verwies auch die Revisionsbegründung auf die dem Austausch der Daten zugrundeliegenden Verstöße gegen die RL-EEA, da mit der Ermittlungsanordnung vom 02.06.2020 inhaltlich der Regelungsbereich der Europäischen Ermittlungsanordnung überschritten worden war. In diesem Zusammenhang wies die Revisionsbegründung (erneut) darauf hin, dass die Überwachung noch andauerte, als die EEA, die nur auf die Übermittlung schon vorhandener Daten gerichtet war, erging (Anlage 2, S. 116 – 118).

Die Revisionsbegründung zog aus den vorgebrachten und zur Vermeidung von Wiederholungen an dieser Stelle lediglich zusammengefasst wiedergegebenen Argumenten folgende Schlussfolgerung (Anlage 2, S. 118):

„Das Urteil beruht auf diesen Verfahrensmängeln (§ 337 Abs. 1 StPO). Die auf die Chatverläufe gestützte Beweisführung stellt jedenfalls unmittelbar im Tatkomplex II. 2. (und mittelbar in den insoweit akzessorischen Geldwäschefällen) den zentralen Strang der landgerichtlichen Argumentation dar.“

Mit einer Antragschrift vom 27.06.2022, 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 ist zulässig, aber unbegründet. Durch die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 2. März 2022 – 5 StR 457/21 – NJW 2022, 1539 ist die Frage der Verwertbarkeit von EncroChat-Daten für die Beweisführung als hinreichend geklärt anzusehen. Das Revisionsvorbringen zeigt keine Sachverhaltskonstellation auf, die von der genannten Entscheidung nicht umfasst wäre.“ (Anlage 3, S. 2)

Am 22.09.2022 entschied sodann der 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs:

„Der 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat nach Anhörung der Beschwerdeführer und des Generalbundesanwalts - zu 2. auf dessen Antrag - am 22. September 2022 gemäß § 349 Abs. 2 und 4, § 354 Abs. 1 analog StPO einstimmig beschlossen:

1. Auf die Revisionen der Angeklagten und der Einziehungsbeteiligten wird das Urteil des Landgerichts Aurich vom 2. Dezember 2021 aufgehoben in den Aussprüchen über

a) die Einziehung des Wertes von Taterträgen gegen sämtliche Angeklagten und die erweiterte Einziehung gegen den Angeklagten; jedoch bleiben die zugehörigen Feststellungen aufrechterhalten;

im Umfang der Aufhebung wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Rechtsmittel der Angeklagten, an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen;

b) die Einziehung und das Erlöschen der Grundschuld gegen die Einziehungsbeteiligte; die Anordnungen entfallen.

2. Die weitergehenden Revisionen der Angeklagten werden verworfen.

3. *Die Kosten des Rechtsmittels der Einziehungsbeteiligten und die dieser im gesamten Verfahren entstandenen notwendigen Auslagen trägt die Staatskasse.*

(...)

II. Die Revisionen der Angeklagten haben lediglich in Bezug auf die Einziehungsentscheidung teilweise Erfolg und sind im Übrigen unbegründet. Die Revision der Einziehungsbeteiligten dringt insgesamt durch.

1. *Die Beanstandung der Verletzung formellen Rechts durch die Angeklagte E.K. ist nicht ausgeführt und genügt daher nicht den Anforderungen des § 344 Abs. 2 S. 2 StPO. Die vom Angeklagten erhobene Verfahrensrüge ist, wie vom Generalbundesanwalt dargelegt, unbegründet. (...)*

A n l a g e 4.

Diese Entscheidung ging dem Unterzeichner als Verteidiger des Beschwerdeführers im Strafverfahren am 09.11.2022 zu, der Zugang beim Beschwerdeführer selbst erfolgte später.

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 22.09.2022, Az. 3 StR 175/22) und des Landgerichts Aurich (Urteil vom 02.12.2021, Az. 19 KLS 110 Js 32575/20) 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 Aurich 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.¹

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

¹ 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.²

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. 18, 26, 115) und der Unionsrechtswidrigkeit der gegen ihn ergangenen Ermittlungsmaßnahmen und des Beweistransfers (Anlage 2, S. 10 ff., 116 f.) ohne Erfolg gerügt. Dabei schadet es nicht, dass seine darauf gerichteten Verwertungswidersprüche nicht verfassungsrechtlich ausgestaltet waren. Vielmehr reicht es, dass er die mit der Verfassungsbeschwerde geltend gemachten Aspekte vorgetragen hat.³ Dies ist durch den Widerspruch gegen die Verwertbarkeit der Beweise aufgrund der weitreichenden französischen Ermittlungsmaßnahmen geschehen. Der Beschwerdeführer hat zudem sowohl im ersten Verfahren (Stellungnahme vom 29.07.2021, Anlage 2, S. 10 ff. und vom 11.08.2021, Anlage 2, S. 76 ff.) als auch im Revisionsverfahren (Revisionsbegründung vom 22.03.2022, Anlage 2, S. 116 ff.) ausdrücklich auf die Unionsrechtswidrigkeit der Erhebung und Übermittlung der gegen ihn verwendeten Beweise hingewiesen.

Der Beschwerdeführer hat außerdem vor dem Landgericht Aurich erfolglos die Vorlage unionsrechtlicher Fragen an den Europäischen Gerichtshof nach Art. 267 Abs. 2, 3 AEUV beantragt. Es war nach dem Grundsatz der materiellen Subsidiarität nicht erforderlich, dass der Beschwerdeführer auch im letztinstanzlichen Verfahren vor dem Bundesgerichtshof ausdrücklich einen Antrag auf Vorlage an den EuGH nach Art. 267 AEUV stellte. Vielmehr reichte es, dass nach seinem fachgerichtlichen Vorbringen in der Sache eine solche Vorlage naheliegend erschien.⁴

4.

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

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

³ *Hellmann* in Barczak, BVerfGG Mitarbeiterkommentar, 2018, § 90 Rn. 393 ff.

⁴ BVerfG, Beschluss vom 19.07.2011 – 1 BvR 1916/09 –, BVerfGE 129, 78-107, juris Rn. 61 ff.; *Hellmann* in Barczak, BVerfGG Mitarbeiterkommentar, 2018, § 90 Rn. 396.

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 einzuhalten sind, handelt es sich um eine klärungsbedürftige verfassungsrechtliche Frage. Es gibt bis jetzt keine verfassungsgerichtliche Rechtsprechung zu den aufgeworfenen Problemen. Das Gleiche gilt für die Frage, wann bei der Anwendung und Auslegung der RL-EEA im Zusammenhang mit einer konkreten Ermittlungsanordnung, die das Recht auf den Schutz der Privatsphäre und das Datenschutzgrundrecht der Betroffenen berührt, ein Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 AEUV einzuleiten und somit der EuGH als gesetzlicher Richter i.S.d. Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG anzurufen ist. Ebenfalls ungeklärt ist, wie bei dem Zusammenspiel von polizeilichem und justiziellen Informationsaustausch unter Ausnutzung der verschiedenen Regelungsinstrumente und Rechtsordnungen – wie es im Fall des Beschwerdeführers geschehen ist – die Grundrechte der betroffenen Personen zu wahren sind.

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 05.02.2022); 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 Aurich 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 Kass 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.

Diesbezüglich wird auf den Beschluss des Landgerichts Berlins vom 19.10.2022, (525 KLs) 279 Js 20/22 (8/22), HRRS 2022 Nr. 1047, verwiesen, in dem das Landgericht Berlin die Vorlage von Fragen bezüglich der Auslegung der Richtlinie 2014/41 (RL-EEA) im Zusammenhang mit den Ermittlungen gegen Nutzer des Kryptodienstes „EncroChat“ im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens gem. Art. 267 AEUV an den EuGH beschließt. Von besonders hoher Relevanz für die Bewertung der Verfassungsmäßigkeit der Ermittlungen – und infolgedessen der Verwertung der Ergebnisse – sind dabei die Feststellungen in Rn. 10 ff. des Beschlusses zur Erlangung der EncroChat-Daten durch die deutschen Behörden:

„Am 9. März 2020 nahmen Vertreter des BKA und der GStA Frankfurt zusammen mit Vertretern französischer, niederländischer, britischer, europäischer und weiterer Behörden an einer Eurojust-Videokonferenz teil, auf der die französischen und niederländischen Vertreter die Vertreter der anderen Länder über die von der französischen Polizei geplante Überwachungsmaßnahme und die beabsichtigte Datenübermittlung an die anderen Länder informierten. Die deutschen Behördenvertreter signalisierten ihr Interesse an den Daten der deutschen Nutzer.

In einem Vermerk vom 13. März 2020 regte das BKA ein Ermittlungsverfahren gegen sämtliche unbekanntes Nutzer des EncroChat-Dienstes wegen des Verdachts des bandenmäßigen Handelns mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge und der Bildung einer kriminellen Vereinigung an. Zur Begründung führte das BKA aus, die Nutzung eines EncroChat-Handys begründe einen Anfangsverdacht für die Begehung erheblicher Straftaten insbesondere des Betäubungsmittelhandels. Angesichts der konkreten Funktionen der Geräte und der hohen Kosten von 1.000 bis 2.000 € scheidet eine legale Nutzung aus; dies werde durch die in früheren Strafverfahren festgestellte Nutzung von insgesamt ca. 300 EncroChat-Geräten bei der Begehung von Straftaten bestätigt.

Auf der Grundlage dieses Vermerks leitete die GStA Frankfurt am 20. März 2020 unter „Eilt“ ein entsprechendes Ermittlungsverfahren gegen Unbekannt (Az. 62 UJs 50005/20 - im Folgenden: UJs-Verfahren) ein. Ermittlungsmaßnahmen wurden zunächst nicht ergriffen oder beim Ermittlungsrichter beantragt.

Am 07. März 2020 erhielt das BKA über das europäische SIENA-Nachrichtensystem eine an die Polizeibehörden der an den EncroChat-Daten interessierten Länder gerichtete Nachricht des JIT in englischer Sprache. Darin wurden die zuständigen Behörden („competent authorities“) der an der Datenübermittlung interessierten Länder aufgefordert, schriftlich zu bestätigen, dass sie über die zur Datengewinnung von Geräten auf ihrem Staatsgebiet („from devices in their jurisdiction“) angewandten Methoden informiert worden seien. Zugleich sollte zugesichert werden, dass die

grundsätzlich zunächst nur zu Auswertezwecken übermittelten Daten für laufende Ermittlungsverfahren nur nach Genehmigung durch die JIT-Länder verwendet würden.

In Absprache mit der GStA Frankfurt erteilte das BKA die in der Nachricht erbetenen Zustimmungen und Bestätigungen. Zu einer Unterrichtung durch die französischen Behörden nach Art. 31 Abs. 1 RL EEA, § 91 g IRG kam es nicht; von deutscher Seite wurde dies auch nicht beanstandet.

In der Zeit vom 3. April 2020 bis zum 28. Juni 2020 rief das BKA die täglich auf dem Europol-Server bereitgestellten Daten der in Deutschland genutzten Endgeräte ab. Nachdem die Datenauswertung einen konkreten Tatverdacht gegen einige Nutzer ergeben hatte, ersuchte das BKA die französische Staatsanwaltschaft mit Schreiben vom 13. Mai 2020 um die Genehmigung, noch während der laufenden Maßnahme einzelne Beschlüsse zur Identifizierung beim Ermittlungsrichter beantragen zu dürfen; es werde versucht werden, die Beschlüsse ohne jeglichen Hinweis auf den Gegenstand des französischen Verfahrens und die Art der Maßnahme zu erlangen, und im Fall einer Verfahrensabtrennung werde die Akte in dem neuen Ermittlungsverfahren gegen den einzelnen Nutzer mit einem richterlichen Beschluss beginnen, der keinen Rückschluss auf das französische Ermittlungsverfahren ermögliche. Nach Erteilung der erbetenen Genehmigung erwirkte die GStA Frankfurt sodann einzelne richterliche Beschlüsse für die Erhebung von Standortdaten und andere Ermittlungsmaßnahmen.

Am 2. Juni 2020 ersuchte die Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt am Main im Rahmen des UJs-Verfahrens die französischen Behörden mittels EEA um die Genehmigung, die EncroChat-Daten unbeschränkt in Strafverfahren verwenden zu können. Zur Begründung wurde ausgeführt, das BKA sei über Europol informiert worden, dass in Deutschland eine Vielzahl schwerster Straftaten (insbesondere Einfuhr und Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringen Mengen) unter Nutzung von Mobiltelefonen mit der Verschlüsselungssoftware ‚EncroChat‘ begangen würden; es bestehe der Verdacht, dass bisher nicht identifizierte Personen in Deutschland unter Nutzung kryptierter Kommunikationsmittel schwerste Straftaten planten und beginnen. Das Strafgericht Lille genehmigte daraufhin die Übermittlung und gerichtliche Verwendung der EncroChat-Daten der deutschen Nutzer. Ob es sodann zu einer erneuten Übermittlung von zuvor schon zu Auswertezwecken vom Europol-Server abgerufenen Daten kam, blieb bislang offen. Auf der Grundlage zweier ergänzender EEAs vom 9. September 2020 und 2. Juli 2021 wurden allerdings in der Folge zusätzliche Daten übermittelt.

In der Folgezeit trennte die GStA Frankfurt Verfahren gegen einzelne Nutzer, darunter auch den hiesigen Angeklagten, aus dem UJs-Vorgang ab und gab sie an lokale Staatsanwaltschaften ab.“

Diese Feststellungen des Landgerichts Berlins decken sich (teilweise) mit denen des Landgerichts Aurich in dem angegriffenen Urteil, in dem es auf S. 61 heißt:

*„Dass es sich vorliegend bei den aus dem französischen Ursprungsverfahren resultierenden EncroChat-Daten um eine ganz erhebliche Menge sogenannter „Zufallsfunde“ handelt, mit denen allein in Deutschland hunderte neuer Ermittlungsverfahren eingeleitet wurden, **und dass bereits im März 2020 und zuvor stattgefundene Besprechungen der an der internationalen polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit beteiligten Stellen darauf hindeuten, dass seitens der Ermittlungsbehörden mit derartigen Funden gerechnet wurde, macht deren Verwertung im vorliegenden Verfahren nicht rechtswidrig.** Insoweit kommt es allein darauf an, ob die Daten im Ursprungsverfahren rechtmäßig erlangt wurden und die Zustimmung der französischen Behörden zur Verwertung im hiesigen Verfahren erteilt wurde. Beides ist der Fall.“*

Anders als das Landgericht Aurich kommt das Landgericht Berlin in dem oben zitierten Beschluss zu folgendem richtigem Ergebnis: Die Ermittlungen in Frankreich stellen sich vor dem Hintergrund der Vorabsprachen als eine Geschäftsführung (auch) für die deutschen Behörden dar, denn die französischen Behörden haben in der Eurojust-Konferenz am 09.03.2020 und in der nachfolgenden Kommunikation über SIENA angeboten, die Ermittlungen für die an den Daten interessierten Staaten zu führen. In dem die deutschen Behörden deutlich machten, dass sie die Daten erhalten wollten, stimmten sie den Ermittlungen in Frankreich zu und beteiligten sich so selbst an der Maßnahme.¹² Dass dennoch zunächst keine Europäische Ermittlungsanordnung erfolgte und die deutschen Behörden die französischen auch nicht auf deren Unterrichtungspflicht nach Art. 31 RL-EEA hinwiesen, legt eine absichtliche Umgehung der Vorschriften der RL-EEA und der nationalen Anordnungsvoraussetzungen nahe.¹³

Noch deutlicher wird dies anhand der Tatsache, dass die Europäische Ermittlungsanordnung, als sie dann (endlich) am 02.06.2020 erging, lediglich auf die Übermittlung und justizielle Verwendung schon vorhandener Daten gerichtet war, dabei dauerten die Ermittlungen auch darüber hinaus noch an. Die EEA hätte daher richtigerweise die Maßnahme selbst anordnen müssen. Darauf hat auch der Beschwerdeführer sowohl im erstinstanzlichen Verfahren vor dem LG Aurich als auch in der Revisionsbegründung hingewiesen (s.o.).

Das Vorgehen der Ermittlungsbehörden legte zumindest die Einleitung eines Vorabentscheidungsverfahrens an den EuGH bezüglich der Anwendung von Vorschriften der RL-EEA auf den „spontanen“ Datenaustausch in Fällen wie diesen nahe. Es ist nicht nachvollziehbar, warum das Landgericht Aurich, bestätigt vom Bundesgerichtshof, der dahingehenden Aufforderung des Beschwerdeführers während des erstinstanzlichen Verfahrens nicht nachgekommen ist,

¹² Vgl. LG Berlin, (525 KLS) 279 Js 30/20 (8/22), 19.10.2022, HRRS 2022 Nr. 1047, Rn. 18.

¹³ So schon: *Sommer*, StV Spezial, 2021, 69; *Wahl*, ZIS 7-8/2021, 459, 461; eine absichtliche Umgehung lediglich andeutend: LG Berlin, (525 KLS) 279 Js 30/20 (8/22), 19.10.2022, HRRS 2022 Nr. 1047, Rn.86.

denn die angegriffenen Entscheidungen verhalten sich dazu nicht. Insbesondere vor dem Hintergrund, dass das Landgericht Aurich die Vorbesprechungen zwischen den deutschen und den französischen Behörden bezüglich der EncroChat-Maßnahmen feststellte, hätte es dem Antrag auf Einleitung eines Vorabentscheidungsverfahrens vor dem EuGH entsprechen müssen.

bb)

Es zeigen sich auch abgesehen von der oben dargelegten mutmaßlichen Umgehung der Rechtshilfavorschriften 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 22.09.2022 nicht mit dieser Frage, er verweist aber auf S. 6 auf den Verwerfungsantrag des Generalbundesanwalts vom 27.06.2022, in dem die Verwertbarkeit der EncroChat-Daten mit Hinweis auf den Beschluss des 5. Strafsenats des Bundesgerichtshofs vom 02.03.2022 (Az. 5 StR 457/21, NJW 2022, 1539) bejaht wird.¹⁴ Dieser Beschluss setzt sich mit einigen Fragen im Zusammenhang mit der Verwertbarkeit der EncroChat-Daten auseinander und bejaht diese im Ergebnis. In der Literatur ist der Beschluss weitestgehend auf Ablehnung gestoßen.¹⁵

Nach der Ansicht des 5. Strafsenats, der der 3. Strafsenat zu folgen scheint, 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.¹⁶ Unbeantwortet bleibt, ob Art. 6 Abs. 1 b) RL-EEA tatsächlich nur für Maßnahmen, die *ausdrücklich* in der EEA angegeben sind oder auch für solche Maßnahmen, die schon erfolgt sind oder noch andauern 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

¹⁴ Gegen BGH, Beschl. 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 hiesigen Ausführungen zur Begründetheit decken sich teilweise mit jener Verfassungsbeschwerde, da jeweils derselbe Sachverhalt, das Abfangen und die Übermittlung der EncroChat-Daten zugrunde liegt.

¹⁵ 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* RD 2022, 304, 306 f.; *Hernandez Weiss* ZfStW 2022, 427; *Neuhöfer/Bierlich*, Anm. zu BGH 5 StR 457/21, jurisPR-Compl. 3/2022; kritisch mit Hinweis auf Vorabentscheidungsverfahren gem. Art. 267 AEUV *Oehmichen*, Anm. zu BGH 5 StR 457/21, jurisPR-StrafR 11/2022.

¹⁶ 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.

herausgestellt, dass eine Einflussnahme auch deutscher Polizeibehörden auf die Ermittlungen im Ausland nicht ausgeschlossen ist. Das Landgericht Aurich selbst hat in dem angegriffenen Urteil festgestellt, dass bereits im März 2020 und zuvor Besprechungen zwischen den an der internationalen polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit beteiligten Stellen stattfanden und mit „derartigen Funden“ (gemeint sind die Erkenntnisse aus den EncroChat-Daten) gerechnet wurde (UA, S. 59). Das Landgericht Berlin hat in dem oben zitierten Beschluss¹⁷ die Siena-Nachricht 07.03.2020 an das BKA angesprochen, in der dieses gebeten wurde, zu bestätigen, dass es über die Methoden (bezüglich der EncroChat-Ermittlungen) informiert sei und zuzusichern, die Daten zunächst nicht vor Gericht zu verwenden. Aus diesen Erkenntnissen ergibt sich, dass die deutschen Behörden über die Maßnahmen informiert waren und ihr Einverständnis mit den Ermittlungen gaben, ohne dabei jedoch die grundsätzlich im europäischen und im deutschen Recht vorgesehene (richterliche) Überprüfung der Maßnahmen vorzunehmen, bzw. einzuleiten.

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 Aurich) 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.¹⁸

Zwar war die EEA dem Wortlaut nach lediglich auf die Übermittlung und Nutzungsgenehmigung von Daten gerichtet. Diese Anfrage unterscheidet sich jedoch essenziell 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

¹⁷ LG Berlin, Beschl. v. 19.10.2022, (525 KLS) 279 Js 20/22 (8/22), HRRS 2022 Nr. 104.

¹⁸ 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.

die hierbei sowohl aus der Vergangenheit als auch in der Zukunft gewonnenen Daten der deutschen Justiz zu übermitteln.

Wie der Beschwerdeführer auch im Revisionsverfahren vorgebracht hat (Anlage 2, S. 117), 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 Kommunikationservers, 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.¹⁹

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 29.01.2021²⁰ 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.²¹ 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.“²² 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).

¹⁹ *Derin/Singelnstein*, Verwendung und Verwertung von Daten aus massenhaften Eingriffen in informationstechnische Systeme aus dem Ausland (Encrochat), NStZ 2021, 449 (453).

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

²¹ Bundesgerichtshof, Beschluss vom 21.11.2012 – 1 StR 310/12 –, BGHSt 58, 32-50, juris, Rn. 36.

²² 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 Kommunikationservers 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.²³

Der Bundesgerichtshof befasst sich in dem hier angegriffenen Beschluss vom 22.09.2022 (3 StR 175/22) nicht mit der Frage, ob die Maßnahmen von der RL-EEA erfasst waren. In Rn. 48 des von der Bundesgeneralanwaltschaft – auf die der 3. Strafsenat verweist - 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.

²³ 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.²⁴ 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 Aurich als auch der 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs haben die Vorlagepflicht mit den angegriffenen Entscheidungen verletzt.

b)

Der Bundesgerichtshof äußert sich in dem angegriffenen Beschluss vom 22.09.2022 nicht dazu, ob ein Verstoß gegen Rechtshilferecht zu einem Beweisverwertungsverbot führen kann. Das Landgericht Aurich kommt in seinem Urteil zu dem Schluss, die Nichtbeachtung der Unterrichtungspflicht nach Art. 31 RL-EEA führe zumindest zu keinem Verwertungsverbot im Hinblick auf die erlangten Beweise (UA, S. 61).

Entgegen dieser Ansicht führen die Verstöße gegen das Rechtshilferecht im Falle des Beschwerdeführers, die als Beweiserhebungsverbote einzuordnen sind, sehr wohl zu Beweisverwertungsverböten, 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.

²⁴ *Wörner* in Ambros/König/Rackow, Rechtshilferecht in Strafsachen, E (RL EEA) Rn. 439.

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

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

„die Vorschriften für die Zulässigkeit und die Würdigung der durch eine solche unionsrechtswidrige Vorratsdatenspeicherung erlangten Informationen und Beweise im Rahmen eines Strafverfahrens gegen Personen, die im Verdacht stehen, schwere Straftaten begangen zu haben, festzulegen.“²⁵

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.²⁶

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.²⁷

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

²⁵ EuGH, Urteil vom 6.10.2020 – C-511/18 –, juris, Rn. 221 ff.

²⁶ 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.

²⁷ Schmitt in Meyer-Goßner, StPO, 64. Aufl. 2021, Rn 55a m.w.N.

das Strafverfolgungsinteresse bei bestimmten Straftaten stets überwiegen würde, ohne Ansehung der Verfahrensverletzungen, die begangen wurden, um die Strafverfolgung zu ermöglichen. Dies würde aber einen Freifahrtschein für die Ermittlungsbehörden bedeuten und eine effektive Wahrung der Grundrechte des Beschuldigten im Strafverfahren ausschließen. Nicht zuletzt würde damit auch eine effektive Umsetzung der Unionsgrundrechte unmöglich werden. Die Oberlandesgerichte, die bisher etwaige Verstöße gegen die RL-EEA mit einem simplen Hinweis auf die Abwägung offengelassen haben,²⁸ 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“,²⁹ 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 hat das Landgericht Aurich selbst festgestellt, dass sowohl das BKA als auch die Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt am Main von den Ermittlungsmaßnahmen in Frankreich schon frühzeitig wussten, vgl. S. 59 des angegriffenen Urteils. 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

²⁸ 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.

²⁹ BGH, Urteil vom 20.12.2012 – 3 StR 117/12 –, BGHSt 58, 84-99, juris, Rn. 33.

Verdachtslage gegen diese war.³⁰ 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.³¹

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

³⁰ Dies gilt entgegen den Ausführungen des Landgericht Aurichs auf S. 59 des angegriffenen Urteils auch für den Beschwerdeführer, denn allein aus der Tatsache, dass er im September und November 2018 mit Betäubungsmitteln gehandelt haben soll und die diesbezüglichen Ermittlungen von den EncroChat-Daten unabhängig waren, ergibt sich kein Anfangsverdacht – und erst recht kein konkreter Tatverdacht – dafür, auch im Frühjahr 2020 mit Drogen gehandelt zu haben.

³¹ 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; vgl. auch LG Berlin, (525 KLS) 279 Js 30/22 (8/22), Beschl. v. 19.10.2022, HRRS 2022 Nr. 1047.

Entscheidungen berufenen Strafgerichten über die Vereinbarkeit der Maßnahmen mit dem Unionsrecht gab und diese fortlaufend noch geführt werden.³²

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?“³³

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 Aurich 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.³⁴

Dies ist schon deshalb zu bejahen, weil weder das Landgericht noch der Bundesgerichtshof ihre Gründe für die Entscheidung bezüglich des Vorabentscheidungsverfahrens angegeben haben. Dazu waren sie aber gehalten, um eine Kontrolle am Maßstab des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG zu

³² 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).

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

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

ermöglichen.³⁵ Aus dem Fehlen jeglicher Auseinandersetzung des Bundesgerichtshofs mit dem vom Revisionsführer (jetzt Beschwerdeführer) in dem Revisionsverfahren vorgebrachten Ausführungen zur Unionsrechtswidrigkeit der zugrunde liegenden Maßnahmen³⁶ kann nur geschlossen werden, dass er sich mit den Bedingungen für die Vorlagepflicht schlicht nicht auseinandergesetzt und sie dementsprechend verkannt hat. Dies gilt insbesondere auch vor dem Hintergrund, dass im erstinstanzlichen Verfahren die Vorlage an den EuGH ausdrücklich beantragt wurde.³⁷ 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.³⁸

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? Auch die Frage, wie die EEA-RL in dem Fall, in dem eine Ermittlungsanordnung nur die Übermittlung/Verwendungsgenehmigung schon vorhandener Beweismittel betrifft, tatsächlich aber auch die Ermittlungsmaßnahme selbst von dem Ausstellungsstaat angeordnet bzw. gebilligt wurde, anzuwenden und auszulegen ist, stellt sich.

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.

³⁵ 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

³⁶ Anlage 2, S. 116.

³⁷ Anlage 2, S. 16, 21 f., 26 ff.

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

In dem Beschluss des 5. Strafsenats, auf den sich der vom 3. Strafsenat in Bezug genommene Verwerfungsantrag des Generalbundesanwalts vom 27.06.2022 stützt, lehnt dieser eine Vorlagepflicht an den Europäischen Gerichtshof in Bezug auf den EncroChat-Komplex mit folgender Begründung ab:

„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).“³⁹

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.

³⁹ BGH, Beschl. v. 02.03.2022, 5 StR 457/21, juris Rn. 78.

2. Grundrechtsverletzungen

Der Beschluss des Bundesgerichtshofs, der das Urteil des Landgericht Aurich 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 vor⁴⁰, und zwar aus folgenden Gründen:

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.⁴¹

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.⁴²

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.⁴³ 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.

⁴⁰ BVerfG, Beschl. 10.06.1964 – 1 BvR 37/63, NJW 1964, 1716.

⁴¹ Vgl. *Sommer*, StV Spezial 2021, 70.

⁴² 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.

⁴³ *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.

vor⁴⁴ 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.

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 Aurich indirekt über den Verweis auf den Verwerfungsantrag des Generalbundesanwalts 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,

⁴⁴ Calliess/Ruffert/Kingreen, EU-GRCharta, 6. Aufl 2022, Art. 8 Rn. 13.

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 3. 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 (juris, 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 (juris, 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 Ebene 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 Ebene der Beweiserhebung nicht kontrolliert werden können, nun diese Ebene zu rekonstruieren – also auf den Anordnungszeitpunkt der Beweiserhebung abzustellen.⁴⁵

§ 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.⁴⁶ 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.

⁴⁵ So auch *Neuhöfer/Bierlich*, Anm. zu BGH 5 StR 457/21, jurisPR-Compl 3/22 Anm. 4.

⁴⁶ Wortlaut § 100e Abs. 6 Nr. 1 StPO und *Bruns* in KK-StPO, 8. Aufl. 2019, StPO § 100e Rn. 24.

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.

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 hinreichenden Anhaltspunkte** vor. Ein qualifizierter Verdacht gem. § 100b StPO gegen ihn bestand nicht allein deswegen, weil er Nutzer eines EncroChat-Handys war.⁴⁷ Der Hinweis des Landgerichts Aurich darauf, dass die Frage, ob bei der Prüfung der Verdachtslage nach § 100e Abs. 6 StPO auch diejenigen Informationen verwertet werden dürfen, um deren Verwendung es im Rahmen des § 100e Abs. 6 Nr. 1 StPO gerade geht, offen bleiben könne, weil gegen den Beschwerdeführer schon im Frühjahr 2020 ein Verdacht wegen einer Katalogtat nach § 100b Abs. 2 Nr. 5 lit. b) StPO vorlag (UA, S. 59), überzeugt nicht. Denn nach den Feststellungen des Landgerichts sollte sich dieser Tatverdacht aus den Ermittlungen zu den Taten im September bis November 2018 und den diese Taten betreffenden, unabhängig von der Auswertung der EncroChat-Daten erlangten Erkenntnissen ergeben haben. Allerdings legt das Landgericht damit nicht dar, warum die Ermittlungen zu bestimmten Taten (im Herbst 2018) auch den konkreten Tatverdacht für weitere Taten im Frühling 2020 begründen sollten.

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.⁴⁸ Die Nutzung von Verschlüsselungstechnologien ist erstens im Zeitalter der Digitalisierung weit verbreitet und dient zweitens dem

⁴⁷ Vgl.: LG Berlin, Beschluss vom 01. Juli 2021 – (525 KLs) 254 Js 592/20 (10/21) –, juris, Rn. 30 ff.; *Derin/Singelstein*, NStZ 2021, 452; *Gebhard/Michalke*, NJW 2022, 658.

⁴⁸ So auch: LG Berlin, Beschluss vom 01.07.2021 – (525 KLs) 254 Js 592/20 (10/21) –, juris, Rn. 41 ff.

grundrechtlich verbürgten Interesse, die Privatsphäre zu schützen. So heißt es auch in der EntschlieÙung 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 EntschlieÙung – 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.“⁴⁹

Weiter heißt es:

„Der Grundsatz ‚Sicherheit durch Verschlüsselung und Sicherheit trotz Verschlüsselung‘ muss in vollem Umfang gewahrt werden. Die Europäische Union unterstützt weiterhin eine starke Verschlüsselung. Verschlüsselung ist ein Stützpfeiler des Vertrauens in die Digitalisierung und in den Schutz der Grundrechte und sollte gefördert und weiterentwickelt werden.“⁵⁰

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 Oberlandesgerichte⁵¹ – 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

⁴⁹ Rat der Europäischen Union, EntschlieÙung zur Verschlüsselung, 13084/1/20 REV 1, 24.11.2020, S. 2.

⁵⁰ Ebenda, S. 4.

⁵¹ 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.

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 Bagatelldelicten 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.

Im Übrigen ist fraglich, ob der 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung überhaupt den Grundgedanken des § 100e Abs. 6 StPO hätte heranziehen dürfen⁵² 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 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.

⁵² So auch das Landgericht Aurich im angegriffenen Urteil auf S. 58 ff.

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

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

c)

Auch abgesehen von den oben aufgeführten Zweifeln an der Verhältnismäßigkeit der Verwertung der EncroChat-Daten auf Grundlage des § 106e Abs. 6 StPO liegt hier ein Eingriff in die Grundrechte des Beschwerdeführers darin vor, dass die Voraussetzungen der Rechtsgrundlage, sollte § 106e Abs. 6 StPO als solche angesehen werden, nicht vorlagen.

Denn die Verwertung der Daten als Zufallsfunde i.S.d. § 106e Abs. 6 StPO setzt voraus, dass die Daten in einem anderen Ermittlungsverfahren verwertbar erlangt worden sind. Dafür kommt hier nur das Ermittlungsverfahren in Frankreich in Betracht. Der französische Kassationsgerichtshof hat mit Entscheidung vom 11.10.2022 (M 21-85.148 F-D) ein Urteil des Appellationsgerichts Nancy, welches auf Grundlage der EncroChat-Daten zustande gekommen war, teilweise aufgehoben. Grund für die Aufhebung war, dass den von den polizeilichen Behörden unter Einsatz von Mitteln, die dem Geheimnis der Landesverteidigung unterlagen, ermittelten Daten nicht die nach der französischen Strafprozessordnung erforderliche Authentifikationsbescheinigung beigelegt war. Die Entscheidung des französischen Kassationsgerichtshofs belegt, dass die Ermittlungsmaßnahmen nicht nur gegen das deutsche, sondern auch das französische Strafverfahrensrecht verstießen, sodass sie auch in dem Ursprungsland nicht verwertbar erlangt wurden.

Die Entscheidung des Kassationsgerichtshof Frankreich vom 11.10.2022 findet sich in deutscher Übersetzung in der

A n l a g e 5.

Damit wird zugleich dem Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung von gerichtlichen Entscheidungen, der dem europäischen Rechtshilfesystem zugrunde liegt, Art. 82 AEUV, der Boden entzogen. Die Daten sind auch nach französischem Recht nicht rechtmäßig erlangt worden, sodass eine Verwertung einen nicht zu rechtfertigenden Eingriff in die Grundrechte des Beschwerdeführers darstellte. Vor diesem Hintergrund erübrigen sich auch die Ausführungen der Gerichte bis jetzt zu dieser Sache, dass nur ein eingeschränkter Prüfungsmaßstab bestehe. Auch dem Landgericht Aurich, welches auf S. 59 unter Punkt III. 3. c) bb) (i) ausführt, die Rechtmäßigkeit der Verwertung der Daten im hiesigen Verfahren hänge davon ab, ob die Daten im Ursprungsverfahren rechtmäßig erlangt wurden und die Zustimmung zur Verwertung im hiesigen Verfahren erteilt wurde, wird mit der Entscheidung des französischen Kassationsgerichtshof die Grundlage entzogen. Denn die Daten wurden, nun auch richterlich bestätigt, schon im französischen Ursprungsverfahren nicht rechtmäßig erlangt.

d)

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 angefasst 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 3. 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 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

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

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 unbestraften Beschwerdeführers keine konkreten Verdachtsmomente für den Erhebungszeitraum 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 3. 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.

Dr. iur. h.c. Gerhard Strate
Rechtsanwalt