

Bericht über die mündliche Verhandlung vor der Großen Kammer des Europäischen Gerichtshofs in der Rechtssache C-670/22 (EncroChat)

Am 04.07.2023 fand die mündliche Verhandlung in der Rechtssache C-670/22 vor der Kammer des Europäischen Gerichtshofs statt. Gegenstand des vom Landgericht Berlin in die Wege geleiteten Vorabentscheidungsverfahrens¹ sind Fragen zur **Zulässigkeit der Datenerhebung und Verwertung von EncroChat-Daten**. In der mündlichen Verhandlung konnten die Verfahrensbeteiligten in ihren Plädoyers (auch) auf gezielte Fragen des Europäischen Gerichtshofs antworten, die der Öffentlichkeit nicht zur Verfügung stehen. Aus den Antworten der Beteiligten lässt sich der Gegenstand der Fragen bestimmen:

Frage 1 des Europäische Gerichtshof zielte darauf ab, welche Auswirkungen sich aus der Richtlinie 2016/680 (JI-Datenschutzrichtlinie) sowie der RL 2002/58 auf die Beantwortung der Vorlagefragen 1-3 aus dem Vorabentscheidungsersuchen ergeben.

Frage 2 des Europäischen Gerichtshof thematisierte die Auslegung des Art. 6 Abs. 1 der RL 2014/41. Insbesondere wollte der EuGH wissen, ob Art. 6 Abs. 1 RL-EEA (mit seinen Buchstaben a und b) zwischen Europäischen Ermittlungsanordnungen (EEA), die auf die Durchführung von Ermittlungsmaßnahmen im Vollstreckungsstaat gerichtet sind und solchen EEA, die auf die Übermittlung von im Vollstreckungsstaat schon vorhandenen Beweisen gerichtet sind, unterscheide.

1. Plädoyers

a) Staatsanwaltschaft Berlin

Die Staatsanwaltschaft Berlin fasste die Erfolge der EncroChat-Ermittlungen zusammen und erklärte, aus europarechtlicher Sicht bestünden keine Bedenken gegen die Verwertung der Daten, die mittels der verfahrensgegenständlichen EEA erlangt wurden. Die EEA der Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt am Main sei lediglich auf den Transfer von in Frankreich schon vorhandener Daten gerichtet gewesen. Einer richterlichen Genehmigung (für die EEA) habe es nicht bedurft. Die Weiterleitung der Daten an Deutschland sei gem. Art. 6 Abs. 1 a RL-EEA notwendig und verhältnismäßig gewesen. Gegen die Weiterleitung der Daten bestünden in Deutschland mit dem Antrag nach § 98 Abs. 2 StPO analog Rechtsschutzmöglichkeiten. Ob ein Beweisverwertungsverbot bestünde, sei nach nationalem Verfahrensrecht zu beantworten.

b) Rechtsanwalt Conen

Im Anschluss erhielt Rechtsanwalt Conen – der Verteidiger des im Ausgangsverfahren vor dem Landgericht Berlin Beschuldigten – das Wort: Die Argumentation der Staatsanwaltschaft Berlin sowie die der deutschen Ermittlungsbehörden insgesamt verlaufe nach dem Motto: „Wo ein Wille ist, ist auch ein Weg“. Der Erfolg der Maßnahmen gegen EncroChat könne diese aber nicht ex post rechtfertigen.

Er führte weiter aus, die RL 2016/680 sei auf die Datenerlangung mittels EEA anwendbar. Die daher notwendige vorherige Anordnung durch ein Gericht in Bezug auf die Datenabschöpfung könne nicht nachgeholt werden. Außerdem differenziere Art. 6 Abs. 1 RL-EEA in Bezug auf

¹ LG Berlin, Beschl. v. 19.10.2022, Az. 525 KLs 8/22, juris.

die Anordnungsvoraussetzungen nicht zwischen Beweiserhebungs-EEA und Übermittlungs-EEA. Die verfahrensgegenständliche EEA hätte von einem Richter beantragt werden müssen, denn nach nationalem Recht bestehe für die TKÜ und Online-Durchsuchung ein Richtervorbehalt. Würde man Art. 6 Abs. 1 b RL-EEA nicht auf Übermittlungs-EEA anwenden, begünstige dies forum shopping und die Umgehung nationaler Verfahrensrechte.

c) Mitgliedstaaten

Die Mitgliedstaaten Deutschland, Tschechien, Irland, Spanien, Frankreich, die Niederlande, Ungarn und Schweden äußerten sich über ihre jeweiligen Vertreter zu den Fragen des Europäischen Gerichtshofs und den Vorlagefragen. Die große Mehrheit von ihnen betonte die Ermittlungserfolge, die mittels der EncroChat-Daten erzielt wurden. Die Mitgliedstaaten unterstrichen – mit unterschiedlicher Intensität – den Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens. Eine Überprüfung der einer Übermittlungs-EEA zugrunde liegenden Maßnahme selbst lehnten sie ab.

Dies begründeten sie entweder damit, dass Art. 6 Abs. 1 b) auf Übermittlungs-EEAs nicht anzuwenden sei, oder damit, dass im Rahmen des Art. 6 Abs. 1 b) die angeordneten Maßnahmen nach den nationalen Vorschriften in einem vergleichbaren innerstaatlichen Fall zu prüfen seien. Da hier mit der EEA der Transfer von in Frankreich vorhandenen Daten beantragt worden wäre, sei ein vergleichbarer innerstaatlicher Fall zu bilden, in der eine deutsche Behörde von einer anderen deutschen Behörde die Übermittlung von Daten verlange. Es bestünde kein Richtervorbehalt – denn für die bloße Übermittlung schon vorhandener Daten sei eine richterliche Bestätigung nach dem Recht des Anordnungsstaats (Deutschland) nicht notwendig.

Die Mitgliedstaaten hielten die RL 2002/58 überwiegend nicht für anwendbar, dabei verwiesen sie z.T. auf das EuGH-Urteil „La Quadrature du Net“. In der Mehrheit hielten sie die RL 2016/680 zwar für einschlägig, aber hinsichtlich der Vorlagefragen 1 – 3 für irrelevant. Die RL-EEA regle den Fall der Ermittlungsanordnung umfassender und konkreter, die RL 2016/680 stecke den allgemeinen Rahmen ab. Die Mitgliedstaaten müssten in eigener Verantwortung auf die Einhaltung der Grundrechte bei der Datenerhebung achten.

d) Kommission

Nach Ansicht der Kommission unterscheide Art. 6 Abs. 1 RL-EEA nicht zwischen den verschiedenen Typen von EEA. Die Methodik der Prüfung nach Art. 6 Abs. 1 b RL-EEA sei für beide Typen identisch. Aber es sei die hypothetische Maßnahme im innerstaatlichen Fall zugrunde zu legen, was im Fall der verfahrensgegenständlichen EEA die Übermittlung vorhandener Daten sei. In Bezug auf die RL 2016/680 war die Kommission einer Ansicht mit den Mitgliedstaaten.

2. Fragen an die Beteiligten

Im Anschluss stellten die Generalanwältin Căpeta und das Gericht den Beteiligten gezielt Rückfragen. Insbesondere die Generalanwältin hinterfragte die von den Mitgliedstaaten einvernehmlich geäußerten Rechtsauffassung kritisch.

Zu Beginn richtete sich die Generalanwältin mit folgender Einleitung an den Vertreter Deutschlands: Bei der von den Mitgliedstaaten vorgeschlagenen Vorgehensweise, welche auf dem Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens und der gegenseitigen Anerkennung beruhe, vermute sie eine Grundrechtsschutzlücke im System der EEA. Denn wenn der Anordnungsstaat einer EEA stets darauf vertrauen dürfe, dass die zugrundeliegende Maßnahme rechtmäßig gewesen sei, bestünde die Möglichkeit, dass diese überhaupt nicht geprüft werde. Ihr sei nicht klar, ob dem Beschuldigten im Anordnungsstaat Rechtsmittel gegen die Ursprungsmaßnahme zukämen.

Konkret fragte die Generalanwältin Deutschland nach dem innerstaatlichen Fall des Datentransfers und ob ein Beschuldigter in einem Verfahren, welches innerstaatlich übermittelte Beweise zum Gegenstand habe, die Rechtswidrigkeit der ursprünglichen Datenerhebung prüfen könnte. Darauf antwortete der deutsche Vertreter, das jeweilige Gericht müsse prüfen, ob bei der ursprünglichen Erhebung der Daten die Vorschriften der Strafprozessordnung gewahrt worden wären. Die Rechtswidrigkeit der Ursprungsmaßnahme könnte auch bei von einer anderen Behörde übermittelten Beweisen festgestellt werden.

Daraufhin regte die Generalanwältin bei der Kommission an, ob man das Vorhergesagte zum nationalen Fall nicht auf die Anwendung des Art. 6 Abs. 1 b RL-EEA bei transnationalen Datenübermittlungen übertragen müsse. Wenn in einem nationalen Fall das Gericht nach der Übermittlung von Daten die Ursprungsmaßnahme prüfen könne, müsse das Gericht demnach in einem transnationalen Fall ebenfalls die Ursprungsmaßnahme prüfen können. Sie fragte auch, wo der Betroffene derzeit diesen Rechtsschutz erlangen könnte.

Nach Ansicht der Kommission müsse man zwischen den Stadien des Datentransfers unterscheiden. Bei *Erläss* der EEA komme eine Prüfung der zugrundeliegenden Maßnahmen nicht in Frage. Auf der *Ebene der Frage der Verwertbarkeit der Beweise* könnte in dem Anordnungsstaat die zugrunde liegende Maßnahme im Rahmen der Prüfung eines Beweisverwertungsverbots geprüft werden. Dies richte sich nach nationalem Recht. Bei einem Beweiserhebungsfehler in Frankreich könne auch ein deutsches Gericht entscheiden, dass ein Beweisverwertungsverbot vorläge. Auf Nachfrage nach welchem Recht die Ursprungsmaßnahme überprüft werde, antwortete die Kommission, die Prüfung erfolge anhand des Rechts des Vollstreckungsstaats (hier also nach französischem Recht). Die Generalanwältin merkte abschließend an, sie sehe dennoch eine mögliche Rechtsschutzlücke im System der EEA. Der Beschuldigte brauche Schutz gegen beide Maßnahmen, die Ursprungsermittlung und die Datenübertragung.

Weiter fragte die Generalanwältin die Kommission, ob es Unterschiede bei den Verhältnismäßigkeitsprüfungen nach Art. 6 Abs. 1 RL-EEA zwischen der EEA, die auf Ermittlungen, und der EEA, die auf den Transfer von Beweisen gerichtet sei, gäbe. Die Kommission führte aus, dass es methodisch keine Unterschiede gäbe, jedoch berücksichtigt werde, dass bei der Übermittlungs-EEA ein schwächerer Eingriff vorläge. Auf Nachfrage der Generalanwältin, warum der Eingriff schwächer sei als die Datenerhebung selbst, erklärte die Kommission, dass die Übermittlung schon erlangter Daten weniger eingreifend sei als das erstmalige Einschreiten in die Privatsphäre.

Die Generalanwältin wandte sich sodann der Vorlagefrage 4 zu, welche die Unterrichtungspflicht nach Art. 31 RL-EEA thematisiert. Sie erkundigte sich bei der Kommission, ob der Unterrichtungspflicht individualschützender Charakter zukäme. Nachdem die Kommission dies verneinte, wies die Generalanwältin sie auf Art. 31 Abs. 3 RL-EEA hin, der doch offensichtlich auf Individualschutz ausgerichtet sei.

Anknüpfend an die Befragung durch die Generalanwältin erkundigte sich der Präsident beim deutschen Vertreter, ob tatsächlich ein deutsches Gericht die französischen Maßnahmen nach französischem Recht prüfen und bei Verstößen die Unverwertbarkeit der Beweise annehmen könnte. Darauf erwiderte der deutsche Vertreter, die Frage der Verwertbarkeit sei nach der nationalen Prozessordnung zu klären. Deutsche Gerichte seien nicht in der Lage, nach französischem Recht zu prüfen, dies sei auch nicht notwendig. Wenn ein so schwerer Mangel vom Betroffenen geäußert würde, dass der Beweis dadurch unverwertbar wäre, könnte das ein deutsches Gericht feststellen. Es müsse ein so schwerer Mangel vorliegen, dass der Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens erschüttert würde.

Im Anschluss warf einer der Richter die Frage nach der Sinnhaftigkeit der Unterscheidung zwischen der Übermittlungs-EEA und der Erhebungs-EEA auf. Das BKA habe ab dem 03.04.2020 Daten von Frankreich erlangt. Am 02.06.2020 sei dann die EEA der Staatsanwaltschaft ergangen, am 13.06.2020 die Genehmigung von Frankreich erteilt worden. Die Übertragung dauerte bis zum 28.06.2020 an. Das BKA habe die Daten demnach live mitgelesen. Daher habe es sich nicht um die Übermittlung *schon vorhandener* Daten, sondern vielmehr um die fortlaufende Datenerhebung, gehandelt.

Die Kommission verwies darauf, die Datenübertragung ab dem 03.04.2020 sei zu präventiven Zwecken der Gefahrenabwehr erfolgt. Die EEA sei nur das Instrument zur Verwendung von Beweisen im Strafverfahren, nicht zur Prävention von Straftaten. Der Richter stellte fest, dass die EEA dann nicht auf die Übermittlung von Daten, sondern auf die Zweckänderung der Daten gerichtet war. Sie sollten statt zur Gefahrenabwehr zu repressiven Zwecken verwendet werden. Zudem merkte der Richter an, dass für den Zeitraum ab Erlass der EEA bis zum Ende der Überwachungsmaßnahme weder Übermittlung noch Gefahrenabwehr oder Zweckumwidmung, sondern die Erhebung der Beweise selbst Gegenstand der EEA war. Er resümierte, es sei entscheidend, ob die Zweckänderung in Bezug auf die EncroChat-Daten rechtmäßig war. In der PNR-Richtlinie (RL 2016/683) sei z.B. ein Richtervorbehalt für Zweckänderungen vorgesehen. Er fragte, warum dies nicht auch bei der Zweckänderung bezüglich der EncroChat-Daten der Fall sei. Die Kommission verwies auf den Verdacht, der gegen die Nutzer von EncroChat bestanden habe. Im Anwendungsbereich der PNR-Richtlinie gäbe es regelmäßig keine Verdachtsmomente.

Auf abschließende Nachfrage der Generalanwältin führte die Kommission klarstellend aus, die Ursprungsmaßnahmen seien für die *Gültigkeit* einer Übermittlungs-EEA unerheblich und lediglich in den Grenzen des Art. 6 Abs. 1 a RL-EEA relevant. Nur, wenn die Anordnungsbehörde Kenntnisse von groben Rechtsverstößen bei der Erhebung erlange, dürfe sie die EEA nicht erlassen. Abgesehen von groben Rechtsverstößen gäbe es keinen Anlass im Rahmen des Erlasses der EEA, die Ursprungsmaßnahme nach französischem Recht zu prüfen. Dies sei erst bei der Beweiswürdigung relevant.

Zum Ende der Verhandlung kündigte die Generalanwältin kündigte ihre Schlussanträge für den 26.10.2023 an.