

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

I. Fragen des EuGHs zur Vorbereitung auf die mündliche Verhandlung:

1. Welche Auswirkung hat die RL 2016/680 (JI-Datenschutzrichtlinie) auf die Vorlagefragen 1-3?¹

Welche Auswirkung hat die RL 2002/58 (Vorratsdatenspeicherung) auf die Vorlagefragen 1-3?

2. Betrifft die Auslegung des Art. 6 Abs. 1 RL-EEA, insbesondere, ob Art. 6 Abs. 1 RL-EEA einen Unterschied macht zwischen solchen 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. Sieht Art. 6 I RL-EEA für die beiden Typen von EEA verschiedene Anordnungsvoraussetzungen vor? Welcher Maßstab gilt jeweils?

II. Vortrag der Staatsanwaltschaft Berlin, StA Graubach

- StA Berlin beantwortet die Fragen des EuGHs zur mündlichen Verhandlung in Übereinstimmung mit allen Mitgliedstaaten und der Kommission (aus Schriftsätzen bekannt)
- Zusammenfassung Ausgangsfall, Zusammenfassung Ermittlungserfolge EncroChat im Allgemeinen und in Deutschland
- StA hat keine Bedenken gegen die Verwertung der Daten aus europarechtlicher Sicht.
- Vorlagefragen 1 – 3 betreffen die Auslegung des Art. 6 I RL-EEA
- EEA der GenStA FFM war nicht auf konkrete Ermittlungsmaßnahmen gerichtet, sondern lediglich auf den Transfer/ die Übermittlung von in Frankreich schon vorhandenen Daten.
- Nach deutschem Recht nach § 100 e VI StPO dafür kein Richtervorbehalt, daher auch nicht für die EEA
- Die zugrundeliegende Maßnahme nach französischem Strafprozessrecht muss nicht mit einer Maßnahme nach deutschem Recht identisch sein, es reicht die Vergleichbarkeit. Vergleichbare deutsche Maßnahmen seien die Online- und Telekommunikationsüberwachung. Ein Verdacht in Bezug auf konkrete Straftaten ist – entgegen der Annahme des LG Berlins – nicht notwendig, vielmehr reiche aus, wenn Verdacht in Bezug auf Katalogstraftat, dieser in Bezug auf alle Nutzer zu bejahen.
- Die Verwendung der Daten sei hier getrennt von der Erhebung der Daten (in Frankreich) zu betrachten, es läge eine Zweckumwidmung der Daten vor. Die Weiterleitung der Daten sei notwendig und verhältnismäßig gewesen, Art. 6 I a RL-EEA insoweit erfüllt.
- Gegen die Weiterleitung der Daten bestünden in Deutschland auch Rechtsschutzmöglichkeiten, so könne mittels § 98 Abs. 2 StPO analog eine gerichtliche Entscheidung in Bezug auf die EEA beantragt werden, dagegen dann weitere Rechtsmittel. Bis jetzt habe kein Nutzer von EncroChat diesen Weg bestritten, was sicher

¹ Die Vorlagefragen 1 – 3 des Landgerichts Berlin betreffen im Groben: Die Frage, wer Anordnungsbehörde für die Ermittlungsanordnung sein darf; die Frage, ob Art. 6 I a einer EEA entgegensteht, mit welcher Daten aus einer Überwachung aller Nutzer eines Telekommunikationsdienstes ohne konkreten Tatverdacht verlangt werden; die Frage, ob Art. 6 I 1 einer EEA entgegensteht, wenn die Ursprungsmaßnahme im Anordnungsstaat nicht rechtmäßig gewesen wäre.

daran liegt, dass sie nicht aus der Anonymität heraus wollen, sofern sie noch nicht identifiziert sind.

- Die Entscheidung darüber, ob ein Beweisverwertungsverbot bestünde, sei außerdem am deutschen Verfahrensrecht zu messen (bzw. jeweils am nationalen Recht), der BGH habe schon bestätigt, dass die Daten in Deutschland verwertbar seien.
- Die Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten ist im Hinblick auf die Frage der Verwertbarkeit der Daten zu berücksichtigen.
- Ende StA Berlin

III. Vortrag des Verteidigers des Betroffenen, RA Conen

- Die Argumentation der StA Berlin, sowie der deutschen Ermittlungsbehörden insgesamt verlaufe nach dem Motto „Wo ein Wille ist, ist auch ein Weg“. Wegen des Erfolgs der Maßnahmen gegen EncroChat werden diese Maßnahmen jetzt ex post gerechtfertigt. Dies widerspreche aber dem Recht, denn dieses müsse den Weg – unabhängig vom Ergebnis – begrenzen.
- Zur zweiten Frage des EuGHs: Art. 6 Abs. 1 RL-EEA statuiere keine unterschiedlichen Anordnungsvoraussetzungen für EEA, die auf Erhebung von Beweisen durch Ermittlungsmaßnahmen und solche, die auf die Übermittlung schon vorhandener Beweise im Vollstreckungsstaat gerichtet sind.
- Art. 6 Abs. 1 RL-EEA lege vielmehr allgemein für jede EEA die Anordnungsvoraussetzungen fest.
- Das „ob“ der beantragten Maßnahme ist in Art. 6 Abs. 1 b RL-EEA geregelt und gelte für alle Maßnahmen. Die Maßnahme müsste also in einem vergleichbaren innerstaatlichen Fall nach nationalem Recht angeordnet werden dürfen.
- Die RL-EEA sei auch dazu da, die Grund- und Verfahrensrechte der Bürger zu schützen.
- Die EEA hätte also von einem Richter beantragt werden müssen, denn nach nationalem Recht bestehe für die TKÜ und Online Durchsuchung ein Richter-Vorbehalt. Art. 6 I b gibt das vor.
- Wenn man zwischen den beiden Typen der EEA unterscheiden würde, dann würde dies zu forum shopping einladen und nationale Regeln würden umgangen werden.
- Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens dürfte nicht missbraucht werden.
- Vergleich mit Teich: Wenn es A verboten ist, Fische aus einem Teich zu fangen, dann darf er nicht B mit dem Fischen beauftragen und so doch an die Fische kommen.
- Zur ersten Frage des EuGHs: RL 2016/680 sie anwendbar auch auf diesen Fall der Datenerlangung. Die vorherige Genehmigung bzw. Anordnung durch ein Gericht in Bezug auf die Datenabschöpfung kann nicht nachgeholt werden.
- Art. 6 EMRK ebenfalls, in Bezug auf fair trial: Wo der Staat outsourct (hier transnational) müsse er Vorkehrungen treffen, die die Überprüfung der Maßnahmen sicherstellen.

IV. Herr Hellmann für die Bundesregierung Deutschlands

- Zunächst Richtigstellung in Bezug auf Vortrag des RA Conen und des Vorlagebeschlusses LG Berlin: Frankreich habe nicht für Deutschland ermittelt, sondern für alle Mitgliedstaaten und für sich selbst.
- Kein Befugnis shopping, denn Frankreich habe die Daten in einem eigenen gegen die Betreiber von EncroChat gerichteten Verfahren erhoben, dabei hatten französische Gerichte die Ermittlungsmaßnahmen bestätigt, erst im zweiten Schritt seien die Daten an andere Staaten weitergegeben worden.

1. Frage des EuGHs: Welche Bedeutung hat die RL 2018/680 auf die Vorlagefragen des LG Berlins?
 - JI Datenschutzrichtlinie lege die allgemeinen Anforderungen fest, wann eine Umwidmung von Daten in Ordnung sei. Dabei stellt sie allgemeine Anforderungen auf, die mit denen in der RL-EEA identisch seien. Die RL-EEA entspreche nicht nur der JI-Datenschutz-Richtlinie, sie sei auch konkreter als diese. Die JI-Datenschutz-RL gehe insoweit nicht über die RL-EEA hinaus.
 - Weder in Bezug auf die Frage der Anordnungsbehörde, noch in Bezug auf die VHMK oder den Zweck gebiete die JI-Datenschutz-RL etwas anderes, als die RL-EEA
2. Frage des EuGHs: Unterscheidet Art. 6 Abs. 1 RL-EEA zwischen EEA; die auf die Vornahme von Maßnahmen und solche, die auf die Übermittlung schon vorhandener Ermittlungsergebnisse gerichtet sind?
 - Laut dem BGH unterscheidet Art. 6 zwischen den verschiedenen Typen von EEA (Art. 6 I a auf alle EEA; Art. 6 I b nur auf solche, in denen Ermittlungsmaßnahmen beantragt werden
 - Bundesregierung sieht das auch so.
 - Aber selbst wenn man nicht mit dem BGH gehen würde – wie es die Kommission tut – dann ergibt sich daraus im Ergebnis nichts anderes. Wenn Art. 6 I b auch auf solche EEA; die den Transfer von Maßnahmen zum Gegenstand haben, anzuwenden wäre, dann müsste die in der EEA benannte Maßnahme nach dem Recht des Anordnungsstaats in einem vergleichbaren innerstaatlichen Fall zulässig sein. Hier war aber nicht TKÜ selbst Gegenstand der EEA, sondern die Übermittlung von Daten. Daher muss man prüfen, ob in einem vergleichbaren innerstaatlichen Fall die StA von einer anderen Behörde, etwa der StA eines anderen Bezirks, Ermittlungsergebnisse hätte anfordern dürfen.
 - Der hypothetische Vergleich nach Art. 6 Abs. 1 b darf sich nicht auf die Ursprungsmaßnahme beziehen, sondern auf den Transfer der Daten selbst. Nach nationalem Recht hätte die GenStA FFM von einer anderen StA nach §§ 161, 100 e VI StPO Ermittlungsergebnisse anfordern dürfen. Dafür besteht kein Richtervorbehalt. Die Voraussetzungen von §§ 161, 100e VI StPO lagen vor, insbesondere stand der Verdacht schwerer Straftaten im Raum. Eine richterliche Genehmigung ist nach deutschem Recht für den Transfer schon vorhandener Beweise nicht notwendig. Also auch wenn man nach Art. 6 Abs. 1 b prüft, so wäre kein Richterbeschluss notwendig gewesen.
 - Vertrauen in die gerichtlichen Beschlüsse in Frankreich, gegenseitiges Vertrauen einer der Grundpfeiler der EU.

V. Vertreterin der Regierung Tschechien

- Zweck der RL-EEA sei die justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen und anhand dieses Zweckes sollte sie auch ausgelegt werden.
- 1. Vorlagefrage: Tschechien liest die RL-EEA nicht so, dass ein Richter die EEA anordnen müsste, wenn die Beweise im Vollstreckungsstaat schon vorliegen.
- Es sei lediglich Art. 6 I a anzuwenden
- Selbst wenn aber keine Unterscheidung in den Anordnungsvoraussetzungen bei den zwei Typen von EEA, dann dennoch unterschiedliche Prüfungen, weil eben nach den nationalen Vorschriften geprüft werde

- Art. 6 I b erfordere, dass vergleichbare Maßnahmen verglichen werden, es komme also auf die konkrete EEA-Maßnahme an. Hier stehe lediglich der Transfer von Daten im Raum, diese Maßnahme müsse also nach dem nationalen Recht geprüft werden.
- Wenn jeder Mitgliedsstaat die zugrundeliegende Maßnahme daraufhin prüfen müsste, dann würde dies die Zusammenarbeit zwischen den Staaten erschweren und verlangsamen, dies liefe dem Zweck der RL entgegen.
- Die Ermittlungsmaßnahmen selbst würden sich zwischen den Staaten unterscheiden, das sähe Art. 10 RL-EEA auch so vor. Daher dürfe nur der Transfer der Daten nach dem jeweiligen nationalen Recht des Anordnungsstaats geprüft werden.
- Verwertbarkeit von Beweisen richte sich zudem ebenfalls nach dem nationalen Recht (Fall La Quadrature du Net)
- Zu den Fragen des EuGHs: RL 2016/680 ändere nichts an dem Vorgesagten.
- Die Anordnungsbehörde müsse vorher gründliche prüfen, ob die EEA rechtmäßig sei, aber nicht auf Grundlage der Beweise (die ja noch gar nicht erlangt).
- RL 2002/58 (Vorratsdatenspeicherung) sei ebenfalls nicht anwendbar.
 - o Denn es liege keine allgemeine Erhebung von Verkehrs- und Standortdaten vor.

VI. Irland

- Justizielle Zusammenarbeit in der EU in Strafsachen sehr wichtig.
- 1. Frage des Gerichtshofs zur mündlichen Verhandlung:
 - Verweis auf Rn. 103 aus der Entscheidung La Quadrature du Net, daraus ergebe sich, dass die RL 2002/58 nicht auf diesen Fall anwendbar sei (nicht auf EEA)
 - RL 2016/680 sei zwar anwendbar, aber habe keine Relevanz für die Vorlagefragen 1 -3 des LG Berlins. Nach RL 2016/680 müssen die Mitgliedstaaten den Schutz der Daten sicherstellen. Keine Aussagen über die Anordnungsbehörde bei einer EEA, über die Art der zulässigen Ermittlungsmaßnahmen etc.
 - RL 2016/680 schlicht keine Aussagekraft für die Vorlagefragen, LG Berlin hat auch nicht danach gefragt.
 - Art. 14 JI-Datenschutz-RL ziele auf die Rechtsschutzmöglichkeiten im Mitgliedsstaat ab, darum müsse sich der jeweilige Staat kümmern. JI-Datenschutz-RL hat dagegen keinerlei Auswirkungen auf die EEA. Liegt zwar zugrunde, aber EEA-RL werde nicht ersetzt dadurch.
 - Antwort auf erste Frage des EuGHs: JI-Datenschutz-RL zwar zu beachten, aber keine Auswirkungen auf Vorlagefragen 1 – 3.

VII. Spanien

- Vorabentscheidungsverfahren sehr wichtig.
- EncroChat-Ermittlungen großer Erfolg
- LG Berlin sei im Vorlagebeschluss von falschen Prämissen ausgegangen, die EEA sei eben nicht auf die Anordnung von TKÜ, sondern auf die Übermittlung von Daten gerichtet gewesen.
- Art. 6 I b nicht relevant, aber selbst wenn, dann nur Vergleich mit innerstaatlicher Datenübermittlung, nicht innerstaatlicher TKÜ
- Außerdem erfolgten die Maßnahmen in Frankreich innerhalb französischer Ermittlungsverfahren auf Grundlage französischer Beschlüsse, daher auch insoweit LG Berlin falsche Prämissen.

- Die Schwere des Grundrechtseingriffs dürfe keine Auswirkungen auf die RMK der EEA haben, denn der Eingriff der TKÜ sei im Mitgliedsstaat erfolgt, Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens, keine nachträgliche Überprüfung durch anderen Mitgliedsstaat.
- 1. Frage des Gerichtshofs: Quadrature due Net → RL 2002/58 sei nicht auf EEA anwendbar.
- RL 2016/680 zwar anwendbar, aber keine Relevanz für die Vorlagefragen 1 -3
- Die Gültigkeit der EEA sei allein in der RL-EEA geregelt.

VIII. Frankreich

- EncroChat-Ermittlungen super erfolgreich. Verweis auf Europol Pressemitteilung von letzter Woche, in der die Ermittlungserfolge zusammengefasst wurden.
 1. Frage EuGH
 - RL 2016/680 zwar relevant, aber ohne Auswirkungen auf EEA (2002/58-RL gar nicht einschlägig)
 - Nach RL 2016/680 kein Richtervorbehalt für die EEA notwendig, denn keine Vorgaben über Anordnungsbehörden etc. Verpflichtungen aus beiden RL laufen zusammen, Daten dürfen auch von anderen Behörden verwendet werden.
 - Anordnung einer EEA nur dann verboten, wenn Verstoß gegen Art. 47 GRCharta: Liegt aber nicht vor, weil effektiver Rechtsschutz gegeben ist.
 - Außerdem: Ermittler müssen mit grenzüberschreitenden Instrumenten ausgestattet werden, sonst keine Chance gegen OK. Reibungsloses System der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen muss gegeben werden (Appell an EuGH).

IX. Niederlande

- Betonen Ermittlungserfolg in Sachen EncroChat
- Pressekonferenz Eurojust/ Europol habe gezeigt, dass die Ermittlungen gegen Encro die EU sicherer gemacht haben.
- EncroChat sei kein gewöhnlicher Telekommunikationsanbieter, Nutzung ausschließlich durch kriminelle Personen zu kriminellen Zwecken
- Niederlande war Teil der Ermittlungsgruppe und zweifelt an der Richtigkeit der Sachverhaltsdarstellung im Vorlagebeschluss.
- Zur zweiten Fragen des EuGHs: Die Rechtmäßigkeit der Überwachung selbst sei nach Art. 6 I nicht zu prüfen, sondern lediglich die RMK des Transfers.
- Einzig streitrelevant sei hier also, ob schon vorhandene Daten mittels der EEA transferierbar waren.
- Art. 6 I mache keinen Unterschied zwischen den verschiedenen EEA (auf Erhebung von Daten oder auf Übermittlung von Daten, beides müsse jeweils an a) und b) gemessen werden)
- In vergleichbarem innerstaatlichen Fall wäre die StA in BRD zuständig gewesen, also auch in transnationalem Fall.
- Voraussetzungen von Art. 6 I erfüllt.
- Vergleich mit Urteil EuGH StA Wien (auch EEA), dort war auch kein Richter zuständig.
- Es bestand zudem auch ein Verdacht gegen die Nutzer (oben dargestellt), also auch Übermittlung rechtmäßig (Verweis auf EUGH Entscheidung Spacenet)
- Eine Verhältnismäßigkeitsprüfung durch ein Gericht müsse nicht vorgenommen werden (in Bezug auf Übermittlung der Daten) → RL 2016/680 sehe auch kein Gericht vor.

- Nach den Richtlinien müssten die Mitgliedstaaten jeweils selbst auf die Einhaltung der GR achten, aber nicht gegenseitig prüfen. Jeder für sich selbst. Hier nur Übermittlung zu prüfen, nicht Erhebung selbst.
- RL 2002/58 schon nicht anwendbar.

X. Ungarn

- Die Fragen der Beweisverwertung im Strafverfahren seien nicht unionsrechtlich determiniert, sondern nationales Recht
- Entscheidungen der einzelnen Staaten müssten nach dem Grundsatz der Souveränität und des gegenseitigen Vertrauens anerkannt werden.
- Es gäbe unterschiedliche Verfahrensordnungen in der EU, dies müsse berücksichtigt und respektiert werden.
- Verwertung von Beweisen nationales Recht.
- Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung sollte ohne Ausnahmen gelten, wenn dieser Grundsatz aufgeweicht werde, würde dies zu einem irreparablen Schaden für das System der EEA führen.
- Es sei Aufgabe der Mitgliedstaaten, in jeder Lage des Verfahrens die Grundrechte der Betroffenen zu wahren, es bestehe gar kein Anlass für andere Mitgliedstaaten, sich darin einzumischen.
- Zu den Fragen des EuGHs: RL 2002/58 nicht anwendbar. RL 2016/680 zwar relevant, aber keine Auswirkungen.
- Nachträglicher Zugang zu Daten sollte nicht nach EEA, sondern nur nach nationalem Recht erfolgen.

XI. Schweden

- Schweden sieht es grundsätzlich wie die anderen Mitgliedstaaten.
- Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens enorme Bedeutung. Mitgliedstaaten können nicht voneinander verlangen, einen höheren Grundrechtsschutz zu gewährleisten, als es das EU-Recht gebietet.
- Entscheidungen aus anderen Staaten müssen Mitgliedstaaten als direkt vollstreckbar akzeptieren.
- LG Berlin Beschluss insoweit irreführend: Konkrete Verdachtsmomente gegen die Nutzer von EncroChat gegeben und Beweismittel wurden nicht für Deutschland erhoben.
- Zu den Fragen des EuGHs: Art. 6 I RL-EEA unterscheidet nicht zwischen den zwei Typen von EEA, für alle dieselben Anordnungsvoraussetzungen. Aber weil unterschiedliche Maßnahmen Gegenstand der EEA sind, sind auch unterschiedliche Prüfungsmaßstäbe anzusetzen.
- Anordnungsbehörde bestimme sich nach nationalem Recht, insoweit hier wohl StA zuständig
- Zulässigkeit in einem ähnlichen nationalen Verfahren: Erlangung schon vorhandener Beweise, von einer Behörde an eine andere. Zugrundeliegende Maßnahme sei schon vollstreckt, diese also gerade nicht mehr zu prüfen.
- Außerdem Grundsatz des Vertrauens, in Frankreich habe ein Gericht die Ursprungsmaßnahmen angeordnet.
- Die Verwertbarkeit sei überdies nur nach nationalem Recht zu bestimmen.
- RL 2016/680 gelte zwar für EEA, aber keine weiteren Anforderungen, als schon in RL-EEA

- EncroChat Ermittlungen enorm wichtig für Schweden, 20 Morde wurden verhindert.

XII. Kommission

- Erfolg der EncroChat-Ermittlungen wird betont
 2. Frage des EuGH:
 - Art. 6 I RL-EEA ist auf beide Arten der EEA anwendbar, sowohl auf Ermittlungs-EEA als auch auf Transfer-EEA.
 - Nach dem Wortlaut der RL keine Unterscheidung, nach Art. 1 RL-EEA gelte die RL für alle EEA.
 - Unterscheidet sich der Vergleichsmaßstab nach Art. 6 I b jeweils für die beiden Arten von EEA? Nein, nach Kommission nicht, die Methodik bleibt genau die gleiche. Hypothetische Maßnahme im innerstaatlichen Fall auch lediglich die Übertragung von Beweisen, aber nicht die Ursprungsmaßnahme. Übermittlung zwischen zwei Behörden und gerade nicht die Erhebung selbst.
 - LG Berlin hätte die Prüfung nach Art. 6 i b auch auf die zugrundeliegende Maßnahme angewandt, dafür gibt es keine Grundlage in der RL: Eine doppelte Kontrolle der Ursprungsmaßnahme sei gerade nicht vorgesehen. Lediglich Transfer, nicht Ursprungsmaßnahme zu prüfen nach Art. 6 I b RL-EEA
 - Aufgreifen des „Fischen im Teich“ Beispiels von RA Conen: Wenn aber eine andere Person die Fische rechtmäßig fängt, dann darf man diese Fische von der Person erhalten.
 - Zu den Fragen des EuGHs: RL 2016/680 sei als allgemeines Datenschutzregime neben RL-EEA anwendbar. Aber die Voraussetzungen zum Erlass seien in RL-EEA konkreter geregelt.
 - 2016/680 lediglich komplementäre Funktion, keine zusätzlichen Anforderungen an die Behörde.

XIII. Fragen an Beteiligten

1. Berichterstatterin fragt Kommission:

- Zum Verhältnis RL-EEA und RL 2016/680: 2020 wurde Art. 20 aus der RL-EEA gestrichen, im Zuge der Angleichung der beiden Richtlinien, warum?
- Antwort: Art. 20 RL-EEA verwies noch auf Vorgängervorschriften zu RL 2016/680, er wurde dann aus Klarstellungsgründen gestrichen. Eine Auswirkung auf den Rechtsanwender habe dies aber nicht, schon vorher sei 2016/680 maßgeblich gewesen und auf den gesamten Bereich der EEA anwendbar gewesen. Jetzt aber durch Streichung der alten Verweisungen auch klar gestellt. RL 2016/680 voll anwendbar.

2. Generalstaatsanwältin fragt Beteiligte:

a) Frage an Niederlande:

- Was meint NL damit, dass die Verhältnismäßigkeitsprüfung nach 2002/58 eine andere sei, als nach RL-EEA? Keine vorherige gerichtliche Kontrolle, weil unterschiedliche VHMK-Maßstäbe für EEA notwendig?
- Antwort NL: Die beiden RL betreffen jeweils verschiedene Regelungsbereiche und statuieren dafür jeweils eigene Rechte, bzw. Rechtsschutzregime. Bei den Richtlinien 2014/41 und 2016/680 ist jeweils keine gerichtliche Prüfung vorgesehen, bei der RL 2002/58 dagegen schon, weil damit andere und tiefere Eingriffe in die Grundrechte der Betroffenen einhergehen. Die Unterschiede zwischen den Richtlinien rechtfertigen,

dass auch unterschiedliche Maßstäbe im Rahmen der Abwägung bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung. Bei der RL 2014/41 und der hier vorliegenden EEA lediglich Eingriffe in Nutzer von EncroChat, gegen die ohnehin ein Anfangsverdacht bestanden hat. 2002/58 RL regelt den anlasslosen Eingriff in Informationsfreiheit. Daher strenger

- Auf Nachfrage der Generalanwältin: Ansicht der NL dahingehend, dass sowohl die unterschiedliche Eingriffstiefe, als auch der unterschiedliche Rechtsrahmen sowie die unterschiedlichen Eingriffsvoraussetzungen hier die Unterschiede zwischen den RL rechtfertigen.

b) Generalanwältin Capeta Frage an Hellmann (Bundesregierung Deutschland):

- Nach dem Regime, was die Mitgliedstaaten vorgeschlagen hätten, welches vor allem auf dem Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens und der gegenseitigen Anerkennung beruhe, vermute sie eine Grundrechtsschutzlücke im System der EEA. Wenn der Anordnungsstaat einer EEA stets darauf vertrauen müsse und dürfe, dass die zugrundeliegende Maßnahme rechtmäßig gewesen sei, wann würde diese dann überhaupt geprüft werden? Hätte der Beschuldigte im Anordnungsstaat überhaupt eine Möglichkeit, die Ursprungsmaßnahme gerichtlich prüfen zu lassen?
- Die Generalanwältin bezieht sich auf den Vergleich, den mehrere Mitgliedstaaten, auch Deutschland und die Kommission gezogen haben: Nach Art. 6 Abs. 1 b) RL-EEA sei die Maßnahme der EEA daraufhin zu prüfen, ob sie in einem vergleichbaren innerstaatlichen Fall nach nationalem Recht zulässig wäre. Da die Maßnahme einer EEA, die auf die Übermittlung von schon erlangten Beweisen gerichtet sei, aber eben nicht die Erhebung dieser Beweise selbst (zB durch TKÜ oder Online-Durchsuchung sei), sondern lediglich auf den Transfer von Daten, sei also anhand der entsprechenden deutschen Übermittlungsnorm zu prüfen.
- Konkrete Frage: Was würde in Deutschland passieren, wenn Beweise von der StA Berlin von der StA München angefordert würden und auf dieser Grundlage dann ein Prozess in Berlin stattfinden würde? Könnte der Beschuldigte die Rechtswidrigkeit der Datenerlangung rügen? Wer würde dann über diese Geltendmachung der Illegalität der Beweise entscheiden?
- Antwort Hellmann: Das Gericht in Berlin müsste prüfen, ob durch die Erhebung der Daten in München die StPO verletzt wurde.
- Nachfrage Generalanwältin: Aber die Daten wurden in München für einen anderen Zweck erhoben, hier wird geltend gemacht, die erste Erhebung der Daten sei schon rechtswidrig gewesen. Hätte der Beschuldigte dafür einen Rechtsbehelf?
- Antwort Hellmann: Die Frage ist auf den Rechtsschutz gerichtet. § 101 StPO bietet für verdeckte Ermittlungen eine Rechtsschutzmöglichkeit. Ein wesentlich Mitbetroffener einer TKÜ-Maßnahme müsste über Maßnahme informiert werden, danach könnte er Rechtsmittel dagegen einlegen. Gerichtliche Überprüfung der Maßnahme dann möglich.
- Erneute Nachfrage: Der Beschuldigte kann in Deutschland demnach also die gerichtliche Überprüfung der Ursprungsmaßnahme beantragen? Nicht lediglich den Transfer? Das Gericht in Berlin könnte also die RWK der ursprünglichen Maßnahme durch die STA prüfen und feststellen?
- Antwort Hellmann: Ja, das Gericht in Berlin könnte – auch bei transferierten Daten – die Rechtswidrigkeit der Ursprungsmaßnahme feststellen.

c) Frage an die Kommission:

- Anschließend an die Erkenntnisse aus der Beantwortung der Fragen von Hellmann, müsste man das nicht auch auf die Anwendung des Art. 6 I b) RL-EEA übertragen? Wenn also in einem nationalen Fall das Gericht nach der Übermittlung von Daten auch die Ursprungsmaßnahme prüfen kann, müsste dann nicht das Gericht in einem transnationalen Fall ebenfalls die Ursprungsmaßnahme prüfen können? Müsste das nicht auf Art. 6 I b) RL-EEA übertragen werden und – entgegen dem Vortrag der Mitgliedstaaten und der Kommission – nicht lediglich der Transfer, sondern doch auch die Ursprungsmaßnahme geprüft werden? Und wo könnte der Betroffene diesen Rechtsschutz erlangen? In Deutschland, in Frankreich oder gar nicht? Dann doch eine Lücke?
- Antwort Kommission: Die verschiedenen Stadien im Laufe der Ermittlungen und des Datentransfers müssen unterschieden werden. Beim Erlass der EEA komme eine Prüfung der zugrundeliegenden Maßnahmen nicht in Frage. Sie sei – auch ohne Prüfung der Maßnahmen in diesem Fall – rechtmäßig und gültig gewesen. Aber auch in diesem Stadium gäbe es Rechtsmittel gegen die ursprünglichen Maßnahmen, und zwar in Frankreich. In Berlin könne in diesem Stadium – bei der Frage der Gültigkeit der Maßnahme – die RWK der zugrundeliegenden Maßnahmen keine Rolle spielen. ABER bei der Frage der Verwertbarkeit der Beweise könnte auch in dem Anordnungsstaat dann die zugrunde liegende Maßnahme geprüft werden. Und zwar im Rahmen eines möglichen Beweisverwertungsverbot. Dies sei allerdings strikt nationales Recht (außer es liege der seltene Fall eines unionsrechtlichen BVV vor). Wenn aber das Gericht in dem Anordnungsstaat in der zugrundeliegenden Maßnahme Fehler entdecke, dann könne das Gericht dies auch prüfen und auf Grundlage dessen die Beweise würdigen und die Beweisverwertung ablehnen. Das Gericht des Anordnungsstaats (hier Berlin) könne also wegen eines Beweiserhebungsfehlers in Frankreich durchaus die Unverwertbarkeit der Beweise annehmen.

d) Weitere Frage der Generalanwältin an die Kommission:

- Sie sehe dennoch eine mögliche Rechtsschutzlücke im System der EEA. Der Beschuldigte brauche Schutz gegen beide Maßnahmen, die Ursprungsermittlung und die Datenübertragung.
- Antwort Kommission: Es gäbe keine Lücke. Das Landgericht dürfe ja die französische Ermittlungsmaßnahme im Rahmen der Beweismwürdigung prüfen. Dies sei aber keine Frage der Gültigkeit der EEA, sondern der Verwertbarkeit der auf ihrer Grundlage erlangten Beweise. Außerdem könne die Verteidigung ja in Frankreich Rechtsmittel gegen die Ermittlungen einlegen.
- Nachfrage Generalanwältin: Würde denn die Ursprungsmaßnahme nach deutschem oder nach französischem Recht geprüft werden?
- Antwort Kommission: Nach französischem Recht, dabei Zusammenarbeit mit den französischen Behörden.

e) Weitere Frage der Generalanwältin an die Kommission:

- Prüfung der VHMK im Rahmen von Art. 6 I EEA-RL. Gäbe es Unterschiede in der VHMK-Prüfung zwischen der EEA, die auf Ermittlungen, und der EEA, die auf den Transfer von Beweisen gerichtet sei?

- Antwort Kommission: Methodisch kein Unterschied zwischen den beiden Typen EEA bei der VHMK Prüfung. Bei der VHMK-Prüfung werde jedoch die Schwere des Eingriffs berücksichtigt, und die sei bei der Übermittlung schon vorhandener Daten geringer als bei der ersten Erhebung von (neuen) Daten. Daher unterschiedliche Maßstäbe und für die Transfer-EEA weniger Anforderungen.
- Nachfragen Generalanwältin: Warum ist der Transfer von schon vorhandenen Ergebnissen ein weniger schwerer Eingriff als die erste Ermittlung von Daten?
- Antwort Kommission: Zwar beides Eingriffe – d.h. auch die erneute Übermittlung ist ein Eingriff in Grundrechte – aber weniger schwer. Weil dann keine Überwachungsmaßnahme mehr stattfindet, sondern lediglich schon vollzogene Maßnahme ausgeweitet wird, indem auch andere Stellen von den Daten Kenntnis erlangen. Weniger schwer als erstmaliges Eindringen in die Privatsphäre.

f) Frage Generalanwältin an die Kommission:

- Art. 14 VII S. 2 der RL sei Ausdruck des fair trial Prinzips, dort ist geregelt, dass unbeschadet nationaler Vorschriften die Mitgliedstaaten sicherstellen, dass die Rechte der Verteidigung gewahrt sind etc. Was für eine Bedeutung habe dies für die EncroChat-EEA?
- Antwort Kommission: Art. 14 VII 2 betreffe die Frage des fair trial aber eben nicht die Frage der Beweisverwertung. Ein Beweisverwertungsverbot liege nur vor, wenn die Verteidigung nicht gesichert. Sonst habe aber Art. 14 VII 2 keine weiteren Auswirkungen, die Frage, ob ein Beweisverwertungsverbot vorliegt ist ansonsten allein den Mitgliedstaaten überlassen.
- Nachfrage Generalanwältin: Art. 14 VII 2 RL-EEA also lediglich eine Erinnerung, die Grundrechte einzuhalten, ohne praktische Relevanz?
- Antwort Kommission: Ja, als die RL geschrieben wurde, war es noch wichtig, die Mitgliedstaaten an die Einhaltung der GR zu erinnern, noch nicht so gefestigte Rechtsprechung des EuGH wie heute. Procuratur Entscheidung lag noch nicht vor, daher war Betonung des GR-Schutzes noch wichtig.
- Frage Generalanwältin: Von wem kommt die Richtlinie?
- Antwort Kommission: Von den Mitgliedstaaten.

g) Generalanwältin fragt die Kommission

- in Bezug auf die Vorlagefrage 4, in der es um die Unterrichtungspflicht bei Maßnahmen auf dem Gebiet eines anderen Staats geht. Wie sieht die Kommission die Unterrichtung nach Art. 31 RL-EEA in diesem Verfahren?
- Antwort Kommission: Schon die Weiterleitung der Daten an das BKA stellte die Unterrichtung dar.
- Nachfrage Generalanwältin: Aber damit wurden die Formalitäten der Unterrichtung nicht eingehalten. Welche Auswirkung hat das auf die EEA?
- Antwort Kommission: Formalitäten wurden ggf. nicht eingehalten, aber keine solch schweren Verletzungen, dass von einer ganz unterlassenen Unterrichtung ausgegangen werden könnte.
- Aber selbst wenn gar keine Unterrichtung erfolgt ist: Die Unterrichtungspflicht schützt nach Ansicht der Kommission lediglich die Souveränität der Staaten und dient gerade nicht dem Individualschutz von Betroffenen.

- Der Verfahrensfehler, dass die Unterrichtung schief gelaufen sei, sei nach nationalem Recht zu prüfen, weil kein Individualschutz aus Unterrichtungspflicht auch kein Beweisverwertungsverbot.
- Nachfrage Generalanwältin: Art. 31 Abs. 3 RL-EEA sieht aber vor, dass ein Staat die Ermittlungen auf seinem Gebiet stoppen kann, dies scheint schon dem Individualschutz zu dienen?
- Antwort Kommission: Nein, denn durch eine TKÜ werde eben auch die Souveränität des Staats, auf dem sie stattfindet, angetastet, deshalb könne er sie stoppen. Individualschutz zwar zugegebenermaßen auch eine Rolle bei der Unterrichtungspflicht, aber ganz untergeordnet. Sei nicht Hauptzweck der Vorschrift, sondern Sache der Mitgliedstaaten, wie sie diesem gerecht werden würden. Deshalb könne unterrichteter Staat unterbrechen.

3. Präsident fragt Beteiligte

- a) Frage an Herrn Hellmann (BRD): Erneut Beispiel aufgegriffen. Wenn die StA Berlin Beweise von der StA München möchte, dann reicht ein Antrag bei der StA; die StA Berlin muss keine gerichtliche Prüfung einleiten. Daraus ziehen die Mitgliedstaaten den Schluss, dass bei einer transnationalen EEA eben auch keine gerichtliche Anordnung notwendig sei. Nun wurde aber vorgetragen, dass in dem nationalen Fall das Gericht in Berlin doch die zugrundeliegenden Maßnahmen in München prüfen könnte. Demnach könnte Gericht in Berlin auch die französischen Maßnahmen nach französischem Recht prüfen? Muss das LG Berlin also nach französischem Recht Prüfung der Maßnahmen vornehmen?
- Antwort Hellmann: Frage der Verwertbarkeit von Daten ist nach der nationalen Prozessordnung zu klären. Berliner Gericht könnte nach französischem Recht gar nicht prüfen. Aber wenn ein so schwerer Mangel vom Betroffenen geäußert wird, dass der Beweis dadurch unverwertbar wäre, dann könnte dies auch das Gericht in Berlin feststellen.
 - Es muss ein so schwerer Mangel vorliegen, dass der Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens erschüttert würde. Nur das könnte deutsches Gericht prüfen und feststellen.

4. Weiterer Richter fragt Beteiligte

- a) Frage an Kommission:
- Die Mitgliedstaaten und auch die Kommission hätte unterschieden zwischen der Transfer-EEA und der Übermittlungs-EEA. Wenn er sich den Zeitablauf der Übertragung anschaut, dann kommen Zweifel auf: BKA hat ab 03.04.2020 (bzw. 01.04.2020) Daten von Frankreich erlangt. Am 02.06.2020 dann die EEA der StA FFM und am 13.06.2020 die Genehmigung aus Frankreich. Ende der Maßnahme 28.06.2020. Daten wurden vom BKA live mitgelesen. Daher lag eigentlich doch auch eine Erhebung von Daten vor, also Ursprungsmaßnahme? Eben keine Übermittlung schon vorhandener Daten, zumindest nicht bis 28.06.2020, weil ja live Übertragung? Warum daher Unterscheidung zwischen Transfer und Erhebung?
 - Antwort Kommission: Datenübertragung ab dem 03.04.2020 folgte zu präventiven Zwecken der Gefahrenabwehr. Danach erst die Bitte, die Daten im Strafverfahren zu verwenden. „Live-Mitschnitte“ waren Gefahrenabwehr, polizeiliche Zusammenarbeit. In dem Bereich Trennung zwischen Transfer und Erhebung in der Tat schwierig, aber ja noch

gar nicht im Anwendungsbereich der EEA. EEA nur zur Verwendung im Strafverfahren, nicht Prävention.

- Nachfrage Richter: Aber dann war die EEA ja auch gar nicht auf Übermittlung gerichtet (Daten waren schon in Deutschland), sondern auf Zweckänderung? Statt für Gefahrenabwehr jetzt zu repressiven Zwecken?
- Antwort Kommission: Ja, aber hier geht es ja um die Übermittlung von Beweisen zur Verwertung im Gerichtsprozess. Keine Zweckänderung der Daten mittels der EEA durch das BKA, sondern ganz neues Verfahren mit EEA eingeleitet, nämlich auf Gerichtsverwertung der Daten. Neues Verfahren, keine Zweckänderung.
- Nachtrag Richter: Allerdings EEA schon am 02.06.2020, die Übertragung der Daten ging bis zum 28.06.2020 weiter, hier dann ja weder Übermittlung, noch Gefahrenabwehr, noch Zweckumwidmung, sondern Erhebung selbst von der EEA getragen.
- Nachfrage Richter: Zusammenspiel von RL 2014/41 und RL 2016/680. In Art. 4 II RL 2016/680 zB Zweckänderung von Daten geregelt. Wert prüft diese Vorschriften?
Antwort Kommission: Bei der Zweckänderung der Datenverwendung in Frankreich nach Deutschland wird deutsche Behörde (Anordnungsstaat) prüfen.
- Nachfrage Richter: Also eigentlich entscheidend, ob die Zweckänderung in Bezug auf die EncroChat-Daten rechtmäßig war. Richtervorbehalt für Zweckänderung, PNR-Richtlinie z.B. (Daten von Fluggästen zur Strafverfolgung). Bei PNR Zweckänderung also Richtervorbehalt, obwohl diese Erfassungsmaßnahme weniger schwer ist als die Eingriffe in Privatsphäre bei Encro-Ermittlungen?
- Antwort Kommission: Aber gegen die Nutzer von Encro lag ein Verdacht vor, anders als bei den Personen, deren Fluggastdaten aufgezeichnet werden (PNR-Richtlinie).
- Nachtrag Richter: Aber bei der PNR-Richtlinie erfolgt auch eine vorherige Kontrolle, selbst wenn Verdacht vorliegt, wird Richter gefordert. Vorherige Kontrolle, damit die Voraussetzungen eingehalten werden. Auch bei Art. 4, 10 Polizei-RL?
- Antwort Kommission: Bei der EEA ist kein absoluter Richtervorbehalt (bei jeder EEA) notwendig, weil eben gegenseitige Anerkennung. Im nationalen Recht des Vollstreckungsstaat ist ja ein Richtervorbehalt für die Ursprungsmaßnahme vorgesehen. Unterschied zur PNR-Richtlinie: Bei EEA gibt es auch im Ursprungsverfahren schon Verantwortliche, die das Verfahren rechtmäßig gestalten sollen. In Frankreich habe ja ein Richter entschieden.
- Nachtrag Richter: Das versteht er, aber die Nachfrage bezog sich nicht auf die RL-EEA, sondern ob nach der Polizei-RL und bei Zweckänderung ein Richtervorbehalt notwendig sei?

5. Weiterer Richter fragt Beteiligte

a) Frage an RA Conen:

- Besteht denn ein gleichwertiger Schutz bei transnationalen Beweismitteltransferleistungen wie bei nationalen? Kann also bei transnationaler Übermittlung vergleichbar wie in Deutschland Prüfung eingeleitet werden?
- Antwort Conen: Vorlagebeschluss beschreibt schon ganz gut. Beweisantragsrecht außerdem schwierig, französische Zeugen nicht gleich einfach zu laden, wie deutsche. Sperrerklärungen der BRD. Außerdem bei nationalem Austausch auch Austausch der Akten möglich, d.h. Gericht in Berlin würde alle Akten aus München kriegen. Das ist hier nicht so, Akten werden zum großen Teil geheim gehalten und nicht zur Verfügung gestellt.

Außerdem muss Gericht den Beweisanträgen der Verteidigung – gerade im Freibeweisverfahren – ohnehin nicht folgen: Daher vielleicht theoretische Möglichkeit, die Maßnahmen in Frankreich prüfen zu lassen, aber doch sehr eingeschränkt praktisch umzusetzen.

6. Frage Generalanwältin an Kommission:

- Meinte der Kommissionsvertreter eben, dass wenn in Frankreich kein richterliche Beschluss vorgelegen hätte, die Kommission die EEA für rechtswidrig erachten würde?
- Antwort Kommission: Nein, es läge dann nur eine andere Situation vor, aber auch das würde nur dann zur Illegalität der EEA führen, wenn Verstoß gegen ordre public bei den Ermittlungsmaßnahmen. Kein absoluter Richtervorbehalt bei EEA; nur bei Verstoß gegen ordre public.
- Nachfrage Generalanwältin: Also alles nur auf Beweisverwertungen zu prüfen? Bei der Gültigkeit der EEA die Ursprungsmaßnahmen ganz egal?
- Antwort Kommission: Ja, es ist zu trennen. Die Grenze ist in Art. 6 I a RL-EEA, wenn man Kenntnis von groben Rechtsverstößen erlangt hat, dann nicht mehr verhältnismäßig. Wenn sehenden Auges die Grundrechte bei der Ermittlung selbst verletzt werden und die Anordnungsbehörde das weiß, dann darf sie nicht anordnen. Ansonsten – abgesehen von den groben Rechtsverstößen – gibt es keinen Anlass die Ursprungsmaßnahmen nach französischem Recht zu prüfen. Erst bei der Ebene der Beweiswürdigung relevant.

7. Weiterer Richter Frage an Hellmann: Er vergleicht erneut den transnationalen Transfer mit einem Transfer zwischen Berlin und München. Könnte das Landgericht Berlin urteilen, dass die Beweise nicht verwertbar sind, obwohl sie in München verwertbar sind? Und LG Hamburg könnte das wieder anders sehen?

Antwort Hellmann: Ja, das geht. Das Gericht macht immer eine neue Prüfung der Beweisverwertungsverbote, kann auch anders urteilen als ein anderes Gericht.

XIV. Schlussbemerkungen der Beteiligten

- RA Conen: Rechtsschutz ist das Problem. Falls die EEA früher ergangen wäre, dann hätte sie von Richter angeordnet werden müssen (weil dann auf Erhebung, nicht nur Transfer). Jetzt kann das nicht mehr nachgeholt werden, weil nie alle Fakten.
- Hellmann: Zur Live-Übertragung → es war eine französische Vorgabe, die Daten zunächst nur für Gefahrenabwehr zu verwenden und erst später die EEA für gerichtliche Verwendung.
- Irland. Es gibt lückenlosen Rechtsschutz, in Art. 6, 11, 14 RL-EEA sichergestellt.
- Spanien: Art. 31 RL-EEA ausschließlich Souveränitätsschutz
- Frankreich: In Frankreich hatte keine Massendatenausspähung stattgefunden, sondern Datenerfassung von Personen, die Teil eines kriminellen Netzwerks waren. Richterliche Genehmigungen und alles lagen vor. Französische Rechtsbehelfe sind gegeben. Aber Sache der deutschen Richter, fehlerhafte Beweise auszuschließen.
- NL: keine Rechtsschutzlücken. Art. 45 der Polizei-RL, dort Prüfung. Grds. des gegenseitigen Vertrauens greife durch. EEA gerade damit Behörden nicht doppelt prüfen müssen.

- Schweden: Nur in Ausnahmefällen Kontrolle der zugrunde liegenden Ermittlungsmaßnahmen bei EEA. Verwertung richtet sich nach nationalem Recht. Betroffener könne Einwände gegen die Verwertung äußern. Wenn schlimm genug, dann auch Ausschluss. RL 2016/680 etwas anders, keine Fusion der Instrumente. Bei Encro keine massive Datenausspähung, sondern Verbindung zu schweren Straftaten gegeben.
- Kommission: Erinnerung an C586/19, Rn. 69 (StA Wien), dort auch EEA Gegenstand. RL-EEA abschließend für EEA.

Generalanwältin wird am 26.10.2023 ihre Schlussanträge stellen.