

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

RECHTSANWÄLTE

DR. IUR. H.C. GERHARD STRATE  
KLAUS-ULRICH VENTZKE  
JOHANNES RAUWALD  
SINA AARON MOSLEHI  
RECHTSANWÄLTE

**Per beA**  
An das  
Bundesverfassungsgericht  
Schlossbezirk 3  
**76131 Karlsruhe**

Hamburg, am 16.10.2024  
72/23-s/r

## **V e r f a s s u n g s b e s c h w e r d e**

des

Verfahrensbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. iur. h.c. Gerhard Strate,  
Holstenwall 7, 20355 Hamburg

gegen

1. das Urteil des Landgerichts Hamburg vom 27. Juni 2023 – 611 KLS 4/21
2. den Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 27. August 2024 – 5 StR 159/24

wegen

Verstoßes gegen die Gewährleistung des gesetzlichen Richters (Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG) sowie einer Beeinträchtigung seiner Rechte aus Art. 3 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG, Art. 7 und 8 GRCh und Art. 6 und 8 EMRK.

## I. Verfahrensgegenstand

Der Beschwerdeführer wurde durch das Urteil des Landgerichts Hamburgs vom 27.06.2023 wegen der Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in sieben Fällen jeweils in Tateinheit mit Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge und wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in vier Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von 14 Jahren verurteilt. Die Beweisführung des Gerichts beruhte in den Fällen 6 – 11 maßgeblich auf der Auswertung von Chat-Protokollen, 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 vom 02.06.2020.

Die Chat-Protokolle resultierten aus der vollständigen Spiegelung eines Servers des in Kanada ansässigen Unternehmens EncroChat, das in Frankreich (und auch in anderen Staaten) Mobiltelefone vertrieb, die eine verschlüsselte Sprach- Text- und Bild-Kommunikation ermöglichen. Die Spiegelung dieser Kommunikation gelang französischen Strafverfolgungs- und Geheimdienstbehörden. Die auf diese Weise erlangten Dateien betrafen auch deutsche Teilnehmer an der über EncroChat verschlüsselten Kommunikation. Zu ihnen – so das Urteil des Landgerichts Bremen – soll auch der Beschwerdeführer gehört haben.

Mit richterlichem Beschluss vom 30.01.2020 des Tribunal de Grande Instance von Lille wurde auf Antrag des Oberstaatsanwalts von Lille vom 29.01.2020 der Einsatz einer „Computerdaten-Abfangeinrichtung“ genehmigt, die sowohl die in Roubaix befindlichen Server als auch die Endgeräte erfasste. Das Gericht in Lille bekräftigte in mehreren Folgebeschlüssen bis zum 31.03.2020 diese Genehmigung.

Der rechtliche Rahmen für die den deutschen Behörden geleistete Rechtshilfe wurde schließlich mit einer Europäischen Ermittlungsanordnung (EEA) der Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt/Main vom 02.06.2020 geschaffen, die unter dem Aktenzeichen [REDACTED] ein Ermittlungsverfahren gegen Unbekannt eingeleitet hatte. Auf der Grundlage dieser EEA wurden die französischen Justizbehörden um *„die unbeschränkte Verwendung der betreffenden Daten bezüglich der über EncroChat ausgetauschten Kommunikation in Strafverfahren gegen die Täter“* ersucht. Eine weitere EEA ist unter dem 09.09.2020 ergangen.

Mit Beschlüssen des Strafgerichts Lille vom 13.06.2020 und 04.11.2020 genehmigte dieses jeweils die Übermittlung der Daten an die deutschen Behörden in Bezug auf die auf dem deutschen Staatsgebiet begangenen Straftaten und ihre Verwendung *„im Rahmen eines jeden Ermittlungsverfahrens und im Hinblick auf jedwedes Gerichts-, Strafverfolgungs- oder Untersuchungsverfahren oder ein Urteil“*.

Der Erlass der Europäischen Ermittlungsanordnung und die daraus resultierende Befugnis-macht muss sich – so die Verteidigung des Beschwerdeführers im Haupt- und Revisionsver-fahren – an den Regelungen der Richtlinie 2014/41 des Europäischen Parlaments und des Ra-tes vom 03.04.2014 über die Europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen (im Folgen-den nur noch RL-EEA) orientieren und messen lassen.

Zu diesem Zweck hatte die Verteidigung des Beschwerdeführers im erstinstanzlichen Verfah-ren das Landgericht und im Revisionsverfahren den Bundesgerichtshof damit konfrontiert, dass die Ermittlungshandlungen der französischen Behörden und der Transfer der (vorgeb-lich) den Beschwerdeführer betreffenden Daten nach Deutschland nicht durch die maßgebli-che RL-EEA gedeckt seien und widersprachen ihrer Verwendung und Verwertbarkeit. Zudem beantragte die Verteidigung vergeblich, diese Fragen zum Gegenstand eines Vorlageverfah-rens beim Gerichtshof der Europäischen Union zu machen. Im Rahmen der Revisionsbegrün-dung rügte der Beschwerdeführer daher zum einen die Verletzung der Gewähr des gesetzli-chen Richters durch das Landgericht Hamburg, da diesem aufgrund der bestehenden Zwei-felsfragen hinsichtlich der Anwendung und Auslegung der RL-EEA eine Vorlagepflicht nach § 267 Abs. 3 AEUV an den EuGH oblag.

Darüber hinaus hatte der Beschwerdeführer der Verwertung der EncroChat-Daten sowohl im erstinstanzlichen als auch im revisionsrechtlichen Verfahren auch wegen der Verfassungswid-rigkeit des darin liegenden Eingriffs in den Kernbereich seiner privaten Lebensführung und damit in seine Grundrechte aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Ab. 1 GG sowie Art. 7 und 8 GRCh und Art. 8 EMRK widersprochen. Das Landgericht Hamburg setzte sich mit diesem Vorbringen in den Urteilsgründen nicht auseinander. Im Rahmen der Hauptverhandlung hatte die Kammer in mehreren Beschlüssen verdeutlicht, dass sie der verwertungsfreundlichen ober- und höchstrichterlichen Rechtsprechung folgt. Das gilt insbesondere für den Zeitraum nach Bekanntmachung der im Schrifttum überwiegend kritisch aufgenommenen Leitentschei-dung<sup>1</sup> des 5. Strafsenats des Bundesgerichtshofs vom 02.03.2022, der sie sich – wie auch die übrigen Senate des Bundesgerichtshofs<sup>2</sup> – angeschlossen hat.

<sup>1</sup> Vgl. BGH, Beschl. v. 02.03.2022 - 5 StR 457/21 (juris = StV 2022, 353 mit krit. Anm. *Brodowski*); kritisch ebenfalls: *Rückert*, in: MK a.a.O. § 100e, Rn. 93 ff.; *Swoboda*, in: Festschrift für Ignor, 2023, S. 811 ff.; *Löffel-mann JR* 2022, 454 ff.; *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 Vorabent-scheidungsverfahren gem. Art. 267 AEUV *Oehmichen jurisPR-StrafR* 11/2022; kritisch im Hinblick auf die Be-nachteiligung des Betroffenen bei grenzüberschreitenden Ermittlungen unter dem aktuellen europäischen Rechtsrahmen: *Petersen*, StV 2022, 679, 686; zustimmend z.B. *Henrichs/Weingart*, in: KK, StPO, 9. Aufl., § 100e, Rn. 25a – c; *Papathanasiou*, ZJS 2022, 259; *Köhler*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 66. Aufl., § 100e, Rn. 23a – i.; *Mosbacher JuS* 2022, 726 f.; wohl offen: *Eschelbach*, in: S/S/W, StPO, 5. Aufl., § 100e, Rn. 30; *Graf*, in: Beck-OK, StPO, 49. Ed., § 100a, Rn. 99a, b.; *Gercke/Grözinger*, in: HK, StPO, 7. Aufl., § 100e, Rn. 21.

<sup>2</sup> Vgl. nur BGH Beschl. v. 28.06.2022 – 3 StR 88/22; Beschl. v. 18.04.2023 – 3 StR 489/22, Rn. 3; Beschl. v. 05.07.2022 – 4 StR 61/22, Rn. 5 ff.; Beschl. v. 06.07.2022 – 4 StR 63/22; Beschl. v. 16.02.2023 – 4 StR 93/22, Rn. 9; Beschl. v. 06.04.2022 – 6 StR 55/22 (allesamt zitiert nach juris).

Mit der Verfassungsbeschwerde wird zum einen geltend gemacht, die Entscheidung der Großen Kammer des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 30.04.2024 (C-670/22) verdeutliche unmissverständlich, dass nach wie vor entscheidungserhebliche Fragen zur Auslegung von Unionsrecht insbesondere in Verbindung mit Art. 7, 8 und 11 GRCh, welche für die Beantwortung eines Verwertungsverbotes maßgeblich sind, unbeantwortet sind. Die Weigerung des Bundesgerichtshofs, diese Fragen<sup>3</sup> dem Europäischen Gerichtshof vorzulegen, stelle sich – so das verfassungsrechtliche Anliegen der Verfassungsbeschwerde – als willkürliche Entziehung des gesetzlichen Richters dar.

Zudem stellt der Beschluss des 5. Strafsenats, der die Entscheidung des Landgerichts Hamburg vom 27.06.2023 bestätigt, einen unverhältnismäßigen Eingriff in die Grundrechte des Beschwerdeführers aus Art. 3 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG sowie Art. 7 und 8 GRCh und Art 6 und 8 EMRK dar.

## **II. Vollmacht**

Die den Unterzeichner legitimierende Vollmacht für den Beschwerdeführer ist beigelegt.

---

<sup>3</sup> Zur Vermeidung von Wiederholungen werden dieser erst an unterer Stelle aufgeführt.



der Beweiswürdigung zu den Feststellungen bezüglich der Taten 6 bis 11 (UA, S. 36 ff) und der Identifizierung des Beschwerdeführers als EncroChat-Nutzer „[REDACTED]“ (UA, S. 24 ff) wird deutlich, dass die EncroChat-Daten (Chatverläufe, Notizen, Geodaten, Lichtbilder etc.) tatsächlich die maßgeblichen Beweismittel zur Überführung des Angeklagten darstellten.

Die Auseinandersetzung über die Verwertbarkeit dieser Daten, welche der Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt im Rahmen der von ihr erlassenen Europäischen Ermittlungsanordnung von französischen Behörden über Europol und das Bundeskriminalamt zugeleitet wurden, war im Rahmen der Hauptverhandlung Gegenstand eines lebhaften Prozessgeschehens. Die Verteidigung hatte bereits in den ersten Tagen der Hauptverhandlung auf die Unverwertbarkeit der EncroChat-Daten hingewiesen und diese sowohl mit Verstößen gegen die RL-EEA, die deutschen und europäischen Grundrechte des Beschwerdeführers sowie mit Verstößen gegen das deutsche Strafprozessrecht begründet. Insbesondere hat die Verteidigung regelmäßig darauf hingewiesen, dass die Hintergründe der Erlangung der EncroChat-Daten durch die deutschen Strafverfolgungsbehörden nicht hinreichend aufgeklärt seien und versucht, mittels verschiedener Beweis- und Beiziehungsanträge auf eine diesbezügliche Aufklärung durch das Gericht hinzuwirken. Das Landgericht nahm jedoch an dieser Art der Beweisgewinnung keinen Anstand und bekräftigte dies in einer Reihe von Beschlüssen.

Die im Folgenden geschilderten Verfahrensabläufe samt den maßgeblichen Schriftsätzen und Beschlüssen sind in der als

## Anlage 2

in Ablichtung beigelegten und vom Unterzeichner verfassten Revisionsbegründung dargestellt, welche auf insgesamt 303 Seiten niedergelegt ist.

Bereits am 4. Hauptverhandlungstag, dem 07.12.2021, stellte Rechtsanwalt [REDACTED] als einer der beiden Verteidiger des Beschwerdeführers einen Antrag, in dem er zum einen die Aussetzung bzw. hilfsweise die Unterbrechung der Hauptverhandlung aufgrund der Unvollständigkeit der Akte beantragte, da insbesondere die Akte der StA Frankfurt [REDACTED] und [REDACTED], welche sich auch gegen den Beschwerdeführer richtete und den Beginn der Ermittlungen gegen diesen darstellen, trotz mehrfacher Akteneinsichtsgesuche nicht hinzugezogen wurden (RB, S. 11). Zudem widersprach er grundsätzlich und unbeschränkt der Verwertbarkeit der EncroChat-Daten. Hierzu führte er wie folgt aus (RB, S. 12):

*„Wir widersprechen der Erhebung und Verwertung jeglicher vom Ausland an die deutschen Behörden übermittelter Encrochatdaten. Die Daten dürfen nicht verwendet werden, sie sind unverwertbar. Die Daten sollen auf einer*

europäischen Ermittlungsanordnung der GenStA Frankfurt/M. vom 2.6.2020 beruhen, SB Herkunft Encrochat-Daten, Fach 2, Bl. 1 ff. Diese war allerdings nicht auf eine Ermittlungshandlung gerichtet, sondern auf die Erteilung der Genehmigung der Verwendung von bereits überlieferten Daten. im Antragsformular heißt es:

*„Das Bundeskriminalamt wurde über Europol informiert, dass in Deutschland eine Vielzahl schwerster Straftaten (insbesondere Einfuhr und Handelreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringen Mengen) unter Nutzung von Mobiltelefonen mit der Verschlüsselungssoftware „Encrochat“ 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.“*

*Diese Ermittlungsanordnung der GenStA Frankfurt/M. verstieß jedoch gegen die individualschützende Vorschrift des Art. 6 Abs. 1 a) der Richtlinie 2014/41/EU. Denn sie war deutlich unverhältnismäßig (vgl. Schomburg/Lagodny/Trautmann, IRG, 6. Aufl. 2020, 9 91] Rn. 3). Es handelte sich um eine pauschale Ermittlungsanordnung „ins Blaue hinein“. Sie bezog sich nämlich pauschal auf den gesamten übermittelten Datenbestand. Den konkreten Verdacht einer konkreten Straftat gab es nicht. Es fehlte zudem an der Beschreibung eines konkreten Sachverhalts.“*

(Eigene Hervorhebungen)

Ferner rügte er einen Verstoß gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens aus Art. 6 Abs. 1 EMRK und Art. 14 Abs. 7 EEA, da die französischen Behörden die genaueren Umstände der Datenerhebung unter Verschluss hielten, was eine Überprüfung der Maßnahmen insgesamt unmöglich machte, sowie einen nicht gerechtfertigten Eingriff in die Grundrechte des Beschwerdeführers durch die Verwendung der erhobenen EncroChat-Daten, da der Eingriff insbesondere nicht auf § 100e Abs. 6 StPO gestützt werden könne (RB, S. 13).

Am 05. Hauptverhandlungstag, dem 14.12.2021, widersprach die Verteidigung der für diesen Sitzungstag geplanten Vernehmung des Kriminalbeamten [REDACTED] und nahm dabei Bezug auf ihre Ausführungen aus ihrer Antragsschrift vom 12.12.2021. Die Kammer wies diesen Widerspruch mit Beschluss vom selben Tag zurück und begründete dies u.a. wie folgt (RB, S. 16):

*„Ein Beweiserhebungsverbot hinsichtlich der an die deutschen Behörden übermittelten EncroChat-Daten sowie hinsichtlich der zeugenschaftlichen Einvernahme des PB [REDACTED], der u.a. mit der Auswertung der Daten befasst war, besteht nicht. Das Gericht schließt sich — nach umfassender eigener Prüfung —*

*den Erwägungen der mittlerweile gefestigten obergerichtlichen Rechtsprechung anlässlich der Überprüfung der Verwertbarkeit von EncroChat-Daten an (HansOLG, Beschluss vom 29.01.2021, Az. 1 Ws 2/21; OLG Bremen, Beschluss vom 18.12.2020, Az. 1 Ws 166/20; OLG Rostock, Beschlüsse vom 23.03.2021, Az. 20 Ws 70/21 und vom 11.05.2021, Az. 20 Ws 121/21; OLG Köln, Beschluss vom 31.03.2021, Az. 2 Ws 118/21; OLG Schleswig, Beschluss vom 29.04.2021, Az. 2 Ws 47/21; OLG Brandenburg, Beschlüsse vom 26.07.2021, Az. 2 Ws 94/21, vom 03.08.2021, Az. 2 Ws 102/21, 2 Ws 96/21 und vom 09.08.2021, Az. 2 Ws 113/21; OLG Celle, Beschluss vom 12.08.2021, Az. 2 Ws 250/21; KG, Beschluss vom 30.08.2021, Az. 2 Ws 93/21; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 10.11.2021, Az. 2 Ws 261/21). So sind die an die deutschen Behörden übermittelten Erkenntnisse der französischen Ermittlungsbehörden nach vorläufiger Würdigung des Gerichts als Beweismittel verwertbar.*

*(...)*

*Dem deutschen Strafverfahrensrecht ist indes ein allgemein geltender Grundsatz fremd, wonach jeder Verstoß gegen Beweiserhebungs- oder sonstige Vorschriften im Zusammenhang mit Beweismitteln ein Verwertungsverbot nach sich zieht. Diese Konsequenz verlangen im Übrigen auch weder die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) noch das Unionsrecht. Nach mittlerweile gefestigter inländischer höchstrichterlicher und verfassungsrechtlicher Rechtsprechung ist vielmehr über Fragen der Verwertbarkeit von Beweismitteln jeweils nach den Umständen des Einzelfalls, insbesondere der Art des Verbots und dem Gewicht des Verstoßes unter Abwägung der widerstreitenden Interessen zu entscheiden (vgl. BGH, Urteil vom 18.04.2007, Az. 5 StR 546/06; BVerfG, Beschluss vom 20.09.2018, Az. 2 BvR 708/18; vgl. auch HansOLG, a.a.O., m.w.N.).“*

Am 07. Hauptverhandlungstag, dem 21.12.2021, griff die Kammer diese Argumentation erneut in einem Beschluss auf, mit dem ein Widerspruch des Rechtsanwalts [REDACTED], der die Durchführung des Selbstleseverfahrens beanstandete, zurückgewiesen wurde und verwies dabei auf ihren Beschluss vom 14.12.2021 (RB, S. 23).

Am 09. Hauptverhandlungstag, dem 18.01.2022, wies die Kammer erneut unter Bezugnahme auf ihren Beschluss vom 14.12.2021 einen Widerspruch der Verteidigung vom 04.01.2022 gegen die Anordnung des Selbstleseverfahrens zurück (RB, S. 25 (26)). Dieser Vorgang wiederholte sich am 16. Hauptverhandlungstag, dem 03.03.2022. Auch hier bekräftigte die Kammer in einem ergangenen Beschluss hinsichtlich eines Widerspruchs der Verteidigung auf die Durchführung des (nunmehr dritten) Selbstleseverfahrens, ihre Überzeugung von der Verwertbarkeit der Daten (RB, S. 29 (33 f.)).

Erst am 34. Sitzungstag, dem 04.10.2022, erledigte die Kammer einen Antrag der Verteidigung vom 06. Hauptverhandlungstag, dem 17.12.2021. Hierin hatte sie die Vernehmung des



Kriminalbeamten ██████ beantragt. Dieser sollte bekunden, dass sowohl die Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt am Main als auch das Bundeskriminalamt bereits vor Erlass der EEA Kenntnis von den angebotenen Daten hatten und dass Sachverhalte aus der Datenübermittlung der Vorkorrespondenz – der eigentlichen Einleitung des Verfahrens – den jeweiligen Empfängern von Daten nicht übermittelt wurden und diese in der Akte der Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt verblieben. Daraus würde sich ergeben, dass diesem Akteninhalt eine zusätzliche Bedeutung zur Überprüfbarkeit der Rechtmäßigkeit der Datenerhebung zukomme (RB, S. 36 ff.). Der diesen Antrag zurückweisende Beschluss der Kammer äußerte sich ebenfalls zu der Frage der Verwertbarkeit der EncroChat-Daten, und zwar u.a. wie folgt (RB, S. 41 ff):

*„Die vorgetragenen Behauptungen zum äußeren Verfahrensgang der Ermittlungen zu dem Komplex EncroChat vermögen schon nach dem Vortrag der Verteidigung die Rechtmäßigkeit jenes Vorgehens nicht zu erschüttern. Das Gericht schließt sich – nach umfassender eigener Prüfung – insoweit weiterhin den Erwägungen der höchstrichterlichen Rechtsprechung anlässlich der Überprüfung der Verwertbarkeit von EncroChat-Daten an (vgl. BGH, Beschluss vom 2. März 2022, Az.: 5 StR 457/21; BGH, Beschluss vom 8. Februar 2022, Az.: 6 StR 639/21). Nichts anderes ergibt sich auch vor dem Hintergrund des Vortrages der Verteidigung, der Zeuge werde bekunden, dass vermeintlich bereits Mitte März 2020 – und somit mindestens zwei Wochen vor Beginn der Datenerhebung – das BKA mitgeteilt haben soll, dass in naher Zukunft eine große Anzahl von Daten von EncroChat-Geräten aufbereitet und ausgewertet werden müssten.“*

Am 40. Hauptverhandlungstag, dem 17.11.2022, überreichte die Verteidigung den Vorlagebeschluss der Großen Strafkammer 25 des LG Berlin vom 19.10.2022 und beantragte im Zuge dessen, dass die Kammer das Verfahren aussetzt und ebenfalls die aufgeführten Fragen des Landgerichts Berlin dem Gerichtshof der Europäischen Union vorlegt. Ferner wurde die Vernehmung der VRi“inLG ██████ vom Landgericht Berlin beantragt (RB, S. 44). Den Aussetzungsantrag wies die Kammer in derselben Sitzung per Beschluss wie folgt zurück:

*„Der Antrag war abzulehnen, da die beantragte Aussetzung zur Vorlage bei dem Europäischen Gerichtshof weder erforderlich noch geboten ist. Das Gericht schließt sich – nach umfassender eigener Prüfung, auch unter Berücksichtigung des Verteidigervortrags vom heutigen Tage – sowohl den Erwägungen der höchstrichterlichen Rechtsprechung anlässlich der Überprüfung der Verwertbarkeit von EncroChat-Daten an (vgl. BGH, Beschluss vom 2. März 2022, Az.: 5 StR 457/21; BGH, Beschluss vom 8. Februar 2022, Az.: 6 StR 639/21) als auch denjenigen der obergerichtlichen Rechtsprechung (...).*

*Ein gesetzlicher Fall zur Aussetzung der Hauptverhandlung namentlich wegen des Ausschlusses eines Verteidigers, § 138c Abs. 4 StPO, des Ausbleibens oder*

*der Weigerung eines Pflichtverteidigers, § 145 Abs. 2 und 3 StPO, eines Ladungsversäumnisses, § 217 Abs. 2 und § 218 S. 2 StPO, einer späten Ladung von Zeugen und Sachverständigen, § 246 Abs. 2 bis 4 StPO, oder der Veränderung der Sach- oder Rechtslage, § 265 Abs. 3 und Abs. 4 StPO (vgl. nur BGH, Urteil vom 24.01.2003, Az.: 2 StR 215/02) liegt daher nicht vor. Die gesetzlich vorgesehenen (Ausnahme)Fälle der Aussetzung der Hauptverhandlung stellen insoweit zwar keine abschließende Regelung dar. **Eine Aussetzung kommt jedoch – über die gesetzlich geregelten Fälle hinaus – nur in Betracht, wenn dies unter Berücksichtigung des Beschleunigungsgrundsatzes und der Konzentrationsmaxime zur Förderung des Verfahrens, insbesondere zur besseren Sachaufklärung, oder zur Wahrung von Verfahrensrechten der Beteiligten, geboten erscheint (siehe nur OLG Hamm, Beschluss vom 15.05.2002, Az.: 2 Ws 144/02). Ein solcher Fall liegt hier nicht vor.***

(Eigene Hervorhebungen)

Den Beweisantrag wies die Kammer in der nächsten (41.) Sitzung vom 06.12.2022 per Beschluss zurück. Auch hier hielt sie an ihrer Ansicht zur Verwertbarkeit der EncroChat-Daten fest (RB, S. 49).

Am 64. Sitzungstag wurde das Urteil gegen den Beschwerdeführer verkündet. Im Urteil finden die vorgebrachten Bedenken gegen die Verwertbarkeit der EncroChat-Daten keinerlei Erwähnung.

Die daraufhin fristgerecht eingereichte Revisionsbegründung des Unterzeichners vom 08.01.2024 wies unter Bezugnahme auf die mehrfachen und rechtzeitig vorgebrachten Beweisverwertungswidersprüche der Verteidigung im erstinstanzlichen Verfahren darauf hin, dass die Chat-Protokolle einem Beweiserhebungs- und -verwertungsverbot unterlagen, woraus sich der geltend gemachte Verfahrensfehler nach § 261 StPO des Landgerichts Hamburg ergebe (RB, S. 3). Ferner beanstandete er die Verletzung der Gewähr des gesetzlichen Richters nach Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG sowohl durch das Landgericht Hamburg als auch durch den Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 02.03.2022<sup>4</sup>, auf welchen das Landgericht in seinen oben aufgeführten Beschlüssen immer wieder verwies.

Nach Ansicht des Unterzeichners sieht sich dieser Beschluss verfassungsrechtlichen Bedenken ausgesetzt. Darüber hinaus seien seit dem Erlass des Beschlusses und insbesondere seit dem Abschluss der tatgerichtlichen Hauptverhandlung in dem ihm zugrundeliegenden tatgerichtlichen Verfahren am 25.07.2021 neue Erkenntnisse über die Ermittlungen in Frankreich und die Übertragung der Daten nach Deutschland zutage getreten, sodass auch deshalb ein

<sup>4</sup> Vgl. BGH, Beschl. v. 02.03.2022 — 5 StR 457/21 (juris = StV 2022, 353 mit krit. Anm. Brodowski).

Verwertungsverbot – entgegen der Annahme des Bundesgerichtshofs – zu bejahen sei (RB, S. 273). Eine Vorlagepflicht bestehe, da die Rechtshilfe für den Transfer der EncroChat-Daten zwischen Frankreich und Deutschland sich ausschließlich nach Unionsrechtsakten – vorliegend maßgeblich nach der RL-EEA – bestimme und sich bei der Prüfung der Normen Fragen über ihre Auslegung ergeben hätten, welche für das gegenständliche Verfahren entscheidungserheblich waren. So stelle sich insbesondere die Frage, ob die im Wege des spontanen Datenaustauschs übermittelten Informationen durch eine EEA „legitimiert“ werden durften und welche Voraussetzungen dafür zu erfüllen waren. Dies gelte umso mehr, als an der Spontantität des Datentransfers ernsthafte Zweifel bestehen, da es mittlerweile Erkenntnisse darüber gebe, dass die deutschen Behörden schon im Vorfeld über die Ermittlungsmaßnahmen in Frankreich informiert waren und ihr Einverständnis mit der Erhebung und der Ermittlung der Daten gaben, mit dem Ziel, sie später verwenden zu können. Dafür verwies der Unterzeichner auf den Beschluss des Landgerichts Berlin vom 19.10.2022<sup>5</sup>, durch den die Vorlage von Fragen bezüglich der Auslegung der RL-EEA im Zusammenhang mit den Ermittlungen gegen Nutzer des Kryptodienstes EncroChat im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens gem. § 267 AEUV an den EuGH veranlasst wurde (RB, S. 274 ff.). Dabei seien von besonderer Bedeutung für die Bewertung der Verfassungsmäßigkeit der Ermittlungen die Feststellungen der Kammer in Rn. 10 ff. So heißt es dort wörtlich (RB, S. 276 f.):

*„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. [REDACTED] - im Folgenden: UJs-Verfahren) ein.*

<sup>5</sup> Vgl. LG Berlin, Beschl. V. 19.10.2022 - 525 KLS) 279 Js 20/22 (8/22) HRRS 2022 Nr. 1047.

*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 Auswertungszwecken 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 begingen. 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.“*

Aufgrund der Vorabsprache zwischen den deutschen und französischen Behörden stellen sich die Ermittlungen der französischen Behörden somit als Geschäftsführung für die deutschen Behörden dar, da diese – ausweislich des oben aufgeführten Kommunikationsgeschehens – auch in ihrem Interesse geführt wurden. Durch die Zustimmung der deutschen Behörden, beteiligten sie sich so selbst an den Maßnahmen.<sup>6</sup> Das dennoch zunächst keine Europäische Ermittlungsanordnung erfolgte und die deutschen Behörden die französischen auch nicht auf deren Unterrichtungspflicht nach Art. 31 RL-EEA hinwiesen, liege daher eine absichtliche Umgehung der RL-EEA und der nationalen Anordnungsvoraussetzungen und damit auch ein Verwertungsverbot nahe (RB, S. 278).

Gleichwohl ergebe sich – so der Unterzeichner – die Vorlagepflicht der Kammer aus dem Umstand, dass die RL-EEA als konkrete Ermittlungsmaßnahmen sowohl eine Telefonüberwachung (Art. 30) als auch verdeckte Ermittlungen (Art. 29) vorsehe, nicht jedoch die hier praktizierte Online-Durchsuchung eines Kommunikationsservers und erst recht nicht die Installation einer Manipulationssoftware auf den Telefonen von mindestens 30.000 europäischen Bürgern. Die EEA vom 02.06.2020 überschreitet daher den inhaltlichen Regelungsbereich der RL-EEA (RB, S. 280 ff.).

Der Unterzeichner erklärte, dass aus einem Verstoß gegen die RL-EEA zwingend ein Beweisverwertungsverbot folge, was die Sache vorliegend auch entscheidungserheblich mache (RB, S. 283 ff). Zur Ermittlung eines Beweisverwertungsverbotes müsse nämlich festgestellt werden, welches der gegenläufigen Interessen schwerer wiegt. So schreibt er (RB, S. 284):

*„Für die Bewertung des Strafverfolgungsinteresses des Staates sind die Bedeutung der aufzuklärenden Straftat und der Funktionsfähigkeit der Strafrechtspflege zu berücksichtigen. 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*

---

<sup>6</sup> Vgl. LG Berlin. Beschl. V. 19.10.2022 - 525 KLS) 279 Js 20/22 (8/22) HRRS 2022 Nr. 1047, Rn. 18.

*Revisionsführer vorgeworfen werden. Solange aber nicht identifiziert ist, welche Individualinteressen und Rechtsgüter des Revisionsführers und welche Verfahrensverstöße von welchem Gewicht in der Waagschale liegen, kann unmöglich festgestellt werden, ob das Strafverfolgungsinteresse im konkreten Fall tatsächlich überwiegt.“*

Abschließend erklärte der Unterzeichner (RB, S. 289):

*„Angesichts der – insbesondere durch das Vorabentscheidungsersuchen des Landgerichts Berlin – inzwischen zutage getretenen neuen Erkenntnisse über die monatelange Zusammenarbeit der nationalen Polizei- und Justizbehörden vor der endgültigen Abschöpfung aller Datenflüsse des EncroChat-Servers in Roubaix ist die Suggestion des 5. Strafsenats, es ginge bei der angestrebten Rechtshilfe allein um den Transfer von längst erhobenen Daten, eindeutig überholt. Wenn die Strafsenate des Bundesgerichtshofs dennoch daran festhalten, den Europäischen Gerichtshof nicht bei der richtigen Interpretation des Geschehens hinzuziehen, läuft dies auf eine Verletzung des Willkürverbots (Art. 3 Abs. 1 GG) hinaus. Dann aber besteht auch eine Vorlagepflicht des Instanzgerichts.“*

Ferner ging der Unterzeichner in seiner Revisionsbegründung umfassend auf die Verletzung der Grundrechte des Beschwerdeführers aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG und Art. 7 und 8 GRCh sowie Art. 8 EMRK durch die Verwertung der EncroChat-Daten ein, da aufgrund der Art und Weise der Gewinnung dieser Daten – seiner Ansicht nach – ein unverhältnismäßiger Eingriff in diese Rechte des Beschwerdeführers vorliege. Das Gericht habe an mehreren Punkten in seiner Argumentation die Bedeutung und Tragweite dieser Grundrechte bei der Anwendung des einfachen Rechtes (hier § 261 StPO) verkannt (RB, S. 290 ff.). Die Verwertung der Informationen stelle einen nicht gerechtfertigten Eingriff in das im Grundgesetz verbürgte allgemeine Persönlichkeitsrecht als auch einen Eingriff in Art. 10 GG sowie Art. 7 und 8 GRCh und Art. 8 EMRK dar (RB, S. 290 ff).

Mit seiner Antragschrift vom 16.04.2024, die als

Anlage 3

beigefügt ist, beantragte der Generalbundesanwalt, die Revision des Beschwerdeführers gem. § 349 Abs. 2 StPO als unbegründet zu verwerfen. Er führte darin zur Verwertbarkeit und einer etwaigen Vorlagepflicht des Landgerichts Hamburg wie folgt aus (Anlage 3, S. 4):

*„Das Beschwerdevorbringen sollte den Senat aus hiesiger Sicht ohnehin nicht dazu veranlassen, von seiner bisherigen Sichtweise einer Verwertbarkeit der EncroChats abzugehen.*

*Der Senat hat sich bereits umfassend mit der Frage befasst, ob die vom Beschwerdeführer aufgeworfenen Fragen dem EuGH zur Vorabentscheidung vorzulegen wären. Er hat das mit einer zwar kurzen – aber inhaltlich treffsicheren – Begründung verneint (hierzu Senat, Beschluss vom 2. März 2022 – 5 StR 457/21, Rn. 78; Urteil vom 7. Dezember 2023 – 5 StR 168/23, Rn. 8). Weder die Sichtweise einer Strafkammer des Landgerichts Berlin, noch die zitierte europäische Rechtsprechung bieten Anlass, diese Sichtweise zu revidieren. Von einer „Rechtswillkür“ (so RB S. 287) kann dabei nicht ansatzweise ausgegangen werden.“*

Auf den Verwerfungsantrag reagierte der Unterzeichner mit einer Erwiderung vom 18.04.2024, die sich in der

#### A n l a g e 4

findet. Hierin erklärte der Unterzeichner, dass sich

*„[h]insichtlich der Begründetheit der Rüge eine Ergänzung des Revisionsantrags [erübrigt], weil es der Verwerfungsantrag (S. 4 Mi.) mit einem Bekenntnis zu der Grundsatzentscheidung des Senats aus dem März 2022 bewenden lässt.“*

(Anlage 4, S. 3)

Am 27.08.2024 entschied der 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs daraufhin wie folgt:

- 1. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Hamburg vom 27. Juni 2023 im Schuldspruch dahin geändert, dass der*

*Angeklagte in den Fällen 1 bis 5, 8 und 10 der Urteilsgründe jeweils der Anstiftung zur Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit mit Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge schuldig ist.*

2. *Die weitergehende Revision wird verworfen.*“

A n l a g e 5

Die Entscheidung ging dem Rechtsanwalt [REDACTED], dem Rechtsanwalt [REDACTED], dem Beschwerdeführer sowie dem Unterzeichner jeweils am 16.09.2024 zu.



#### IV. Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde

Die Verfassungsbeschwerde ist zulässig.

##### 1.

Der Beschwerdeführer macht i.S.d. § 90 Abs. 1 BVerfGG geltend, durch die öffentliche Gewalt – hier die angefochtenen Entscheidungen des Bundesgerichtshofs (Beschluss vom 27.08.2024 – 5 StR 159/24) und des Landgerichts Hamburgs (Urteil vom 27.06.2023 – 611 KLS 4/21) – in seinen Grundrechten aus Art. 101 Abs. 1 S. 2, Art. 3 Abs. 1 GG, Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 GG, Art. 7 und 8 GRCh und Art. 6 und 8 EMRK verletzt zu sein.

Mit der Verfassungsbeschwerde wird beanstandet, dass der 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs bei seiner Entscheidung über die Verwerfung der Revision als auch das Landgericht in der ersten Instanz die Sache trotz unklarer Rechtslage im europäischen Rechtshilfeverkehr nicht dem Gerichtshof der Europäischen Union als zuständigen Richter vorgelegt haben. Dies gilt unbeschadet der nunmehr ergangenen Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 30.04.2024, da weiterhin entscheidungserhebliche Fragen in der Sache ungeklärt sind.<sup>7</sup> Außerdem begründet sich die Verfassungsbeschwerde damit, dass der Bundesgerichtshof bei der Überprüfung des erstinstanzlichen Urteils das Allgemeine Persönlichkeitsrecht des Beschwerdeführers aus dem Grundgesetz, seine Grundrechte auf Achtung des Privatlebens und der Kommunikation und sein Grundrecht auf Schutz der personenbezogenen Daten aus der EU-Grundrechtecharta und der EMRK verletzt hat. Darüber hinaus liegt ein Verstoß gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens sowie ein Verstoß gegen das Willkürverbot vor.

##### 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.<sup>8</sup>

---

<sup>7</sup> Siehe hierzu unten.

<sup>8</sup> Vgl. BVerfG, StV 2021, 666, 667 (Rn 35 ff.).

Des Weiteren wird zur Überprüfung gestellt, ob die Fachgerichte bei der Anwendung des deutschen Verfahrensrechts – hier den Regelungen über die Verwertung von Beweisen im Strafprozess – die Tragweite und Bedeutung der Grundrechte der Beschwerdeführer (nach dem Grundgesetz) verkannt haben.

### 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 und der Unionsrechtswidrigkeit der gegen ihn ergangenen Ermittlungsmaßnahmen und des Beweistransfers (RB, S. 273 ff.) ohne Erfolg geltend gemacht. Dabei war sein Vorbringen im Laufe des Revisionsverfahrens auch explizit verfassungsrechtlich ausgestaltet. Auch im erstinstanzlichen Verfahren hat sich der Beschwerdeführer auf eine Verletzung seiner Grund- und Menschenrechte berufen (RB, S. 13).

### 4.

Die Voraussetzungen des § 93a Abs. 2a und b BVerfGG liegen vor. Bei der Problematik, inwieweit die Schutzgehalte der Grundrechte aus dem Grundgesetz und der Grundrechtecharta (Art. 7 und Art. 8 GRCh) sowie der EMRK die Beweiserlangung und -übermittlung auf Grundlage einer Europäischen Ermittlungsanordnung oder des spontanen Informationsaustauschs bestimmen und welche Mindestanforderungen für die Verwertbarkeit 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 Gerichtshof der Europäischen Union 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 sind und der Anzahl an strafrechtlichen Ermittlungs- und Hauptverfahren, die unter Verwendung der über die Ermittlungsanordnung erlangten Beweise eingeleitet wurden. Es liegt zudem nahe, dass in Zukunft seitens der

Ermittlungsbehörden in ähnlicher Art und Weise vorgegangen wird, sodass auch für zukünftige Verfahren eine verfassungsgerichtliche Klärung erforderlich ist.

## 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, 3 Abs. 1 GG, Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG, Art. 7 und 8 GRCh sowie Art. 6 und 8 EMRK.

### 1. Verletzung der Gewährleistung des gesetzlichen Richters nach Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG

Das Bundesverfassungsgericht hat in der Sache Dorobantu am 19.12.2017 folgendes entschieden:

*„Nach der Rechtsprechung des EuGH (EuGH, Urteil vom 6. Oktober 1982, (C.I.L.F.I.T., C-283/81, Slg. 1982, S. 3415 ff. Rn. 21) muss ein nationales letztinstanzliches Gericht seiner Vorlagepflicht nachkommen, wenn sich in einem bei ihm 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 offenkundig ist, dass für einen vernünftigen Zweifel keinerlei Raum bleibt (vgl. BVerfGE 82, 159 <193>; 128, 157 <187>; 129, 78 <105 f.>; 135, 155 <231 Rn. 178>; 140, 317 <376 Rn.125>).*

*b) Das Bundesverfassungsgericht beanstandet die Auslegung und Anwendung von Normen, die die gerichtliche Zuständigkeitsverteilung regeln, jedoch nur, wenn sie bei verständiger Würdigung der das Grundgesetz bestimmenden Gedanken nicht mehr verständlich erscheinen und offensichtlich unhaltbar sind (vgl. BVerfGE 29, 198 <207>; 82, 159 <194>; 126, 286 <315>; 135, 155 <231 Rn. 179>). Durch die grundrechtsähnliche Gewährleistung des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG wird das Bundesverfassungsgericht nicht zu einem Kontrollorgan, das jeden einem Gericht unterlaufenen, die Zuständigkeit des Gerichts berührenden Verfahrensfehler korrigieren müsste. Vielmehr ist das Bundesverfassungsgericht gehalten, seinerseits die Kompetenzregeln zu beachten, die den Fachgerichten die Kontrolle über die Befolgung der Zuständigkeitsordnung übertragen (vgl. BVerfGE 82, 159 <194>; 135, 155 <231 Rn. 179>).*

*2. Diese Grundsätze gelten auch für die unionsrechtliche Zuständigkeitsvorschrift des Art. 267 Abs. 3 AEUV. Daher stellt nicht jede Verletzung der unionsrechtlichen Vorlagepflicht zugleich einen Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG dar (vgl. BVerfGE 29, 198 <207>; 82, 159 <194>; 126, 286 <315>; 135, 155 <231 f. Rn.180>). Das Bundesverfassungsgericht überprüft nur, ob die Auslegung und Anwendung der Zuständigkeitsregel des Art. 267 Abs. 3 AEUV bei verständiger Würdigung der das Grundgesetz bestimmenden*

*Gedanken nicht mehr verständlich erscheint und offensichtlich unhaltbar ist* (vgl. BVerfGE 126, 286 <315>; 128, 157 <187>; 129, 78 <106>; 135, 155 <232 Rn. 180>).<sup>9</sup>

(Eigene Hervorhebungen)

So verhält es sich hier. Im Einzelnen:

Bei Zweifelsfragen über die Anwendung und Auslegung von Unionsrecht 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 eine Verletzung des grundrechtsgleichen Rechts aus Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG dar.<sup>10</sup>

Im Fall des Beschwerdeführers bestanden für das Landgericht Hamburg 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 Unionsrecht derart offensichtlich ist, dass für einen vernünftigen Zweifel kein Raum bleibt.<sup>11</sup> Die Auslegung und Anwendung der Zuständigkeitsregel des Art. 267 AEUV (nämlich deren Nichtanwendung oder – erkenntnisleitend gesprochen – ihrer Ignorierung) 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. Der Vorlagebeschluss des LG Berlin und das Urteil des EuGH vom 30.04.2024**

Mit Beschluss vom 19.10.2022 hatte das Landgericht Berlin entschieden, dem Gerichtshof der Europäischen Union verschiedene Fragen zur Auslegung der Richtlinie 2014/41/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 3. April 2014 über die Europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen (RL-EEA) zur Beantwortung vorzulegen.

<sup>9</sup> Vgl. BVerfGE 147, 364, 378/380.

<sup>10</sup> Vgl. 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.

<sup>11</sup> Vgl. 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.

Der Beschluss ist beim Europäischen Gerichtshof am 24.10.2022 eingegangen und wurde dort unter der Register-Nummer 1238036 erfasst. Das dadurch ausgelöste Verfahren trägt das Aktenzeichen C-670/22. Das Landgericht Berlin hatte den Gerichtshof gebeten, die Sache nach Art. 105 Abs. 1 der Verfahrensordnung des Gerichtshofs der Europäischen Union im beschleunigten Verfahren bzw. hilfsweise mit Vorrang zu behandeln. Dem ist das Gericht nun mit Urteil vom 30.04.2024 nachgekommen. Dieses ist die

#### Anlage 6.

Der 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hatte in seinem Beschluss vom 02.03.2022 behauptet, dass sich klärungsbedürftige Fragen hinsichtlich der Anwendung europäischen Rechts im Sinne von Art. 267 AEUV nicht ergeben würden, da sich die Frage der Beweisverwertung in Strafverfahren nicht nach europäischem, sondern nach nationalem Recht richte.<sup>12</sup> So blieben Fragen nach der Anwendung europäischen Rechts – insbesondere zur Tiefe des mit den angegriffenen Maßnahmen verbundenen Eingriffs in die Rechte des Beschwerdeführers aus der Grundrechtecharta und die Vereinbarkeit der Maßnahmen mit der Europäischen Datenschutzrichtlinie sowie sich aufdrängende Verstöße gegen verbindliche Vorgaben der RL-EEA – unbeantwortet, die für die Beurteilung der Frage nach der Verwertbarkeit der durch die Maßnahmen gewonnenen Erkenntnisse maßgeblich sind und waren.

Dass die nun vom Gerichtshof der Europäischen Union beantworteten Fragen insbesondere für die korrekte Bewertung des vom 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs am 02.03.2022 gefassten Beschlusses entscheidungserheblich waren, ergibt sich bereits daraus, dass das in Rede stehende Urteil der Großen Kammer des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 30.04.2024 in drei wesentlichen Punkten von dem – ohne vorherige Verhandlung über die Revision – gefassten Beschluss des Bundesgerichtshofs abweicht. Die belangvollen Abweichungen betreffen die Fragen,

- ob es sich bei der Richtlinie 2014/41 um eine abschließende, den Rechtshilfeverkehr innerhalb der EU-Staaten bestimmende Regelung handelt: dies wird vom BGH verneint, vom EuGH bejaht;
- ob es sich bei der Infiltration von mobilen Endgeräten um eine Maßnahme der Telekommunikationsüberwachung handele oder nicht. Dies wird von BGH angezweifelt, vom EuGH bejaht;
- ob den Regelungen des Art. 31 der Richtlinie 2014/41 individualschützende Bedeutung zukomme oder nicht. Dies wird vom BGH verneint, vom EuGH bejaht.

---

<sup>12</sup> Vgl. BGH, Beschluss vom 2. März 2022 – 5 StR 457/21 –, BGHSt 67, 29-55, Rn. 78.

Die abweichende Beantwortung dieser Fragen durch das Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union beweist, dass eine Vorlagepflicht des Bundesgerichtshofs i.S.d. § 267 AEUV in den jeweiligen EncroChat-Verfahren bestanden hat. Dies lag schon deshalb nahe, da der Rechtshilfeverkehr zwischen Frankreich und Deutschland sich ausschließlich nach Unionsrechtsakten, und zwar der RL-EEA für die Erhebung oder den Transfer von Beweismitteln und dem RB-Informationsaustausch richtet.<sup>13</sup> Ob ein Verstoß gegen rechtshilferechtliche Bestimmungen vorliegt, richtet sich demnach ausschließlich nach europäischen Rechtsakten, bzw. ihrer unionsrechtlich determinierten Umsetzung im deutschen Recht (§§ 91 a ff. IRG, 92 b IRG). Sollten sich – wie auch im vorliegenden Fall – bei der Prüfung dieser rechtshilferechtlichen Bestimmungen Fragen über ihre Auslegung ergeben und diese entscheidungserheblich sein, so besteht demnach eine Vorlagepflicht nach Art. 267 Abs. 3 AEUV.

Auch hinsichtlich des hier angegriffenen Beschlusses des Bundesgerichtshofs vom 27.08.2024 (Anlage 5) bestand nach wie vor eine Vorlagepflicht an den Gerichtshof der Europäischen Union. Dieser hat im Rahmen seiner Entscheidung vom 30.04.2024 (lediglich) die folgenden Fragen beantwortet (Anlage 6, S. 25 f.):

*1. Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Buchst. c der Richtlinie 2014/41/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 3. April 2014 über die Europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen sind dahin auszulegen, dass eine Europäische Ermittlungsanordnung, die auf die Übermittlung von Beweismitteln gerichtet ist, die sich bereits im Besitz der zuständigen Behörden des Vollstreckungsstaats befinden, nicht notwendigerweise von einem Richter erlassen werden muss, wenn nach dem Recht des Anordnungsstaats in einem rein innerstaatlichen Verfahren dieses Staates die originäre Erhebung dieser Beweismittel von einem Richter hätte angeordnet werden müssen, ein Staatsanwalt aber dafür zuständig ist, die Übermittlung dieser Beweise anzuordnen.*

*2. Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie 2014/41 ist dahin auszulegen, dass er es nicht verbietet, dass eine Europäische Ermittlungsanordnung, die auf die Übermittlung von Beweismitteln gerichtet ist, die sich bereits im Besitz der zuständigen Behörden des Vollstreckungsstaats befinden, von einem Staatsanwalt erlassen wird, wenn diese Beweismittel aufgrund der durch diese Behörden im Hoheitsgebiet des Anordnungsstaats durchgeführte Überwachung des Telekommunikationsverkehrs sämtlicher Nutzer von Mobiltelefonen, die mittels spezieller Software und modifizierter Geräte eine Ende zu Ende verschlüsselte Kommunikation ermöglichen, erlangt wurden, sofern eine solche Anordnung alle Voraussetzungen erfüllt, die gegebenenfalls nach dem Recht des Anordnungsstaats für die Übermittlung solcher Beweismittel bei einem rein innerstaatlichen Sachverhalt vorgesehen sind.*

---

<sup>13</sup> Rahmenbeschluss 2006/960JL des Rates vom 18.12.2006 über die Vereinfachung des Austausches von Informationen und Erkenntnissen zwischen den Strafverfolgungsbehörden der Mitgliedstaaten der Europäischen Union.

3. Art. 31 der Richtlinie 2014/41 ist dahin auszulegen, dass eine mit der Infiltration von Endgeräten verbundene Maßnahme zur Abschöpfung von Verkehrs-, Standort- und Kommunikationsdaten eines internetbasierten Kommunikationsdiensts eine „Überwachung des Telekommunikationsverkehrs“ im Sinne dieses Artikels darstellt, von der die Behörde zu unterrichten ist, die von dem Mitgliedstaat, in dessen Hoheitsgebiet sich die Zielperson der Überwachung befindet, zu diesem Zweck bestimmt wurde. Sollte der überwachende Mitgliedstaat nicht in der Lage sein, die zuständige Behörde des unterrichteten Mitgliedstaats zu ermitteln, so kann diese Unterrichtung an jede Behörde des unterrichteten Mitgliedstaats gerichtet werden, die der überwachende Mitgliedstaat für geeignet hält.

4. Art. 31 der Richtlinie 2014/41 ist dahin auszulegen, dass er auch bezweckt, die Rechte der von einer Maßnahme der „Überwachung des Telekommunikationsverkehrs“ im Sinne dieses Artikels betroffenen Nutzer zu schützen.

5. Art. 14 Abs. 7 der Richtlinie 2014/41 ist dahin auszulegen, dass er dem nationalen Strafgericht gebietet, im Rahmen eines Strafverfahrens gegen eine Person, die im Verdacht steht, Straftaten begangen zu haben, Informationen und Beweismittel unberücksichtigt zu lassen, wenn diese Person nicht in der Lage ist, sachgerecht zu diesen Informationen und Beweismitteln Stellung zu nehmen, und diese geeignet sind, die Würdigung der Tatsachen maßgeblich zu beeinflussen.

Hingegen sind nach wie vor Fragen des Unionsrechts, die insbesondere für die Beurteilung eines Beweisverwertungsverbotes entscheidungserheblich sind, nicht von dem Gerichtshof der Europäischen Union abschließend beantwortet worden. Insbesondere – ohne hierbei Anspruch auf Vollständigkeit des Fragenkatalogs zu erheben – hat der Gerichtshof sich noch nicht zu den Fragen geäußert, ob eine nationale Regelung mit Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58 im Lichte der Art. 7, 8 und 11 sowie Art 52 Abs. 1 GRCh vereinbar ist, die es erlaubt die gesamte über einen Dienstanbieter laufende Kommunikation auszuleiten und zu speichern, ohne dass sich die Maßnahme auf eine oder mehrere konkrete Straftaten bezieht, die zumindest nach Zeit, Ort und/oder Art der Straftat bekannt sind und ohne dass überhaupt irgendetwas über den oder die Tatverdächtigen bekannt ist<sup>14</sup>, ob die unterschiedslose Speicherung und Verwendung der gesamten Kommunikation eines informationstechnischen Systems im Sinne des Art. 4 Abs 1 c der EU-Datenschutzrichtlinie noch verhältnismäßig ist und ob es

<sup>14</sup> Vgl EuGH, Urteil vom 02.03.2021 – C-746/18: Der Gerichtshof hatte hier u.a. entschieden, dass Art. 15 Abs. 1 der RL 2002/58/EG im Lichte der Art. 7, 8 und 11 sowie Art. 52 Abs. 1 GRCh dahingehend auszulegen ist, dass er einer nationalen Regelung entgegensteht, die es Behörden zur Verhütung, Ermittlung, Feststellung und Verfolgung von Straftaten ermöglicht, Zugang zu einem Satz von Verkehrs- oder Standortdaten zu erlangen, die geeignet sind, Informationen über die von einem Nutzer eines elektronischen Kommunikationsmittels getätigten Kommunikationen oder über den Standort der von ihm verwendeten Endgeräte zu liefern und genaue Schlüsse auf sein Privatleben zuzulassen, ohne dass sich dieser Zugang auf Verfahren zur Bekämpfung schwerer Kriminalität oder zur Verhütung ernstster Bedrohungen der öffentlichen Sicherheit beschränken würde.



im Rahmen der Rechtshilfe zwischen Mitgliedstaaten der EU mit Art. 8 GRCh i.V.m. Art. 20, 27 EU-Datenschutzrichtlinie i.V.m. Art. 20 RL-EEA vereinbar ist, wenn ein Mitgliedstaat ohne vorherige Datenschutz-Folgeabschätzung sämtliche personenbezogenen Daten eines Telekommunikationsanbieters verarbeitet, ohne im Zeitpunkt der eigentlichen Verarbeitung angemessene technische und organisatorische Maßnahmen getroffen zu haben, die dafür ausgelegt sind, Datenschutzgrundsätze, wie etwa die Datenminimierung und Datensparsamkeit, wirksam umzusetzen und die notwendigen Garantien in die Verarbeitung aufzunehmen, um den Anforderungen der EU-Datenschutzrichtlinie zu genügen und die Rechte der betroffenen Personen zu schützen.

### b) Entscheidungserheblichkeit der Fragen

Der Bundesgerichtshof stellt in seinem Beschluss vom 02.03.2022 selbst fest, dass ein Verstoß gegen Rechtshilferecht zu einem Beweisverwertungsverbot führen kann (Rn. 38). Im Fall des Beschwerdeführers führt die unionsrechtswidrige Erhebung der Beweise tatsächlich zu einem Beweisverwertungsverbot, was die Feststellung dieser Unionsrechtsverstöße **entscheidungserheblich** macht. Zu der Entscheidungserheblichkeit gelangt man indes auch, wenn entgegen der hier vertretenen Ansicht das Verwertungsverbot nicht unmittelbar aus der unionsrechtswidrigen Beweiserhebung gefolgert wird:

In dem Urteil vom 06.10.2020, 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.“<sup>15</sup>*

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.<sup>16</sup>

<sup>15</sup> EuGH, Urteil vom 6.10.2020 – C-511/18 –, juris, Rn. 221 ff.

<sup>16</sup> 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.

Der Bundesgerichtshof verneinte in seinem Beschluss vom 02.03.2022 ein Beweisverwertungsverbot. So führt er hier unter den Rn. 43 ff. wie folgt aus:

*Insoweit gilt (vgl. nur BVerfG, Beschluss vom 7. Dezember 2011 – 2 BvR 2500/09 und 857/10, BVerfGE 130, 1 Rn. 117; BGH, Urteile vom 3. Mai 2018 – 3 StR 390/17, NStZ 2019, 227; vom 20. Oktober 2021 – 6 StR 319/21, NStZ 2022, 125 jeweils mwN): Das Strafverfahrensrecht kennt keinen allgemein geltenden Grundsatz, wonach jeder Verstoß gegen Beweiserhebungsvorschriften ein strafprozessuales Verwertungsverbot nach sich zieht. Ob ein solches eingreift, ist vielmehr jeweils nach den Umständen des Einzelfalls, insbesondere **nach der Art des Verbots und dem Gewicht des Verstoßes unter Abwägung der widerstreitenden Interessen zu entscheiden**. Dabei ist zu beachten, dass die Annahme eines Verwertungsverbots eines der wesentlichen Prinzipien des Strafverfahrensrechts einschränkt, nämlich den Grundsatz, dass das Gericht die Wahrheit zu erforschen und dazu die Beweisaufnahme von Amts wegen auf alle Tatsachen und Beweismittel zu erstrecken hat, die von Bedeutung sind. Deshalb handelt es sich bei einem Beweisverwertungsverbot um eine Ausnahme, die nur nach ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift oder aus übergeordneten wichtigen Gründen im Einzelfall anzuerkennen ist.*  
(...)

*Nach diesen Maßstäben würde **bei Abwägung der widerstreitenden Interessen** aus einem etwaigen Verstoß gegen die Benachrichtigungspflicht des Art. 31 Abs. 1 RL EEA kein Beweisverwertungsverbot folgen: Es geht um die Aufklärung besonders schwerwiegender Straftaten, nämlich Verbrechen nach § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG, die im Höchstmaß mit Freiheitsstrafe von 15 Jahren bedroht sind (vgl. zur Notwendigkeit der effektiven Bekämpfung solcher Straftaten auch den Rahmenbeschluss 2004/757/JI des Rates vom 25. Oktober 2004 zur Festlegung von Mindestvorschriften über die Tatbestandsmerkmale strafbarer Handlungen und die Strafen im Bereich des illegalen Drogenhandels, ABl. L 335, S. 8). Andere Beweismittel stehen hier für die Überführung des Angeklagten in den von seinem Geständnis nicht erfassten Fällen nicht zur Verfügung, so dass ohne die Verwertung dieser Beweismittel eine Überführung des Angeklagten in den relevanten Fällen nicht möglich wäre. Die EncroChat-Protokolle sind als Beweismittel besonders ergiebig, da darin offen über Drogengeschäfte in erheblichem Umfang kommuniziert wird.*

*Demgegenüber fiele ein **etwaiger individualschutzbezogener Rechtsverstoß** – ungeachtet dessen, dass den französischen Behörden schon früh klar war, dass die Ermittlungsmaßnahme eine Vielzahl von Personen in anderen Ländern betrifft – nicht entscheidend ins Gewicht. Sowohl die französischen Behörden als auch alle beteiligten deutschen Stellen haben zudem im Rechtshilfeverkehr ausdrücklich die Übermittlung und Verwendung der gewonnenen Informationen für Zwecke der Strafverfolgung befürwortet, so dass der von Art. 31 RL EEA in*

*erster Linie bezweckte Souveränitätsschutz ohnehin im Ergebnis nicht verletzt wäre.“*

(Eigene Hervorhebungen)

Um festzustellen, welches der gegenläufigen Interessen schwerer wiegt, müssen sie hingegen jeweils identifiziert und gewichtet werden. Für die Bewertung des Individualinteresses des Beschwerdeführers 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.<sup>17</sup>

Eine Abwägung kann denklogisch nur erfolgen, wenn die Interessen und Rechtsgüter, die gegeneinander abgewogen werden sollen, bekannt sind. Im vorliegenden Fall war aber nur das Strafverfolgungsinteresse hinreichend identifiziert, denn es war bekannt, welche Straftaten dem Beschwerdeführer vorgeworfen werden. Solange aber nicht identifiziert ist, welche Individualinteressen und Rechtsgüter des Beschwerdeführers und welche Verfahrensverstöße von welchem Gewicht in der Waagschale liegen, kann unmöglich festgestellt werden, ob das Strafverfolgungsinteresse im konkreten Fall tatsächlich überwiegt. Dies wäre nur dann der Fall, wenn das Strafverfolgungsinteresse bei bestimmten Straftaten stets überwiegen würde, ohne Ansehung der Verfahrensverletzungen, die begangen wurden, um die Strafverfolgung zu ermöglichen. Dies würde aber einen Freifahrtschein für die Ermittlungsbehörden bedeuten und eine effektive Wahrung der Grundrechte der Beschuldigten im Strafverfahren ausschließen. Nicht zuletzt würde damit auch eine effektive Umsetzung der Unionsgrundrechte unmöglich werden.

Da es nach alledem für die im Rahmen der Prüfung eines Beweisverwertungsverbots vorzunehmenden Abwägung nicht ausreicht, nur eines der zwei abzuwägenden Interessen zu identifizieren, dürfte die Entscheidungserheblichkeit der Vorlagefragen auf der Hand liegen: Die Unverhältnismäßigkeit der Datenerhebung im Zusammenhang mit der Richtlinie 2002/58 und der dadurch eingetretene Verstoß gegen die Unionsgrundrechte des Beschwerdeführers sowie ein Verstoß gegen die Europäische Datenschutzrichtlinie sind nur zwei Aspekte, die im Rahmen der Abwägung erheblich für eine Beweisverwertungsverbot streiten. Ob und in welchem Ausmaß eine Verletzung von Unionsrecht vorlag, war ein für die vorgenommene Abwägung entscheidender Punkt. Es handelte sich um Vorfragen, die vom Gerichtshof der Europäischen Union vorher hätten beantwortet werden müssen, um überhaupt eine Abwägung vornehmen zu können.

---

<sup>17</sup> Vgl. *Schmitt* in Meyer-Goßner, StPO, 64. Aufl. 2021, Rn 55a m.w.N.

Nach hier vertretener Ansicht wiegt die Verletzung der Unionsgrundrechte und der Verstoß gegen die Europäischen Datenschutzrichtlinie i.V.m. 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, sondern in jedem Fall vor. Denn eine Abwägung hätte überhaupt erst nach einer Beantwortung der unionsrechtlichen Vorfragen erfolgen können.

c)

Die oben aufgeführten klärungsbedürftigen Fragen des Unionsrechts waren – im Zeitpunkt der Entscheidungen des Bundesgerichtshofs – weder eindeutig zu beantworten (**acte clair**) noch vom Gerichtshof der Europäischen Union beantwortet worden (**acte éclairé**). Die Rechtslage hinsichtlich dieser Fragen ist auch nicht offenkundig. Dies hatte der Bundesgerichtshof auch erkannt oder zumindest erkennen müssen, da es seit Bekanntwerden der „EncroChat-Hacks“ eine Vielzahl von Diskussionen innerhalb der juristischen Wissenschaft und vor den zu Entscheidungen berufenen Strafgerichten über die Vereinbarkeit der Maßnahmen mit dem Unionsrecht gab und diese fortlaufend noch geführt werden.<sup>18</sup>

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?“<sup>19</sup>*

<sup>18</sup> Vgl. nur: Meyer-Mews in HRRS 6/2024, S 192 ff.; Strate in HRRS 7/2024, S.226 ff. Derin/Singelstein NSTZ 2021, 449 ff.; Erhard/Lödden StraFO 2021, 366; Nadeborn/Albrecht, NZWiSt 2021, 420; Wahl, ZIS 2021, 452 ff.; LG Berlin, Beschluss vom 01.07.2021 – (525 KLs) 254 Js 592/20 (10/21).

<sup>19</sup> EGMR, Beschluss vom 03.01.2022, Verfahren Nr. 44715/20 und Nr. 47930/21, Frage 5.

#### d) Willkürlichkeit der Nichtvorlage

Die Verletzung der Vorlagepflicht durch das Landgericht Hamburg und den Bundesgerichtshof war **willkürlich** und stellt mithin eine Verletzung des Rechts des Beschwerdeführers 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.<sup>20</sup>

Dies ist schon deshalb zu bejahen, weil der Bundesgerichtshof für seine Entscheidung den EuGH unbefragt zu lassen keine Gründe mitgeteilt hat. Denn eine Kontrolle am Maßstab des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG wird hierdurch unmöglich gemacht.

Aus dem Fehlen einer angemessenen Auseinandersetzung des Bundesgerichtshofs mit dem von dem Revisionsführer (jetzt Beschwerdeführer) in dem Revisionsverfahren vorgebrachten Ausführungen zur Unionsrechtswidrigkeit der zugrunde liegenden Maßnahmen<sup>21</sup> kann nur geschlossen werden, dass er sich mit den Bedingungen für die Vorlagepflicht schlicht nicht auseinandergesetzt und sie dementsprechend verkannt hat. Ob und anhand welcher Maßstäbe sich der Bundesgerichtshof mit der Möglichkeit der Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Union 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 Gerichtshofs der Europäischen Union noch nicht vorlag und der letztinstanzlich zuständige Bundesgerichtshof den ihm in diesem Fall notwendig zukommenden Beurteilungsspielraum in unvertretbarer Weise überschritten hat.<sup>22</sup> Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union zu diesen Themenkomplexen ist –neben der Entscheidung vom 30.04.2024– 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, Art. 8 und 11 GRCh und im Hinblick auf die Auslegung der RL-EEA i.V.m. der Richtlinie 2002/58/EG und der EU-Datenschutzrichtlinie bei der Handhabung der konkreten Ermittlungsanordnung eine von vornherein eindeutige oder zweifelsfrei geklärte Rechtslage vorliegen sollte. Das Gericht setzt sich vielmehr in rechtswidriger Weise nicht mit der Vorlagepflicht an den Gerichtshof der Europäischen Union auseinander, obwohl dies offensichtlich geboten gewesen wäre.

Der Bundesgerichtshof konstatiert in der Rn. 32 seines Beschlusses vom 02.03.2022, dass sich ein Beweisverwertungsverbot für Beweismittel, die im Wege der Rechtshilfe erlangt wurden,

<sup>20</sup> BVerfG, Beschluss vom 06.07.2010 – 2 BvR 2661/06 –, BVerfGE 126, 286-331, juris Rn. 88.

<sup>21</sup> Anlage 2, S. 117 ff.

<sup>22</sup> Vgl. BVerfG, BVerfG, Beschluss vom 31.05.1990 – 2 BvL 12/88 –, BVerfGE 82, 159-198, juris Rn. 144.

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. Dabei war und ist vor allem entscheidend, wie die RL-EEA, die RL 2002/58/EG und die EU-Datenschutzrichtlinie insbesondere im Lichte der Art. 7, 8, 11 sowie 52 Abs. 1 der Grundrechtecharta auszulegen und anzuwenden sind. Gerade aus diesem Grund prüfte der Bundesgerichtshof in seinem Grundsatzbeschluss umfangreich, ob ein Verstoß gegen die RL-EEA vorliegt. Und gerade deswegen hätte er die aufgeworfenen Fragen damals und auch in dem hier angegriffenen Beschluss zum Gegenstand eines Vorabentscheidungsverfahrens vor dem Gerichtshof der Europäischen Union nach Art. 267 Abs. 3 AEUV machen müssen, wie oben dargelegt wurde. Dies nicht zu tun, ist im Hinblick auf die Relevanz der zu beantwortenden Fragen willkürlich. Der Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 02.03.2022 bietet darüber hinaus keine überzeugende Argumentation dahingehend, warum die Vorlagepflicht nach Art. 267 AEUV in Fällen wie denen des Beschwerdeführers nicht gegeben sein sollte.

## 2. Grundrechtsverletzungen

Der Beschluss des Bundesgerichtshofs, der das Urteil des Landgerichts Hamburg bestätigt, verletzt den Beschwerdeführer zudem in seinem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht aus 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 und das Recht auf ein faires Verfahren nach Art. 6 Abs. 1 EMRK sind verletzt. Die fehlende Befassung des Bundesgerichtshofs mit der nunmehr ergangenen Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 30.04.2024 stellt zudem eine Verletzung des Rechts des Beschwerdeführers aus Art. 3 Abs. 1 GG (Willkürverbot) dar. Der Bundesgerichtshof hat die Bedeutung und Tragweite dieser Grundrechte bei der Anwendung des einfachen Rechts (hier § 261 StPO) verkannt. Damit liegt eine spezifische Verfassungsrechtsverletzung vor<sup>23</sup>.

---

<sup>23</sup> BVerfG, Beschl. 10.06.1964 – 1 BvR 37/63, NJW 1964, 1716.

**a) Verletzung der Art. 2 Abs 1 i.V.m Art. 1 Abs. 1 GG sowie Art. 7 und 8 GRCh und Art. 8 EMRK**

Die Verwendung und Verwertung der EncroChat-Daten 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 der Mobiltelefone 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.<sup>24</sup>

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.<sup>25</sup>

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.<sup>26</sup> 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 personenbezogenen 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, Übermitteln usw. vor<sup>27</sup> und ist im vorliegenden Fall, in dem die private Kommunikation des Beschwerdeführers 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 hier angegriffenen Beschluss nicht erwähnt, zeigt seine

<sup>24</sup> Vgl. *Sommer*, StV Spezial 2021, 70.

<sup>25</sup> 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.

<sup>26</sup> *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.

<sup>27</sup> *Calliess/Ruffert/Kingreen*, EU-GRCharta, 6. Aufl. 2022, Art. 8 Rn. 13.

Fehleinschätzung ihrer Tragweite und Bedeutung. Dies gilt umso mehr, als ihm zum Zeitpunkt des angegriffenen Beschlusses vom 27.08.2024 das hier maßgebliche Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union 30.04.2024 bereits seit mehreren Monaten vorlag und veröffentlicht war.<sup>28</sup>

Die Eingriffe, die durch die Verwendung und Verwertung der erlangten Daten im Prozess fortgeführt und vertieft wurden, 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.

**aa)**

Der Bundesgerichtshof geht in dem hier angegriffenen Beschluss nicht auf die Grundrechte des Beschwerdeführers ein. Der Generalbundesanwalt bestätigt die Verwertbarkeit der EncroChat-Daten lediglich mit einer knappen Begründung:

*„Das Beschwerdevorbringen sollte den Senat aus hiesiger Sicht ohnehin nicht dazu veranlassen, von seiner bisherigen Sichtweise einer Verwertbarkeit der EncroChats abzugehen.*

- a) *Der Senat hat sich bereits umfassend mit der Frage befasst, ob die vom Beschwerdeführer aufgeworfenen Fragen dem EuGH zur Vorabentscheidung vorzulegen wären. Er hat das mit einer zwar kurzen – aber inhaltlich treffsicheren – Begründung verneint (hierzu Senat, Beschluss vom 2. März 2022 – 5 StR 457/21, Rn. 78; Urteil vom 7. Dezember 2023 – 5 StR 168/23, Rn. 8). Weder die Sichtweise einer Strafkammer des Landgerichts Berlin, noch die zitierte europäische Rechtsprechung bieten Anlass, diese Sichtweise zu revidieren. Von einer „Rechtswillkür“ (so RB S. 287) kann dabei nicht ansatzweise ausgegangen werden.*
- b) *Die verfassungsrechtliche Sichtweise des Beschwerdeführers teilt die Bundesanwaltschaft nicht. Eine diese Senatssichtweise in Frage stellende Rechtsansicht des Bundesverfassungsgerichtes ist bisher ebenso nicht bekannt geworden (vgl. hierzu BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 9. August 2023 – 2 BvR 558/22).“*

---

<sup>28</sup> <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=285365&pageIndex=0&doclang=DE&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=5387116>.



Der 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs stellt in dem Beschluss vom 02.03.2022 bei Rn. 64 fest, dass es sich bei der der Verwertung personenbezogener Informationen um einen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht handelt. 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 der 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 Beweisen, folgende Schlussfolgerung (Rn. 68):

*„Kann diese Beschränkung in Fällen wie dem vorliegenden nicht geleistet werden, weil hier durch einen anderen Mitgliedstaat in originärer Anwendung seines nationalen Rechts in die Grundrechte Betroffener eingegriffen wird, sind die dadurch möglichen Unterschiede bei den Eingriffsvoraussetzungen **auf der Ebene der Beweisverwertung zu kompensieren.**“* (Eigene Hervorhebung)

Diese Ansätze zur Überprüfung der Verhältnismäßigkeit und damit zur Wahrung der Grundrechte des damaligen Revisionsführers 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.<sup>29</sup>

Dies stützt auch die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union, der in seinem Urteil vom 30.04.2024 wie folgt zu der Auslegung des Art. 6 Abs. 1 b) der Richtlinie 2014/41 ausführt (Rn. 92 ff):

*„Durch die Verwendung der Formulierungen „unter denselben Bedingungen“ und „in einem vergleichbaren innerstaatlichen Fall“ macht Art. 6 Abs. 1 Buchst. b der Richtlinie 2014/41 die Bestimmung der genauen Voraussetzungen für den Erlass einer Europäischen Ermittlungsanordnung allein vom Recht des Anordnungsstaats abhängig.*

*Daraus folgt, dass eine Anordnungsbehörde, wenn sie Beweismittel erlangen möchte, die sich bereits im Besitz der zuständigen Behörden des Vollstreckungsstaats befinden, eine Europäische Ermittlungsanordnung davon abhängig machen muss, dass alle im Recht ihres eigenen Mitgliedstaats für einen vergleichbaren innerstaatlichen Fall vorgesehenen Bedingungen erfüllt sind.*

*Dies bedeutet, dass die Rechtmäßigkeit einer Europäischen Ermittlungsanordnung wie die im Ausgangsverfahren in Rede stehenden, die auf die Übermittlung von im Besitz der zuständigen Behörden des Vollstreckungsstaats befindlichen Daten gerichtet ist, die möglicherweise Informationen über die Kommunikation eines Nutzers eines Mobiltelefons, das mittels spezieller Software und modifizierter Geräte eine Ende zu Ende verschlüsselte Kommunikation ermöglicht, liefern, denselben Bedingungen unterliegt, wie sie gegebenenfalls für die Übermittlung solcher Daten bei einem rein innerstaatlichen Sachverhalt des Anordnungsstaats gelten.*

***Setzt die Übermittlung nach dem Recht des Anordnungsstaats voraus, dass konkreten Anhaltspunkte für schwere Straftaten der beschuldigten Personen vorliegen, oder dass die Beweismittel, die in den fraglichen Daten bestehen, verwertbar sind, unterliegt folglich der Erlass einer Europäischen Ermittlungsanordnung all diesen Voraussetzungen.“***

So liegt der Fall hier. Eine Regelung, die den vorliegenden Fall regelt, ist dem deutschen Recht nicht bekannt. Daher bediente sich der Bundesgerichtshof bei dem Rechtsgedanken des § 100e Abs. 6 Nr. 1 StPO. Die aus Maßnahmen nach §§ 100b, 100c StPO erlangten personenbezogenen Daten dürfen gemäß dieser Vorschrift auch ohne Einwilligung der überwachten Person in einem anderen Strafverfahren verwendet werden, wenn mit diesen Daten eine andere Straftat

<sup>29</sup> So auch *Neuhöfer/Bierlich*, Anm. zu BGH 5 StR 457/21, jurisPR-Compl 3/22 Anm. 4.

aufgeklärt werden soll und wegen dieser anderen Tat eine Maßnahme nach §§ 100b, 100c ebenfalls hätte angeordnet werden dürfen. § 100e Abs. 6 Nr. 1 StPO ist mithin in den Fällen direkt anwendbar, in denen **Daten in einem Ausgangsverfahren nach § 100b und § 100c StPO erlangt und in diesem „verwertbar“ waren.**<sup>30</sup> 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 – also eine andere prozessuale Tat<sup>31</sup> – (etwa in Frankreich), in dem die Daten *verwertbar* erlangt worden wären, zumindest steht diese Feststellung den deutschen Gerichten nicht zu.<sup>32</sup> In einem innerstaatlichen Fall hätte im Unterschied dazu bereits ein Verfahren stattgefunden, in dem die Verwertbarkeit der nach § 100b StPO erhobenen Daten überprüft worden wäre und dabei insbesondere auch das Vorliegen eines konkreten Tatverdachts einer Katalogstraftat. Dies ist insbesondere deshalb notwendig, weil die Ermittlungsmaßnahmen nach der Vorschrift des § 100b StPO **besonders schwerwiegende Eingriffe** in den Schutzbereich des Grundrechts auf Integrität und Vertraulichkeit informationstechnischer Systeme aus Art. 2 Abs. 1 GG darstellen.<sup>33</sup>

Wie der 5. Strafsenat selbst in seinem Beschluss vom 02.03.2022 ausführt, wird die Verwertbarkeit der Daten bei der Erhebung nie geprüft. Dieser Aspekt führt zu der 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 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. Nur so kann der Schutz des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Beschwerdeführers (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) und seiner Grundrechte auf Achtung des Privatlebens und der Kommunikation (Art. 7 GRCh) sowie der Schutz der personenbezogenen Daten (Art. 8 GRCh) sichergestellt werden.

Als die konkreten Maßnahmen, die auch den hiesigen Beschwerdeführer betrafen, eingeleitet und ausgeführt wurden, lagen über seine Personen und mögliche kriminelle Aktivitäten

---

<sup>30</sup> Vgl. Wortlaut § 100e Abs. 6 Nr. 1 StPO und *Bruns* in KK-StPO, 8. Aufl. 2019, StPO § 100e Rn. 24.

<sup>31</sup> Vgl. *Rückert* in MükO StPO, 2. Aufl. 2023, §100e Rn. 86.

<sup>32</sup> Vgl. auch EuGH, Urteil vom 30.04.2024 – C-670722, Rn. 100.

<sup>33</sup> Vgl. Köhler in Meyer-Goßner/Schmitt StPO, 67. Aufl. 2024, § 100b Rn. 1.

seinerseits **keine hinreichenden Anhaltspunkte** vor. Ein qualifizierter Verdacht gem. § 100b StPO bestand gegen ihn nicht allein deswegen, weil er Nutzer eines EncroChat-Handys war.<sup>34</sup>

Die einzige Information der Behörden im Erhebungszeitraum war, dass der Beschwerdeführer sich eines Mobiltelefons des Anbieters EncroChat bedienten. 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.<sup>35</sup> Die Nutzung von Verschlüsselungstechnologien ist erstens im Zeitalter der Digitalisierung weit verbreitet und dient zweitens dem grundrechtlich verbürgten Interesse, die Privatsphäre zu schützen. So heißt es auch in der Entschließung des Rats der Europäischen Union vom 24.11.2020 zur Verschlüsselung:

*„Die Europäische Union unterstützt uneingeschränkt die Entwicklung, Umsetzung und Nutzung starker Verschlüsselung. Die Europäische Union unterstreicht, dass die uneingeschränkte Wahrung der Grundrechte und der Menschenrechte sowie der Rechtsstaatlichkeit bei allen Maßnahmen im Zusammenhang mit dieser Entschließung – sowohl online als auch offline – gewährleistet werden muss. Verschlüsselung ist ein notwendiges Mittel zum Schutz der Grundrechte und der digitalen Sicherheit von Regierungen, Industrie und Gesellschaft.“<sup>36</sup>*

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.“<sup>37</sup>*

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**

<sup>34</sup> Vgl.: LG Berlin, Beschluss vom 01. Juli 2021 – (525 KLs) 254 Js 592/20 (10/21) –, juris, Rn. 30 ff.; *Derin/Singelnstein*, NSTZ 2021, 452; *Gebhard/Michalke*, NJW 2022, 658.

<sup>35</sup> So auch: LG Berlin, Beschluss vom 01.07.2021 – (525 KLs) 254 Js 592/20 (10/21) –, juris, Rn. 41 ff.

<sup>36</sup> Rat der Europäischen Union, Entschließung zur Verschlüsselung, 13084/1/20 REV 1, 24.11.2020, S. 2.

<sup>37</sup> Ebenda, S. 4.

**mindestens 30.000 Bürgern** mittels nachrichtendienstlicher Methoden **ohne Bestehen eines konkreten Tatverdachts** bleiben die Grundsätze der Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit aber gerade nicht berücksichtigt.

Ein Interesse an geheimer Kommunikation haben – entgegen der Ansicht einiger Oberlandesgerichte<sup>38</sup> – nicht nur Kriminelle, sondern etwa auch Personen, die politisch, unternehmerisch oder juristisch tätig sind. Es bedarf allerdings ohnehin keiner Rechtfertigung dafür, die Kommunikation vor fremder (auch staatlicher) Einsichtnahme schützen zu wollen, denn das Grundrecht auf Schutz des Privatlebens und der Kommunikation sowie das Grundrecht auf Datenschutz kommt jeder natürlichen Person zu. Ein Verdacht gegen die Nutzer des EncroChat-Systems kann auch nicht aus dem Preis für dasselbe abgeleitet werden. Der 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs führt in dem Beschluss vom 02.03.2022 aus, wegen der „*sehr hohen Kosten*“ für den Betrieb der EncroChat-Handys sei zu vermuten gewesen, dass diese nicht für 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 höchst subjektive handelt, die von dem jeweiligen Einkommen und den jeweiligen Anforderungen geprägt sein dürfte. Allgemeingültige Aussagen dahin, der Preis von ca. 1.500 Euro für die Anschaffung und halbjährliche Nutzung eines verschlüsselten Kommunikationsmittels sei sehr teuer, 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 dürfen oder ob er 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“<sup>39</sup>*

könne. Dabei hätte er allerdings berücksichtigen müssen, dass die erfolgten Ermittlungsmaßnahmen gegen die Betreiber und Nutzer von EncroChat in ihrer Eingriffsintensität noch über

<sup>38</sup> 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.

<sup>39</sup> BGH, Beschl. 2.03.2022 – 5 StR 457/21 –, juris Rn. 68.

das in § 100e Abs. 6 StPO vorgesehene Maß hinausgingen.<sup>40</sup> 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.

## bb)

Auch abgesehen von den oben aufgeführten Zweifeln an der Verhältnismäßigkeit der Verwertung der EncroChat-Daten auf Grundlage des § 100e Abs. 6 StPO liegt hier ein Eingriff in die Grundrechte des Beschwerdeführers deshalb vor, da die Voraussetzungen der Rechtsgrundlage, sollte § 100e Abs. 6 StPO als solche angesehen werden, nicht vorlagen.

Denn die Verwertung der Daten als Zufallsfunde i.S.d. § 100e 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

## Anlage 7.

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,

---

<sup>40</sup> Derin/Singelstein, NSZ 2021, 449 (453).

sodass eine Verwertung einen nicht zu rechtfertigenden Eingriff in die Grundrechte des Beschwerdeführers darstellt.

**cc)**

Abgesehen von diesem Mangel greift die Verhältnismäßigkeitsprüfung des Bundesgerichtshofs in dem Beschluss vom 02.03.2022 (5 StR 457/21) auch im Übrigen zu kurz. Nachdem er feststellt, dass eine Katalogstraftat vorliegt und Kernbereiche privater Lebensführung nicht angefasst worden seien, beschränkt er die aus seiner Ansicht nach erforderliche strikte Verhältnismäßigkeitsprüfung auf Hinweise zum Schweregrad der dem dortigen 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.<sup>41</sup> 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.

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 Beweisverwertungsverbote aus verfassungsrechtlichen Gründen – gab es keine Möglichkeit, einen etwaigen Grundrechtseingriff auf der Erhebungsebene zu kontrollieren oder von vornerein auszuschließen (s.o.). Es geht hier gerade um die Kompensation dieses Kontrollverlusts. Daher ist für die Frage der Verhältnismäßigkeit zumindest auch mit zu berücksichtigen, dass es 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 einer Person umfassten, ohne zwischen möglichen Inhalten zu differenzieren. Diese Gesichtspunkte hat der 5. Strafsenat nicht berücksichtigt und damit die Tragweite und Bedeutung der beeinträchtigten Grundrechte missachtet und fehleingeschätzt.

Es fehlen zudem 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,

---

<sup>41</sup> BGH, Beschl. 2.03.2022 – 5 StR 457/21 –, juris Rn. 71.

Sammlung, Speicherung, Entschlüsselung, Auswertung und Weiterleitung der EncroChat-Daten des Beschwerdeführers, die immerhin einen 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.

Das Gleiche gilt selbstverständlich für den hier angegriffenen Beschluss des 5. Strafsenats, der sich mit der Verletzung der Grundrechte des Beschwerdeführers in keiner Weise auseinandergesetzt hat.

Auch die inzwischen ergangenen Entscheidungen des 4. Strafsenats des Bundesgerichtshofs<sup>42</sup> 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.

#### **b) Recht auf ein faires Verfahren, Art. 20 Abs. 3 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG , Art 6 Abs. 1 EMRK**

Der angegriffene Beschluss des Bundesgerichtshofs, der die erstinstanzliche Verwertung der EncroChat-Daten bestätigt, verstößt zudem gegen das Recht des Beschwerdeführers auf ein faires Verfahren aus Art. 20 Abs. 3 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG und Art. 6 Abs. 1 EMRK.

Das Recht auf ein faires Verfahren hat seine Wurzeln im Rechtsstaatsprinzip in Verbindung mit den Freiheitsrechten und Art. 1 Abs. 1 GG und gehört zu den wesentlichen Grundsätzen eines rechtsstaatlichen Verfahrens. Das Recht auf ein faires Verfahren enthält keine in allen Einzelheiten bestimmten Ge- oder Verbote. Es ist stets anhand des konkreten Einzelfalls zu konkretisieren und ist erst verletzt, wenn eine Gesamtschau des Verfahrensrechts auch in seiner Auslegung und Anwendung durch die Fachgerichte ergibt, dass rechtstaatlich zwingende Folgerungen nicht gezogen worden sind oder rechtsstaatlich Unverzichtbares preisgegeben worden ist.<sup>43</sup>

Das Bundesverfassungsgericht führt hinsichtlich der Annahme eines Beweisverwertungsverbotes in seiner Entscheidung vom 13. Mai 2015 – 2 BvR 616/13 – wie folgt aus:

<sup>42</sup> BGH, Beschl. v. 05.07.2022, 4 StR 61/22, juris Rn. 7; Beschl. v. 06.07.2022, Az. 4 StR 63/22, juris.

<sup>43</sup> BVerfG, Beschluss vom 07.12. 2011 – 2 BvR 2500/09 u. a., NJW 2012, 907, Rn. 111 f.



„Ein Beweisverwertungsverbot stellt nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts von Verfassungen wegen eine begründungsbedürftige Ausnahme dar, weil es die Beweismöglichkeiten der Strafverfolgungsbehörden zur Erhärtung oder Widerlegung des Verdachts strafbarer Handlungen einschränkt und so die Findung einer materiell richtigen und gerechten Entscheidung beeinträchtigt. Grundrechtsverletzungen, zu denen es außerhalb der Hauptverhandlung gekommen ist, führen daher nicht zwingend dazu, dass auch das auf dem Inbegriff der Hauptverhandlung beruhende Strafurteil gegen Verfassungsrecht verstößt. **Aus verfassungsrechtlicher Sicht ist ein Beweisverwertungsverbot geboten, wenn die Auswirkungen des Rechtsverstößes dazu führen, dass dem Angeklagten keine hinreichenden Möglichkeiten zur Einflussnahme auf Gang und Ergebnis des Verfahrens verbleiben, die Mindestanforderungen an eine zuverlässige Wahrheitserforschung nicht mehr gewahrt sind oder die Informationsverwertung zu einem unverhältnismäßigen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht führen würde.** Zudem darf eine Verwertbarkeit von Informationen, die unter Verstoß gegen Rechtsvorschriften gewonnen würden, nicht bejaht werden, wo dies zu einer Begünstigung rechtswidriger Beweiserhebungen führen würde. Ein Beweisverwertungsverbot kann daher insbesondere nach **schwerwiegenden, bewussten oder objektiv willkürlichen Rechtsverstößen**, bei denen **grundrechtliche Sicherungen planmäßig oder systematisch außer Acht gelassen worden sind, geboten sein** (BVerfGE 130, 1 <28>; vgl. auch BVerfGE 113, 29 <61>; 125, 260 <339 f.>).“<sup>44</sup>

(Eigene Hervorhebungen)

Nach diesem Maßstab liegt hier aus folgenden Gründen ein Beweisverwertungs- und -verwendungsverbot vor:

aa)

Die im hiesigen Verfahren verwerteten EncroChat-Daten stammen ausschließlich aus der rechtswidrigen und **vorsätzlichen Umgehung der Vorschrift des § 31 Abs. 3 RL-EEA** durch die deutschen Behörden. Von entscheidender Bedeutung ist hier vor allem, dass der Gerichtshof der Europäischen Union in seinem Urteil vom 30.04.2024 (C-670/22) – in Abweichung von der Entscheidung des Bundesgerichtshof vom 02.03.2022 – den individualschützenden Charakter des Art. 31 der Richtlinie 2014/41 anerkannt hat.

Die im vorliegenden Verfahren gewonnenen Erkenntnisse aus der Kaperung eines Servers des Unternehmens EncroChat durch die französische Polizei und sie unterstützenden Einheiten

<sup>44</sup> BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 13. Mai 2015 – 2 BvR 616/13 –, juris, Rn. 41.

des französischen Geheimdienstes sind von gleicher Art wie die in dem Verfahren des Landgerichts Berlin, welche nun zu dem Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 30.04.2024 geführt haben, und auch von gleicher Art, wie sie in dem Revisionsverfahren vor dem 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs eine Rolle spielten.

Die Unionsrechtswidrigkeit der vom 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs getroffenen Entscheidung dokumentiert sich nachdrücklich in seiner unter Rn. 41 getroffenen Feststellung:

**„Losgelöst von der Frage, ob es bei der in Rede stehenden Beweisgewinnung überhaupt um die Überwachung des Telekommunikationsverkehrs im Sinne von Art. 31 Abs. 1 RL EEA und § 91 Abs. 6 IRG geht (vgl. United Kingdom, Court of Appeal [Criminal Division] vom 5. Februar 2021 - [2021] EWCA Crim 128, CRi 2021, 62; vgl. auch Erwägungsgrund Nr. 30 der RL EEA), sollen diese Vorschriften den Betroffenen aber nicht vor einer Beweisverwendung im unterrichteten Staat (hier Deutschland), sondern allein vor einer Beweisverwendung im unterrichtenden Staat (hier Frankreich) bzw. im sonstigen europäischen Ausland schützen (vgl. Wahl, ZIS 2021, 452, 457; Zimmermann, ZfISiW 2022, 173, 178). Nur auf diesen Individualschutz stellt die Gesetzesbegründung ab (vgl. BT-Drucks. 18/9757, S. 75). Dies entspricht auch der Systematik des Rechtshilferechts. Die Unterrichtungspflicht dient zum einen vorrangig dem Schutz der deutschen Staatssouveränität, indem hiesige Stellen entscheiden sollen, welche strafprozessualen Ermittlungsmaßnahmen mit direkten Auswirkungen auf deutsches Hoheitsgebiet durchgeführt werden dürfen. Zum zweiten dient die Unterrichtungspflicht dem Grundrechtsschutz der betroffenen Person, allerdings nur insoweit, als es um die Beweisverwendung im Ausland geht. Den Schutz von Betroffenen vor einer Verwendung von Beweismitteln in einem deutschen Strafverfahren können das deutsche Verfassungs- und Prozessrecht ausreichend durch die Annahme eines Beweisverwendungs- oder -verwertungsverbots oder durch bestimmte Verwendungsvorbehalte leisten; hierfür bedarf es keiner Rechtshilfavorschriften, die lediglich den zwischenstaatlichen Rechtsverkehr regeln. Der individuelle Schutzzweck von Art. 31 Abs. 1 RL EEA und § 91 Abs. 6 IRG ist damit auf die Beweisverwendung im Ausland beschränkt und betrifft die Beweisverwendung im Inland nicht.<sup>45</sup>**

Demgegenüber **bejaht** der Gerichtshof der Europäischen Union – im Gegensatz zu der eben zitierten Entscheidung des Bundesgerichtshofs –, dass Art. 31 der Richtlinie 2014/41 sich auch auf den Schutz der Rechte der von den Überwachungsmaßnahmen betroffenen Personen im „*unterrichteten Staat*“ (hier: Deutschland) erstreckt. Zum Zwecke besserer Verständlichkeit sei den folgenden Passagen Art. 31 der Richtlinie 2014/41 in vollem Wortlaut vorangestellt:

<sup>45</sup> Vgl. BGH, Beschluss vom 2. März 2022 – 5 StR 457/21 –, BGHSt 67, 29-55, Rn. 41.

**„Die Unterrichtung des Mitgliedstaats, in dem sich die Zielperson der Überwachung befindet und dessen technische Hilfe nicht erforderlich ist**

(1.) Wenn zum Zwecke der Durchführung einer Ermittlungsmaßnahme die Überwachung des Telekommunikationsverkehrs von der zuständigen Behörde eines Mitgliedstaats („überwachender Mitgliedstaat“) genehmigt wurde und der in der Überwachungsanordnung bezeichnete Kommunikationsanschluss der Zielperson der Überwachung im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats („unterrichteter Mitgliedstaat“) genutzt wird, von dem für die Durchführung der Überwachung keine technische Hilfe benötigt wird, so hat der überwachende Mitgliedstaat die zuständige Behörde des unterrichteten Mitgliedstaats von der Überwachung wie folgt zu unterrichten:

a.) vor der Überwachung in Fällen, in denen die zuständige Behörde des überwachenden Mitgliedstaats bereits zum Zeitpunkt der Anordnung der Überwachung davon Kenntnis hat, dass sich die Zielperson der Überwachung im Hoheitsgebiet des unterrichteten Mitgliedstaats befindet oder befinden wird;

b.) während oder nach der Überwachung, und zwar unmittelbar nachdem sie davon Kenntnis erhält, dass sich die Zielperson der Überwachung während der Überwachung im Hoheitsgebiet des unterrichteten Mitgliedstaats befindet oder befunden hat.

(2.) Für die Unterrichtung gemäß Absatz 1 wird das in Anhang C festgelegte Formblatt verwendet.

(3.) Die zuständige Behörde des unterrichteten Mitgliedstaats kann in dem Fall, dass die Überwachung in einem vergleichbaren innerstaatlichen Fall nicht genehmigt würde, der zuständigen Behörde des überwachenden Mitgliedstaats unverzüglich und spätestens innerhalb von 96 Stunden nach Erhalt der Unterrichtung gemäß Absatz 1 mitteilen,

a.) dass die Überwachung nicht durchgeführt werden kann oder zu beenden ist und

b.) erforderlichenfalls, dass das Material, das bereits gesammelt wurde, während sich die Zielperson der Überwachung im Hoheitsgebiet des unterrichteten Mitgliedstaats befand, nicht oder nur unter den von ihm festzulegenden Bedingungen verwendet werden darf. Die zuständige Behörde des unterrichteten Mitgliedstaats setzt die zuständige Behörde des überwachenden Mitgliedstaats von den Gründen für diese Bedingungen in Kenntnis.

(4.) Artikel 5 Absatz 2 gilt sinngemäß für die Mitteilung gemäß Absatz 2.“

Die Große Kammer des Gerichtshofs der Europäischen Union widmet sich in zwei Leitsätzen ihrer Entscheidung vom 30. April 2024 der Auslegung des Art. 31 der Richtlinie 2014/41 (Anlage 6, S. 26):

*„3. Art. 31 der Richtlinie 2014/41 ist dahin auszulegen, dass eine mit der Infiltration von Endgeräten verbundene Maßnahme zur Abschöpfung von Verkehrs-, Standort- und Kommunikationsdaten eines internetbasierten Kommunikationsdiensts eine „Überwachung des Telekommunikationsverkehrs“ im Sinne dieses Artikels darstellt, von der die Behörde zu unterrichten ist, die von dem Mitgliedstaat, in dessen Hoheitsgebiet sich die Zielperson der Überwachung befindet, zu diesem Zweck bestimmt wurde. Sollte der überwachende Mitgliedstaat nicht in der Lage sein, die zuständige Behörde des unterrichteten Mitgliedstaats zu ermitteln, so kann diese Unterrichtung an jede Behörde des unterrichteten Mitgliedstaats gerichtet werden, die der überwachende Mitgliedstaat für geeignet hält.*

*4. Art. 31 der Richtlinie 2014/41 ist dahin auszulegen, dass er auch bezweckt, die Rechte der von einer Maßnahme der „Überwachung des Telekommunikationsverkehrs“ im Sinne dieses Artikels betroffenen Nutzer zu schützen.“<sup>46</sup>*

Über diese Leitsätze noch etwas hinausgehend ist die **Begründung** des Gerichtshofs im Rahmen des Urteils, indem darin ausdrücklich festgehalten wird (Anlage 6, Rn. 124):

*124: Art. 31 der Richtlinie 2014/41 soll somit nicht nur die Achtung der Souveränität des unterrichteten Mitgliedstaats gewährleisten, sondern **auch sicherstellen, dass das in diesem Mitgliedstaat im Bereich der Überwachung des Telekommunikationsverkehrs garantierte Schutzniveau nicht unterlaufen wird**. Da eine Maßnahme der Überwachung des Telekommunikationsverkehrs einen Eingriff in das in Art. 7 der Charta verankerte Recht auf Privatleben und Kommunikation der Zielperson darstellt (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 17. Januar 2019, Dzivev u. a., C-310/16, EU:C:2019:30, Rn. 36), **ist daher davon auszugehen, dass Art. 31 der Richtlinie 2014/41 auch den Schutz der Rechte der von einer solchen Maßnahme betroffenen Personen bezweckt und dass sich dieser Zweck auf die Verwendung der Daten zu Strafverfolgungszwecken im unterrichteten Mitgliedstaat erstreckt.**“*

(Eigene Hervorhebungen)

---

<sup>46</sup> EuGH, Urteil vom 30.04.2024 – C-670/22, Rn. 132.

Damit hat der Europäische Gerichtshof ausdrücklich auch den Transfer der Daten vom „überwachenden Mitgliedstaat“ (hier: Frankreich) auf den „unterrichteten Staat“ (hier Deutschland) den Vorgaben des Art. 31 der Richtlinie 2014/41 unterstellt!

Dies bedeutet: Die französischen Behörden waren gemäß Art. 31 Abs. 1 der Richtlinie 2014/41 verpflichtet, die deutschen Behörden über die Überwachung des Telekommunikationsverkehrs der in Deutschland sich aufhaltenden Nutzer des EncroChat-Dienstes zu unterrichten.

Das taten sie dann auch: In der Zeit vom 3. April 2020 bis zum 28. Juni 2020 rief das Bundeskriminalamt die von den französischen Behörden auf dem Europol-Server bereitgestellten Daten der in Deutschland genutzten Mobiltelefone ab.<sup>47</sup> Den deutschen Behörden (dem Bundeskriminalamt und anschließend der Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt) waren hierbei nicht die Einzelheiten der Datenabschöpfung beim EncroChat-Server bekannt; wohl aber war ihnen bekannt, dass die ihnen übermittelten Daten durch die Aufspielung einer Trojaner-Software auf den Endgeräten der EncroChat-Nutzer beigebracht wurden. Die Infiltration des EncroChat-Servers in Roubaix förderte die IMEI der in dem jeweiligen Land festgestellten Endgeräte zutage, ebenso die jeweils zugehörigen E-Mail-Adressen, E-Mail-Adressen der Kontaktpartner, Datum und Uhrzeit der Kommunikation, den Standort des Funkmastes, über den das jeweilige Endgerät eingebucht war, sowie die in den Chats übermittelten Texte und Bilder.<sup>48</sup> Die deutschen Behörden nutzten die Unterrichtung durch die französischen Behörden allerdings nicht dazu, den aus Art. 31 Abs. 3 der Richtlinie 2014/41 folgenden **Verpflichtungen** nachzukommen, sondern wurden über die Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt den Staatsanwaltschaften in den einzelnen Bundesländern – so auch in Hamburg – zur Auswertung und zur Einleitung von Ermittlungsverfahren zur Verfügung gestellt.

**Völlig ignoriert** wurde hierbei, dass nach deutscher Rechtslage die von den französischen Behörden unterrichteten zuständigen Behörden in Deutschland nicht nur – im Rahmen pflichtgemäßen Ermessens – gehalten waren, zunächst einmal die Vorgaben des Art. 31 Abs. 3 der Richtlinie 2014/41 zu prüfen **und danach zu handeln**. Sie waren von dieser Prüfungspflicht nicht etwa deswegen befreit, weil der Besitz der Beweismittel im „Vollstreckungsstaat“ sich auf einen **vergangenen** Sachverhalt bezog. Die in Art. 31 Abs. 1 Buchst. b.) der Richtlinie 2014/41 getroffene Regelung ist eindeutig: Sie umschließt auch in der Vergangenheit abgeschlossene Sachverhalte: Die Unterrichtungspflicht besteht „*während oder nach der Überwachung*“.

Während es in der Richtlinie 2014/41 noch heißt,

<sup>47</sup> Vgl. die Sachverhaltsschilderung im Urteil des EuGH unter Rn.25.

<sup>48</sup> So die Sachverhaltsschilderung bei LG Berlin, Beschluss vom 1.7.2021 (bei Juris), Rn. 11.

„Die zuständige Behörde des unterrichteten Mitgliedstaats **kann** in dem Fall, dass ...“,

erlegt der deutsche Gesetzgeber den unterrichteten Behörden (in Deutschland) in § 91g IRG eine **ausnahmslos bestehende Verpflichtung** auf, wie folgt zu handeln:

„(6.) Sind Ersuchen auf eine grenzüberschreitende Überwachung des Telekommunikationsverkehrs gerichtet, ohne dass für die Durchführung der Überwachung die technische Hilfe der Bundesrepublik Deutschland benötigt wird, und würde die Ermittlungsmaßnahme in einem vergleichbaren innerstaatlichen Fall nicht genehmigt, **ist** der zuständigen Stelle des ersuchenden Mitgliedstaates unverzüglich, spätestens aber innerhalb von 96 Stunden nach Eingang des Ersuchens mitzuteilen, dass

1. die Überwachung nicht durchgeführt werden kann oder zu beenden ist und
2. Erkenntnisse, die bereits gesammelt wurden, während sich die überwachte Person im Hoheitsbereich der Bundesrepublik Deutschland befand, nicht oder nur unter Bedingungen verwendet werden dürfen; die Bedingungen und ihre Gründe sind mitzuteilen.“

(Eigene Hervorhebung)

In der Gesetzesbegründung heißt es hierzu:

„Die Vorschrift setzt Artikel 31 Absatz 3 der RL EEA um, der selbst keine Verpflichtung für die Mitgliedstaaten vorsieht, auf Unterrichtungen des überwachenden Mitgliedstaates zu reagieren. Verschweigen sich die unterrichteten Mitgliedstaaten aber, gilt dies nach der Systematik der Norm als Bewilligung der Überwachungsmaßnahme. Damit besteht das Risiko, dass sensible Daten, die aus Telekommunikationsüberwachungen auf deutschem Hoheitsgebiet gewonnen werden, im europäischen Ausland auch dann verwendet werden, wenn die Überwachung nach deutschem Recht nicht zulässig wäre. Zum Schutz der Grundrechte von betroffenen Personen und zum Schutz der deutschen Staatssouveränität ist Absatz 6 deshalb **als verbindliche Regelung** ausgestaltet.“

BT-Drucksache 18/9757, S. 75 – meine Hervorhebung.

Der deutsche Gesetzgeber hat die Lücke, die Art 31 Abs. 3 der Richtlinie 2014/41 lässt, nämlich dass der unterrichtete Mitgliedstaat (hier Deutschland) nicht reagiert und damit die Fiktion einer Bewilligung von Überwachungsmaßnahmen des überwachenden Staates (hier: Frankreich) auslöst, gesehen. Diese Lücke wird in der Gesetzesbegründung angesprochen; der Gesetzgeber wollte sie schließen. Handelt es sich um Überwachungsmaßnahmen des überwachenden Staates (hier Frankreich), die nach dem Recht des unterrichteten Staates (hier: Deutschland) nicht zulässig gewesen wären, hat der deutsche Gesetzgeber für diesen Fall ausdrücklich dekretiert, dass die nach deutschem Recht widerrechtlich gesammelten Erkenntnisse „**nicht ... verwendet werden dürfen**“<sup>49</sup>. Die vorgesehene „**verbindliche Regelung**“ sei erforderlich „**zum Schutz der Grundrechte von betroffenen Personen und zum Schutz der deutschen Staatssouveränität**“. Das sind „sachgemäße Erwägungen“ im Sinne der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts<sup>50</sup>, die einer Unterminierung durch „abwägende“ Überlegungen nicht zugänglich sind. Auch lässt sie der eindeutige Wortlaut des § 91g Abs. 6 Buchst. b) IRG nicht zu.

Die Regelung des § 91g Abs. 6 IRG ist hinsichtlich des an Art. 31 der Richtlinie 2014/41 anschließenden Gebrauchs des Wortes „*Ersuchen*“ etwas verwirrend. Da es hier gerade um eine Maßnahme geht, die die Anordnungsbehörde (in Frankreich) ohne technische Unterstützung durch den Gebietsstaat (Deutschland) eigenständig vollziehen kann, geht es letztlich nicht um ein „*Ersuchen*“, sondern um eine **Unterrichtung** der zuständigen Stellen des Gebietsstaats (Vollstreckungsstaats – in diesem Falle Deutschland).<sup>51</sup>

Auch wenn die deutschen Behörden keine technische Hilfe bei der Überwachungsmaßnahme leisten, so sind sie doch im Hinblick auf Art. 1 Abs. 3 GG verpflichtet, bei der von der (französischen) Anordnungsbehörde betriebenen Überwachung der Telekommunikation auf deutschem Hoheitsgebiet dafür zu sorgen, dass das **nach deutschem Recht bestehende Schutzniveau** gewährleistet bleibt.<sup>52</sup>

Um es nochmals zu betonen: der Gesetzgeber wollte eine **verbindliche** Regelung! Waren die Voraussetzungen einer Überwachung zum Zeitpunkt ihrer Durchführung nicht gegeben, dann dürfen die bereits gesammelten Erkenntnisse „*nicht oder nur unter Bedingungen verwendet*“ werden; § 91g Abs. 6 Nr. 2 IRG. Das ist ein **Verwendungsverbot**, das sich unmittelbar aus dem Gesetz ergibt und den Absichten des Gesetzgebers entspricht.

<sup>49</sup> Das ist die **grundsätzliche Aussage** der in § 91g Abs. 6 IRG getroffenen Regelung; unter welchen „Bedingungen“ doch eine Freigabe der „gesammelten Erkenntnisse“ erfolgen dürfe, wird weder im Gesetzestext noch in der Gesetzesbegründung angesprochen; zu denken ist an eine Freigabe unter der Bedingung, dass die deutschen Eingriffsvoraussetzungen bei Erhebung der Daten (z.B. nach §§ 100a und 100b StPO) vorgelegen haben. Doch steht das hier nicht zur Debatte.

<sup>50</sup> Vgl. nur BVerfG, 27.11.1973 - 2 BvL 12/72, 2 BvL 3/73, BVerfGE 36, 174 (191) zu dem Verwertungsverbot aus §§ 61, 49 Abs. 1 BZRG,

<sup>51</sup> Vgl. Böse, in: Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas/Brodowski (Hrsg.), Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, 3. Aufl., Rn. 14 zu § 91g IRG

<sup>52</sup> Vgl. Böse a.a.O., Rn. 14.

Die **vorsätzliche** Umgehung der Vorschrift des § 96 g Abs. 6 IRG muss auch nach den oben aufgeführten Maßstäben des Bundesverfassungsgerichts aufgrund der dadurch eingetretenen eklatanten Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren ein Verwertungsverbot zur Folge haben. Die Ablehnung eines solchen würde ansonsten Tor und Tür für eine Umgehungspraxis der deutschen Strafprozessordnung öffnen, da sich deutsche Strafverfolgungsbehörden dann grundsätzlich der Hilfe ausländischer Staaten für die Erhebung von Telekommunikationsdaten bedienen könnten, die sie nach deutschem Recht nicht erheben dürften. Dies kann nicht im Interesse des Rechtsstaates sein.

**bb)**

Ferner folgt ein Verstoß gegen das faire Verfahren aufgrund des folgenden Sachverhaltes:

Dem Beschwerdeführer und seinen Verteidigern wurden im Rahmen der Hauptverhandlung vor dem Landgericht Hamburg insbesondere die UJs-Ermittlungsakte der Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt, die der EEA vom 02.06.2020 zugrunde liegt – und deren Beiziehung in der Hauptverhandlung mehrfach durch die Verteidigung beantragt wurde (s.o.) –, die dem BKA übermittelten Rohdaten und die Information über die Methode des EncroChat-Hacks, die die französischen Behörden als Militärgeheimnis behandeln, vorenthalten. Somit standen ihnen nicht alle Informationen zur Verfügung, um zu überprüfen, ob die französischen Behörden, die – soweit bekannt – das BKA über die Ausspähung der EncroChat-Kommunikation auf deutschem Boden informiert haben sollen, dass zu diesem Zweck vorgesehene Formular C aus dem Anhang zur EEA-Richtlinie 2014/41/EU verwenden haben, wozu sie verpflichtet waren und welche Eintragungen das Formular C ggfs. enthält.<sup>53</sup> Nach der oben zitierten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

*„ist ein Beweisverwertungsverbot geboten, wenn die Auswirkungen des Rechtsverstoßes dazu führen, dass dem Angeklagten **keine hinreichenden Möglichkeiten zu Einflussnahme auf Gang und Ergebnis des Verfahrens verbleiben**.“<sup>54</sup> (Eigene Hervorhebung)*

Die Vorenthaltung dieser Informationen verletzte den Beschwerdeführer somit in seinem Recht auf ein faires Verfahren gemäß Art. 6 Abs. 1 EMRK und Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG. Eine solche Grundrechtsverletzung hat auch das Bundesverfassungsgericht bereits in einem vergleichbaren Fall in seinem Beschluss vom 12.11.2020 – 2 BvR 1616/18 – gesehen. Hierin schreibt es in den Rn. 54 ff: (Hervorhebungen durch den Unterzeichner):

<sup>53</sup> Vgl. Meyer-Mews in HRSS 2024 Nr. 644, Heft 6/2024, S. 192.

<sup>54</sup> BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 13. Mai 2015 – 2 BvR 616/13 –, juris, Rn. 41.



„Ein rechtsstaatliches und faires Verfahren fordert "Waffengleichheit" zwischen den Verfolgungsbehörden einerseits und dem Beschuldigten andererseits. **Der Beschuldigte hat deshalb ein Recht auf möglichst frühzeitigen und umfassenden Zugang zu Beweismitteln und Ermittlungsvorgängen und auf die Vermittlung der erforderlichen materiell- und prozessrechtlichen Informationen, ohne die er seine Rechte nicht wirkungsvoll wahrnehmen könnte** (vgl. BVerfGE 110, 226 <253>). Nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 12. Januar 1983 zu sogenannten Spurenakten **gehört hierzu auch der Zugang zu den** bei den Ermittlungsbehörden anlässlich des Verfahrens entstandenen Beweismitteln und **Ermittlungsvorgängen**, die dem Gericht durch die Verfolgungsbehörde nicht vorgelegt wurden und deren Beiziehung seitens des Fachgerichts unter Aufklärungsgesichtspunkten nicht für erforderlich erachtet wird (vgl. BVerfGE 63, 45 <66 ff.>).

**Aus dem Recht auf ein faires Verfahren** folgt hiernach, dass der Beschuldigte eines Strafverfahrens neben der Möglichkeit, prozessual im Wege von Beweis- anträgen oder Beweisermittlungsanträgen auf den Gang der Hauptverhandlung Einfluss zu nehmen, **grundsätzlich auch das Recht hat, Kenntnis von solchen Inhalten zu erlangen, die zum Zweck der Ermittlung entstanden sind, aber nicht zur Akte genommen wurden** (vgl. BVerfGE 63, 45 <66>). Dem Beschuldigten bietet sich auf diesem Weg auch außerhalb eines gerichtlich anhängigen Strafverfahrens eine weitgehende Möglichkeit, **anlässlich der Tatermittlung entstandene Unterlagen der Ermittlungsbehörden, die nicht zum Bestandteil der Akten im Strafverfahren geworden sind, durch seine Verteidigung einsehen zu lassen**. Dadurch werden seine Verteidigungsmöglichkeiten erweitert, weil er selbst nach Entlastungsmomenten suchen kann, die zwar fernliegen mögen, aber nicht schlechthin auszuschließen sind. Während so regelmäßig dem Informationsinteresse des Beschuldigten genügt ist, ist gleichwohl gewährleistet, dass der Ablauf des gerichtlichen Verfahrens nicht durch eine sachlich nicht gebotene Ausweitung der Verfahrensakte unverhältnismäßig erschwert oder sogar nachhaltig gefährdet wird (vgl. BVerfGE 63, 45 <67>).

Die möglicherweise außerhalb der Verfahrensakte gefundenen entlastenden Informationen können von der Verteidigung zur fundierten Begründung eines Antrags auf Beiziehung vor Gericht dargelegt werden. Der Beschuldigte kann so das Gericht, das von sich aus keine sachlich gebotene Veranlassung zur Beiziehung dieser Informationen sieht, auf dem Weg des Beweisantrages oder Beweisermittlungsantrages zur Heranziehung veranlassen (vgl. BVerfGE 63, 45 <69 f.>).

(...)

Zwar bestehen zwischen dem Recht der Ordnungswidrigkeiten und dem allgemeinen Strafrecht wesentliche Unterschiede im Sanktionscharakter, weshalb **die Strenge des anzuwendenden Maßstabs im Ordnungswidrigkeitenrecht**

**vermindert sein kann** (vgl. BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 2. Juli 2003 - 2 BvR 273/03 -, Rn. 10). Im Hinblick auf den hier in Rede stehenden Zugang zu Informationen, die nicht Bestandteil der Bußgeldakten werden, sind Gründe, das ordnungswidrigkeitenrechtliche Verfahren anders zu behandeln als das Strafverfahren, allerdings nicht ersichtlich. Auch im Verfahren nach dem Ordnungswidrigkeitengesetz kann der Betroffene ein Interesse daran haben, den Vorwurf betreffende Informationen, die nicht zur Bußgeldakte genommen wurden, eigenständig auf Entlastungsmomente hin zu untersuchen.

Mithin hätten die technischen Grundlagen der EncroChat-Hacks, die an das BKA übermittelten Rohdaten sowie die UJs-Ermittlungsakten der Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt am Main zur Wahrung der Waffengleichheit offengelegt bzw. beigezogen werden müssen. Eine fundierte Begründung der Verteidiger hinsichtlich der Notwendigkeit dieser Informationen erfolgte ebenfalls im Rahmen ihrer Anträge (vgl. RB, S. 11 ff. und S. 36 ff.). Der Gerichtshof der Europäischen Union bestätigte nun in seiner Entscheidung vom 30.04.2024 (Anlage 6, S. 27),

*„dass Art. 14 Abs. 7 der Richtlinie 2014/41 dahin auszulegen ist, dass er dem nationalen Strafgericht **gebietet**, im Rahmen eines Strafverfahrens gegen eine Person, die im Verdacht steht, Straftaten begangen zu haben, Informationen und **Beweismittel unberücksichtigt zu lassen, wenn diese Person nicht in der Lage ist, sachgerecht zu diesen Informationen und Beweismitteln Stellung zu nehmen, und diese geeignet sind, die Würdigung der Tatsachen maßgeblich zu beeinflussen.**“*

(Eigene Hervorhebungen des Unterzeichners)

Mithin folgt aus der rechtswidrigen Vorenthaltung der Informationen, dass die in dem Urteil verwertete EncroChat-Kommunikation einem zwingenden Beweisverwertungsverbot unterlag, da die Verteidiger des Beschwerdeführers die Daten insbesondere nicht auf ihre Integrität überprüfen konnten. Ebenfalls konnten sie nicht ermitteln, ob der Erhebung der Daten ein kollusives Zusammenwirken der deutschen und französischen Strafverfolgungsbehörden zugrunde lag, um insbesondere Vorschriften der deutschen Strafprozessordnung zu umgehen.

Zwar erklärte der Gerichtshof der Europäischen Union in seinem Urteil zunächst, dass die Bestimmung nach Art. 6 Abs. 1 a) der Richtlinie 2014/41, wonach eine EEA grundsätzlich nur erlassen werden darf, wenn der Erlass der EEA unter Berücksichtigung der Rechte der verdächtigen oder beschuldigten Person notwendig und verhältnismäßig ist, dem Erlass einer EEA nicht entgegensteht, wenn die Integrität der durch die Überwachungsmaßnahmen

erlangten Daten wegen der Vertraulichkeit der technischen Grundlagen, die diese Maßnahme ermöglicht haben, nicht überprüft werden kann. Dies – so der Gerichtshof – sei aber nur der Fall,

*„sofern das Recht auf ein faires Verfahren im späteren Strafverfahren gewährleistet ist. Die Integrität der übermittelten Beweismittel kann nämlich grundsätzlich nur zu dem Zeitpunkt beurteilt werden, zu dem die zuständigen Behörden tatsächlich über die fraglichen Beweismittel verfügen, und nicht in einem früheren Stadium des Erlasses der EEA.“*

(Anlage 6, Rn. 90; Eigene Hervorhebungen)

Die Verteidiger hätten somit spätestens zum Zeitpunkt, zu dem die zuständigen Behörden tatsächlich über die EncroChat-Daten verfügten, in die Lage versetzt werden müssen, die Integrität der Beweismittel zu überprüfen. Dies war ihnen aufgrund der Vorenthaltung der oben genannten Beweismittel im hiesigen Verfahren jedoch verwehrt. Dies stellt eine Verletzung des Grundsatzes des fairen Verfahrens dar. Daraus folgt nach der oben genannten Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union ein abwegungsfreies absolutes Beweisverbot, so dass auch kein Widerspruchserfordernis im Rahmen der Hauptverhandlung bestand.<sup>55</sup> Dass es sich bei den Daten auch um solche Informationen handelt die geeignet sind, die Würdigung der Tatsachen maßgeblich zu beeinflussen liegt aufgrund des daraus möglich resultierenden Beweisverwendungsverbots auf der Hand.

Das inzwischen ergangene Urteil des französischen Kassationshofs vom 11. Oktober 2022 (Anlage 7), welches bestätigt, dass den erhobenen EncroChat-Daten – welche unter Einsatz von Mitteln erhoben wurden, die dem Geheimnis der französischen Landesverteidigung unterliegen – nicht die nach der französischen Strafprozessordnung erforderliche Authentifikationsbescheinigung beigelegt war, bekräftigt dies umso mehr.

### **c) Verstoß gegen das Willkürverbot aus Art. 3 Abs. 1 GG**

Der Bundesgerichtshof befasste sich in dem angegriffenen Beschluss nicht mit dem Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union, obwohl ihm bekannt war, dass dieser mehrere der Vorlagefragen des Landgerichts Berlin abweichend von seinem Beschluss vom 02.03.2022 beantwortet hatte. Dies betrifft dabei auch insbesondere die Frage des individualschützenden Charakters des Art. 31 der RL-EEA, welche der Bundesgerichtshof verneinte, der Gerichtshof der Europäischen Union indes bejahte (s.o.). Zudem entschied der Gerichtshof der Europäischen

<sup>55</sup> Vgl. Meyer-Mews in HRSS 2024 Nr. 644, Heft 6/2024, S. 192 ff.

Union, dass ein zwingendes Beweisverwertungsverbot vorliegt, wenn eine Partei in dem Strafverfahren zu einem Beweismittel nicht sachgerecht Stellung nehmen kann (s.o.).

Auch wenn der Bundesgerichtshof trotz dieser Entscheidung dennoch zu einer Verwertbarkeit der EncroChat-Daten gelangt ist, stellt die fehlende Begründung und Auseinandersetzung mit dieser in seinem Beschluss vom 27.08.2024 ein Verstoß gegen das Willkürverbot aus Art. 3 Abs 1. GG dar. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts kann Willkür insbesondere dann vorliegen, wenn das Gericht sich mit der Rechtslage nicht hinreichend auseinandergesetzt hat. So führt es in einem Beschluss vom 20.10.2023 wie folgt dazu aus:

*„Gegen dieses allgemeine Willkürverbot wird nicht bereits dann verstoßen, wenn die angegriffene Rechtsanwendung oder das dazu eingeschlagene Verfahren fehlerhaft sind. Hinzukommen muss, dass Rechtsanwendung oder Verfahren unter keinem denkbaren Aspekt mehr rechtlich vertretbar sind und sich daher der Schluss aufdrängt, dass die Entscheidung auf sachfremden und damit willkürlichen Erwägungen beruht (vgl. BVerfGE 80, 48 (51) = NJW 1989, 1917), etwa wenn eine offensichtlich einschlägige Norm nicht berücksichtigt oder der Inhalt einer Norm in krasser Weise missverstanden oder die Norm in nicht mehr nachvollziehbarer Weise angewandt wird (vgl. BVerfGE 87, 273 (278 f.) = NJW 1993, 996; BVerfG (2. Kammer des Zweiten Senats) NJW 2020, 3774 Rn. 35). Von willkürlicher Missdeutung kann jedoch nicht gesprochen werden, wenn das Gericht sich mit der Rechtslage eingehend auseinandersetzt und seine Auffassung nicht jedes sachlichen Grundes entbehrt (vgl. BVerfGE 87, 273 (278 f.) = NJW 1993, 996; BVerfGE 89, 1 (13 f.) = NJW 1993, 2035; BVerfGE 96, 189 (203) = NJW 1997, 2305; BVerfG (2. Kammer des Zweiten Senats) NJW 2020, 3774 Rn. 35).“<sup>56</sup>*

So liegt der Fall hier. Der 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat sich mit dem Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 30.04.2024 und damit mit dessen verbindlichen Auslegung der Normen der RL-EEA nicht auseinandergesetzt, obwohl die Beweisverwertungsproblematik sowohl im erstinstanzlichen Verfahren (RB, S. 13) als auch in der Revisionsbegründungsschrift selbst (RB, S. 273 ff.) angeführt wurde. Zudem beantragte die Verteidigung im Rahmen der Hauptverhandlung mehrfach die Beiziehung der UJs-Akte der Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt und beanstandete die Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren, aufgrund der fehlenden Beiziehung (RB, S. 11 ff. und S. 36 ff.).

Warum sich trotz der bewussten Umgehung der Norm des Art. 31 Abs. 3 RL-EEA und dem daraus resultierenden schwerwiegenden und ungerechtfertigten Eingriff in die Grundrechte des Beschwerdeführers und des eklatanten Verstoßes gegen das Recht auf ein faires

<sup>56</sup> Vgl. BVerfG, Beschluss vom 20.10.2023 – 2 BvR 499/23, NJW 2024, 142, Rn. 26.

Verfahren dennoch kein Beweisverwendungsverbot ergeben soll, bleibt damit offen. Inwiefern und ob dies im Rahmen einer Abwägung der widerstreitenden Interessen durch den 5. Strafsenat berücksichtigt wurde, ist nicht ersichtlich.

Der 5. Strafsenat hat sich mit der bestehenden Rechtslage mithin nicht auseinandergesetzt. Es fehlt jegliche Begründung, warum das Vorliegen eines Beweisverwertungsverbotes trotz des Urteils des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 30.04.2024 weiterhin verneint wird, weshalb nach alledem nicht nachvollziehbar ist, auf welchen sachlichen Gründen die angegriffene revisionsrechtliche Entscheidung beruht.<sup>57</sup> Der Beschluss des 5. Strafsenats des Bundesgerichtshofs vom 27.08.2024 verletzt den Beschwerdeführer daher in seinem Grundrecht aus Art. 3 Abs. 1 GG (Willkürverbot).

---

<sup>57</sup> Vgl. BVerfG, Beschluss vom 20.10.2023 – 2 BvR 499/23, NJW 2024, 142, Rn. 35.

## VI. Antrag

Ich beantrage,

die angegriffenen Entscheidungen wegen Verstoßes gegen die Rechte des Beschwerdeführers aus Art. 3 Abs. 1 GG, Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG, Art. 7 und 8 GRCh sowie Art. 8 und 6 EMRK sowie wegen Beeinträchtigung des Rechts aus Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG aufzuheben.

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Strate', is written over the printed name.

Dr. iur. h.c. Gerhard Strate  
Rechtsanwalt