

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

RECHTSANWÄLTE

An das
Bundesverfassungsgericht
Schlossbezirk 3
76131 Karlsruhe

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

RECHTSANWÄLTE

Hamburg, am 12.01.2023/*pk-st*

Verfassungsbeschwerde

des

1) **Murat Silgir**, geb. am 25. August 1981 in Bremen, z. Zt. JVA Bremen-Oslebshausen,
Am Fuchsberg 3, 28239 Bremen

und des

2)



gegen

1. das Urteil des Landgerichts Bremen vom 27.07.2021 – 9 KLS 321 Js 17094/20
2. den Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 07.12.2022 – 5 StR 122/22

wegen

Verstoßes gegen die Gewährleistung rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG) und die Gewährleistung des gesetzlichen Richters (Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG) sowie einer Beeinträchtigung ihrer Rechte aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG, Art. 7 und 8 GRCh und Art. 8 EMRK.

I. Verfahrensgegenstand

Der Beschwerdeführer zu 1) wurde durch das Urteil des Landgerichts Bremen vom 27.07.2021 wegen bandenmäßigen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in 26 Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von 12 Jahren und 6 Monaten, der Beschwerdeführer zu 2) durch dasselbe Urteil wegen Beihilfe zu bandenmäßigem Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in 11 Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von 9 Jahren und 2 Monaten verurteilt. Die Beweisführung des Gerichts beruhte in allen Fällen maßgeblich auf der Auswertung von Dateien, die heimlich von französischen Behörden bei der Kommunikation mit Mobiltelefonen unter der Nutzung des EncroChat-Systems gewonnen und nach Deutschland transferiert worden waren. Der Transfer erfolgte zum Teil zeitlich vor und zum Teil auf Grundlage einer Europäischen Ermittlungsanordnung der Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt am Main vom 02.06.2020.

Die Beschwerdeführer konfrontierten im erstinstanzlichen Verfahren das Landgericht und im Revisionsverfahren den Bundesgerichtshof damit, dass die Ermittlungshandlungen der französischen Behörden und der Transfer der (vorgeblich) die Beschwerdeführer betreffenden Daten nach Deutschland nicht durch die maßgebliche Richtlinie 2014/41/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 03.04.2014 über die Europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen (im Folgenden RL-EEA) gedeckt seien. Auch wenn die Beschwerdeführer die Erläuterungen der (aus ihrer Sicht) bestehenden Rechtslage nicht mit einem ausdrücklichen Antrag zur Vorlage der Sache an den Europäischen Gerichtshof gem. Art. 267 Abs. 3 AEUV verbunden hatten, so war es doch willkürlich, die Anwendbarkeit und Maßgeblichkeit der genannten Richtlinie für die Entscheidung des vorliegenden Falles nicht durch eine Vorlage an den Europäischen Gerichtshof überprüfen zu lassen.

Der Beschwerdeführer hatte der Verwertung der EncroChat-Daten sowohl im erstinstanzlichen als auch im revisionsrechtlichen Verfahren auch wegen der Verfassungswidrigkeit des darin liegenden Eingriffs in den Kernbereich ihrer privaten Lebensgestaltung und damit in ihre Grundrechte aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG sowie Art. 7 und 8 GRCh und Art. 8 EMRK widersprochen. Das Landgericht Bremen setzte sich mit diesem Vorbringen weder in den Urteilsgründen noch in einem gesonderten Beschluss auseinander.¹ Die Rüge der darin bestehenden Verletzung des rechtlichen Gehörs gem. Art. 103 Abs. 1 GG hat der Bundesgerichtshof in dem angegriffenen Beschluss zu Unrecht negativ beschieden.

¹ Der Verweis im Beschluss vom 27.07.2021 der Kammer auf ihren Beschluss vom 28.05.2021, in dem sich der Hinweis findet, die Kammer gehe nach vorläufiger Würdigung und unter Anschluss an die bisherige obergerichtliche Rechtsprechung davon aus, dass die erlangten EncroChat-Daten im vorliegenden Verfahren verwertbar sein dürften (s.u.), kann nicht als hinreichende Auseinandersetzung mit den von den Beschwerdeführern vorgebrachten Widersprüchen im Hauptverfahren gesehen werden.

Der angegriffene Beschluss des Bundesgerichtshofs, der die erstinstanzliche Verwertung der EncroChat-Daten bestätigt, stellt einen unverhältnismäßigen Eingriff in die Grundrechte der Beschwerdeführer aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG sowie Art. 7 und 8 GRCh und Art. 8 EMRK dar.

II. Vollmacht

Die den Unterzeichner legitimierende Vollmacht für den Beschwerdeführer zu 2), Andrej Richter, ist im Original beigelegt. Die Vollmacht für den Beschwerdeführer zu 1), Murat Silgir, wird nachgereicht.

III. Verfahrensgeschichte

Der Beschwerdeführer zu 1) wurde am 27.07.2021 nach zweiundzwanzigtägiger Hauptverhandlung wegen Betäubungsmittelhandels in 26 Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von 12 Jahren und 6 Monaten verurteilt. Der Beschwerdeführer zu 2) wurde auf Grundlage derselben Hauptverhandlung und durch dasselbe Urteil wegen Beihilfe zum Betäubungsmittelhandel - zu den Taten des Beschwerdeführers zu 1) - in 11 Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von 9 Jahren und 2 Monaten verurteilt. Eine Ablichtung der schriftlichen Urteilsgründe überreiche ich als

Anlage 1.

In dem Urteil heißt es unter Punkt C. II. „Feststellungen zur Tat“ (UA, S. 37, 38):

„Die Angeklagten haben sich zu den Tatvorwürfen in der Hauptverhandlung nicht eingelassen. (...) Sie sind jedoch durch die im folgenden dargestellten Beweismittel, insbesondere durch die Encrochat-Daten der Encrochat-Nutzer „nappobra“ und „putinbra“, als die Nutzer dieser Accounts sowie infolgedessen der Begehung der konkreten Taten, so wie sie oben festgestellt wurden, überführt.“

Aus den weiteren Ausführungen im Urteil, insbesondere der Beweiswürdigung zu den Feststellungen bezüglich der einzelnen Taten (UA, S. 108 ff.) wird deutlich, dass die EncroChat-Daten (Chatverläufe, Notizen, Geodaten, Lichtbilder etc.) tatsächlich die einzigen Beweismittel zur Überführung der Angeklagten darstellten. Es heißt zu Beginn der Ausführungen der Beweiswürdigung zu den einzelnen Taten noch jeweils gesondert, die Feststellungen würden sich aus

dem Chatverkehr ergeben, das Urteil bezeichnet jeweils die Chatpartner und den Zeitpunkt der Kommunikation genau, der Inhalt der Chats wird lediglich sinngemäß wiedergegeben.

Zur Herkunft der für die Beweisführung so entscheidenden EncroChat-Daten stellte das Landgericht Bremen in den schriftlichen Urteilsgründen nach einer allgemeinen Einführung in die Funktion der EncroChat-Handys voran (UA, S. 5):

„Erst durch einen Zugriff der französischen Behörden auf den in Roubaix bei Lille befindlichen Server der Firma Encrochat konnte die hier verfahrensgegenständliche Kommunikation, welche im Wesentlichen einen Zeitraum von etwa drei Monaten umfasst, ausgeleitet werden.

Die ausgeleiteten Daten wurden täglich von Europol an das Bundeskriminalamt übersendet und dort entschlüsselt und aufbereitet.“

Weiter finden sich auf den Seiten 39 - 42 der Urteilsausfertigung Feststellungen, die auf die Frage der Authentizität der Daten abzielen und gleichsam Aufschluss über die vom Landgericht Bremen zugrunde gelegten Annahmen über die Erlangung der Daten in Frankreich und den Datentransfer nach Deutschland geben:

„a. Erhebung, Aufbereitung und Übermittlung der Encrochat-Daten

Die Frage nach der konkreten Art der Erhebung der Encrochat-Daten in Frankreich unterliegt zu großen Teilen dem französischen Militärgeheimnis und wird nicht offengelegt. Dies ergibt sich zum einen aus den eingeführten Beschlüssen und Verfügungen der französischen Richter, zum anderen aus der Aussage des beim Bundeskriminalamt tätigen Verwaltungsbeamten Schmitt, der als sachverständiger Informatiker beim Bundeskriminalamt mit an der Auswertung und Aufarbeitung der aus Frankreich angelieferten sog. Encrochat-Rohdaten beteiligt war.

(...)

Ende Januar erging in Frankreich ein erster Beschluss durch das Gericht in Lille (Verfügung zur Genehmigung des Einsatzes einer Computerdaten-Abfangeinrichtung der Richterin Sandrine Normand am Tribunal Judiciaire in Lille, Frankreich vom 30.01.2020), welcher die Infiltration der Endgeräte sowie die hierzu erforderliche Infiltration der Server von Encrochat anordnete. Hieraus geht hervor, dass die durch die Abfangeinrichtung erlangten Daten als sogenannte Rohdaten gespeichert werden sollten und am Ende des Abfangzeitraums beschlagnahmt und versiegelt werden sollten, um sodann eine Arbeitskopie anzufertigen, welche es den Ermittlern ermöglichen sollte, die Daten auszuwerten.

(...)

Aus dem in sich schlüssigen und widerspruchsfreien Datenlieferungsbericht zur Entgegennahme und Aufbereitung der Encrochat-Daten vom 26.08.2020, verfasst vom oben genannten Mitarbeiter des Bundeskriminalamt Schmitt, und den umfassenden Angaben dessen in der Hauptverhandlung, ergibt sich, dass der Datenbestand auf täglichen Datenlieferungen basierte, die dem Bundeskriminalamt durch Europol im Zeitraum vom 03.04.2020 bis 28.06.2020 in täglichen Datenlieferungen zur Verfügung gestellt wurden.

(...)

Nach der Aufbereitung durch das Bundeskriminalamt wurden die Daten schließlich zur weiteren Ermittlung an die Landeskriminalämter weitergeleitet.“

Das Landgericht Bremen setzte sich in seinem Urteil **nicht** mit der Frage der Verwertbarkeit der Daten auseinander, es erwähnte auch nicht, dass es dahingehend Beanstandungen gab und ebenfalls nicht, wie die Daten von Frankreich nach Deutschland gelangten und auf welche Annahmen es die Verwertbarkeit der Daten stützt.

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

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

Anlage 2

in Ablichtung beigefügten vom Unterzeichner verfassten Revisionsbegründung des Beschwerdeführers zu 1) dargestellt, die im Hinblick auf die Darstellungserfordernisse des § 344 Abs. 2 S. 2 StPO insgesamt 1151 Seiten umfasst. Auch der Mitverteidiger des Beschwerdeführers zu 1), Herr Rechtsanwalt Sommer, hat mit Schriftsatz vom 14.12.2022 die Revision gegen das Urteil begründet, wobei sich der verfassungsrechtliche relevante Inhalt mit meinem Revisionsvorbringen deckt.

Die Revisionsbegründung des Mitverteidigers des Beschwerdeführers zu 1) findet sich in der

A n l a g e 3.

Auch der Beschwerdeführer zu 2) hat Revision gegen das erstinstanzliche Urteil eingelegt, sein Rechtsanwalt Dr. Meyer hat diese mit Schriftsatz vom 20.12.2021 begründet,

A n l a g e 4.

Die Revisionsbegründung seines Rechtsanwalts Rotters datiert vom 22.12.2021 und findet sich in der

A n l a g e 5.

In der Revisionsbegründung des Beschwerdeführers zu 2) von RA Dr. Meyer wurde ebenfalls die Verletzung des rechtlichen Gehörs durch die Nichtbescheidung der Beweisverwertungswidersprüche aufgeführt, zudem wurde die Verwertung der EncroChat-Daten selbst wegen des Beweisverwertungsverbots als Verstoß gegen § 261 StPO gerügt. Dabei nahm auch der Beschwerdeführer zu 2) auf eine Verletzung seiner Grundrechte Bezug.

Im Folgenden werden die maßgeblichen Verfahrensvorgänge zusammengefasst geschildert:

Die Verteidigung beider Beschwerdeführer hatte seit Beginn der mündlichen Hauptverhandlung auf die Unverwertbarkeit der EncroChat-Daten hingewiesen und diese Unverwertbarkeit sowohl mit Verstößen gegen die Richtlinie 2014/41/EU (RL-EEA), die deutschen und europäischen Grundrechte der Beschwerdeführer und Verstöße 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 Beiziehungsanträgen auf eine diesbezügliche Aufklärung durch das Gericht hinzuwirken. Mit zunehmendem Fortschritt des Hauptverfahrens hat die Verteidigung auch immer wieder versucht, eine Entscheidung des Gerichts im Hinblick auf die vorgebrachten Verwertungswidersprüche zu erwirken.

Schon am ersten Verhandlungstag, dem 11.03.2021, beantragte Rechtsanwalt Rotter als Verteidiger des Beschwerdeführers zu 2) die Akten bezüglich des EncroChat-Datentransfers von Frankreich nach Deutschland beim BKA und bei der GenStA Frankfurt am Main (62 UJs 500005/20) beizubringen und Akteneinsicht zu erhalten, um auf Grundlage einer vollständigen Tatsachenbasis die Verwertbarkeit der EncroChat-Daten prüfen zu können.

Am selben Verhandlungstag beantragte Rechtsanwalt Prof. Sommer als Verteidiger des Beschwerdeführers zu 1), die französischen Richterinnen und Richter Sandrine Normand, Hugues Mory, Ali Haroune und Sophie Aleksic als Zeugen anzuhören. Dies zielte vor allem darauf ab, den Erkenntnisstand der französischen Behörden bei Einleitung der Maßnahmen, die zur Gewinnung der EncroChat-Daten führten, zu eruieren. Der Verteidiger des Beschwerdeführers zu 2) erklärte, dass dieser sich dem Antrag anschließe.

Am 24.03.2021, dem 3. Verhandlungstag, widersprach der Verteidiger des Beschwerdeführers zu 1) dem in der vorherigen Sitzung angekündigten Selbstleseverfahren (Anlage 2, S. 154 ff.). Dabei führte er aus, dass sich der Widerspruch, der als Anlage 2 zum Protokoll gereicht wurde, sowohl auf den Rechtsbehelf in § 249 Abs. 2 StPO beziehe, als auch im Rahmen der Widerspruchslösung als Hinweis auf die Unverwertbarkeit von einem Großteil der dort angeführten Urkunden beziehe. Zu letzterem Punkt führte er wie folgt aus:

„Darüber hinaus hat die Verteidigung bereits im Vorfeld sehr deutlich gemacht, dass die sogenannten Ergebnisse von Enchrochat im deutschen Strafverfahren grundsätzlich nicht verwertbar sind. Weder die aus Frankreich übermittelten Chats noch die Ergebnisse weiterer polizeilicher deutscher Maßnahmen, wie die Identifizierungen einzelner Personen, können daher im Wege des Urkundenbeweises in einer Hauptverhandlung eingeführt werden.

*Die trotz einiger gegenteiliger Entscheidungen anderer deutscher Gerichte weiter bestehenden Bedenken der Verteidigung seien hier nochmals zusammengefasst:
(...)*

Das Konglomerat unterschiedlichster EU-Rechtsnormen, ungeklärte nationale Rechtsprobleme im Rechtshilfeverkehr in Verbindung mit der Vagheit einer Dogmatik von Beweisverwertungsverbieten lassen die EncroChat- Konstellation als Muster Beispiel einer unzulässigen rechtsstaatlichen Zusammenarbeit in Europa erscheinen.

Die Sicherung der bürgerlichen Grundrechte gegen forschen Ermittlungs- und Verurteilungseifer ist ein wesentliches Ziel strafprozessualer Gesetze. Wird in nationalen Strafprozessordnungen die Subjektstellung des betroffenen Bürgers hochgehalten, so wird er traditionell im Rechtshilfeverfahren zum Objekt staatlicher Souveränitäten und Eifersüchteleien degradiert. Die Europäische Union wollte das ändern und den subjektiven Rechten auch im transnationalen Strafverfahren Geltung verschaffen.

Verzicht auf Teilaspekte staatlicher Souveränität und damit die Erleichterung des Rechtshilfeverkehrs in der EU sollten einhergehen mit der Betonung transnationaler Rechte auch im Strafverfahren.

Die Encro-Chat-Problematik dokumentiert, dass dies Vorhaben bislang von der deutschen Justiz mehr als missverstanden wurde. Kein einziger deutscher Beschuldigter hatte und hat jemals die Chance, durch ein EU-weites Rechtsmittel den gesamten Vorgang oder einzelne juristische Schritte anzugreifen. Für Rechtsbehelfe in Frankreich gibt es keinen Ansatz, in Deutschland soll die EEA unanfechtbar sein. Selbst eine Akteneinsicht in das Grundlagenverfahren der Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt wird verweigert, es richte sich schließlich nicht gegen Hunderte von Beschuldigten, sondern „gegen Unbekannt“. Stattdessen sollen die Hintergründe des Frankfurter Verfahrens unaufgedeckt bleiben, die Rechtshilfe Möglichkeit angeblich nunmehr durch das Landgericht Bremen kaschiert werden.

Rechtshilfe nach EU Recht ist nach der auch vom OLG Bremen suggerierten Praxis letztlich eine Erweiterung staatlicher Machtbefugnisse. Der bescheiden daher kommende Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens nationaler staatlicher Machtapparate verschleierte, dass sich aus Sicht eines beschuldigten Bürgers die Potenz der auf Machtausübung fixierten Justiz und Polizei vervielfacht hat.

Die rechtliche Bewertung unterliegt einem begrifflichen Verwirrspiel der deutschen Justiz. Es gehe doch nur - so der Ansatz vieler bereits vorliegender Entscheidungen - um „Informationen“. Was kann bedenklich sein an simplen Informationen? Suggestiert wird, es handele sich um einen weitgehend grundrechtsirrelevanten Aufklärungsvorgang, vergleichbar mit dem schlichten Auskunftersuchen des § 163 StPO. Es wird sogar vom OLG die Behauptung aufgestellt, bei Encro-Chat handele es sich um einen nach dem Rahmenbeschluss 2006/960/JI legitimierten und notwendigen spontanen Informationsaustausch zwischen den Strafverfolgungsbehörden der Mitgliedstaaten. Die EEA vom 2.6.2020 enthalte daher auch nicht das Ersuchen um einen Grundrechtseingriff in Frankreich, sondern lediglich die harmlose Bitte um Übersendung bereits vorliegender Daten.

Der Weg zur organisierten Verantwortungslosigkeit ist mit der Reduktion auf schlichte Daten geebnet. Wird ein durch Folter erwirktes Geständnis eingeschmolzen auf äußere Buchstaben, Bits und Bytes, kann der Blick auf das Informationssubstrat umso leichter von dem maßgeblich zu beurteilenden prozessualen Lebenssachverhalt abgewandt werden.

Antrag und Genehmigung der EEA begegnen vielfältigen Bedenken, die letztlich in die Unverwertbarkeit der hierdurch erzielten Ergebnisse münden müssen. Die EEA dient nicht allgemeiner Information, sondern konkreten strafrechtlichen Ermittlungszwecken. Art. 6 der Richtlinie fordert unter Berücksichtigung der Rechte der verdächtigen oder beschuldigten Person die Einhaltung des Maßstabes der Notwendigkeit und Angemessenheit. Damit wird eine Ermittlung wegen einer konkreten Tat gegen einen konkreten möglichen Täter vorausgesetzt. Ein Verfahren ohne Bezug auf eine Tat oder

einen möglichen Verdächtigen kann für den Erlass der EEA keine Grundlage sein. Die formale Hülle des Verfahrens der Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt „gegen Unbekannt“ kann keine taugliche Basis für den erbetenen Beweistransfer sein.

Nach Art. 6 der Richtlinie kann die EEA nur ergehen, wenn die Ermittlungsmaßnahme in einem vergleichbaren innerstaatlichen Fall unter denselben Bedingungen hätte angeordnet werden können. Dass in Deutschland die Infiltrierung von mehr als 60.000 Mobiltelefonen unverdächtigter Bürger angeordnet werden könnte, darf als ausgeschlossen gelten. Eine maßgebliche Hürde für eine innerstaatliche grundrechtstangierende Ermittlungsmaßnahme ist nach der StPO der Anfangsverdacht. Hier wusste die Staatsanwaltschaft niemals, weswegen und gegen wen sie ermittelte. Sie war aufgrund kriminalistischer Hypothesen lediglich auf der Suche nach Informationen, um möglicherweise erstmals einen Anfangsverdacht formulieren zu können. Die Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt stocherte im strafprozessualen Nebel, ohne die Idee einer Tat oder eines Täters.

Auch eine online-Durchsuchung nach § 100b StPO (Staatstrojaner) setzt einen qualifizierten Anfangsverdacht voraus und unterliegt darüber hinaus dem Richtervorbehalt. Schon aus diesen Gründen wäre die EEA hier der Kompetenz der Staatsanwaltschaft entzogen.

Nicht Beschuldigtenrechte, sondern Arbeitserleichterungen für die Justiz stehen im Mittelpunkt der Entwicklung einer Rechtsprechung des BGH, die die Lähmung des aufklärungswilligen Strafrichters propagiert, wenn es allgemein bei der Verwertung von im Ausland gewonnenen Beweisen darum geht, deren Rechtmäßigkeit zu überprüfen. Das Vertrauen eines deutschen Beschuldigten, wonach der deutsche Strafrichter Garant für die Einhaltung eines fairen Verfahrens ist, soll enttäuscht werden dürfen, wenn das die Verurteilung tragende Beweismittel im Ausland gewonnen wurde. Der BGH tarnt die Propagierung der Passivität mit einem pseudohöflichen Respekt gegenüber der ausländischen Staatsgewalt: man wolle nicht den Eindruck erwecken, das ausländische Recht besser zu verstehen als die Behörden und Gerichte des Ermittlungsstaates.

Encro-Chat sollte Anlass für einen Wendepunkt in diesem Denken bieten. Nicht die Höflichkeit gegenüber einem französischen Ermittlungsrichter muss im deutschen Strafverfahren im Mittelpunkt stehen, sondern der Respekt vor den (Prozess-) Grundrechten eines Beschuldigten. Der Beschuldigte hat auch im Ausland einen Anspruch auf Einhaltung der Gesetze durch die Ermittlungsbehörden. Gerade im Zusammenhang mit Haftbedingungen im EU-Ausland haben sowohl das BVerfG als auch der EuGH zuletzt deutlich gemacht, dass der Blick über die Grenzen zur Wahrung der Bürgerrechte unabdingbar ist. Der deutsche Strafrichter hat jedenfalls dann Zurückhaltung gegenüber ausländischen Beweisermittlungen zu üben, wenn für ihn sehr deutlich ist, dass diese nur unter Verletzung tragender rechtsstaatlicher Verfahrensprinzipien erfolgten.

(...)

Im Vorfeld der Regelung der EEA war befürchtet worden, dass internationale Ermittlungen das Niveau des fairen Prozesses massiv absenken. (...)

Das polizeiliche Vorgehen bei Encro-Chat dürfte alle Befürchtungen von Juristen übertreffen. Auch wenn die Beteiligten intensiv an Vertuschung arbeiten, steht fest, dass die deutschen Behörden die unzulässige Beweisgewinnung begleitet, unterstützt und womöglich mit initiiert haben. Europol vermittelte. Im Ergebnis wurden mit Kenntnis der deutschen Behörden zehntausende von Mobiltelefonen unverdächtiger Bürger auf deutschem Boden von den französischen Behörden überwacht. Die Ergebnisse trafen mit geringfügiger zeitlicher Verspätung auf den Schreibtischen der deutschen Ermittler ein. Wo ein polizeilicher Wille ist, ist auch ein Weg.

Keine der bislang bekannt gewordenen gerichtlichen Entscheidungen in Deutschland begnügt sich mit dem Lob polizeilicher Effektivität. Dass die Ermittler bindende Rechtsnormen verletzt haben könnten, will kaum ein Richter ausschließen. Unisono will man hieraus allerdings keine Konsequenzen ziehen. Dass Gesetze dazu gedacht sind, eingehalten zu werden, erkennt der Strafrichter bei den vor ihm sitzenden Angeklagten, nicht jedoch bei Ermittlern.

Aus dem ursprünglich vom Bundesverfassungsgericht formulierten Grundsatz, dass aus prozessualen Gesetzesverstößen „nicht ohne weiteres“ auch ein Beweisverwertungsverbot entsteht, hat die strafrichterliche Rechtsprechung in Umkehrung rechtsstaatlicher Grundsätze die Behauptung entwickelt, die Nichtverwendung müsse regelmäßig die - wohlbegründete - Ausnahme sein. Eine solche Ausnahme sieht aktuell kein deutscher Strafrichter. Unter Ausblendung des gescheiterten gesetzgeberischen Konzepts, Drogenhandel und Drogenkonsum durch Strafrecht zu unterbinden, reicht manchen Landgerichten die herausragende Bedeutung der letztendlich verfolgten Drogendelikte, um dahinter alle anderen denkbaren Abwägungsfaktoren verblassen zu lassen.

Wenn erkannt wird, dass auch bei der - so der BGH - schier unendlichen Weite der strafrichterlichen Akzeptanz von illegalen Ermittlungsergebnissen die Bewahrung von grundsätzlichen Gewährleistungen des Rechtsstaatsprinzip eine unüberwindliche Hürde für die Verwertung bilden könnten, finden sich nur Solidaritätsbekundungen mit den französischen Richtern. Diese hätten anständig, zielgerichtet und rechtskonform gehandelt. Das Gegenteil ist der Fall.

Die bereits bekannten Fakten machen deutlich, dass die Behörden als unübersteigbar geltende Grenzen von Menschenrechten und Grundrechten überschritten haben. Freiheit in einem Rechtsstaat bedeutet die Freiheit vor der Kontrolle jeglicher Kommunikation des Bürgers. Das Post- und Fernmeldegeheimnis in Art. 10 GG hat dies exemplarisch und prominent herausgestrichen. Art. 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention fordert vom Staat die unbedingte Achtung des Privatlebens seines Bürgers und seiner Korrespondenz. Art. 17 IPBR stellt weltweit die Forderung auf, dass niemand willkürlichen staatlichen Eingriffen in seinen Schriftverkehr ausgesetzt werden darf.

Modern und lakonisch heißt es in Art. 7 der Menschenrechtscharta der EU: „Jede Person hat das Recht auf Achtung.... ihrer Kommunikation.“

Nichts dergleichen hat die staatliche Autorität geachtet. In der ebenso unbewiesenen wie unsubstantiierten Hoffnung auf Aufdeckung einiger krimineller Taten hat die Staatsgewalt Millionen kommunikativer Datensätze ihrer Bürger mitgelesen und kontrolliert. Dieser massenhafte Eingriff in die Privatheit der Bürger ist unter keinem einzigen legitimierenden Kriterium denkbar, das der EGMR oder das BVerfG in der Vergangenheit aufgestellt haben. Abseits von der Überlegung des eingriffshindernden Anfangsverdachts ist das Prinzip der Verhältnismäßigkeit nie gewahrt.

Bereits bei der Beurteilung der anlasslosen Vorratsdatenspeicherung hatte der EuGH deutlich gemacht, dass das blinde Abgreifen von Kommunikationsdaten niemals gerechtfertigt sein kann, wenn es nicht ausnahmsweise um existenzielle staatliche Belange geht. Was für inhaltslose Kommunikationsdaten des digitalen Austausches gilt, muss erst recht für Maßnahmen gelten, die den Inhalt der privaten Kommunikation betreffen.

Fazit: Der staatliche Datenraub von Roubaix verletzt den Kerngehalt grundgesetzlicher und menschenrechtlicher Garantien. Seine bewusste Missachtung kann nur das Verbot einer strafprozessualen Verwertung der Ergebnisse zur Folge haben.

*Aus Sicht der Verteidigung stehen alle Fakten bereits fest, die für sich genommen die Unverwertbarkeit der Chats begründen.
(...).*“

Der Verteidiger des Beschwerdeführers zu 2), Rechtsanwalt Meyer, schloss sich dem Widerspruch und der Stellungnahme an.

Zudem widersprach der Verteidiger des Beschwerdeführers zu 2) der Einführung und Verwertung sämtlicher Kommunikationsinhalte in der Hauptverhandlung, die auf der Entschlüsselung von EncroChat-Kommunikation durch die französischen Strafverfolgungsbehörden beruhen, mit zwei weiteren Widersprüchen, die er verlas und die als Anlage 3 und 4 zum Tagesprotokoll genommen wurden. Insbesondere in dem zweiten dieser Widersprüche (Anlage 2, S. 169-182) stellte er auf die Verstöße des Rechtshilferechts und die Rechtswidrigkeit der dem Datenaustausch – vermeintlich – zugrundeliegenden EEA vom 02.06.2020 ab, ferner stellt er dar, dass die ursprüngliche Datenerhebung der französischen Ermittlungsbehörden einen besonders schwerwiegenden Eingriff in das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme bedeutet hatte („Grundrecht auf eine digitale Intimsphäre“ als spezielle Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts). An dem Gewicht des Eingriffs in dieses Grundrecht seien die beabsichtigte zweckändernde Verwendung der Daten als Beweismittel im deutschen Strafverfahren und eine dies gegebenenfalls gestattende Rechtsgrundlage zu messen. Der Verteidiger des Beschwerdeführers zu 1), Rechtsanwalt Sommer, machte sich diesen Widerspruch samt Begründung zu eigen.

In der Hauptverhandlung am 13.04.2021 brachte Rechtsanwalt Rotter als Verteidiger des Beschwerdeführers zu 2) einen weiteren Verwertungswiderspruch gegen die EncroChat-Daten an (Anlage 2, S. 184 – 189), der als Anlage 2 zum Tagesprotokoll genommen wurde. Zudem lehnte das Gericht per Beschluss die beantragte Beiziehung der Akten beim Bundeskriminalamt und bei der Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt am Main ab, wobei es ausführte, angesichts der bereits vorliegenden Aktenbestandteile bestehe kein Erfordernis, weitere Akten der GenStA beizuziehen, die Kammer werde aber regelmäßig prüfen, ob ein Bedürfnis bestehe, weitere Auskünfte von ihr oder anderen Behörden einzuholen.

In der Hauptverhandlung am 19.04.2020 verkündete das Gericht einen Beschluss, mit dem es die Widersprüche der Verteidigung gegen die Einführung von Dokumenten im Selbstleseverfahren ablehnte und führte darin zur Frage der Verwertbarkeit wie folgt aus (Anlage 2, S. 191 - 195):

„Über die Frage des Vorliegens eines Beweisverwertungsverbots war noch nicht zu entscheiden. Die Entscheidung über die Verwertungswidersprüche gegen die Einführung der Urkunden an sich wird fortlaufend geprüft, bleibt abschließend jedoch der Schlussberatung vorbehalten (vgl. hierzu BGH, Beschluss vom 11.11.2020 - 5 StR 197/20, NStZ 2021, 246; BGH, Beschluss vom 16.08.2007 - 1 StR 304/07, NStZ 2007, 719; BVerfG Beschluss vom 18.03.2009 — 2 BVR 2025/07, BeckRS 2009, 140731)“

Zudem wurde die Selbstleseanordnung, die schon zuvor Gegenstand der Auseinandersetzung gewesen war, verlesen. Sie bezog sich insbesondere auf Vermerke zur Datenlieferung und Datenaufbereitung in Bezug auf die EncroChat-Daten, die Beschlüsse der Ermittlungsverfahren in Frankreich und die Dokumente der Rechtshilfe zwischen Frankreich und Deutschland in Bezug auf den Datentransfer. Die beiden maßgeblichen Ermittlungsanordnungen der Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt am Main vom 02.06.2020 und vom 09.09.2020, mit denen die Staatsanwaltschaft in Bezug auf die EncroChat-Daten um „*Erlangung von Informationen oder Beweismitteln, die sich bereits im Besitz der Vollstreckungsbehörde befinden und um Erlangung von Informationen, die sich in den von Polizei- und Justizbehörden geführten Datenbanken befinden*“ ersuchte, wurden in der Verhandlung verlesen. Die Anordnungen in französischer Sprache, sowie die deutsche Übersetzung des Anhangs A der RL-EEA finden sich in Anlage 2, S. 202 – 257. Vorsorglich wird die Europäische Ermittlungsanordnung vom 02.06.2022 hier noch einmal eingefügt:

Anlage 6

In einem weiteren Beschluss vom 19.04.2021 wies die Kammer die Widersprüche vom 24.03.2021 und vom 13.04.2021 gegen die Einführung und Verwertung sämtlicher Kommunikationsinhalte in die Hauptverhandlung, die auf der Entschlüsselung von EncroChat-Kommunikation durch die französischen Strafverfolgungsbehörden beruhten, zurück. Zur Begründung wurde erneut Folgendes angeführt (Anlage 2, S. 259):

„Soweit es sich bei dem Rechtsbehelf (auch) um einen Verwertungswiderspruch gegen die Einführung der Kommunikationsinhalte aus der EncroChat-Kommunikation in die Hauptverhandlung handelt, bedarf dieser derzeit keiner Bescheidung (vgl. hierzu BGH, Beschluss vom 11.11.2020-5 StR 197/20, NStZ 2021, 246; BGH, Beschluss vom 16.08.2007 - 1 StR 304/07, NStZ 2007, 719; BVerfG Beschluss vom 18.03.2009 - 2 BVR 2025/07, BeckRS 2009, 140731). Die Kammer wird sich fortlaufend mit der Frage der Verwertbarkeit der Urkunden befassen und diese fortwährend prüfen, eine Entscheidung bleibt jedoch der Schlussberatung Vorbehalten.“

Am 22.04.2021 ergänzte Prof. Sommer als Verteidiger des Beschwerdeführers zu 1) seine Ausführungen zur Unverwertbarkeit der EncroChat-Daten und wies insbesondere auf eine Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom 02.03.2021 (C-746/18) hin, in der sich dieser mit den Grundrechten aus Art. 7 und Art. 8 EU-Grundrechtecharta im Zusammenhang mit der Vorratsdatenspeicherung auseinandersetzte. Der Verteidiger wies in diesem Zusammenhang auf das grundrechtswidrige Vorgehen der französischen Ermittlungsbehörden bei der Abfangung der EncroChat-Daten hin und zog daraus folgenden Schluss (Anlage 2, S. 264):

„Deutsche Gerichte, die auch das Vertrauen in die Einhaltung von EU-Grundrechtsstandards zur Grundlage ihrer Legitimation der blinden Akzeptanz von Ermittlungsergebnissen gemacht haben, müssen spätestens jetzt registrieren, dass die französische Exekutive nicht bereit ist, die Bürgerrechte in Art. 7 und Art. 8 der EU-Grundrechtecharta ausreichend zu schützen. Die Verteidigung wiederholt daher ihren schon zuvor formulierten Appell an die Kammer, sie möge ihrer genuinen Pflicht des Schutzes von Grundrechten auch im Rahmen der Bewertung von Beweisverboten adäquat nachkommen.“

Der Rechtsanwalt des Beschwerdeführers zu 2) erklärte, dass sich dieser den Ausführungen anschliesse.

In derselben Sitzung traf die Kammervorsitzende die zweite Selbstleseanordnung (Anlage 2, S. 271 – 276), in der die Chatverläufe aus dem EncroChat-System enthalten waren.

Am 27.05.2021 stellte der Verteidiger des Beschwerdeführers zu 1) einen Antrag auf Vernehmung der Staatsanwältin, die die Europäische Ermittlungsanordnungen vom 02.06.2020 und vom 09.09.2020 erlassen hatte (Cathrin Aul), welchem sich der Beschwerdeführer zu 2) anschloss. Zur Begründung des Antrags wurde folgendes aufgeführt:

„In ihrer Eigenschaft war der Zeugin bereits im Januar 2020 geläufig, dass die französischen Behörden in Kooperation mit niederländischen Behörden und Europol beabsichtigten, den EncroChat Server zu dechiffrieren. Es war die erklärte Absicht bei dieser Ermittlungsaktion, ohne Ausnahme sämtliche Kommunikationsdaten von allen Usern (bekannt waren mehr als 60.000 Kunden von Encro Chat) zu sichern, auszuwerten und bei Auffinden eines möglichen Anfangsverdachts auch Ermittlungsverfahren einzuleiten. Der Zeugin Frau Staatsanwältin Aul war dabei von Anfang an geläufig, dass sie agierenden französischen Behörden keinerlei wie auch immer gearteten Anfangsverdacht gegen einen der Nutzer hatten. Frau Aul wusste darüber hinaus, dass ein Großteil der zu überwachenden Mobilfunkgeräte in Deutschland genutzt wurde. Die Zeugin sowie die gesamte Behörde gingen dabei davon aus, dass nach deutschem Recht eine derartige massive anlasslose Überwachung des Kommunikationsverkehrs allenfalls den Nachrichtendiensten gestattet war, niemals allerdings Strafverfolgungsbehörden. Insbesondere bei von ihr wahrgenommenen Treffen bei Eurojust erklärte die Zeugin jedoch, dass sie die Durchführung des in Deutschland unzulässigen Verfahrens billige, aber darum bitte, dass die gewonnenen Ergebnisse so schnell wie möglich dem Bundeskriminalamt zur Verfügung gestellt werden, damit in Deutschland Strafverfahren eingeleitet werden können. Daraufhin eröffnete sie bei der Generalstaatsanwaltschaft ein Strafverfahren gegen Unbekannt 62 UJs 50005/20, das als formales Vehikel für ein staatsanwaltschaftliches Rechtshilfegesuch einerseits und die staatsanwaltschaftliche Koordinierung der polizeilichen Tätigkeit des BKA dienen sollte. Dieses Verfahren existiert bis zum heutigen Tage, es richtet sich nach wie vor gegen Unbekannt. Der Zeugin ist geläufig, dass auch das Bundeskriminalamt darauf vorbereitet war, nach dem 1.4.2020 und dem zu diesem Zeitpunkt geplanten Zugriff tägliche Datenlieferungen von Europol zu erhalten. Mit dem Bundeskriminalamt war seitens der Generalstaatsanwaltschaft abgesprochen, dass daraufhin sofort Ermittlungstätigkeiten wie beispielsweise die Identifizierung von verdächtigen Usern erfolgen sollte. Nachdem über mehrere Wochen bereits die notwendigen Daten dem BKA zur Verfügung gestellt worden waren und dort ausgewertet wurden, hielt die Zeugin in Zusammenarbeit mit ihren Vorgesetzten den formalen Antrag einer europäischen Ermittlungsanordnung für notwendig, um dem bereits seit langem existierenden Datentransfer den Anschein der Legalität zu geben. Sie verfasste eine EEA an das Gericht in Lille, wobei sie weder einen Beschuldigten in Deutschland noch eine konkrete Tat noch eine konkrete Strafnorm angeben konnte, auf die sich ihr Erkundigungsersuchen bezog. Sie kreuzte nahezu wahllos alle diejenigen denkbaren Strafnormen an, die im Formular vorgesehen waren und deren Ermittlung aufgrund der umfassenden Datentransfers sie nicht für völlig ausgeschlossen hielt. Sie trug darüber hinaus dafür Sorge, dass ihre fragwürdige europäische Ermittlungsanordnung nicht unmittelbar durch Gerichte überprüft werden konnte. Behördeninternen war eine Strategie verabredet, wonach etwaige gerichtliche Angriffe durch die nunmehr Beschuldigten dadurch

abgewehrt werden sollten, dass man weiterhin zur Verwaltung in Frankfurt ein nebulöses Verfahren gegen Unbekannt aufrechterhielt, und die jeweils Rechtssuchenden Beschuldigten an die konkret vor Ort ermittelnden Behörden verwies (die nachvollziehbarer Weise nichts über die Grundlagen der EEA wissen).“

Am selben Verhandlungstag, dem 27.05.2021, lehnte das Gericht den Antrag der Verteidigung auf Ladung und Vernehmung der Zeugen Normand, Mory, Haroune und Aleksic (der französischen Richter) ab, dabei wies es darauf hin, dass der Antrag den Komplex der Verwertbarkeit der EncroChat-Daten betreffe und die Verwertbarkeit von Beweisen im Freibeweisverfahren aufzuklären sei. Es bestehe im konkreten Fall keine Aufklärungspflicht der Kammer in Bezug auf die Vernehmung der Ermittlungsrichter, da aus ihren Beschlüssen alle relevanten Umstände deutliche werden würden.

Am 03.06.2021 beantragte der Verteidiger des Beschwerdeführers zu 2) die Vernehmung des Zeugen Franzen, um die Hintergründe der Erlangung der EncroChat-Daten durch die deutschen Behörden zu beleuchten und insbesondere über ein Treffen von Eurojust am 09.03.2020, an dem auch Vertreter des BKA und der Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt am Main teilnahmen und welches die Ermittlungen gegen EncroChat zum Gegenstand hatte, aufzuklären.

Am 14.06.2021 drückte der Anwalt des Beschwerdeführers zu 1) seine Bedenken gegen die Verwertung der EncroChat-Daten mit einem Antrag auf Einholung eines Rechtsgutachtens zu den im vorliegenden Verfahren relevanten Rechtsfragen des französischen Strafprozessrechts, aus (Anlage 2, S. 285 – 293). Rechtsanwalt Rotter als Verteidiger des Beschwerdeführers zu 2) erklärte den Anschluss für den Beschwerdeführer zu 2) an den Antrag.

In der Verhandlung am 17.06.2021 lehnte das Gericht den Antrag auf Ladung und Vernehmung der Zeugin Cathrin Aul mit folgender Begründung ab: (Anlage 2, Bl. 298 - 299):

„Die Kammer hat hinsichtlich der Rechtmäßigkeit der in Frankreich ergangenen richterlichen Beschlüsse nur einen eingeschränkten Prüfungsumfang (vgl. BGH NStZ 2013, 596, OLG Hamburg vom 29.01.2021 - 1 Ws 2/21, BeckRS 2021, 2226 sowie Beschluss der Kammer vom 27.05.2021, Anlage 2 zu Protokoll). Die von der Zeugin Aul verfassten Europäischen Ermittlungsanordnungen vom 02.06.2020 und 09.09.2020 wurden bereits detailliert zum Gegenstand der Hauptverhandlung gemacht (vgl. hierzu den Beschluss der Kammer vom 27.05.2021, Anlage 1 zu Protokoll). Inwiefern die deutschen Behörden und die Zeugin Aul Kenntnis von den Ermittlungsmaßnahmen in einem anderen Mitgliedsstaat hatten, kann dahinstehen, da zumindest die bloße Kenntnis deutscher Ermittlungsbehörden von im Ausland geführten Ermittlungsmaßnahmen noch kein sogenanntes forum-shopping darstellt. Auch die Hintergründe der zweiten Europäischen Ermittlungsanordnung sind zur Überzeugung der

Kammer hinreichend dargelegt und zum Gegenstand der Hauptverhandlung gemacht worden (vgl. hierzu Vermerk BKA vom 20.08.2020, Bl. 8-9 Sonderheft Rechtshilfe Nachträge Bd. 1), ebenso, wie es bekannt ist, dass nach wie vor bei der Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt am Main ein Verfahren gegen Unbekannt geführt wird (vgl. insoweit den die Beiziehung der Verfahrensakten ablehnenden Beschluss der Kammer vom 13.04.2021, Anlage 1 zu Protokoll).“

In derselben Sitzung wies die Kammer durch Beschluss den Antrag auf Einholung eines Rechtsgutachtens zu den Fragen des französischen Strafprozessrechts ab (Anlage 2, Bl. 295, 296). Darin heißt es unter anderem wie folgt:

„Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs steht deutschen Gerichten eine Überprüfung dahingehend, ob die im Ausland getroffenen Maßnahmen dem dortigen Recht, hier also dem französischen Strafprozessrecht, entsprachen, grundsätzlich nicht zu. Es wird insoweit ausdrücklich auf die Begründung des Beschlusses der Kammer vom 27.05.2021, Anlage 2 zu Protokoll, Bezug genommen. Die begründeten Beschlüsse der anordnenden französischen Richter unterliegen hinsichtlich ihrer Rechtmäßigkeit nur einem sehr eingeschränkten Prüfungsumfang (vgl. BGH, Beschluss vom 21.11.2012 - I StR 310/12, NStZ 2013, 596; OLG Hamburg Beschl. v. 29.1.2021 - I Ws 2/21, BeckRS 2021, 2226, Rn. 77 ff.). Für insoweit einzig zu berücksichtigte Verstöße gegen fundamentale verfassungsrechtliche Grundsätze bzw. das unabdingbare Maß an Grundrechtsschutz bestehen auch vor dem Hintergrund des Antragsvorbringens aus Sicht der Kammer derzeit keine Anhaltspunkte und es bleibt bei der Geltung des Vertrauensgrundsatzes. Es handelt sich um begründete richterliche Beschlüsse, welche auch Verhältnismäßigkeitserwägungen enthalten. Obergerichtliche französische Rechtsprechung, welche die grundsätzliche Rechtmäßigkeit der Beschlüsse in Frage stellen würde, ist dem Gericht trotz eigener Recherche nicht bekannt.“

Die Kammer lehnte ebenfalls am 17.06.2021 den Antrag der Verteidigung des Beschwerdeführers zu 2) auf Ladung und Vernehmung des Zeugen Franzen ab, wobei sie Folgendes anführt (Anlage 2, S. 301 f.):

„Anhaltspunkte dafür, dass durch die Einvernahme des Zeugen Franzen weitergehende Erkenntnisse, welche für die Beurteilung der Schuld- und Rechtsfolgenfrage von Relevanz sein könnten, gewonnen werden würden, sind weder vorgetragen noch sonst ersichtlich. Offenkundig zielt der Antrag darauf ab, den Informationsstand des Zeugen hinsichtlich der in Frankreich erfolgten Ermittlungsmaßnahmen und der Hintergründe der Datenerlangung der sogenannten Encrochat-Daten durch die deutschen Ermittlungsbehörden und den weiteren Umgang mit den übermittelten Daten zu

eruierten. Es ist nicht erkennbar, aus welchem Grund sich die Kammer zur Aufklärung dieser von der Verteidigung im Antrag ausgeführten Umstände gedrängt sehen müsste.

Inwiefern die deutschen Behörden und insbesondere der Zeuge Franzen bereits im Jahr 2019 Kenntnis von den Ermittlungsmaßnahmen in einem anderen Mitgliedsstaat hatten und im März aus diesem Grund eine Versammlung bei Eurojust stattfand, kann dahinstehen, da die bloße Kenntnis deutscher Ermittlungsbehörden von im Ausland geführten Ermittlungsmaßnahmen noch kein sogenanntes „Befugnis-Shopping“ darstellt. Auch soweit ausgeführt wird, seitens des BKA und der Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt habe man sich keinerlei Gedanken über mögliche rechtliche Bedenken bei der Datenerlangung gemacht, ist nicht erkennbar, aus welchem Grund dieser Umstand von Relevanz in dem vorliegenden Verfahren sein soll. Ein etwaiger Kenntnisstand oder eigene rechtliche Bewertungen der deutschen Ermittlungsbehörden von den eigeninitiativen französischen Ermittlungshandlungen sind ohne Bedeutung für die vorliegende Entscheidung. Über die rechtliche Bewertung der Datenerlangung wird die Kammer im Rahmen der Schlussberatung entscheiden. Die insofern zur Beurteilung eines etwaigen Beweisverwertungsverbotes maßgeblichen Umstände sind aus Sicht der Kammer mit den richterlich begründeten französischen Beschlüssen und den vorangehenden Beschlussanregungen der Ermittlungsbehörden bereits in die Hauptverhandlung eingeführt worden (...).“

Ebenfalls abgelehnt wurde seitens der Kammer der Antrag der Verteidigung beider Beschwerdeführer auf Einholung eines Rechtsgutachtens im Hinblick auf die im vorliegenden Verfahren relevanten Rechtsfragen des französischen Strafprozessrechts.

Am 21.06.2021 erfolgte eine Gegenvorstellung der Verteidiger des Beschwerdeführers zu 2) gegen die in verschiedenen Beschlüssen geäußerte Ansicht des Tatgerichts, dass es sich bei der Frage des Verwertungsverbots um eine im Frei- und nicht im Strengbeweisverfahren zu klärende handele.

Das Gericht wies die Gegenvorstellung in der Verhandlung am 06.07.2021 mit folgender Begründung zurück (Anlage 2, S. 305):

„Denn ein möglicherweise rechtsstaatswidriges Vorgehen bei der Beweiserhebung, welches gegebenenfalls zu einer Unverwertbarkeit der erhobenen Beweise führen kann und worüber die Kammer im Rahmen der Schlussberatung entscheiden wird, hat keinen Einfluss auf die Strafzumessung und damit auch nicht auf den Rechtsfolgenanspruch. Daran ändert auch die vom BGH im Zusammenhang mit dem sogenannten agent provocateur weiterhin vertretene Strafzumessungslösung (vgl. BGH, Urteil vom 10.6.2015 - 2 StR 97/14 m. w. N.; BVerfG, Beschluss vom 18.12.2014-2 BvR 209/14, 2 BvR 240/14, 2 BvR 262/14) nichts. Denn bei der staatlichen Einwirkung im Wege

der Tatprovokation handelt es sich um eine Beeinflussung der nach § 46 Abs. 2 S. 2 StGB bei der Strafzumessung zu berücksichtigenden Beweggründe der Tat. Danach sind Art und Maß des Beweggrundes für eine Straftat stets auch für die Strafzumessung von Bedeutung. Ähnliche und damit ebenfalls nach § 46 Abs. 2 StGB bei der Strafzumessung zu berücksichtigende Umstände sind in dem möglicherweise rechtsstaatswidrigen Vorgehen bei der Beweiserhebung jedoch nicht zu sehen. Insofern kommt einem möglicherweise rechtsstaatswidrigen Vorgehen im Rahmen der Beweiserhebung im vorliegenden Fall, sollte die Kammer nach der Schlussberatung zu einer Verwertbarkeit der EncroChat-Daten kommen, im Rahmen der Strafzumessung keine Bedeutung zu.“

Am 20.07.2021 wies der Verteidiger des Beschwerdeführers zu 1) darauf hin, dass in Bezug auf die Verwertungswidersprüche der Verteidigung gegen die EncroChat-Daten bis jetzt noch keine Entscheidung der Kammer erfolgt sei und beantragte ausdrücklich eine dahingehende Bescheidung (Anlage 2, S. 316 - 329). Er zeigte auf, dass in diesem außergewöhnlichen Fall eine Zwischenbescheidung zur Wahrung der Verteidigungsrechte und des rechtlichen Gehörs des Angeklagten unabdingbar sei. Der Verteidiger des Beschwerdeführers zu 2), Rechtsanwalt Rotter, schloss sich diesem Antrag an.

Die Kammer beschloss am 27.07.2021, den Antrag auf Zwischenentscheidung in Bezug auf die Frage der Verwertbarkeit der EncroChat-Daten abzulehnen (Anlage 2, S. 368, 369). In dem Beschluss erklärte die Kammer unter anderem, dass die Angeklagten in ihrem Verteidigungsverhalten deshalb nicht eingeschränkt waren, weil die Kammer mehrfach zu erkennen gegeben habe – mündlich und schriftlich – dass sie nach vorläufiger Würdigung von einer Verwertbarkeit der Beweise ausgehe, sich die Frage der Verwertbarkeit jedoch ausdrücklich für die Schlussberatung vorbehalte. Dabei verwies die Kammer auf ihren Beschluss vom 28.05.2021 zur Aufrechterhaltung des Haftbefehls gegen den Angeklagten Richter. In diesem hieß es zu der Frage der Verwertbarkeit der EncroChat-Daten:

„Die Kammer geht nach vorläufiger Würdigung davon aus, dass die erlangten EncroChat-Daten im vorliegenden Verfahren verwertbar sein dürften. Insofern wird auf die obergerichtliche Rechtsprechung, zuletzt u.a. OLG Schleswig, Beschluss vom 29.04.2021 – BeckRS 2021, 10202, verwiesen, der sich die Kammer nach eigener Prüfung vollumfänglich anschließt. Die Kammer wird die Verwertbarkeit jedoch im Hinblick auf ggfs. neue Erkenntnisse stetig weiter prüfen und insbesondere im Rahmen der Schlussberatung endgültig darüber befinden.“ (Hauptakte XII, Bl. 51).“

In einem weiteren Beschluss vom gleichen Tag, mit dem die Kammer die Beiziehung des Rechtshilfeporgangs ablehnte, äußerte sie sich auch zu den von der Verteidigung dargestellten Verstößen gegen Rechtshilfeporgangsverfahren. Es heißt dort (Anlage 2, S. 371):

„Auf den Beschluss der Kammer vom 20.07.2021 (Anlage 8) wird Bezug genommen. Bestandteil der Verfahrensakte sind umfassende Unterlagen zum Themenbereich der Rechtshilfe. Anhaltspunkte zu einem Vorgehen nach Art. 31 RL 2014/41/EU lassen sich den Rechtshilfeunterlagen nicht entnehmen (vgl. so auch OLG Schleswig Beschl. v. 29.4.2021 – 2 Ws 47/21, BeckRS 2021, 10202 Rn. 4). Die Unterrichtung nach Art. 31 Abs. 1 RL 2014/41/EU hat auf dem Formblatt nach Anhang C der RL-EEA zu geschehen. Die Vorgänge eines solchen Mitteilungsverfahrens gern. Art. 31 Abs. 2 RL-EEA enthält die Akte nicht (vgl. OLG Bremen, Beschl. v. 18.12.2020 - 1 Ws 166/20, OLG Hamburg Beschl. v. 29.1.2021 - 1 Ws 2/21, BeckRS 2021, 2226). Die rechtliche Würdigung bzw. die Frage nach den Folgen dieser nach Aktenlage nicht erfolgten Mitteilung nach Art. 31 RL 2014/41/EU, so diese nicht in der Annahme, Auswertung und Verwendung der Daten gesehen wird (vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 21.07.2021 – 2 Ws 96/21), betrifft die Frage der Verwertbarkeit, über die die Kammer im Rahmen der Schlussberatung entscheiden wird (vgl. Beschluss der Kammer vom 27.05.2021, Anlage 2 zu Protokoll, m. w. N.).“

Die Beweisaufnahme wurde am 27.07.2021 geschlossen, ohne dass sich das Gericht zu den vorgebrachten Verwertungswidersprüchen geäußert hätte. Auch im Urteil finden die vorgebrachten Bedenken – abgesehen von den Ausführungen zu der Authentizität der Daten – keinerlei Erwähnung.

Die Revisionsbegründung vom 17.12.2021 des Beschwerdeführers zu 1) wies unter Bezugnahme auf den Beweisverwertungswiderspruch im erstinstanzlichen Verfahren darauf hin, dass die Chat-Protokolle einem Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbot unterlagen, woraus sich der geltend gemachte Verfahrensfehler des Landgerichts ergebe (Anlage 2, S. 372 ff.). Die Begründung stellte dar, dass es keine Rechtsgrundlage für die in der Verwendung im vorliegenden Verfahren liegende Zweckumwidmung der Daten gäbe. § 100e Abs. 6 Nr. 1 StPO komme nicht in Betracht, da es sich wegen der Streubreite der Maßnahme und des fehlenden Anfangsverdachts gegen die Betroffenen nicht um eine Online-Durchsuchung nach § 100b StPO gehandelt habe (Anlage 2, S. 372, 373). Auch das Rechtsstaatgebot (Art. 20 Abs. 3 GG) und der Fairnessgrundsatz (Art. 6 Abs. 1 EMRK) wurden als Begründung der Unverwertbarkeit der aus den mit dem nationalen Prozessrecht nicht in Einklang stehenden geheimdienstlichen und polizeilichen Ermittlungsmaßnahmen stammenden Daten herangezogen (Anlage 2, S. 373). Schließlich verwies auch die Revisionsbegründung auf die dem Austausch der Daten zugrundeliegenden Verstöße gegen die RL-EEA, da mit der Ermittlungsanordnung vom 02.06.2020 inhaltlich der Regelungsbereich der Europäischen Ermittlungsanordnung überschritten worden war. In diesem Zusammenhang wies die Revisionsbegründung (erneut) darauf hin, dass die Überwachung noch andauerte, als die EEA, die nur auf die Übermittlung schon vorhandener Daten gerichtet war, erging (Anlage 2, S. 374 – 376).

Die Revisionsbegründung des Beschwerdeführers zu 1) vom 14.12.2021 (RA Sommer) führte ebenfalls die Verletzung der Grundrechte aus Art. 7 und 8 GRCh, eine Verletzung der Vorschriften in der RL-EEA und ihrer Umsetzung im IRG sowie die Umgehung der Erhebungsregeln in den §§ 100a, 100b StPO auf. Auch in dieser Revisionsbegründung wies der Verteidiger des Beschwerdeführers zu 1) darauf hin, dass ein Fall des „forum shoppings“ – also eine Umgehung der deutschen strafprozessualen Vorschriften unter Ausnutzen der weniger anforderungsträchtigen französischen Regeln – vorliege.

In der Revisionsbegründung des Beschwerdeführers zu 2) vom 20.12.2021 ging der Rechtsanwalt ebenfalls auf die Unionsrechtswidrigkeit der Datenübertragung und die Illegalität der Ermittlungsmaßnahmen in Frankreich ein (Anlage 4, S. 1354 ff.). Auch der Beschwerdeführer zu 2) begründete zudem seine Revision damit, dass die deutschen Strafverfolgungsbehörden die hiesigen Regelungen im Wege des sog. „Befugnis-Shopping“ umgangen hätten (Anlage 4, S. 13).

Neben der Geltendmachung des Verwertungsverbots und dem daraus folgenden Verfahrensfehler berufen sich die Revisionsbegründungen des Beschwerdeführers zu 1) und zu 2) darauf, dass das Schweigen der Kammer zu dem geltend gemachten Beweisverwertungswiderspruch und das Fehlen jeglicher Begründung, warum sie keine verfahrens- und verfassungsrechtlichen Zweifel im Hinblick auf die Verwertung der Chat-Protokolle hegte, eine Verletzung des durch Art. 103 Abs. 1 GG verbürgten rechtlichen Gehörs des Angeklagten darstellte (vgl. Anlage 2, S. 376 – 378 und Anlage 4, S. 1360 ff.).

Die Revisionsbegründung vom 17.12.2021 zog aus den vorgebrachten und zur Vermeidung von Wiederholungen an dieser Stelle lediglich zusammengefasst wiedergegebenen Argumenten folgende Schlussfolgerung (Anlage 2, S. 378):

„Das Urteil beruht auf diesen Verfahrensmängeln (§ 337 Abs. 1 StPO). Das versteht sich für den Verstoß gegen das Beweisverwertungsverbot von selbst, gilt aber auch für das tatrichterliche Unterlassen jedweder Auseinandersetzung mit den Verwertungswidersprüchen der Verteidigung des Angeklagten. Es ist insoweit nicht mit der notwendigen Sicherheit auszuschließen, dass die Verteidigung bei einer inhaltlichen Bescheidung während oder in laufender Hauptverhandlung weiteres Verteidigungsvorbringen in sie eingeführt hätte, wenn ihr auf diesem Weg verdeutlicht worden wäre, aufgrund welcher tatsächlichen und rechtlichen Erwägungen der Tatrichter von einer Verwertbarkeit ausgegangen war².“

² Vgl. zum Maßstab BGH 5 StR 623/18 HRRS 2019 Nr. 670, Rn. 8: „War somit die Anordnung einer Beweiserhebung nach § 238 Abs. 1 StPO rechtmäßig, kann das Urteil allenfalls dann ausnahmsweise auf der unterbliebenen Entscheidung nach § 238 Abs. 2 StPO beruhen (§ 337 Abs. 1 StPO), wenn sich der Angeklagte bei Kenntnis der Gründe für die Zurückweisung seiner Beanstandung anders und erfolgreicher als geschehen hätte verteidigen können (vgl. KKStPO/Schneider, aaO, § 238 Rn. 27; LRStPO/Becker, aaO).“ Ebenso: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 64. Aufl., § 238, Rn. 25. Auch wenn es sich um eine Gehörsrüge handelt, bedarf es keiner Darlegungen dazu, wie die Verteidigung hierauf reagiert hätte. Denn sowohl bezogen auf die Hauptverhandlung als auch

Mit einer Antragsschrift vom 26.06.2022, die als

Anlage 7

beigefügt ist, beantragte der Generalbundesanwalt die Verwerfung der Revision des Beschwerdeführers zu 1) als unbegründet. Er führte darin zur Gehörsrüge wie folgt aus:

„Die auf einen Verstoß gegen den Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) gestützte Rüge, das Landgericht habe es unterlassen, die in der Hauptverhandlung gegen die Erhebung und Verwertung der EncroChat-Daten gerichteten Widersprüche inhaltlich zu bescheiden (RB Dr. Strate, S. 153, 376 ff.), wird keinen Erfolg haben.

(...)

Soweit in der nachfolgenden Stellungnahme des Beschwerdeführers vom 21. April 2021 (RB Dr. Strate, S. 261 ff.) ein erneuter Widerspruch gegen die Beweiserhebung zu sehen sein sollte, würde auf dessen Nichtbescheidung das Urteil wegen der Rechtmäßigkeit der Beweiserhebung wie der Beweisverwertung (dazu sogleich) nur dann beruhen können, wenn der Beschwerdeführer sich bei Kenntnis der Gründe für die Zurückweisung seiner Beanstandung anders und erfolgreicher als geschehen hätte verteidigen können (vgl. Senat, Beschluss vom 7. Mai 2019 – 5 StR 623/18 –, Rdnr. 8). Anhaltspunkte hierfür sind aber weder seinem Vortrag zu entnehmen noch sonst ersichtlich.

Soweit in dem Antrag des Beschwerdeführers vom 10. Juni 2021 (RB Dr. Strate, S. 285 ff.) zu den am 12. Mai 2021 abgeschlossenen (RB Dr. Strate, S. 277) Selbstleseverfahren aus den Anordnungen vom 19. April und 22. April 2021 (RB Dr. Strate, S. 271 ff.) zugleich ein Widerspruch gegen die Verwertung der so in die Hauptverhandlung eingeführten Daten gesehen werden sollte, war das Landgericht zu einer Bescheidung der zur Verwertbarkeit aufgeworfenen Fragen über die Bescheidung des als Beweisbegehren vorgebrachten Antrags hinaus nicht verpflichtet (vgl. Senat, Beschluss vom 2. März 2022 – 5 StR 457/21 –, Rdnr. 3). Dies gilt auch dann, wenn – wie hier (RB Dr. Strate, S. 316 ff.) – die Bescheidung der gegen die Verwertung der Daten erhobenen Widersprüche beantragt wird.“

das Urteil liegt der Gehörsverstoß - wie dargelegt - darin, dass eine argumentative Auseinandersetzung mit dem Vorbringen der Prozessbeteiligten unterbleiben ist.

Zur von der Verteidigung angeführten Unverwertbarkeit der EncroChat-Daten heißt es in dem Verwerfungsantrag:

„Der Senat hat über den Großteil der hier – durch Bezugnahme auf die in der Hauptverhandlung vorgebrachten Widersprüche (RB Dr. Strate, S. 372) – erhobenen Beanstandungen – Verstoß gegen Art. 6 der Richtlinie 2014/41/EU über die Europäische Ermittlungsanordnung (RB Prof. Sommer, S. 46 ff.; RB Dr. Strate, S. 157, 172 ff.), fehlende Anwendbarkeit der §§ 100a, 100b StPO (RB Prof. Sommer, S. 43, 46) wie des § 100e Abs. 6 StPO (RB Dr. Strate, S. 175, 372), Verstöße gegen den Ordre Public (RB Dr. Strate, S. 176) und das Recht auf ein faires Verfahren (RB Dr. Strate, S. 178, 373), Verstoß gegen Art. 31 der Richtlinie (RB Dr. Strate, S. 180) – bereits mit dem vorbezeichneten Beschluss vom 2. März 2022 entschieden und sie nicht für durchgreifend erachtet (Senat, a. a. O., Rdnr. 24 ff., 32 ff.)

(...)

Soweit der Beschwerdeführer den Vorwurf erhebt, die deutschen Straftatverfolgungsbehörden hätten in unzulässiger Weise „Befugnis-Shopping“ betrieben (RB Dr. Strate, S. 180), lassen sich weder seinem Sachvortrag noch den auf die Sachrüge ergänzend zur Kenntnis genommenen Urteilsgründen Anhaltspunkte dafür entnehmen, dass deutsche Behörden die Datengewinnung im Ausland mit dem Ziel angestoßen oder vorangetrieben hätten, auf diese Weise Kenntnisse zu erlangen, die ihnen nach den Vorschriften der Strafprozessordnung nicht zugänglich gewesen wären.“

Auf den Verwerfungsantrag reagierte der Unterzeichner als Verteidiger des Beschwerdeführers zu 1) mit einer Erwiderung vom 28.06.2022, die sich in der

Anlage 8

findet. Die Erwiderung führte die verfassungsrechtlichen Bedenken gegen die Entscheidung des 5. Strafsenats vom 02.03.2022 (5 StR 457/21), auf die sich der Generalbundesanwalt in seinem Verwerfungsantrag stützte, an. Auch verwies der Verteidiger in der Erwiderung darauf, dass die Verteidigung bei der Dialogverweigerung, die in dem Verschweigen der tatsächlichen und rechtlichen Annahmen des Tatgerichts in Bezug auf die Verwertbarkeit der EncroChat-Daten lagen, leerzulaufen drohe.

Der Generalbundesanwalt beantragte am 26.06.2022 zudem die Verwerfung der Revision des Beschwerdeführers zu 2), die Argumentation deckt sich im Hinblick auf die

verfassungsrechtlich relevanten Rügen mit dem oben zitierten Verwerfungsantrag gegen die Revision des Beschwerdeführers zu 1).

A n l a g e 9.

Auch die Verteidiger des Beschwerdeführers zu 2) reagierten auf den Verwerfungsantrag mit Stellungnahmen, jeweils vom 11.07.2022,

A n l a g e n 10 und 11.

Am 07.12.2022 entschied sodann der 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs:

„Der 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat am 7. Dezember 2022 gemäß § 349 Abs. 2 StPO beschlossen:

Die Revisionen der Angeklagten gegen das Urteil des Landgerichts Bremen vom 27. Juli 2021 werden als unbegründet verworfen, da die Nachprüfung des Urteils auf Grund der Revisionsrechtfertigung keinen Rechtsfehler zum Nachteil des Angeklagten ergeben hat.“

A n l a g e 12.

Diese Entscheidung ging dem Unterzeichner als Verteidiger des Beschwerdeführers zu 1) im Strafverfahren am 16.12.2022 zu, dem weiteren Verteidiger des Beschwerdeführers zu 1), Prof. Sommer, am 15.12.2022. Der Zugang bei den Beschwerdeführern selbst erfolgte später.

Den Verteidigern des Beschwerdeführers zu 2) ging die Entscheidung des Bundesgerichtshofs jeweils am 15.12.2022 (RA Meyer) und am 21.12.2022 (RA Rotter) zu. Der Zugang bei den Beschwerdeführern selbst erfolgte später.

IV. Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde

Die Verfassungsbeschwerde ist zulässig.

1.

Die Beschwerdeführer machen i.S.d. § 90 Abs. 1 BVerfGG geltend, durch die öffentliche Gewalt – hier die angefochtenen Entscheidungen des Bundesgerichtshofs (Beschluss vom 07.12.2022, Az. 5 StR 122/22) und des Landgerichts Bremen (Urteil vom 27.07.2021, Az. 9 KLS 321 Js 17094/20) in ihren Grundrechten aus Art. 103 Abs. 1, Art. 101 Abs. 1 S. 2, Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG, Art. 7, Art. 8 GRCh und Art. 8 EMRK verletzt zu sein.

Der Verfassungsbeschwerde liegt zugrunde, dass der Senat des Bundesgerichtshofs bei seiner Entscheidung über die Verwerfung der Revision und auch das Landgericht in der ersten Instanz die Sache nicht mangels klarer oder geklärter Rechtslage im europäischen Rechtshilfeverkehr dem Gerichtshof der Europäischen Union als Richter vorgelegt haben. Außerdem begründet sich die Verfassungsbeschwerde damit, dass der Bundesgerichtshof bei der Überprüfung des erstinstanzlichen Urteils des Landgerichts Bremen das Allgemeine Persönlichkeitsrecht der Beschwerdeführer aus dem Grundgesetz sowie ihr Grundrecht auf Achtung des Privatlebens und der Kommunikation und ihr Grundrecht auf Schutz der personenbezogenen Daten aus der EU-Grundrechtecharta und der EMRK verletzt hat.

2.

Der Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde steht nicht entgegen, dass die angegriffene Entscheidung des Bundesgerichtshofs im Kontext der Vollstreckung einer Europäischen Ermittlungsanordnung ergangen ist und insofern ggf. als unionsrechtlich determiniert angesehen werden kann. Denn mit der vorliegenden Beschwerde wird nicht die Verletzung von Grundrechten des Grundgesetzes durch sekundäres Unionsrecht gerügt. Vielmehr ist Gegenstand der Verfassungsbeschwerde die Kontrolle einer Entscheidung eines deutschen Fachgerichtes daraufhin, ob es bei der ihm obliegenden Anwendung des Unionsrechts den hierbei zu beachtenden Anforderungen der Grundrechtecharta Genüge getan hat. Da die Übermittlung von Daten innerhalb der Union auf Grundlage der RL-EEA vollständig unionsrechtlich determiniert ist, steht dem Bundesverfassungsgericht die Prüfung der Einhaltung der Grundrechte aus der Grundrechtecharta offen.³

³ 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.

Im Hinblick auf die Rüge der Verletzung des Rechts auf den gesetzlichen Richter aus Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG wegen einer Verletzung der Vorlagepflicht aus Art. 267 AEUV ist die Verfassungsbeschwerde unproblematisch zulässig.⁴ Das Gleiche gilt für die Verletzung der Gewährleistung rechtlichen Gehörs aus Art. 103 Abs. 1 GG.

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. Die Beschwerdeführer haben in den fachgerichtlichen Verfahren das Verwertungsverbot u.a. wegen der Schwere des Eingriffs in seine Grundrechte (Beschwerdeführer zu 1: Anlage 2, S. 156 f., S. 175 ff., S. 263 ff., S. 372) und der Unionsrechtswidrigkeit der gegen ihn ergangenen Ermittlungsmaßnahmen und des Beweistransfers (Beschwerdeführer zu 1: Anlage 2, S. 172 ff., S. 327 ff. S. 374 f.), ohne Erfolg gerügt. Dabei war ihr Vorbringen im Laufe des Revisionsverfahrens auch explizit verfassungsrechtlich ausgestaltet. Auch im erstinstanzlichen Verfahren haben sich beide Beschwerdeführer auf eine Verletzung ihrer Grund- und Menschenrechte und die Eingriffsintensität der ermittelungsbehördlichen Maßnahmen berufen. Auch die Verletzung des rechtlichen Gehörs wurde sowohl im erstinstanzlichen als auch im Revisionsverfahren thematisiert.

Dass die Beschwerdeführer eine Vorlage gem. Art. 267 AEUV in der ersten und zweiten Instanz nicht ausdrücklich beantragt haben, steht der Wahrung der materiellen Subsidiarität nicht entgegen. Es reicht dahingehend aus, dass sie die Tatsachen vorgetragen hat, die eine Vorlage der Fachgerichte an den EuGH als gesetzlichen Richter naheliegend erscheinen ließ.⁵

⁴ Vgl. nur BVerfG, Stattgebender Kammerbeschluss vom 04.03.2021 – 2 BvR 1161/19 –, juris, Rn. 42.

⁵ BVerfGE 147, 364, 378; *Hellmann* in Barczak, BVerfGG Mitarbeiterkommentar, 2018, § 90 Rn. 396.

4.

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

Bei der Problematik, inwieweit die Schutzgehalte der Grundrechte aus dem Grundgesetz und der Grundrechtecharta (Art. 7 und Art. 8 GRCh) sowie der EMRK die Beweiserlangung und -übermittlung auf Grundlage einer Europäischen Ermittlungsanordnung oder des spontanen Informationsaustauschs bestimmen und welche Mindestanforderungen für die Verwertbarkeit einzuhalten sind, handelt es sich um eine klärungsbedürftige verfassungsrechtliche Frage. Es gibt bis jetzt keine verfassungsgerichtliche Rechtsprechung zu den aufgeworfenen Problemen. Das Gleiche gilt für die Frage, wann bei der Anwendung und Auslegung der RL-EEA im Zusammenhang mit einer konkreten Ermittlungsanordnung, die das Recht auf den Schutz der Privatsphäre und das Datenschutzgrundrecht der Betroffenen berührt, ein Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 AEUV einzuleiten und somit der EuGH als gesetzlicher Richter i.S.d. Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG anzurufen ist. Ebenfalls ungeklärt ist, wie bei dem Zusammenspiel von polizeilichem und justiziellen Informationsaustausch unter Ausnutzung der verschiedenen Regelungsinstrumente und Rechtsordnungen – wie es im Fall der Beschwerdeführer geschehen ist – die Grundrechte der betroffenen Personen zu wahren sind.

An der Beantwortung der Fragestellungen besteht ein über den Einzelfall hinausgehendes Interesse. Dies ergibt sich aus der großen Anzahl an Personen, die von der konkreten Ermittlungsanordnung betroffen ist und der Anzahl an strafrechtlichen Ermittlungs- und Hauptverfahren, die unter Verwendung der über die Ermittlungsanordnung erlangten Beweise eingeleitet wurden.⁶ Es liegt zudem nahe, dass in Zukunft seitens der Ermittlungsbehörden in ähnlicher Art und Weise vorgegangen werden wird, sodass auch für zukünftige Verfahren eine verfassungsgerichtliche Klärung erforderlich ist.

⁶ Pressemitteilung des BKA vom 06.07.2021, „Bundesweite Ermittlungen nach der Auswertung von Encrochat-Daten erfolgreich“, abrufbar unter: https://www.bka.de/DE/Presse/Listenseite_Pressemitteilungen/2021/Presse2021/210706_pmEncroChat.html (zuletzt abgerufen am 05.02.2022); KG Berlin, Beschluss vom 30.08.2021 – 2 Ws 79/21 –, juris, Rn. 27 (zur Zahl der betroffenen Personen).

V. Begründetheit der Verfassungsbeschwerde

Die Verfassungsbeschwerde ist begründet. Der angefochtene Beschluss des Bundesgerichtshofs verletzt die Beschwerdeführer in ihren Grundrechten aus Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG, Art. 103 Abs. 1 GG, Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG, aus Art. 7 und 8 GRCh sowie aus Art. 8 EMRK.

1. Verletzung von Art. 103 Abs. 1 GG

Im Hinblick auf die Verletzung des Rechts auf rechtliches Gehör gem. Art. 103 Abs. 1 GG wird auf die Ausführungen der Verteidigung in der Revisionsbegründung (Anlage 2) auf den S. 376 ff. verwiesen. Diese legen eindrücklich dar, dass das Landgericht das Recht auf rechtliches Gehör dadurch verletzt hat, dass es sich zu der Frage eines Beweisverwertungsverbots in Bezug auf die EncroChat-Daten nicht verhalten hat. Der angegriffene Beschluss des Bundesgerichtshof ist nicht geeignet, die Bedenken im Hinblick auf eine Verletzung des rechtlichen Gehörs auszuräumen, sondern führt die Verletzung des Justizgrundrechts der Beschwerdeführer fort. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der ausführlicheren Entscheidung des 5. Strafsenats vom 02.03.2022, 5 StR 457/21, juris, der eine ähnliche Verfahrenskonstellation zugrunde lag und auf die der Bundesgeneralanwalt in seinem Verwerfungsantrag verweist. Der Bundesgerichtshof erklärt darin unter Verweis auf ein Urteil des 2. Strafsenats aus dem Jahr 2019 (2 StR 131/18), es sei keine Gehörsverletzung darin zu erblicken, dass sich das Landgericht in den Urteilsgründen nach § 267 StPO nicht zu solchen Verfahrensfragen wie der eines Beweisverwertungsverbots äußern müsse.

In dem von dem 5. Strafsenat zitierten Urteil des 2. Strafsenats des Bundesgerichtshofs aus dem Jahr 2019 heißt es zu der Frage der ausdrücklichen Bescheidung eines geltend gemachten Verwertungsverbots:

„Das Tatgericht ist nicht verpflichtet, den für ein Verwertungsverbot relevanten Verfahrensstoff ganz oder teilweise im Urteil festzustellen.“⁷

⁷ BGH, Urteil vom 08. August 2018 – 2 StR 131/18 –, juris, Rn 18.

Es ist zu berücksichtigen, dass es in dem zitierten Urteil um ein Beweisverwertungsverbot ging, dass das erstinstanzliche Gericht wegen einer willkürlich ergangenen Beschlagnahme- und Durchsuchungsanordnung angenommen hatte. Ein Widerspruch des Angeschuldigten gegen die Beweisverwertung spielte soweit ersichtlich keine Rolle für das Gericht. Somit ist der Fall nicht mit dem vorliegenden zu vergleichen, in dem die Angeschuldigten, denen das Recht auf rechtliches Gehör zusteht, der Verwertung von Beweisen ausdrücklich und mit nachvollziehbaren Gründen widersprochen hat. Es mag in Fällen, in denen sich der Angeschuldigte zu einem Beweisverwertungsverbot nicht selbst äußert, sein, dass das Gericht nicht dazu angehalten ist, die Gründe für die Annahme (oder Nichtannahme) eines Beweisverwertungsverbots in seine Urteilsgründe aufzunehmen.

Das kann aber nicht in dem Fall gelten, in dem die Angeschuldigten die Gründe, aus denen sie eine Beweisverwertung als verboten ansehen, dezidiert darlegen. Denn in diesen Fällen kommt ihnen das in Art. 103 Abs. 1 GG verbürgte Recht zu, dass das Fachgericht sein Vorbringen zur Kenntnis nimmt und es ausdrücklich würdigt. Dies gilt insbesondere im Fall der Entscheidungserheblichkeit der aufgeworfenen Verfahrensfrage.

Das Landgericht hat sich hier, wie schon die Revisionsbegründung aufführt, zu der Frage der Verwertbarkeit der EncroChat-Daten weder während der Hauptverhandlung noch in den Urteilsgründen verhalten. Wie schon erwähnt, kann der Hinweis in dem Beschluss der Kammer vom 28.05.2021 zur Aufrechterhaltung des Haftbefehls gegen den Angeklagten Richter (s.o.), nicht als Auseinandersetzung mit den von der Verteidigung vorgebrachten Einwänden gesehen werden. Es handelte sich um einen Haftbeschluss, sodass schon andere Prüfungsmaßstäbe als im Rahmen einer Verurteilung anzulegen waren. Außerdem erfolgte darin keinerlei inhaltliche Auseinandersetzung mit den Argumenten der Verteidigung, die das Gericht ausdrücklich der Schlussberatung vorbehalten wollte. Der Beschluss stellt keine Gewährung rechtlichen Gehörs dar. Damit liegt eine Verletzung des rechtlichen Gehörs der Beschwerdeführer vor.

2. Verletzung von Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG

Bei Zweifelsfragen über die Anwendung und Auslegung von Unionsgrundrecht haben die Fachgerichte diese zunächst dem EuGH vorzulegen. Dieser ist gesetzlicher Richter im Sinne des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG. Kommt ein deutsches Gericht seiner Vorlagepflicht nicht nach, so stellt das demnach eine Verletzung des grundrechtsgleichen Rechts aus Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG dar.⁸

⁸ 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.

Im Fall der Beschwerdeführer bestanden für das Landgericht Bremen 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.⁹ Die Auslegung und Anwendung der Zuständigkeitsregel des Art. 267 AEUV (nämlich dessen Nichtanwendung) erscheint vorliegend nicht mehr verständlich und ist offensichtlich unhaltbar, sodass die Verletzung von Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG durch das Bundesverfassungsgericht festzustellen ist.

a)

Im Fall der Beschwerdeführer sind **Fragen des Unionsrechts** i.S.d. Art. 267 Abs. 1 b) AEUV nach der Auslegung und Anwendung rechtshilferechtlicher Bestimmungen im Zusammenhang mit den in Frankreich durchgeführten Ermittlungen bezüglich EncroChat entscheidungserheblich.

Die Rechtshilfe zwischen Frankreich und Deutschland bestimmt sich ausschließlich nach Unionsrechtsakten, und zwar der RL-EEA für die Erhebung oder den Transfer von Beweismitteln und dem RB-Informationsaustausch¹⁰ bzw. dem EU-Rechtshilfeübereinkommen¹¹ für die spontane Übermittlung von Informationen ohne Ersuchen zwischen den Strafverfolgungsbehörden.¹²

Ob ein Verstoß gegen rechtshilferechtliche Bestimmungen vorliegt, bestimmt sich demnach ausschließlich nach europäischen Rechtsakten, bzw. ihrer unionsrechtlich determinierten Umsetzungen im deutschen Recht (§§ 91 a ff. IRG und § 92 b IRG). Sollten sich bei der Prüfung dieser rechtshilferechtlichen Bestimmungen Fragen über ihre Auslegung ergeben und sollten diese entscheidungserheblich sein, so besteht demnach eine Vorlagepflicht nach Art. 267 Abs. 3 AEUV.

⁹ EuGH, Urteil vom 06.10.1982 – 283/81 –, juris, Rn. 21; BVerfG, Beschluss vom 25.01.2011 – I BvR 1741/09 –, BVerfGE 128, 157-193, juris, Rn. 102.

¹⁰ Rahmenbeschluss 2006/960/JI des Rates vom 18.12.2006 über die Vereinfachung des Austauschs von Informationen und Erkenntnissen zwischen den Strafverfolgungsbehörden der Mitgliedsstaaten der Europäischen Union.

¹¹ Übereinkommen - gemäß Artikel 34 des Vertrags über die Europäische Union vom Rat erstellt - Rechtshilfe in Strafsachen zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union vom 29. Mai 2000.

¹² Kubiciel in Ambos/König/Rackow, Rechtshilferecht in Strafsachen, 2. Aufl. 2020, EU-RhÜbk. Art. 7, Rn. 288.

Diese Voraussetzungen liegen im Fall der Beschwerdeführer vor. Folgende Fragen in Bezug auf die Anwendung und Auslegung des unionsrechtlichen Rechtshilferechts drängen sich auf und wären dem Europäischen Gerichtshof zur Klärung vorzulegen gewesen, ohne dass die Aufzählung Anspruch auf Vollständigkeit im Hinblick auf die unionsrechtlich zu klärenden Unsicherheiten erhebt:

aa)

Der Ermittlungsverlauf und der Beweismitteltransfer im vorliegenden Verfahren zeigt Regelungslücken in dem Zusammenspiel von unionsrechtlichen Regelungen über den polizeilichen und den justiziellen Informationstransfer auf. Das Vorgehen der Ermittlungsbehörden im vorliegenden Fall wirft Fragen nach der Zulässigkeit der Verwertung von im Rahmen der polizeilichen Rechtshilfe erlangten Daten im Strafprozess auf. Diese Fragen ergeben sich vor allem daraus, dass für den sog. „spontanen Datenaustausch“ zwischen mitgliedstaatlichen Polizeibehörden wenige Anforderungen vorgesehen sind, für die Erlangung von Daten im Rahmen einer EEA mit dem Ziel der Verwertung in Gerichtsprozessen aber schon. Der Fall EncroChat hat gezeigt, dass bei einer „spontanen Datenübermittlung“ unter den Polizeibehörden (hier wohl von Europol an das BKA¹³) und einer anschließenden Transfer-/ Genehmigungsanordnung mittels einer EEA (hier der Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt am Main an die französische Justiz) die Prüfungsschritte, die die RL-EEA vorsieht, nicht eingehalten werden.

Es stellt sich dabei die Frage, ob die im Wege des spontanen Datenaustauschs übermittelten Informationen durch eine EEA „legitimiert“ werden dürfen und welche Voraussetzungen dafür erfüllt sein müssen. Dies gilt insbesondere für den vorliegenden Fall, in dem an der Spontaneität der Datenübermittlung ernsthafte Zweifel bestehen. Diese gründen sich darauf, dass es (inzwischen) Erkenntnisse darüber gibt, dass die deutschen Behörden schon im Vorfeld über die Ermittlungsmaßnahmen in Frankreich informiert waren und **ihr Einverständnis mit der Erhebung und Übermittlung der Daten gaben**, mit dem Ziel, sie später verwerten zu können.

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

¹³ So nimmt es der Bundesgerichtshof im Beschluss vom 02.03.2022, 5 StR 457/21, juris Rn. 21, an.

„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 unbekannten Nutzer des EncroChat-Dienstes wegen des Verdachts des bandenmäßigen Handeltreibens 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 € scheide eine legale Nutzung aus; dies werde durch die in früheren Strafverfahren festgestellte Nutzung von insgesamt ca. 300 EncroChat-Geräten bei der Begehung von Straftaten bestätigt.

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

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

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

In der Zeit vom 3. April 2020 bis zum 28. Juni 2020 rief das BKA die täglich auf dem Europol-Server bereitgestellten Daten der in Deutschland genutzten Endgeräte ab. Nachdem die Datenauswertung einen konkreten Tatverdacht gegen einige Nutzer ergeben hatte, ersuchte das BKA die französische Staatsanwaltschaft mit Schreiben vom 13. Mai 2020 um die Genehmigung, noch während der laufenden Maßnahme einzelne

Beschlüsse zur Identifizierung beim Ermittlungsrichter beantragen zu dürfen; es werde versucht werden, die Beschlüsse ohne jeglichen Hinweis auf den Gegenstand des französischen Verfahrens und die Art der Maßnahme zu erlangen, und im Fall einer Verfahrensabtrennung werde die Akte in dem neuen Ermittlungsverfahren gegen den einzelnen Nutzer mit einem richterlichen Beschluss beginnen, der keinen Rückschluss auf das französische Ermittlungsverfahren ermögliche. Nach Erteilung der erbetenen Genehmigung erwirkte die GStA Frankfurt sodann einzelne richterliche Beschlüsse für die Erhebung von Standortdaten und andere Ermittlungsmaßnahmen.

Am 2. Juni 2020 ersuchte die Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt am Main im Rahmen des UJs-Verfahrens die französischen Behörden mittels EEA um die Genehmigung, die EncroChat-Daten unbeschränkt in Strafverfahren verwenden zu können. Zur Begründung wurde ausgeführt, das BKA sei über Europol informiert worden, dass in Deutschland eine Vielzahl schwerster Straftaten (insbesondere Einfuhr und Handel-treiben 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. “

Das Landgericht Bremen hat sich in dem Urteil nicht mit der Frage der Vorabinformation der deutschen Behörden über die Ermittlungen in Frankreich beschäftigt. In dem auch oben angeführten Beschluss vom 17.06.2021, mit dem die Zeugenladung der Cathrin Aul abgelehnt wird, gibt das Landgericht Bremen allerdings seine rechtliche Einschätzung zur Frage der Vorbeschäftigung der deutschen Behörden mit den EncroChat-Ermittlungen an (Anlage 2, S. 296):

„Inwiefern die deutschen Behörden und die Zeugin Aul Kenntnis von den Ermittlungsmaßnahmen in einem anderen Mitgliedsstaat hatten, kann dahinstehen, da zumindest die bloße Kenntnis deutscher Ermittlungsbehörden von im Ausland geführten Ermittlungsmaßnahmen noch kein sogenanntes forum-shopping darstellt. “

Anders als das Landgericht Bremen kommt das Landgericht Berlin in dem oben zitierten Beschluss angesichts der Vorabbeurteilung der deutschen Behörden zu folgendem richtigen Ergebnis: Die Ermittlungen in Frankreich stellen sich vor dem Hintergrund der Vorabsprachen als eine Geschäftsführung (auch) für die deutschen Behörden dar, denn die französischen Behörden haben in der Eurojust-Konferenz am 09.03.2020 und in der nachfolgenden Kommunikation über SIENA angeboten, die Ermittlungen für die an den Daten interessierten Staaten zu führen. In dem die deutschen Behörden deutlich machten, dass sie die Daten erhalten wollten, stimmten sie den Ermittlungen in Frankreich zu und beteiligten sich so selbst an der Maßnahme.¹⁴ Dass dennoch zunächst keine Europäische Ermittlungsanordnung erfolgte und die deutschen Behörden die französischen auch nicht auf deren Unterrichtungspflicht nach Art. 31 RL-EEA hinwiesen, legt eine absichtliche Umgehung der Vorschriften der RL-EEA und der nationalen Anordnungsvoraussetzungen nahe.¹⁵

Noch deutlicher wird dies anhand der Tatsache, dass die Europäische Ermittlungsanordnung, als sie dann (endlich) am 02.06.2020 erging, lediglich auf die Übermittlung und justizielle Verwendung schon vorhandener Daten gerichtet war, dabei dauerten die Ermittlungen auch darüber hinaus noch bis Ende Juni 2020 an. Die EEA hätte daher richtigerweise die Maßnahme selbst anordnen müssen. Darauf hat auch der Beschwerdeführer sowohl im erstinstanzlichen Verfahren vor dem LG Bremen als auch in der Revisionsbegründung hingewiesen (s.o.).

Das Vorgehen der Ermittlungsbehörden legte zumindest die Einleitung eines Vorabentscheidungsverfahrens an den EuGH bezüglich der Anwendung von Vorschriften der RL-EEA auf den „spontanen“ Datenaustausch in Fällen wie diesen nahe. Es ist nicht nachvollziehbar, warum sich das Landgericht Bremen, bestätigt vom Bundesgerichtshof, mit dieser Problematik nicht auseinandergesetzt hat, denn die angegriffenen Entscheidungen verhalten sich dazu nicht. Insbesondere vor dem Hintergrund, dass die Verteidigung dem Landgericht Bremen die Vorabbeurteilung der deutschen Behörden bezüglich der EncroChat-Daten vortrug, hätte dieses ein Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH einleiten müssen.

bb)

Es zeigen sich auch abgesehen von der oben dargelegten mutmaßlichen Umgehung der Rechtshilfenvorschriften Auslegungsprobleme bei der Anwendung der RL-EEA im Zusammenhang mit solchen EEA, die nicht auf die Anordnung von Ermittlungsmaßnahmen im Ausland, sondern auf die Übersendung / Verwendungsgenehmigung von schon im Ausland für eigene Verfahren erhobene TKÜ-Daten ausgerichtet sind (Art. 1 Abs. 1, Satz 2 RL-EEA). Zwar beschäftigt sich der Bundesgerichtshof in dem angegriffenen Beschluss vom 07.12.2022 nicht mit dieser Frage. Der Generalbundesanwalt verweist in seinem Verwerfungsantrag aber auf den Beschluss des 5. Strafsenats des Bundesgerichtshofs vom 02.03.2022 (Az. 5 StR 457/21, NJW

¹⁴ Vgl. LG Berlin, (525 KLS) 279 Js 30/20 (8/22), 19.10.2022, HRRS 2022 Nr. 1047, Rn. 18.

¹⁵ So schon: *Sommer*, StV Spezial, 2021, 69; *Wahl*, ZIS 7-8/2021, 459, 461; eine absichtliche Umgehung lediglich andeutend: LG Berlin, (525 KLS) 279 Js 30/20 (8/22), 19.10.2022, HRRS 2022 Nr. 1047, Rn.86.

2022, 1539).¹⁶ Dieser Beschluss setzt sich mit einigen Fragen im Zusammenhang mit der Verwertbarkeit der EncroChat-Daten auseinander und bejaht diese im Ergebnis. In der Literatur ist der Beschluss weitestgehend auf Ablehnung gestoßen.¹⁷

Nach der Ansicht des 5. Strafsenats, die er in der Entscheidung vom 02.03.2021 noch erläutert und in dem mit dieser Verfassungsbeschwerde angegriffenen Beschluss schlicht durch das Ergebnis deutlich macht, war die hier ergangene EEA nur auf den Transfer von im Ausland schon vorhandenen Beweismitteln ausgerichtet (BGH, Beschl. v. 02.03.2022, 5 StR 457/21, juris, Rn. 50). Daraus schließt der Strafsenat, dass Art. 6 Abs. 1 b) RL-EEA auf die vorliegende EEA nicht anwendbar sei. Er beschäftigt sich allerdings nicht mit der naheliegenden Frage, ob diese Vorschrift – oder sonstige Vorgaben der RL-EEA – auf den Fall der Beweistransfer-EEA analog anzuwenden wären.¹⁸ Unbeantwortet bleibt, ob Art. 6 Abs. 1 b) RL-EEA tatsächlich nur für Maßnahmen, die *ausdrücklich* in der EEA angegeben sind oder auch für solche Maßnahmen, die schon erfolgt sind oder noch andauern und deren Ergebnisse über den spontanen Datenaustausch übermittelt wurden, weswegen keine Kontrolle erfolgen konnte, anzuwenden ist.

Der Bundesgerichtshof zieht eine analoge Anwendung nicht in Betracht. Der zugrundeliegende Gedanke scheint dabei zu sein, dass die deutschen Behörden die rechtswidrige Erhebung der Daten schließlich nicht veranlasst, sondern sich dieser nur bedient hätten. Inzwischen hat sich herausgestellt, dass eine Einflussnahme auch deutscher Polizeibehörden auf die Ermittlungen im Ausland nicht ausgeschlossen ist. Das Landgericht Berlin hat in dem oben zitierten Beschluss¹⁹ die Siena-Nachricht 07.03.2020 an das BKA angesprochen, in der dieses gebeten wurde, zu bestätigen, dass es über die Methoden (bezüglich der EncroChat-Ermittlungen) informiert sei und zuzusichern, die Daten zunächst nicht vor Gericht zu verwenden. Eine Ablichtung dieser SIENA-Nachricht findet sich in

Anlage 13.

¹⁶ Gegen BGH, Beschl. 02.03.2022, 5 StR 457/21, hat der dortige Verurteilte, vertreten durch den Unterzeichner, ebenfalls Verfassungsbeschwerde erhoben. Eine Entscheidung in der Sache steht noch aus. Die hiesigen Ausführungen zur Begründetheit decken sich teilweise mit jener Verfassungsbeschwerde, da jeweils derselbe Sachverhalt, das Abfangen und die Übermittlung der EncroChat-Daten zugrunde liegt.

¹⁷ BGH, 5 StR 457/21 StV 2022, 353 mit krit. Anm. Brodowski; kritisch ebenfalls: Cornelius NJW 2022, 1546 f.; Rückert NStZ 2022, 446 f.; Ruppert NZWiSt 2022, 221; Zeyher NZWiSt 2022, 248; Sommerer/Rehberger RD 2022, 304, 306 f.; Hernandez Weiss ZfStW 2022, 427; Neuhöfer/Bierlich, Anm. zu BGH 5 StR 457/21, jurisPR-Compl. 3/2022; kritisch mit Hinweis auf Vorabentscheidungsverfahren gem. Art. 267 AEUV Oehmichen, Anm. zu BGH 5 StR 457/21, jurisPR-StrafR 11/2022; kritisch im Hinblick auf die Benachteiligung des Betroffenen bei grenzüberschreitenden Ermittlungen unter dem aktuellen europäischen Rechtsrahmen: Petersen, StV 2022, 679, 686.

¹⁸ Dieses Problem aufwerfend auch Wahl ZIS 7-8/2021, S. 460, mit dem Hinweis, dass die Friktionen zwischen der Transfer-EEA und der Anordnungs-EEA zu einem nicht gerechtfertigten Umgehungspotential führen.

¹⁹ LG Berlin, Beschl. v. 19.10.2022, (525 KLs) 279 Js 20/22 (8/22), HRRS 2022 Nr. 104.

Aus diesen Erkenntnissen ergibt sich, dass die deutschen Behörden über die Maßnahmen informiert waren und ihr Einverständnis mit den Ermittlungen gaben, ohne dabei jedoch die grundsätzlich im europäischen und im deutschen Recht vorgesehene (richterliche) Überprüfung der Maßnahmen vorzunehmen, bzw. einzuleiten.

Im vorliegenden Fall spricht aber auch die Intensität der ergriffenen Ermittlungsmaßnahme und die Tatsache, dass der ersuchende Staat (Deutschland) die Ermittlungsergebnisse über einen Zeitraum von zwei Monaten hinweg unhinterfragt – in täglich neuen Lieferungen – empfangen und ausgewertet hat, dafür, Art. 6 Abs. 1 b) RL-EEA analog anzuwenden und somit zu prüfen, ob die Ermittlungsmaßnahme nach dem Recht des ersuchenden Staats zulässig gewesen wäre.

Die Frage, ob Art. 6 Abs. 1 b) RL-EEA auf Ermittlungsanordnungen, die ausgerichtet sind auf den Transfer von Ergebnissen eingriffsintensiver Ermittlungsmaßnahmen, für die die Mitgliedstaaten unterschiedliche Anordnungsvoraussetzungen vorsehen, analog anzuwenden ist, ist eine Frage des Unionsrechts im Sinne des Art. 267 AEUV.

cc)

Die Vorlagepflicht des Bundesgerichtshofs (und vorher des Landgerichts Bremen) gem. Art. 267 AEUV ergab sich auch daraus, dass die verfahrensgegenständliche EEA gerade nicht lediglich auf den Transfer schon vorhandener Beweismittel gerichtet war. Bei dieser Einordnung ignorieren die Gerichte, dass die Ermittlungsmaßnahmen noch andauerten und Daten generierten, als die EEA der Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt am Main am 02.06.2020 erging.²⁰

Zwar war die EEA dem Wortlaut nach lediglich auf die Übermittlung und Nutzungsgenehmigung von Daten gerichtet. Diese Anfrage unterscheidet sich jedoch essenziell von vergleichbaren Auskunfts- und Herausgabeverlangen nach § 161 StPO: Der beantragenden Staatsanwaltschaft war geläufig, dass noch im Zeitpunkt der Anordnung die Überwachungsmaßnahmen hinsichtlich des Servers in Roubaix/Frankreich in Kooperation mit den deutschen Behörden andauerten. Inhaltlich zielte damit die Anordnung darauf hin, diese Maßnahmen fortzusetzen und die hierbei sowohl aus der Vergangenheit als auch in der Zukunft gewonnenen Daten der deutschen Justiz zu übermitteln.

Wie der Beschwerdeführer auch im Revisionsverfahren in der Revisionsbegründung vom 17.12.2021 vorgebracht hat (Anlage 2, S. 374), wurde mit der staatsanwaltschaftlichen Verfügung vom 02.06.2020 inhaltlich der Regelungsbereich der Europäischen Ermittlungsanordnung überschritten. Als konkrete Ermittlungsmaßnahmen sieht die Richtlinie sowohl eine Telefonüberwachung (Art. 30) als auch verdeckte Ermittlungen (Art. 29) vor, nicht jedoch die hier

²⁰ Vgl. BGH, Beschluss vom 2. März 2022 – 5 StR 457/21 –, juris Rn. 23, wonach die Ermittlungsmaßnahme gegen die Nutzer von EncroChat bis zum 30.06.2020 andauerte.

praktizierte (wohl) Online-Durchsuchung eines Kommunikationsservers, erst recht nicht die Installation einer Manipulationssoftware auf den Telefonen von mind. 30.000 europäischen Bürgern. Anzumerken ist dabei, dass die ergriffenen Maßnahmen nicht der Online-Durchsuchung i.S.d. StPO entsprachen, sondern von weitreichenderer Natur waren.²¹

Mittels der EEA vom 02.06.2020 haben sich die deutschen Behörden Ergebnisse von Ermittlungsmaßnahmen verschafft, die niemals Gegenstand einer solchen Ermittlungsanordnung sein durften.

Es geht hierbei in erster Linie nicht um die Frage (die z.B. das Hanseatische Oberlandesgericht Hamburg in seinem Beschluss vom 29.01.2021²² zu vielen richtigen, aber das Thema verfehlenden Bemerkungen veranlasst hat), welches Recht beim „grenzüberschreitenden Informationsaustausch“ maßgeblich sei. Natürlich ist das im klassischen Rechtshilfeverkehr immer das Recht des ersuchenden Staates.²³ Es geht hier aber vorrangig nicht um die Handhabung des Rechtshilfeverkehrs nach herkömmlichen Grundsätzen des Völkerrechts und ebenso nicht um die Frage der (in Frankreich) „vor Ort geltenden Regeln.“²⁴ Bei der korrekten Anwendung der RL-EEA geht es um die Anwendung von Unionsrecht, und zwar sowohl auf deutscher als auch französischer Seite. Die Richtlinie 2014/41/EU ist eine Richtlinie des **Europäischen Parlaments** und des Rates, im Parlament beschlossen am 03.04.2014, und zwar, wie es im Einleitungstext der Richtlinie heißt: „gemäß dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren“. Alle EU-Staaten haben – bis auf Irland und Dänemark – diese Richtlinie innerhalb einer in darin vorgesehenen Drei-Jahres-Frist in nationales Recht umgesetzt, so auch Frankreich und Deutschland.

Hierbei ist zu berücksichtigen, dass mit der EEA (und der ihr zugrunde liegenden Richtlinie) „eine einheitliche Regelung für die Erlangung von Beweismitteln“ (Ziff. 24 der Erwägungsgründe) geschaffen werden sollte. Im Hinblick auf ältere, im Rahmen des Europarats zustande gekommene Rechtshilfeabkommen wird betont, „dass im Verhältnis zwischen den an diese Richtlinie gebundenen Mitgliedstaaten diese den genannten Übereinkünften vorgeht“ (Ziff. 35 der Erwägungsgründe).

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

²¹ *Derin/Singelstein*, Verwendung und Verwertung von Daten aus massenhaften Eingriffen in informationstechnische Systeme aus dem Ausland (Encrochat), NStZ 2021, 449 (453).

²² HansOLG Hamburg, Beschluss vom 29.01.2021 – 1 Ws 2/21 –, juris.

²³ Bundesgerichtshof, Beschluss vom 21.11.2012 – 1 StR 310/12 –, BGHSt 58, 32-50, juris, Rn. 36.

²⁴ HansOLG Hamburg, Beschluss vom 29.01.2021 – 1 Ws 2/21 –, juris, Rn. 76.

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

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

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

252) *Hierzu ist insbesondere darauf hinzuweisen, dass ein nationales Gericht, das im Rahmen seiner Zuständigkeit die Bestimmungen des Unionsrechts anzuwenden hat und eine nationale Regelung nicht im Einklang mit den Anforderungen des Unionsrechts auslegen kann, nach dem Grundsatz des Vorrangs verpflichtet ist, für die volle Wirksamkeit der Anforderungen des Unionsrechts in dem bei ihm anhängigen Rechtsstreit Sorge zu tragen, indem es erforderlichenfalls jede – auch spätere – nationale Regelung oder Praxis, die einer Bestimmung des Unionsrechts mit unmittelbarer Wirkung entgegensteht, unangewendet lässt, ohne dass es die vorherige Beseitigung*

dieser nationalen Regelung oder Praxis auf gesetzgeberischem Weg oder durch irgendein anderes verfassungsrechtliches Verfahren beantragen oder abwarten müsste (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 18. Mai 2021, Asociația „Forumul Judecătorilor din România“ u. a., C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-355/19 und C-397/19, EU:C:2021:393, Rn. 247 und 248 sowie vom 23. November 2021, IS [Rechtswidrigkeit des Vorlagebeschlusses], C-564/19, EU:C:2021:949, Rn. 80).

Aus den oben dargelegten Überlegungen folgt, dass für die Frage, ob ein Verstoß gegen Rechtshilferecht vorlag, der EuGH gem. Art. 267 Abs. 3 AEUV zur Vorabentscheidung anzurufen war. Dabei ist vor allem entscheidend, wie die RL-EEA (auch im Lichte der Grundrechte der Grundrechtecharta) auszulegen und anzuwenden ist. Bei der korrekten Anwendung der Richtlinie, die hier als Grundlage für den Datentransfer und die Datenerhebung dienen sollte, geht es um die Auslegung von Sekundärrecht und zugleich um den Inhalt und die Reichweite der in der Charta niedergelegten Grundrechte. An letztere sind die Mitgliedstaaten bei der Durchführung des Unionsrechts gem. Art. 51 GRCh gebunden und diesbezügliche Fragen sind dem EuGH vorzulegen.²⁵

Der Bundesgerichtshof befasst sich in dem hier angegriffenen Beschluss vom 07.12.2022 (5 StR 122/22) nicht mit der Frage, ob die Maßnahmen von der RL-EEA erfasst waren. In Rn. 48 des von der Bundesgeneralanwaltschaft herangezogenen Beschlusses (BGH, Beschl. v. 02.03.2022, 5 StR 475/21, juris) stellt der 5. Strafsenat allerdings fest, dass die RL-EEA die Ermittlungsmaßnahmen nicht abschließend erfasse. Dazu verweist er auf den Erwägungsgrund Nr. 8 und Art. 3 der RL-EEA, sowie auf *Ronsfeld*, Rechtshilfe, Anerkennung, Vertrauen – die Europäische Ermittlungsanordnung, 2015, S. 134. Diese Quellen erweisen sich allerdings als Beleg für diese Behauptung als unergiebig. Art. 3 RL-EEA legt fest, dass die EEA alle Ermittlungsmaßnahmen erfasse, damit ist nicht gesagt, dass die spezifischen Regelungen in den Art. 22 ff. RL-EEA für die dort aufgeführten Ermittlungsmaßnahmen nicht abschließend sein sollen. Das Gleiche gilt für den Erwägungsgrund Nr. 8, auch dort wird lediglich festgestellt, dass die EEA für alle Ermittlungsmaßnahmen gelten soll, die der Beweiserhebung dienen.

In dem vom 5. Strafsenat herangezogenem Text von *Ronsfeld* findet sich auch kein entsprechendes eindeutiges Argument. Es ist überzeugender anzunehmen, dass die RL-EEA gerade den Fall von Erkenntnissen aus den eingriffsintensiven Maßnahmen der Telekommunikationsüberwachung **abschließend** regelt. Die Art. 29, 30 RL-EEA sollen gewährleisten, dass das jeweilige nationalstaatliche Schutzniveau bei der Anordnung und Durchführung einer (verdeckten) Telekommunikationsüberwachung wegen deren hoher Grundrechtssensibilität auf Seiten des Anordnungs- und des Vollstreckungsstaats eingehalten wird.²⁶ Dieses Ziel kann aber nur dann eingehalten werden, wenn die Regelungen der RL-EEA bezüglich Maßnahmen der Telekommunikationsüberwachung abschließend gelten.

²⁵ BVerfG, Beschluss vom 19.12.2017 - 2 BvR 424/17 -, juris, Rn. 46.

²⁶ *Wörner* in *Ambos/König/Rackow*, Rechtshilferecht in Strafsachen, E (RL EEA) Rn. 439.

Demnach hätte der Bundesgerichtshof die Frage, ob die RL-EEA einen abschließenden Kanon von Ermittlungsmaßnahmen auf dem Gebiet der Telekommunikationsüberwachung, deren Ergebnisse im Rahmen einer Europäischen Ermittlungsanordnung übermittelt werden können, enthält, nicht ohne weitere Erklärung, nur unter Bezugnahme auf unergiebigere Quellenangaben, bejahen dürfen. Vielmehr wäre sie dem Europäischen Gerichtshof nach Art. 267 AEUV zur Beantwortung vorzulegen gewesen. Diese Erwägungen greifen auch im hiesigen Verfahren: sowohl das Landgericht Bremen als auch (erneut) der 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs haben die Vorlagepflicht mit den angegriffenen Entscheidungen verletzt.

b)

Der Bundesgerichtshof äußert sich in dem angegriffenen Beschluss vom 07.12.2022 nicht dazu, ob ein Verstoß gegen Rechtshilferecht zu einem Beweisverwertungsverbot führen kann. Das Landgericht Bremen erwähnt die Verstöße gegen die RL-EEA, insbesondere gegen die Unterrichtungspflicht aus Art. 31 RL-EEA, in dem Urteil ebenfalls nicht. Die Kammer äußert sich in ihrem Beschluss vom 27.07.2021, mit dem sie die Gegenvorstellung der Verteidigung des Beschwerdeführers zu 2) gegen den Beschluss der Kammer vom 20.07.2021, mit dem die Beiziehung des Rechtshilfevorgangs abgelehnt wurde, zurückwies, lediglich kurz mit der Frage der unterlassenen Unterrichtung nach Art. 31 RL-EEA (Anlage 2, S. 371):

„Auf den Beschluss der Kammer vom 20.07.2021 (Anlage 8) wird Bezug genommen. Bestandteil der Verfahrensakte sind umfassende Unterlagen zum Themenbereich der Rechtshilfe. Anhaltspunkte zu einem Vorgehen nach Art. 31 RL 2014/41/EU lassen sich den Rechtshilfeunterlagen nicht entnehmen (vgl. so auch OLG Schleswig Beschl. v. 29.4.2021 – 2 Ws 47/21, BeckRS 2021, 10202 Rn. 4). Die Unterrichtung nach Art. 31 Abs. 1 RL 2014/41/EU hat auf dem Formblatt nach Anhang C der RL-EEA zu geschehen. Die Vorgänge eines solchen Mitteilungsverfahrens gern. Art. 31 Abs. 2 RL-EEA enthält die Akte nicht (vgl. OLG Bremen, Beschl. v. 18.12.2020 - 1 Ws 166/20, OLG Hamburg Beschl. v. 29.1.2021 - 1 Ws 2/21, BeckRS 2021, 2226). Die rechtliche Würdigung bzw. die Frage nach den Folgen dieser nach Aktenlage nicht erfolgten Mitteilung nach Art. 31 RL 2014/41/EU, so diese nicht in der Annahme, Auswertung und Verwendung der Daten gesehen wird (vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 21.07.2021 – 2 Ws 96/21), betrifft die Frage der Verwertbarkeit, über die die Kammer im Rahmen der Schlussberatung entscheiden wird (vgl. Beschluss der Kammer vom 27.05.2021, Anlage 2 zu Protokoll, m. w. N.).“

Ausweislich des Urteils ist die Kammer dann offensichtlich davon ausgegangen, dass ein Verstoß gegen die Unterrichtungspflicht keine Auswirkung auf die Verwertbarkeit der mittels Rechtshilfe erlangten Beweise hat.

Entgegen dieser Ansicht führen die Verstöße gegen das Rechtshilferecht im Falle der Beschwerdeführer, die als Beweiserhebungsverbote einzuordnen sind, sehr wohl zu Beweisverwertungsverböten, was die Feststellung dieser Rechtshilfeverstöße durch den Europäischen Gerichtshof und damit die Beantwortung der entsprechenden Vorlagefragen **entscheidungserheblich** macht. Aus dem Verstoß gegen die RL-EEA folgt unmittelbar ein Beweisverwertungsverbot. Das Gericht war verpflichtet, für die volle Wirksamkeit der Anforderungen des Unionsrechts in dem bei ihm anhängigen Rechtsstreit Sorge zu tragen. Nachdem die Beweise hier in unionsrechtswidriger Weise erhoben und übermittelt worden waren, war der Ausschluss der Beweise von der Verwertbarkeit der einzige Weg, dem Unionsrecht Wirkung zu verleihen.

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

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

„die Vorschriften für die Zulässigkeit und die Würdigung der durch eine solche unionsrechtswidrige Vorratsdatenspeicherung erlangten Informationen und Beweise im Rahmen eines Strafverfahrens gegen Personen, die im Verdacht stehen, schwere Straftaten begangen zu haben, festzulegen.“²⁷

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.²⁸

Um festzustellen, welches der gegenläufigen Interessen schwerer wiegt, müssen sie jeweils identifiziert und gewichtet werden. Für die Bewertung des Individualinteresses des Beschuldigten ist das Gewicht des Verfahrensverstößes und seine Bedeutung für die rechtlich geschützte Sphäre des Betroffenen entscheidend. Für die Bewertung des

²⁷ EuGH, Urteil vom 6.10.2020 – C-511/18 –, juris, Rn. 221 ff.

²⁸ 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.

Strafverfolgungsinteresses des Staates sind die Bedeutung der aufzuklärenden Straftat und der Funktionsfähigkeit der Strafrechtspflege zu berücksichtigen.²⁹

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 den Beschwerdeführern vorgeworfen werden. Solange aber nicht identifiziert ist, welche Individualinteressen und Rechtsgüter der Beschwerdeführer und welche Verfahrensverstöße von welchem Gewicht in der Waagschale liegen, kann unmöglich festgestellt werden, ob das Strafverfolgungsinteresse im konkreten Fall tatsächlich überwiegt. Dies wäre nur dann der Fall, wenn das Strafverfolgungsinteresse bei bestimmten Straftaten stets überwiegen würde, ohne Ansehung der Verfahrensverletzungen, die begangen wurden, um die Strafverfolgung zu ermöglichen. Dies würde aber einen Freifahrtschein für die Ermittlungsbehörden bedeuten und eine effektive Wahrung der Grundrechte des Beschuldigten im Strafverfahren ausschließen. Nicht zuletzt würde damit auch eine effektive Umsetzung der Unionsgrundrechte unmöglich werden. Die Oberlandesgerichte, die bisher etwaige Verstöße gegen die RL-EEA mit einem simplen Hinweis auf die Abwägung offengelassen haben,³⁰ haben es sich schlicht zu einfach gemacht.

Da es nach alledem für die im Rahmen der Prüfung eines Beweisverwertungsverbots vorzunehmende Abwägung nicht ausreicht, nur eines der zwei abzuwägenden Interessen zu identifizieren, dürfte die Entscheidungserheblichkeit der Vorlagefragen auf der Hand liegen: Die Verletzung von Unionsgrundrechten und der Verstoß der EEA gegen die RL-EEA sind zwei Aspekte, die im Rahmen der Abwägung erheblich für ein Beweisverwertungsverbot streiten. Ob und in welchem Ausmaß eine Verletzung von Unionsrecht vorliegt, ist ein für die vorzunehmende Abwägung entscheidender Punkt. Es handelt sich um Vorfragen, die vom EuGH beantwortet werden müssen, um überhaupt eine Abwägung vornehmen zu können.

Nach hier vertretener Ansicht wiegen die Verletzungen der Unionsgrundrechte und die Verletzung der RL-EEA so schwer, dass sie, bei Einbeziehung in die Abwägung, ein Beweisverwertungsverbot nach sich ziehen. Die Entscheidungserheblichkeit liegt aber nicht nur bei diesem Ergebnis vor, sondern in jedem Fall. Denn die Abwägung kann überhaupt erst erfolgen, nachdem die unionsrechtlichen Vorfragen beantwortet wurden.

Für die Entscheidungserheblichkeit der Frage nach der Auslegung der RL-EEA spricht weiter, dass ein Beweisverwertungsverbot insbesondere „nach schwerwiegenden, bewussten oder objektiven willkürlichen Rechtsverstößen, bei denen grundrechtliche Sicherungen planmäßig oder systematisch außer Acht gelassen worden sind“,³¹ in Betracht kommt. Im Fall der Erlangung

²⁹ Schmitt in Meyer-Goßner, StPO, 64. Aufl. 2021, Rn 55a m.w.N.

³⁰ KG Berlin, Beschluss vom 30.08.2021 – 2 Ws 79/21 –, juris Rn. 54 ff.; HansOLG Bremen, Beschluss vom 18.12.2020 – 1 Ws 166/20 –, juris Rn. 37; HansOLG Hamburg, Beschluss vom 29.01.2021 – 1 Ws 2/21 –, juris, Rn. 105.

³¹ BGH, Urteil vom 20.12.2012 – 3 StR 117/12 –, BGHSt 58, 84-99, juris, Rn. 33.

und der Übermittlung der EncroChat-Daten wussten sowohl die deutschen als auch die französischen Ermittler, dass die vollständige Filtrierung eines Kommunikationsservers sowie die Abschöpfung der darüber kommunizierenden Mobiltelefone mittels eines Trojaners in der RL-EEA nicht vorgesehen ist. Insbesondere den deutschen Behörden muss bewusst gewesen sein, dass nach dem für sie maßgeblichen deutschen Recht eine so umfassende Überwachung und Abhörung **ohne konkreten Tatverdacht** nicht rechtmäßig gewesen wäre. Überdies hat es das Landgericht Bremen hingenommen, dass die deutschen Behörden schon vor Beginn des vermeintlich spontanen Datenaustauschs über die Ermittlungsmaßnahmen und die erwarteten Ergebnisse informiert waren und ihre Zustimmung zur Datenübertragung gaben. Diese Vorgänge legen zumindest einen objektiv willkürlichen Rechtsverstoß nahe, insbesondere, da die Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt am Main wusste, dass sich die Ermittlungen auch gegen Personen auf deutschem Staatsgebiet richteten und wie dürftig die Verdachtslage gegen diese war. Das BKA hat über einen Zeitraum von zwei Monaten Datenlieferungen von Europol erhalten und diese ausgewertet, ohne sich damit auseinanderzusetzen, ob die zugrundeliegende Ermittlungsmaßnahme nach deutschem Recht auf deutschem Staatsgebiet rechtmäßig gewesen wäre. Bei einer Prüfung – die vorzunehmen gewesen wäre – wäre aufgefallen, dass es an **der** Grundvoraussetzung für die Einleitung der Maßnahmen, nämlich einem konkreten Tatverdacht gegen konkrete Beschuldigte, gefehlt hat. Dies ist ein schwerwiegender Verfahrensfehler, der ohne Weiteres die Unverwertbarkeit der Beweismittel auch nach der Abwägungslehre begründet hätte.

Mit dem Weg über den spontanen Informationsaustausch im Zusammenspiel mit der EEA und der Bedienung ausländischer Strafverfolgungsmethoden ließen die deutschen Ermittlungsbehörden systematisch die vorgesehenen Sicherungsmechanismen außer Acht. Dass die Ermittlungsmaßnahmen von der RL-EEA nicht einmal gedeckt war, verstärkt den Rechtsverstoß noch. Auch vor diesem Hintergrund hätte das Gericht bei Berücksichtigung der unionsrechtlichen Fragen in diesem Fall ein Beweisverwertungsverbot bejahen müssen.

Bei der Frage, ob die rechtshilferechtlichen Vorgaben der RL-EEA verletzt wurden, handelt es sich demnach um eine zwingend zu berücksichtigende Vorfrage im Rahmen der Prüfung eines Beweisverwertungsverbots. Zudem würde im vorliegenden Fall aus einem Verstoß gegen die rechtshilferechtlichen Vorschriften bei der Erlangung der Beweise auch ein Beweisverwertungsverbot folgen. Die (offenen) Fragen der Anwendung des Unionsrechts waren daher in hohem Maße entscheidungserheblich.

c)

Die zu klärenden Fragen des Unionsrechts, die sich vor allem auf die Auslegung und Anwendung der RL-EEA beziehen, sind weder eindeutig zu beantworten (**acte clair**) noch vom EuGH beantwortet worden (**acte éclairé**). Soweit ersichtlich, hat sich der EuGH in den Vorabentscheidungsverfahren bezüglich der RL-EEA nicht mit Fragen der Auslegung und (analogen) Anwendung von Art. 6 Abs. 1 b) RL-EEA oder des abschließenden Charakters der RL-EEA auseinandergesetzt.³²

Es handelt sich nicht um einen Fall, in dem die richtige Anwendung des Unionsrechts offenkundig wäre. Dies folgt schon daraus, dass es seit dem Bekanntwerden des „EncroChat-Hacks“ eine Vielzahl von Diskussionen innerhalb der juristischen Wissenschaft und vor den zu Entscheidungen berufenen Strafgerichten über die Vereinbarkeit der Maßnahmen mit dem Unionsrecht gab und diese fortlaufend noch geführt werden.³³

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?“³⁴

Der letzte Teil der Frage zielt ersichtlich auf die RL-EEA ab und macht die Unsicherheiten bei der Anwendung derselben deutlich.

³² Die Entscheidungen des EuGHs C-724/19 (16.12.2021), C-324/17 (24.10.2019) und C-584/19 (08.12.2020) beschäftigen sich zwar mit der Auslegung der RL-EEA, nicht aber mit den hier relevanten Fragestellungen; vgl. auch LG Berlin, (525 KLS) 279 Js 30/22 (8/22), Beschl. v. 19.10.2022, HRRS 2022 Nr. 1047.

³³ Vgl. nur: *Derin/Singelstein* NSTZ 2021, 449 ff.; *Erhard/Lödden* StraFo 2021, 366; *Nadeborn/Albrecht*, NZWiSt 2021, 420; *Wahl*, ZIS 2021, 452 ff.; LG Berlin, Beschluss 01.07.2021 – (525 KLS) 254 Js 592/20 (10/21).

³⁴ EGMR, Beschluss vom 03.01.2022, Verfahren Nr. 44715/20 und Nr. 47930/21, Frage 5.

d)

Die Verletzung der Vorlagepflicht durch das Landgericht Bremen und den Bundesgerichtshof war **willkürlich** und stellt mithin eine Verletzung des Rechts auf den gesetzlichen Richter dar. Die Willkür der Nichtvorlageentscheidung ist dann gegeben, wenn die Auslegung und Anwendung der Zuständigkeitsregel des Art. 267 AEUV (nämlich dessen Nichtanwendung) nicht mehr verständlich ist und offensichtlich unhaltbar erscheint.³⁵

Dies ist schon deshalb zu bejahen, weil weder das Landgericht noch der Bundesgerichtshof ihre Gründe für die Entscheidung bezüglich des Vorabentscheidungsverfahrens angegeben haben. Dazu waren sie aber gehalten, um eine Kontrolle am Maßstab des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG zu ermöglichen.³⁶ Aus dem Fehlen jeglicher Auseinandersetzung des Bundesgerichtshofs mit dem vom Revisionsführer (jetzt Beschwerdeführer) in dem Revisionsverfahren vorgebrachten Ausführungen zur Unionsrechtswidrigkeit der zugrunde liegenden Maßnahmen³⁷ kann nur geschlossen werden, dass er sich mit den Bedingungen für die Vorlagepflicht schlicht nicht auseinandergesetzt und sie dementsprechend verkannt hat. Ob und anhand welcher Maßstäbe sich der Bundesgerichtshof mit der Möglichkeit der Vorlage an den EuGH auseinandergesetzt hat, ist nicht nachvollziehbar, sodass davon ausgegangen werden muss, dass die Nichtvorlage willkürlich war.

Die Willkür der Nichtvorlageentscheidung folgt zudem daraus, dass zu der hier entscheidungserheblichen Frage des Unionsrechts einschlägige Rechtsprechung des EuGH noch nicht vorliegt und der letztinstanzliche Bundesgerichtshof den ihm in diesem Fall notwendig zukommenden Beurteilungsspielraum in unvertretbarer Weise überschritten hat.³⁸

Die Rechtsprechung des EuGH ist unvollständig, was die – vorliegend entscheidungserheblichen – Fragen betrifft, die im Kern folgende Aspekte betreffen (ohne den Anspruch auf Vollständigkeit erheben zu wollen): Welche Anforderungen stellt die EEA-RL an die Rechtmäßigkeit der Beweiserlangung, waren die im konkreten Fall ergriffenen Ermittlungsmaßnahmen mit ihr in Einklang zu bringen und welche Mindestanforderungen an den Tatverdacht für staatliche Ermittlungsmaßnahmen dieses Umfangs sind aus Art. 7 und Art. 8 GRCh abzuleiten? Auch die Frage, wie die EEA-RL in dem Fall, in dem eine Ermittlungsanordnung nur die Übermittlung/Verwendungsgenehmigung schon vorhandener Beweismittel betrifft, tatsächlich aber auch die Ermittlungsmaßnahme selbst von dem Ausstellungsstaat angeordnet bzw. gebilligt wurde, anzuwenden und auszulegen ist, stellt sich.

³⁵ BVerfG, Beschluss vom 06.07.2010 – 2 BvR 2661/06 –, BVerfGE 126, 286-331, juris Rn. 88.

³⁶ BVerfG, Stattgebender Kammerbeschluss vom 10.12.2014 – 2 BvR 1549/07 –, juris, Rn. 21; BVerfG, Beschluss vom 19.12.2017 – 2 BvR 424/17 –, BVerfGE 147, 364-389, juris, Rn. 41

³⁷ Anlage 2, S. 374 ff..

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

Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu diesen Themenkomplexen ist – soweit ersichtlich – noch nicht ergangen. Der Bundesgerichtshof hat den ihm zukommenden Beurteilungsrahmen im Hinblick auf seine Vorlagepflicht in unvertretbarer Weise überschritten und dadurch den Beschwerdeführer in seinem Recht auf den gesetzlichen Richter verletzt. Es fehlt eine sachliche Begründung dafür, warum im Hinblick auf den Gewährleistungsgehalt von Art. 7 und Art. 8 GRCh und im Hinblick auf die Auslegung der RL-EEA bei der Handhabung der konkreten Ermittlungsanordnung eine von vornherein eindeutige oder zweifelsfrei geklärte Rechtslage vorliegen sollte.

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

In dem Beschluss des 5. Strafsenats, auf den sich der Generalbundesanwalt in seinem Verwerfungsantrag vom 26.06.2022 stützt, lehnt dieser eine Vorlagepflicht an den Europäischen Gerichtshof in Bezug auf den EncroChat-Komplex mit folgender Begründung ab:

„Klärungsbedürftige Fragen der Anwendung europäischen Rechts im Sinne von Art. 267 AEUV ergeben sich nicht, da sich die Frage der Beweisverwertung nach dem hiesigen Strafverfahren nicht nach europäischem, sondern nach nationalem Recht richtet. Das nationale Verfahrensrecht bleibt von der RL EEA unberührt (vgl. BT-Drucks. 18/9757, S. 32).“³⁹

Diese Argumentation ist – gerade auch im Hinblick auf die im gleichen Beschluss erfolgte, tiefgehende Auseinandersetzung mit der europäischen RL-EEA in den Randnummern 38 – 60 – nicht nachvollziehbar. Der Bundesgerichtshof konstatiert unter Rn. 32, dass sich ein Beweisverwertungsverbot für Beweismittel, die im Wege der Rechtshilfe erlangt wurden, auch aus rechtshilfespezifischen Gründen ergeben könne. Konsequenterweise prüft der 5. Strafsenat im Anschluss, ob der Beweismitteltransfer zwischen Frankreich und Deutschland gegen Art. 31 (Rn. 39 ff.), Art. 6 Abs. 1 b) (Rn. 47 ff.) oder Art. 6 Abs. 1 a) (Rn. 54 ff.) RL-EEA verstoßen haben könnte und welche Auswirkungen ein solcher Verstoß gegebenenfalls hätte. *Letztere Frage* mag ausschließlich mit dem deutschen Verfahrensrecht und der von der Rechtsprechung entwickelten Lehre der Abwägung zwischen den widerstreitenden Interessen bei der Verwertung verfahrensrechtswidrig erlangter Beweise zu beantworten sein.

Die zuvor zu beantwortende Frage ist aber nicht, wie das deutsche Verfahrensrecht mit Fehlern bei der Beweiserlangung oder dem Beweistransfer umgeht, sondern, ob ein solcher Fehler überhaupt vorgelegen hat. Gerade aus diesem Grund prüft der Bundesgerichtshof umfangreich, ob ein Verstoß gegen die RL-EEA vorliegt. Und gerade deswegen hätte er die aufgeworfenen

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

Fragen zum Gegenstand eines Vorabentscheidungsverfahrens vor dem Europäischen Gerichtshof nach Art. 267 AEUV machen müssen, wie oben dargelegt wurde. Dies nicht zu tun, ist im Hinblick auf die Relevanz der zu beantwortenden Fragen willkürlich. Der Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 02.03.2022 bietet darüber hinaus keine überzeugende Argumentation dahingehend, warum die Vorlagepflicht nach Art. 267 AEUV in Fällen wie denen der Beschwerdeführer nicht gegeben sein sollte.

2. Grundrechtsverletzungen

Der Beschluss des Bundesgerichtshofs, der das Urteil des Landgericht Bremen bestätigt, verletzt den Beschwerdeführer in seinem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht, Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG und seinen Grundrechten aus Art. 7 und 8 GRCh. Auch Art. 8 EMRK, der das Recht auf Achtung des Privatlebens verbürgt, ist verletzt. Die Gerichte haben die Bedeutung und Tragweite dieser Grundrechte bei der Anwendung des einfachen Rechts (hier § 261 StPO) verkannt. Damit liegt eine spezifische Verfassungsrechtsverletzung vor⁴⁰, und zwar aus folgenden Gründen:

Die Verwertung der Informationen stellt einen verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigten Eingriff sowohl in das im Grundgesetz verbürgte allgemeine Persönlichkeitsrecht als auch in Art. 10 GG und Art. 7 und 8 GRCh sowie Art. 8 EMRK dar.

Die verfahrensgegenständlichen Chat-Nachrichten stammen aus der heimlichen technischen Infiltration der Mobiltelefone der Beschwerdeführer, mit dem Ziel, längerfristig Zugriff auf darauf gespeicherte Daten zu erlangen und die laufende Kommunikation zu überwachen. Diese Maßnahmen greifen in besonders schwerwiegender Weise in die Grundrechte auf Achtung des Privatlebens und der Kommunikation (Art. 7 GRCh) und den Schutz personenbezogener Daten (Art. 8 GRCh) ein.⁴¹

Art. 7 GRCh bestimmt u.a., dass jede Person das Recht auf Achtung ihres Privatlebens und den Schutz ihrer Kommunikation hat. Nach Art. 8 GRCh hat jede Person das Recht auf Schutz der sie betreffenden personenbezogenen Daten. Daraus ergibt sich, dass jede Verarbeitung personenbezogener Daten, insbesondere wenn diese private Kommunikation betreffen, grundsätzlich einen Eingriff in diese Rechte darstellen kann.⁴²

Das Grundrecht gewährt dem Grundrechtsträger die Herrschaft über die eigenen personenbezogenen Daten und damit die Möglichkeit, Dritte von der Erhebung oder Verwendung dieser

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

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

⁴² EuGH, Urteil vom 17.10.2013 – C-291/12 –, juris Rn. 24 ff.; EuGH, Urteil vom 08.04.2014 – C-293/12 –, juris, Rn. 32 ff.; *Jarass GRCh*, 4. Aufl. 2021, Art. 8 Rn. 7, 9.

Daten auszuschließen.⁴³ Bei der Erhebung, Entschlüsselung und Speicherung, sowie der Weitergabe der EncroChat-Daten durch die französischen Ermittlungsbehörden und die Entgegennahme durch die deutschen Ermittlungsbehörden waren die Inhalte privater Kommunikation, sowie die Metadaten der Kommunikation und damit personenbezogene Daten Gegenstand der staatlichen Ermittlungstätigkeit. Ein Eingriff in den Schutzbereich des Art. 8 GRCh liegt dann vor, wenn personenbezogene Daten verarbeitet werden. Eine Verarbeitung liegt bei allen datenbezogenen Vorgängen, also dem Erheben, Erfassen, Ordnen, Speichern, Übermittlung usw. vor⁴⁴ und ist im vorliegenden Fall, in dem die private Kommunikation über Monate hinweg abgefangen, gespeichert, ausgewertet und weitergegeben wurde, unproblematisch gegeben. Ebenfalls nicht berücksichtigt wird, dass der Beschwerdeführer auch in dem ihm gem. Art. 8 EMRK zukommenden Recht auf Achtung seines Privatlebens verletzt ist.

Dass der Bundesgerichtshof die Beeinträchtigung der Grundrechte aus der Grundrechtecharta und dem Grundgesetz in seinem Beschluss nicht erwähnt, zeigt seine Fehleinschätzung ihrer Tragweite und Bedeutung.

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

a)

Der Bundesgerichtshof geht in dem hier angegriffenen Beschluss nicht auf die Grundrechte der Beschwerdeführer ein. In dem vom Generalbundesanwalt in seinem Verwertungsantrag in Bezug genommenen Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 02.03.2022 (Az. 5 StR 457/21) geht dieser mehrfach darauf ein, dass ein Beweisverwertungsverbot im Hinblick auf die EncroChat-Daten dann wegen eines ungerechtfertigten Eingriffs in Art. 2 Abs. 1 i.V.m.

Art. 1 Abs. 1 GG zu bejahen sei, wenn der absolute Kernbereich privater Lebensgestaltung berührt wäre. Dies könne erstens ein absolutes Beweisverwertungsverbot aus den Grundrechten bedingen (juris, Rn. 62), zweitens sei die Beweisverwertung von Erkenntnissen aus diesem Kernbereich auch nach dem heranzuziehenden Grundgedanken des § 100e Abs. 6 Nr. 1 StPO verboten (juris, Rn. 69) und drittens würde es zur Unverhältnismäßigkeit der Verwertung führen, wenn die Daten einen Kernbereich privater Lebensgestaltung betreffen (juris, Rn. 71).

Angesichts dieser wiederholten Betonung der Wichtigkeit, zum Schutz der Grundrechte nicht in den Kernbereich privater Lebensgestaltung einzugreifen, erscheint die Begründung, mit der der Bundesgerichtshof eine Berührung des absoluten Kernbereichs ablehnt, knapp (juris, Rn. 62):

⁴³ *Augsberg* in von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, Bd. 1, Art. 8 GRC, Rn 6; *Calliess/Ruffert/Kingreen*, EU-GRCharta, 6. Aufl. 2022, Art. 8 Rn. 10.

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

„Dies ist bei der Kommunikation über die Planung und Durchführung von Straftaten in aller Regel – wie auch hier – nicht der Fall.“

Problematisch an dieser Annahme ist, dass – soweit aus den bruchstückhaften Informationen über die Datenerlangung und die Datenerhebung ersichtlich – nicht alle Chatverläufe bzw. alle Inhalte der Kommunikation vorliegen. Ob sich die Datenerhebung, die inzident zu prüfen ist, weil sich Verstöße auf der Ebene der Beweisverwertung fortsetzen, nicht doch (auch) auf den absoluten Kernbereich privater Lebensgestaltung bezog, kann der Bundesgerichtshof nicht wissen. Dies begründet sich damit, dass nicht bekannt ist, ob die gesamte Kommunikation ausgewertet und weitergeleitet wurde, oder ob eine der verschiedenen involvierten Behörden (Ermittlungsgruppe in Frankreich; Europol; BKA; Generalstaatsanwaltschaft; LKA etc.) Kürzungen vorgenommen hat.

Somit war dem Bundesgerichtshof die Prüfung, ob der Kernbereich privater Lebensgestaltung verletzt wurde, überhaupt nicht möglich – was ihn aber nicht stört, weil er ohnehin allein aus der Tatsache, dass die Planung und Durchführung von Straftaten diesen Kernbereich in der Regel nicht berühren, darauf schließt, dass dies nicht der Fall sein könne.

Unter Berücksichtigung der Bedeutung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts und des Rechts auf die Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme sowie der Kommunikation argumentiert der 5. Strafsenat in dem Beschluss vom März 2022 zu oberflächlich, in dem hier angegriffenen setzt er sich überhaupt nicht mehr mit der Frage auseinander.

b)

Der Bundesgerichtshof stellt in dem Beschluss vom 02.03.2022 weiter fest, dass es sich bei der Verwertung personenbezogener Informationen um einen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht handelt (juris, Rn. 64). Die Intensität des Eingriffs hänge auch davon ab, wie die Informationen erlangt worden seien. Die Verfassungsmäßigkeit des Eingriffs (der Verwertung von Informationen vor Gericht) werde im Strafprozess üblicherweise dadurch sichergestellt, dass schon auf der Erhebungsebene an bestimmte Ermittlungsmaßnahmen hohe Anforderungen gestellt würden. Der Grundrechtseingriff durch die Ermittlungsmaßnahme, der durch die Beweisverwertung vertieft würde, werde schon auf Ebene der Ermittlungsmaßnahme (im Vorhinein) limitiert – etwa durch die Beschränkung auf schwere Straftaten oder die Forderung qualifizierter Verdachtsgrade. Im Fall der im Wege der Rechtshilfe erhobenen Beweisen würde dieser Mechanismus allerdings nicht funktionieren. Der Bundesgerichtshof zieht daher für den Fall der durch Rechtshilfe erlangten Beweisen folgende Schlussfolgerung (juris, Rn. 68):

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

Diese Ansätze zur Überprüfung der Verhältnismäßigkeit und damit zur Wahrung der Grundrechte des Beschwerdeführers führt der Bundesgerichtshof nicht konsequent zu Ende. Vielmehr folgt ein Hinweis darauf, um dieser strikten Verhältnismäßigkeitsprüfung Genüge zu tun, könne man sich an dem Grundgedanken des § 100e Abs. 6 StPO orientieren, es bedürfe also für die Verwertung – genau wie es für die Erhebung der Daten erforderlich gewesen wäre – einer Katalogstraftat und der Kernbereich privater Lebensführung dürfe nicht angetastet werden. Beide Voraussetzungen bejaht er dann im Fall der Ermittlungsmaßnahmen gegen den – in seinem Ausgangsverfahren revidierenden – Beschwerdeführer (und damit auch im Fall aller weiteren Nutzer des EncroChat-Systems), wobei er für die Prüfung des Vorliegens einer Katalogstraftat auf den Erkenntnisstand zum Zeitpunkt der Verwertung des Beweismittels – und nicht den Zeitpunkt der Anordnung der Ermittlungsmaßnahme – abstellt (Rn. 70).

Darin liegt der Bruch, der den Beschluss im Ergebnis als unverhältnismäßig erscheinen lässt. Der 5. Strafsenat betont richtigerweise, die fehlende Limitierung auf der Ebene der Ermittlung von Beweisen müsse ausgeglichen werden. Dies erfolge auf der Ebene der Verwertung. Es ist dann aber nicht folgerichtig, für die Prüfung *auf den Zeitpunkt der Verwertung der Beweismittel* abzustellen. Denn dies mag zwar im Rahmen der direkten Anwendung des § 100e Abs. 6 Nr. 1 StPO angemessen sein, nicht aber in diesem Fall, in dem nur der Grundgedanke übernommen werden kann. Vielmehr ist, weil die Eingriffsvoraussetzungen auf der Ebene der Beweiserhebung nicht kontrolliert werden können, nun diese Ebene zu rekonstruieren – also auf den Anordnungszeitpunkt der Beweiserhebung abzustellen.⁴⁵

§ 100e Abs. 6 Nr. 1 StPO ist in den Fällen direkt anwendbar, in denen Daten in einem Ausgangsverfahren nach § 100b und § 100c StPO erlangt und in diesem „verwertbar“ waren.⁴⁶ Diese letzte Voraussetzung, die für eine unangepasste Übernahme der Prüfungsschritte aus § 100e Abs. 6 StPO hätte vorliegen müssen, ist im Fall des Beschwerdeführers nicht gegeben.

Schließlich gibt es kein anderes Strafverfahren (etwa in Frankreich), in dem die Daten *verwertbar* erlangt worden wären, zumindest steht diese Feststellung den deutschen Gerichten nicht zu. Dieser Aspekt führt zur Notwendigkeit der Kompensation des fehlenden Grundrechtsschutzes auf der Verwertungsebene. Wenn nun aber auf der Ebene der Verwertung der § 100e Abs. 6 StPO entsprechend angewendet und als ungeprüft das Vorliegen von

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

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

„verwertbaren“ personenbezogenen Daten angenommen wird, dann wird die Besonderheit der Erlangung von Beweisen auf dem Rechtshilfeweg nicht ausreichend berücksichtigt. Von einer Kompensation der Unterschiede bei den Eingriffsvoraussetzungen im Hinblick auf TKÜ-Maßnahmen kann dann keine Rede sein. Für eine effektive und die Grundrechte wahrende Kompensation wäre vielmehr erforderlich, dass das Vorliegen von *verwertbaren* personenbezogenen Daten aus einem anderen Strafverfahren nicht unterstellt wird. Deswegen dürfen die aus der zu prüfenden Maßnahme gewonnenen Daten im Verfahren gegen den Beschwerdeführer auch nicht berücksichtigt werden, um ihre Verwertbarkeit zu begründen.

Vielmehr ist die Verdachtslage gegen die Beschwerdeführer, die im Zeitpunkt der Erhebung der Daten gegen sie vorlag, zu rekonstruieren. Gerade weil, wie der 5. Strafsenat in dem oben zitierten Beschluss selbst ausführt, die Verwertbarkeit der Daten bei der Erhebung nie geprüft wird, ist bei der Prüfung der Verwertbarkeit die Situation zu rekonstruieren, die bei ihrer Erhebung vorlag. Nur so kann der Schutz des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Beschwerdeführers (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) und sein Grundrecht auf Achtung seines Privatlebens und seiner Kommunikation (Art. 7 GRCh) sowie der Schutz seiner personenbezogenen Daten (Art. 8 GRCh) sichergestellt werden. Wie der 5. Strafsenat erklärt, ist der Grundgedanke des § 100e Abs. 6 StPO zu übernehmen, also, dass es grundsätzlich einer Katalogstraftat bedarf, um Erkenntnisse aus einer Online-Durchsuchung zu verwerten. Von der Regel in § 100e Abs. 6 StPO, dass die grundsätzlich verwertbar erlangten Beweise ausgewertet werden dürfen, um das Vorliegen einer Katalogstraftat zu begründen, muss für die Fälle der Rechtshilfe zum Schutz der Grundrechte der Betroffenen allerdings abgewichen werden.

Es geht gerade darum, die fehlende Kontrolle auf der Erhebungsebene auszugleichen – von einer Kompensation der fehlenden Kontrolle kann aber nicht die Rede sein, wenn man die Auswertung der unkontrolliert erlangten Beweise der Prüfung ihrer Verwertbarkeit zugrunde legt.

Als die konkreten Maßnahmen, die auch die hiesigen Beschwerdeführer betrafen, eingeleitet und ausgeführt wurden, lagen über ihre Personen und mögliche kriminelle Aktivitäten ihrerseits **keine hinreichenden Anhaltspunkte** vor. Ein qualifizierter Verdacht gem. § 100b StPO gegen sie bestand nicht allein deswegen, weil sie Nutzer eines EncroChat-Handys waren.⁴⁷

Die einzige Information der Behörden im Erhebungszeitraum war, dass die Beschwerdeführer sich eines Mobiltelefons des Anbieters EncroChat bedienen. Dies reicht nicht aus, um den schwerwiegenden Eingriff in ihre Grundrechte zu rechtfertigen. Insbesondere kann allein die Verwendung einer verschlüsselten Kommunikationstechnologie nicht den Tatverdacht für schwerwiegende kriminelle Aktivitäten begründen.⁴⁸ Die Nutzung von Verschlüsselungstechnologien ist erstens im Zeitalter der Digitalisierung weit verbreitet und dient zweitens dem

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

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

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

Weiter heißt es:

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

Zwar müsse für die zuständigen Behörden im Bereich Sicherheit und Strafjustiz die Möglichkeit bestehen, über einen rechtmäßigen Zugang zu Daten für legitime und klar definierte Zwecke im Rahmen der Bekämpfung schwerer Kriminalität zu verfügen. Es sei aber stets das Interesse der Strafverfolgung gegen die Grundsätze der Notwendigkeit, Verhältnismäßigkeit und Subsidiarität abzuwägen. Bei der Überwachung privater Kommunikationsinhalte von mind. 30.000 Bürgern mittels nachrichtendienstlicher Methoden ohne Bestehen eines konkreten Tatverdachts sind die Grundsätze der Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit aber gerade nicht berücksichtigt.

Ein Interesse an geheimer Kommunikation haben – entgegen der Ansicht einiger Oberlandesgerichte⁵¹ – nicht nur Kriminelle, sondern etwa auch Personen, die politisch, unternehmerisch oder juristisch tätig sind. Es bedarf allerdings ohnehin keiner Rechtfertigung dafür, die Kommunikation vor fremder (auch staatlicher) Einsichtnahme schützen zu wollen, denn das Grundrecht auf Schutz des Privatlebens und der Kommunikation sowie das Grundrecht auf

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

⁵⁰ Ebenda, S. 4.

⁵¹ Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, Beschluss vom 29.04.2021 – 2 Ws 47/21 –, juris, Rn. 20; OLG Rostock, Beschluss vom 11.05.2021 – 20 Ws 121/21 –, juris, Rn. 23; HansOLG Bremen, Beschluss vom 18.12.2020 – 1 Ws 166/20 –, juris, Rn. 16; OLG Celle, Beschluss vom 12.08.2021 – 2 Ws 250/21 –, juris, Rn. 28 ff.

Datenschutz kommt jeder natürlichen Person zu. Ein Verdacht gegen die Nutzer des EncroChat-Systems kann auch nicht aus dem Preis für dasselbe abgeleitet werden. Der 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs führt in dem Beschluss vom 02.03.2022 aus, wegen der „*sehr hohen Kosten*“ für den Betrieb der EncroChat-Handys sei zu vermuten gewesen, dass diese nicht für Bagatelldelictaten verwendet würden (juris, Rn. 57). Dass die Handys „*sehr teuer in Anschaffung und Betrieb*“ gewesen seien, identifiziert der Bundesgerichtshof außerdem als einen der Verdachtsmomente, dessentwegen es unbedenklich gewesen sei, ein Ermittlungsverfahren (gegen die Betreiber) einzuleiten (juris, Rn. 35). Bezüglich dieser Argumentation sei darauf hingewiesen, dass es sich bei der Einordnung einer technologischen Anschaffung als „teuer“ oder „günstig“ um eine sehr subjektive handelt, die von dem jeweiligen Einkommen und den jeweiligen Anforderungen geprägt sein dürfte. Allgemeingültige Aussagen, wie dass der Preis von ca. 1.500 Euro für die Anschaffung und halbjährliche Nutzung eines verschlüsselten Kommunikationsmittels sehr teuer sei, verbieten sich angesichts dieser Subjektivität.

Im Übrigen ist fraglich, ob der 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung überhaupt den Grundgedanken des § 100e Abs. 6 StPO hätte heranziehen 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“⁵²

könne. Dabei hätte er allerdings berücksichtigen müssen, dass die erfolgten Ermittlungsmaßnahmen gegen die Betreiber und Nutzer von EncroChat in ihrer Eingriffsintensität noch über das in § 100e Abs. 6 StPO vorgesehene Maß hinausgingen.⁵³ Es handelte sich um Maßnahmen, die in der StPO nicht vorgesehen sind und zugleich so schwer wiegen, dass die in § 100e Abs. 6 StPO vorgesehene Verwendungsschranke „mit dem höchsten Schutzniveau“ nicht geeignet ist, um die anschließende Verwertung verfassungsmäßig zu rechtfertigen. Weil der Eingriff in diesem Fall noch schwerer wiegt als in den Sachverhaltsgestaltungen, für die § 100e Abs. 6 StPO vorgesehen ist, durfte der Bundesgerichtshof sich nicht auf die Anwendung des Grundgedankens der Norm beschränken, sondern hätte das erhebliche Gewicht des Grundrechtseingriffs mitberücksichtigen müssen.

⁵² BGH, Beschl. 2.03.2022 – 5 StR 457/21 –, juris Rn. 68.

⁵³ Derin/Singelstein, NSTZ 2021, 449 (453).

c)

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

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

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

Anlage 14.

Damit wird zugleich dem Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung von gerichtlichen Entscheidungen, der dem europäischen Rechtshilfesystem zugrunde liegt, Art. 82 AEUV, der Boden entzogen. Die Daten sind auch nach französischem Recht nicht rechtmäßig erlangt worden, sodass eine Verwertung einen nicht zu rechtfertigenden Eingriff in die Grundrechte der Beschwerdeführer darstellte. Vor diesem Hintergrund erübrigen sich auch die Ausführungen der Gerichte bis jetzt zu dieser Sache, dass nur ein eingeschränkter Prüfungsmaßstab bestehe. Auch den Ausführungen des Landgerichts Bremen im Beschluss vom 17.06.2021 (Anlage 2, S. 295, 296), wird mit der Entscheidung des französischen Kassationsgerichtshof die Grundlage entzogen. Dort führt das Gericht aus, deutschen Gerichten stehe eine Überprüfung dahingehend, ob die im Ausland getroffenen Maßnahmen dem dortigen Recht entsprachen, grundsätzlich nicht zu. Einzig zu berücksichtigen seien Verstöße gegen fundamentale verfassungsrechtliche Grundsätze bzw. das unabdingbare Maß an Grundrechtsschutz, dafür bestünden aus Sicht der Kammer aber derzeit keine Anhaltspunkte, sodass es bei der Geltung des Vertrauensgrundsatzes bleibe. Obergerichtliche französische Rechtsprechung, welche die grundsätzliche Rechtmäßigkeit der Beschlüsse in Frankreich in Frage stellen würde, sei dem Gericht trotz eigener

Recherche nicht bekannt. Mit dem Urteil des französischen Kassationsgerichtshof ist nun aber bekannt geworden, dass die Daten schon im französischen Ursprungsverfahren nicht rechtmäßig erlangt bzw. verwendet wurden.

d)

Abgesehen von diesem Mangel greift die Verhältnismäßigkeitsprüfung des Bundesgerichtshofs in dem Beschluss vom 02.03.2020, 5 StR 457/21, auch im Übrigen zu kurz. Nachdem er feststellt, dass eine Katalogstraftat vorliegt und Kernbereiche privater Lebensführung nicht angefasst worden seien (zu diesen Punkten s.o.), beschränkt er die auch seiner Ansicht nach erforderliche strikte Verhältnismäßigkeitsprüfung auf Hinweise zum Schweregrad der dem Beschwerdeführer vorgeworfenen Straftaten. Er verbindet diese mit dem Hinweis, anders als mit der Nutzung der EncroChat-Daten sei der Sachverhalt nicht aufzuklären, rechtfertigt ihn also allein mit dem erfreulichen Ergebnis der Eingriffsmaßnahme.⁵⁴ Diese Verhältnismäßigkeitsprüfung ist schlicht zu oberflächlich, als dass sie dem Schutzgehalt der angegriffenen Grundrechte genügen würde. Der Bundesgerichtshof hat diesen in seinem Beschluss vielmehr eklatant verkannt.

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

Es fehlen Ausführungen dazu, welche Grundrechte durch die Erhebung der Daten verletzt worden waren und von welcher Tiefe diese Verletzungen jeweils gewesen waren. Dies wäre aber erforderlich gewesen, um festzustellen, ob der Eingriff hier tatsächlich angemessen war. Die Verwertung der Beweismittel in dem Strafverfahren führt zu einer Vertiefung der Eingriffe, die schon auf der Beweiserhebungsebene stattgefunden haben. Bei der Ausspähung, Sammlung, Speicherung, Entschlüsselung, Auswertung und Weiterleitung der EncroChat-Daten der Beschwerdeführer, die immerhin einen wichtigen Kommunikationskanal aus ihrem Leben abbildeten, wurde auch in ihre 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.

⁵⁴ BGH, Beschl. 2.03.2022 – 5 StR 457/21 –, juris Rn. 71.

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 der Beschwerdeführer – anders als bei sonstigen Fragen der Beweisverwertungsverboten aus verfassungsrechtlichen Gründen – gab es keine Möglichkeit, einen etwaigen Grundrechtseingriff auf der Erhebungsebene zu kontrollieren oder von vornerein auszuschließen (s.o.). Es geht hier gerade um die Kompensation dieses Kontrollverlusts. Daher ist für die Frage der Verhältnismäßigkeit zumindest auch mit zu berücksichtigen, dass es im Zeitpunkt der Erhebung der Daten des bis dahin unbestraften Beschwerdeführers zu 1) (UA, S. 9) und des einmalig einschlägig vorbestraften Beschwerdeführers zu 2)⁵⁵ (UA, S. 11, 12) keine konkreten Verdachtsmomente für den Erhebungszeitraum gab, dass das BKA die Daten dennoch über einen geraumen Zeitraum von Europol/ den französischen Ermittlungsbehörden angenommen und ausgewertet hat, dass die Maßnahmen heimlich erfolgten und die gesamte Kommunikation eines bestimmten Kanals umfasste, ohne zwischen möglichen Inhalten zu differenzieren. Diese Gesichtspunkte hat der 5. Strafsenat nicht berücksichtigt und damit die Tragweite und Bedeutung der beeinträchtigten Grundrechte missachtet und fehleingeschätzt.

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

⁵⁵ Anzumerken ist, dass die vorherige Verurteilung auf einer einmaligen, spontanen Beihilfehandlung zum Handeltreiben mit Betäubungsmitteln, in der Form, dass der Beschwerdeführer zu 2) beim Abladen von Marihuana aus einem LKW half, beruhte.

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

VI. Antrag

Ich beantrage,

die angegriffenen Entscheidungen wegen Beeinträchtigung der Rechte aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG, Art. 7 und 8 GRCh sowie Art. 8 EMRK aufzuheben, die Entscheidung des Bundesgerichtshofs außerdem wegen Verstoßes gegen Art. 103 Abs. 1 GG und Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG.



Dr. iur. h.c. Gerhard Strate
Rechtsanwalt