

Seit knapp zwei Jahren rollt durch die deutschen Gerichte eine Lawine von Strafverfahren, die durch die ursprünglich in Frankreich begonnenen sog. EncroChat-Ermittlungen angestoßen wurde. Dadurch stellt sich die Frage nach der strafprozessualen Verwertbarkeit von im Ausland erhobenen Beweisen in zuvor nicht gekanntem Umfang. Zwischenzeitlich hat sich eine Reihe von Oberlandesgerichten einhellig zugunsten der Nutzung der in Frankreich erhobenen Beweismittel ausgesprochen.¹ Der vorliegende Beitrag zeigt verbleibende Bedenken gegen die Beweisverwertung auf, die durch diese OLG-Beschlüsse nicht entkräftet wurden. So war der Transfer der Daten nach Deutschland zum einen nicht mit den Regeln für eine sog. Spontanübermittlung vereinbar; zum anderen erging eine Europäische Ermittlungsanordnung ohne Bezug zu einem konkreten Strafverfahren und verstieß daher gegen Art. 6 Abs. 1 lit. a und b der betreffenden EU-Richtlinie. Ferner bestehen aus der Perspektive des deutschen Rechts Zweifel an der Verfahrensfairness und – wegen der zugrunde liegenden Massenüberwachung auch unverdächtigster Personen – selbst an der Achtung des *ordre public*.

For almost two years, an avalanche of criminal proceedings has been rolling through German courts, which was triggered by the so-called EncroChat investigations originally conducted in France. Thus, the question of when evidence gathered abroad is admissible in domestic criminal proceedings is of an unprecedented importance. Several German courts have unanimously allowed using that evidence. This contribution addresses remaining doubts regarding its admissibility. It is submitted, on the one hand, that the data transfer to Germany was not compatible with EU Framework Decision 2006/960/JHA. On the other hand, German authori-

* Der Verf. ist Inhaber einer Professur für Strafrecht, Strafverfahrensrecht, Europäisches und Internationales Strafrecht sowie strafrechtliche Herausforderungen der Digitalisierung an der WWU Münster. Der Beitrag basiert auf einem Rechtsgutachten, das der Verf. Ende 2020 im Auftrag eines mit einem EncroChat-Verfahren befassten Rechtsanwalts angefertigt hat. Der Text wurde für die Veröffentlichung umfassend überarbeitet. Für ihre dabei geleistete, überaus wertvolle Unterstützung bin ich meiner wissenschaftlichen Mitarbeiterin *Ronja Zerbst* zu großem Dank verpflichtet.

¹ OLG Bremen, Beschl. v. 18.12.2020 – 1 Ws 166/20; OLG Hamburg, Beschl. v. 29.1.2021 – 1 Ws 2/21; OLG Rostock, Beschl. v. 23.3.2021 – 20 Ws 70/21; OLG Schleswig-Holstein, Beschl. v. 29.4.2021 – 2 Ws 47/21; OLG Rostock, Beschl. v. 11.5.2021 – 20 Ws 121/21; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 21.7.2021 – III 2 Ws 96/21; OLG Brandenburg, Beschl. v. 3.8.2021 – 2 Ws 79/21, 2 Ws 93/21; OLG Celle, Beschl. v. 12.8.2021 – 2 Ws 250/21; KG Berlin, Beschl. v. 30.8.2021 – 2 Ws 93/21; OLG Karlsruhe, Beschl. v. 10.11.2021 – 2 Ws 261/21. – Soweit im Folgenden auf einzelne Randnummern der Entscheidungen Bezug genommen wird, handelt es sich um diejenigen der Veröffentlichung in Juris.

*ties issued a European Investigation Order without reference to a concrete criminal proceeding, which violated Article 6 (1)(a) and (b) of the pertinent EU Directive. From the perspective of German law, there are also doubts about procedural fairness and – due to the underlying mass surveillance of even unsuspected persons – respect for the *ordre public*.*

I. Der Hintergrund der EncroChat-Ermittlungen

In den Jahren 2017 und 2018 stießen französische Ermittlungsbehörden in verschiedenen Ermittlungsverfahren auf sog. EncroChat-Handys.² Dies waren Smartphones mit modifizierter Hardware und einer speziellen Verschlüsselungssoftware, die ihren Nutzern eine anonyme Kommunikation zusicherten.³ Diese Anonymität sollte über eine Ende-zu-Ende-Verschlüsselung und die automatische Löschung der Nachrichten gewährleistet werden.⁴ Gleichzeitig besaßen diese sog. Krypto-Handys keinen Internetzugang und lediglich eingeschränkte Funktionen, sodass die Kommunikation über Nachrichten und Anrufe („EncroTalk“) nur mit anderen EncroChat-Geräten möglich war.⁵ Dennoch mussten Nutzer für eine halbjährliche Nutzungslizenz mindestens 1.500 € zahlen. Der Vertrieb der Geräte fand nicht über offizielle Kanäle, sondern nur anonym und durch Reseller statt.⁶

Weitere Ermittlungen konnten die Kommunikation auf einen Server in Roubaix (Frankreich) zurückführen, der auf eine Firma namens Virtue Imports mit Sitz in Vancouver registriert war.⁷ Zunächst ermittelten die französischen Behörden wegen des Verdachts, dass im Zusammenhang mit dem Angebot der Firma EncroChat eine kriminelle Vereinigung gegründet worden sei. Es standen zudem im französischen Recht vorgesehene Straftaten der Vertreiber im Zusammenhang mit der Lieferung, dem Transfer und Import eines Verschlüsselungsmittels im Raum.⁸ Nach einem richterlichen Beschluss vom 21.12.2018 gelang es der Staatsanwaltschaft Lille, erste Daten des Servers auszuwerten und zu kopieren.⁹ Die ausgewerteten Serverdaten zeigten, dass die SIM-Karten der Geräte von einem niederländischen Betreiber

² OLG Hamburg, Beschl. v. 29.1.2021 – 1 Ws 2/21, Rn. 4; Informationsblatt der Eurojust-Homepage.

³ KG Berlin, Beschl. v. 30.8.2021 – 2 Ws 93/21, Rn. 2; OLG Hamburg, Beschl. v. 29.1.2021 – 1 Ws 2/21, Rn. 4.

⁴ KG Berlin, Beschl. v. 30.8.2021 – 2 Ws 93/21, Rn. 2, 22; OLG Hamburg, Beschl. v. 29.1.2021 – 1 Ws 2/21, Rn. 4.

⁵ OLG Celle, Beschl. v. 12.8.2021 – 2 Ws 250/21, Rn. 31.

⁶ OLG Hamburg, Beschl. v. 29.1.2021 – 1 Ws 2/21, Rn. 4; KG Berlin, Beschl. v. 30.8.2021 – 2 Ws 93/21, Rn. 23; OLG Bremen, Beschl. v. 18.12.2020 – 1 Ws 166/20, Rn. 13; OLG Bremen, Beschl. v. 18.12.2020 – 1 Ws 166/20, Rn. 31.

⁷ KG Berlin, Beschl. v. 30.8.2021 – 2 Ws 93/21, Rn. 24; OLG Hamburg, Beschl. v. 29.1.2021 – 1 Ws 2/21, Rn. 5.

⁸ OLG Hamburg, Beschl. v. 29.1.2021 – 1 Ws 2/21, Rn. 6; KG Berlin, Beschl. v. 30.8.2021 – 2 Ws 93/21, Rn. 25.

⁹ KG Berlin, Beschl. v. 30.8.2021 – 2 Ws 93/21, Rn. 25; *Nadeborn/Kempgens*, jurisPR-StrafR 12/2021 Anm. 4; KG Berlin, Beschl. v. 30.8.2021 – 2 Ws 93/21, Rn. 19.

stammten.¹⁰ Ab dem Frühjahr 2019 beteiligten sich das französische und das niederländische Verbindungsbüro von Eurojust an den Ermittlungen.¹¹ Am 30.1.2020 genehmigte das zuständige Gericht in Lille die Installation einer Computerdaten-Abfangeinrichtung. Diese wurde auf dem Server installiert – wie dies bewerkstelligt wurde, ist nicht bekannt – und öffnete sozusagen die Tür zu den Endgeräten. Auch auf diesen wurde sodann die Überwachungssoftware aufgespielt.¹² Am 20.3.2020 folgte eine weitere richterliche Genehmigung, die eine Umleitung aller Datenströme ab dem 1.4.2020 über Auswerteserver gestattete (sog. DNS-Umleitung).¹³ Die verwendete Software sorgte auch dafür, dass Nutzern, die ihre Nachrichten löschen wollten, die Durchführung des Löschvorgangs angezeigt wurde, obwohl die Nachrichten auf dem Server fortbestanden und für die Behörden lesbar blieben. Ab April 2020 wurde dann eine Gemeinsame Ermittlungsgruppe („Joint Investigation Team“) aus französischen und niederländischen Ermittlern sowie Eurojust und Europol an den Untersuchungen beteiligt.¹⁴ Am 7.4.2020 wurden die Ermittlungen in Frankreich auf weitere Betäubungsmittelstraftaten sowie Waffendelikte ausgeweitet.¹⁵ Durch richterliche Beschlüsse wurde die Dauer der Maßnahmen sukzessive verlängert. Am 12.6.2020 verschickte EncroChat an seine Nutzer eine Warnung, dass die Kommunikation nicht mehr sicher sei,¹⁶ und stellte den Geschäftsbetrieb am 28.6.2020 abrupt ein.¹⁷

Insgesamt gelang es den Ermittlungsbehörden, Daten von über 32.000 Nutzern aus 121 Ländern zu erfassen.¹⁸ Nur etwa 380 Nutzer befanden sich hierbei auf französischem,¹⁹ ca. 3.000 auf deutschem Hoheitsgebiet.²⁰ Die Ermittler konnten mittels der genannten Maßnahmen nicht nur die Chats der Nutzer live mitlesen, sondern auch gespeicherte Notizen sichten, die IMEI-Daten der Geräte auswerten und Standortdaten erlangen.²¹ Auf Grundlage dieser Überwachungsmaßnahmen stellte sich den französischen Behörden zufolge heraus, dass die ausgeforschte Kommunikation zu über 60 % kriminellen Zwecken diene, wobei ein erheblicher Teil der Daten zum damaligen Zeitpunkt noch nicht ausgewertet bzw. die Nutzer

inaktiv gewesen seien.²² Die technischen Details der Ermittlungsvorgänge werden in Frankreich als militärisches Staatsgeheimnis unter Verschluss gehalten.²³ Es steht deshalb nicht zu erwarten, dass in Frankreich eine weitergehende gerichtliche Überprüfung der technischen Details der Ermittlungsmaßnahme stattfinden wird. Folglich wird auch unklar bleiben, wie genau es den französischen Behörden gelang, den Server zu infiltrieren – denkbar wären neben einem Hacking-Angriff auch der Zutritt hoheitlicher Personen zum Serverraum oder die Kooperation eines EncroChat-Mitarbeiters.

Die deutschen Behörden wurden erst zu einem späteren Zeitpunkt in die Ermittlungen einbezogen: Die Daten von EncroChat-Nutzern auf deutschem Hoheitsgebiet wurden zunächst von Europol an das Bundeskriminalamt übermittelt.²⁴ In Deutschland eröffnete die Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt a.M. daraufhin Verfahren gegen Unbekannt, die auf § 29a BtMG gestützt waren. Am 2.6.2020 erließ sie eine Europäische Ermittlungsanordnung (EEA), mit der die französischen Stellen ersucht wurden, die unbeschränkte Verwendung aller nach Deutschland überspielten Daten in Strafverfahren zu genehmigen;²⁵ im Formblatt der EEA wurden hierbei unspezifisch und ohne weitere Hinweise zahlreiche in Betracht kommende Delikte angekreuzt.²⁶ Am 13.6.2020 genehmigte die Ermittlungsrichterin in Lille uneingeschränkt die Verwendung sämtlicher Daten bezüglich der auf deutschem Hoheitsgebiet begangenen Straftaten.²⁷

II. Überblick zum Ablauf der grenzüberschreitenden Beweissammlung und zu den anwendbaren Regelungsregimen

Ableiten ließe sich ein Verwertungsverbot hinsichtlich Beweismitteln, die im Wege der Rechtshilfe aus dem Ausland gewonnen wurden, prinzipiell zum einen aus Verstößen gegen einzelne für die grenzüberschreitende Beweisgewinnung relevante Rechtsvorschriften – insoweit vergleichbar den unselbstständigen Beweisverwertungsverböten des innerstaatlichen Strafverfahrensrechts. Zum anderen ließe sich – vergleichbar einem selbstständigen Beweisverwertungsverbot im deutschen Recht – auch unmittelbar an übergeordnete verfassungs- und menschenrechtliche Gesichtspunkte anknüpfen. Wesentlich verkompliziert wird die Rechtslage im Fall von grenzüberschreitend gewonnenen Beweismitteln allerdings dadurch, dass die Rechtsordnungen mehrerer Staaten – und zwar jeweils im Hinblick auf deren einfaches Gesetzes- und Verfassungsrecht – ebenso berührt sind wie supranationales

¹⁰ KG Berlin, Beschl. v. 30.8.2021 – 2 Ws 93/21, Rn. 26.

¹¹ Informationsblatt der Eurojust-Homepage.

¹² *Nadeborn/Kempgens*, jurisPR-StrafR 12/2021 Anm. 4; *Derin/Singelstein*, NStZ 2021, 449 f.

¹³ OLG Hamburg, Beschl. v. 29.1.2021 – 1 Ws 2/21, Rn. 8; KG Berlin, Beschl. v. 30.8.2021 – 2 Ws 93/21, Rn. 27; *Nadeborn/Kempgens*, jurisPR-StrafR 12/2021 Anm. 4.

¹⁴ Informationsblatt der Eurojust-Homepage.

¹⁵ OLG Hamburg, Beschl. v. 29.1.2021 – 1 Ws 2/21, Rn. 9; KG Berlin, Beschl. v. 30.8.2021 – 2 Ws 93/21, Rn. 28.

¹⁶ *Brühl*, SZ v. 3.7.2020, abrufbar unter

<https://www.sueddeutsche.de/digital/encrochat-verschlusselung-europol-1.4956346> (31.1.2022).

¹⁷ OLG Hamburg, Beschl. v. 29.1.2021 – 1 Ws 2/21, Rn. 11.

¹⁸ OLG Hamburg, Beschl. v. 29.1.2021 – 1 Ws 2/21, Rn. 8.

¹⁹ *Wahl*, ZIS 2021, 452 (452).

²⁰ *Nadeborn/Kempgens*, jurisPR-StrafR 12/2021 Anm. 4.

²¹ OLG Hamburg, Beschl. v. 29.1.2021 – 1 Ws 2/21, Rn. 7; KG Berlin, Beschl. v. 30.8.2021 – 2 Ws 93/21, Rn. 26.

²² KG Berlin, Beschl. v. 30.8.2021 – 2 Ws 93/21, Rn. 27.

²³ Informationsblatt der Eurojust-Homepage.

²⁴ KG Berlin, Beschl. v. 30.8.2021 – 2 Ws 93/21, Rn. 33 f.; OLG Hamburg, Beschl. v. 29.1.2021 – 1 Ws 2/21, Rn. 108; OLG Schleswig-Holstein, Beschl. v. 29.4.2021 – 2 Ws 47/21, Rn. 8; OLG Bremen, Beschl. v. 18.12.2020 – 1 Ws 166/20, Rn. 30.

²⁵ KG Berlin, Beschl. v. 30.8.2021 – 2 Ws 93/21, Rn. 34.

²⁶ OLG Karlsruhe, Beschl. v. 10.11.2021 – 2 Ws 261/21, Rn. 20; KG Berlin, Beschl. v. 30.8.2021 – 2 Ws 93/21, Rn. 34.

²⁷ KG Berlin, Beschl. v. 30.8.2021 – 2 Ws 93/21, Rn. 35.

Recht der Europäischen Union und partiell zudem völkerrechtliche Grundsätze:

Am Beginn – sozusagen als erste Phase der letztlich grenzüberschreitenden Beweisgewinnung – stand das Einschleusen der Software auf den EncroChat-Server als in Frankreich durchgeführte Ermittlungsmaßnahme. Insoweit ist zu beachten, dass von deutscher Seite kein Anstoß für die Infiltrierung des EncroChat-Servers kam, sondern dass diese im Rahmen eines rein innerstaatlichen französischen Strafverfahrens vorgenommen wurde. Die Maßnahme richtete sich daher zunächst allein nach französischem Recht.²⁸ Zugleich war aber bereits dieser Verfahrensabschnitt durch supranationales und zwischenstaatliches Recht beeinflusst. So enthält der EU-Rahmenbeschluss 2002/465/JI²⁹ Vorgaben für Gemeinsame Ermittlungsgruppen. Daher richtete sich die Tätigkeit der konkreten Gemeinsamen Ermittlungsgruppe nach den Umsetzungsvorschriften der teilnehmenden Staaten und der zuvor für die konkrete Gruppe getroffenen Vereinbarung zwischen ihnen. Die Unterstützung und Koordination durch Europol und Eurojust beruhte auf den unmittelbar anwendbaren EU-Verordnungen 2016/794³⁰ (Europol-VO) bzw. 2018/1727³¹ (Eurojust-VO). Für Maßnahmen zur Überwachung der Telekommunikation mit grenzüberschreitendem Charakter enthalten zudem Art. 30 f. der EU-Richtlinie 2014/41 über die Europäische Ermittlungsanordnung³² (RL-EEA) spezielle Vorschriften.

Die zweite Phase bestand in dem Transfer der in Frankreich erlangten Beweismittel nach Deutschland und ist im Wesentlichen durch Unionsrecht geprägt. Sie begann mit der Kontaktaufnahme seitens Europol und damit einer Tätigkeit, die sich erneut nach der Europol-VO richtete. Nach heutigem Kenntnisstand wurde zeitgleich mit dieser Kontaktaufnahme schon das in Frankreich gewonnene Datenmaterial an deutsche Stellen weitergegeben. Es könnte sich hierbei um eine sog. Spontanübermittlung nach dem Rahmenbeschluss 2006/

960/JI³³ (RB-Informationsaustausch, insbesondere Art. 7) handeln. Der spätere Antrag deutscher Behörden auf die Gestattung ihrer Verwendung basierte auf der RL-EEA und den zu ihrer Umsetzung erlassenen nationalen Rechtsvorschriften im Gesetz über die Internationale Rechtshilfe in Strafsachen (IRG).

Die dritte Phase stellt die Verarbeitung der aus Frankreich übernommenen Beweismittel in innerstaatlichen deutschen Strafverfahren dar. Dabei sind im Kern die prozessualen Vorgaben der StPO sowie des Grundgesetzes zu beachten.³⁴ Daneben spielen aber auch außerprozessuale Gewährleistungen des deutschen Rechts eine Rolle, namentlich das Fernmeldegeheimnis (Art. 10 GG) sowie das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme³⁵ des von der Ermittlungsmaßnahme unmittelbar Betroffenen, einfachgesetzliche Vorgaben des Datenschutzes und Interessen Dritter.

Überwölbt werden diese drei Phasen durch die Europäischen Grundrechte, die namentlich in der Grundrechtecharta der Europäischen Union (GRC) und der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) ihren Niederschlag gefunden haben. Genannt sei insbesondere das Recht auf ein faires Verfahren und eine effektive Verteidigung (Art. 47 Abs. 2 und 48 Abs. 2 GRC sowie Art. 6 EMRK). Auch unmittelbar anwendbares europäisches Datenschutzrecht sowie das vor allem die zwischenstaatlichen Beziehungen regelnde Völkerrecht können in allen drei Phasen der grenzüberschreitenden Beweisgewinnung zu beachten sein.

Der gesamte Vorgang richtet sich folglich nach einer Vielzahl von Rechtsnormen unterschiedlicher Rangstufe. Zugleich sind ihr jeweiliger Anwendungsbereich wie auch ihr Hierarchieverhältnis nicht immer restlos geklärt – genannt seien in diesem Kontext nur die Fragen, was i.S.d. Art. 51 Abs. 1 GRC unter der „Durchführung“ des Unionsrechts zu verstehen ist (bei der auch die Mitgliedstaaten die EU-Grundrechte zu beachten haben),³⁶ und inwieweit bei einem Konflikt mit der deutschen Verfassungsidentität der grundsätzliche Anwendungsvorrang des Unionsrechts durchbrochen sein kann.³⁷ Ferner sind auch die betroffenen einzelstaatlichen Regelungen – hier diejenigen Deutschlands und Frankreichs – in zahlreichen Punkten nicht deckungsgleich. In der Folge

²⁸ Nach dem Informationsblatt auf der Eurojust-Homepage, S. 2 f., war die Maßnahme gestützt auf Art. 706-102-1 des französischen Code de procédure pénale; formal richtete sich ihre richterliche Anordnung und Kontrolle demzufolge nach Art. 706-95-12 und 706-95-14 Code de procédure pénale.

²⁹ Rahmenbeschluss 2002/465/JI des Rates über Gemeinsame Ermittlungsgruppen, ABl. EG Nr. L 162 v. 20.6.2002, S. 1.

³⁰ Verordnung (EU) 2016/794 des Europäischen Parlaments und des Rates über die Agentur der Europäischen Union für die Zusammenarbeit auf dem Gebiet der Strafverfolgung (Europol) und zur Ersetzung und Aufhebung der Beschlüsse 2009/371/JI, 2009/934/JI, 2009/935/JI, 2009/936/JI und 2009/968/JI des Rates, ABl. EU Nr. L 135 v. 24.5.2016, S. 53.

³¹ Verordnung (EU) 2018/1727 des Europäischen Parlaments und des Rates betreffend die Agentur der Europäischen Union für justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen (Eurojust) und zur Ersetzung und Aufhebung des Beschlusses 2002/187/JI des Rates, ABl. EU Nr. L 295 v. 21.11.2018, S. 138.

³² Richtlinie 2014/41/EU des Europäischen Parlaments und des Rates, ABl. EU Nr. L 130 v. 1.5.2014, S. 1.

³³ Rahmenbeschluss 2006/960/JI des Rates über die Vereinfachung des Austauschs von Informationen und Erkenntnissen zwischen den Strafverfolgungsbehörden der Mitgliedstaaten der Europäischen Union, ABl. EU Nr. L 386 v. 29.12.2006, S. 89.

³⁴ Näher *Wahl*, ZIS 2021, 452 (453), der darauf eingeht, dass das deutsche Strafprozessrecht anders als etwa das belgische keine speziellen Vorschriften zur Verwertbarkeit von im Ausland erhobenen Beweisen kenne.

³⁵ Grundlegend BVerfGE 120, 274; vgl. auch *Wahl*, ZIS 2021, 452 (456).

³⁶ Sehr extensiv verstanden wird dieses Kriterium durch den EuGH, grundlegend hierzu Urt. v. 26.2.2013 – C-617/10 (Åkerberg Fransson), Rn. 16 ff.

³⁷ Siehe hierzu insbesondere im Kontext des Europäischen Haftbefehls BVerfGE 140, 317.

ist nicht immer eindeutig, welche Regelung für eine bestimmte Frage gilt. Schon aus diesem Grund lassen sich Anknüpfungspunkte für ein (unselbstständiges) Beweisverwertungsverbot deutlich schwerer identifizieren als in einem innerstaatlichen Strafverfahren, welches den vergleichsweise homogenen Regelungen nur einer Rechtsordnung folgt.

III. Anknüpfungspunkte für Beweisverwertungsverbote

Die im Folgenden skizzierten Ansatzpunkte für Beweisverwertungsverbote werden zumeist kontrovers diskutiert. Es kommt hinzu, dass die verfahrensrechtliche Rolle des Individuums in der grenzüberschreitenden Beweisrechtshilfe traditionell schwach ausgeprägt war, weil diese lange als primär zwischenstaatliche Angelegenheit begriffen wurde. Das äußert sich auch heute noch darin, dass die deutsche Rechtsprechung dazu tendiert, Verwertungsverbote bei Auslandsbeweisen noch zurückhaltender zu bejahen als ohnehin schon in innerstaatlichen Strafverfahren.³⁸

1. Erste Phase: Gewinnung der Beweismittel im Ausland

a) Beurteilungsmaßstab und generelle Linie der Rechtsprechung

Die Beweiserhebung im Ausland richtet sich grundsätzlich nach dem Recht des die Ermittlungsmaßnahme durchführenden Staates („*locus regit actum*“). Dies gilt wie schon gesehen zwangsläufig in dem Fall, dass – wie hier – die Maßnahme in einem zunächst rein innerstaatlichen Verfahren jenes Staates ergeht; Maßstab für die Zulässigkeit der EncroChat-Infiltrierung und die Rechtmäßigkeit ihrer Durchführung war also das französische Recht.³⁹

Nach der Rechtsprechung des BGH haben die deutschen Strafgerichte die Rechtmäßigkeit der französischen Beweiserhebung nicht zu überprüfen: Ansonsten würden sich die deutschen Gerichte anmaßen, das ausländische Recht besser zu verstehen als die Behörden und Gerichte des Ermittlungsstaates. Dies gehe mit einer Missachtung von dessen Souveränität einher.⁴⁰ Neben diesem allgemeinen völkerrechtlichen Grundsatz, der gegenüber jedwedem Staat Geltung beanspruchen könnte, ist vorliegend zu bedenken, dass die Beweiserhebung in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union stattgefunden hat. Weil die Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten in Strafsachen auf dem Grundsatz der gegenseitigen Aner-

kennung und damit des wechselseitigen Vertrauens beruhen soll (so Art. 67 Abs. 3 und vor allem Art. 82 Abs. 1 AEUV), leitet der BGH innerhalb der EU ein noch stärkeres Hindernis für eine Überprüfung der Legalität der ausländischen Ermittlungsmaßnahme ab.⁴¹ Es gilt für die Beweiserhebung also nicht nur ausländisches Verfahrensrecht (das hinter den Anforderungen der StPO an eine grundrechtsinvasive Maßnahme erheblich zurückbleiben kann), sondern nach der BGH-Rechtsprechung soll auch die Einhaltung dieser ausländischen Regeln von deutscher Seite aus prinzipiell nicht zu überprüfen sein. Gegenläufigen Stimmen im Schrifttum, die in unterschiedlichen Nuancierungen eine Rechtmäßigkeitskontrolle am Maßstab des ausländischen Rechts vorschlagen,⁴² ist der BGH bislang nicht gefolgt.

All dies bedeutet aber nicht, dass die Umstände der Beweiserhebung im Ausland für die Verwertung völlig irrelevant wären: Dem BGH zufolge soll die Beweiserhebung zum einen im Hinblick auf völkerrechtlich verbindliche, individualschützende Normen wie das Verbot von Folter und unmenschlicher Behandlung gem. Art. 3 EMRK und zum anderen im Hinblick auf die Einhaltung grundlegender rechtsstaatlicher Anforderungen (des sog. *ordre public*) überprüfbar sein.⁴³ Allerdings handelt es sich dann nicht i.e.S. um eine Prüfung am Maßstab des ausländischen Rechts, sondern diesem käme lediglich eine Art Indizfunktion zu: Bezugspunkt der Kontrolle ist dann das für Deutschland verbindliche Völkerrecht und Verfassungsrecht. Deshalb werden sich hieraus ergebende Argumentationsansätze unter 3. untersucht.

Ein Beweisverwertungsverbot lässt sich insbesondere aber auch postulieren, sofern die Maßnahme sich sowohl nach ausländischem als auch nach deutschem Recht als rechtswidrig darstellt („doppelte Illegalität“) und auch bei einem rein innerstaatlichen Verfahren in Deutschland ein Beweisverwertungsverbot eingriffe.⁴⁴ Denn in diesem Fall kann die Nichtbeachtung der deutschen Verfahrensregeln gerade nicht damit legitimiert werden, dass am Ort der Beweiserhebung abweichende (weniger strenge) Vorschriften gegolten hätten. Dies gilt umso mehr, wenn die Maßnahme zugleich auch

³⁸ Siehe auch *Wahl*, ZIS 2021, 452 (454).

³⁹ Vgl. hierzu z.B. *Schuster*, NSTZ 2006, 657 (661). Daran würde sich auch dann nichts ändern, wenn die Infiltrierung des EncroChat-Servers erst im Rahmen der niederländisch-französischen Ermittlungsgruppe geschehen wäre: Nach Art. 1 Abs. 3 lit. a und lit. b des Rahmenbeschlusses 2002/465/JI gelten für die Leitung der Ermittlungsgruppe wie auch für die einzelnen durch sie vorgenommenen Ermittlungshandlungen die Rechtsvorschriften des Staates, in dem der Einsatz stattfindet.

⁴⁰ BGHSt 58, 32 (Rn. 33 f. – zitiert nach *Juris*); zum Vertrauensgrundsatz auch OLG Hamburg, Beschl. v. 29.1.2021 – 1 Ws 2/21, Rn. 77, 88; ebenso im Ergebnis *Böse*, ZStW 114 (2002), 148 (152 f.); *Pauli*, NSTZ 2021, 146 (148).

⁴¹ BGHSt 58, 32 (Rn. 35 – zitiert nach *Juris*); OLG Schleswig-Holstein, Beschl. v. 29.4.2021 – 2 Ws 47/21, Rn. 20; zu der BGH-Entscheidung und ihrer Übernahme durch die Oberlandesgerichte kritisch *Wahl*, ZIS 2021, 452 (461).

⁴² Besonders deutlich *Perron*, ZStW 112 (2000), 202 (219); siehe auch *Schuster*, NSTZ 2006, 657 (661 f.); *ders.*, ZIS 2016, 564 (571 f.).

⁴³ BGHSt 58, 32 (Rn. 38 – zitiert nach *Juris*) m.w.N.; OLG Bremen, Beschl. v. 18.12.2020 – 1 Ws 166/20, Rn. 45; KG Berlin, Beschl. v. 30.8.2021 – 2 Ws 93/21, Rn. 37; ebenso *Pauli*, NSTZ 2021, 146 (148); kritisch *Böse*, ZStW 114 (2002), 148 (154 f.), dem zufolge die Beachtung der Anforderungen des deutschen Verfahrensrechts umfassend zu überprüfen sei.

⁴⁴ *Schuster*, ZIS 2016, 564 (571 f.); Große Strafrechtskommission des Deutschen Richterbundes, Gutachten zum Thema: Beweisverbote im Strafverfahren, im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz, 2015, S. 87 f. (jeweils ohne nähere Begründung).

nach ausländischem Recht ein Beweisverwertungsverbot nach sich zöge.⁴⁵

b) Argumentationsansätze in den EncroChat-Verfahren

aa) Vertrauen in die Legalität nach französischem Recht

Dass die Infiltration von EncroChat eine Ermittlungsmaßnahme von drastischer Intensität war, weil sie zum einen jegliche (auch strafrechtlich irrelevante) über den Server laufende Kommunikation abfing und zum anderen auch das Ausforschen von auf den Endgeräten gespeicherten Daten (wie z.B. Notizen) ermöglichte, sticht ins Auge. Vor dem Hintergrund der Ausführungen zur „doppelten Illegalität“ würden sich Argumentationsansätze für ein Beweisverwertungsverbot bieten, wenn französische Gerichte zu dem Schluss kämen, dass die Infiltrierung des EncroChat-Servers nach dem Maßstab des Code de procédure pénale rechtswidrig war. Hierfür gibt es aber keine Anhaltspunkte. Allerdings kann das durch den BGH so sehr betonte Vertrauen in die Rechtmäßigkeit der ausländischen Beweiserhebung nicht mehr in Stein gemeißelt sein.⁴⁶ Gerade in der neueren Rechtsprechung des EuGH zum Europäischen Haftbefehl hat sich die Erkenntnis durchgesetzt, dass es auch innerhalb der EU und trotz des Leitgedankens der gegenseitigen Anerkennung kein „blindes Vertrauen“ darauf gibt, dass die Behörden anderer Mitgliedstaaten stets rechtmäßig agieren.⁴⁷ Zwar war in den betreffenden EuGH-Entscheidungen der zentrale Gesichtspunkt ein systemischer, allgemeiner Mangel des ausländischen Justizsystems, der in Bezug auf Frankreich nicht ersichtlich ist. Argumentieren ließe sich aber, dass es an einer hinreichenden Vertrauensgrundlage fehle, sofern französische Gerichte – konkret wegen der Einstufung der Ermittlungstechnik als militärisches Staatsgeheimnis – gar nicht in der Lage sind, ihrer rechtsstaatlichen Kontrollaufgabe nachzukommen: Wenn im Ausland gar keine Rechtmäßigkeitskontrolle stattfindet, gibt es nichts, worauf deutsche Gerichte vertrauen könnten. Zugleich würden sich die deutschen Gerichte deshalb auch nicht anmaßen, das Recht am Ort der Beweiserhebung besser zu verstehen als die dortigen Justizorgane. Ähnlich verfährt der EuGH selbst, wenn er eine Ausnahme vom Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung bei offensichtlicher Unrichtigkeit ausländischer Dokumente zulässt.⁴⁸ Allerdings scheint während der französischen Er-

mittlungen eine richterliche Kontrolle des Datenabgriffs vom EncroChat-Server stattgefunden zu haben,⁴⁹ und der BGH hat in einer früheren Entscheidung selbst eine oberflächliche, nur formelhafte richterliche Kontrolle einer Telekommunikationsüberwachung im Ausland als unbedenklich angesehen.⁵⁰ Gleichwohl ist die offenbar beschränkte Effektivität der gerichtlichen Kontrolle in Frankreich ein Faktor, der sich auf die Gesamtbewertung der Verfahrensfairness im Rahmen der inländischen Beweisverwertung (dritte Phase) auswirkt. Hierauf ist daher noch zurückzukommen.

bb) Verstoß gegen Art. 31 RL-EEA: Fehlende Unterrichtung deutscher Behörden?

Der Grundsatz, dass französisches Recht für die Infiltration des Servers maßgeblich ist, gilt vorliegend wie erwähnt nicht uneingeschränkt: Bezüglich der grenzüberschreitenden Überwachung der Telekommunikation trifft die RL-EEA spezielle Regelungen. Das Einschleusen der Software auf den EncroChat-Server durch die französischen Behörden zielte darauf ab, die darüber laufende Telekommunikation zu überwachen. Zugleich kann unterstellt werden, dass den französischen Behörden bekannt war, dass der EncroChat-Server nicht ausschließlich von französischem Territorium aus genutzt wurde – anderenfalls wäre nicht zu erklären, dass eine Gemeinsame Ermittlungsgruppe gebildet und Europol sowie Eurojust einbezogen wurden. Für solche grenzüberschreitenden TKÜ-Maßnahmen stellen die Art. 30 f. RL-EEA besondere Anforderungen auf. Da vorliegend eine Mitwirkung anderer EU-Staaten für die Überwachung nicht erforderlich war, wäre Art. 31 RL-EEA einschlägig. Dieser schreibt vor, dass die Behörden des Staates, von dessen Staatsgebiet aus die „Zielperson“ den abgehörten Kommunikationsanschluss nutzt, über die Maßnahme unterrichtet werden müssen. Ob dies vorliegend geschehen ist, ist zweifelhaft.⁵¹ Sollte eine Unterrichtung deutscher Behörden nicht stattgefunden haben, käme dies als Anknüpfungspunkt für einen Verstoß gegen die RL-EEA und damit zur Begründung eines Beweisverwertungsverbot in Betracht.

werden im Schrifttum weitergehende Einschränkungen des Anerkennungs- und Vertrauensgrundsatzes abgeleitet, siehe *Gleiß/Wahl/Zimmermann*, in: Schomburg/Lagodny, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 6. Aufl. 2020, IRG § 73 Rn. 149 ff.

⁴⁹ So zumindest das Informationsblatt auf der Eurojust-Homepage, S. 2, wonach die Maßnahme zunächst der Kontrolle durch den Freiheitsrichter, anschließend derjenigen durch den Untersuchungsrichter unterlegen habe; weniger skeptisch *Pauli*, NSTZ 2021, 146 (148).

⁵⁰ BGHSt 58, 32 (Rn. 39 – zitiert nach *Juris*).

⁵¹ Das OLG Hamburg, Beschl. v. 29.1.2021 – 1 Ws 2/21, Rn. 99 ff., hält einen Verstoß gegen Unterrichtungspflicht für möglich, während das OLG Schleswig-Holstein, Beschl. v. 29.4.2021 – 2 Ws 47/21, Rn. 4, davon ausgeht, dass eine Unterrichtung unterblieben ist.

⁴⁵ *Jahn*, Gutachten C zum 67. Deutschen Juristentag, S. 119; kritisch *Pauli*, NSTZ 2021, 146 (148).

⁴⁶ Siehe hierzu nochmals *Perron*, ZStW 112 (2000), 202 (219); einen ähnlichen Weg geht *Wahl*, ZIS 2021, 452 (453 ff.), der – allerdings im Rahmen des *ordre public* – die Abweichungen des deutschen Prozessrechts vom angewendeten französischen Recht untersucht.

⁴⁷ EuGH, Urt. v. 5.4.2016 – C-404/15, C-659/15 PPU (*Aranjosi und Căldăraru*, menschenunwürdige Haftbedingungen in Rumänien und Ungarn); EuGH, Urt. v. 25.7.2018 – C-216/18 PPU (*Minister for Justice and Equality*, fehlende Unabhängigkeit der Gerichte in Polen).

⁴⁸ So namentlich bei in einem anderen Mitgliedstaat ausgestellten Fahrerlaubnissen, EuGH, Urt. v. 26.6.2008 – C-329/06, C-343/06 (*Wiedemann und Funk*), Rn. 72. Hieraus

Zu klären wäre dann zum einen, ob „Zielperson“⁵² im Sinne des Art. 31 RL-EEA auch jemand sein kann, dessen Kommunikation nur beiläufig im Rahmen eines gegen andere Personen gerichteten Ermittlungsverfahrens abgegriffen wird. Auch wenn dies bei großflächigen Maßnahmen wie der Infiltration des EncroChat-Servers dazu führen könnte, dass sämtliche Mitgliedstaaten der EU zu benachrichtigen sind (weil damit zu rechnen ist, dass ein entsprechend populärer Dienst in allen Mitgliedstaaten genutzt wird), spricht teleologisch doch einiges für diese Sichtweise: Die Vorschrift soll sicherstellen, dass Ermittlungsmaßnahmen sich nicht ohne Absprache über das eigene Territorium hinaus erstrecken.

Zum anderen – und insbesondere – wäre fraglich, ob diese Unterrichtungspflicht individualschützend ist und deshalb aus ihrer Missachtung ein Beweisverwertungsverbot abgeleitet werden kann.⁵³ Die starke Anknüpfung an das Territorium und damit die Gebietshoheit des einzelnen Mitgliedstaats spricht dafür, dass die Regelung dem Schutz der Mitgliedstaaten dient.⁵⁴ Hinzu kommt, dass der betroffene andere Mitgliedstaat konkludent auf den Schutz des Artikels verzichten kann, indem er auf die Benachrichtigung hin nicht binnen 96 Stunden einschreitet (Art. 31 Abs. 3 RL-EEA).⁵⁵ Die Richtlinie stellt dies klar in sein Ermessen. Bei entsprechenden Informationen zum Fehlen einer Unterrichtung ließe sich aber ein mittelbar individualschützender Charakter des Art. 31 RL-EEA daraus herleiten, dass der Mitgliedstaat, dessen Unterstützung für die TKÜ-Maßnahme nicht benötigt wird (hier Deutschland), selbst verpflichtet ist, auf seinem Staatsgebiet die Achtung der Grundrechte – einschließlich der Kommunikationsfreiheit und des Vertrauens in informationstechnische Systeme sicherzustellen.⁵⁶ Wird ihm dazu durch den ausländischen Staat nicht einmal Gelegenheit gegeben, so lässt sich darin ein schwerwiegender Verstoß gegen grundlegende Wertungen der deutschen Rechtsordnung sehen.⁵⁷ Allerdings behalten auch nach dieser Sichtweise deutsche Gerichte, indem sie später in der hier sog. dritten Phase über die Ver-

wertung der vom anderen Staat erhobenen Beweismittel entscheiden, eine hinreichende Kontrollmöglichkeit (siehe unten 3. b) bb).

cc) Zusammenfassung zur ersten Phase (Beweiserhebung)

Nach gängiger Lesart folgt aus der Art der Beweiserhebung – trotz der Eingriffsintensität der französischen Ermittlungshandlungen – bei isolierter Betrachtung noch kein hinreichender Anhaltspunkt für ein Beweisverwertungsverbot in deutschen Strafverfahren. Die Frage nach der etwaigen Missachtung gewichtiger Rechtspositionen durch die Ermittlungsmaßnahmen verlagert sich dadurch auf die Prüfung der Verfahrensfairness und des *ordre public* im Rahmen der inländischen Beweisverwertung.

2. Zweite Phase: Transfer der Beweismittel

a) Beurteilungsmaßstab und generelle Linie der Rechtsprechung

In der zweiten Phase wurden die in Frankreich erlangten Beweismittel nach Deutschland transferiert. Dieser Abschnitt der grenzüberschreitenden Beweisgewinnung betrifft das Zusammenwirken der Strafverfolgungsorgane mehrerer Staaten (bzw. supranationaler Institutionen). Die anwendbaren Regeln ergeben sich daher häufig aus völkerrechtlichen Übereinkünften – bzw. innerhalb der EU aus supranationalem Unionsrecht – und ggf. den hierzu ergangenen Umsetzungs-vorschriften der beteiligten Staaten. Nach dem lange Zeit vorherrschenden Verständnis des Rechtshilfeverkehrs als primär zwischenstaatliche Angelegenheit war ein besonderer Schutz des betroffenen Individuums in dieser Phase nicht vorgesehen; Beschränkungen des Rechtshilfeverkehrs dienten daher vorrangig dazu, die Interessen der beteiligten Staaten zu wahren. Diese Sichtweise ist nach dem heutigen Stand der Grund- und Beschuldigtenrechte allerdings nicht mehr haltbar; daher darf mittlerweile als anerkannt gelten, dass rechtliche Beschränkungen der Rechtshilfe und Vorgaben für den Beweismitteltransfer zumindest individualschützend sein können.⁵⁸ Verstöße hiergegen kommen daher prinzipiell als Anknüpfungspunkte für ein Beweisverwertungsverbot in Betracht.⁵⁹ Ganz auf dieser Linie hat der BGH schon vor einigen Jahren ein Beweisverwertungsverbot wegen eines Verstoßes gegen Art. 4 Abs. 1 (Normierung des Grundsatzes „*forum regit actum*“) des EU-Rechtshilfeübereinkommens aus dem Jahr 2000 für möglich gehalten: Im damaligen Fall war zweifelhaft, ob bei einer Vernehmung in Frankreich das in Deutschland bestehende Recht des Beschuldigten auf Zeugenkonfrontation beachtet worden war.⁶⁰ Allerdings hat der BGH zwischenzeitlich erkennen lassen, dass der Grund für

⁵² Das OLG Hamburg, Beschl. v. 29.1.2021 – 1 Ws 2/21, Rn. 102 f., sieht die EncroChat-Betreiber als Zielpersonen an.

⁵³ OLG Schleswig-Holstein, Beschl. v. 29.4.2021 – 2 Ws 47/21, Rn. 25, und OLG Celle, Beschl. v. 12.8.2021 – 2 Ws 250/21, Rn. 37, lehnen ein Beweisverwertungsverbot mangels ausdrücklicher Regelung des europäischen Rechts ab.

⁵⁴ Hierzu *Wahl*, ZIS 2021, 452 (458), der einen mittelbaren Individualschutz in Betracht zieht, im Ergebnis den Art. 31 RL-EEA aber vorrangig als Vorschrift zur Wahrung der Souveränitätsinteressen der Staaten ansieht.

⁵⁵ So auch (hilfsweise) OLG Hamburg, Beschl. v. 29.1.2021 – 1 Ws 2/21, Rn. 105; ebenso OLG Karlsruhe, Beschl. v. 10.11.2021 – 2 Ws 261/21, Rn. 33.

⁵⁶ Das KG Berlin, Beschl. v. 30.8.2021 – 2 Ws 93/21, Rn. 52, stellt die Unterrichtungspflicht als Möglichkeit der Mitgliedstaaten dar, den Schutz des Fernmeldegeheimnisses sicherzustellen.

⁵⁷ Das OLG Celle, Beschl. v. 12.8.2021 – 2 Ws 250/21, Rn. 42, 45, gesteht ein, dass die Unterrichtungspflicht neben der Staatssouveränität jedenfalls nachrangig und reflexartig auch die Interessen des Beschuldigten schütze.

⁵⁸ Siehe hierzu *Gleiß/Hackner/Riegel/Schierholt/Trautmann/Wahl/Zimmermann*, in: Schomburg/Lagodny (Fn. 48), Einleitung Rn. 7–19; *Gleiß/Wahl/Zimmermann*, a.a.O., IRG § 73 Rn. 6a ff.

⁵⁹ BGHSt 58, 32 (Rn. 23 – zitiert nach *Juris*); so auch *Pauli*, NSTZ 2021, 146 (147).

⁶⁰ BGH NSTZ 2007, 417; im Ergebnis wurde dort aber ein Beruhen des Urteils auf diesem Verstoß verneint.

ein etwaiges Beweisverwertungsverbot dann häufig doch die Nichtbeachtung von beschuldigtenschützenden StPO-Normen sein wird (im gerade genannten Fall: § 168c StPO).⁶¹

b) Argumentationsansätze in den EncroChat-Verfahren

Unter welchen Voraussetzungen Beweismittel von einem EU-Mitgliedstaat in einen anderen geschafft werden können, regelt das Unionsrecht primär im Rahmen der RL-EEA. Im EncroChat-Komplex hat die Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt a.M. auch eine Ermittlungsanordnung erlassen. Deshalb werden zunächst die sich daraus ergebenden Ansatzpunkte für ein Beweisverwertungsverbot identifiziert (sogleich aa). Allerdings wurde der in Frankreich durch die Infiltrierung von EncroChat erlangte Datensatz losgelöst von diesen Regeln bereits zuvor im Wege einer (mutmaßlichen) „Spontan-Übermittlung“ den deutschen Behörden zugespielt. Es stellt sich daher auch die Frage, inwieweit dieses Vorgehen eine andere Bewertung nach sich zieht (hierzu unter bb).

aa) Verstöße gegen die RL-EEA bzw. deutsches Rechtshilfe-recht

Verstöße gegen deutsches und europäisches Rechtshilferecht können sich aus den §§ 91a ff. IRG ergeben, mit denen die RL-EEA in nationales Recht umgesetzt wurde, ansonsten aus den allgemeinen Grundsätzen zur sog. „kleinen Rechtshilfe“ im IRG. Das deutsche Rechtshilferecht ist dabei richtlinienkonform auszulegen. Wo dies nicht möglich ist, kommt ausnahmsweise auch eine unmittelbare Anwendung von Vorschriften der RL-EEA in Betracht, soweit diese inhaltlich unbedingt und hinreichend genau formuliert sind sowie den Einzelnen begünstigen.⁶²

Für sog. ausgehende Ersuchen, mit denen ein anderer Staat um (Beweis-)Rechtshilfe gebeten wird, enthält das IRG nur sehr wenige ausdrückliche Vorgaben. Auch § 91j IRG betrifft nur die hier nicht einschlägige Konstellation, dass eine EEA durch eine Verwaltungsbehörde erlassen wird. Für alle anderen Fälle gilt, dass ein ausgehendes Ersuchen zulässig ist, wenn die angeforderte Maßnahme auch im Inland von deutschen Behörden rechtmäßig vorgenommen werden könnte.⁶³ Dahinter lässt sich der Gedanke sehen, dass das Absenden eines Rechtshilfeersuchens selbst eine Ermittlungsmaßnahme deutscher Behörden darstellt. Es ist deshalb – neben den Beschränkungen, welche die StPO hinsichtlich der fraglichen Ermittlungsmaßnahme aufstellt – stets auch der allge-

meine rechtsstaatliche Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Hinblick auf die Rechte des Betroffenen zu beachten.⁶⁴ Da unzweifelhaft sein dürfte, dass diese Anforderungen an ausgehende Ersuchen dem Schutz des Individuums dienen, kommen sie als Anknüpfungspunkt für ein Verwertungsverbot in Betracht. Auch wenn sie im IRG nicht explizit normiert sind, findet sich eine eindeutige Grundlage mittlerweile in Art. 6 Abs. 1 der RL-EEA. Die Vorschrift verleiht diesen Anforderungen unionsrechtlichen Rang und „aktiviert“ bei dem Erlass einer EEA die europäischen Grund- und Verfahrensrechte. Für die Verhältnismäßigkeit einer mittels EEA angeforderten Ermittlungsmaßnahme kommt es deshalb auch auf Wertungen der EU-Grundrechtecharta an und für die Klärung von diesbezüglichen Zweifelsfragen ist letztlich der EuGH zuständig.

(1) Besonderheit: Fehlender Bezug der EEA zu einem konkreten Sachverhalt

Bei der Anwendung dieser Grundsätze auf die von der Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt ausgestellte EEA sticht eine Besonderheit ins Auge: Sie erging nicht in einem Strafverfahren gegen einen bestimmten (und sei es vielleicht auch unbekannt) Beschuldigten wegen einer abgrenzbaren mutmaßlichen Straftat, sondern sie war auf eine unbekanntes Vielzahl von Tätern und nicht näher benannte, verschiedenste Sachverhalte und Straftaten ausgerichtet. Die Angaben zu den tatsächlichen Grundlagen besagen nur, dass in Deutschland mutmaßlich schwere Straftaten unter Nutzung von EncroChat-Geräten begangen wurden.⁶⁵ Es war demnach bei Ausstellung der EEA noch gar nicht klar, welche konkreten Einzeltaten es aufzuklären galt, und es ist auch nicht ersichtlich, dass bereits ein konkretes, auf einen bestimmten Sachverhalt bezogenes Strafverfahren in Deutschland eingeleitet worden war: Man wusste lediglich, dass das EncroChat-Material irgendwelche strafrechtlich relevanten Informationen enthielt.

Nach Art. 1 Abs. 1 RL-EEA muss eine Ermittlungsanordnung zwar nur „zur Erlangung von Beweisen“ dienen. Jedoch spricht Art. 4 lit. a RL-EEA davon, dass eine EEA erlassen werden kann „in Bezug auf Strafverfahren, die eine Justizbehörde wegen einer nach dem nationalen Recht des Anordnungsstaats strafbaren Handlung *eingeleitet hat*“ (*Hervorhebung durch den Verf.*). Nach Art. 5 Abs. 1 lit. d RL-EEA ist in dem Formblatt für den Erlass zudem „eine Beschreibung der strafbaren Handlung, die Gegenstand der Ermittlungen oder des Verfahrens ist“, anzugeben. Der Wortlaut dieser beiden Vorschriften zeigt, dass eine EEA die vorherige Einleitung eines konkreten Strafverfahrens im Ausstellungsstaat voraussetzt und dass sie sich nur auf die Aufklärung bestimmter Vorgänge beziehen kann. Auch Erwägungsgrund Nr. 10 zur RL-EEA geht davon aus, dass die Anordnungsbehörde bereits nähere Kenntnisse von dem zu ermittelnden Sachverhalt hat.

⁶¹ BGHSt 58, 32 (Rn. 23 – zitiert nach Juris).

⁶² Siehe hierzu – speziell auch im Kontext von Art. 6 RL-EEA – Böse, ZIS 2014, 152 (162). Allgemein Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht, 9. Aufl. 2020, § 10 Rn. 99. Die Ausführungen dort beziehen sich zwar auf Richtlinien, die das innerstaatliche Strafverfahrensrecht harmonisieren, gelten aber genauso für Richtlinien zur Angleichung des Rechtshilferechts wie die RL-EEA.

⁶³ Gleß, Beweisrechtsgrundsätze einer grenzüberschreitenden Strafverfolgung, 2006, S. 109; Vogel/Burchard, in: Grütznert/Pötz/Kreß/Gazeas (Hrsg.), Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, IRG Vor § 1 Rn. 91 a.E.; Hackner, in: Schomburg/Lagodny (Fn. 48), IRG Vor § 68 Rn. 27.

⁶⁴ Siehe etwa Böse, ZStW 114 (2002), 148 (154) m.w.N.; Vogel/Burchard (Fn. 63), IRG Vor § 1 Rn. 95; Gleß/Hackner/Riegel/Schierholt/Trautmann/Wahl/Zimmermann (Fn. 58), Einl. Rn. 189 ff., 194.

⁶⁵ OLG Karlsruhe, Beschl. v. 10.11.2021 – 2 Ws 261/21, Rn. 20.

Eine EEA darf deshalb nicht „ins Blaue hinein“ erlassen werden.

Auch der Gesamtzusammenhang der Richtlinie spricht gegen die Zulässigkeit einer völlig allgemein gehaltenen EEA. Denn solange es kein konkretes Verfahren im Ausstellungsstaat gibt, ist eine Prüfung der in Art. 11 RL-EEA vorgesehenen Ablehnungsgründe nicht möglich.⁶⁶ Werden pauschal Daten mit Bezug zu deutschem Territorium angefordert, gibt es keine Möglichkeit, zu prüfen, ob etwa Immunitäten oder Vorrechte eingreifen (lit. a) – hierzu lassen sich insbesondere Vorschriften zum Schutz von Berufsgeheimnisträgern wie Rechtsanwälten und Medienvertretern zählen.⁶⁷ Auch ob ein Sachverhalt bereits endgültig abgeurteilt wurde und deshalb ein Doppelbestrafungsverbot besteht (lit. d), lässt sich ohne nähere Informationen zu den Tatsachen, deretwegen im Anordnungsstaat ermittelt wird, nicht klären. Dasselbe gilt für die Frage, ob die Maßnahme grob unverhältnismäßig ist und ihre Vollstreckung deshalb gegen Grundrechte – einschließlich solche Dritter – verstößt (lit. f). Selbst das Erfordernis der beiderseitigen Strafbarkeit (lit. g) kann dadurch unterlaufen werden – es ist ja nicht ausgeschlossen, dass Informationen aus den EncroChat-Ermittlungen auch zu Taten führen, die nicht in der Positivliste enthalten und nur nach deutschem, nicht aber nach französischem Recht strafbar sind. Allerdings sind die in Art. 11 der RL-EEA vorgesehenen Ablehnungsgründe ausnahmslos fakultativ ausgestaltet. Ob und in welchem Umfang der Vollstreckungsstaat von ihnen Gebrauch macht, steht daher in seinem Ermessen. Darin, dass die französischen Behörden trotz der unklaren Zielrichtung der EEA die fraglichen Beweismittel übergaben und ihre Verwendung genehmigten, ließe sich deshalb ein Verzicht auf ihr Ablehnungsrecht sehen. Hiergegen spricht aber, dass der Vollstreckungsstaat bei der Ausführung einer EEA auf der Grundlage von Unionsrecht agiert und deshalb an die europäischen Grundrechte gebunden ist (Art. 51 Abs. 1 GRC);⁶⁸ es lässt sich deshalb bereits argumentieren, dass eine Pflicht des Vollstreckungsstaats zur Prüfung der Ablehnungsgründe besteht.

Zum anderen müsste nach dem Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung jedenfalls der Ausstellungsstaat bei dem Erlass der EEA umfassend dafür Sorge tragen, dass die Grundrechte gewahrt bleiben. Nur damit lässt sich die für den Vollstreckungsstaat fakultative Ausgestaltung der Ablehnungsgründe in Art. 11 RL-EEA legitimieren. Im Kontext des Europäischen Haftbefehls verlangt der EuGH deshalb, dass vor dessen Erlass zunächst ein nationaler Haftbefehl mitsamt einer umfassenden Rechtmäßigkeitsprüfung ergehen muss.⁶⁹ Übertragen auf den grenzüberschreitenden Beweisverkehr bedeutet das: Es ist unzulässig, eine EEA zu erlassen, bevor es ein konkretes Strafverfahren im Anordnungsstaat gibt, in dem die betreffende Maßnahme einzelfallbezogen auf

ihre Vereinbarkeit mit den Individualrechten der Betroffenen geprüft werden kann. Niederschlag hat dieser Gedanke in Art. 6 Abs. 1 RL-EEA gefunden. Nach dessen lit. a muss der Erlass einer Ermittlungsanordnung unter Berücksichtigung der Rechte der verdächtigen oder beschuldigten Person notwendig und verhältnismäßig sein. Zudem muss nach lit. b die betreffende Maßnahme in einem vergleichbaren innerstaatlichen Fall unter denselben Bedingungen zulässig sein. Im Folgenden ist daher zu untersuchen, ob die völlig vage Zielrichtung der von der Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt erlassenen EEA im Zuge der EncroChat-Ermittlungen mit diesen Regelungen vereinbar ist.

(2) Einordnung der angeforderten Maßnahme

Um die Vorgaben des Art. 6 Abs. 1 RL-EEA operabel zu machen, ist zunächst der heranzuziehende Maßstab zu klären: Denkbar erschiene es einerseits, auf die Infiltrierung des EncroChat-Servers und der Endgeräte abzustellen und die Verhältnismäßigkeit (lit. a) sowie die Zulässigkeit nach deutschem Recht (lit. b) hieran zu messen. Andererseits ließe sich darauf abstellen, dass mit der EEA lediglich um die Übergabe der bereits bei den französischen Behörden vorhandenen Daten ersucht wurde. In einem weitgehend vergleichbaren Fall, der die Übergabe von TKÜ-Protokollen aus einem tschechischen Strafverfahren betraf (wenngleich nicht auf Grundlage einer EEA, sondern nach einem bilateralen Ergänzungsvertrag zum Europäischen Rechtshilfeübereinkommen), hat sich der *1. Strafsenat* des BGH im Jahr 2012 klar zugunsten der zweiten Lesart positioniert und nur auf die Übergabe der Daten abgestellt.⁷⁰ Auch in der Literatur finden sich in diese Richtung zielende Stellungnahmen.⁷¹

Der Schwachpunkt dieser Sichtweise ist die dadurch geschaffene Umgehungsgefahr: Anstatt eine höchst grundrechtsensible Maßnahme, die im Ausstellungsstaat mit strengen rechtlichen Schranken verbunden ist (wie die TKÜ), direkt mittels einer EEA anzufordern (wofür dieselben strengen Vorgaben zu beachten wären), könnte der an den Beweisen interessierte Staat die Behörden des anderen Staates formlos anregen, ein innerstaatliches Strafverfahren zu eröffnen. Die darin nach ausländischem Recht (mit womöglich niedrigerem Schutzniveau für den Betroffenen) erlangten Beweismittel ließen sich anschließend als „schon vorhandene“ unter leichteren Bedingungen mittels einer EEA abgreifen.⁷²

Abgesehen davon, dass es im EncroChat-Fall keine Anhaltspunkte für eine gezielte Umgehung gibt, spricht aber auch ein systematisches Argument für die herrschende Ansicht: Art. 10 Abs. 2 lit. a RL-EEA behandelt den Zugriff auf bereits vorhandene Beweismittel als eigenständige Maßnahmenkategorie. Die Richtlinie geht also nicht davon aus, dass stets auf die Maßnahme abzustellen wäre, aus welcher die Beweismittel im Vollstreckungsstaat herrühren. Ferner ist zu berücksichtigen, dass die Weitergabe und -verwendung bereits erhobener Daten zwar grundrechtsrelevant i.S.d. Art. 10

⁶⁶ Hierzu auch *Wahl*, ZIS 2021, 452 (460).

⁶⁷ Siehe Erwägungsgrund Nr. 20 zur RL-EEA.

⁶⁸ Ausführlich *Burchard*, Die Konstitutionalisierung der gegenseitigen Anerkennung, 2019, S. 405 ff.; *Gleiß/Wahl/Zimmermann* (Fn. 48), IRG § 73 Rn. 124.

⁶⁹ EuGH, Urt. v. 1.6.2016 – C-241/15 (Bob-Dogi), Rn. 55-57.

⁷⁰ BGHSt 58, 32 (Rn. 32 und insbesondere 43 f. – zitiert nach *Juris*).

⁷¹ *Hackner* (Fn. 63), IRG Vor § 68 Rn. 37.

⁷² Zu diesem Problem *Burchard* (Fn. 68), S. 587 (Fn. 629).

GG ist, aber weniger schwer wiegt als das Eindringen in das Kommunikationssystem des Betroffenen selbst. Auch die Umgehungsbedenken lassen sich durch Art. 6 Abs. 1 lit. b RL-EEA partiell entkräften: Sofern das Recht des Anordnungsstaats für den Zugriff auf schon vorhandene Beweismittel besondere Hürden aufstellt, gelten diese auch bei dem Erlass einer EEA (dazu jetzt (3)).

(3) *Verhältnismäßigkeit (Art. 6 Abs. 1 lit. a RL-EEA)*

Sofern die EEA nicht in einem konkreten Strafverfahren erging, erscheint sehr fraglich, ob die Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt die Verhältnismäßigkeit der fraglichen Maßnahme hinreichend geprüft hat, bzw. dies auch nur konnte: Die Weitergabe aller Kommunikationsdaten einer Person, die über den EncroChat-Server abgewickelt wurden, umfasst zwangsläufig auch Kontakte und Inhalte, die keinen kriminellen Hintergrund haben und möglicherweise sogar durch Grund- und Beschuldigtenrechte (insbesondere nach der Kernbereichslehre⁷³ oder als Verteidigerkonsultation) besonders geschützt sind. Um beurteilen zu können, ob eine so umfassende Datenabfrage dennoch verhältnismäßig ist, bedarf es einer genauen Prüfung der Schwere der aufzuklärenden Tat. Ohne nähere Kenntnis bezüglich der Tat – „ins Blaue hinein“ – ist eine solche Anordnung deshalb nicht verhältnismäßig.⁷⁴

(4) *Zulässigkeit in einem innerstaatlichen Strafverfahren (Art. 6 Abs. 1 lit. b RL-EEA)*

Zielt die Maßnahme, deren Rechtmäßigkeit in einem hypothetischen innerstaatlichen Strafverfahren in Deutschland gegeben sein müsste, auf die Erlangung bereits vorhandener Informationen ab (s.o.), bietet es sich an, eine Parallele zu sog. Zufallsfunden⁷⁵ zu ziehen: Die betreffenden Daten wurden ursprünglich in einem französischen Strafverfahren gegen die Vertreiber der EncroChat-Geräte und vereinzelte Abnehmer gewonnen, sollen nun aber für deutsche Strafverfahren gegen andere Personen (die in Deutschland ansässigen Nutzer) verwendet werden. Die Prüfung gem. Art. 6 Abs. 1 lit. b RL-EEA bezieht sich deshalb darauf, ob bei einem Inlandssachverhalt eine Verwendung der anderweitig erlangten Beweismittel in einem deutschen Strafverfahren zulässig wäre.⁷⁶

⁷³ BVerfGE 109, 279 (Großer Lauschangriff); BVerfGE 120, 274 (Online-Durchsuchung im VSG NRW); BVerfG NJW 2011, 2417 (Steuer-CD); BVerfGE 129, 208 (TKÜ-Neuregelung); BVerfGE 141, 220 (BKA-Gesetz).

⁷⁴ Anders OLG Hamburg, Beschl. v. 29.1.2021 – 1 Ws 2/21, Rn. 118.

⁷⁵ Hadamitzky, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, Strafprozessordnung, Kommentar, 5. Aufl. 2020, § 108 Rn. 2; Köhler, in: Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen, Kommentar, 64. Aufl. 2021, § 108 Rn. 1.

⁷⁶ So BGHSt 58, 32 (Rn. 44 – zitiert nach Juris), zu einem Ersuchen um Übergabe von TKÜ-Daten aus einem ausländischen Strafverfahren auf der Grundlage des deutsch-tschechischen Ergänzungsvertrags zum Europäischen Rechtshilfe-

Entstammen Zufallsfunde einer StPO-Maßnahme, richtet sich ihre Nutzung für ein anderes Strafverfahren nach § 479 Abs. 2 StPO; für mittels einer Online-Durchsuchung erlangte Daten stellt § 100e Abs. 6 Nr. 1 StPO eine Sondernorm dar. Sollen personenbezogene Daten verwendet werden, die auf der Basis anderer (insbesondere polizeirechtlicher) Gesetze erlangt wurden, findet sich eine Grundlage in § 161 Abs. 3 und dem spezielleren § 100e Abs. 6 Nr. 3 StPO. Da es sich bei der Infiltration des EncroChat-Servers in Frankreich nicht um eine Ermittlungsmaßnahme nach StPO-Vorschriften handelte, erscheint ein Rückgriff auf die beiden letztgenannten Normen sachgerecht;⁷⁷ in der Sache muss aber nach allen diesen Vorschriften die Tat, die mithilfe der zufällig erlangten Informationen verfolgt werden soll, zu den Delikten zählen, für die eine vergleichbare Ermittlungsmaßnahme angeordnet werden könnte.

Die zentrale Frage ist folglich, welche StPO-Ermittlungsmaßnahme der Infiltrierung des EncroChat-Servers am nächsten kommt – denn davon hängt ab, in welchem Umfang die französischen Daten in Deutschland genutzt werden können. Gäbe es im deutschen Recht keine vergleichbare Maßnahme, wäre eine Verwendung der Daten ausgeschlossen.⁷⁸ Denkbar erschiene es grundsätzlich, das französische Vorgehen als Quellen-TKÜ oder als Online-Durchsuchung zu begreifen.⁷⁹ Da die verwendete Software es auch ermöglichte, auf den Endgeräten gespeicherte ältere Nachrichten und Notizen auszulesen, die nicht (mehr) Gegenstand eines Kommunikationsvorgangs waren, erscheint nur die Einordnung als Online-Durchsuchung überzeugend. Das bedeutet: Eine Verwendung wäre in einem vergleichbaren Inlandsfall nur dann möglich, wenn eine Online-Durchsuchung zur Erhebung der Daten bei dem konkreten Beschuldigten hätte angeordnet werden können (§ 100e Abs. 6 Nr. 1 bzw. Nr. 3 StPO). Nur

übereinkommen. Zwar gab es seinerzeit die RL-EEA noch nicht; Art. 17 Abs. 5 i.V.m. Abs. 2 Nr. 1 dieses Ergänzungsvertrags schreibt aber vor, dass auch bei einem Ersuchen um Herausgabe bereits vorhandener TKÜ-Daten die Rechtmäßigkeit in einem vergleichbaren innerstaatlichen Fall zu bescheinigen ist. In der Sache trifft diese Vorschrift daher genau die Aussage, die in Art. 6 Abs. 1 lit. b RL-EEA allgemein für sämtliche Ermittlungshandlungen zu finden ist. Daher ist auch die BGH-Entscheidung auf die hier interessierende Fragestellung übertragbar.

⁷⁷ Für eine Anwendung von § 100e Abs. 6 Nr. 1 StPO hingegen OLG Hamburg, Beschl. v. 29.1.2021 – 1 Ws 2/21, Rn. 59 – in der Sache ergibt sich daraus verglichen mit der hier bevorzugten Heranziehung von § 100e Abs. 6 Nr. 3 StPO kein Unterschied.

⁷⁸ Griesbaum, in: Hannich (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 8. Aufl. 2019, Rn. 35a.

⁷⁹ Siehe auch Brodowski, Verdeckte technische Überwachungsmaßnahmen im Polizei- und Strafverfahrensrecht, 2016, S. 148, der allerdings wegen der seinerzeit fehlenden gesetzlichen Normierung beider Ermittlungsmaßnahmen schlicht von der Unzulässigkeit der Verwertung ausgehen konnte. Aufgrund der geänderten Gesetzeslage erscheint diese Lösung heute nicht mehr gangbar.

unter diesen strengen Voraussetzungen durften somit nach Art. 6 Abs. 1 lit. b RL-EEA deutsche Behörden eine Ermittlungsanordnung ausstellen.

Konkret durfte deshalb mittels einer EEA nur um die Übergabe von Informationen ersucht werden, die zur Aufklärung einer Katalogtat gem. § 100b Abs. 2 StPO erforderlich waren. Ferner muss dieses Delikt auch im Einzelfall besonders schwer wiegen, § 100b Abs. 1 Nr. 2 StPO, weil nur aufgrund einer solchen Tat i.S.d. § 100e Abs. 6 Nr. 3 StPO eine Online-Durchsuchung angeordnet werden kann.⁸⁰ Für die Verwendung von Zufallsfunden aus einer der Online-Durchsuchung vergleichbaren Maßnahme müssen die Erkenntnisse außerdem den von § 100b Abs. 1 StPO vorausgesetzten konkreten Tatverdacht begründen.⁸¹ All dies hatte die ausstellende Behörde nach Art. 6 Abs. 1 lit. b RL-EEA zu prüfen. Dass das bei dem Erlass einer EEA, die unspezifisch auf beliebige Taten gerichtet war, für die sich in den französischen Daten ein Anhaltspunkt finden konnte, nicht geschehen sein kann, liegt auf der Hand.

Nach § 161 Abs. 1 i.V.m. § 160 Abs. 1 StPO muss außerdem zumindest ein Anfangsverdacht bestehen, damit Informationen von anderen (deutschen) Behörden angefordert werden dürfen – und dementsprechend müsste ein solcher Anfangsverdacht über Art. 6 Abs. 1 lit. b RL-EEA auch für eine EEA bezüglich bereits in Frankreich vorhandener Beweismittel bestanden haben. Erforderlich hierfür wären gem. § 152 Abs. 2 StPO „zureichende tatsächliche Anhaltspunkte“ für die Begehung einer verfolgbaren Straftat, d.h. die Annahme, dass eine Straftat begangen wurde, muss sich auf konkrete Tatsachen stützen.⁸² Insoweit besteht zwar ein gewisser Beurteilungsspielraum der Strafverfolgungsbehörden, aber pauschale Mutmaßungen reichen für die Annahme eines Anfangsverdachts ebenso wenig aus⁸³ wie die allgemeine Lebenserfahrung, dass Menschen in einem bestimmten Umfeld gehäuft Straftaten begehen.⁸⁴ Die allgemeine Information, dass die EncroChat-Technik (auch) von Straftätern genutzt wurde, begründete daher keinen Tatverdacht gegen sämtliche Nutzer (aufgrund welchen Tatbestands auch?). Sie war deshalb keine ausreichende Grundlage für den Erlass einer so allgemein gehaltenen EEA.⁸⁵

⁸⁰ Kölbl, in: Knauer/Kudlich/Schneider (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 2, 2016, § 161 Rn. 47; allgemein Brodowski (Fn. 79), S. 147, 150.

⁸¹ BVerfGE 109, 279 (377); zum heutigen § 100e Abs. 6 Nr. 1 Bruns, in: Hannich (Fn. 78), § 100e Rn. 25; Graf, in: Graf (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafprozessordnung, Stand: 1.10.2021, § 100e Rn. 33. Dies hat für den insoweit wortgleichen § 100e Abs. 6 Nr. 3 StPO entsprechend zu gelten.

⁸² Peters, in: Knauer/Kudlich/Schneider (Fn. 80), § 152 Rn. 38; Beulke/Swoboda, Strafprozessrecht, 15. Aufl. 2020, Rn. 479.

⁸³ Vgl. Schnabl, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Fn. 75), § 152 Rn. 6.

⁸⁴ Beulke/Swoboda (Fn. 82), Rn. 479.

⁸⁵ Den Anfangsverdacht verneint auch Wahl, ZIS 2021, 452 (456), unter Verweis auf BVerfG NJW 2020, 2699.

(5) Konsequenzen für die Beweisverwertbarkeit

Die von der Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt ausgestellte EEA verstieß gegen Art. 6 Abs. 1 lit. a und lit. b RL-EEA sowie gegen die inhaltlich gleichlaufenden deutschen Rechtshilfegrundsätze für ausgehende Ersuchen. Wegen deren individualschützenden Charakters liegt hierin ein Anknüpfungspunkt für ein Verwertungsverbot. Von besonders großer Tragweite ist der Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 lit. b RL-EEA: Wenn die Voraussetzungen einer Online-Durchsuchung nicht vorlagen und die Daten deshalb in einem hypothetisch rein deutschen Fall nicht für ein (anderes) Strafverfahren hätten herangezogen werden dürfen, greift schon allein deshalb ein Verwendungsverbot gem. § 100e Abs. 6 Nr. 3 StPO, das auch die Verwertung als Beweismittel ausschließt. Abgesehen hiervon können auch das Fehlen eines hinreichend konkretisierten Tatverdachts bei Erlass der EEA (Art. 6 Abs. 1 lit. b RL-EEA) und die zwangsläufig unterbliebene Prüfung der Verhältnismäßigkeit (Art. 6 Abs. 1 lit. a RL-EEA) ein Beweisverwertungsverbot nach sich ziehen. Wie bei Verstößen gegen innerstaatliches Strafprozessrecht kommt es dafür auf eine Gesamtbetrachtung an, die vor allem das Gewicht des Verstoßes und das Interesse an einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege in den Blick zu nehmen hat.⁸⁶

Von einem möglichen Beweisverwertungsverbot zu trennen ist die Frage, ob die Informationen zumindest als Spurensatz Verwendung finden konnten.⁸⁷ Gerade im Kontext des § 161 Abs. 3 StPO, der lediglich die Verwendung „zu Beweis Zwecken“ beschränkt, wird dies für zulässig gehalten, selbst wenn es um Nichtkatalogtaten geht.⁸⁸ Anders liegt es jedoch bei Daten i.S.v. § 100e Abs. 6 Nr. 1 bzw. Nr. 3 StPO, da insoweit jede Form der Verwendung ausgeschlossen ist, wenn die Voraussetzungen einer Online-Durchsuchung als hypothetischer Ersatzeingriff nicht vorliegen.⁸⁹

bb) Spontanübermittlung der EncroChat-Daten?

Fraglich ist nun, wie es sich auf die Verwertbarkeit der EncroChat-Daten auswirkt, dass sämtliches Datenmaterial schon vor dem Erlass einer EEA an deutsche Behörden übergeben worden war.

(1) Zwischenstaatlicher Austausch nach Art. 7 des RB-Informationsaustausch

Eine Grundlage für die spontane Übermittlung von Informationen zwischen Strafverfolgungsbehörden liefert der RB-Informationsaustausch. Er ist freilich prinzipiell nicht für die Übergabe von Beweismitteln gedacht, sondern lässt nach

⁸⁶ Schmitt, in: Meyer-Goßner/Schmitt (Fn. 75), Einl. Rn. 55 f.; Beulke, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Fn. 75), Einl. Rn. 264 ff.; Eschelbach, in: Graf (Fn. 81), § 261 Rn. 30–33.

⁸⁷ Wahl, ZIS 2021 452 (457, 461); siehe auch Pauli, NStZ 2021, 146 (147).

⁸⁸ Siehe etwa Kölbl (Fn. 80), § 161 Rn. 47; Ziegler, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Fn. 75), § 161 Rn. 27; einschränkend aber auch BVerfGE 141, 220 (337).

⁸⁹ Siehe zur Vorgängernorm BVerfGE 109, 279 (377); Graf, (Fn. 81), § 100e Rn. 34.

seinem Art. 1 Abs. 2 die herkömmlichen Instrumente der (Beweis-)Rechtshilfe und der gegenseitigen Anerkennung unberührt. Umgesetzt wurde der RB-Informationsaustausch in den §§ 92 ff. IRG, wobei § 92c IRG die von Deutschland ausgehende Spontanübermittlung betrifft, § 92b IRG (i.V.m. § 77h IRG) hingegen die Verwendung empfangener Daten. Nach der Vorschrift sind die Bedingungen des übermittelnden Staates zu beachten und die Nutzung als Beweismittel ist von einer expliziten Zustimmung des übermittelnden Staates abhängig.

Genauere Vorgaben für den Datentransfer lassen sich indes dem Rahmenbeschluss selbst entnehmen: Nach seinem Art. 7 Abs. 1 können Strafverfolgungsbehörden unaufgefordert Informationen mit den Behörden anderer Mitgliedstaaten teilen, wenn „konkrete Gründe für die Annahme bestehen, dass diese Informationen und Erkenntnisse dazu beitragen könnten, [bestimmte⁹⁰] Straftaten [...] aufzuklären“ (*Hervorhebung* durch den *Verf.*). Es ist also ein konkretisierter Verdacht nötig.⁹¹ Die in Art. 1 Abs. 4 vorgesehene Möglichkeit, dass Daten zunächst spontan übermittelt werden und die empfangende Behörde später mittels der gewöhnlichen Rechtshilfeinstrumente um die Zustimmung zur Verwendung als Beweismittel ersucht (wie die Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt mit ihrer EEA), macht den erforderlichen Bezug schon der Datenübermittlung zu einem konkreten Verdachtsfall nicht entbehrlich. Wie bereits im Kontext von Art. 6 RL-EEA herausgearbeitet wurde, ist dieser Einzelfallbezug bei den EncroChat-Daten nicht gegeben. Die Übergabe des kompletten Datenpakets aus den EncroChat-Ermittlungen an deutsche Behörden war deshalb mit Art. 7 Abs. 1 RB-Informationsaustausch nicht vereinbar. Es lässt sich auch nicht einwenden, dass es sich hierbei nur um eine Mindestvorgabe handele und es den Mitgliedstaaten freistehe, auch ohne Einzelfallbezug Informationen zu teilen. Dies verdeutlicht Art. 7 Abs. 2 RB-Informationsaustausch: Danach dürfen „nur die Informationen [...] zur Verfügung gestellt [werden], die für die erfolgreiche Aufdeckung, Verhütung oder Aufklärung der betreffenden Straftat oder kriminellen Aktivität für sachdienlich und erforderlich gehalten werden“ (*Hervorhebungen* durch den *Verf.*). Nach der eindeutigen Formulierung handelt es sich hierbei um eine – letztlich im Datenschutzrecht wurzelnde – Zulässigkeitsvoraussetzung, die eine entsprechende Prüfung seitens der übermittelnden Behörde verlangt. Es ist aus Gründen der schieren Masse jedoch nicht vorstellbar, dass die französischen Behörden die Daten zunächst auf ihre strafrechtliche Relevanz „gefiltert“ haben.

Dass die spontane und informelle Übergabe umfangreicher Datenpakete ohne Bezug zu konkreten Einzeltaten nach

⁹⁰ Es handelt sich um die Deliktsfelder der „Positivliste“ in Art. 2 Abs. 2 des Rahmenbeschlusses 2002/584/JI des Rates über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten, ABl. EG Nr. L 190 v. 18.7.2002, S. 1.

⁹¹ OLG Bremen, Beschl. v. 18.12.2020 – 1 Ws 166/20, Rn. 30, und OLG Hamburg, Beschl. v. 29.1.2021 – 1 Ws 2/21, Rn. 110, nehmen hinreichend konkrete Anhaltspunkte für Taten nach Art. 2 Abs. 2 RB 2002/584/JI kurzerhand an.

dem RB-Informationsaustausch nicht zulässig ist, ergibt sich ferner aus dem Gesamtzusammenhang mit den Regelungen der Beweisrechtshilfe: Ein solches Ausweichen auf die Spontanübermittlung würde anderenfalls geradezu dazu einladen, die engeren Vorgaben, wie sie sich aus der RL-EEA ergeben, zu umgehen (namentlich die Bindung an die Verwendungsschranken im Empfängerstaat nach Art. 6 Abs. 1 lit. b, s.o.).⁹² Unabhängig davon, ob es im konkreten Fall Anhaltspunkte für eine gezielte Umgehung gab,⁹³ muss eine rechtsstaatlichen Grundsätzen verpflichtete grenzüberschreitende Strafrechtspflege schon die Gefahr zu vermeiden suchen, dass solche – auch individualschützenden – Mechanismen ausgeschaltet werden.

Wenn nach dem Vorstehenden die Übermittlung der Daten von Frankreich nach Deutschland mit europäischem Recht unvereinbar war, handelt es sich hierbei zwar um einen Rechtsverstoß der französischen Behörden. Auch wenn man grundsätzlich an dem vom BGH für den Rechtshilfeverkehr innerhalb der Union aufgestellten Vertrauensgrundsatz festhält, obwohl dieser selbst in der EuGH-Rechtsprechung – etwa bei offensichtlichen Fehlern – nicht unbegrenzt gilt (s.o. 1. a) und b) aa), handelt es sich hier doch um einen Verstoß nicht gegen rein innerstaatliches französisches Recht, sondern gegen Unionsrecht. Solche Fehler in einem deutschen Strafverfahren zu berücksichtigen, ist weder aus Souveränitätsgesichtspunkten bedenklich, noch ist davon auszugehen, dass französische Behörden die betreffenden Regeln besser anzuwenden wissen als ihre deutschen Kollegen. Vielmehr ist bei einem Akt des grenzüberschreitenden Beweistransfers auch die deutsche (Empfänger-)Seite dafür verantwortlich, auf ein hinreichendes Schutzniveau für den Betroffenen zu achten.⁹⁴ In jedem Fall hätten die deutschen Behörden daher bei dem Erlass der EEA, mit der gem. Art. 1 Abs. 4 RB-Informationsaustausch um die Zustimmung zur Verwendung der übermittelten Daten in Strafverfahren ersucht wurde, wiederum Art. 6 Abs. 1 RL-EEA befolgen müssen⁹⁵ – was wie oben dargelegt nicht geschehen ist. Im Ergebnis führt der Umstand, dass die Daten schon vorab nach Deutschland überspielt worden waren, also nicht zu einer anderen Bewertung, als wenn die Übergabe mittels einer EEA angefordert worden wäre.

(2) Übermittlung durch Europol

Anhand der vorliegenden Informationen ist davon auszugehen, dass Frankreich nach Art. 6 Abs. 2 des RB-Informa-

⁹² Zur Umgehung des Ersuchensprinzips *Wahl*, ZIS 2021, 452 (460).

⁹³ Dies verneint etwa OLG Schleswig-Holstein, Beschl. v. 29.4.2021 – 2 Ws 47/21, Rn. 22.

⁹⁴ Zu diesem Grundsatz der Gesamtverantwortung für die Achtung von Grundrechten *Vogel/Burchard* (Fn. 63), IRG Vor § 1 Rn. 124, 135; *Gleiß/Hackner/Riegel/Schierholt/Trautmann/Wahl/Zimmermann*, (Fn. 58), Einl. Rn. 183.

⁹⁵ Dass dies bei Erlass der um Zustimmung zur Verwendung ersuchenden EEA durchaus möglich (und verpflichtend) gewesen wäre, verkennt OLG Karlsruhe, Beschl. v. 10.11.2021 – 2 Ws 261/21, Rn. 30.

tionsaustausch die Daten aus den EncroChat-Ermittlungen mit Europol geteilt hat und dass jedenfalls erste Datensätze durch Europol an das Bundeskriminalamt übermittelt wurden.⁹⁶ An der obigen Wertung ändert jedoch auch dies nichts: Europol wird nicht als selbstständig ermittelnde Behörde vergleichbar einer innerstaatlichen Polizei tätig. Es ist nur unter engen Voraussetzungen befugt, selbst Informationen zu sammeln (Art. 17 Abs. 2 Europol-VO). Im Wesentlichen dient Europol vielmehr als Knotenpunkt für den Austausch von Informationen, die von den Mitgliedstaaten nach ihrem Recht erhoben wurden (Art. 17 Abs. 1 Europol-VO). Die Grundidee hinter der Konstruktion von Europol lässt sich daher dahingehend skizzieren, dass sensible Daten, die von Europol empfangen, verarbeitet und gespeichert werden, zuvor schon durch den „Rechtmäßigkeits-Filter“ einer mitgliedstaatlichen Rechtsordnung gegangen sind (Art. 7 Abs. 6 lit. d i.V.m. Art. 38 Abs. 5 lit. a Europol-VO). Die Mitwirkung Europolis kann daher nicht den Maßstab für die Rechtmäßigkeit einer Datenübermittlung unter das Niveau absenken, das bei einer direkten Übermittlung zwischen zwei Mitgliedstaaten zu beachten wäre. Dass im EncroChat-Fall Europol eingeschaltet wurde, suspendiert folglich nicht die – hier nicht erfüllten – Vorgaben des Art. 7 RB-Informationsaustausch und des Art. 6 Abs. 1 RL-EEA.

cc) Zusammenfassung zur zweiten Phase (Beweistransfer)

In der Phase des Beweistransfers setzt sich die eingangs erwähnte Problematik der französischen Ermittlungsmaßnahme fort: Der Haupteinwand gegen die Weitergabe der EncroChat-Daten nach Deutschland besteht darin, dass es sich um eine gewaltige Datenmenge handelt, die – ohne Unterscheidung nach ihrer strafrechtlichen Relevanz – eine Vielzahl nicht miteinander verknüpfter Personen und Lebenssachverhalte umfasst. Übermittelt wurden schlicht sämtliche Daten mit Bezug zu Deutschland unabhängig davon, ob eine Verbindung zu konkreten Straftaten erkennbar war. Weder die RL-EEA noch der RB-Informationsaustausch sind indes für die Übergabe solcher diffuser Datenpakete gedacht. Angesichts ihrer individualrechtlichen Sensibilität sind diese Instrumente der europäischen Strafrechtspflege aus gutem Grund auf den Beweis- und Informationsaustausch im Einzelfall ausgerichtet. Festmachen lässt sich diese Kritik namentlich an Art. 6 Abs. 1 lit. b RL-EEA, weil es deutschen Strafverfolgungsbehörden auch in einem vergleichbaren Inlandsfall nicht gestattet gewesen wäre, in toto und ungefiltert auf alle Daten aus einer so umfassenden und eingriffsintensiven Ausforschungsmaßnahme zuzugreifen.

3. Dritte Phase: Verwertung der Beweismittel in Deutschland

a) Beurteilungsmaßstab und generelle Linie der Rechtsprechung

Die Verwertung und Würdigung im Ausland gewonnener Beweismittel in einem deutschen Strafverfahren sind ein Akt

⁹⁶ KG Berlin, Beschl. v. 30.8.2021 – 2 Ws 93/21, Rn. 34, 35; OLG Schleswig-Holstein (Fn. 1), Rn. 7, 9; *Derin/Singelnstein*, NStZ 2021, 449 (449, 454).

der deutschen Strafrechtspflege. Sie richten sich daher nach dem in Deutschland verbindlichen Recht.⁹⁷ Als zentrale Leitschnur jedes rechtsstaatlichen Strafverfahrens gibt das Recht auf ein faires Verfahren schon in rein innerstaatlichen Sachverhalten den Maßstab dafür vor, ob eine (insbesondere: rechtswidrige) Ermittlungsmaßnahme ein Beweisverwertungsverbot zur Folge hat.⁹⁸ Es ist in Fällen mit grenzüberschreitender Beweiserhebung aber mindestens ebenso bedeutsam, weil sich dabei mehrere Rechtsordnungen überlagern, die sich im Hinblick auf die Zulässigkeit von Ermittlungsmaßnahmen erheblich unterscheiden können. Dies kann die Klarheit hinsichtlich des anzuwendenden Rechts beeinträchtigen und die rechtliche Position des Beschuldigten schwächen. Zumindest für bestimmte Konstellationen finden sich in der höchstrichterlichen deutschen Rechtsprechung deshalb auch Entscheidungen, die aus einem Fairness-Verstoß ein Verwertungsverbot für Auslandsbeweise ableiten (näher unter 2. a). Zum anderen ist, wenigstens auf einer grundsätzlichen Ebene, anerkannt, dass Vorgänge bei der Beweiserhebung im Ausland – welche wie gesehen einer Überprüfung durch deutsche Gerichte nach h.M. grundsätzlich entzogen sein sollen – dann ein Verwertungsverbot auslösen können, wenn sie aus der Perspektive des deutschen Rechts so schwerwiegend sind, dass die Beweisverwertung mit grundlegenden rechtsstaatlichen Anforderungen unvereinbar wäre. Als Anknüpfungspunkt für ein Verwertungsverbot kommt dieser sog. *ordre public* wiederum insbesondere dann in Betracht, wenn gegen Grund- und Verfahrensrechte des Beschuldigten verstoßen wurde (näher unter 2. b). Beide Gesichtspunkte können sich überschneiden und sind nicht völlig trennscharf voneinander abzugrenzen.

b) Argumentationsansätze in den EncroChat-Verfahren

aa) Das Recht auf ein faires Strafverfahren

Das Recht auf ein faires (Straf-)Verfahren hat innerstaatlich seine Wurzeln in Art. 20 Abs. 3 GG i.V.m. den Freiheitsgrundrechten und Art. 1 Abs. 1 GG.⁹⁹ Besonders prägnant ist es aber in Art. 6 EMRK normiert, der zusammen mit der hierzu ergangenen Rechtsprechung des EGMR einen europaweit beachtlichen (wenngleich sehr generellen) Mindestmaßstab etabliert. Bei der Verwertung von Beweisen, die mittels einer EEA erlangt wurden, schreibt zudem Art. 14 Abs. 7 S. 2 RL-EEA vor, dass die Beweisbewertung Verteidigungsrechte wahren und ein faires Verfahren gewährleisten muss. Zwar ist unbestreitbar richtig, dass diese unscharfe Formulierung nur eine Art Minimal Klausel ist;¹⁰⁰ es handelt sich aber doch immerhin um eine unionsrechtliche Vorgabe, was grundsätzlich den Weg für eine EuGH-Vorlage eröffnet. Aufgrund des Rechts auf ein faires Verfahren ist mittels einer Gesamtschau zu prüfen, ob einerseits die Erfordernisse einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege beachtet wurden, und ob andererseits der Beschuldigte

⁹⁷ BGHSt 58, 32 (Rn. 21 – zitiert nach Juris); *Böse*, ZStW 114 (2002), 148 (149) jeweils m.w.N.

⁹⁸ BVerfGE 130, 1 (27).

⁹⁹ Siehe BVerfGE 130, 1 (25) m.w.N. zur verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung.

¹⁰⁰ So auch *Wahl*, ZIS 2021, 452 (454).

effektiv die Chance hatte, seine prozessualen Rechte wahrzunehmen und Übergriffe der Strafverfolgungsorgane angemessen abzuwehren.¹⁰¹ Näher konkretisiert werden die Anforderungen des Rechts auf ein faires Verfahren im Zusammenhang mit der Beweisverwertung durch das BVerfG wie folgt:

„Aus verfassungsrechtlicher Sicht ist ein Beweisverwertungsverbot geboten, wenn die Auswirkungen des Rechtsverstoßes dazu führen, dass dem Angeklagten keine hinreichenden Möglichkeiten zur Einflussnahme auf Gang und Ergebnis des Verfahrens verbleiben, die Mindestanforderungen an eine zuverlässige Wahrheitserforschung nicht mehr gewahrt sind oder die Informationsverwertung zu einem unverhältnismäßigen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht führen würde. Zudem darf eine Verwertbarkeit von Informationen, die unter Verstoß gegen Rechtsvorschriften gewonnen würden [sic!], nicht bejaht werden, wo dies zu einer Begünstigung rechtswidriger Beweiserhebungen führen würde.“¹⁰²

Speziell im Zusammenhang mit Beweismitteln, die im Wege der Rechtshilfe aus dem Ausland gewonnen wurden, folgt hieraus zunächst, dass bereits die exakte Vornahme der von Art. 6 Abs. 1 RL-EEA vorgegebenen Prüfung durch die deutschen Behörden für die Fairness des Strafverfahrens von entscheidender Bedeutung ist. Es entstehen aber auch zusätzliche Argumentationsansätze für ein Beweisverwertungsverbot (2) bis (4), die sich auf dasselbe Grundproblem (1) zurückführen lassen:

(1) Hintergrund: Die Gefahr von „Patchwork-Verfahren“

In jeder Verfahrensordnung sind die einzelnen Verfahrensabschnitte aufeinander abgestimmt. So gelten im deutschen Recht vergleichsweise strenge Anforderungen bei der Beweiserhebung, dafür aber lässt die Rechtsprechung bei Verstößen hiergegen recht großzügig die Verwertung des Beweises zu. Umgekehrt ist ebenso denkbar, dass ein Staat niedrige rechtliche Schranken für die Beweisgewinnung vorsieht und z.B. auch Ermittlungsmaßnahmen gestattet, die es in dieser Form in einer anderen Rechtsordnung gar nicht gibt, dafür aber deutlich eher ein Beweisverwertungsverbot annimmt. Wird nun ein Beweis in diesem zweitgenannten Staat erhoben, dann in den erstgenannten Staat transferiert und dort verwertet, werden aus der Beschuldigtenperspektive die Schwachpunkte beider Systeme miteinander kombiniert und erfahren keinen Ausgleich in einem anderen Verfahrensstadium. Daraus kann ein spürbarer Verlust an Verteidigungschancen resultieren.¹⁰³ Ein solcher Verlust von Verteidigungschancen erscheint durchaus auch im vorliegenden Fall denkbar, weil Frankreich als ein Land gilt, in dem sehr niedrige

Anforderungen an ein Verwertungsverbot gestellt werden.¹⁰⁴ Gleichzeitig legt die Ermittlungsmaßnahme im Fall EncroChat es nahe, dass bei der Beweiserhebung die Befugnisse der Strafverfolgungsorgane (wenigstens partiell) deutlich weiter sind als in Deutschland.¹⁰⁵ Im Folgenden gilt es deshalb, konkrete Verfahrenspositionen des Beschuldigten zu benennen, die durch den Beweismitteltransfer in Mitleidenschaft gezogen worden sein könnten.

(2) Gezielte Umgehung der deutschen verfahrensrechtlichen Standards

Eine Fallgruppe, in der ein Verstoß gegen die Verfahrensfairness angenommen werden könnte, wäre die gezielte Umgehung der in Deutschland für die Beweiserhebung geltenden Standards. Damit sind Situationen umschrieben, in denen sich die deutschen Strafverfolgungsorgane die soeben unter (1) beschriebene Vermischung von Strafverfahrensordnungen bewusst zunutze machen.¹⁰⁶ In einem solchen Fall würden die grundrechtlichen Sicherungen planmäßig außer Acht gelassen, so dass die Annahme eines Verwertungsverbots als naheliegend erschiene.¹⁰⁷ Diese Fallgruppe ist jedoch dann relevanter, wenn die Beweiserhebung im Ausland aufgrund eines Tätigwerdens der deutschen Behörden erfolgt (und sei es auch durch einen formlosen Hinweis, s.o.). Allerdings fehlt für eine solche Umgehung vorliegend jeglicher Anhaltspunkt, da die EncroChat-Ermittlungen von den französischen Behörden komplett aus eigenem Antrieb eingeleitet und durchgeführt wurden.¹⁰⁸

(3) Insbesondere: Vernehmungssituationen

Gefestigte Rechtsprechung existiert insbesondere zu den Anforderungen der Verfahrensfairness in Vernehmungssituationen. Die Leitentscheidung, mit der – soweit ersichtlich – erstmals und besonders deutlich die aus der Überlagerung von Verfahrensordnungen entstehenden Nachteile für die Beschuldigtenrechte unter das Fair-trial-Prinzip subsumiert wurde, ist das EGMR-Urteil im Fall Stojkovic:¹⁰⁹ Ihr lag ein Sachverhalt zugrunde, in dem der Beschuldigte (i.S.d. Art. 6 Abs. 1 EMRK) als „témoin assisté“ eines französischen Strafverfahrens in Belgien vernommen wurde. Nach französi-

¹⁰⁴ Jahn, Gutachten C zum 67. Deutschen Juristentag, S. 117.

¹⁰⁵ Vgl. hierzu Wahl, ZIS 2021, 452 (455).

¹⁰⁶ BGH NSTz 1988, 563: Ersuchen um Zeugenvernehmung an die Niederlande mit dem Hinweis auf Eilbedürftigkeit, der Angeklagte und sein Verteidiger wurden nicht von der Zeugenvernehmung im Ausland in Kenntnis gesetzt. Angedacht, aber mangels Anhaltspunkten nicht weiter geprüft auch in BGHSt 58, 32 (Rn. 37 – zitiert nach Juris). Allgemein auch Gleß (Fn. 63), S. 142.

¹⁰⁷ Siehe BVerfGE 130, 1 (28).

¹⁰⁸ Auch die OLG nehmen keine gezielte Umgehung des deutschen Rechts an: OLG Bremen, Beschl. v. 18.12.2020 – 1 Ws 166/20, Rn. 4; KG Berlin, Beschl. v. 30.8.2021 – 2 Ws 93/21, Rn. 43; OLG Schleswig-Holstein, Beschl. v. 29.4.2021 – 2 Ws 47/21, Rn. 24.

¹⁰⁹ EGMR, Urt. v. 27.10.2011 – 25303/08 (Stojkovic v. Frankreich und Belgien).

¹⁰¹ BVerfGE 130, 1 (26).

¹⁰² BVerfGE 130, 1 (28).

¹⁰³ Siehe hierzu statt vieler Gleß (Fn. 63), S. 141 f.; dies., ZStW 116 (2004), 353, 365 f.; Satzger, StV 2003, 137 (140 f.); Schünemann, GA 2002, 501 (514 f.); Schuster, ZIS 2016, 564 (572 f.).

schem Recht hätte ihm aufgrund dieses Status ein Anwalt zugestanden. Da jedoch die Befragung selbst nach dem Recht Belgiens als Vernehmungstaat durchgeführt wurde, welches anwaltlichen Beistand nicht vorsah, wurde ein entsprechendes Verlangen des Beschuldigten von den belgischen Vernehmungspersonen zurückgewiesen. Der Beschuldigte zeigte sich im Laufe der Vernehmung in Belgien geständig. Das spätere Urteil gegen ihn in Frankreich stützte sich insbesondere auf seine Angaben in der belgischen Vernehmung. Der EGMR hielt fest, dass aufgrund der sich überlagernden Verfahrensordnungen Frankreichs und Belgiens für den Beschuldigten unklar war, welche Vernehmungsregeln zur Anwendung kämen¹¹⁰ und dass er zudem in Belgien nicht in ausreichender Form über sein aus der Konvention folgendes Schweigerecht und sein Recht auf anwaltlichen Beistand belehrt worden war.¹¹¹ Obwohl der fragliche Verfahrensverstöß sich in Belgien aufgrund des Agierens der belgischen Vernehmungspersonen zugetragen hatte, sei hierfür Frankreich mitverantwortlich. Da kein zwingender Grund ersichtlich war, hiervon abzusehen, hätte die französische Justiz deshalb dafür Sorge tragen müssen, dass das Recht des Beschuldigten auf ein faires Verfahren in einer Gesamtschau desselben nicht missachtet wird.¹¹²

Deutlich restriktiver zeigte sich der BGH in einer älteren Entscheidung, die – vergleichbar dem vorliegenden Fall und insofern durchaus interessant – den Transfer des Protokolls einer im Ausland bereits erfolgten Beschuldigtenvernehmung betraf, welche dort im Rahmen eines ausländischen Strafverfahrens getätigt worden war: Deren Verlesung gem. § 254 StPO sei wegen der maßgeblichen Beweisbedeutung nach ausländischem Recht und der Wahrung zumindest grundlegender Rechtsstaatsanforderungen zulässig – obwohl die Vernehmung durch eine nicht über richterliche Unabhängigkeit verfügende, sondern gegenüber der Staatsanwaltschaft weisungsgebundene Amtsstatthalterin erfolgt war und keine

Belehrung über ein Schweigerecht stattgefunden hatte.¹¹³ Die Entscheidung ist jedoch in ihrem historischen Kontext zu sehen – das Beweisverwertungsverbot bei Verstößen gegen § 136 StPO war damals gerade erst anerkannt worden und erschien dem BGH wohl deshalb (noch) nicht als zentral für rechtsstaatliche Anforderungen. Heute dürfte diese Sichtweise, auch aufgrund der zwischenzeitlich ergangenen Stojkovic-Entscheidung des EGMR, überholt sein.

Es finden sich in der BGH-Rechtsprechung auch Stellungnahmen, in denen das Recht auf ein faires Verfahren deutlich beschuldigtenfreundlicher gehandhabt und ein Verwertungsverbot bezüglich im Ausland erfolgter Vernehmungen bejaht wird.¹¹⁴ Allerdings beziehen sich diese Judikate stets auf Vernehmungssituationen, und zumeist auf solche, in denen ausländische Stellen erst auf ein deutsches Ersuchen hin überhaupt tätig wurden. Zumindest die Grundaussage des EGMR in der Stojkovic-Entscheidung lässt sich dennoch ohne Einschränkung auf die Verwendung anderer im Ausland erhobener Beweise in einem inländischen Strafverfahren übertragen: Der Staat, der diese Beweise verwerten will, muss die Fairness des Verfahrens insgesamt gewährleisten. Umstände der Beweiserhebung im Ausland, welche die Fairness des Verfahrens beeinträchtigen können, darf er nicht ausblenden, sondern muss ihnen im Rahmen seines eigenen Verfahrens entgegenwirken.

(4) Übertragbarkeit auf verdeckte Überwachungsmaßnahmen

Dass auch bei der Verwendung von Beweisen, die im Rahmen heimlicher Überwachungsmaßnahmen erhoben wurden, das deutsche Gericht darauf zu achten hat, dass das Verfahren insgesamt fair bleibt, hat der BGH erstmals in der schon mehrfach zitierten Entscheidung zu einer tschechischen TKÜ anerkannt. Zugleich ging es in jenem Fall – wie hier – um Beweismittel, die unabhängig von einem deutschen Ersuchen für ein ausländisches Strafverfahren erhoben worden waren: „Es kommt nach dem Maßstab der Verfahrensfairness für im Wege der Rechtshilfe gewonnene Beweise mithin darauf an, ob unter der Geltung der inländischen Rechtsordnung eine zuverlässige Beweisführung in einem fairen Verfahren möglich ist [...]“.¹¹⁵ Allerdings führte der BGH nicht näher aus, woraus sich im Zusammenhang mit dieser Art von Beweismitteln ein Verstoß gegen den Fair-trial-Grundsatz ergeben könnte. Hierfür seien im Folgenden einige Argumentationslinien skizziert:

Einen ersten Ansatzpunkt liefert der Nemo-tenetur-Grundsatz, wonach der Beschuldigte nicht angehalten werden darf, sich selbst zu belasten. Dieser wurde bei anderen For-

¹¹⁰ EGMR, Urt. v. 27.10.2011 – 25303/08 (Stojkovic v. Frankreich und Belgien), Rn. 53.

¹¹¹ EGMR, Urt. v. 27.10.2011 – 25303/08 (Stojkovic v. Frankreich und Belgien), Rn. 54.

¹¹² EGMR, Urt. v. 27.10.2011 – 25303/08 (Stojkovic v. Frankreich und Belgien), Rn. 55: „La Cour considère que si la restriction du droit en cause n’était pas, à l’origine, le fait des autorités françaises, il appartenait à celles-ci, à défaut de motif impérieux la justifiant, de veiller à ce qu’elle ne compromette pas l’équité de la procédure suivie devant elles. [...] En tout état de cause, le régime juridique de l’audition litigieuse ne dispensait pas les autorités françaises de vérifier ensuite si elle avait été accomplie en conformité avec les principes fondamentaux tirés de l’équité du procès et d’y apporter, le cas échéant, remède. [...] Il incombait donc aux juridictions pénales françaises de s’assurer que les actes réalisés en Belgique n’avaient pas été accomplis en violation des droits de la défense et de veiller ainsi à l’équité de la procédure dont elles avaient la charge, l’équité s’appréciant en principe au regard de l’ensemble de la procédure.“ (Hervorhebungen durch den Verf.).

¹¹³ BGH NJW 1994, 3364.

¹¹⁴ BGH NSTz 1992, 394: Im Zuge der Verlesung einer im Wege der Rechtshilfe erfolgten Zeugenvernehmung, bei der die Zeugin nicht über ein (nach ausländischem Recht nicht bestehendes) Zeugnisverweigerungsrecht belehrt wurde, ist § 252 StPO anzuwenden. BGH NSTz 2007, 417: Eine Zeugenvernehmung in Frankreich ohne Zuziehung des Angeklagten (die nach Art. 4 Abs. 1 EU-RhÜbk von Deutschland gefordert werden konnte) verstößt gegen § 168c StPO.

¹¹⁵ BGHSt 58, 32 (Rn. 29 – zitiert nach Juris).

men heimlicher Überwachung schon zur Begründung eines Beweisverwertungsverbots herangezogen.¹¹⁶ Insoweit ließe sich anführen, dass der Betroffene durch die Heimlichkeit der Abhörmaßnahme dazu gebracht wurde, Dinge preiszugeben, die er anderenfalls nicht offenbart hätte. Zudem erhielt durch die technischen Manipulationen an den Endgeräten das Vorgehen der französischen Behörden ein stark täuschendes Element.¹¹⁷ Dem Nutzer eines EncroChat-Geräts wurde die Löschung von Nachrichten angezeigt, obwohl diese weiterhin für Dritte lesbar waren. Allerdings wäre der Einwand zu erwarten, dass bei der Nutzung von EncroChat-Technologie ein schutzwürdiges Vertrauen auf das Geheimbleiben der Gesprächsinhalte zweifelhaft erscheint. Auch ein Rückgriff auf die Kernbereichslehre wie in BGHSt 50, 206, wäre kaum zu begründen, soweit es bei den abgefangenen Gesprächsinhalten um die Vorbereitung und Durchführung von Straftaten ging.¹¹⁸

Ein weiterer Aspekt könnte sein, dass die französische Ermittlungsmaßnahme dazu führte, dass auch bloße Notizen abgegriffen werden konnten, die der Betroffene in dieser Form niemals verschickt hat. Insoweit ließe sich zum einen eine gewisse Parallele zur Verwertung des Inhalts von Tagebüchern ziehen, weil es sich ebenfalls um Gedankenäußerungen des Verfassers handelt, die dieser letztlich nicht an Dritte gelangen lassen wollte. Zum anderen wäre auch unabhängig hiervon jedenfalls der Beweiswert eines solchen Entwurfs zweifelhaft und es würde sich die Frage stellen, ob aus den von Frankreich übermittelten Daten zuverlässig zu erkennen ist, welche Nachrichten tatsächlich verschickt wurden und welche der Verfasser ohne Versenden löschen wollte. Anderenfalls drohte eine Verurteilung auf Gedankenäußerungen gestützt zu werden, die der Urheber alsbald wieder verwarf und niemals in die Tat umsetzte.

Ein weiterer Aspekt, der im Hinblick auf die Verfahrensfairness Argumentationspotenzial eröffnet, ist das in Deutschland gem. Art. 19 Abs. 4 GG garantierte Recht auf effektiven Rechtsschutz. Dieses macht es erforderlich, dass – gerade bei höchst grundrechtssensiblen heimlichen Ausforschungsmaßnahmen – eine gerichtliche Rechtmäßigkeitskontrolle im Hinblick auf das staatliche Handeln stattfinden kann. Die Möglichkeit einer solchen effektiven gerichtlichen Überprüfung von Zwangsmitteln gehört zu den Kernanforderungen eines fairen, rechtsstaatlichen Strafverfahrens. Erstens gestaltet sich dies jedoch bei Beweismitteln, die innerhalb der EU nach dem Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung (vor allem mittels einer EEA) aus dem Ausland beschafft werden, ohnehin schon schwierig, weil zumindest die Durchführung der Maßnahme nur in dem Staat angefochten werden kann, wo

sie erfolgt ist.¹¹⁹ Im vorliegenden Fall kommt hinzu, dass auch die tatsächlichen Gründe für die ursprüngliche Anordnung der Maßnahme, weil diese für ein innerstaatliches französisches Strafverfahren erging, nur in Frankreich kontrolliert werden können. Zweitens wurden die technischen Details der EncroChat-Infiltrierung in Frankreich als militärisches Staatsgeheimnis eingestuft. Es ist deshalb nach derzeitigem Kenntnisstand zweifelhaft, ob vor französischen Gerichten eine effektive Rechtmäßigkeitskontrolle überhaupt stattfinden kann. Dies ist zunächst vor dem Hintergrund von Belang, dass die französische Maßnahme auch Zugriff auf bloße Notizen eröffnete, deren Beweiswert zweifelhaft sein kann.¹²⁰ Ohne genaue Kenntnis bezüglich der Funktionsweise der eingesetzten Software bleibt ferner unklar, wie die fragliche Software auf den EncroChat-Server aufgespielt wurde und ob dazu ggf. staatliche Handlungen vorgenommen wurden, die wegen ihrer besonderen Grundrechtssensibilität selbst einer gerichtlichen Kontrolle und Genehmigung bedürften – etwa wenn Ermittlungsbehörden hierfür in Räumlichkeiten der Firma EncroChat oder Dritter (z.B. eines Unternehmens, das Serverkapazität vermietet) eingedrungen wären oder wenn verdeckte Ermittler zum Einsatz gekommen sein sollten. Zugleich lässt sich ohne genauere Kenntnisse hinsichtlich der eingesetzten Technologie auch nicht beurteilen, ob z.B. der persönlichen Intimsphäre zugehörige Inhalte bei der Überwachung zuverlässig ausgefiltert wurden, ob eine Manipulation der ausgeforschten Inhalte mittels der Software möglich war und ob ein Zugriff Dritter auf die Gesprächsinhalte ausgeschlossen werden konnte – vgl. im deutschen Recht die detaillierten technischen Zulässigkeitsvoraussetzungen gem. § 100a Abs. 5 StPO und die Protokollierungspflichten gem. § 100a Abs. 6 StPO (Quellen-TKÜ), jeweils auch i.V.m. § 100b Abs. 4 StPO (Online-Durchsuchung).

(5) Ergänzende Voraussetzungen für ein Beweisverwertungsverbot

Ogleich auf der Grundlage des Vorstehenden Zweifel an der Fairness des Verfahrens anzumelden sind, folgt daraus – wie im innerstaatlichen Strafverfahrensrecht – nicht ohne Weiteres ein Beweisverwertungsverbot. Ein im Rahmen der dafür erforderlichen Abwägung besonders wichtiger Gesichtspunkt wäre – neben dem Gewicht der Taten und dem daraus folgenden Interesse an effektiver Strafverfolgung, das sich nur mit Blick auf den jeweiligen Einzelfall abschätzen lässt –, dass ein Defizit im Zuge der Beweiserhebung in einem späteren Abschnitt des Strafverfahrens kompensiert werden kann: Einerseits mag eine effektive Rechtmäßigkeitskontrolle hinsichtlich der Ermittlungsmaßnahme in der Hauptverhandlung nachgeholt werden. Das geschähe aber jedenfalls dann nicht,

¹¹⁶ Siehe BGHSt 50, 206 (Selbstgespräch im Krankenzimmer); BGHSt 53, 294 (Ehegattengespräch in Besuchsraum der U-Haft).

¹¹⁷ Siehe auch dazu BGHSt 53, 294.

¹¹⁸ Ähnlich *Pauli*, NSStZ 2021, 146 (148 f.), mit Hinweis auf BVerfG NJW 2011, 2417, zum Kernbereich privater Lebensgestaltung.

¹¹⁹ Ausführlich hierzu etwa *Böse*, ZIS 2014, 152 (159 ff.); *Schuster*, ZIS 2016, 564 (572).

¹²⁰ Siehe hierzu *Böse*, ZIS 2014, 152 (163) m.w.N.: „Wird dem Angeklagten durch den Richtlinienvorstoß die Möglichkeit genommen, wirksam Einwände gegen die Zuverlässigkeit des Beweismittels zu erheben, so kann darin ein Verstoß gegen den Fairnessgrundsatz liegen, der ein strafprozessuales Verwertungsverbot begründet.“

wenn die deutschen Gerichte trotz militärischer Geheimhaltung in Frankreich der BGH-Leitlinie folgen, wonach die Rechtmäßigkeit vorliegend nur durch französische Gerichte überprüft werden dürfte (s.o.). Andererseits kann nach der Rechtsprechung des EGMR ein Fairness-Defizit grundsätzlich auch i.R.d. Beweiswürdigung kompensiert werden, z.B. indem die Erkenntnisse aus den EncroChat-Daten durch weitere Beweismittel untermauert werden oder indem ihnen nur ein geringer Beweiswert beigemessen wird.¹²¹

bb) Ordre public

Hinsichtlich der grundlegenden rechtsstaatlichen Anforderungen, deren Missachtung sich als Verstoß gegen den ordre public darstellt, lassen sich Anknüpfungspunkte im Völkerrecht und solche der deutschen Rechtsordnung unterscheiden.¹²² Verstöße gegen zwingendes individualschützendes Völkerrecht (ius cogens) wie insbesondere das Verbot von Folter und unmenschlicher Behandlung (vgl. Art. 3 EMRK) sind nicht ersichtlich. Nach den vorliegenden Informationen griffen französische Behörden von Frankreich aus auf einen in Frankreich belegenen Server zu. Es ist deshalb auch kein Konflikt mit der Territorialhoheit eines anderen Staates ersichtlich, der ansonsten je nach den konkreten Umständen unter dem Gesichtspunkt des ordre public zu einem Beweisverwertungsverbot führen könnte.¹²³ Zum bei der Beweisverwertung zu beachtenden ordre public zählen aber namentlich auch die essentiellen individualschützenden Gewährleistungen des deutschen Verfassungsrechts, die teilweise zudem in einfachgesetzlichen Regelungen der StPO abgebildet sind. Zumindest im Sinne einer Grobprüfung können auf diesem Weg die Umstände der Beweiserhebung im Ausland bei der Frage nach einem Beweisverwertungsverbot berücksichtigt werden.¹²⁴ Zum Kern eines rechtsstaatlichen Strafverfahrensrechts zählt wie bereits erwähnt insbesondere das Recht auf ein faires Verfahren. Dies unterstreicht die bereits oben als Anknüpfungspunkt für ein Beweisverwertungsverbot benannte Bedeutung des Fair-trial-Grundsatzes. Daneben kommen aber noch weitere Aspekte in Betracht, die unter das Schlagwort des ordre public gefasst werden können:

(1) Kernbereich der privaten Lebensführung

Vorliegend erscheint es insbesondere denkbar, über die „Brücke“ des ordre public die Vorschrift zum Schutz des Kernbereichs der privaten Lebensführung in § 100d Abs. 2 StPO vollumfänglich auf im Ausland erhobene Beweise zu übertragen: Schon aufgrund der Verankerung der Kernbereichs-

lehre in Art. 1 Abs. 1 GG liegt ein unbestreitbarer Bezug zum ordre public vor. Wenn ausgeforschte Informationen den nach deutschem Verfassungsrecht absolut geschützten Kernbereich berühren, wird das Gewicht des darin liegenden Eingriffs in keiner Weise dadurch verringert, dass die fragliche Maßnahme auf französischem Territorium geschah. Allerdings ist davon auszugehen, dass diese Argumentation wegen der engen Umgrenzung der Kernbereichslehre durch das BVerfG¹²⁵ nur bei einem kleinen Teil der EncroChat-Daten durchgreift.¹²⁶

(2) Der rechtsstaatliche Vertrauensgrundsatz bezüglich des anwendbaren Prozessrechts

Grundsätzlich denkbar erscheint es, ein verfassungsrechtlich geschütztes Vertrauen in die Geltung des deutschen Rechts anzunehmen und auf dessen Verletzung ein Beweisverwertungsverbot zu stützen. Diesen Weg hat das BVerfG mit seiner ersten Entscheidung zum Europäischen Haftbefehl im Jahr 2004 beschritten.¹²⁷ Zwar ging es dem BVerfG dort um ein von Art. 16 Abs. 2 GG geschütztes Vertrauen, dass zumindest bei Taten mit maßgeblichem Inlandsbezug eine Strafverfolgung in Deutschland stattfinden werde. Dieser Gedanke lässt sich aber dergestalt auf die grenzüberschreitende Beweissammlung übertragen, dass Nutzer, die von Deutschland aus kommunizieren, zumindest dann, wenn auch ihr Konversationspartner sich in Deutschland befindet, grundsätzlich davon ausgehen dürfen, dass ihre Kommunikation nur im Einklang mit dem deutschen Recht ausgeforscht werden darf.¹²⁸ Fraglich ist allerdings, ob auch im Fall der gezielten Nutzung der Geräte und Dienste von EncroChat ein schutzwürdiges Vertrauen darauf bestand, dass der betreffende Server sich in Deutschland befinden werde: Wer seine Kommunikation gezielt über einen ausländischen Dienst abwickelt, hat keinen Anlass, sich vor ausländischen Ermittlungsmaßnahmen mit möglicherweise vom deutschen Recht abweichenden Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen in Sicherheit zu wiegen.

(3) Schranken im Hinblick auf heimliche Überwachungsmaßnahmen

Verfassungsrechtliche und -gerichtliche Schranken existieren in Deutschland insbesondere im Hinblick auf heimliche Überwachungsmaßnahmen und ein massenhaftes Sammeln von Daten. Die einschlägigen Entscheidungen betrafen teils unmittelbar strafprozessuale Maßnahmen,¹²⁹ teils bezogen sie sich auch auf Eingriffsbefugnisse zur Gefahrenabwehr und

¹²¹ Zusammenfassend etwa *Satzger*, in: *Satzger/Schluckebier/Widmaier* (Fn. 75), EMRK Art. 6 Rn. 80 m.w.N.

¹²² Siehe hierzu *Wahl*, ZIS 2021, 452 (454, 456 f.), der einen Verstoß gegen den ordre public allerdings aus der Abweichung des französischen vom deutschen Recht herleitet.

¹²³ Vgl. BGHSt 34, 343; dies (obiter dictum) bestätigend BGHSt 58, 32 (Rn. 22 – zitiert nach *Juris*); *Vogel/Burchard* (Fn. 63), IRG Vor § 1 Rn. 111, 113; wegen des nur staatschützenden Charakters des Gebietsgrundsatzes zweifelnd *Hackner* (Fn. 63), IRG Vor § 68 Rn. 37 f.

¹²⁴ Vgl. BGHSt 58, 32 (Rn. 38 f. – zitiert nach *Juris*).

¹²⁵ Siehe die Nachweise bei *Eschelbach*, in: *Satzger/Schluckebier/Widmaier* (Fn. 75), § 100d Rn. 2 ff.

¹²⁶ Ebenso *Pauli*, NStZ 2021, 146 (148 f.).

¹²⁷ BVerfGE 113, 273 (302 ff.).

¹²⁸ Hierzu *Zimmermann*, in: *European Criminal Policy Initiative, A Manifesto on European Criminal Procedure Law*, 2014, S. 232 ff.; *ders.*, *Strafgewaltkonflikte in der Europäischen Union*, 2014, S. 59 ff.; aufgeschlossen *Vogel/Burchard* (Fn. 63), IRG Vor § 1 Rn. 200.

¹²⁹ Siehe insbesondere BVerfGE 109, 279 (Großer Lauschangriff).

die Verwertung der daraus resultierenden Erkenntnisse in Strafverfahren.¹³⁰ Daneben gibt es auf europäischer Ebene seitens des EuGH klare Bestrebungen, umfassende Überwachungsmaßnahmen und Datensammlung einzuschränken. So beschäftigte sich der EuGH etwa in der Rechtssache „Privacy International“ mit der Praxis großangelegter Datensammlung durch britische Polizeibehörden und Nachrichtendienste.¹³¹ Die Entscheidung ist insofern interessant, als sie auch eine Aussage zur Anwendbarkeit der DSGVO¹³² trifft und sich mit der Frage befasst, in welchem Umfang das darin angelegte unionsrechtliche Regime des Datenschutzes – und nicht Richtlinie 2016/680¹³³ – auf Maßnahmen zur Verhinderung und Aufklärung von Straftaten anwendbar ist. Allerdings stellte der Gerichtshof in der Entscheidung maßgeblich darauf ab, dass nach britischem Recht staatliche Behörden den privaten Provider zur generellen Herausgabe von Daten verpflichten konnten. Insofern waren die EncroChat-Ermittlungen in Frankreich anders gelagert, weil der Staat dort direkt und ohne Mitwirkung des Anbieters auf die Daten zugegriffen hat. Hierzu heißt es in Rn. 48 der Entscheidung:

„By contrast, where the Member States directly implement measures that derogate from the rule that electronic communications are to be confidential, without imposing processing obligations on providers of electronic communications services, the protection of the data of the persons concerned is not covered by Directive 2002/58, but by national law only, subject to the application of Directive (EU) 2016/680 [...], with the result that the measures in question must comply with, inter alia, national constitutional law and the requirements of the ECHR.”

Letztlich verweist Unionsrecht hier also auf nationales Verfassungsrecht sowie auf das Recht auf Privatsphäre gem. Art. 8 EMRK. Dass die Infiltration von EncroChat, die darauf abzielte, nicht nur jegliche über den Server laufende Kom-

munikation zu überwachen, sondern zusätzlich auch noch weitere auf den Endgeräten gespeicherte Daten abzugreifen, sich aus einer deutschen strafprozessualen Perspektive schwer einordnen lässt, wurde bereits deutlich. Inwieweit in Frankreich ein Schutzniveau bestand, das zumindest in Grundzügen die nach deutschem Verständnis verfassungsrechtlich begründeten Anforderungen an derart drastische Maßnahmen wahrte – etwa im Hinblick auf die technische Ausgestaltung und Protokollierung, wie sie in § 100a Abs. 5 und 6 StPO (auch i.V.m. § 100b Abs. 4 StPO) vorausgesetzt wird, oder auf das Erfordernis einer richterlichen Genehmigung nach § 100e StPO –, ist unklar. Ein gravierendes Problem ist ferner darin zu sehen, dass bei einem Zugriff auf einen zentralen Server wie im Fall der EncroChat-Ermittlungen zwangsläufig die Kommunikation von dritten, selbst nicht-tatverdächtigen Personen mit abgegriffen wird, die ebenfalls über diesen Server läuft. Eröffnen § 100a Abs. 3 und § 100b Abs. 3 StPO auch grundsätzlich die Möglichkeit einer Quellen-TKÜ bzw. Online-Durchsuchung bei Dritten, die das informationstechnische System des Beschuldigten nutzen, so lässt sich doch stark bezweifeln, ob diese Regelungen auf sämtliche Nutzer der EncroChat-Dienste ausgedehnt werden können, die mit dem konkret Beschuldigten in keinerlei Kontakt stehen. Schon der Wortlaut der fraglichen Normen lässt dies nicht zu, da der Beschuldigte nicht das informationstechnische System dieser Personen nutzt.

Auch losgelöst von diesen Einzelfragen provoziert der EncroChat-Komplex erhebliche Kritik: „Wenn man nur genug Daten sammelt und austauscht, wird sich darin schon ein Hinweis auf Straftaten finden“ – diese Logik mag sich ein Überwachungsstaat zu eigen machen. Für die grenzüberschreitende strafrechtliche Zusammenarbeit in der EU, die sich zuvörderst als ein gemeinsamer Raum der Freiheit begreift, darf sie nicht stilprägend sein. Insofern erscheint ein Verstoß gegen den *ordre public* im Hinblick auf heimliche Überwachungsmaßnahmen, der das Eingreifen eines Beweisverwertungsverbots nach sich zieht, gut begründbar.¹³⁴

cc) Zusammenfassung zur dritten Phase (Beweisverwertung)

Sowohl im Hinblick auf die Verfahrensfairness als auch auf den *ordre public* bestehen gegen eine Verwertung der Daten aus den EncroChat-Ermittlungen erhebliche Bedenken: Eine effektive gerichtliche Kontrolle, wie sie bei schwerwiegenden Grundrechtseingriffen in einem Rechtsstaat unerlässlich ist, erscheint kaum realisierbar. Zugleich ermöglichten die französischen Ermittlungsmaßnahmen eine heimliche Massenüberwachung und -ausforschung (einschließlich unverdächtigter Dritter), ohne dass ersichtlich wäre, ob die nach deutschem Verfassungsrecht gebotenen Sicherungsmechanismen auch nur ansatzweise gewahrt wurden.

¹³⁰ BVerfGE 120, 274 (Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme); BVerfGE 141, 220 (BKA-Gesetz); siehe auch BGHSt 51, 211, zum Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage für die Online-Durchsuchung.

¹³¹ EuGH, Urt. v. 6.10.2020 – C- 623/17 (Privacy International).

¹³² Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung), ABl. EU Nr. L 119 v. 4.5.2016, S. 1.

¹³³ Richtlinie (EU) 2016/680 des Europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die zuständigen Behörden zum Zwecke der Verhütung, Ermittlung, Aufdeckung oder Verfolgung von Straftaten oder der Strafvollstreckung sowie zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung des Rahmenbeschlusses 2008/977/JI des Rates, ABl. EU Nr. L 119 v. 4.5.2016, S. 89.

¹³⁴ Ähnlich *Wahl*, ZIS 2021, 452 (454 ff.).

IV. Fazit und Ausblick

Zusammenfassend ergeben sich damit entgegen der bisherigen OLG-Rechtsprechung mehrere Ansatzpunkte für ein in Deutschland zu beachtendes Verwertungsverbot hinsichtlich der in Frankreich durch die Infiltration des EncroChat-Servers wie auch der Endgeräte erlangten Beweismittel:¹³⁵

In der Phase des Beweistransfers von Frankreich nach Deutschland verstieß die Übermittlung des kompletten Datenpakets ohne Rücksicht auf die strafrechtliche Relevanz der einzelnen Datensätze und ohne Bezug zu konkreten Strafverfahren gegen Art. 7 Abs. 1 und Abs. 2 RB-Informationsaustausch. Zudem missachtete die Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt durch die ebenso unspezifische Bitte um Zustimmung zur Verwendung dieser Daten mittels einer „schrotschussartigen“ EEA ihre Prüfpflichten aus Art. 6 Abs. 1 lit. a und lit. b RL-EEA. Angesichts der Schwere der französischen Ermittlungsmaßnahme, die im deutschen Recht am ehesten mit einer Online-Durchsuchung vergleichbar ist, unterläge die Verwendung der Daten in einem vergleichbaren inländischen Fall den Schranken für Zufallsfunde gem. § 100e Abs. 6 Nr. 1 bzw. Nr. 3 StPO. Dies bedeutet, dass eine Verwendung überhaupt nur für Katalogdelikte i.S.d. § 100b Abs. 2 StPO in Betracht kommen kann, die auch im Einzelfall besonders schwer wiegen. Darüber hinaus muss für eine Verwendung der Daten ein konkretisierter Tatverdacht i.S.d. § 100b Abs. 1 Nr. 1 StPO vorliegen. Zugleich hätten deutsche Strafverfolgungsorgane nach § 161 Abs. 1 StPO die Herausgabe vergleichbarer Daten von anderen inländischen Behörden überhaupt nur bei Bestehen eines Tatverdachts fordern können. In Ermangelung eines Bezugs der ausgestellten EEA zu einem konkreten Strafverfahren waren diese Anforderungen nicht erfüllt. Weitere Ansatzpunkte für ein Beweisverwertungsverbot ergeben sich aus dem Fair-trial-Grundsatz und dem *ordre public*: Da die Details der Ermittlungsmaßnahme in Frankreich als militärisches Staatsgeheimnis eingestuft werden, fehlen Informationen über die Art der eingesetzten Technologie und ihre Sicherungsmechanismen gegen Missbrauch. Ein hierauf abzielender effektiver gerichtlicher Rechtsschutz dürfte nicht zu erlangen sein. Die großflächige heimliche Überwachung und Ausforschung zuvor nicht konkret verdächtiger Personen erscheint auch mit Grundvorstellungen der deutschen Rechtsordnung schwerlich vereinbar.

Damit aus diesen Gesichtspunkten im Einzelfall ein Beweisverwertungsverbot erwächst, ist regelmäßig (nicht aber bei Fehlen der Voraussetzungen des § 100e Abs. 6 StPO, welches selbst eine Berücksichtigung als Spurenansatz ausschließt) eine Abwägung erforderlich, die insbesondere auch das Gewicht der mutmaßlichen Tat(en) berücksichtigt. Dabei ist zu bedenken, dass zur Herstellung der Verfahrensfairness nach der Rechtsprechung des EGMR eine nachträgliche Kompensation (z.B. durch eine vorsichtige Beweiswürdigung und das Heranziehen weiterer Beweismittel) ausreichend sein

kann. In jedem Fall hat nach der Rechtsprechung des BGH¹³⁶ die Verteidigung außerdem darauf zu achten, dass der Verwertung der fraglichen Auslandsbeweise rechtzeitig widersprochen wird.

Angesichts der spektakulären Enthüllungen aufgrund der EncroChat-Daten mögen die hier angestellten Überlegungen und das Plädoyer für eine allenfalls beschränkte Verwertbarkeit kleinlich oder formalistisch wirken. Trotzdem ist an dem Grundsatz festzuhalten, dass der Zweck im Strafverfahren gerade nicht jedes Mittel heiligt. Die – innerstaatliche wie grenzüberschreitende – Strafrechtspflege muss den Versuchen der sich rasant weiterentwickelnden technischen Möglichkeiten widerstehen, einschließlich denjenigen einer umfassenden Massenausforschung. Anderenfalls ist der Weg in die Überwachungsgesellschaft nicht mehr weit.

¹³⁵ Anders *Pauli*, NSStZ 2021, 146 (149), der – auch unter Berücksichtigung von Gerechtigkeitserwägungen – im Ergebnis keine Zweifel an der Verwertbarkeit der Beweismittel hat.

¹³⁶ Vgl. BGHSt 58, 32 (Rn. 36, 50 – zitiert nach Juris).