

# Gegenseitige Anerkennung als „Joker“ bei transnationalen Ermittlungen? Einige Überlegungen zu dem Rechtsstreit Berliner Gerichte im Fall „EncroChat“

Von Alba Hernandez Weiss, Berlin\*

*Anfang 2020 gelang es den französischen Strafverfolgungsbehörden – mit der Unterstützung von Eurojust und Europol – in das verschlüsselte Kryptohandy-Netzwerk EncroChat einzudringen und sich dadurch Zugang zu Millionen von Nachrichten von Nutzern in ganz Europa zu verschaffen. Dies führte nicht nur zu zahlreichen Verhaftungen und Strafverfahren, sondern löste auch eine wissenschaftliche Diskussion über die Zulässigkeit der EncroChat-Beweise aus. In Deutschland erklärten fast alle Gerichte, einschließlich des BGH, die EncroChat-Beweise für verwertbar. Nur das Landgericht Berlin positionierte sich gegen die Verwertbarkeit der Beweise. Der Rechtsstreit zwischen dem Landgericht Berlin und dem Kammergericht ist ein guter Ausgangspunkt, um die unterschiedlichen Standpunkte der Debatte zu beleuchten. Das Kammergericht hatte das Urteil des Landgerichts im Einklang mit der bisherigen Rechtsprechung zur Verwertbarkeit ausländischer Beweismittel und unter Rekurs auf die Grundsätze der gegenseitigen Anerkennung und des gegenseitigen Vertrauens aufgehoben. Dieser Beitrag kontextualisiert die beiden Urteile vor dem Hintergrund der bisherigen BGH-Rechtsprechung zu dem Fragenkomplex der Verwertung grenzüberschreitender Beweise. Darüber hinaus ergänzt er die bisherige Diskussion um eine stärker europarechtlich orientierte Erörterung der Verwendung und Grenzen der Grundsätze der gegenseitigen Anerkennung und des gegenseitigen Vertrauens in diesem Zusammenhang.*

## I. Einleitung

Die Entschlüsselung des Kryptohandy-Netzwerks EncroChat hat in den letzten zwei Jahren für viele Schlagzeilen gesorgt.<sup>1</sup>

\* Die Autorin ist Kollegiatin des DFG-Graduiertenkollegs „Dynamische Integrationsordnung“ an der Humboldt-Universität zu Berlin. Ihre Forschung fokussiert sich auf Fragen der grenzüberschreitenden Beweisführung innerhalb der EU. Für ihre wertvolle Unterstützung ist die Autorin Prof. Dr. Martin Heger, Lukas Huthmann und Paul Friedl sehr dankbar.

<sup>1</sup> Brühl, SZ v. 3.7.2020, abrufbar unter

<https://www.sueddeutsche.de/digital/EncroChat-verschluesselung-europol-1.4956346> (30.5.2022);

Nossiter, New York Times v. 2.7.2020, abrufbar unter

<https://www.nytimes.com/2020/07/02/world/europe/encrypted-network-arrests-europe.html> (30.5.2022);

Loll, Deutschlandfunk Kultur v. 14.2.2022, abrufbar unter

<https://www.deutschlandfunkkultur.de/encro-chat-hack-ueberwachung-daten-100.html> (30.5.2022);

Schwan, FAZ v. 6.7.2021, abrufbar unter

<https://www.faz.net/aktuell/rhein-main/organisierte-kriminalitaet-die-verhaeltnismaessigkeit-der-mittel-17425243.html> (30.5.2021);

Flade/Pinkert, tagesschau.de v. 18.2.2022, abrufbar unter

<https://www.tagesschau.de/investigativ/ndr/EncroChat-111.html> (30.5.2022);

Goodwin, ComputerWeekly.com v. 3.2.2022, abrufbar unter

Die unter Leitung der französischen und niederländischen Strafverfolgungsbehörden durchgeführten Ermittlungsmaßnahmen (unterstützt von Europol und Eurojust) betrafen über 30.000 Nutzer in 121 Ländern.<sup>2</sup> Dies ermöglichte das Abfangen, den Austausch und die Analyse von Millionen von Nachrichten,<sup>3</sup> welche wiederum als Beweismittel für zahlreiche strafrechtliche Ermittlungen in ganz Europa dienten. Allein in Deutschland wurden rund 2.700 Ermittlungsverfahren eingeleitet und über 50 gerichtliche Entscheidungen im Zusammenhang mit den EncroChat-Daten gefällt.<sup>4</sup>

Die Operation wurde vom Europäischen Kriminalpolizeiamt als „Schockwelle“ durch Gruppen organisierter Kriminalität<sup>5</sup> und von einem der EU-Kommissare als Attest, wie erfolgreich die europäische Polizeizusammenarbeit sein kann, dargestellt.<sup>6</sup> Darüber hinaus hat die Operation auch dazu geführt, dass die Kommission die Erleichterung und Vereinfachung des Datenaustauschs für Strafverfahren sowie die Sammlung digitaler Beweise zu einer ihrer Prioritäten in der Bekämpfung organisierter Kriminalität machte.<sup>7</sup> Kurzum: ein kriminalpolitischer Erfolg.

Allerdings bereitet die Operation, vom rechtlichen Standpunkt aus, verschiedene Herausforderungen.

---

<https://www.computerweekly.com/news/252512850/French-Supreme-Court-raises-constitutional-questions-over-EncroChat-hacking-secrecy> (30.5.2022).

<sup>2</sup> LG Berlin, Beschl. v. 1.7.2021 – 525 KLs 10/21 = BeckRS 2021, 1726, Rn. 27.

<sup>3</sup> Pressemitteilung Eurojust v. 2.7.2020, abrufbar unter <https://www.eurojust.europa.eu/dismantling-encrypted-network-sends-shockwaves-through-organised-crime-groups-across-europe> (30.5.2022).

<sup>4</sup> Unter anderem OLG Schleswig, Beschl. v. 29.4.2021 – 2 Ws 47/21 = NStZ 2021, 693; OLG Rostock, Beschl. v. 23.3.2021 – 20 Ws 70/21 = BeckRS 2021, 11981; OLG Hamburg, Beschl. v. 29.1.2021 – 1 Ws 2/21 = BeckRS 2021, 2226; OLG Bremen, Beschl. v. 18.12.2020 – 1 Ws 166/20 = BeckRS 2020, 38311; OLG Rostock, Beschl. v. 11.5.2021 – 20 Ws 121/21 = BeckRS 2021, 11981; OLG Karlsruhe, Beschl. v. 10.11.2021 – 2 Ws 261/21 = openJur 2021, 38419; OLG Brandenburg, Beschl. v. 16.12.2021 – 2 Ws 197/21 = BeckRS 2021, 23525; KG Beschl. v. 30.8.2021 – 2 Ws 93/21 – 161 AR 134/21 = BeckRS 2021, 24213.

<sup>5</sup> Europol/Eurojust Pressemitteilung v. 2.7.2020, abrufbar unter

<https://www.europol.europa.eu/newsroom/news/dismantling-of-encrypted-network-sends-shockwaves-through-organised-crime-groups-across-europe> (30.5.2022).

<sup>6</sup> Johansson, European Commission Blog Post v. 24.7.2020, abrufbar unter

[https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2019-2024/johansson/blog/EncroChat-shows-europol-irreplaceable-fighting-cross-border-crime\\_en](https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2019-2024/johansson/blog/EncroChat-shows-europol-irreplaceable-fighting-cross-border-crime_en) (30.5.2022).

<sup>7</sup> KOM (2021) 170 (endg.), 1.1 und 4.1.

Zum einen stellt der Zugang zu Massentelekommunikationsdaten einen intensiven Eingriff in die Grundrechte der Betroffenen dar, insbesondere das Recht auf Privatsphäre und Datenschutz, sodass schon die Durchführung solcher Maßnahmen rechtstaatliche Bedenken mit sich bringt.<sup>8</sup> Darüber hinaus wurden die Ermittlungen in Frankreich zum Militärstaatsgeheimnis erklärt, sodass viele Einzelheiten der Ermittlungen unbekannt sind. Die mangelnde Transparenz beeinträchtigt weiter die Verteidigungsrechte und das Recht auf ein faires Verfahren, und ist sowohl bei menschenrechtlichen Organisationen als auch bei Anwälten auf starke Kritik gestoßen.<sup>9</sup>

Zum anderen wirft die anschließende Verwertung solcher Daten im Strafverfahren zahlreiche Fragen auf. In diese soll der folgende Beitrag einige Einblicke geben. Konkret geht es vor allem um die Frage, ob die in Frankreich erhobenen Daten<sup>10</sup> vor anderen Gerichten in der EU verwertet werden dürfen.

In Deutschland hat die Rechtsprechung, gestützt auf das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung und des gegenseitigen Vertrauens, die EncroChat-Daten bisher für verwertbar erklärt. Bisher hat nur ein Gericht – das LG Berlin – ein Verfahren eingestellt, weil es auf Beweisen aus den französischen EncroChat-Ermittlungen beruhte. Das Berliner Gericht vertrat in seinem Urteil vom 1. Juli 2021 die Auffassung, dass die Verwertung des EncroChat-Materials, auch wenn die Ermittlungsmaßnahmen in Frankreich legal sein mögen, sowohl gegen EU-Bestimmungen als auch gegen deutsches Recht verstoße.<sup>11</sup> Diese Position wird auch von der Wissenschaft unterstützt.<sup>12</sup>

<sup>8</sup> Ermittlungen, die den Zugang zu Massentelekommunikationsdaten ermöglichen, sind besonders schwerwiegend, da sie eine breite Anzahl von Menschen betreffen, unabhängig davon, ob sie mit kriminellen Aktivitäten in Verbindung stehen oder nicht. Darüber hinaus können äußerst sensible Daten betroffen sein, was sich auch auf besondere schutzbedürftige Kommunikationsinhalte (bspw. Rechtsanwälte, Ärzte Journalisten, Menschenrechtsaktivisten und Informanten) auswirken kann.

<sup>9</sup> Ein von Fair Trials und Rechtsanwälten verschiedener EU-Länder unterzeichnetes Statement zu EncroChat ist hier abrufbar:

[https://www.fairtrials.org/app/uploads/2022/02/EncroChat\\_LetterofConcern.pdf](https://www.fairtrials.org/app/uploads/2022/02/EncroChat_LetterofConcern.pdf) (30.5.2022).

<sup>10</sup> Die Rechtmäßigkeit der Ermittlungsmaßnahme wird derzeit auch in Frankreich diskutiert. Die französische Cour de Cassation hatte die Entscheidung zur Geheimhaltung der Ermittlungen wegen verfassungsrechtlicher Zweifel dem Conseil Constitutionnel vorgelegt. Die Entscheidung des Conseil Constitutionnel hat die Verfassungsmäßigkeit der Geheimhaltung bejaht (siehe Décision n° 2022-987 QPC du 8 avril 2022). Allerdings bleibt die Frage der Rechtmäßigkeit der Ermittlungsmaßnahmen weiter offen.

<sup>11</sup> LG Berlin, Beschl. v. 1.7.2021 – 525 KLs 10/21 = BeckRS 2021, 1726, Rn. 12 und Rn. 16.

<sup>12</sup> Unter anderem Wahl, ZIS 2021, 452; Zimmermann, ZfISw 2/2022, 173. Für die Verwertbarkeit der Daten Pauli, NStZ

Das Urteil des LG wurde Ende August vom KG Berlin allerdings aufgehoben. Das KG argumentierte – wie auch andere OLG<sup>13</sup> –, dass die von Frankreich durchgeführten Ermittlungsmaßnahmen zwar nicht den Anforderungen des deutschen Rechts genügten, dies aber die deutschen Gerichte nicht daran hinderte, die in Frankreich gewonnenen Erkenntnisse und Informationen zu verwerten.<sup>14</sup> Diese Auffassung scheint auch vom BGH bestätigt worden zu sein; in einem obiter dictum vom 8. Februar dieses Jahres heißt es, dass der 6. Senat die aus der EncroChat-Überwachung gewonnenen Erkenntnisse im Einklang mit der obergerichtlichen Rechtsprechung für verwertbar hält.<sup>15</sup> Der BGH bezieht sich allgemein auf die obergerichtliche Rechtsprechung, verweist aber spezifisch auf das Urteil des KG. In einem Beschluss vom 2. März hat sich der 5. Senat des BGH etwas tiefer mit den EncroChat-Daten befasst, und die Verwertbarkeit der Daten weiterhin bejaht.<sup>16</sup>

Die beiden Berliner Urteile sollen als Ausgangspunkt für einige Überlegungen zur Verwertbarkeit ausländischer Beweismittel in der EU dienen. Wissenschaftliche Beiträge, die diesen Fall aus der Perspektive der deutschen Beweisverbotslehre analysieren, liegen bereits vor.<sup>17</sup> Obwohl die gegenseitige Anerkennung im Beschluss vom 2. März keine zentrale Rolle spielt, ist sie für die hier aufgeworfenen Rechtsfragen von größter Bedeutung. Insofern soll dieser Aufsatz die Diskussion ergänzen, indem auf die Anwendung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung in diesem Zusammenhang näher eingegangen wird.

Im Folgenden werden (II.) der EncroChat-Fall und das in diesem Fall anwendbare Recht sowie (III.) die beiden Berliner Urteile dargestellt. Darauf folgend werden (IV.) die Urteile vor dem Hintergrund der bisherigen BGH-Rechtsprechung in den Fragenkomplex der Verwertung grenzüberschreitender Beweise eingeordnet. Schließlich (V.) erfolgt eine eigene Stellungnahme zur Anwendung der gegenseitigen Anerkennung und der übergreifenden Problematik des Beweisverkehrs bei transnationalen Ermittlungen.

## II. Der Fall „EncroChat“

### 1. Was ist EncroChat und wie wurden die Daten erlangt?

EncroChat war ein niederländischer Kommunikationsdienstleister, der Smartphones mit besonderen Sicherheitskomponenten vermarktet. Konkret verspricht EncroChat „garantierte Anonymität, personalisierte Android-Plattformen, ein doppeltes Betriebssystem, allerneueste Technik, automatische Löschung

2021, 146.

<sup>13</sup> Unter anderem OLG Hamburg, Beschl. v. 29.1.2021 – 1 Ws 2/21; OLG Bremen, Beschl. v. 18.12.2020 – 1 Ws 166/20; OLG Brandenburg, Beschl. v. 3.8.2021 – 2 Ws 102/21 (S) – 2 Ws 96/21; OLG Schleswig-Holstein, Beschl. v. 29.4.20212 – Ws 47/21.

<sup>14</sup> KG, Beschl. v. 30.8.2021 – 2 Ws 93/21, Rn. 38.

<sup>15</sup> BGH, Beschl. v. 8.2.2022 – 6 StR 639/21.

<sup>16</sup> BGH Beschl. v. 2.3.2022 – 5 StR 457/21.

<sup>17</sup> Unter anderem Wahl, ZIS 2021, 452; Zimmermann, ZfISw 2/2022, 173; Derin/Singelstein, NStZ 2021, 449.

von Nachrichten, Unantastbarkeit und Kryptographie-Hardwaremodule“.<sup>18</sup> Diese Eigenschaften machen EncroChat-Telefone zu einem besonders abhörsicheren Endgerät, sodass der Zugriff sowohl auf die Identität der Nutzer als auch auf den Inhalt der gespeicherten Kommunikationen erschwert wird.

2017 wurden im Rahmen verschiedener strafrechtlicher Ermittlungen in der französischen Rauschgiftkriminalität Mobiltelefone des EncroChat-Systems beschlagnahmt.<sup>19</sup> Die Analyse dieser Telefone führte zur Eröffnung eines Ermittlungsverfahrens gegen die EncroChat-Betreiber wegen des Verdachts der Gründung einer kriminellen Vereinigung.<sup>20</sup> Im Rahmen dieser Ermittlungen – und nach Einholung eines richterlichen Beschlusses durch den französischen Untersuchungsrichter – wurde die geheime Infiltration des Systems durch Spionagesoftware genehmigt und damit der Zugriff auf die Endgeräte ermöglicht.<sup>21</sup>

Ziel war es, die Daten zu entschlüsseln, die auf dem Server nicht entschlüsselt werden konnten, und so Nutzer zu identifizieren, ihre kriminellen Aktivitäten aufzuzeigen und sie festzunehmen.<sup>22</sup> Dies bedeutete nicht nur den Zugang zu den gespeicherten Daten, sondern auch Ermöglichung einer laufenden Überwachung des Kommunikationsverkehrs.<sup>23</sup> So war eine Vielzahl von Nutzern in der ganzen EU betroffen, von denen sich nur 380 dauerhaft oder zeitweise auf französischem Hoheitsgebiet befanden.<sup>24</sup>

Die Daten wurden an Europol weitergeleitet, das mit Unterstützung von Eurojust die Daten auswertete und den anderen Strafverfolgungsbehörden der Mitgliedstaaten – unter anderem dem BKA – zur Verfügung stellte. Das Abhören von EncroChat-Nachrichten endete am 28. Juni 2020, als das Unternehmen feststellte, dass eine öffentliche Behörde in die Plattform eingedrungen war.

## 2. Maßgebliches Recht und Problematik

Das französische Recht sieht für die Ermittlung von bestimmten Katalog-Straftaten die Möglichkeit vor, „technische Vorrichtungen“ (dispositif technique) anzuwenden, um auf Computerdaten, die in einem System gespeichert sind, zuzugreifen, sowie die vom Benutzer eingegebenen oder die von Peripheriegeräten empfangenen und übertragenen Daten aufzuzeichnen, aufzubewahren und zu übermitteln.<sup>25</sup> Darüber hinaus sind die Überwachung, Aufzeichnung und Transkription von „elektronischer Kommunikation“ ohne weitere Ein-

schränkungen möglich, solange es sich um Ermittlungen bezüglich bestimmter gelisteter Straftaten handelt. Derartige Maßnahmen müssen auf einen Monat begrenzt werden.<sup>26</sup>

Wenn es diese Maßnahmen nach deutschem Recht allerdings nicht gibt<sup>27</sup> oder sie unter diesen Bedingungen nicht zulässig wären, wenn also die Daten in Deutschland unter diesen Umständen nicht rechtmäßig erhoben hätten werden können, bereitet dies rechtliche Probleme.

Aus der Rechtsprechung und Literatur geht hervor, dass die französischen Ermittlungsmaßnahmen der Online-Durchsuchung (§ 100b StPO) und der Quellen-Telekommunikationsüberwachung (§ 100a StPO) nach deutschem Recht im Wesentlichen entsprechen.<sup>28</sup> Die Online-Durchsuchung erlaubt den Strafverfolgungsbehörden heimlich mit technischen Mitteln in ein informationstechnisches System des Betroffenen einzugreifen und daraus Daten zu erheben. Die Quellen-Telekommunikationsüberwachung ermöglicht die Überwachung und Aufzeichnung sowohl der gespeicherten als auch der laufenden entschlüsselten Kommunikation. Die Anordnung solcher Maßnahmen ist aber nicht nur an bestimmte Katalogtaten<sup>29</sup> geknüpft, sondern muss auch bestimmten weiteren materiell-rechtlichen Voraussetzungen entsprechen, etwa einer strengen Subsidiaritäts- und Verhältnismäßigkeitsprüfung sowie dem Vorliegen eines qualifizierteren Tatverdachts. Letzteres bedeutet, dass die Maßnahmen nur angeordnet werden können, wenn bestimmte Tatsachen gegen eine bestimmte Person den Verdacht einer besonders schweren Straftat begründen.<sup>30</sup> Mit anderen Worten: kein „Schuss ins Blaue“.<sup>31</sup>

Es ist klar, dass die Voraussetzungen, unter denen eine Online-Durchsuchung oder eine Quellen-Telekommunika-

<sup>26</sup> Art. 706-95 Code de Procedure Penal i.V.m. Art. 100 Code de Procedure Penal. Für eine weitergehende Analyse des anwendbaren französischen Rechts in diesem Fall *Wahl*, ZIS 2021, 452 (455).

<sup>27</sup> Dazu *Derin/Singelstein*, NSTZ 2021, 449 (453). Auch der BGH, Beschl. v. 2.3.2022 – 5 StR 457/21, Rn. 65, spricht von „eigenständige[n] Maßnahmen nach französischem Prozessrecht“.

<sup>28</sup> KG, Berlin Beschl. v. 30.8.2021 – 2 Ws 93/2, Rn. 9; OLG Hamburg, Beschl. v. 29.1.2021 – 1 Ws 2/2, Rn. 58; OLG Karlsruhe, Beschl. v. 10.11.2021 – 2 Ws 261/21, Rn. 30 f.; OLG Brandenburg, Beschl. v. 3.8.2021 – 2 Ws 102/21 (S) - 2 Ws 96/21, Rn. 10; LG Berlin, Beschl. v. 1.7.2021 – 525 KLS 10/21 = BeckRS 2021, 1726, Rn. 17; OLG Celle, Beschl. v. 12.8.2021 – 2 Ws 250/21, Rn. 25. Auch in diesem Sinn *Zimmerman*, ZfISw 2/2022, 173 (181); *Wahl*, ZIS 2021, 452 (455).

<sup>29</sup> Siehe §100a Abs. 2 StPO.

<sup>30</sup> *Bruns*, in: Hannich (Hrsg.), *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, 8. Aufl. 2019, § 100a Rn. 30.

<sup>31</sup> Im Fall der Online-Durchsuchung dürfen gem. § 100b Abs. 3 StPO nur Beschuldigte Ziel der Maßnahme sein. Bei der Telekommunikationsüberwachung (vgl. § 100a Abs. 3) können auch andere Personen (Dritte) davon betroffenen werden, wenn sie als „Systemmittler“ agieren, also ihr IT-System einem Verdächtigen zur Verfügung stellen.

<sup>18</sup> KG, Beschl. v. 30.8.2021 – 2 Ws 93/21, Rn. 22; BGH Beschl. v. 2.3.2022 – 5 StR 457/21, Rn. 9.

<sup>19</sup> KG, Beschl. v. 30.8.2021 – 2 Ws 93/21, Rn. 24.

<sup>20</sup> KG, Beschl. v. 30.8.2021 – 2 Ws 93/21, Rn. 25.

<sup>21</sup> OLG Hamburg, Beschl. v. 29.1.2021 – 1 Ws 2/21, Rn. 8; KG, Beschl. v. 30.8.2021 – 2 Ws 93/21, Rn. 27, 35; BGH Beschl. v. 2.3.2022 – 5 StR 457/21, Rn. 12.

<sup>22</sup> LG Berlin, Beschl. v. 1.7.2021 – 525 KLS 10/21 = BeckRS 2021, 1726, Rn. 6.

<sup>23</sup> KG, Beschl. v. 30.8.2021 – 2 Ws 93/2, Rn. 22.

<sup>24</sup> OLG Hamburg, Beschl. v. 29.1.2021 – 1 Ws 2/21, Rn. 8; BGH, Beschl. v. 2.3.2022 – 5 StR 457/21, Rn. 18.

<sup>25</sup> Art. 706-102-1 Code de Procedure Penal.

tionsüberwachung durchgeführt werden können, in Frankreich und in Deutschland unterschiedlich sind. Daher stellt sich die Frage, ob sie als Beweismittel zugelassen werden kann.

### 3. Die „Einfuhr“ ausländischer Beweismittel in inländische Strafverfahren

Bevor darauf eingegangen wird, wie die Berliner Gerichte diese Frage beantwortet haben, stellt sich die Frage, wie ausländische Beweismittel generell in nationale Verfahren eingeführt werden. Dabei ist es wichtig, zwischen solchen Beweisen zu unterscheiden, die auf der Grundlage eines Rechtshilfeersuchens oder einer Ermittlungsanordnung erlangt worden sind, und solchen, die im Ausland aus eigenem Interesse für ein innerstaatliches Verfahren erhoben worden sind.<sup>32</sup>

Im Falle der traditionellen Rechtshilfe bittet ein Staat (Anordnungsstaat) einen anderen Staat (Vollstreckungsstaat), auf der Grundlage eines Rechtsinstruments eine bestimmte Maßnahme durchzuführen (sog. „kleine Rechtshilfe“). In der Europäischen Union findet die Rechtshilfe hauptsächlich auf der Grundlage des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung statt. Das auf dieser Grundlage erlassene und in diesem Bereich wichtigste Kooperationsinstrument ist die Richtlinie 2014/41/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 3. April 2014 über die Europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen (im Folgenden: EEA-RL).

Im Falle der klassischen grenzüberschreitenden Beweiserhebung wird ein Rechtshilfeersuchen oder eine Anordnung nur gestellt, wenn die Maßnahme auch im Inland notwendig, verhältnismäßig und zulässig wäre.<sup>33</sup> Eine Telekommunikationsüberwachung im Wege der Rechtshilfe kann also nur beantragt werden, wenn die Voraussetzungen auch nach deutschem Recht erfüllt sind.

Wenn aber die Beweise im ausländischen Staat selbständig für ein eigenes Verfahren erhoben wurden, besteht grundsätzlich keine Option, bei der Beweiserhebung mitzuwirken, sodass die Erhebung gänzlich nach dem Recht des Erhebungsstaats erfolgt.<sup>34</sup> Sie erfolgt dann auch außerhalb des für die grenzüberschreitende Beweiserhebung festgelegten Rahmens. Im vorliegenden Fall wurden die Daten aus eigenem Antrieb und in eigenem Interesse in Frankreich erhoben, nach

französischem Recht und wohl<sup>35</sup> ohne aktive Mitwirkung der deutschen Behörden.<sup>36</sup> Gleichwohl ist klar, dass es sich, weil sich die Maßnahmen auch auf andere Hoheitsgebiete erstreckten, um transnationale Ermittlungen handelt.

Die EEA-RL sieht für diesen Fall, wonach Telekommunikationsüberwachungen in eigenen Verfahren durchgeführt werden, sich aber auf fremdes Hoheitsgebiet erstrecken, besondere Bestimmungen vor. Gem. Art. 31 Abs. 1 EEA-RL (umgesetzt in § 91g Abs. 6 IRG) müssen die ermittelnden Behörden, wenn die von ihnen angeordnete Maßnahme auch Zielpersonen in einem anderen Mitgliedstaat betreffen, aber keine technische Hilfe dieses Staates erforderlich ist, die zuständige Behörde in diesem Staat darüber unterrichten. Eine solche Unterrichtung muss erfolgen, wenn der überwachende Staat (hier: Frankreich) davon Kenntnis hat, dass sich die Zielperson im Hoheitsgebiet eines anderen Staates (hier: Deutschland) befindet, sei es vor, während oder nach der Überwachung. Dies folgt letztlich aus dem völkerrechtlichen Territorialitätsprinzip, wonach Strafverfolgungsbehörden auf fremdem Hoheitsgebiet nur aufgrund einer bestimmten Erlaubnis des fremden Staates tätig werden dürfen.<sup>37</sup> Eigenmächtige Ermittlungen stellen einen unzulässigen Eingriff in die Souveränität anderer Staaten dar.<sup>38</sup>

Die Unterrichtung soll dazu dienen, dem Staat, in dem die Maßnahme durchgeführt wird, die Möglichkeit zu geben,<sup>39</sup> ihrer Durchführung oder der weiteren Verwendung der Daten zu widersprechen, wenn sie in einem vergleichbaren inner-

<sup>35</sup> Der deutsche Anwalt Christian Lödten hat einige Dokumente veröffentlicht, die darauf hindeuten, dass es während der Ermittlungen, noch bevor die EncroChat-Daten übermittelt wurden, Informationsaustausch zwischen Deutschland und Frankreich gab, siehe <https://www.linkedin.com/pulse/EncroChat-bgh-alles-klar-denkste-christian-%25C3%25B6dden/?trackingId=tIsFPcR1TJmyj5DbCBOU4w%3D%3D> (30.5.2022). Welche Bedeutung dieser Austausch für die rechtshilferechtliche Problematik haben könnte, liegt außerhalb des Gegenstands dieses Aufsatzes.

<sup>36</sup> Im vorliegenden Fall wurde eine gemeinsame Ermittlungsgruppe mit den Niederlanden gebildet, sodass die Erhebung auch durch den Rahmenbeschluss über gemeinsame Ermittlungsgruppen (RB 2002/465/JI v. 13.6.2002) beeinflusst war. Auf diese Regelung und die Einzelheiten der Tätigkeiten der gemeinsamen Ermittlungsgruppen wird in diesem Aufsatz nicht näher eingegangen.

<sup>37</sup> Trautmann/Zimmermann, in: Schomburg/Lagodny (Hrsg.), Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 6. Aufl. 2020, IRG Vor § 59 Rn. 13.

<sup>38</sup> Fahrner, Handbuch Internationale Ermittlungen, 2020, S. 15 ff.

<sup>39</sup> Art. 31 Abs. 3 EEA-RL sieht lediglich Reaktionsmöglichkeiten vor. Insofern gibt es keine Verpflichtung auf die Unterrichtung des überwachenden Mitgliedstaates zu reagieren. Allerdings hat der deutsche Gesetzgeber die Umsetzungsnorm in § 91g Abs. 6 IRG derart ausgestaltet, dass Maßnahmen, denen zu widersprechen ist, auch widersprochen werden muss.

<sup>32</sup> Vgl. Perron, ERA-Forum 2-2001.

<sup>33</sup> Nach Art. 6 Abs. 1 EEA-RL muss die im Ausland zu vollstreckende Maßnahme im Inland – den Anforderungen des Art. 52 der Charta entsprechend – notwendig und verhältnismäßig sein sowie in einem vergleichbaren innerstaatlichen Fall zur Verfügung stehen. Hiermit wird die innerstaatliche Grundrechtsbindung gesichert, sodass die EEA-RL nicht als Rechtsgrundlage für Ermittlungsmaßnahmen herangezogen werden kann, die nach dem innerstaatlichen Recht unzulässig wären (so BT-Drs. 18/9757, S. 27).

<sup>34</sup> Zu den Unterschieden der verschiedenen Formen der grenzüberschreitenden Beweisführung näher Gleß, Beweisrechtsgrundsätze einer grenzüberschreitenden Strafverfolgung, 2006, S. 121 ff.; auch dazu Heger, ZIS 2007, 547 (548).

staatlichen Fall nicht genehmigt worden bzw. nicht zulässig wären.<sup>40</sup> Dies bedeutet, dass die französischen Maßnahmen am deutschen Strafprozessrecht überprüft werden müssten.<sup>41</sup> Damit werden auch die Grundrechte der Bürger des fremden Staates geschützt.<sup>42</sup>

Um die bereits erhobenen ausländischen Beweise dann für ein eigenes Verfahren heranzuziehen, kann auch auf die EEA-RL zurückgegriffen werden (vgl. Art. 1 Abs. 1 S. 2 i.V.m. Art. 10 Abs. 2 lit. a EEA-RL).

Es kann aber auch sein, dass Informationen direkt und außerhalb des Rahmens der justiziellen Zusammenarbeit übermittelt werden, zum Beispiel durch Kanäle der polizeilichen Zusammenarbeit. Dies wird als Fall des spontanen Austauschs von Informationen zwischen Strafverfolgungsbehörden klassifiziert, ermöglicht durch Art. 7 des Rahmenbeschlusses 2006/960/JI des Rates vom 18. Dezember 2006 über die Vereinfachung des Austauschs von Informationen und Erkenntnissen zwischen den Strafverfolgungsbehörden der Mitgliedstaaten der Europäischen Union (im Folgenden: RB-Informationsaustausch, §§ 61a und §92c IRG). Demzufolge können Strafverfolgungsbehörden eines Mitgliedstaates ausländischen Strafverfolgungsbehörden unaufgefordert Informationen und Erkenntnisse zur Verfügung stellen, wenn konkrete Gründe für die Annahme bestehen, dass diese dazu beitragen könnten, Straftaten nach Art. 2 Abs. 2 der RB-Europäische Haftbefehl aufzuklären, aufzudecken oder zu verhüten.

Die Übermittlung von Informationen auf der Grundlage dieses Rahmenbeschlusses verleiht aber nicht direkt das Recht, diese Informationen oder Erkenntnisse auch als Beweismittel zu verwenden. Vielmehr muss vorher durch die zwischen den Mitgliedstaaten geltenden Rechtsinstrumente für die justizielle Zusammenarbeit die Einwilligung des Erhebungsstaates eingeholt werden.<sup>43</sup>

Die Instrumente der justiziellen Zusammenarbeit regeln allerdings nicht die Verwertung der im Rahmen dieses Systems erlangten Beweise, sodass dies weiterhin im Ermessen der nationalen Rechtsordnungen steht.

Im konkreten Fall hat es die laut Art. 31 Abs. 1 EEA-RL gebotene Unterrichtung wohl weder vor, bei, noch nach der Durchführung der Maßnahme seitens Frankreichs gegeben.<sup>44</sup>

Aus diesem Grund konnte die notwendige Überprüfung der Maßnahmen und die darauffolgende erforderliche Zustimmung bzw. Ablehnung der Maßnahme durch Deutschland nicht stattfinden.

Die erhobenen Daten wurden mithilfe von EUROPOL ausgewertet und in der Zeit vom 3. April bis 28. Juni 2020 auf der Grundlage des RB-Informationsaustauschs an verschiedene Länder weitergeleitet.

Nachträglich, am 2. Juni 2020, beantragte die Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt am Main eine Europäische Ermittlungsanordnung, die sich auch auf die zuvor erhobenen Daten erstreckte, um die unbeschränkte Verwendung der EncroChat-Daten in Strafverfahren gegen Täter genehmigen zu lassen.<sup>45</sup> Die französischen Behörden stimmten schließlich am 13. Juni 2020 zur „Verwendung der Daten im Rahmen eines jeden Ermittlungsverfahrens und im Hinblick auf jedwedes Gerichts-, Strafverfolgungs- oder Untersuchungsverfahren“ zu.<sup>46</sup>

### III. Rechtshilfeweg vs. Angebotsweg

#### 1. LG Berlin, Beschl. v. 1.7.2021 – Der Rechtshilfeweg

Die Entscheidung des LG Berlin prüft die Verwertbarkeit der Daten grundsätzlich am Maßstab der rechtshilferechtlichen Bestimmungen. Die Unverwertbarkeit im Ausland erlangter Daten kann sich aus der Verletzung völker- oder europarechtlicher Pflichten des Rechtshilferechts ergeben.<sup>47</sup> Nach der deutschen Beweisverbotslehre zieht aber nicht jeder Verfahrensverstöß ein Beweisverwertungsverbot nach sich. Vielmehr müssen die Interessen der Strafverfolgung mit den Interessen der Beschuldigten abgewogen werden. Ein Verstoß gegen rechtshilferechtliche Bestimmungen ist ferner nur dann relevant, wenn die entsprechenden Regelungen (auch) einen individualschützenden Charakter – wenigstens im Sinne eines Schutzreflexes – aufweisen.<sup>48</sup>

Dem Landgericht zufolge begründet bereits der Missachtung der Unterrichtungspflicht gem. Art. 31 EEA-RL die Unverwertbarkeit der Daten.<sup>49</sup>

Art. 31 Abs. 3 EEA-RL (§ 91g Abs. 6 IRG) knüpft die Möglichkeit des unterrichteten Mitgliedstaates, der Durchführung der Maßnahme oder der weiteren Verwertung der

<sup>40</sup> Art. 31 Abs. 3 EEA-RL i.V.m. Erwägungsgrund 32.

<sup>41</sup> Trautmann, in: Schomburg/Lagodny (Fn. 37), IRG § 92d Rn. 1; Zimmermann, ZStW 127 (2015), 143 (166). So auch die Rspr.: KG, Beschl. v. 30.8.2021 – 2 Ws 93/21, Rn. 51; OLG Hamburg, Beschl. v. 29.1.2021 – 1 Ws 2/21, Rn. 100; OLG Karlsruhe, Beschl. v. 10.11.2021 – 2 Ws 261/21, Rn. 34.

<sup>42</sup> Vgl. Schuster, NStZ 2006, 657 (660); Zimmerman, ZfISTw 2/2022, 173 (178), interpretiert Art. 31 EEA-RL so, dass sie nicht nur dem Schutz der Mitgliedstaaten dient, sondern auch einen (mittelbaren) individualschützenden Charakter hat. Grund hierfür sei, dass der unterrichtete Mitgliedstaat verpflichtet wäre, die Achtung der Grundrechte auf seinem Staatsgebiet zu gewährleisten.

<sup>43</sup> Art. 1 Abs. 4 RB 2006/960/JI.

<sup>44</sup> OLG Hamburg, Beschl. v. 29.1.2021 – 1 Ws 2/21, Rn. 14, 103; KG, Beschl. v. 30. 8.2021 – 2 Ws 93/21, Rn. 30; OLG

Bremen, Beschl. v. 18.12.2020 – 1 Ws 166/20, Rn. 25, 35; OLG Schleswig, Beschl. v. 29.4.2021 Ws 47/21 = NStZ 2021, 693; OLG Karlsruhe, Beschl. v. 10.11.2021 – 2 Ws 261/21, Rn. 21.

<sup>45</sup> BGH, Beschl. v. 2.3.2022 – 5 StR 457/21, Rn. 21.

<sup>46</sup> KG, Beschl. v. 30.8.2021 – 2 Ws 93/2, Rn. 34.; LG Berlin, Beschl. v. 1.7.2021 – 525 KLS 10/21 = BeckRS 2021, 1726, Rn. 10; BGH, Beschl. v. 2.3.2022 – 5 StR 457/21, Rn. 22.

<sup>47</sup> Näher dazu Schuster, ZIS 2016, 564.

<sup>48</sup> In diesem Sinne BGH, Urt. v. 8.4.1987 – 3 StR 11/87; BGHSt 34, 334 (343 ff.); BGH, Beschl. v. 21.11.2012 – 1 StR 310/12 = NZWiSt 2013, 458; BGH, Beschl. v. 15.3.2007 – 5 StR 53/07 = NStZ 2007, 417.

<sup>49</sup> LG Berlin, Beschl. v. 1.7.2021 – 525 KLS 10/21 = BeckRS 2021, 1726, Rn. 19, 64 ff. Dagegen OLG Hamburg, Beschl. v. 29.1.2021 – 1 Ws 2/21, Rn. 103, und OLG Schleswig, Beschl. v. 29.4.2021 – Ws 47/21, Rn. 25 = NStZ 2021, 693.

Daten zu widersprechen, an die – hypothetische – Zulässigkeit der Beweiserhebung nach innerstaatlichem Recht. Dies bedeutet, dass die Datenerhebung am Maßstab der § 100a und § 100b StPO geprüft werden muss.<sup>50</sup> Danach setzt eine heimliche Telekommunikationsüberwachung einen qualifizierten Tatverdacht gegen die betroffenen deutschen Nutzer voraus. Dieser wäre zum Zeitpunkt der Anordnung allerdings nicht gegeben gewesen. Die Maßnahme hatte sich nicht gegen konkrete Nutzer gerichtet, sondern wurde erst dazu angeordnet, um diese zu identifizieren.<sup>51</sup> Die Verdachtslage bezog sich also grundsätzlich nur auf den unbekannteten Betreiber des EncroChat-Systems. Diejenigen, die von den Maßnahmen tatsächlich betroffen und deren Kommunikation überwacht wurden, wären allerdings die Nutzer der Endgeräte gewesen.<sup>52</sup> Nach deutschem Recht hätte eine solche Ermittlungsmaßnahme einen gegen einen konkreten Nutzer gerichteten Tatverdacht vorausgesetzt.<sup>53</sup> Wenn die europarechtliche gebotene Unterrichtung stattgefunden hätte, wären die Daten also nicht erhoben worden.

Der individualschützende Charakter der Unterrichtungspflicht lasse sich aus dem Zweck der Vorschrift ableiten, die darauf abziele, die nationalen Schutzniveaus sowohl des Anordnungs- als auch des Vollstreckungsstaates zu gewährleisten.<sup>54</sup> Deswegen folgte aus dem rechtshilferechtlichen Verstoß ein Beweisverwertungsverbot.

Hilfsweise führte das LG weiter aus, dass der qualifizierte Tatverdacht eine grundlegende Voraussetzung sei, deren Verzicht nach deutschem Rechtsverständnis rechtsstaatlich nicht hinnehmbar wäre. Dementsprechend würde eine Prüfung beschränkt auf die Einhaltung von rechtsstaatlichen Mindeststandards zum gleichen Ergebnis führen.<sup>55</sup> Die EncroChat-Daten seien deswegen nicht verwertbar.

## 2. KG, Beschl. v. 30.8.2021 – Der Angebotsweg

Das Berliner KG verwarf diese Einschätzung im Einklang mit der Rechtsprechung anderer OLGs.<sup>56</sup> Eine fehlende Unterrichtung führe nicht zu einem Verwertungsverbot, wenn durch das weitere Verhalten der deutschen Behörden die Zustimmung zu den Maßnahmen und der damit erfolgenden Datenerhebung auf eine andere Weise zum Ausdruck gekommen sei. Angesichts der anschließenden Beantragung der

Übermittlung der Daten bzw. der nachträglichen Einholung der Einwilligung für die Verwendung der Daten, könne davon ausgegangen werden, dass Deutschland die Ermittlungsmaßnahmen auch bei ordnungsgemäßer Unterrichtung nicht beanstanden hätte.<sup>57</sup> Die missachtete Unterrichtungspflicht seitens Frankreichs führe deswegen nicht zur Unverwertbarkeit der Daten.

Das KG gesteht dem LG zu, dass die durchgeführten Ermittlungsmaßnahmen den Anforderungen des deutschen Rechts nicht genügten. Daraus ergebe sich allerdings nicht die Unverwertbarkeit der Beweise.<sup>58</sup> Im Einklang mit der bisherigen Rechtsprechung des BGH<sup>59</sup> stütze das Gericht die Verwertbarkeit der Beweise auf den europarechtlichen Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung, wonach rechtmäßige gerichtliche Entscheidungen in den anderen Mitgliedstaaten anzuerkennen seien. Von der Rechtmäßigkeit der Anordnung der Maßnahmen sei auszugehen, da es nicht mit dem Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens vereinbar wäre, eine in einem anderen Mitgliedstaat nicht aufgehobene gerichtliche Entscheidung mit der Begründung als rechtswidrig zu bewerten, die dortigen Gerichte hätten ihr eigenes nationales Recht nicht eingehalten.<sup>60</sup>

Weiter stehe eine Nachprüfung der Maßnahmen nach dem dortigen innerstaatlichen Recht den deutschen Gerichten grundsätzlich nicht zu. Die Überprüfung deutscher Gerichte beschränke sich in diesem Fall also „auf allgemeine rechtsstaatliche Grundsätze, gemessen etwa an Art. 6 Abs. 1 EMRK oder dem *ordre public*“.<sup>61</sup> Dies gelte auch, wenn die ausländische Rechtsordnung nicht im Einzelnen mit der Deutschen übereinstimme oder wenn die im Ausland zulässigen Maßnahmen in deutschem Recht keine Entsprechung hätten.<sup>62</sup> Eine Unverwertbarkeit ergebe sich also nur, wenn es konkrete Anhaltspunkte dafür gibt, dass gegen rechtsstaatliche Mindeststandards verstoßen wurde, wofür es im vorliegenden Fall keine Hinweise gebe.

## IV. Kontextualisierung

Die beiden Entscheidungen betreffen verschiedene Konflikte im Zusammenhang mit grenzüberschreitenden Beweismitteln. Zum einen geht es darum, wie Beweismittel von einem Staat in einen anderen eingeführt werden können und welche Konsequenzen die Verletzung von (EU-)Rechtshilfebestimmungen in diesem Rahmen nach sich zieht.

Zum anderen geben die Entscheidungen erneut Anlass, zu fragen, wie weit die gegenseitige Anerkennung reicht und wo die Grenzen der darauf gestützten Beweisführung liegen. Letzterer Aspekt steht im Mittelpunkt der folgenden Überlegungen.

<sup>50</sup> Trautmann (Fn. 41), IRG § 92d Rn. 1.

<sup>51</sup> LG Berlin, Beschl. v. 1.7.2021 – 525 KLs 10/21 = BeckRS 2021, 1726, Rn. 18 ff., 64.

<sup>52</sup> LG Berlin, Beschl. v. 1.7.2021 – 525 KLs 10/21 = BeckRS 2021, 1726, Rn. 18 ff., 26, 28, 51.

<sup>53</sup> LG Berlin, Beschl. v. 1.7.2021 – 525 KLs 10/21 = BeckRS 2021, 1726, Rn. 18 ff., 31, 37; zum Schutzzweck der Norm ebenso Wörner, in: Ambos/König/Rackow (Hrsg.), Rechtshilferecht in Strafsachen, 2. Aufl. 2020, IRG § 91g Rn. 439.

<sup>54</sup> LG Berlin, Beschl. v. 1.7.2021 – 525 KLs 10/21 = BeckRS 2021, 1726, Rn. 65 ff.

<sup>55</sup> LG Berlin, Beschl. v. 1.7.2021 – 525 KLs 10/21 = BeckRS 2021, 1726, Rn. 59 f.

<sup>56</sup> OLG Karlsruhe, Beschl. v. 10.11.2021 – 2 Ws 261/21; OLG Bremen, Beschl. v. 18.12.2020 – 1 Ws 166/20; OLG Hamburg, Beschl. v. 29.1.2021 – 1 Ws 2/21.

<sup>57</sup> KG, Beschl. v. 30.8.2021 – 2 Ws 93/2, Rn. 50 ff.

<sup>58</sup> KG, Beschl. v. 30.8.2021 – 2 Ws 93/2, Rn. 38 ff.

<sup>59</sup> BGH, Beschl. v. 21.11.2012 – 1 StR 310/12 = NZWiSt 2013, 458.

<sup>60</sup> KG, Beschl. v. 30.8.2021 – 2 Ws 93/2, Rn. 36; BGH, Beschl. v. 21.11.2012 – 1 StR 310/12, Rn. 35.

<sup>61</sup> BGH, Beschl. v. 21.11.2012 – 1 StR 310/12, Rn. 38.

<sup>62</sup> KG, Beschl. v. 30.8.2021 – 2 Ws 93/2, Rn. 36.

Dass das KG die Beweise für verwertbar hält – und der BGH dies billigt<sup>63</sup> – ist nicht wirklich überraschend. Mangels europäischer Vorgaben gehen die Rechtsprechung<sup>64</sup> und die überwiegende und etablierte Ansicht in der Literatur<sup>65</sup> davon aus, dass die Verwertung von ausländischen Beweisen sich nach dem Recht des Verfahrensstaats, in diesem Fall also nach deutschem Recht, bestimmt. Da es im deutschen Recht keine spezifischen Regelungen für ausländische Beweismittel gibt, bleibt keine andere Möglichkeit, als deutsches Beweisrecht auf ausländische Beweismittel anzuwenden, auch wenn selbiges freilich eigentlich für nach inländischem Recht erhobene Beweismittel konzipiert wurde. Da aber die ausländischen Beweismittel nach dem dortigen Recht erhoben wurden, wird die Rechtmäßigkeit der Erhebung im Ausland als Maßstab für die Verwertbarkeit herangezogen.<sup>66</sup>

Die Grundidee, dass die Rechtmäßigkeit nach ausländischem Recht genügen solle, ist keine Erfindung des Europarechts. In Deutschland hatte das Reichsgericht schon im Jahr 1912 bei einer kommissarischen Zeugenvernehmung in Frankreich, die ohne die Benachrichtigung der Prozessbeteiligten durchgeführt worden war, die Verwertung als Beweismittel mit der Begründung zugelassen, dass die Vorgehensweise nach französischem Recht rechtmäßig gewesen wäre.<sup>67</sup> Die Alternative wäre, „das Beweismittel unbenutzt zu lassen, obgleich es zur Erforschung der Wahrheit als zur Lösung der Aufgabe des Strafprozesses dienlich und vielleicht unentbehrlich ist“.<sup>68</sup> Der BGH hat diese Ansicht mit der Begründung, es könne nicht erwartet werden, dass deutsches Recht außerhalb deutscher Grenzen angewendet würde, übernommen.<sup>69</sup> Da deutsche Gerichte nicht für die Einhaltung von deutschem Verfahrensrecht im Ausland verantwortlich seien, sah der BGH keinen Anlass, daraus Folgerungen für die Beweisverwertung abzuleiten.<sup>70</sup>

Mit der Einführung der gegenseitigen Anerkennung als Grundlage der grenzüberschreitenden strafrechtlichen Kooperation in der EU hat der BGH diese Grundsätze auch für den Bereich der Verwertung europäischer Auslandsbeweise übernommen. In einer Entscheidung von 2012 bezüglich der Verwertung von in Tschechien durchgeführter Telekommuni-

nikationsüberwachung hielt der *1. Senat* des BGH eine tschechische gerichtliche Anordnung für eine ausreichende Grundlage für die Verwertung der erlangten Daten in deutschen Strafprozessen.<sup>71</sup> Die Rechtmäßigkeit der ausländischen gerichtlichen Entscheidung wurde allerdings nicht wirklich überprüft. Dieses Verhalten stützt sich auf das sogenannte „principle of non inquiry“.<sup>72</sup> Eine mit der Rechtswidrigkeit der ausländischen Beweiserhebung begründete Unverwertbarkeit befand der *1. Senat* als mit dem Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens unvereinbar.<sup>73</sup> Die Grenzen der gegenseitigen Anerkennung und somit der möglichen Unverwertbarkeit beschränkten sich auf die Verletzung völkerrechtlich verbindlicher und dem Individualrechtsgüterschutz dienender Garantien, etwa Art. 3 EMRK oder allgemeiner rechtsstaatlicher Grundsätze im Sinne des nationalen *ordre public* (vgl. § 73 IRG).<sup>74</sup>

Kurzum: Ausländische Beweise seien zuzulassen, es sei denn, sie verstoßen gegen unverzichtbare rechtstaatliche Grundsätze. Wie *Wahl* beobachtet: „Die Latte wird für die Annahme eines Beweisverwertungsverbots sehr hoch gelegt.“<sup>75</sup>

## V. Gegenseitige Anerkennung als „Joker“? Kritik am Ansatz des KG (und des BGH)

Um die von den französischen Behörden angebotenen EncroChat-Daten als Beweismittel verwerten zu können, stützt sich das KG<sup>76</sup> auf den Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung, welches den innereuropäischen Rechtshilfeverkehr bestimmt.<sup>77</sup> Hierzu werden im Folgenden einige Kritikpunkte erörtert:

1. Obwohl die Gerichte die gegenseitige Anerkennung von Beweismitteln de facto akzeptieren, wurde sie bis jetzt in keinem EU-Rechtsakt geregelt. Der politische Widerstand aufgrund der großen Unterschiede zwischen den Rechtsordnungen im Beweisrecht hat dazu geführt, dass die Kommission bisher noch nicht von der in Art. 82 Abs. 2 AEUV vorgesehenen Befugnis Gebrauch gemacht hat, Rechtsvorschriften über die gegenseitige Zulässigkeit von Beweismitteln vorzuschlagen. 2. Ohne spezifische Rechtsvorschriften kann der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung allerdings nicht direkt angewandt werden. 3. Auch die Richtlinie über die Europäische Ermittlungsanordnung, die den Rahmen für die grenzüberschreitende Beweiserhebung schafft, hat nur das Ziel, die gegenseitige Anerkennung von Entscheidungen zur Beweiserhebung zu ermöglichen, trifft aber keine Regelungen über die gegenseitige Zulässigkeit von Beweisen selbst. Freilich wurden die Vorschriften der EEA-RL im vorliegen-

<sup>63</sup> BGH, Beschl. v. 8.2.2022 – 6 StR 639/21; BGH Beschl. v. 2.3.2022 – 5 StR 457/21.

<sup>64</sup> BGH, Beschl. v. 4.3.1992 – 3 StR 460/91 = NStZ 1992, 394; BGH, Urt. v. 10.8.1994 – 3 StR 53/94 = NStZ 1994, 595 (596), BGH, Beschl. v. 14.2.2001 – 3 StR 438/00 = NStZ-RR 2002, 67; siehe auch BGH, Urt. v. 1.4.1992 – 5 StR 457/91 = BGHSt 38, 263 (265).

<sup>65</sup> Böse, ZStW 114 (2002), 148 (149, 152, 180); Schuster, Verwertbarkeit im Ausland gewonnener Beweismittel im deutschen Strafprozess, 2006, S. 264; Schuster, ZIS 2016, 564 (565).

<sup>66</sup> Vgl. BGH, Beschl. v. 17.3.2010 – 2 StR 397/09, Rn. 24 ff. = NJW 2010, 222.

<sup>67</sup> RGSt 46, 50, zitiert von Schuster (Fn. 65), S. 85.

<sup>68</sup> RGSt 46, 50 (53).

<sup>69</sup> Vgl. BGH, Beschl. v. 7.6.2000 – 3 StR 559/99.

<sup>70</sup> Vgl. BGH, Beschl. v. 7.6.2000 – 3 StR 559/99; BGH, Beschl. v. 17.3.2010 – 2 StR 397/09, Rn. 21 ff.

<sup>71</sup> BGH, Beschl. v. 21.11.2012 – 1 StR 310/12, Rn. 33 = NZWiSt 2013, 458.

<sup>72</sup> Bachmaier Winter, Utrecht Law Review 9 (2013), Heft 4, 127 (139).

<sup>73</sup> BGH, Beschl. v. 21.11.2012 – 1 StR 310/12, Rn. 35.

<sup>74</sup> BGH, Beschl. v. 21.11.2012 – 1 StR 310/12, Rn. 38.

<sup>75</sup> Wahl, ZIS 2021, 452 (455, 454).

<sup>76</sup> KG, Beschl. v. 30.8.2021 – 2 Ws 93/21, Rn. 36.

<sup>77</sup> So auch OLG Bremen, Beschl. v. 18.12.2020 – 1 Ws 166/20, Rn. 34; OLG Hamburg, Beschl. v. 29.1.2021 – 1 Ws 2/21, Rn. 76; OLG Schleswig Beschl. v. 29.4.2021 – Ws 47/21, Rn. 20 = NStZ 2021, 693.

den Fall schon gar nicht eingehalten. 4. Selbst wenn man den Rechtsgedanken des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung allerdings auch außerhalb einer entsprechenden Richtlinie für Beweismittel für anwendbar hält, ist weiter fraglich, ob dies zu einem faktischen „Kaufzwang“ führen kann, wie es bis jetzt aus den oberlandesgerichtlichen Entscheidungen zu entnehmen ist.<sup>78</sup> Gemäß der europarechtlichen Entwicklung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung können nämlich nationale Schutzstandards als Grenzen der gegenseitigen Anerkennung eingreifen. 5. Schließlich ist das für die gegenseitige Anerkennung erforderliche Vertrauen weder notwendigerweise absolut noch blind, sodass eine Prüfung ausländischer Entscheidungen nicht komplett außer Frage stehen kann.

### 1. Gegenseitige Anerkennung *de facto* aber nicht *de jure*?

Was das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung genau bedeutet und welche Folgen es konkret mit sich bringt, ist (noch) nicht geklärt.<sup>79</sup> Der Hauptgedanke hinter der gegenseitigen Anerkennung ist, dass in vielen Bereichen keine weitgehende Harmonisierung nötig ist, da innereuropäisch ein ausreichendes gegenseitiges Vertrauen in die Rechtstaatlichkeit der jeweiligen Strafrechtspflege anderer Mitgliedstaaten bestehe und deren gerichtliche Urteile und Entscheidungen daher als gleichwertig anerkannt werden können.<sup>80</sup> Übertragen auf den Bereich der Beweismittel würde dies bedeuten, dass von den Behörden eines Mitgliedstaats rechtmäßig erhobene Beweise vor den Gerichten anderer Mitgliedstaaten, unter Berücksichtigung der dort geltenden Normen zur Beweisverwertung, zugelassen werden sollten.<sup>81</sup>

Die gegenseitige Anerkennung von Beweismitteln steht seit langem auf der politischen Agenda der Europäischen Union.<sup>82</sup> Wie selbige aber am besten ausgestaltet werden sollte, ist im Schrifttum umstritten.<sup>83</sup> In der Literatur besteht allerdings

weitgehend Einigkeit darüber, dass die gegenseitige Anerkennung von Beweismitteln ohne vorherige (tiefgreifende) Harmonisierungsmaßnahmen nicht möglich ist.<sup>84</sup> Beweise seien keine verkehrsfähigen „Produkte“, sondern Teil eines komplexen Strafverfahrenssystems, sodass sie nicht ohne Weiteres in eine andere Rechtsordnung überführt werden könnten.<sup>85</sup> Es gehe nicht darum, eine gerichtliche Entscheidung anzuerkennen, sondern darum, ein Wahrnehmungsobjekt, das unter Geltung einer Rechtsordnung als Beweismittel erlangt wurde, in ein anderes Verfahren, wo es unter Geltung einer anderen Rechtsordnung als zuverlässiges Element einer Sachverhaltskonstruktion agieren muss, einzuführen.<sup>86</sup>

Obwohl die Europäische Union hierzu eine ausdrücklich geregelte Kompetenz in Art. 82 Abs. 2 lit. a AEUV hat, wurde noch kein Sekundärrechtsakt zur grenzüberschreitenden Beweismittelzulässigkeit erlassen. Vorschläge der Europäischen Union für die Einführung der gegenseitigen Zulässigkeit von Beweismitteln – wie etwa in dem Grünbuch zur Erlangung verwertbarer Beweise in Strafsachen aus einem anderen Mitgliedstaat oder in dem Vorschlag der Verordnung für die Europäische Staatsanwaltschaft<sup>87</sup> – waren bisher politisch nicht durchsetzbar.

Zwischen Rechtsprechung und Literatur scheint dabei ein ausgeprägtes Missverhältnis zu bestehen. Auf der einen Seite beschreiben Wissenschaftler die gegenseitige Anerkennung von Beweismitteln als nahezu utopischen Gedanken. Auf der anderen Seite lässt sich konstatieren, dass sie aus der Sicht der Rechtsprechung längst Realität ist.

Unabhängig von der faktischen Praxis der gegenseitigen Anerkennung von Beweismitteln, wie sie auch durch den Fall „EncroChat“ verdeutlicht wird, bestehen allerdings die von der Wissenschaft dargelegten Probleme. Das Beweismaterial ist Ergebnis eines spezifischen (nationalen) Verfahrens, das festlegt, wie die Beweise zu erheben sind (Voraussetzungen für die Anordnung der Maßnahmen und Verfahren) und welche übergeordneten Interessen dabei gewahrt bleiben müs-

<sup>78</sup> KG, Beschl. v. 30.8.2021 – 2 Ws 93/21, Rn. 36, 49; so auch OLG Bremen, Beschl. v. 18.12.2020 – 1 Ws 166/20, Rn. 34; OLG Hamburg, Beschl. v. 29.1.2021 – 1 Ws 2/21, Rn. 76; OLG Schleswig, Beschl. v. 29.4.2021 – Ws47/21, Rn. 20 = NSStZ 2021, 693.

<sup>79</sup> Ausführlich dazu *Kloska*, Das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung im europäischen Strafrecht, 2016.

<sup>80</sup> *Schwarze/Böse*, in: Schwarze, EU-Kommentar, 4. Aufl. 2019, AEUV Art. 82 Rn. 14; *Kleszczewski*, Europäisches Strafrecht, 2019, S. 101 ff.

<sup>81</sup> Vgl. Schlussfolgerungen des Vorsitzes des Europäischen Rates auf Tampere am 14. und 16. Oktober 1999, Rn. 36.

<sup>82</sup> Unter anderem Schlussfolgerung Tampere des Europäischen Rates 1999, Punkt 36; Grünbuch zum strafrechtlichen Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften und zur Schaffung einer Europäischen Staatsanwaltschaft (KOM [2001] 715 [endg.], Punkt 6.3.4.1; Haager Programm zur Stärkung von Freiheit, Sicherheit und Recht in der Europäischen Union (2005/C 53/01), Punkt 3.3.1; Grünbuch zur Erlangung verwertbarer Beweise in Strafsachen aus einem anderen Mitgliedstaat (KOM [2009] 624 [endg.]).

<sup>83</sup> Unter anderem *Vermeulen/de Bondt/van Damme*, EU cross-border gathering and use of evidence in criminal mat-

ters. Towards mutual recognition of investigative measures and free movement of evidence?, IRCP-series Vol. 37, 2010; *Gleiß*, ZStW 125 (2013), 573 (601, 605, 607); *Kusak*, Mutual admissibility of evidence in criminal matters in the EU, A study of telephone tapping and house search, 2016; *Depauw*, EuCLR 6 (2016), 82; *Spencer*, ZIS 2010, 602 (604).

<sup>84</sup> Vgl. *Zimmermann*, in: Böse (Hrsg.), Europäisches Strafrecht, 2. Aufl. 2021, § 16 Rn. 18; *Allegrezza*, ZIS 2010, 569 (572); *Ambos*, ZIS 2010, 557.

<sup>85</sup> *Gleiß* (Fn. 34), S. 141 ff.

<sup>86</sup> Vgl. *Burchard*, Die Konstitutionalisierung der gegenseitigen Anerkennung, Die justizielle Zusammenarbeit in Europa im Lichte des Unionsverfassungsrechts, 2019, S. 216; *Gleiß* (Fn. 34), S. 141 ff.

<sup>87</sup> Gem. Art. 30 Vorschlag für eine Verordnung des Rates über die Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft (KOM [2013] 534 [endg.]) würden Beweise, die rechtmäßig in einem Staat erhoben wurden, in alle andere Mitgliedstaaten als direkt zulässig gelten, soweit sich ihre Zulassung nicht negativ auf die Fairness des Verfahrens oder die Verteidigungsrechte auswirken würde.



sen.<sup>88</sup> Wie oben ausgeführt, werden diese Voraussetzungen im Verwertungsstaat aber nicht notwendigerweise nachgeprüft. Mangels besonderer Regeln für die Verwertbarkeit von Auslandsbeweisen beschränkt sich die Prüfung sodann auf die Einhaltung vager Mindeststandards.<sup>89</sup> Das Zusammenspiel verschiedener mitgliedstaatlicher Prozessrechte kann dann also dazu führen, dass Betroffene „durchs Netz fallen“. Insofern ist fraglich, ob der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung auf im Ausland erhobene Beweise grundsätzlich ohne Weiteres angewendet werden kann.

## 2. Direkte Anwendbarkeit des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung?

Die primärrechtliche Geltung des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung kann Art. 67 und Art. 82 AEUV entnommen werden. Allerdings ist die Rechtsnatur dieses Prinzip weiterhin weitgehend ungeklärt. Manche verstehen es als rein rechtspolitisches Postulat ohne rechtlichen Gehalt, andere als rechtswirksames Rechtsprinzip.<sup>90</sup> Doch selbst wenn die gegenseitige Anerkennung als übergeordnetes Rechtsprinzip mit primärrechtlicher Geltung verstanden wird, wäre es nicht unmittelbar anwendbar, sondern bedürfte der Konkretisierung in entsprechenden Sekundärrechtsakten.<sup>91</sup>

Im Bereich der justiziellen Zusammenarbeit bedeutet das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung, dass Individuen in ihren Heimatstaaten faktisch den (für sie fremden) Rechtsordnungen aller EU-Mitgliedstaaten unterworfen werden.<sup>92</sup> Eine solche Ausweitung der staatlichen Machtbefugnisse kann nur legitimiert werden, wenn sie durch Rechtsakt Schritt für Schritt geregelt wird. Hierbei müssen die Achtung der Freiheiten und Rechte des Einzelnen einerseits und der legi-

timen Verfolgung öffentlicher Interessen andererseits in Ausgleich gebracht werden.<sup>93</sup>

Wie *Kloska* ausführt, ist das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung in gänzlich unkonkretisierter Gestalt wegen seiner Rechtsfolgenoffenheit für den juristischen Gebrauch ungeeignet.<sup>94</sup> Die gegenseitige Anerkennung ist Hintergrund und Grundlage der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen. Allerdings kann sie überhaupt erst wirksam werden, wenn eine justizielle Entscheidung eines ausstellenden Mitgliedstaats vorliegt, die in den Anwendungsbereich eines der spezifischen Rahmenbeschlüsse oder Richtlinien in Strafsachen oder anderer Rechtsakte fällt, in denen die gegenseitige Anerkennung vorgesehen ist, und deren Voraussetzungen erfüllt.<sup>95</sup>

## 3. Die Europäische Ermittlungsanordnung als möglicher Auslöser

Aus der vorangegangenen Analyse geht hervor, dass das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung nicht direkt anwendbar ist, sondern in einem gesonderten Rechtsakt geregelt werden muss.

Für den Bereich der transnationalen Beweisführung ist das maßgebliche Instrument die EEA-RL, welche den Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung für diesen Bereich konkretisiert. Auslöser für eine gegenseitige Anerkennung könnte im Fall „EncroChat“ also die von Deutschland ausgestellte und von Frankreich vollstreckte EEA sein.

Die Erlangung von Beweismitteln, die sich bereits im Besitz des Vollstreckungsstaats befinden, ist gem. Art. 10 Abs. 2 EEA-RL an einige Voraussetzungen geknüpft. Zunächst müssen die allgemeinen Bedingungen der Europäischen Ermittlungsanordnung eingehalten werden. Dies bedeutet, dass die erbetenen Beweismittel für den Zweck eines konkreten Strafverfahrens erforderlich sein und in angemessenem Verhältnis zu diesem Zweck stehen müssen.<sup>96</sup> Art. 6 Abs. 1 der EEA-RL führt aus, dass der Erlass der EEA unter Berücksichtigung der Rechte der verdächtigen oder beschuldigten Person notwendig und verhältnismäßig sein muss. Insofern bedarf es einer Verhältnismäßigkeitsprüfung im Einzelfall.<sup>97</sup>

<sup>88</sup> *Hecker*, Europäisches Strafrecht, 5. Aufl. 2015, S. 453; *Gleß* (Fn. 34), S. 413 ff.

<sup>89</sup> Diese werden auf § 73 IRG zurückgeführt, der eine Mischung völkerrechtlicher Standards im Sinne der EMRK sowie unabdingbarer Grundsätze der deutschen verfassungsmäßigen Ordnung enthält (so *Ambos/Gronke*, in: *Ambos/König/Rackow* (Fn. 53), IRG § 73 Rn. 78.). Was die unverzichtbaren rechtsstaatlichen Grundsätze der deutschen Rechtsordnung angeht, beinhalten diese lediglich den Kerngehalt der Grund- und Menschenrechte, sowie die Grundsätze der Rechtsstaatlichkeit (so *Gleß/Wahl/Zimmermann*, in: *Schomburg/Lagodny* [Fn. 37], IRG § 73 Rn. 7a). Allerdings fehlt es an Konkretisierungen dazu, was genau unter diesen Grundsätzen zu verstehen ist und wie sich auf unterschiedliche Ermittlungs- und Beweismaßnahmen auswirken sollen (so *Wahl*, ZIS 2021, 452 [454], *Wahl* konkretisiert den Maßstab des deutschen *ordre-public* für den konkreten Fall und kommt zu dem Schluss, dass der *ordre public*-Maßstab die Verwertung der von Frankreich übermittelten Daten verhindern würde).

<sup>90</sup> Vgl. *Kloska* (Fn. 79), S. 292–305.

<sup>91</sup> Vgl. *Kloska* (Fn. 79), S. 391 i.V.m. S. 351; *Klip*, *European Criminal Law, An Integrative Approach*, 3. Aufl. 2016, S. 408.

<sup>92</sup> *Zimmermann* (Fn. 84), § 16 Rn. 17.

<sup>93</sup> *Mörtl*, *Common Market Law Review* 2010, 405 (408).

<sup>94</sup> Vgl. *Kloska* (Fn. 79), S. 531.

<sup>95</sup> Vgl. *Klip* (Fn. 91), S. 302, 408.

<sup>96</sup> Vgl. Art. 4 i.V.m. Art. 6 EEA-RL.

<sup>97</sup> Zur Bedeutung der Verhältnismäßigkeit *Wortmann*, *Die Europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen: Die EU-Vorgaben und ihre Umsetzung in Deutschland*, 2020, S. 82 ff. Dies entspricht dem deutschen Rechtsverständnis der Verhältnismäßigkeit wobei „eine Maßnahme unter Würdigung aller persönlichen und tatsächlichen Umstände des Einzelfalles zur Erreichung des angestrebten Zwecks geeignet und erforderlich ist, was nicht der Fall ist, wenn ein milderes Mittel ausreicht, und dass der mit ihr verbundene Eingriff nicht außer Verhältnis zur Bedeutung der Sache und zur Stärke des Tatverdachts steht“, so *Schmitt*, in: *Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen*, 65. Aufl. 2022, Einl. Rn. 20.

Darüber hinaus sind auch die in Art. 11 EEA-RL enthaltenen Versagungsgründe anwendbar.<sup>98</sup> Der Wortlaut der in Art. 11 enthaltenen Ausnahmen deutet darauf hin, dass der europäische Gesetzgeber den Erlass einer EEA nur im Zusammenhang mit einem konkreten Strafverfahren zulassen wollte. In diesem Sinne wird auf die „Straftat“ oder die „Handlung“ Bezug genommen, in deren Zusammenhang die EEA erlassen wurde.<sup>99</sup>

Die am 2. Juni 2020 von der Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt am Main erlassene EEA bezog sich auf alle EncroChat-Daten und sollte deren Verwendung für deutsche Strafverfahren unbeschränkt genehmigen. In Anhang A Abschnitt C des EEA-Formblatts, in welchem die erbetenen Maßnahmen mitgeteilt wurden, hieß es: „Das BKA sei über Europol informiert worden, dass in Deutschland eine Vielzahl schwerster Straftaten (insbesondere Einfuhr und Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge) unter Nutzung von Mobiltelefonen mit der Verschlüsselungssoftware EncroChat begangen werden.“<sup>100</sup> Im Abschnitt G, in dem die Gründe für den Erlass der EEA einschließlich einer Zusammenfassung des Sachverhalts zu finden sind, wurden keine zusätzlichen Angaben gemacht. Die Beschreibung beschränkte sich auf den erneuten Hinweis, dass der Verdacht besteht, dass nicht identifizierte Personen schwerste Straftaten planen und begehen würden.<sup>101</sup> Das BKA verlangte sodann sowohl die „Erlangung von Informationen oder Beweismitteln, die sich bereits im Besitz der Vollstreckungsbehörde befinden“, als auch die „Erlangung von Informationen, die sich in den von Polizei- oder Justizbehörden geführten Datenbanken befinden“.<sup>102</sup>

Bei einer so pauschalen und allgemeinen Anordnung ohne Bezug zu einem konkreten Strafverfahren können die von der EEA-RL verlangten Voraussetzungen allerdings weder eingehalten noch geprüft werden.<sup>103</sup>

Darüber hinaus muss hervorgehoben werden, dass die Beweismittel, auf die sich die EEA bezieht, unter Verstoß gegen die in der Richtlinie festgelegten Garantien erlangt wurden (dazu oben unter II. 3). Die Leistung sowohl aktiver (Art. 30 EEA-RL) als auch passiver (Art. 31 EEA-RL)<sup>104</sup> Rechtshilfe im Bereich der TKÜ wird an die – hypothetische – Zulässigkeit der Beweiserhebung nach innerstaatlichem Recht angeknüpft. Hierdurch können insbesondere diejenigen Standards gewahrt bleiben, die einzelne Staaten, etwa Deutschland, zum Schutz sensibler personenbezogener Daten

vorsehen.<sup>105</sup> Damit ist sichergestellt, dass eine EEA nicht zur Umgehung innerstaatlicher Befugnis- und Verfahrensnormen führen kann.<sup>106</sup> Nach Art. 31 Abs. 3 EEA-RL hätten die Voraussetzungen für die Erhebung auch nach deutschem Recht vorliegen müssen (dazu II. 2). Es hätte für jeden Tatverdächtigen geprüft werden müssen, ob die Voraussetzungen für die Anordnung der Maßnahmen vorlagen.

Insofern hat das LG Berlin den richtigen Ansatz gewählt. Wenn der konkrete Verdacht einer Katalogtat von vornherein nicht bestanden hat, wären die Erkenntnisse bei einer inländische Telekommunikationsüberwachung unverwertbar bzw. hätten schon gar nicht erhoben werden dürfen.<sup>107</sup> Die EEA welche sich auf eine „Vielzahl schwerster Straftaten“ bezieht, bestätigt, dass dieser Tatverdacht von vornherein nicht bestanden hat.

Dann kann es auch keine Rolle spielen, dass die EncroChat-Daten auf der Grundlage des RB-Informationsaustausches übermittelt wurden. Art. 1 Abs. 2 des RB-Informationsaustausches stellt nämlich ausdrücklich fest, dass die herkömmlichen Instrumente der gegenseitigen Anerkennung und der Beweisrechtshilfe unberührt bleiben sollen. Weiter muss gem. Art. 1 Abs. 4 der RB-Informationsaustausches zur Verwendung übermittelter Informationen als Beweismittel vor Gericht die Einwilligung des übermittelnden Staates eingeholt werden, und dies unter Rückgriff auf die zwischen den Mitgliedstaaten geltenden Rechtsinstrumente für die justizielle Zusammenarbeit. Daraus folgt erstens, dass es zur Verwendung übermittelter Informationen als Beweismittel vor Gericht also einer eigenen Rechtsgrundlage für die Beweismittelrechtshilfe bedarf, und zweitens, dass Kohärenz zwischen den Instrumenten des polizeilichen Informationsaustauschs und der Instrumente der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen bestehen muss.<sup>108</sup> Insofern darf durch die polizeiliche Zusammenarbeit in Strafsachen das Beweismittelrechtshilfe-recht nicht umgangen werden.

#### *4. Das nationale Recht als Grenze der gegenseitigen Anerkennung und des gegenseitigen Vertrauens in der Zusammenarbeit in Strafsachen*

Wie die Oberlandesgerichte ausführen, steht hinter dem Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung der Gedanke des gegenseitigen Vertrauens der Mitgliedstaaten untereinander. Ob dies bedeutet, dass es eine Quasi-Verpflichtung zur Anerkennung aller im Ausland gesammelten Beweise gibt, ist fraglich.

Im Gegensatz zur gegenseitigen Anerkennung ist der Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens nicht in den Verträ-

<sup>98</sup> Vgl. Art. 10 Abs. 2 EEA-RL.

<sup>99</sup> Art. 11 Abs. 1 lit. c, e und g EEA-RL.

<sup>100</sup> KG, Beschl. v. 30.8.2021 – 2 Ws 93/21, Rn. 33.

<sup>101</sup> BGH, Beschl. v. 2. 3.2022 – 5 StR 457/21, Rn. 21.

<sup>102</sup> OLG Bremen, Beschl. v. 18.12.2020 – 1 Ws 166/20, Rn. 27.

<sup>103</sup> Vgl. *Wahl*, ZIS 2021, 452 (460). *Zimmermann*, ZfIStw 2/2022, 173 (179), sieht hierin Anhaltspunkte für ein Beweisverwertungsverbot.

<sup>104</sup> Während Art. 30 RL EEA die aktive TKÜ unter Beteiligung des ersuchten Staats regelt, legt Art. 31 RL EEA die passive TKÜ fest, bei der der ersuchte Staat die TKÜ duldet und anhand der vorherigen Unterrichtung kontrollieren kann.

<sup>105</sup> 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 (Art. 10 GG) sicherzustellen.

<sup>106</sup> BT-Drs. 18/9757, S.44.

<sup>107</sup> Ebenfalls in diesem Sinne *Gebhard/Michalke*, NJW 2022, 655 (658).

<sup>108</sup> *Lauer*, Informationsrechtshilfe im Rahmen der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen, 2017, S. 36 ff.

gen enthalten. Er ist jedoch Grundlage und Rechtfertigung für die Verpflichtung der an der Zusammenarbeit beteiligten Justizbehörden, die von einer zuständigen Behörde getroffenen gerichtlichen Entscheidungen anzuerkennen und zu vollstrecken.

Das Vorhandensein dieses Vertrauens setzt voraus, dass bestimmte gemeinsame Grundrechte geteilt werden, die gleichwertig geschützt sind. Dies könnte man im Grundsatz wegen der in Art. 6 Abs. 1 EUV vorgesehenen Grundrechtsbindung annehmen.<sup>109</sup> Die Bindung an die EMRK und die Charta allein sind allerdings nicht ausreichend, um gegenseitiges Vertrauen und damit gegenseitige Anerkennung zu schaffen. Vielmehr müssen europaweite strafprozessuale Mindeststandards eingeführt werden, sodass das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung gelten kann.<sup>110</sup> Im Bereich des Beweisrechts wurden aber bis jetzt keine Harmonisierungsmaßnahmen vorgenommen, sodass hier das Vertrauenserfordernis relativiert werden muss. Dies wird auch durch die möglichen Versagungsgründe der EEA-RL verdeutlicht, welche an das innerstaatliche Recht und die darin enthaltenen Voraussetzungen anknüpft.<sup>111</sup>

Bei besonders grundrechtsintensiven Ermittlungsmaßnahmen, etwa Telekommunikationsüberwachungen, werden den Mitgliedstaaten besondere Spielräume eingeräumt, um nationale Schutzstandards aufrecht zu erhalten.<sup>112</sup> Wie oben dargelegt (II. 3. und 3.), wird die innerstaatliche Zulässigkeit der Maßnahme als Grenze für die Leistung der Rechtshilfe gesetzt.

Durch die gegenseitige Anerkennung werden nun Unterschiede zwischen den verschiedenen Rechtssystemen hingenommen, aber eben nur bis zu einem gewissen Grad. In einem Bereich wie dem Beweisrecht unterliegt die gegenseitige Anerkennung und damit das gegenseitige Vertrauen einigen durch das nationale Recht gesetzten Grenzen.<sup>113</sup>

Insofern, als die französischen Maßnahmen den Anforderungen der deutschen Rechtsordnung nicht zu genügen schienen,<sup>114</sup> kann dies also auch ein Problem aus der Warte der gegenseitigen Anerkennung darstellen.

Wie *Möstl* richtig bemerkt, kann und soll die gegenseitige Anerkennung „nicht als billige Alternative zur Harmonisierung missverstanden werden“.<sup>115</sup> Die Anwendung der gegenseitigen Anerkennung als „Joker-Karte“, um die durch das ihr zugrundeliegende System gesetzten Grenzen zu umgehen, stellt eine Fehlanwendung des EU-Rechts dar.

<sup>109</sup> *Gaede*, in: Böse (Fn. 84), § 3 Rn. 12, 34 ff.

<sup>110</sup> *Wortmann* (Fn. 97), S. 153. Auch in diesem Sinne *Möstl*, *Common Market Law Review* 2010, 405 (421).

<sup>111</sup> Art. 10 Abs. 1 i.V.m. Abs. 5 EEA-RL, Art. 11 Abs. 1 lit. a–h EEA-RL.

<sup>112</sup> *Leonhardt*, *Die Europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen: Umsetzungsanforderungen für den deutschen Gesetzgeber*, 2017, S. 90.

<sup>113</sup> Vgl. *Wortmann* (Fn. 97), S. 153.

<sup>114</sup> KG, *Beschl. v. 30.8.2021 – 2 Ws 93/2*, Rn. 38.

<sup>115</sup> *Möstl*, *Common Market Law Review* 2010, 405 (407 – eigene Übersetzung).

### 5. Gegenseitige Anerkennung bedeutet nicht blindes Vertrauen

Das KG (und der BGH) statuieren, dass eine Nachprüfung ausländischer Ermittlungsmaßnahmen mit dem Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens unvereinbar wäre.

Eine fast bedingungslose Anerkennung – ohne weitere Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Maßnahme – würde allerdings zu einem „Aufsichtsmangel“ führen, nach dem niemand mehr die Verantwortung für die Art und Weise der Beweiserhebung übernimmt.<sup>116</sup> Wie bereits die EuGH-Rechtsprechung zum europäischen Haftbefehl zeigt,<sup>117</sup> kann die bloße Bindung an die EMRK und die Grundrechtecharta nicht genügen, um auf eine Nachprüfung komplett verzichten zu müssen.<sup>118</sup>

Dies bestätigt auch der Blick in die EEA-RL, die bestimmte Nachprüfungen ausländischer Entscheidungen vorsieht. Um diese zu ermöglichen, sind, wie den verschiedenen Formblättern der Anhänge der Richtlinie entnommen werden kann, bestimmte Informationspflichten vorgesehen.<sup>119</sup> Wie oben (3.) schon erwähnt wurde, muss der Anordnungsstaat bei Erlass einer EEA zunächst prüfen, ob die Maßnahme oder das erbetene Beweismittel die Voraussetzungen der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit erfüllt. Der Vollstreckungsstaat hat sodann das Recht, die Anordnungsbehörde zu konsultieren, wenn Gründe für die Annahme vorliegen, dass diese Voraussetzungen der Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit nicht erfüllt sind.<sup>120</sup> Auch hier besteht also die Befugnis zur (Nach-)Prüfung der vom Anordnungsstaat getroffenen Entscheidung.<sup>121</sup>

Darüber hinaus beinhalten die in Art. 11 der EEA-RL erfassten Verweigerungsgründe einen europäischen ordre public-Vorbehalt (Art. 1 Abs. 4 und Art. 11 Abs. 1 lit. f EEA-RL): Beweiserhebungsersuchen können abgelehnt werden, wenn „berechtigte Gründe für die Annahme bestehen, dass die Vollstreckung einer in der EEA angegebenen Ermittlungsmaßnahme mit den Verpflichtungen des Vollstreckungsstaats nach Artikel 6 EUV und der Charta unvereinbar wäre“. Die Vermutung unionsrechts- und insbesondere grundrechtskonformen Verhaltens anderer Mitgliedstaaten ist also widerleg-

<sup>116</sup> Vgl. *van Hoek/Luchtman*, *Utrecht Law Review* 1 (2005), Heft 1, 1 (23); *Claverie-Rousset*, *EuCLR* 3 (2013), 152 (157).

<sup>117</sup> EuGH, *Urt. v. 5.4.2016 – C-404/15, C-659/15 PPU* (Aranyosi und Căldăraru); EuGH, *Urt. v. 25.7.2018 – C-216/18 PPU* (Minister for Justice and Equality).

<sup>118</sup> Vgl. *Kloska* (Fn. 79), S. 211 ff.; *Zimmermann*, *ZfISw* 2/2022, 173 (177).

<sup>119</sup> *Leonhardt* (Fn. 112), S. 48, beschreibt dieses System als System abgestufter Verantwortung, das als Einschränkung des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung agiert.

<sup>120</sup> Art. 6 Abs. 1 und Abs. 3 der EEA-RL.

<sup>121</sup> *Böse*, *ZIS* 2014, 152 (159): zumindest „summarische“ Prüfung der Verhältnismäßigkeit der Maßnahme sowie des Sachverhalts; *Leonhardt* (Fn. 112), S. 49, sieht allerdings richtigerweise, dass die Vollstreckungsbehörde, um das Konsultationsrecht ausüben zu können, denotwendig ebenfalls die Befugnis zu einer umfassenden Verhältnismäßigkeitsprüfung haben muss.

bar.<sup>122</sup> Tatsächlich wurde etwa Frankreich bis 2021 bereits 759 Mal wegen eines Verstoßes gegen die EMRK verurteilt.<sup>123</sup>

In diesem Sinne kann geschlussfolgert werden, dass eine Prüfung der ausländischen Entscheidung dem Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung nicht entgegensteht.<sup>124</sup> Den Ausführungen der OLG, wonach die Nachprüfung der in einem anderen Staat durchgeführten Maßnahme nicht in Frage kommt, muss also widersprochen werden.<sup>125</sup>

Angesichts der obigen Überlegungen stellt sich die Frage, ob ein gegenseitiges Vertrauen tatsächlich besteht oder ob es letztlich lediglich vorgeschoben wird, um dem Interesse der Strafverfolgung Vorrang vor den Verteidigungsrechten des Beschuldigten einzuräumen. Insbesondere Aussagen wie die Folgende aus der Entscheidung des KG lassen am tatsächlichen Bestehen eines gegenseitigen Vertrauens zweifeln:

„Die Nichtverwertung von legal durch Behörden der Republik Frankreich – nicht nur eines Gründungsmitgliedes der europäischen Union, sondern auch eines der Mutterländer des modernen Menschenrechtsverständnisses – beschaffter Informationen über derart schwerwiegende Straftaten, verstieße auch in erheblicher Weise gegen das allgemeine Gerechtigkeitsempfinden der rechtstreuen Bevölkerung.“<sup>126</sup>

Vor diesem Hintergrund stellt sich auch die Frage, ob das KG auch bei Beweismitteln aus Polen oder Ungarn zum gleichen Ergebnis gekommen wäre. Aus Sicht des Unionsrechts und insbesondere des Grundsatzes des gegenseitigen Vertrauens ist eine derartige Begründung mit Verweis auf für die heutige Lage letztlich völlig irrelevante geschichtliche Fakten jedenfalls in hohem Maße problematisch.

## VI. Fazit

Die vom Berliner KG vorgeschlagene, gleichsam automatische „Kaufpflicht“ für ausländische Beweise ist problematisch. Die Anwendung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung, um letztlich jedes angebotene Beweismittel verwerten zu können, ist nicht nur vor dem Hintergrund der Grund- und Verfahrensrechte bedenklich, sondern verkennt auch den differenzierten Charakter des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung.

Die Zusammenarbeit in Strafsachen in der EU muss als kohärentes „Gesamtsystem“ gesehen werden, in dem alle Teile zusammenpassen. Dies gilt für den übergeordneten Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung, die auf diesem Grundsatz beruhenden Instrumente als auch die Instrumente der polizeilichen Zusammenarbeit. Die in einem Bereich

definierten Bedingungen (bspw. die Möglichkeit, nur Beweise verlangen zu können, die sich auf ein konkretes Verfahren beziehen; die Notwendigkeit, Verhältnismäßigkeit und Erforderlichkeit zu prüfen; die Einhaltung nationaler Schutzstandards) sollten nicht mit Rückgriff auf die Instrumente eines anderen Bereichs umgangen werden können.

In der Entscheidung des Kammergerichts wird die gegenseitige Anerkennung als eigenständiges Instrument und nicht als bloße Rechtsgrundlage potenzieller EU-Rechtsvorschriften angesehen. Die EEA-RL hingegen, die genau auf der Grundlage dieses Prinzip erlassen wurde, stellt ein komplexes und ausgewogenes System dar, wodurch europäische Rechte und nationale Schutzstandards eingehalten werden können. Es wäre widersinnig, wenn durch eine pauschale gegenseitige Anerkennung diese Voraussetzungen umgangen werden könnten.

Das LG Berlin wählt hingegen m.E. den richtigen Ansatz, indem es sich mit den tatsächlichen rechtlichen Grundlagen auseinandersetzt, denen diese Art von Beweisverkehr unterliegt.

Es bleibt zu hoffen, dass sich auch höherinstanzliche Gerichte noch einmal mit der Zulässigkeit der im Fall „EncroChat“ erhobenen Beweise und den Grundsätzen der gegenseitigen Anerkennung und des gegenseitigen Vertrauens auseinandersetzen. Ob sich der BGH erneut mit diesem Thema befassen wird, ist noch offen. Die oben genannte erste Entscheidung aus Karlsruhe lässt letztlich weiter offen, ob die anklingende Akzeptanz der Verwertbarkeit der EncroChat-Daten wirklich schon „Justitias letztes Wort“ ist. Inhaltlich wäre eine Übernahme der Lösung des LG Berlin jedenfalls überzeugender.

---

<sup>122</sup> Erwägungsgrund 19 EEA-RL.

<sup>123</sup> European Court of Human Rights, *The ECHR and France, facts & figures*, 2021, abrufbar unter [https://www.echr.coe.int/Documents/Facts\\_Figures\\_France\\_eng.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Facts_Figures_France_eng.pdf) (30.5.2022).

<sup>124</sup> Vgl. *Leonhardt* (Fn. 112), S. 322 ff.

<sup>125</sup> Ebenso *Zimmermann*, *ZfISTw* 2/2022, 173 (177).

<sup>126</sup> KG, *Beschl. v. 30.8.2021 – 2 Ws 93/2*, Rn. 49.