

Aufsätze

Chat about EncroChat

Vortrag auf dem 19. Frühjahrssymposium der AG Strafrecht am 21.4.2023

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Strafrecht Prof. Dr. Ulrich Sommer, Köln

EncroChat ist keine Episode des deutschen Strafprozesses. Encro ist mehr als ein isoliertes Phänomen. Der aktuelle vom BGH¹ gebilligte Umgang mit Encro skizziert exemplarisch den Weg des zukünftigen Strafprozesses – in einem digitalisierten und vor allem europäisierten Strafprozess.

Die beschränkte Vortragsthematik

Diese strukturellen Indikatoren sind mein Anliegen. Ich werde daher beim Feuerwerk der juristischen Argumentationskunst,

¹ BGH v. 2.3.2022 – 5 StR 457/21.

die wir in den letzten zwei Jahren erleben durften,² nicht noch weitere dogmatische Raketen zünden. Die überwältigende Kleinteiligkeit insbesondere höchstrichterlicher Entscheidungen hat einen Nebel produziert, der die klare Sicht auf die Veränderungen und deren rechtsstaatswidrige Potenzen erschwert. Bei den Verbiegungen des Strafprozesses, die die Rechtsprechung mit Hilfe von Encro einleitet, erscheinen mir vier Punkte besonders erwähnenswert: Zum einen die veränderte, machterweiternde Rolle der Staatsanwaltschaft, zum anderen der mit europäischer Verve initiierte Umbau des Ermittlungsverfahrens zu einem geheimdienstähnlichen Vorgang unter hervorgehobener Beteiligung von Europol. Verändert wird drittens die gerichtliche Beweiserhebung, die sich durch eine nie gekannte Anspruchslosigkeit der Strafrichter gegenüber der Qualität von Beweismitteln ebenso auszeichnet wie durch einen abermaligen Zuwachs richterlicher Freiheiten bei der Beweiswürdigung. Allgemein stellt sich die Frage, wieso aktuell trotz aller erkennbaren Umstürzungen die deutsche Richterschaft Ferien nimmt von rechtsstaatlichen Traditionen, die wir alle noch in Studienzeiten zu den Grundfesten unserer demokratischen Zivilisation zählten. Viertens und letztlich gilt es, die faktische Handlungsunfähigkeit der Verteidigung im neuen Strafprozess zu analysieren, die nur noch als lebloser Schatten eines einstmals installierten effektiven Kommunikationspartners daherkommt.

Was bisher geschah

Der Hintergrund: 2016 erschien der Kommunikationsanbieter EncroChat auf dem Markt. Fachzeitschriften feierten EncroChat wegen der angebotenen verschlüsselten Technologie als Nachfolger des legendären BlackBerry. Das Unternehmen vertrieb seine Technologie über eBay und persönliche Wiederverkäufer. Für ca. 1.500 EUR erwarb der Kunde ein entsprechend aufbereitetes Mobilgerät und eine Nutzungsmöglichkeit für ca. ein Jahr. Der Betreiber saß offensichtlich in Kanada, der zentrale Server in Frankreich. Der Bedarf an sicherer Kommunikation war nicht unerheblich: EncroChat vertrieb ca. 70.000 Geräte. Ermittlungsbehörden mutmaßten auch kriminell interessierte Nutzer. Die empirische Basis dieser kriminalistischen Hypothese war allerdings überschaubar: Die französische Polizei berichtete, man habe in einem halben Dutzend Fällen bei Drogenhändlern derartige Geräte sichergestellt. Das reichte allerdings französischen Ermittlungsrichtern, eine vollständige Infiltration des Servers zu genehmigen. Eine Spionagesoftware wurde heimlich aufgespielt, die Handys der Nutzer in aller Welt wurden dadurch manipuliert, Milliarden von Nachrichten wurden von April bis Juli 2020 abgefangen und gespeichert. Über Europol wurden diese Daten an die Ermittlungsbehörden derjenigen Länder übermittelt, in denen laut ebenfalls festgestellter Standortdaten die Nutzer sich jeweils aufhielten. Das Ermittlungsmodell ist nicht singulär. Bekannt ist mittlerweile, dass die europäische Polizei bei einem anderen An-

bieter verkrypteter Kommunikation mit Namen SkyECC (mit angeblich mehreren hunderttausend Nutzern) in vergleichbarer Weise vorgegangen ist. Während auch dort die Organisatoren weitgehend unbekannt sind, sind sie bei einem dritten Telekommunikationsunternehmen mit Namen ANOM publik: Das FBI selbst hatte die Telefone mit angeblich sicher verschlüsselter Technologie entwickelt und vertrieben, um die Nutzer live zu überwachen. Deutsche Behörden sind nicht nur Zuschauer dieses Trends; eine große Festnahmeaktion vor drei Monaten beruhte nach Medienberichten darauf, dass das LKA Rheinland-Pfalz den Krypto-Messengerdienst „Exclu“ – gehostet im sog. Cyberbunker an der Mosel – vollständig infiltriert und entschlüsselt hatte.

Weiterer Ausgangspunkt der hiesigen Analyse ist die eindeutige deutsche Rechtslage bei einer Datenabschöpfung nach dem Modell EncroChat: Das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung und unüberwachte Kommunikation (Art. 7 GRCh) steht einer solchen Infiltration zu Ermittlungszwecken entgegen. Eine legitimierende Eingriffsnorm zur Abschöpfung eines kompletten Servers existiert im deutschen Strafprozessrecht nicht. Individuelle Überwachungen einzelner Verdächtiger sind zwar nach §§ 100a ff StPO denkbar, setzen aber jeweils einen konkreten Anfangsverdacht voraus. Der Versuch mancher Oberlandesgerichte,³ aus dem Vertriebsweg

² Auswahl der bisherigen Beschäftigung der Literatur mit Encro: *Wahl*, Verwertung von im Ausland überwachter Chat-Nachrichten im Strafverfahren, ZIS 2021, 452 ff.; *Pauli*, Zur Verwertbarkeit der Erkenntnisse ausländischer Ermittlungsbehörden, NSiZ 2021, 146; *Derini/Singelstein*, Verwendung und Verwertung von Daten aus massenhaften Eingriffen in informationstechnische Systeme aus dem Ausland (Encrochat), NSiZ 2021, 449; *Sommer*, EncroChat – ein Kapitel in der Geschichte des zerbröselnden europäischen Strafprozesses, StV Spezial 2021, 67; *Erhard/Lödden*, Encro Chat – Beweisverwertungsverbot hopp oder top? StraFo 2021, 366 ff.; *Derini/Singelstein*, „Encrochat“ – Verwendung durch verdachtsunabhängige Massenüberwachung im Ausland erlangter Daten in deutschen Strafverfahren, StV 2022, 130–135; *Gebhardt/Michalke*, Der Zweck heiligt die Mittel nicht – der EncroChat-Komplex und die Grenzen strafprozessualer Beweisverwertung, NJW 2022, 655; *Petersen*, EncroChat: Der individualschützende Charakter europäischer Beweisrechtshilfe, StV 2022, 679; *Schmidt*, Zur strafprozessualen Verwertbarkeit der Daten aus der Überwachung verschlüsselter Mobiltelefone durch einen anderen Mitgliedstaat der EU, ZStW 2022, 982–1015; *Zimmermann*, Die Verwertbarkeit von Auslandsbeweisen im Lichte der EncroChat-Ermittlungen, Zfistw 2022, 173 ff.; *Ruppert*, Erheben ist Silber, Verwerten ist Gold? Verwendbarkeit und Verwertbarkeit von Daten ausländischer Ermittlungsbehörden im Lichte des Grundrechtsschutzes – EncroChat, NZWiSt 2022, 221 ff.; *Zeyher*, Ausländische Beweismittel und ihre Verwertbarkeit am Beispiel „EncroChat“, ZHW 2022, 81 ff.

³ KG NSiZ-RR 2021, 353: „Schon die Nutzung der mit Verschlüsselungstechnik versehenen, hochpreisigen Endgeräte begründete im Übrigen ... einen entsprechenden Anfangsverdacht gegen die Nutzer solcher Geräte.“ OLG Brandenburg BeckRS 2021, 45700: „Darüber hinaus begründete die Nutzung der mit Verschlüsselungstechnik versehenen, hochpreisigen Endgeräte nach derzeitigen Erkenntnissen jedenfalls einen gewissen Anfangsverdacht gegen deren Nutzer, wobei die Geräte nach bisherigen Erkenntnissen auch überwiegend bestimmungsgemäß für Absprachen krimineller Vorhaben verwendet wurden“ (Hervorhebung durch Verf.); kryptisch auch der BGH 5 StR 457/21 Rn 57: „Verdachtslage einer allein kriminellen Nutzung der EncroChat-Dienste“; OLG Celle BeckRS 2021, 24319: „... stellen sie dennoch eine tatsächliche, über allgemeine Erfahrungssätze hinausgehende Grundlage für den Verdacht dar, dass alle Encrochat-Nutzer das System zur Begehung schwerer Straftaten genutzt haben könnten“.

oder dem Nutzungsentgelt bereits den Anfangsverdacht einer nicht bekannten Person bezüglich einer nicht bekannten Straftat abzuleiten, bewegt sich derart abseits der Empirie, dass rechtliche Verdachtskategorisierung über den Bereich des Absurden nicht hinauskommen. Rechtfertigungen auch der französischen Behörden werden nur durch einen logischen Doppelsalto ermöglicht: Man etikettiert ohne ausreichende Begründung das gesamte System EncroChat zu Beginn der Untersuchung als kriminell, woraufhin es bei weiteren Ermittlungen nur noch darum geht, Details der kriminellen Nutzung zu ermitteln.⁴ Das funktioniert jedenfalls nach deutschen Gesetzen nicht; pauschale Massenüberwachungen von Kommunikationsströmen kennt die Strafprozessordnung aus guten Gründen nicht.⁵

Kompetenzerweiterung der StA jenseits des Anfangsverdachts

Der Blick auf die Kategorie des Anfangsverdachts im Zusammenhang mit der Massenüberwachung lässt den dahinterstehenden Wechsel rechtsstaatlicher Kultur erkennen.

So berichtete das deutschsprachige belgische Nachrichtenportal vrt,⁶ dass die belgische Polizei bei ihrer Überwachungsarbeit wie selbstverständlich festgestellt hat, dass viele Nutzer der verschlüsselten Telefone sehr wohl ein hohes Interesse an unüberwachter Kommunikation, aber nicht an kriminellen Taten hatten. Als Konsequenz forderte man alle Nutzer öffentlich auf, sich zu melden, wenn die Telefone für legale Ziele genutzt werden. Das Recht, von Überwachungsmaßnahmen unbehelligt zu bleiben, war vom braven Nutzer nachzuweisen. Willkommen im modernen Europa der Unschuldsumutung!

Wenn die Staatsanwaltschaft Ermittlungsergebnisse über angebliche Tathandlungen auf deutschem Boden importiert, für die es keinerlei Veranlassung durch einen Anfangsverdacht gab, erschüttert dies die verfassungsrechtlich verankerte Rolle dieser Ermittlungsbehörde. Das Kriterium des Anfangsverdachts ist mehr als eine einfachgesetzliche dogmatische Spielerei. Die Staatsanwaltschaft ist in unserem Rechtssystem keine Wahrheitskommission. Angesichts der enormen Eingriffsmöglichkeit in bürgerliche Rechte bedarf ihre Tätigkeit in besonderem Maße der Beschränkung und Kontrolle. Der Anfangsverdacht hat daher die Funktion, die Machtausübung dieser Behörde auf konkrete Strafverfolgung zu beschränken.⁷ Wird ein Verfahren gegen einen Bürger eingeleitet, der nicht strafrechtlich verfolgt werden darf, macht sich der Staatsanwalt sogar strafbar – § 344 StGB. Schon die „unsägliche Praxis“⁸ der Vorermittlungsverfahren muss das demokratische Prinzip der Checks and Balances tangieren. Ohne Verdacht besteht weder eine Erforschungspflicht nach § 160 StPO noch eine Ermächtigung, durch Erforschung in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung einzugreifen. Wird ohne Anfangsverdacht auf deutschem Territorium durch eine EU-Exekutive digital ermittelt, werden die Konsequenzen durch den

verharmlosend tapsigen Begriff des Forum Shoppings allenfalls verschleiert. Faktisch geht es um Usurpierung von staatlicher Macht ohne demokratische Legitimation.

Geheimhaltung als Essentialie europäischer Ermittlungen

EncroChat deckt beispielhaft an einer anderen Stelle die schöne neue Welt des europäischen Strafprozesses auf. Was in den liberalen Prozessideen des Deutschen Reichs noch als Staat „mit offenem Visier“ beschrieben wurde,⁹ was alsbald in der Bundesrepublik nach der Einführung der Telefonüberwachung in ein massives Eindringen in das Privatleben des beschuldigten Bürgers übergang, mündet nunmehr in die Kultivierung von Überwachungsszenarien, für die *James Bond* und *George Orwell* gleichermaßen Pate standen. Die Software, mit der die Infiltration sowohl des Servers als auch der 40.000 Handys bewirkt wurde, sei ein militärisches Staatsgeheimnis – sagen die französischen Behörden. Verantwortlich für die Durchführung des EncroChat-Hacks sei Monsieur *Jean Philippe Lecouffe*, Absolvent der Militärakademie und tätig im französischen Geheimdienst – berichtet die Presse. Beschwichtigend verharmlosend wird der strafprozessuale Zugriff in Frankreich als „geheimdienstähnlich“ qualifiziert. Tatsächlich agierten die französischen Behörden und Gerichte weit entfernt von einer Tataufklärung inhaltlich und methodisch wie

⁴ S. die Stellungnahme der französischen Regierung im Verfahren vor dem EGMR 44715/20 vom 7.4.2022: „... that the use of the handset in itself was illegal, and was the subject of an investigation to identify those responsible for the illegal network of handsets, which, moreover, were being used to conceal illegal activities“. Ohne dies inhaltlich zu hinterfragen oder gar zu überprüfen, übernimmt die deutsche Rechtsprechung diese Sichtweise gerne für ihre Zwecke; BGH 5 StR 457/21 Rn 37 behauptet ohne jede empirische Basis, die französischen Ermittlungen hätten die regelmäßige Nutzung der EncroChat-Handys zu kriminellen Zwecken bestätigt.

⁵ Eine verdachtslose Kommunikationsüberwachung ist schon verfassungsrechtlich ausgeschlossen: BVerfG, Urt. v. 27.2.2008 – 370/07; 1 BvR 595/07 NJW 2008, 822.

⁶ <https://www.vrt.be/vrtnws/de/2021/03/12/abgehoert-polizei-bittet-jedender-mit-dem-verschluesselten-sk/>; die Maßnahme bezog sich auf Sky ECC.

⁷ *Eisenberg/Conen*, NJW 1998, 2242 ff.: „Befugnisbegrenzung der Staatsanwaltschaft ... Die Limitierung strafrechtlicher Ermittlungen soll ein willkürliches Eindringen in Lebensgestaltungen mit der Zielsetzung, auf mutmaßliche Straftaten zu stoßen, verhindern“; *Kammann*, Der Anfangsverdacht, 2003, S. 53: „Insoweit haben Anfangsverdacht und Legalitätsprinzip auch eine ermittlungsbegrenzende Funktion. Es soll eine uferlose Ansammlung und Erhebung von Daten verhindert werden“; MüKo-StPO/*Peters*, 1. Aufl. 2016, StPO § 152 Rn 34: „Gleichzeitig verhindert er, dass die Ermittlungsbehörden grenzenlos und ohne einen konkreten Bezug zu einer Straftat Daten erheben und sammeln.“

⁸ *Groß*, Zur Notwendigkeit des strafrechtlichen Anfangsverdachts, in: *Dahs-FS* 2005, 249 ff., 260.

⁹ *Josef Meyer* (Hrsg.), Das große Conversations-Lexicon für die gebildeten Stände 1840–1855: „Das Wort ‚geheim‘ hat längst den Fluch aller besseren im Volk auf sich geladen ... Im Geheimen feiert die Inquisition ihre blutigen Henkerorgien, im offenen Tageslicht dagegen wandelt die Rechtsschaffenheit, die überzeugungsvolle Gesinnung, wandelt ein freies Volk.“

Geheimdienste. Allein basierend auf einer nicht ernsthaft verifizierten Hypothese erfolgte eine flächendeckende langfristige verdeckte Kommunikationsüberwachung durch Infiltrierung von zehntausenden Mobiltelefonen in der ganzen Welt. Die Operation diente nicht einem konkret abgrenzbaren strafrechtlichen Ermittlungsziel. Vielmehr sollten in geheimer Weise massenhaft Daten abgeschöpft, auf Vorrat gespeichert und danach ausgewertet werden.

Die französische Regierung selbst hat dies in einer Stellungnahme gegenüber dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte vom 7.4.2022 aufgedeckt. In diesem von britischen Staatsbürgern initiierten Beschwerdeverfahren in Straßburg reklamiert die französische Regierung eine reduzierte Verantwortung für mögliche Menschenrechtsverletzungen. Denn letztlich initial für die mögliche Verletzung der Menschenrechte der Beschwerdeführer sei nicht Frankreich, sondern Großbritannien. Es existiere eine europäische Ermittlungsanordnung der britischen Behörden vom 11.3.2020 – also drei Wochen vor dem Zugriff auf EncroChat –, mit der die Übersendung aller abzuschöpfenden Daten beantragt wurde, die möglicherweise britischem Territorium zuzuordnen waren. Die französische Regierung betont, dass sie selbst insoweit keine Verfahren gegen ausländische Nutzer habe einleiten wollen,¹⁰ sie sei lediglich nach EU Recht gebunden gewesen, dieser Bitte nachzukommen. Bei dem Zugriff ging es also nur um wenige hundert französischer Nutzer. Die Daten zehntausender anderer europäischer Nutzer wurden lediglich auf Vorrat gespeichert, falls bei anderen europäischen Ermittlungsbehörden entsprechender Bedarf entstünde.¹¹

Dafür, dass dieser Bedarf auch wirklich entdeckt und umgesetzt wird, haben die Verbrechensjäger europaweit Vorsorge getroffen. Das mag an einer Personalie verdeutlicht werden: Nach dem EncroChat-Erfolg wechselte der offensichtlich für den französischen EncroChat-Zugriff verantwortliche Geheimdienstler Monsieur *Jean Philippe Lecouffe* den Arbeitgeber und ist seit dem letzten Jahr stellvertretender Direktor für die Abteilung „Operationen“ bei Europol. Diese Behörde steht wie keine andere symbolisch für die Zeitenwende im Umgang der europäischen Gesellschaften mit den Menschenrechten von der Kriminalität verdächtigen Bürgern. Europol ist zwar angeblich keine operierende Polizeieinheit, bei EncroChat hat sie jedoch den Zugriff initiiert, im Vorfeld nationale Ermittler koordiniert, nach dem Zugriff alle Daten gespeichert und diese an die nationalen Ermittlungsbehörden verteilt.

EncroChat markiert einen Meilenstein für die Rolle von Europol.¹² Die Behörde hat sich zu einer unfassbaren und unkontrollierbaren Datenkrake entwickelt. Täglich werden ihr Millionen von Daten zugespült, vom deutschen BKA bis hin zum rumänischen Geheimdienst. Der europäische Datenschutzbeauftragte ist entsetzt und will zumindest die Aufbewahrungsfristen dieser Daten kontrollieren.¹³ Europol ignoriert das und feiert öffentlich – sogar unter dem

Beifall des europäischen Parlaments¹⁴ – seine Aufklärungserfolge durch „Data Mining“. Diese Fundgrube in Den Haag ist mittlerweile gigantisch. Nach eigenen Angaben befinden sich dort vier Petabyte¹⁵ von kriminalistisch relevanten Daten – ermittelt, gesammelt, aufbereitet, präsentabel für jeden deutschen Gerichtssaal. Wer die Bemühungen der EU-Exekutiven um erleichterten Datenaustausch in strafrechtlichen Ermittlungen („cross border e-evidence“,¹⁶ „spontaner Datenaustausch“ oder neuerdings digitale Plattformen für gemeinsame Ermittlungsgruppen¹⁷) verfolgt, ahnt den übergreifenden Plan eines „ganzheitlichen ... umfassenden Informations- und Innovationshub für die Strafverfolgung in der EU“¹⁸ – und vermisst gleichzeitig legislatorische Bemühungen um die ganzheitliche EU-weite Integration des fairen Strafprozesses.

Ermitteln und Verurteilen jenseits des Gesetzes

Nach dem Gefühl offensichtlich jedes deutschen Richters ist dieses Datenmaterial zu wertvoll, um es in einem prozessualen Papierkorb verschwinden zu lassen. Auf EncroChat bezogen hatte bereits das OLG Hamburg in einer frühen Entscheidung entdeckt, dass die in Frankreich abgegriffenen und zwischenzeitlich bei Europol gespeicherten Daten wie

¹⁰ Das falsifiziert die gegenteilige Annahme von BGH 5 StR 457/21 Rn 38.

¹¹ S. hierzu z.B. den in zahllosen Strafverfahren wiedergegebenen Vermerk der „BAO THOR“ des BKA vom 3.9.2021 zum Kenntnisstand des BKA vor dem Zugriff auf den Server von EncroChat: „Darüber hinaus wurde mitgeteilt, dass die französischen Behörden davon ausgingen, zu einem noch unbekanntem Zeitpunkt in der Lage zu sein, die Kommunikationsdaten des betroffenen Kryptoanbieters internationalen Partnern zur Verfügung zu stellen“.

¹² S. hierzu schon *Lödden*, Eine Grenzerfahrung: Die Rolle von Europol und Eurojust in Kryptoverfahren, StV Spezial 4/22.

¹³ Auf seiner Homepage hatte der Europäische Datenschutzbeauftragte seine eingehend begründete Aufforderung an Europol, Daten zu löschen, veröffentlicht – https://edps.europa.eu/system/files/2022-01/22-01-10-edps-decision-europol_en.pdf; s. auch den Bericht <https://www.datenschutz-ticker.de/2022/02/europol-kommt-loeschpflicht-nicht-nach/>.

¹⁴ Mit der im vergangenen Jahr in Kraft getretenen neuen Europol-Verordnung wurde das Aktionsfeld der Behörde nochmals erheblich ausgeweitet, aus Sicht der Kritiker soll hier offensichtlich ein europäisches FBI geschaffen werden, siehe z.B. <https://www.golem.de/news/neue-verordnung-europol-wird-zur-big-data-polizei-2205-165634.html>.

¹⁵ Ein Petabyte steht für etwa 1000 Terabytes.

¹⁶ https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/policies/justice-and-fundamental-rights/criminal-justice/e-evidence-cross-border-access-electronic-evidence_en#documents; hierzu hat der Strafrechtsausschuss des DAV bereits ablehnend Stellung genommen (42/2018).

¹⁷ „Plattform für die Zusammenarbeit gemeinsamer Ermittlungsgruppen“, Legislative Entschließung des Europäischen Parlaments vom 30.3.2023 P9_TA (2023)0088.

¹⁸ Das bundesdeutsche Innenministerium ist begeistert von den jüngsten Kompetenzerweiterungen bei Europol, auf seiner Homepage heißt es z.B.: „Das neue Europol-Mandat schafft damit die Grundlage, schwere und organisierte Kriminalität ... grenzüberschreitend wirkungsvoll und ganzheitlich zu bekämpfen. Europol wird zu einem umfassenden Informations- und Innovationshub für die Strafverfolgung in der EU“.

glückliche Zufallsfunde zu behandeln sind,¹⁹ deren Herkunft nicht weiter zu hinterfragen ist, erst recht nicht die Konformität der Beweisgewinnung nach deutschem Recht. Vier Petabyte potentieller Zufallsfunde – der digitale Beweisbasar ist eröffnet!

Der 5. Senat des BGH mäandert mit demselben Ziel durch das Begriffsdickicht der Richtlinie zur Europäischen Ermittlungsanordnung: Wenn der deutsche Staatsanwalt um eine Ermittlungsmaßnahme beispielsweise in Frankreich bittet, muss er sich an deutschem Recht orientieren²⁰ (Art. 6 Nr. 1 b RL-EEA)²¹. Das deutsche Recht kann er angeblich beiseite legen, wenn ein Ermittlungsergebnis bereits in Frankreich vorliegt und er nur dessen Transfer beantragt.²² Unabhängig davon, dass nirgendwo die notwendigen Fragen der Verhältnismäßigkeit auch nur ernsthaft aufgeworfen werden, ist dieser Interpretationsversuch mehr als fragwürdig. Der Text der Richtlinie unterscheidet zwar begrifflich hinsichtlich des Inhalts einer Ermittlungsanordnung zum einen die Anordnung von Ermittlungsmaßnahmen in einem anderen Land und zum anderen den Transfer von Beweismitteln, die bereits in dem anderen Land vorliegen (Art. 1 Abs. 1 RL-EEA)²³, sieht aber generell eine Massenüberwachung als Regelungsgegenstand nicht vor. Dass die Richtlinie den grundsätzlichen Anspruch der Geltung des Rechts des Anordnungsstaates differenziert beim Beweistransfer aufgeben wollte, kann der BGH allerdings aus dem Text der Richtlinie nicht nachweisen. Der 5. Senat beruft sich daher auf eine „Systematik der RL EEA“,²⁴ die er allerdings nicht weiter darstellt. Übergreifend spricht eher vieles dafür, dass auch die EU allgemein verhindern wollte, dass Ermittlungsbehörden über den Umweg der EEA nationales Recht ignorieren könnten.

Der argumentative Torso zur Eliminierung deutschen Rechts wird letztlich zusammengehalten durch eine begriffliche Allzweckwaffe: das gegenseitige Vertrauen und die wechselseitige Anerkennung von Rechtsakten in der EU. Der Zwang zum Vertrauen ist eine Idee, kein geltendes europäisches Verfassungsrecht, wird aber vom EuGH zu Integrationszwecken enorm forciert.²⁵ Für den europäischen Strafprozess signalisiert der Begriff einen unheilvollen Webfehler in der Schaffung eines gemeinsamen Rechtsraums. Ursprünglich war diese wechselseitige Anerkennung lediglich ein Grundsatz des europäischen Binnenmarktes:²⁶ Damit der Markt unbürokratisch funktioniert, musste der Zoll in Deutschland die Entscheidung beispielsweise der portugiesischen Importbehörden anerkennen, wonach die Krümmung von gelieferten Bananen EU-konform war. Die EU-euphorische kritiklose Übernahme dieses Begriffs zur Gestaltung eines gemeinsamen Rechtsraums musste insbesondere für den Strafprozess in die Irre führen.

Ich erlaube mir, insoweit ein Bild zu reaktivieren, das ich vor nahezu 20 Jahren bei den ersten Diskussionen um den europäischen Staatsanwalt angeführt hatte: Den Strafprozess hatte ich mit einem geregelten Katz-und-Maus-Spiel verglichen. In jedem Verfahren ist der betroffene Bürger als kleine Maus

hilflos der staatlichen Justizmacht der Katze ausgeliefert. Eine Chance zur Wahrung seiner Rechte hat er nur, wenn die Katze ihre Krallen nur in einem streng reglementierten Ritual ausfahren kann. Nirgendwo ist das Prinzip „rule of law“ als demokratisches Grundverständnis unserer Gesellschaft so deutlich wie im Strafprozess. Spiel und Spielregeln werden in der EU verändert. Die Maus wird nicht mit einer Katze konfrontiert, sondern mit 27 Katzen. Zu allem Überfluss versichern sich alle Katzen des gegenseitigen Vertrauens. Die traditionelle rechtsstaatliche Konsequenz wäre eine Neujustierung der prozessualen Schutzrechte eines Beschuldigten in der EU. Die Realität geht mit der Verklärung der vertrau-

¹⁹ OLG Hamburg v. 29.1.2021 – 1 Ws 2/21: „Die primär für den Datenaustausch zwischen verschiedenen innerstaatlichen Strafverfahren konzipierte Vorschrift des § 100e Abs. 6 Nr. 1 StPO gilt auch als Rechtsgrundlage für den grenzüberschreitenden Datenverkehr. Die Norm gestattet auch die Verwendung von Informationen aus ausländischen Strafverfahren. Ihr Regelungsbereich betrifft die Verwendung und Verwertung von Zufallsfunden aus anderen Strafverfahren“.

²⁰ Dazu gehört auch, dass er sich durch die EEA nicht mehr Kompetenzen verschaffen kann, als ihm das nationale Recht zubilligt. In der Entscheidung C-724/19 vom 20.5.2021 hatte dies der EuGH ausdrücklich in einem bulgarischen Fall angeordnet. Der Äquivalenzgrundsatz aus Art. 6 Abs. 1 lit. b der Richtlinie verbiete die Anordnung durch die Staatsanwaltschaft, wenn im vergleichbaren nationalen Verfahren die richterliche Befugnis vorausgesetzt wird. Die von der bulgarischen Staatsanwaltschaft angeordneten EEAs zur Übermittlung solcher Daten widersprechen der Richtlinie. Die entsprechenden bulgarischen Vorschriften erkennen zwar eine allgemeine Zuständigkeit der Staatsanwaltschaft zur Anordnung von EEAs an, doch liegen bestimmte Beweiserhebungen wie die Übermittlung von Verkehrs- und Standortdaten unter Richtervorbehalt.

²¹ „Die Anordnungsbehörde darf nur dann eine EEA erlassen, wenn die folgenden Bedingungen erfüllt sind: ... die in der EEA angegebene(n) Ermittlungsmaßnahme(n) hätte(n) in einem vergleichbaren innerstaatlichen Fall unter denselben Bedingungen angeordnet werden können.“

²² BGH 5 StR 457/21 Rn 48. „Die auf eine hypothetisch rechtmäßige Erlangung im Anordnungsstaat abzielende Prüfungspflicht des Art. 6 Abs. 1 Buchst. b RL EEA bezieht sich nach ihrem unmissverständlichen Wortlaut und der Systematik lediglich auf ausdrücklich in der Europäischen Ermittlungsanordnung angegebene Ermittlungsmaßnahmen, die der Vollstreckungsstaat noch vornehmen soll, nicht auf solche, die er bereits nach seinem nationalen Recht vorgenommen hat und die dem Transfer bereits vorliegender Beweise lediglich zugrunde liegen.“

²³ „Eine Europäische Ermittlungsanordnung (im Folgenden „EEA“) ist eine gerichtliche Entscheidung, die von einer Justizbehörde eines Mitgliedstaats („Anordnungsstaat“) zur Durchführung einer oder mehrerer spezifischer Ermittlungsmaßnahme(n) in einem anderen Mitgliedstaat („Vollstreckungsstaat“) zur Erlangung von Beweisen gemäß dieser Richtlinie erlassen oder validiert wird. Die Europäische Ermittlungsanordnung kann auch in Bezug auf die Erlangung von Beweismitteln, die sich bereits im Besitz der zuständigen Behörden des Vollstreckungsstaats befinden, erlassen werden.“

²⁴ BGH 5 StR 457/21 Rn 49.

²⁵ Der Topos findet sich auch mehrfach in den Erwägungsgründen der RL-EEA, z.B. (2): „Nach Artikel 82 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) beruht die justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen in der Union auf dem Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung gerichtlicher Urteile und Entscheidungen, der seit der Tagung des Europäischen Rates vom 15. und 16.10.1999 in Tampere allgemein als Eckstein der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen in der Union bezeichnet wird.“

²⁶ Siehe hierzu zum Beispiel den Vortrag der Verfassungsrichterin Ott, Gegenseitiges Vertrauen im europäischen Rechtsraum, https://betrifftjustiz.de/wp-content/uploads/texte/BJ%20141_Ott.pdf.

ensvollen justiziellen Zusammenarbeit der Staatsmacht in die entgegengesetzte Richtung. Überall tappt die Maus in die EU-Falle.

Als eine Art Hoffnungsschimmer wird jeder Maus versichert, dass man in jedem Fall bei der Entscheidung von Strafgerichten Grundrechte und Menschenrechte konsequent beachten werde. Dies hatte das Bundesverfassungsgericht einst als rechtliches Einfallstor konzipiert, um dem Zwang zur blinden Umsetzung des europäischen Haftbefehls entgegenzutreten zu können. Die Rechtsprechung kultiviert nunmehr auf dieser Basis im Rahmen von EncroChat einen Etikettenschwindel, der die beliebige Übernahme von Beweismitteln anderer EU-Ermittler ermöglichen soll. Hindern nur nachweisbare Menschenrechtsverletzungen oder Verstöße gegen rechtsstaatliche Prinzipien eine solche Übernahme, sind alle gesetzlich formalisierten rechtssichernden Kriterien ausgeschaltet und dem in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht kaum prognostizierbaren Wertungssumpf deutscher Strafrichter überlassen.

Der rechtsstaatliche Weg der Freiheitssicherung durch ein formalisiertes geschlossenes prozessuales System wird damit verlassen. In der EU existieren völlig unterschiedliche Strafprozessordnungen, die trotz differenzierter Verfahrenswege als rechtsstaatlich gelten. Rechtssicherheit bietet jeweils u.a. das konsistente Gefüge einer Verfahrensordnung, die bis in ihre Detailregelungen hinein die Zusammenhänge gesellschaftlicher Rechts- und Machtstrukturen und ihrer individuellen Traditionen widerspiegelt und die Rollen der einzelnen Verfahrensbeteiligten an der Valuierung der von ihnen vertretenen Interessen ausbalanciert. Dieser Wert der Rechtssicherheit wird zerstört, wenn außerhalb dieses Kodex liegende Elemente allein mit der Begründung in das Verfahren implementiert werden,²⁷ man müsse der Rechtsstaatlichkeit dieser Elemente vertrauen.

Schon in der Diskussion um die Einführung der europäischen Ermittlungsanordnung hatte der deutsche Richterbund auf die Unvereinbarkeit der geplanten Beweistransfers mit der grundrechtssichernden Qualität eines einheitlichen gesetzlichen Prozesskonzepts hingewiesen:²⁸ „Die nationalen Strafprozessordnungen bieten jeweils ein in sich geschlossenes System der Beweisgewinnung an, welches, bezogen auf die nationalen Erfordernisse, einen ausgewogenen Ausgleich zwischen der staatlichen Pflicht zur Ermittlung der Wahrheit und den Rechten der Beschuldigten gefunden hat. Ein Eingriff in dieses System ist nur möglich, wenn durch Harmonisierung von Strafprozessrecht eine neue Balance gefunden worden ist, die in die Prozessordnungen der Mitgliedstaaten aufgenommen werden kann.“ Wenn die Harmonisierung oder die Schaffung einer einheitlichen europäischen Strafprozessordnung in weiter Ferne ist, ist es die grundgesetzliche Pflicht eines deutschen Richters, nach Recht und Gesetz zu richten und damit auch die Fragen einer Beweiserhebung den Maßstäben des deutschen Gesetzes zu unterwerfen.²⁹

Auch und gerade in demokratischen Rechtsstaaten sollte bei Ausübung staatlicher Macht gelten: Vertrauen ist gut, justizielle Kontrolle ist besser.

Beweisverwertung in der EU als Klimax der Gesetzlosigkeit

Die deutsche Richterschaft dürfte diese Ausführungen wegen ihrer praktischen Irrelevanz belächeln. Beweiserhebungen und deren Gesetzeskonformität stehen schon lange nicht mehr im Mittelpunkt ihres Interesses. Wenn sie nun mal existieren, beschäftigt man sich nur noch mit der Frage der Verwertung. Selbst wenn die Beweiserhebung nicht einmal im Ansatz von deutschem Recht gedeckt ist, selbst wenn bei der Erhebung von EncroChat-Daten gegen französisches Recht verstoßen worden wäre, selbst wenn der Datentransfer mittels europäischer Ermittlungsanordnung gegen EU-Recht verstoßen würde, nimmt dies die deutsche Rechtsprechung nur mit einem Achselzucken hin. Eine Verwertung der irregulär erlangten Beweismittel im Strafprozess – so die mittlerweile etliche Jahre alte Praxis der deutschen Rechtsprechung – sei gesetzlich nicht verboten, und was einem Richter nicht verboten ist, muss ihm erlaubt sein. Wenn mit dieser Begründung langjährige Haftstrafen verhängt werden, ist der Rechtsprechung schon in der Vergangenheit entgangen, dass die rechtsstaatliche Technik des Grundrechtsschutzes auf einer anderen Idee beruht: Jeder Grundrechtseingriff bedarf der expliziten gesetzlichen Ermächtigung!

²⁷ So schon Sommer, StV 2003, 126, Die europäische Staatsanwaltschaft: „Und ich darf eine weitere Selbstverständlichkeit des demokratisch legitimierten rechtsstaatlich verfassten Strafprozesses in Erinnerung rufen: Das Ergebnis des Austarierens und Abwägens der einzelnen Verfahrensziele mündet in einem Regelungskanon, dessen Formalisierung einen herausragenden Stellenwert hat. Nur diese strenge Justizförmigkeit des Verfahrens garantiert letztlich das angestrebte Ziel des Rechtsfriedens. Die strikte Beachtung der Form der gesetzten Regeln ist Basis rechtsstaatlichen Prozessierens – nicht um der Form willen, sondern als Garantie der Umsetzung des gesetzgeberischen Konzepts des rechtsstaatlichen Ausgleichs der unterschiedlichen Verfahrensinteressen. Diese Sicherheit muss Einbußen erleiden, wenn isoliert einzelne Elemente eines rechtsstaatlichen Konzeptes in ein anderes Konzept implantiert werden. Die Garantie der Funktionalität des Prozesses in der strengen Form der gesetzlichen Kodifikation ist notwendigerweise mit der Einheit des Regelungswerks verbunden“.

²⁸ Stellungnahme des Deutschen Richterbundes zum Sachstandsbericht des Rates der Europäischen Union über die Europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen (Ratsdok. 16868/10), Dez. 2010.

²⁹ Die theoretische Alternative ist die explizite Aufgabe dieser grundrechtssichernden Funktion der nationalen Kodifikation zugunsten eines ebenso modernen globalen wie willkürlichen Blicks auf die Prozessgestaltung, s. z.B. OLG Brandenburg, Beschl. v. 3.8.2021 – 2 Ws 96/21: „Lediglich am Rande sei bemerkt, dass der von der Verteidigung unternommene Versuch einer Skandalisierung des französischen Ermittlungsverfahrens mit Schlagworten wie ‚nachrichtendienstliche Informationsbeschaffung‘ und ‚mangelnder Anfangsverdacht‘ von einer unangemessenen national verengten Sichtweise aus- und daher fehlgeht. Der deutsche Strafprozess mit seinen hergebrachten Grundsätzen ist nur eine von zahlreichen Spielarten des modernen rechtsstaatlichen kontinentaleuropäischen Strafprozesses“.

Eine solche gibt es nicht; der gelegentliche blasse Hinweis auf § 261 StPO unterstreicht nur dieses Vakuum. Es gibt zu Fragen der Beweisverwertung gesetzeswidrig erlangter Beweismittel allenfalls höchstrichterliche Ideen zu diffusen Abwägungen, die in der Begründung wenig stringent und in der Anwendung letztlich unterkomplex daherkommen. Insbesondere bei EncroChat dominiert in der strafrichterlichen Abwägungsstrategie die Tatsache, dass die Beweisergebnisse regelmäßig gravierenden Drogenhandel belegen könnten. Gegenüber der Lösung dieses schwerwiegenden gesellschaftlichen Problems verblissen alle anderweitigen die Grundrechte aller Bürger schützenden Vorschriften im Zusammenhang mit einer Beweiserhebung. Die Botschaft lautet: Wir bestrafen jeden Verbrecher, um jeden Preis. Dass dieses Ergebnis strafrichterliches Handeln im Rahmen von EncroChat bestimmt, hat das Kammergericht³⁰ besonders deutlich gemacht. „Die Nichtverwertung ... verstieße auch in erheblicher Weise gegen das allgemeine Gerechtigkeitsempfinden der rechtstreuen Bevölkerung.“ Dass das bürgerliche Empfinden statt der gesetzlichen Deskription für den jahrelangen Entzug von Freiheit relevant sein könnte, hatte die Justiz bis dahin allenfalls ihren besonders dunklen NS-Zeiten zugeordnet.³¹

Wenn die Einhaltung oder Verletzung von Regeln im Zusammenhang mit strafprozessualer Beweisgewinnung als für den Prozess weitgehend folgenlos erklärt wird, geben Richter aktuell eine weitere Botschaft: Gesetze gelten für jeden Bürger, allerdings nicht für Polizisten, Staatsanwälte und Richter. Ihr prozessuales Fehlverhalten bleibt in Konsequenz der aktuellen Abwägungsmethode zumeist sanktionslos. Dass prozessuale Gebote, soweit sie sich an Ermittler und Richter wenden, keinen ernsthaften Bindungscharakter haben, zelebriert die Richterschaft im Übrigen schon seit einiger Zeit. Prägnant ist ein Beispiel aus dem vergangenen Jahr, in dem der BGH die Versäumung der Zwei-Wochen-Frist des § 29 Abs. 3 StPO zur Bescheidung eines Ablehnungsantrags durch eine Strafkammer für belanglos erklärte;³² denn das Gesetz knüpfte keine expliziten Folgen an diesen Verstoß. Im Rahmen der Beurteilung der Versäumung einer anwaltlichen Frist zur Wiedereinsetzung, für die es ebenfalls keine gesetzliche Regelung gibt, findet man derartige Argumentationen allerdings nicht.

Der folgenlose Umgang mit einem Rechtsbruch ist kein Spezifikum von EncroChat. Er hat sich allgemein im Strafprozess verstetigt. Die Konsequenz einer solchen Rechtsanwendung hat der frühere Verfassungsrichter Landau prägnant zusammengefasst: „Ein Staat, der seine Gesetze nicht oder nur eingeschränkt oder verzögerlich durchsetzt, hört auf, ein Staat zu sein und wird über kurz oder lang kollabieren.“³³ Wenn dies richtig ist, sollte es uns danach drängen, den Richtern wieder den Wert der Einhaltung von Gesetzen deutlich zu machen.

Hilfe zur Legitimation ihrer Abwägungslösung bei Beweisverwertungsverböten in europäischem Kontext suchen die

deutschen Richter beim EuGH. Dieser hat in der Tat festgestellt, dass die Frage der Verwertbarkeit von unter Verstoß gegen EU-Recht gewonnenen Beweismitteln im Hinblick auf die Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten allein dem nationalen Prozessrecht obliegt.³⁴

Das ist aus zweierlei Gründen zu kurz gegriffen: Es spricht bereits vieles dafür, dass der EuGH mit dem Wort „Recht“ präzise gesetzliche Bestimmungen meint und nicht diffuse richterliche Abwägungsszenarien. Schon die massiven Konsequenzen der Verwertungsentscheidungen bedürfen selbstverständlich einer demokratischen legislatorischen Basis, die Grenzen des Richterrechts sind längst überschritten. Zum anderen wird bei der Zitierung des EuGH durch deutsche Strafrichter häufig übersehen, dass dieses europäische Gericht bereits mehrfach deutliche Vorgaben gemacht hat, welchen zwingenden Inhalt auch nationale Verwertungsregeln haben müssten, wenn sie als EU-konform gelten wollen. Kein deutscher Richter scheint das bislang gelesen zu haben; zu sehr ist er der eingeübten Verwertungsstrategie verbunden.

Rechtsmittellosigkeit

Die Überprüfbarkeit administrativer Eingriffe in Grundrechte ist ein Menschenrecht. Auch diese rechtsstaatliche Prämisse relativiert der deutsche EncroChat-Prozess. Wer auf deutschem Boden mit einem EncroChat-Handy durch französische Behörden überwacht wird, ist rechtsmittelloses Opfer französischer Staatsgewalt. Gegen die französischen Maßnahmen gibt es in Frankreich kein Rechtsmittel. Dass dies ausdrücklich so gewollt ist, hat die französische Regierung in ihrer Stellungnahme zur Beschwerde britischer Bürger zum EGMR im Einklang mit der RL-EEA³⁵ verdeutlicht. Es sei ausreichend, wenn der Betroffene den Rechtsschutz in seinem Heimatland sucht – wohlgermerkt dem Heimatland, dessen Exekutive angeblich keine Informationen über Art und Umfang des Zugriffs hat. Dass zur rechtlichen Überprüfung bei einem Rechtsmittel auch ein zu bewertender Sachverhalt gehört, ist den Konstrukteuren des neuen EU-Strafrechts entgangen.

³⁰ KG, Beschl. v. 30.8.2021 – 2 Ws 79/21.

³¹ § 2 StGB in der Fassung vom 28.6.1935: „Bestraft wird, wer eine Tat begeht, die das Gesetz für strafbar erklärt oder die nach dem Grundgedanken eines Strafgesetzes und nach gesundem Volksempfinden Bestrafung verdient“.

³² BGH 3 StR 181/22, StraFo 2022, 428.

³³ Landau, NSiZ 2007, 127.

³⁴ Zuletzt EuGH, Urt. v. 20.9.2022 (Große Kammer) – C 339/20 Rn 105.

³⁵ Art. 14 Abs. 1: „Die Mitgliedstaaten sorgen dafür, dass gegen die in der EEA angegebenen Ermittlungsmaßnahmen Rechtsbehelfe eingelegt werden können, die den Rechtsbehelfen gleichwertig sind, die in einem vergleichbaren innerstaatlichen Fall zur Verfügung stehen.“ Für die rechtliche Überprüfung des Transfers bereits produzierter Beweismittel gibt es keine Regelung.

Die Unterbelichtung des Rechtsmittels im Heimatland dokumentieren in Deutschland StA und Gerichte gerade bei EncroChat eindrucksvoll. Eine innovative Performance im Umgang mit der Aktenführung strafrechtlicher Ermittlungsverfahren durch ein sogenanntes Regenschirmverfahren gegen Unbekannt legte die Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt an den Tag;³⁶ dessen Erkenntnisse waren Grundlage für individuelle europäische Ermittlungsanordnung, Abtrennungen und anschließende Einleitungen individueller lokaler Ermittlungsverfahren. Die das staatsanwaltschaftliche Wissen um die Grundlagen des französischen Zugriffs bündelnden Erkenntnisse dieses Verfahrens sollten der Verteidigung auf ewig verborgen bleiben, Akteneinsicht wurde der Verteidigung verweigert, Gerichte bis hin zum Bundesverfassungsgericht³⁷ haben das gebilligt.

U.a. durch diesen Informationsmangel wird das sich aufdrängende kollusive Zusammenwirken der deutschen Ermittlungsbehörden bei der Planung des EncroChat-Zugriffs niemals belegt werden können. Die distanzierte Revisionsrechtsprechung wird die Hände in unschuldigem Unwissen waschen können, wonach „eine gezielte oder systematische Umgehung dem individuellen Rechtsschutz von Beschuldigten dienender Vorschriften durch französische oder deutsche Behörden ... weder nachvollziehbar dargelegt noch sonst konkret ersichtlich“³⁸ sei. Strafrichterliche Bewertung erfährt der betroffene deutsche Angeklagte erst durch das Tatgericht, das den zugrunde liegenden Vorgang nicht kennt, das auch an dessen Aufklärung kein Interesse hat und die verbleibenden Sachverhaltsschnipsel angesichts des allzu grob gewebten Prüfungsrasters rechtlich passieren lässt. Das menschenrechtlich geforderte effektive Rechtsmittel existiert bei EncroChat nicht.

Ein Beispiel: Die Geschichte der überraschten deutschen Ermittler wird aufrechterhalten, die ohne ihr Zutun plötzlich am 2.4.2020 Chatprotokolle deutscher Teilnehmer vom Vortage in ihrem Postfach vorfanden. Der Zufallsfund setzte sich wundersamerweise am 3. und 4.4. und an 100 weiteren Tagen fort. Selbst völlig unplausible Polizeigeschichten wie diese werden von der Justiz durchgewinkt. Wenn wir wissen, dass vor dem EncroChat-Zugriff deutsche Ermittler in die internationalen Vorbereitungskommissionen eingebunden waren und die zuständige deutsche Staatsanwältin die anstehende Maßnahme bei Eurojust diskutiert hatte, hätte auch der BGH Anlass gehabt, hinter die Fassade zu blicken – oder die erkannte Unmöglichkeit eines solchen Blicks rechtlich zu bewerten.

Was der BGH wohl nicht wusste, ein Ermittlungsführer des BKA in einer laufenden Hauptverhandlung in Hamburg aber detailliert berichtete: Selbst die Zeitverzögerung von einem Tag konnte initiativ von der deutschen Polizei eliminiert werden zugunsten einer „Quasi-Live-Schaltung“. Vom französischen Server in Lille bis zum BKA-Schreibtisch in Wiesbaden vergingen nur Sekunden, bis die Ermittler unmittelbar Chats verfolgen konnten, die parallel die anstehende Ankunft

eines Containerschiffs im Hamburger Hafen kommentierten, das prall gefüllt sein sollte mit Bananen und einer Tonne Kokain. Spätestens seit dieser Erkenntnis muss die Legende der am EncroChat-Zugriff völlig unbeteiligten Deutschen überdacht und das Problem des Forum-Shoppings neu angegangen werden.

Das unzuverlässige digitale Beweismittel

Das geheime Verfahren, die Unzuverlässigkeit der letztlich einem deutschen Gericht vorliegenden Beweismittel, die Unmöglichkeit für die Verteidigung, den technischen Hintergrund und den behaupteten Inhalt von Chats kritisch zu hinterfragen, in Verbindung mit einer sehr großzügigen Handhabung der freien richterlichen Beweiswürdigung haben in ihrer Gemengelage eine Prozesssituation geschaffen, die nicht annähernd der Idee eines fairen Verfahrens im Sinne der EMRK entsprechen kann.

Niemand im Gerichtssaal kennt Ursprung und Qualität der verwendeten Spionagesoftware. Sie ist explizit ein französisches Staatsgeheimnis – vielleicht die skandalträchtige Spyware Pegasus von der israelischen Firma NSO. Die deutsche Strafprozessordnung sieht demgegenüber eine transparente Qualität einer solchen Software vor. Um einen möglichst hohen Beweiswert der erhobenen Daten zu gewährleisten und Manipulationen der Beweismittel zu verhindern, müssen sowohl die Integrität des technischen Mittels als auch die Authentizität der erhobenen Daten nach dem jeweiligen Stand der Technik gem. § 100a Abs. 5 StPO gewährleistet und gem. Abs. 6 protokolliert werden.³⁹ Diese Idee verkommt bei EncroChat zu einer Black Box. Die digital forensischen Standards werden bei der polizeilichen Eigenproduktion maßgeblicher Beweismittel ignoriert. Die Integrität von Daten ist endgültig desavouiert, wenn nicht nur die weiteren Übertragungswege von Frankreich zu Europol und von Europol zum BKA unüberprüfbar sind,⁴⁰ sondern das „lesbare“ Ergebnis durch individuelle Datenselektion deutscher Ermittler den Gerichten in Form von Excel-Tabellen präsentiert wird, welche jederzeit verändert werden können.

³⁶ Das Verfahren 62 UJs 50005/20 wurde bei der GenStA Frankfurt am 20.3.2020 gegen die noch unbekanntem Nutzer von EncroChat eingeleitet – zwölf Tage vor dem ersten Abschöpfen der EncroChat-Daten vom Server in Lille; das BKA hatte am 13.3.2020 erstmalig aktenkundig ein Ermittlungsverfahren eingeleitet.

³⁷ BVerfG 2 BvR 1453/21.

³⁸ BGH v. 2.3.2022 – 5 StR 457/21 Rn 60.

³⁹ MüKo-StPO/Rückert, 2. Aufl. 2023, StPO § 100a Rn 268.

⁴⁰ Dass die fehlende Nachvollziehbarkeit der Beweismittelkette im digitalen Raum gerade bei EncroChat zu Unrecht von der Rechtsprechung ignoriert wird, betonen Sommerer/Rehberger, RD 2022, 304; s. auch Kipker/Bruns, EncroChat und die „Chain of Custody“ – digitale Ermittlungen als Bewährungsprobe für ein Recht auf faires Verfahren? MMR 2022, 363.

Das EncroChat-Prozessmodell weist auch hier weit in die Zukunft. Der Umgang mit digital erzeugten Beweismitteln scheint für die deutschen Richter vorgezeichnet, wenn die Hürde der formalisierten Restriktionen der Einführung von Beweismitteln genommen und dem weiten Feld der freien Beweiswürdigung preisgegeben wird.

Niemand in einem deutschen Gerichtssaal weiß, ob die präsentierten Daten der ursprünglichen digitalen Kommunikation entsprechen. Niemand weiß, ob die Daten vollständig sind. Arbeitsintensive Vergleiche von Chats bei Sender und Empfänger zeigen oft unterschiedliche Ergebnisse, die vom BKA beiseite erklärt werden, aber letztlich die Unzuverlässigkeit des präsentierten Beweismittels umso deutlicher unterstreichen. Man konnte mit EncroChat auch traditionell telefonieren, aber niemand weiß, was zwischen zwei Usern möglicherweise mündlich abgesprochen wurde. Denn gesichert wurden angeblich nur die schriftlichen Chats und nicht die gleichzeitig produzierten Audiodateien. Bestätigte beispielsweise ein Käufer dem Verkäufer per Chat seine Bereitschaft zur Abnahme von 100 kg Kokain, so kann dem Strafgericht entgehen, dass der angebliche Verkäufer danach telefonisch mitteilte, dass alles ein Scherz gewesen sei, da er gar nicht über solche Mengen verfüge. Obwohl Fotos im Chat für die Ermittler eine überragende Rolle spielen, weiß niemand, wann und wo und von wem diese Fotos aufgenommen wurden; der Angriff auf den Server in Lille hat jedenfalls keine Erkenntnisse zu den sonst üblichen digitalen Metadaten der Fotos hervorgebracht. Niemand im Gerichtssaal weiß, welche Informationen über den Kernbereich privater Lebensgestaltung gewonnen wurden. In zahllosen Chats habe ich nichts gefunden. Ein Ermittlungsführer des BKA hat vor Gericht ausgesagt, es gäbe nichts dergleichen. Unsere Mandanten erzählen uns anderes.

Strafgerichte erörtern diese Defizite nicht. Ganz im Gegenteil: Zahlreiche sogenannte Beweiswürdigungen beschränken sich darauf, Ermittlungshypothesen in Ergebnisse freier richterlicher Beweiswürdigung umzugießen. Das wird im Urteil oft schlicht dargestellt. „Die Feststellungen zu Übergaben der BtM, der Art, der Mengen sowie der gezahlten Preise ergeben sich aus den im Wege des Selbstleseverfahrens eingeführten Chats des EncroChat-Nutzers P“ heißt es beispielsweise abschließend in einem landgerichtlichen Urteil, was selbst dem BGH zu kurz war,⁴¹ aber exemplarisch den kritiklosen Umgang mit einem dubiosen Beweismittel dokumentiert. Chats lesen sich oft so faszinierend schlüssig, und der Leser vergisst, dass die präsentierten Storys gerade im Hinblick auf Schlüssigkeit und „Lesbarkeit“ von Kriminalbeamten zusammengestellt wurden.

EncroChat-Protokolle schildern in beispiellos plastischer Form Straftaten der Beschuldigten. Die unverblühte Art der Kommunikation ist ein Faszinosum für Richter, die sich Jahrzehnte mit der Deutung verschlüsselter Gespräche in der klassischen TKÜ herumgeschlagen haben. Richter erliegen der Suggestion. Skepsis und Zweifel als idealer Ansatz rich-

terlichen Denkens haben ausgedient. Das Credo, lieber Schuldige laufen zu lassen als einen Unschuldigen zu verurteilen, ist einem richterlichen Jagdeifer gewichen, der einem möglicherweise Unschuldigen kaum noch Respekt zollt.

Die Verteidigung als lebloser Schatten im Gerichtssaal

Die Rolle der Verteidigung reduziert sich bei diesen Vorgaben auf ein dekoratives Element im Gerichtssaal. Nichts hinsichtlich der zentralen Qualität des Beweismittels kann hinterfragt werden, wenn Einzelheiten zu diesem Beweismittel nicht bekannt sind. Ein Phantom lässt sich mit Argumenten nicht stellen. Nichts weiß Verteidigung über die Beteiligung deutscher Akteure beim Encrochat-Zugriff. Die wehende Robe der kritischen Verteidigung kann dem Mandanten nur die Illusion vermitteln, er könne sich in fairer Weise gegen den Vorwurf im Gerichtssaal wehren.

Das Bild des hilf- und wehrlosen angeklagten Bürgers weist den Weg zu der aus meiner Sicht maßgeblichen rechtlichen Kategorie, die die EncroChat-Verfahren als prinzipiell unfair qualifizieren. Jeder europäische Bürger hat das Menschenrecht auf effektive Verteidigung (Art. 6 Abs. 3 lit. c MRK). Der EGMR hat schon seit Jahrzehnten herausgestellt, dass hierzu in einem kontradiktorischen Verfahren zumindest die theoretische Möglichkeit bestehen muss, fundiert zu Beweismitteln Stellung zu nehmen; dies gilt erst recht, wenn es sich um technische Beweismittel handelt, die selbst dem Gericht fremd sind.⁴² Im EncroChat-Strafverfahren hat die Verteidigung diese Möglichkeit nicht. Sie ist nur Zuschauerin eines Schauspiels, in dem Polizisten vieler Länder die Aufführung entlang eines von ihnen selbst verfassten Librettos inszenieren, den Vorhang fallen lassen und auf richterlichen Applaus hoffen. Interviews mit den Akteuren sind – mit dem Hinweis der fehlenden Aussagegenehmigung und der drohenden Gefahr für Wohl und Wehe der Bundesrepublik – vom Management untersagt.

⁴¹ BGH, Beschl. v. 14.6.2022 – 6 StR 228/22, NStZ-RR 2022, 343.

⁴² EGMR Mantovanelli ./ Frankreich. v. 18.3.1997: „Die Kommission vertrat die Auffassung, dass die Einhaltung des Grundsatzes des kontradiktorischen Verfahrens bedeute, dass die Parteien, wenn ein Gericht die Erstellung eines Sachverständigenutachtens anordne, die Möglichkeit haben müssten, vor dem Sachverständigen die Beweise anzufechten, die dieser bei der Ausführung seines Gutachtauftrages berücksichtigt habe. Dafür gibt es drei Gründe: Ein solches Gutachten, das im Auftrag eines Gerichts zu dessen eigener Aufklärung erstellt wird, ist integraler Bestandteil des Verfahrens; da das Gericht nicht in der Lage ist, alle in Betracht kommenden technischen Fragen selbst zu beurteilen, ersetzt die Untersuchung des Sachverständigen tendenziell die Beweisaufnahme durch das Gericht selbst; und die bloße Möglichkeit, das Gutachten vor Gericht anzufechten, erlaubt keine wirksame Anwendung des kontradiktorischen Prinzips, da das Gutachten zu diesem Zeitpunkt bereits endgültig ist.“ Im Ergebnis folgte der Gerichtshof dieser Einschätzung der Kommission und stellte eine Verletzung von Art. 6 Abs. 1 MRK fest.

Die wenigen bekannten Entscheidungen in Europa, die eine Verwendung von EncroChat-Dateien als Beweismittel ablehnten – laut Presseberichten hauptsächlich skandinavische und slowenische⁴³ Instanzgerichte und der oberste italienische Gerichtshof⁴⁴ – stellen auf den Gesichtspunkt der fehlenden Überprüfbarkeit der Daten ab. Eine vergleichbare Argumentationsrichtung findet sich allerdings – wenn auch vom BGH unbeachtet – beim EuGH. Gerade im Zusammenhang mit der unzulässigen Vorratsdatenspeicherung legt der EuGH bei seinen Gedanken zur Verwertung solcher Daten – die bekanntlich vornehmlich das nationale Recht regeln sollte – besonderen Wert auf den Aspekt, wonach sich der betroffene Bürger im Hinblick auf dieses Material angemessen verteidigen können muss. Bei der Unmöglichkeit sachgerechter Verteidigung sind derartige Beweise „auszuschließen“.⁴⁵ Es bedarf keiner komplexen Interpretationsversuche zu „fair trial“, um allein aus dem Blickwinkel einer effektiven Verteidigung die aktuellen EncroChat-Prozesse als rechtsstaatlich inakzeptabel zu erkennen. Das Unverständliche ist die Akzeptanz durch Strafrichter. Bereitet es dem Richter Schmerzen, den Freispruch eines Angeklagten hinzunehmen, obwohl die Polizei dessen Schuld zum Greifen nah schildert? Ist es das verzweifelte Todeszucken der Justiz angesichts des gescheiterten Versuchs, den gesellschaftlichen Umgang mit Drogen durch Strafrecht zu regulieren? Ist es nostalgischer Europa-Enthusiasmus, dem auch traditionelle Prozessideen als nationale Überbleibsel zu opfern sind? Oder nimmt man auf der

Richterbank einfach die günstige Gelegenheit wahr, lästige Verteidigung endlich in genehme Grenzen zu verbannen? Ich weiß es nicht. Eines weiß ich: Rechtsstaat ist kein Zustand. Rechtsstaat ist das Ergebnis täglicher Auseinandersetzungen, irgendwo zwischen Pathos, Bequemlichkeit, Leid und so etwas wie Gerechtigkeit. Deswegen ist Verteidigung im Gerichtssaal und in der Öffentlichkeit in besonderer Weise gefordert, unhaltbare Prozessmodelle in ihren Konsequenzen aufzudecken, Unsägliches auch so zu benennen, und gerade Gerichte immer wieder darauf hinzuweisen, dass sie im Begriff sind, von der richtigen Spur falsch abzubiegen.

⁴³ Regionalgericht Ljubljana, Ur. v. 2.12.2022 – III K 24497/2021.

⁴⁴ Corte di Cassazione v. 15.7.2022 – 32915/22, die Entscheidung bezieht sich auf SkyECC.

⁴⁵ EuGH, Ur. v. 20.9.2022 (Große Kammer) – C 339/20 Rn 106: „Der Effektivitätsgrundsatz verpflichtet ein nationales Strafgericht dazu, im Rahmen eines Strafverfahrens gegen Personen, die im Verdacht stehen, Straftaten begangen zu haben, Informationen und Beweise, die durch eine mit dem Unionsrecht unvereinbare allgemeine und unterschiedslose Vorratsdatenspeicherung von Verkehrs- und Standortdaten oder durch einen unionsrechtswidrigen Zugang der zuständigen Behörde zu den fraglichen Daten erlangt wurden, auszuschließen, sofern diese Personen nicht in der Lage sind, sachgerecht zu den Informationen und Beweisen Stellung zu nehmen, die einem Bereich entstammen, in dem das Gericht nicht über Sachkenntnis verfügt, und geeignet sind, die Würdigung der Tatsachen maßgeblich zu beeinflussen (vgl. in diesem Sinne Ur. v. 2.3.2021, Prokuratur [Voraussetzungen für den Zugang zu Daten über die elektronische Kommunikation], C-746/18, EU:C:2021:152, Rn 44 und die dort angeführte Rechtsprechung).“