

Entscheidungsbesprechung

EncroChat – das „WhatsApp der Kriminellen“ und seine strafverfahrensrechtliche Relevanz

Die von den französischen Behörden erhobenen und den deutschen Strafverfolgungsorganen übermittelten Inhalte von über EncroChat geführter Kommunikation sind trotz eines Verstoßes gegen rechtshilferechtliche Vorschriften bei der Beweisgewinnung in deutschen Strafverfahren verwertbar.

(Amtlicher Leitsatz)

StPO §§ 100a, 100b
RL-EEA Art. 1, 6, 30, 31
IRG §§ 77h, 91j, 92b
RB 2006/960/JI Art. 7
GG Art. 2, 10

OLG Karlsruhe, Beschl. v. 10.11.2021 – 2 Ws 261/21¹

I. Einführung

Kommunikation als Austausch und Übertragung von Informationen ist für zwischenmenschliche Beziehungen eine Bedingung sine qua non. Darauf weist schon die Etymologie des Wortes hin.² Dank der technologischen Entwicklung ist es dem Menschen gelungen, neue Wege zu finden, um schnell und möglichst günstig mit Personen auf der ganzen Welt zu kommunizieren. So kennt inzwischen jeder den Instant-Messaging-Dienst WhatsApp.

Kommunikation ist genauso wichtig für Kriminelle. Ein entscheidender Unterschied liegt allerdings darin, dass Kriminelle für die Abwicklung illegaler Geschäfte möglichst sichergehen wollen, dass die durchgeführte Kommunikation in der digitalen Dunkelheit verborgen und vergessen bleibt, mithin keineswegs verfolgt wird – vor allem nicht durch Ermittlungsbehörden. Gerade diesen Wunsch nach sicherer, schneller, verborgener und zugleich grenzüberschreitender Kommunikation ließ EncroChat – das „WhatsApp der Kriminellen“³ – in Erfüllung gehen, insbesondere im Bereich des unerlaubten Betäubungsmittelhandels. Genau genommen handelte es sich dabei um einen Dienstleistungsanbieter von Ende-zu-Ende verschlüsselten Instant-Messengern und Endgeräten. Solche Kryptohandys, worauf die EncroChat-Software zum verschlüsselten Austausch von Nachrichten installiert war, konnte man mit Nutzerlizenz für bis zu sechs Monate über eBay gegen einen Betrag von über 1.000 Euro erwerben. Niemand erschien nach außen als Verantwortlicher des Unternehmens EncroChat und es gab auch keinen offiziellen Fir-

mensitz mit diesem Namen.⁴ Auf der (inzwischen deaktivierten) offiziellen Internetseite von EncroChat stand das verlockende Angebot:⁵

„EncroChat protects conversations with the following four tenets

- **Perfect Forward Secrecy** Each message session with each contact is encrypted with a different set of keys. If any given key is ever compromised, it will never result in the compromise of previously transmitted messages – or even passive observation of future messages.
- **Repudiable Authentication** Messages do not employ digital signatures that provide third party proofs. However, you are still assured you are messaging with whom you think you are.
- **Deniability** Anyone can forge messages after a conversation is complete to make them look like they came from you. However, during a conversation the recipient is assured all messages received are authentic and unmodified. This assures non-reputability of messages.
- **Encryption Strength** The algorithms employed are many times stronger than that of PGP (RSA+AES). We employ algorithms from different families of mathematics, which protects message content in the event that one encryption algorithm is ever solved.“

Weil die französischen Behörden dem EncroChat-Server in Frankreich auf die Spur gekommen sind und mithin alle Beweise durch französische Ermittler gesammelt wurden, stellt sich die Frage, ob ein Beweisverwertungsverbot nach der deutschen StPO für in Deutschland abgeurteilte Straftaten von EncroChat-Nutzern besteht, wenn die Durchführung der Ermittlungen und insbesondere die Beweiserhebung in Frankreich den strengeren Voraussetzungen in Deutschland nicht entsprechen.⁶ Dies ist eine hochaktuelle Frage und gerade für Studierende im Schwerpunktbereich Europäisches und Internationales Strafrecht von höchster Relevanz. Deshalb wird im Folgenden anlässlich der zurzeit jüngsten obergerichtlichen Entscheidung zu den EncroChat-Verfahren die Chronologie des EncroChat-Falles geschildert und auf die zentralen strafverfahrensrechtlichen Überlegungen eingegangen.

II. Frankreich: Ort der Beweiserhebung

Der französischen Gendarmerie ist es 2017 im Rahmen von sieben nicht miteinander in Zusammenhang stehenden Ermittlungsverfahren⁷ gelungen, verschlüsselten Telefonen mit

¹ Die Entscheidung ist veröffentlicht in BeckRS 2021, 33716.

² Siehe unter

<https://www.dwds.de/wb/Kommunikation> (23.3.2022).

³ Oder besser „le Whatsapp des gangsters“; so das *Bureau des affaires criminelles*, Retour sur l’affaire EncroChat – Artikel vom 31.7.2020, abrufbar unter

<https://www.gendinfo.fr/enquetes/2020/retour-sur-l-affaire-encrochat> (18.3.2022).

⁴ Darüber hat die internationale Presse umfangreich berichtet. Siehe hierzu aber bereits die hier besprochene Entscheidung OLG Karlsruhe BeckRS 2021, 33716 Rn. 10.

⁵ Die Seite findet man mittlerweile nur noch als digitales Archiv unter

<https://web.archive.org/web/20201101015410/http://encrochat.network/> (18.3.2022).

⁶ Vgl. bereits *Pauli*, NStZ 2021, 146 (147).

⁷ OLG Karlsruhe BeckRS 2021, 33716 Rn. 8: Es ging in fünf

„EncroChat-Lizenz“ auf die Spur zu kommen, die sodann sichergestellt wurden, um schließlich im Frühling 2020 in Zusammenarbeit mit niederländischen Polizeibehörden das Netzwerk per se zu infiltrieren. Die Chronologie, so wie sie bisher gerichtlich festgestellt wurde⁸, sieht im Einzelnen wie folgt aus:

Die Auswertung eines der 2017 sichergestellten Kryptohandys hatte eine Datenverbindung zu einem in Roubaix (Frankreich) betriebenen Server offenbart, der durch die Gesellschaft „Virtue Imports“ angemietet worden war, deren Sitz wiederum in Vancouver (Kanada) lag.⁹ Wegen des Verdachts unter anderem der Bildung einer kriminellen Vereinigung zur Begehung von Straftaten nach Art. 222–37 frStGB¹⁰ (insbesondere Betäubungsmittelhandel) erging ein richterlicher Beschluss, auf dessen Grundlage am 21.12.2018 die Daten des Servers zwecks Auswertung kopiert werden konnten.¹¹ Die im System über 66.000 registrierten SIM-Karten konnten in der Folgezeit einem niederländischen Betreiber zugeordnet werden, während die ca. 3.500 entschlüsselten Dateien auf illegale Aktivitäten insbesondere aus dem Bereich des Drogenhandels hinwiesen.¹² Daraufhin erteilte das Gericht in Lille die folgenden Genehmigungen: zunächst am 30.1.2020 zur Installation einer Trojanersoftware auf dem Server sowie auf allen damit verbundenen Endgeräten und am 20.3.2020 zur Umleitung aller Datenströme (DNS-Umleitung) des Servers in Roubaix ab dem 1.4.2020. Es ergab sich, dass die Ermittlungsmaßnahme zu jenem Zeitpunkt 32.477 Nutzer in 121 Ländern betraf; 380 Nutzer hielten sich ganz oder teilweise im französischen Hoheitsgebiet auf, über 60 % davon nutzten das System zu kriminellen Zwecken.¹³

Die Auswertung der abgefangenen Informationen führte am 7.4.2020 zur Erweiterung der Ermittlungen in Bezug auf weitere Straftaten (Transport, Besitz, Erwerb, Anbieten oder Abgabe von Betäubungsmitteln und Besitz und Erwerb von Waffen ohne Genehmigung). Unter anderem wurde ein „Leitfaden“ zur Vermarktung von Kryptohandys aufgefunden, das an einen australischen Kokain-Händler versandt worden war; demzufolge sollten Zahlungen am besten in einer Kryptowährung (Bitcoin) erfolgen und mengenmäßig große Lieferungen

vermieden werden, um der Polizei nicht aufzufallen.¹⁴ Die Erkenntnisse rechtfertigten eine Verlängerung der Maßnahmen per erneutem richterlichen Beschluss (zunächst für einen Monat ab dem 1.5.2020 und dann für weitere vier Monate ab dem 1.6.2020). Sämtliche Maßnahmen mussten jedoch in Frankreich am 28.6.2020 aufgehoben werden, als der Geschäftsbetrieb des Unternehmens EncroChat bekannt gegeben wurde.¹⁵

III. Deutschland: Ort der Beweisverwertung

Zielpersonen der durch französische Behörden durchgeführten Überwachung hielten sich allerdings auch auf deutschem Hoheitsgebiet auf. Nach Art. 31 Abs. 1 lit. b RL-EEA¹⁶ war deshalb Frankreich („überwachender Mitgliedsstaat“) verpflichtet, Deutschland („unterrichteter Mitgliedsstaat“) von der Überwachung zu unterrichten. Diese Unterrichtung blieb zunächst aus.¹⁷ Die damit korrespondierende Verpflichtung Deutschlands zur Mitteilung nach Art. 31 Abs. 3 lit. a RL-EEA¹⁸ konnte deshalb auch nicht erfüllt werden.

Jedoch wurden Daten des EncroChat-Netzwerkes dem BKA zwecks Aufbereitung in der Zeit zwischen dem 3.4.2020 und dem 28.6.2020 übermittelt. Auf dieser Grundlage leitete die Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt am Main einzelne Ermittlungsverfahren gegen die ermittelten Nutzer ein.¹⁹ Davor hatte Frankreich eine Mitteilung über die gewonnenen Erkenntnisse nach Art. 7 RB 2006/960/JI²⁰ gemacht.²¹ Ange-

¹⁴ Vgl. OLG Karlsruhe BeckRS 2021, 33716 Rn. 15.

¹⁵ OLG Karlsruhe BeckRS 2021, 33716 Rn. 16.

¹⁶ Richtlinie 2014/41/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 3.4.2014 (ABl. EU 2014 Nr. L 130, S. 1).

¹⁷ OLG Karlsruhe BeckRS 2021, 33716 Rn. 17.

¹⁸ „Die zuständige Behörde des unterrichteten Mitgliedstaats kann in dem Fall, dass die Überwachung in einem vergleichbaren innerstaatlichen Fall nicht genehmigt würde, der zuständigen Behörde des überwachenden Mitgliedstaats unverzüglich und spätestens innerhalb von 96 Stunden nach Erhalt der Unterrichtung gemäß Absatz 1 mitteilen, a) dass die Überwachung nicht durchgeführt werden kann oder zu beenden ist [...]“.

¹⁹ OLG Karlsruhe BeckRS 2021, 33716 Rn. 18.

²⁰ Es geht dabei um den Rahmenbeschluss des Rates v. 18.12.2006 über die Vereinfachung des Austausches von Informationen und Erkenntnissen zwischen den Strafverfolgungsbehörden der Mitgliedstaaten der Europäischen Union (ABl. EU 2006 Nr. L 386, S. 89). Zu diesem Rahmenbeschluss siehe näher *Esser*, in: Böse (Hrsg.), *Europäisches Strafrecht*, 2. Aufl. 2021, § 19.H. m.w.N.

Wortlaut von Art. 7 Abs. 1 RB 2006/960/JI: „Unbeschadet des Artikels 10 stellen die zuständigen Strafverfolgungsbehörden den zuständigen Strafverfolgungsbehörden anderer Mitgliedstaaten unaufgefordert Informationen und Erkenntnisse in Fällen zur Verfügung, in denen konkrete Gründe für die Annahme bestehen, dass diese Informationen und Erkenntnisse dazu beitragen könnten, Straftaten nach Artikel 2 Absatz 2 des Rahmenbeschlusses 2002/584/JI aufzudecken, zu verhüten oder aufzuklären. Die Modalitäten eines solchen spontanen

Fällen um Betäubungsmitteldelikte, in einem Fall um ein Betäubungsmitteldelikt sowie um eine Diebstahlsserie von Luxuskraftfahrzeugen und in einem weiteren Fall um bandenmäßig organisierten Kraftfahrzeugdiebstahl.

⁸ Neben der hier besprochenen Entscheidung sind zu nennen: KG NStZ-RR 2021, 353; OLG Hamburg BeckRS 2021, 2226; OLG Rostock MMR 2021, 572; OLG Rostock BeckRS 2021, 11981; OLG Schleswig NStZ 2021, 693; OLG Brandenburg BeckRS 2021, 23525; OLG Bremen NStZ-RR 2021, 158.

⁹ OLG Karlsruhe BeckRS 2021, 33716 Rn. 11.

¹⁰ Wortlaut von Abs. 1: „Le transport, la détention, l'offre, la cession, l'acquisition ou l'emploi illicites de stupéfiants sont punis de dix ans d'emprisonnement et de 7 500 000 euros d'amende“.

¹¹ OLG Karlsruhe BeckRS 2021, 33716 Rn. 12.

¹² OLG Karlsruhe BeckRS 2021, 33716 Rn. 13.

¹³ OLG Karlsruhe BeckRS 2021, 33716 Rn. 14.

merkt sei an dieser Stelle, dass die Verwendung der so übermittelten Daten in § 92b IRG vorgesehen ist. Danach bedarf es zu ihrer Verwendung als Beweismittel in einem Strafverfahren der Zustimmung des übermittelnden Staates. Nach § 77h IRG dürften diese Daten auch unter datenschutzrechtlicher Perspektive in deutschen Verfahren Verwendung finden.²²

Am 2.6.2020 erließ die Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt am Main auf Grundlage des Art. 1 Abs. 1 S. 2 RL-EEA²³ eine Europäische Ermittlungsanordnung (im Folgenden „EEA“) zur Erlangung von Beweismitteln, die sich bereits im Besitz der zuständigen französischen Behörden befanden.²⁴ Zugleich ersuchte sie die französischen Justizbehörden, die unbeschränkte Verwendung der EncroChat-Daten in Strafverfahren gegen die Täter zu genehmigen.²⁵ Die Genehmigung wurde am 13.6.2020 durch die Ermittlungsrichterin in Lille erteilt, welche die Fortsetzung der – zunächst ohne Ersuchen erfolgten – Übermittlung der nun ersuchten Daten über Europol anordnete. Die französischen Behörden stimmten auch der Verwendung der EncroChat-Daten „im Rahmen eines jeden Ermittlungsverfahrens im Hinblick auf jedwedes Gerichts-, Strafverfolgungs- oder Untersuchungsverfahren“ zu.²⁶ In dem der hiesigen Entscheidung zugrunde liegenden Verfahren erließ die Staatsanwaltschaft Freiburg am 26.4.2021, am 31.5.2021 sowie am 27.5.2021 jeweils eine EEA. Die entsprechenden Genehmigungen zur umfassenden Verwertung in deutschen Strafverfahren wurden von der Ermittlungsrichterin in Lille am 4.6.2021, am 5.7.2021 und am 18.6.2021 erteilt.²⁷

Austausches richten sich nach dem nationalen Recht des Mitgliedstaats, der die Informationen zur Verfügung stellt“.

Bei Art. 2 Abs. 2 RB 2002/584/JI geht es um den Anwendungsbereich des Europäischen Haftbefehls, der für die dort aufgelisteten Straftaten ohne Überprüfung des Vorliegens der beiderseitigen Strafbarkeit erfolgt.

²¹ OLG Karlsruhe BeckRS 2021, 33716 Rn. 19.

²² Nach § 77h Abs. 3 IRG ist die Übermittlung personenbezogener Daten *ohne Ersuchen* zulässig, sofern die Daten für den Zweck, für den sie übermittelt wurden, benötigt werden.

²³ Zu dieser Richtlinie siehe näher *Böse*, ZIS 2014, 152; vgl. auch *Zimmermann*, in: *Böse* (Fn. 20), § 16. B. VI. m.w.N.

²⁴ Wortlaut von Art. 1 Abs. 1 RL-EEA: „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“.

²⁵ OLG Karlsruhe BeckRS 2021, 33716 Rn. 20.

²⁶ OLG Karlsruhe BeckRS 2021, 33716 Rn. 21.

²⁷ OLG Karlsruhe BeckRS 2021, 33716 Rn. 22.

IV. Zur Verwertbarkeit der in Frankreich gewonnenen Beweismittel in Deutschland

Die formellen Anforderungen eines ausgehenden Ersuchens sind in § 91j IRG geregelt. In materieller Hinsicht soll der Erlass einer EEA nach Art. 6 Abs. 1 lit a RL-EEA für die Zwecke des ihr zugrunde liegenden Strafverfahrens unter Berücksichtigung der Rechte der betroffenen Person notwendig und verhältnismäßig sein. Zugleich soll nach Art. 6 Abs. 1 lit. b RL-EEA der Sachverhalt so gestaltet sein, dass die im Ausland durchzuführende Maßnahme in einem vergleichbaren innerstaatlichen Fall unter denselben Bedingungen hätte angeordnet werden können.²⁸ Die Beweiserhebung *per se* wäre auch nach deutschem Recht in rechtmäßiger Weise möglich gewesen, weswegen das OLG Karlsruhe zu Recht die Frage offen lässt, ob sich die Prüfung nur auf die Frage der Genehmigung der Verwertung der bereits erhobenen Beweismittel beschränkt oder sich weitergehend auch auf die Rechtmäßigkeit der Erhebung der Beweise erstreckt.²⁹ Der Zugriff auf die Endgeräte der betroffenen EncroChat-Nutzer und auf die darauf gespeicherten Daten, welche die Beteiligung an Betäubungsmittelstraftaten nach § 29a Nr. 2 BtMG belegten, wäre insbesondere sowohl nach § 100a Abs. 2 Nr. 7 lit. b StPO als auch nach § 100b Abs. 2 Nr. 5 lit. b StPO gerechtfertigt gewesen, wobei für den Tatverdacht bereits die Besonderheiten des EncroChat-Systems gesprochen hätten.³⁰

Problematisch könnte sein, dass die Beweiserhebung in Frankreich nicht nach allen maßgeblichen Rechtsvorschriften stattgefunden hat. Treffend hat das OLG Karlsruhe – im Einklang mit den sonstigen obergerichtlichen Urteilen (siehe Fn. 8) – die Verwertbarkeit der gewonnenen Beweismittel bejaht.³¹ Die Argumentation ist in sich schlüssig und differenziert danach, wo sich die Zielperson bei der Beweiserhebung aufhielt.

Zu Recht betont das OLG Karlsruhe zunächst, dass es nicht befugt ist zu prüfen, ob die französischen Behörden bei der Beweiserhebung *auf französischem Hoheitsgebiet* gegen französisches Strafprozessrecht verstoßen haben.³² Verstöße gegen den *ordre public* seien insoweit nicht ersichtlich.³³

Für den Zugriff auf Endgeräte der in Deutschland befindlichen EncroChat-Nutzer sind dagegen Art. 30, 31 RL-EEA einschlägig. Wie oben (III. zu Beginn) geschildert, haben die

²⁸ Vgl. auch *Böhm*, NJW 2017, 1512 (1514).

²⁹ OLG Karlsruhe BeckRS 2021, 33716 Rn. 25; allgemein zur Reichweite von Beweisverwertungsverböten siehe *Beulke/Swoboda*, Strafprozessrecht, 14. Aufl. 2018, § 23 Rn. 482 ff. Vgl. auch *Wittig*, in: Graf (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar StPO mit RiStBV und MiStra, Stand: 1.1.2022, § 479 Rn. 5 ff.

³⁰ OLG Karlsruhe BeckRS 2021, 33716 Rn. 26 f.; anders und kritisch *Derin/Singelnstein*, NSTZ 2021, 449 (452).

³¹ OLG Karlsruhe BeckRS 2021, 33716 Rn. 28. Bejahend u.a. *Pauli*, NSTZ 2021, 146 (149); anders *Wahl*, ZIS 2021, 452 (461); *Derin/Singelnstein*, NSTZ 2021, 449 (454); *Gebhard/Michalke*, NJW 2022, 655 (656); allgemein zur Frage der Verwertbarkeit von Beweisen *Schuster*, ZIS 2016, 564.

³² Vgl. nur BGH NSTZ 2013, 596.

³³ OLG Karlsruhe BeckRS 2021, 33716 Rn. 29.

französischen Behörden ihre Unterrichtspflicht nach Art. 31 Abs. 1 RL-EEA spätestens dann vernachlässigt, als sie vom Aufenthalt der Zielpersonen in Deutschland erfuhr. Aus diesem Grund konnten auch die deutschen Behörden ihre aus Art. 6 Abs. 1 lit. b RL-EEA resultierende Pflicht nicht erfüllen.³⁴

Die Verletzung der Unterrichtspflicht per se reicht zunächst noch nicht für ein Beweisverwertungsverbot aus.³⁵ Darüber hinaus sind keine anderen Gründe ersichtlich, die für ein Beweisverwertungsverbot sprechen. In der zum Zwecke dieser Besprechung gebotenen Kürze sei vielmehr auf folgende acht Überlegungen des OLG Karlsruhe hingewiesen: *Erstens* gibt es kein allgemein gültiges Prinzip und sonst auch keine höherrangige Regelung dahingehend, dass ein Verstoß bei der Beweiserhebung kausal zu einem Beweisverwertungsverbot führt.³⁶ *Zweitens* stellt angesichts des Rechtsstaatsgrundsatzes ein Beweisverwertungsverbot eine begründungsbedürftige Ausnahme dar, die somit das Vorliegen einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung bzw. das Vorliegen konkreter, übergeordneter, wichtiger Gründe voraussetzt.³⁷ Dies war hier nicht der Fall.³⁸ *Drittens* wird die Gebotenheit eines Beweisverwertungsverbots in der Regel für schwerwiegende, bewusste oder willkürliche Verfahrensverstöße anerkannt, welche „die grundrechtlichen Sicherungen planmäßig oder systematisch außer Acht“ lassen.³⁹ Auch dies ist hier aber nicht der Fall. *Viertens* spricht auch eine Abwägung des staatlichen Aufklärungsinteresses gegen den Rechtsverstoß gegen ein Verwertungsverbot.⁴⁰ *Fünftens* ist davon auszugehen, dass die zuständige Behörde bei Beachtung der rechtlichen Vorgaben der Überwachung aller Voraussicht nach nicht nach Art. 31 Abs. 3 RL-EEA widersprochen hätte, zumal die Beweiserhebung auch nach deutschem Recht in rechtmäßiger Weise möglich gewesen wäre.⁴¹ *Sechstens* dienen „die gewonnenen Beweise der Aufklärung und Verfolgung schwerer Straftaten der organisierten Kriminalität, die auf andere Weise nicht zu bewerkstelligen wäre“.⁴²

³⁴ OLG Karlsruhe BeckRS 2021, 33716 Rn. 30.

³⁵ OLG Karlsruhe BeckRS 2021, 33716 Rn. 31.

³⁶ Eisenberg, Beweisrecht der StPO, 10. Aufl. 2017, Rn. 337, 362.

³⁷ St. Rspr., vgl. BVerfGE 33, 367 (383); 122, 248 (272 f.); BGH NJW 1994, 2904 (2904); BGH NJW 1999, 959 (961); BGH NJW 2007, 2269 (2271); vgl. auch Eisenberg (Fn. 34), Rn. 362 ff.; Beulke/Swoboda (Fn. 27), § 23 Rn. 457 ff.

³⁸ Ähnlich Pauli, NStZ 2021, 146 (148).

³⁹ OLG Karlsruhe BeckRS 2021, 33716 Rn. 32 mit Verweis auf BVerfGE 113, 29 (61); BVerfG NJW 1999, 273 (273); BVerfG NJW 2006, 2684 (2686).

⁴⁰ Zu den Indikatoren für die Abwägung zugunsten des staatlichen Aufklärungsinteresses siehe ausführlich OLG Karlsruhe BeckRS 2021, 33716 Rn. 32; zur Abwägung des staatlichen Aufklärungsinteresses mit dem Rechtsverstoß (Abwägungslehre) siehe eingehend Beulke/Swoboda (Fn. 27), § 23 Rn. 458.

⁴¹ OLG Karlsruhe BeckRS 2021, 33716 Rn. 33; a.A. Gebhard/Michalke, NJW 2022, 655 (658); Derin/Singelnstein, NStZ 2021, 449 (452).

⁴² OLG Karlsruhe BeckRS 2021, 33716 Rn. 33.

Siebtens kam per definitionem kein sog. Befugnis-Shopping in Betracht, zumal die übermittelten Beweismittel bereits erhoben worden waren.⁴³ Und *achtens* wurde das Fernmeldegeheimnis nach Art. 10 Abs. 1 Var. 3 GG bzw. das Recht auf informationelle Selbstbestimmung nach Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG insofern relativiert, als die Betroffenen den Rechtsschutz bewusst zur Begehung schwerer Straftaten missbraucht haben.⁴⁴

V. Ausblick und das erste BGH-Urteil vom 2.3.2022

Anlässlich der EncroChat-Verfahren hat die Europäisierung des Strafverfahrens einen neuen Schwung bekommen. Dies ist besonders erfreulich, weil das Interesse an dem Bereich des Strafprozessrechts dadurch größer wird. Die EncroChat-Verfahren zeigen aber zugleich, wie wichtig es angesichts der rasanten technologischen Entwicklung ist, dass Informatiker mit der Strafjustiz zusammenarbeiten. Je mehr die Digitalisierung voranschreitet und einem Sachverhalt zugrunde liegt (ähnlich wie bei Bitcoin-Verfahren), umso größer ist die Herausforderung für die Strafrichter, sich in die Akten einzulesen.

Es hat übrigens nicht lange gedauert, bis sich der BGH konkret zu dem einen oder anderen EncroChat-Verfahren äußerte. Ein obiter dictum ließ zunächst die Tendenz der Positionierung abzeichnen. Am 8.2.2022 haben nämlich die Richter des in Leipzig ansässigen 6. Strafsenats ausgeführt: „Der Senat sieht im Ergebnis die aus der Überwachung der Kommunikation über den Krypto-Messengerdienst EncroChat durch französische Behörden gewonnenen Erkenntnisse im Einklang mit der obergerichtlichen Rechtsprechung als im Strafverfahren verwertbar an“.⁴⁵ Sodann hat am 2.3.2022 der 5. Strafsenat in einem ausführlichen Urteil die Zulässigkeit der Verwendung der EncroChat-Erkenntnisse ganz deutlich bejaht: „Das von der Revision im Einklang mit großen Teilen des Schrifttums und vereinzelter Rechtsprechung [...] geltend gemachte Beweisverwertungsverbot besteht unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt. Das Vorliegen eines Beweisverwertungsverbots ist nach nationalem Recht zu bestimmen [...]. Ein solches ergibt sich weder aus rechtshilfespezifischen Gründen [...] noch aus nationalem Verfassungs- oder Prozessrecht [...]. Auch die Vorgaben der EMRK stehen

⁴³ OLG Karlsruhe BeckRS 2021, 33716 Rn. 33. Beim Befugnis-Shopping wird eine andere Rechtsordnung bewusst ausgesucht, um Ermittlungsmaßnahmen unter den dort geltenden Vorschriften durchzuführen und mithin die inländischen strafprozessrechtlichen Vorgaben zu umgehen. A.A. Gebhard/Michalke, NJW 2022, 655 (658); allgemein zum „Befugnis-Shopping“ oder „Forum-Shopping“ Brodowski, in: Müller/Schlothauer/Knauer (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch Strafverteidigung, 3. Aufl. 2022, § 22 Rn. 23.

⁴⁴ OLG Karlsruhe BeckRS 2021, 33716 Rn. 33; a.A. Gebhard/Michalke, NJW 2022, 655 (656).

⁴⁵ BGH, Beschl. v. 8.2.2022 – 6 StR 639/21, abrufbar unter <https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&Datum=2022-2&nr=127152&pos=28&anz=59> (29.3.2022).

einer Beweisverwertung nicht entgegen“.⁴⁶

Prof. Dr. Konstantina Papathanasiou, LL.M., Vaduz

⁴⁶ BGH, Beschl. v. 2.3.2022 – 5 StR 457/21, Rn. 25, abrufbar unter

<http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=pm&Datum=2022&nr=127966&linked=bes&Blank=1&file=dokument.pdf> (29.3.2022).

Erscheinungsdatum der BGH-Entscheidung ist der 25.3.2022; siehe Pressemitteilung unter

<https://www.bundesgerichtshof.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2022/2022038.html> (29.3.2022).

Die vorliegende Besprechung erscheint am 1.4.2022. Die BGH-Entscheidung kann erst im Rahmen einer weiteren Publikation zugrunde gelegt werden.
