

HRRS-Nummer: HRRS 2022 Nr. 393

Bearbeiter: Christian Becker

Zitiervorschlag: HRRS 2022 Nr. 393, Rn. X

### BGH 5 StR 457/21 - Beschluss vom 2. März 2022 (LG Hamburg)

BGHSt; Verwertbarkeit von im Wege der Rechtshilfe erlangten Daten im sog. EncroChat-Komplex (grenzüberschreitende Überwachung des Telekommunikationsverkehrs; kein Beweisverwertungsverbot; europäischer Rechtshilfeverkehr; Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung gerichtlicher Entscheidungen; Vermutung rechtmäßigen Handelns; Verwertung personenbezogener Informationen in einer gerichtlichen Entscheidung; europäische Ermittlungsanordnung; Prüfung der hypothetisch rechtmäßigen Erlangung im Anordnungsstaat; Verhältnismäßigkeit; Kernbereichsschutz; Schutzzweck von Rechtshilfeschritten).

§ 261 StPO; § 91g Abs. 6 IRG; Art. 30 RL 2014/41/EU; Art. 82 AEUV

#### Leitsätze

1. Verwertbarkeit von EncroChat-Daten. (BGHSt)

2. Die von Nutzern verschlüsselter „EncroChat-Mobiltelefone“ im Wege der Rechtshilfe erlangten Daten unterliegen in der Regel keinem Beweisverwertungsverbot. (Bearbeiter)

3. Bei EncroChat handelt es sich um eine Art kriminelles Netzwerk eines verdeckt operierenden Kryptohandy-Anbieters, der Kriminellen bewusst für ihre Aktivitäten wie insbesondere den Drogenhandel ein unüberwachbares Kommunikationsmittel an die Hand gibt, diese kriminellen Aktivitäten damit aktiv unterstützt und davon in erheblichem Umfang finanziell profitiert. Vor diesem Hintergrund lässt die zeitlich befristete Erhebung aller Nutzerdaten des EncroChat-Dienstes angesichts der Schwere der in Rede stehenden Straftaten sowie vor dem Hintergrund des staatlichen Auftrags zum Schutz seiner Bürger insbesondere vor den von Drogenhandel und organisierter Kriminalität ausgehenden Gefahren und des verfassungsrechtlichen Gebots einer funktionsfähigen Strafrechtspflege grundlegende Rechtsstaatsdefizite oder einen Verstoß gegen menschen- oder europarechtliche Grundwerte nicht erkennen. (Bearbeiter)

4. Die im Wege europäischer Rechtshilfe erlangten Beweisergebnisse aus dem EncroChat-Komplex dürfen in einem Strafverfahren ohne Einwilligung der überwachten Person nur zur Aufklärung einer Straftat, auf Grund derer eine Maßnahme nach § 100b StPO hätte angeordnet werden können, oder zur Ermittlung des Aufenthalts der einer solchen Straftat beschuldigten Person verwendet werden. Hierbei sind die den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz konkretisierenden einschränkenden Voraussetzungen in § 100b Abs. 1 Nr. 2 und 3 StPO in den Blick zu nehmen. Danach muss die Straftat auch im Einzelfall besonders schwer wiegen und die Erforschung des Sachverhalts oder die Ermittlung des Aufenthaltsorts auf andere Weise wesentlich erschwert oder aussichtslos sein. Für diese Prüfung ist auf den Erkenntnisstand im Zeitpunkt der Verwertung der Beweisergebnisse abzustellen. Auf die Rekonstruktion der Verdachtslage im Anordnungszeitpunkt kommt es insoweit nicht an. (Bearbeiter)

5. Die Verwertung personenbezogener Informationen in einer gerichtlichen Entscheidung greift zwar in das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 Abs. 1 GG) ein. Verfassungsgemäße Rechtsgrundlage für die Beweisverwertung in einem strafgerichtlichen Urteil ist aber § 261 StPO. Das Gewicht des in der Verwertung liegenden Eingriffs hängt maßgeblich davon ab, welchen Grad an Persönlichkeitsrelevanz die betroffenen Informationen haben und auf welchem Weg sie erlangt wurden. Die Eingriffsintensität ist insbesondere dann gesteigert, wenn die ursprüngliche Erhebung der verwerteten Informationen mit einem Eingriff in Art. 10 oder Art. 13 GG verbunden war. (Bearbeiter)

6. Die Frage, ob im Wege der Rechtshilfe erlangte Beweise verwertbar sind, richtet sich ausschließlich nach dem nationalen Recht des um Rechtshilfe ersuchenden Staates, soweit der um Rechtshilfe ersuchte Staat die unbeschränkte Verwendung der von ihm erhobenen und übermittelten Beweisergebnisse gestattet hat. Demgegenüber ist die Rechtmäßigkeit von Ermittlungshandlungen - jenseits etwaiger Vorgaben des ersuchenden Staates - nach dem Recht des ersuchten Staates zu bewerten. Eine Überprüfung hoheitlicher Entscheidungen des ersuchten Staates am Maßstab von dessen Rechtsordnung durch die Gerichte des ersuchenden Staates findet dabei grundsätzlich nicht statt. Im Rechtshilfeverkehr ist es vielmehr geboten, Strukturen und Inhalte fremder Rechtsordnungen und -anschauungen grundsätzlich zu achten, auch wenn sie im Einzelnen nicht mit den innerstaatlichen - hier deutschen - Auffassungen übereinstimmen. (Bearbeiter)

7. Aus verfassungsrechtlicher Sicht ist bei im Wege der Rechtshilfe erlangten Beweismitteln nicht

Voraussetzung der Beweisverwertung, dass das deutsche Strafprozessrecht eine entsprechende Maßnahme vorsieht. Bei der Erlangung von Beweismitteln, die ein anderer Staat nach seiner nationalen Rechtsordnung in eigener Zuständigkeit erhoben hat, kann die Anwendung deutscher Verfahrensregeln grundsätzlich nicht erwartet werden. Die bloße Nichteinhaltung deutschen Rechts bei einer ausländischen Ermittlungsmaßnahme kann daher nicht per se ein unselbständiges Beweisverwertungsverbot begründen. Die Einhaltung rechtsstaatlicher Mindeststandards wird in solchen Fällen durch Prüfung der Vereinbarkeit der Maßnahme mit dem nationalen und europäischen ordre public und eine strikte Verhältnismäßigkeitsprüfung bei der Beweisverwertung unter Annahme besonderer Verwendungsvorbehalte gewährleistet. (Bearbeiter)

8. Der Rechtshilfeverkehr im Rahmen der EU ist vom Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung gerichtlicher Entscheidungen geprägt. Die Schaffung eines Raums der Freiheit, Sicherheit und des Rechts innerhalb der Union beruht auf dem gegenseitigen Vertrauen sowie der Vermutung, dass andere Mitgliedstaaten das Unionsrecht und insbesondere die Grundrechte einhalten. Diese Vermutung ist widerlegbar, weshalb der Vollstreckungsstaat die Vollstreckung einer Europäischen Ermittlungsanordnung verweigern kann, wenn berechtigte Gründe für die Annahme eines nicht kompensierten Grundrechtsverstoßes sprechen. Diese Vermutung rechtmäßigen Handelns wird nicht ohne Weiteres dadurch in Frage gestellt, dass von dem ersuchten Staat eingesetzte Ermittlungsmethoden teilweise der Geheimhaltung unterliegen. (Bearbeiter)

9. Art. 31 Abs. 1 der Richtlinie über die Europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen (RL EEA) und § 91g Abs. 6 IRG sollen den Betroffenen nicht vor einer Beweisverwendung im unterrichteten Staat (hier Deutschland), sondern allein vor einer Beweisverwendung im unterrichtenden Staat (hier Frankreich) bzw. im sonstigen europäischen Ausland schützen. Der individuelle Schutzzweck von Art. 31 Abs. 1 RL EEA und § 91g Abs. 6 IRG ist damit auf die Beweisverwendung im Ausland beschränkt und betrifft die Beweisverwendung im Inland nicht. Den Schutz von Betroffenen vor einer Verwendung von Beweismitteln in einem deutschen Strafverfahren können das deutsche Verfassungs- und Prozessrecht ausreichend durch die Annahme eines Beweisverwendungs- oder -verwertungsverbots oder durch bestimmte Verwendungsvorbehalte leisten; hierfür bedarf es keiner Rechtshilfenvorschriften, die lediglich den zwischenstaatlichen Rechtsverkehr regeln. (Bearbeiter)

10. 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. (Bearbeiter)

11. Die RL EEA enthält keinen abschließenden Kanon von Ermittlungsmaßnahmen, deren Ergebnisse im Rahmen einer Europäischen Ermittlungsanordnung übermittelt werden könnten; sie legt in Kapitel IV lediglich für bestimmte Ermittlungsmaßnahmen besondere Regeln fest. (Bearbeiter)

#### Entscheidungen

Die Revision des Angeklagten gegen das Urteil des Landgerichts Hamburg vom 15. Juli 2021 wird als unbegründet verworfen.

Der Beschwerdeführer hat die Kosten seines Rechtsmittels zu tragen.

#### Gründe

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in zehn Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von fünf Jahren verurteilt und eine Einziehungsentscheidung getroffen. Hiergegen wendet sich der Angeklagte mit seiner auf die Verletzung formellen und materiellen Rechts gestützten Revision. Diese ist unbegründet (vgl. Antragschrift des Generalbundesanwalts).

#### **A.**

Soweit die Revision einen Verstoß gegen den Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) mit der Begründung geltend macht, ein gegen die Beweiserhebung und -verwertung von EncroChat-Daten gerichteter Widerspruch sei vom Landgericht nicht beschieden worden, zeigt sie keinen durchgreifenden Rechtsfehler auf.

2 Richtet sich ein Widerspruch gegen die Beweisverwertung, ist das Landgericht nicht zu einer Bescheidung in der Hauptverhandlung verpflichtet, sondern kann die Frage der Schlussberatung vorbehalten (vgl. BGH, Beschluss vom 11. November 2020 - 5 StR 197/20, NJW 2021, 479 Rn. 21 mwN; BVerfG, Beschluss vom 18. März 2009 - 2 BvR 2025/07). Der Antragsteller erfährt dann im Urteil, ob das Gericht von einer Verwertbarkeit der angegriffenen Beweise ausgegangen ist. Dass sich das Landgericht in den Urteilsgründen nach § 267 StPO nicht zu solchen Verfahrensfragen äußern muss (vgl. BGH, Urteil vom 8. August 2019 - 2 StR 131/18, NStZ 2019, 107 mwN), begründet keine Gehörsverletzung.

Auch ein Verstoß gegen die Bescheidigungspflicht aus § 238 Abs. 2 StPO hinsichtlich des Widerspruchs gegen die Beweiserhebung liegt nicht vor. Der Generalbundesanwalt weist zu Recht darauf hin, dass es sich bei dem Antrag, die EncroChat-Daten nicht in die Beweisaufnahme einzuführen, um eine im Hinblick auf § 238 Abs. 2 StPO unbehelfliche Präventivbeanstandung handelt, denn eine Anordnung der Beweiserhebung durch den Vorsitzenden war insoweit noch nicht erfolgt (KKStPO/Schneider, 8. Aufl., § 238 Rn. 17; LR/Becker, StPO, 27. Aufl., § 238 Rn. 29; vgl. zu solchen Rügen auch BGH, Beschluss vom 7. Mai 2019 - 5 StR 623/18 mwN).

## B.

Der näheren Erörterung bedarf die Rüge, die vom Landgericht insbesondere in den Fällen 6 und 9 maßgeblich zur Überzeugungsbildung herangezogenen Inhalte einer Chat-Kommunikation mittels eines Kryptohandys des Anbieters EncroChat seien unverwertbar. Der Angeklagte hat der Verwertung dieser Daten in der Hauptverhandlung vor ihrer Einführung im Wege des Urkundenbeweises widersprochen (siehe A.).

Die unter Vorlage der maßgeblichen amtlichen Dokumente begründete Verfahrensrüge ist - entgegen der Auffassung des Generalbundesanwalts - unter Berücksichtigung des verfassungsrechtlichen Gebots, an den Vortrag keine überspannten Anforderungen zu stellen (vgl. BVerfG, Beschluss vom 8. Dezember 2005 - 2 BvR 449/05, StV 2006, 57), zulässig. Sie ist aber unbegründet. Die in Frankreich erhobenen Daten von Nutzern des Anbieters EncroChat sind in Fällen wie dem vorliegenden verwertbar.

## I.

Nach dem Revisionsvortrag und den damit vorgelegten Dokumenten stellt sich der verfahrensrechtliche Sachverhalt wie folgt dar:

1. a) Französische Behörden stellten in den Jahren 2017 und 2018 in mehreren Ermittlungsverfahren, bei denen es insbesondere um den verbotenen Handel mit Betäubungsmitteln (zwischen 6 und 436 kg Cannabis, 6 kg Heroin, 1 kg „Crack“) ging, fest, dass die Tatverdächtigen über sogenannte EncroChat-Kryptohandys verfügten (Modelle OnePlus One, OnePlusX und BQ Aquaris X), die über eine sogenannte EncroChat-Architektur verschlüsselt waren. Eine Auswertung dieser Mobiltelefone war aufgrund der Verschlüsselung nicht möglich. Teilweise bestätigten Beschuldigte ausdrücklich, dass diese Kryptohandys nur zum Drogenhandel bestimmt waren. Angesichts des wiederholten Auftauchens dieser Geräte im Zusammenhang mit Drogenhandel und organisierter Kriminalität wurde die Staatsanwaltschaft Lille im November 2018 von den Ermittlern des Zentrums zur Bekämpfung der Cyberkriminalität mit der Sache befasst. Die Staatsanwaltschaft leitete eine Vorermittlung wegen des Verdachts einer kriminellen Vereinigung zur Begehung von Straftaten oder Verbrechen, die mit zehn Jahren Haft bestraft werden (insbesondere Verbrechen des Betäubungsmittelhandels), sowie wegen unzulässiger Lieferung, Transfers und Imports eines Verschlüsselungsmittels ein.

An den Ermittlungen wurden im Rahmen einer gemeinsamen Ermittlungsgruppe unter der Ägide von Eurojust auch niederländische Behörden sowie Europol beteiligt.

Nach ersten Ermittlungsergebnissen wurden die bezeichneten Kryptohandys mit folgenden Merkmalen beworben: Garantie der Anonymität (keine Verbindung des Geräts oder der SIM-Karte mit dem Konto des Kunden); personalisierte Android-Plattform (ab dem Start vollkommen verschlüsseltes und auf die Sicherheit und Vertraulichkeit ausgerichtete Interface mit vereinfachten Nutzerparametern); doppeltes Betriebssystem (die Nutzer können entweder das Standard Android OS-System oder das EncroChat OS-System starten, da die beiden unterschiedlichen Betriebssysteme mit jedem Gerät geliefert werden); allerneueste Technik (speziell konzipierte und zur Erhöhung der Sicherheit mit Unterdrückung der Kamera, des Mikrofons, des GPS und USB-Port parametrisierte Telefonendgeräte); automatische Löschung von Nachrichten (die erweiterte Löschoption ermöglicht es dem Nutzer, die Unterdrückung seiner eigenen Nachrichten auf dem Gerät eines anderen Nutzers durch Verwendung einer Countdownfunktion zu erzwingen); schnelles Löschen, „panic PIN-Code“ (ein Nutzer kann auf dem Sperrbildschirm einen speziellen PIN-Code für die sofortige Löschung der gesamten Daten des Geräts eingeben; auf die gleiche Weise werden bei wiederholter Eingabe eines falschen Passwortes alle Daten gelöscht); Unantastbarkeit (die Angriffsflächen wie die Android Debug Bridge-Verbindung und der Wiederherstellungsmodus werden gelöscht); Kryptographie-Hardwaremodul (besonders zertifiziert; das EncroChat-Gerät kann nicht durch „rohe Gewalt“ angegriffen werden, um an die Partition chiffrierter Daten zu gelangen; es wird ein öffentliches/privates RSA-Schlüsselpaar generiert, bei dem der öffentliche Schlüsselteil mit einem chiffrierten Passwort der Festplatte kombiniert wird; ohne den privaten Schlüssel ist kein Zugang zu der Partition mit den chiffrierten Daten möglich).

Auf dieser Art von Telefonen waren folgende Anwendungen verfügbar: EncroChat (Instant Secure Messaging Client zum Austausch von SMS-Nachrichten); EncroTalk (chiffriert die Sprachkonversation auf IP, VoIP); EncroNotes (Chiffrierung der lokal auf dem Gerät gespeicherten Notizen). Eine Kommunikation konnte nur zwischen Kunden von EncroChat erfolgen. Derartige Telefone konnten nicht über offizielle Vertriebskanäle erworben werden, sondern wurden von Verkäufern etwa auf Ebay zum Preis von 1.610 Euro angeboten, wobei dieser Preis eine Nutzerlizenz für die Dauer von sechs Monaten beinhaltete. Weitere Recherchen ergaben, dass keine legal existierende Gesellschaft namens „EncroChat“ festgestellt werden konnte und derartige Geräte nur an ausgewählte Personen verkauft wurden, wobei auch

die Händler selbst ausgewählt waren. Verantwortliche der Firma EncroChat waren ebenso wenig feststellbar wie ein offizieller Unternehmenssitz.

Auf Antrag der Staatsanwaltschaft Lille genehmigte Ende Dezember 2018 und im Oktober 2019 ein französischer Richter die Kopie von Daten, die sich auf einem im französischen R. befindlichen, vom dort ansässigen Unternehmen O. betriebenen Server befanden und mit EncroChat-Domainnamen in Verbindung standen. Die beschlagnahmten Daten verschafften ein Abbild des zum jeweiligen Zeitpunkt aktuellen Inhalts der das EncroChat-System bildenden virtuellen Maschinen. Bei der Auswertung dieser Daten ergab sich, dass 66.134 SIM-Karten im System eingetragen waren, die SIM-Karten vom niederländischen Betreiber K. stammten und 10.192 SIM-Karten in Frankreich befindliche Telefonrelais ausgelöst hatten (davon 286 ausschließlich in Frankreich). Im Übrigen wurde EncroChat in einer Vielzahl weiterer europäischer Länder verwendet; die fünf Länder mit der häufigsten Verwendung mobiler Daten waren in dieser Reihenfolge: Niederlande, Spanien, Vereinigtes Königreich, Deutschland, Italien. Eine teilweise Dechiffrierung von als „Notizen“ angelegten 3.477 Textdateien ergab, dass diese „zweifelsfrei in Verbindung mit illegalen Aktivitäten, insbesondere Drogenhandel“ (vgl. richterliche Genehmigung vom 30. Januar 2020, S. 4, in der von der Revision vorgelegten Übersetzung) standen, wobei es u.a. um erhebliche Mengen von bis zu 60 kg Kokain, erhebliche Summen und den Transport von Drogen mittels Containern ging. Die Notizen belegten umfangreichen Drogenhandel in für den organisierten Betäubungsmittelhandel ungewohnt offener Weise, weil die Nutzer von der Abhörsicherheit und „Unverletzlichkeit“ ihrer Telefone ausgegangen waren. 12

b) Die Staatsanwaltschaft Lille beantragte Ende Januar 2020 auf der Grundlage des Artikels 706-102-1 der französischen Strafprozessordnung (Code de procédure pénale) die Genehmigung einer technischen Einrichtung, die dazu dient, ohne die Zustimmung der Betroffenen an jedem Ort Zugang zu den Computerdaten zu haben, sie zu speichern, aufzubewahren und sie zu übertragen, so wie sie in einem Computersystem gespeichert sind, wie sie auf einem Bildschirm für den Nutzer eines automatischen Datenverarbeitungssystems erscheinen, so wie er sie dort durch Zeicheneingabe eingibt oder wie sie von Peripheriegeräten empfangen oder ausgegeben werden. Gemäß Artikel 706-102-5 der französischen Strafprozessordnung wurde betreffend die Installation und Entfernung der technischen Einrichtung beantragt: Zugriff auf den Server in R., über den alle anvisierten Betriebsdaten der EncroChat-Lösung laufen, bezüglich der mit der EncroChat-Lösung verbundenen IP-Adressen; die Installation dieser Einrichtung mittels einer Übertragung über ein elektronisches Kommunikationsnetzwerk auf den für ihren Betrieb mit diesem Server verbundenen Endgeräten. Die Installation der technischen Einrichtung zum Abfangen von Computerdaten sowie deren Deinstallation sollten im Einklang mit den Vorgaben des Artikel 706-95-17 der französischen Strafprozessordnung durch den damit beauftragten Generaldirektor für innere Sicherheit unter Rückgriff auf der Geheimhaltung der Nationalen Verteidigung unterliegende Staatsmittel ausgeführt werden. Hierbei sollten folgende Daten gewonnen werden: die IMEI-Nummern, die Pseudonyme der EncroChat-Nutzer, die unter den Nutzern ausgetauschten Textnachrichten (Typ SMS), die ausgetauschten oder in den gesicherten Telefonen gespeicherten Mediendateien (Fotos, Sprachnachrichten, Videos, Textdokumente), die Identifikationsnummern der ausgelösten Zellen (Telefonrelais), die Passwörter zur Bildschirmsperrung und zur Notiz-Anwendung, die auf dem Gerät gespeicherten Notizen, Adressbücher und Kontakte. 13

Zur Begründung verwies die Staatsanwaltschaft darauf, dass die bisherigen Ermittlungen bestätigt hätten, dass die EncroChat-Endgeräte für kriminelle Zwecke verwendet würden und es aufgrund der Unmöglichkeit, die Endgeräte zu „analysieren“, nur die Installation einer Datenabfangeinrichtung ermöglichen könne, die Chiffrierung der zwischen den Nutzern ausgetauschten Daten zu umgehen. Die Ermittlungen hätten gezeigt, dass es sich um das einzige Mittel handle, um zur Identifizierung und Festnahme der illegale Aktivitäten ausführenden Nutzer zu gelangen. Am 30. Januar 2020 (und ergänzend am 12. Februar 2020) genehmigte der Richter die beantragten Ermittlungsmaßnahmen für die Dauer von einem Monat. 14

Am 3. März 2020 beantragte die Staatsanwaltschaft zusätzlich die Genehmigung der Blockade mehrerer den Administratoren bei den Dienstleistern zur Verfügung stehenden Dienste, über die sie die technische Überwachung behindern könnten (insbesondere durch Umlenkung der Zugriffe auf einen anderen Server). Zur Begründung wurde wiederum darauf verwiesen, dass die Installation einer Einrichtung zum Abfangen der über den in R. stehenden Server laufenden Computerdaten die einzig gangbare Möglichkeit sei, um den Chiffrierungsschutz zu umgehen. Auch dies wurde am 4. März 2020 richterlich für die Dauer eines Monats genehmigt. 15

Am 18. März 2020 beantragte die Staatsanwaltschaft die Genehmigung einer Einrichtung zur Umleitung von Datenströmen, die den Domain-Namen encrochat.ch mit bestimmten Subdomains verbinden, um jegliche Manipulation oder Intervention der Administratoren an den Domain-Namen oder Subdomain-Namen zu vermeiden. Auch dies wurde am 20. März 2020 für die Dauer von einem Monat richterlich genehmigt. 16

Am 31. März 2020 beantragte die Staatsanwaltschaft zusätzlich die Genehmigung zur Modifizierung der Netzrouting-Regeln bei der Gesellschaft O., die den in R. befindlichen Server betrieb, um von einer technischen Lastenverteilungsvorrichtung („loadbalancer“) aus den Datenstrom von der Infrastruktur des Anbieters auf die vom Ermittlungsdienst eingerichtete Abgreifvorrichtung umlenken zu können. Dies wurde am gleichen Tag richterlich unter der Auflage genehmigt, dass diese Operation nur während der Telefon-Update-Anforderungen, die automatisch in regelmäßigen Intervallen erfolgten, eine Umlenkung von Datenströmen auslösen dürfe. 17

c) Am 1. April 2020 wurde in Umsetzung der genannten Entscheidungen ein vom hierfür zuständigen nationalen technischen Dienst für justizielle Abfangmaßnahmen entwickeltes Abfangtool per „Ferninjektion“ eingebracht, wobei hierfür auf Mittel zurückgegriffen wurde, die der Geheimhaltung der nationalen Verteidigung unterliegen. Die Maßnahmen wurden auf Antrag der Staatsanwaltschaft durch richterliche Entscheidung vom 29. April 2020 ab dem 1. Mai 2020 für die Dauer eines weiteren Monats verlängert. 18

Aus dem zugrundeliegenden Antrag der Staatsanwaltschaft und den beigegeführten Anlagen ergab sich als Ergebnis der bis dahin durchgeführten Datenabfangmaßnahme Folgendes: Es waren 32.477 Telefone von der Maßnahme betroffen, die in insgesamt 121 Ländern aktiv waren, davon waren 380 Telefone ganz oder teilweise auf französischem Boden aktiv; von diesen in Frankreich aktiven 380 Telefonen wurden sicher jedenfalls 242 Telefone (63,7 %) für kriminelle Zwecke oder Straftaten verwendet, wobei sich eine sehr große Mehrheit von ihnen in den Händen von Drogenhändlern befand; die verbleibenden 138 Telefone waren entweder teilweise inaktiv oder deren Daten waren noch nicht ausgewertet. Die ausgewerteten Gespräche und die Überprüfung der ausgetauschten Fotos zeigten das Ausmaß des von diesen Nutzern betriebenen Handels mit Betäubungsmitteln und die Profite, die sie erzielten. Vor diesem Hintergrund wurde die Ermittlung am 7. April 2020 ausgedehnt auf folgende Straftaten: Transport, Besitz, Erwerb, Anbieten oder Abgabe von Drogen/Betäubungsmitteln; Besitz und Erwerb von Waffen ohne Genehmigung. Bezüglich der EncroChat-Telefone wurde festgestellt, dass die Großhändler dieser Telefone direkte Verbindungen mit den Technikern und Administratoren der Plattform unterhielten und somit die Schnittstelle zu den Endkunden darstellten. Ein durch das Abfangen der Daten erlangter Leitfadens zur Vermarktung der chiffrierten Telefone enthielt den Hinweis, dass vorzugsweise in Kryptowährung gezahlt werden solle, dass man sich gegenüber der Polizei bedeckt halten und insbesondere vermeiden müsse, durch mengenmäßig zu große Lieferungen aufzufallen. Ein Händler wies für den Verkauf insbesondere darauf hin, dass die Polizei die Telefone nicht lokalisieren könne, dass sie nicht abgehört werden und nicht genutzt werden könnten, wenn sie „in schlechte Hände“ fielen. Insgesamt gingen Staatsanwaltschaft und Gericht in Auswertung der im ersten Monat erlangten Daten von einer „nahezu ausschließlich kriminelle(n) Klientel“ der EncroChat-Nutzer aus (vgl. richterliche Genehmigung vom 29. April 2020, S. 3, in der von der Revision vorgelegten Übersetzung). 19

Am 28. Mai 2020 eröffnete die Staatsanwaltschaft auf dieser Grundlage ein Ermittlungsverfahren zu folgenden Anklagepunkten: kriminelle Vereinigung zur Begehung von Straftaten oder Verbrechen, die mit zehn Jahren Haft bestraft werden, insbesondere Verbrechen des Betäubungsmittel-/Drogenhandels, der schweren Geldwäsche, des Erwerbs und der Abgabe von Waffen; Erwerb, Transport, Besitz, Anbieten oder Abgabe von Betäubungsmitteln/Drogen; Import von Betäubungsmitteln/Drogen in organisierter Bande; Erwerb oder Besitz von Kriegsmaterial, Waffen, Munition; Geldwäsche; schwere Geldwäsche durch Mitwirkung in organisierter Bande; Lieferung, Transfer und Import eines nicht erklärten Verschlüsselungsmittels. 20

Mit Verfügung vom 28. Mai 2020 genehmigte eine französische Richterin für die Dauer von vier Monaten ab dem 1. Juni 2020 wegen der genannten Straftaten den Fernzugriff ohne Wissen des Nutzers auf über Wege der elektronischen Kommunikation gespeicherte Korrespondenzen und den Einsatz einer Computerdatenabfangeinrichtung auf dem Server in R. sowie auf den für ihren Betrieb mit diesem Server verbundenen End- und Peripheriegeräten, wobei die technische Einrichtung dazu dienen sollte, ohne die Zustimmung der Betroffenen an jedem Ort Zugang zu den Computerdaten zu haben, sie zu speichern, aufzubewahren und sie zu übertragen, so wie sie in einem Computersystem gespeichert sind, wie sie auf einem Bildschirm für den Nutzer eines automatischen Datenverarbeitungssystems erscheinen, so wie er sie dort durch Zeicheneingabe eingibt oder wie sie von Peripheriegeräten empfangen oder ausgegeben werden. Hierzu genehmigte sie zudem u.a. die Modifizierung der Netzrouting-Regeln. In der Begründung dieser Entscheidung wird darauf hingewiesen, dass durch die bisherige Datenerhebung habe nachgewiesen werden können, „dass das EncroChat-System nur für kriminelle Zwecke verwendet wurde“ (vgl. richterliche Genehmigung vom 28. Mai 2020, S. 4, in der von der Revision vorgelegten Übersetzung). Eine „Analyse“ der Endgeräte sei unmöglich, weshalb nur die Installation einer Computerdaten-Abfangeinrichtung es ermögliche, die Chiffrierung der von den Nutzern ausgetauschten Daten zu umgehen. Dies sei die einzige Möglichkeit, um die verschleierte kommerzielle Struktur von EncroChat, deren Funktionsweisen und ihre Nutzer, die sich groß angelegten illegalen Aktivitäten verschrieben hätten, zu identifizieren. Das Abfangen der Daten sei notwendig, um das Niveau der von diesem System ausgehenden kriminellen Nutzung festzustellen, die Gesamtheit der Führungspersonen und Administratoren des EncroChat-Systems zu identifizieren und die Verbindungen aufzuzeigen, die sie mit kriminellen Organisationen unterhalten. 21

2. Dem Bundeskriminalamt wurden über Europol Erkenntnisse zugeleitet, aus denen sich ergab, dass in Deutschland eine Vielzahl schwerster Straftaten (insbesondere Einfuhr von und Handel treiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringen Mengen) unter Nutzung von Mobiltelefonen mit der Verschlüsselungssoftware „EncroChat“ begangen wurden. Bei der Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt, Zentralstelle zur Bekämpfung der Internetkriminalität, wurde ein Verfahren gegen Unbekannt u.a. wegen des Verdachts von Betäubungsmittelstraftaten eingeleitet (Az. 62 UJs 50005/20). Am 2. Juni 2020 erging in diesem Verfahren eine Europäische Ermittlungsanordnung (EEA) zur Erlangung von Informationen oder Beweismitteln, die sich bereits im Besitz der französischen Vollstreckungsbehörde (vgl. zur Terminologie Art. 2 Buchst. d der Richtlinie 2014/41/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 3. April 2014 über die Europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen, ABl. L 130, S. 1, nachfolgend: RL EEA) befinden, sowie von Informationen, die sich in den von französischen Polizei- oder Justizbehörden geführten Datenbanken befinden. Die französischen Justizbehörden wurden ersucht, die unbeschränkte Verwendung der betreffenden Daten bezüglich der über EncroChat ausgetauschten Kommunikation in Strafverfahren gegen die (mutmaßlichen) Täter zu genehmigen. Es bestehe der Verdacht, dass bisher nicht identifizierte Personen in Deutschland unter Nutzung kryptierter Kommunikationsmittel 22

schwerste Straftaten planen und begehen würden, insbesondere Betäubungsmittel in nicht geringen Mengen nach Deutschland einführen und hiermit im Bundesgebiet Handel treiben würden. Zudem wurden durch Ankreuzen des von der RL EEA vorgegebenen Formblatts (Anhang A) folgende Straftaten gemäß Anhang D der RL EEA als Grund für den Erlass der europäischen Ermittlungsanordnung angegeben: Beteiligung an einer kriminellen Vereinigung, illegaler Handel mit Drogen und psychotropen Stoffen, illegaler Handel mit Waffen, Munition und Sprengstoffen, Korruption, Geldwäsche, Geldfälschung einschließlich der Euro-Fälschung, Cyberkriminalität, vorsätzliche Tötung, schwere Körperverletzung, Entführung, Freiheitsberaubung und Geiselnahme sowie illegaler Handel mit Kulturgütern einschließlich Antiquitäten und Kunstgegenständen. Ein konkreter Beschuldigter wurde in der Anordnung nicht benannt.

Am 13. Juni 2020 genehmigte die für das Untersuchungsverfahren zuständige Vizepräsidentin des Strafgerichts Lille unter Hinweis auf „das Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union vom 29. Mai 2000 und des Protokolls vom 16. Oktober 2001“ sowie gemäß Art. 81, 151, 152, 154 der französischen Strafprozessordnung die Übermittlung von Informationen, gegebenenfalls über Europol, aufgrund der digitalen Erfassung im Rahmen des Untersuchungsverfahrens zum EncroChat-Komplex in Bezug auf die auf dem deutschen Staatsgebiet begangenen Straftaten an die Generalstaatsanwaltschaft in Frankfurt am Main. Die im Rahmen des Rechtshilfeersuchens übermittelten Informationen könnten von den deutschen Behörden im Rahmen eines jeden Ermittlungsverfahrens und im Hinblick auf ein jedwedes Gerichts-, Strafverfolgungs- oder Untersuchungsverfahren oder ein Urteil verwendet werden. Diese Daten könnten „ab dem heutigen Datum“ im Rahmen der kontradiktorischen Beurteilung von Gerichtsverfahren, in denen die betroffene Person festgenommen würde, verwendet werden. 23

Auf Bitte der französischen Behörden übermittelte Europol der Generalstaatsanwaltschaft in Frankfurt am Main die zwischen dem 1. April 2020 und dem 30. Juni 2020 auf den EncroChat-Rechnern erfassten Daten, die sich auf Geräte bezogen, die zu einer Auslösung von Mobilfunkantennen auf deutschem Boden geführt hatten. Hierzu wurden zwei Arten von Daten übermittelt: bereits vorhandene Daten, die sich zu dem Zeitpunkt auf dem Telefon befunden hatten, als das Abfrage-Tool auf dem Telefon installiert wurde, mit der Bedingung, dass sich das Telefon zum Zeitpunkt der Installation des Abfrage-Tools auf deutschem Boden befunden hatte; direkt („live“) im Rahmen der Datenerfassung erfasste Daten, unter der Bedingung, dass sich die Telefone zu diesem Zeitpunkt auf deutschem Gebiet befunden hatten. Anhand einer Übertragungsnummer für jede versandte oder empfangene Nachricht, die an den Server überspielt wurde, konnte der geographische Standort der Mobilfunkantenne bestimmt werden. Schließlich gelangten die Daten zu den jeweils für die Strafverfolgung konkreter Beschuldigter regional zuständigen Staatsanwaltschaften. 24

## II.

Die auf diese Weise erlangten Daten von EncroChat-Nutzern sind verwertbar (vgl. Antrag des Generalbundesanwalts; BGH, Beschluss vom 8. Februar 2022 - 6 StR 639/21; HansOLG Bremen, Beschluss vom 18. Dezember 2020 - 1 Ws 166/20, NStZ-RR 2021, 158 m. Anm. Vizcaino Diaz, jurisPRStrafR 10/2021 Anm. 1; Schleswig-Holsteinisches OLG, Beschluss vom 29. April 2021 - 2 Ws 47/21, NStZ 2021, 693 m. Anm. Beukelmann/Heim, NJW-Spezial 2021, 378; HansOLG Hamburg, Beschluss vom 29. Januar 2021 - 1 Ws 2/21 m. Anm. Nadeborn/Kempgens, jurisPRStrafR 12/2021 Anm. 4; OLG Köln, Beschluss vom 31. März 2021 - 2 Ws 118/21; OLG Rostock, Beschlüsse vom 11. Mai 2021 - 20 Ws 121/21, NJ 2021, 372; vom 23. März 2021 - 20 Ws 70/21, MMR 2021, 572; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21. Juli 2021 - III 2 Ws 96/21; OLG Celle, Beschluss vom 12. August 2021 - 2 Ws 250/21, StraFo 2021, 466 m. Anm. Albrecht, jurisPRStrafR 20/2021 Anm. 3; KG, Beschluss vom 30. August 2021 - 2 Ws 79/21 und 93/21, NStZ-RR 2021, 353 m. Anm. Immel sowie Anm. Dießner, FDStrafR 2021, 442178; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 10. November 2021 - 2 Ws 261/21 m. Anm. Lorenz, FDStrafR 2021, 443948; OLG Nürnberg, Beschluss vom 16. November 2021 - Ws 1069/21; Brandenburgisches OLG, Beschlüsse vom 26. Juli 2021 - 2 Ws 94/21 (S); vom 9. August 2021 - 2 Ws 113/21 (S); vom 16. Dezember 2021 - 2 Ws 197/21 m. Anm. Knierim, FDStrafR 2022, 445089; Pauli, NStZ 2021, 146; Roth, GSZ 2021, 238; Labusga, NStZ 2021, 702, 704; vgl. auch United Kingdom, Court of Appeal [Criminal Division] vom 5. Februar 2021 - [2021] EWCA Crim 128, CrI 2021, 62, zur Zulassung von EncroChat-Daten als Beweismittel; High Court vom 26. Oktober 2020 - [2020] EWHC 2967 [Admin] zur erfolglosen Anfechtung einer Europäischen Ermittlungsanordnung; vgl. auch die derzeit beim EGMR anhängigen Verfahren Nr. 44715/20 [Lewis-Turner gegen Frankreich] und Nr. 47930/21 [Jarvis gegen Frankreich]; vgl. zur ähnlichen Problematik der Verwertbarkeit von Daten des durch das FBI entwickelten Krypto-Anbieters „Anon“ OLG Frankfurt, NJW 2022, 710). 25

Verfassungsgemäße Rechtsgrundlage für die Verwertung in der Hauptverhandlung erhobener Beweise ist § 261 StPO, unabhängig davon, ob diese zuvor im Inland oder auf sonstige Weise - etwa im Wege der Rechtshilfe - erlangt worden sind (vgl. BVerfG, Beschluss vom 7. Dezember 2011 - 2 BvR 2500/09 und 857/10, BVerfGE 130, 1 ff. Rn. 120, 137 ff. mwN). Ausdrückliche Verwendungsbeschränkungen für im Wege der Rechtshilfe aus dem Ausland erlangte Daten sieht das deutsche Recht nicht vor, insbesondere ist § 100e Abs. 6 StPO hierauf nicht unmittelbar anwendbar; lediglich die dort verkörperte Wertung ist aus von Verfassungs wegen gebotenen Verhältnismäßigkeitsgründen entsprechend heranzuziehen (unten 2. d cc). Das von der Revision im Einklang mit großen Teilen des Schrifttums und vereinzelter Rechtsprechung (vgl. Derin/Singelstein, NStZ 2021, 449; dies., StV 2022, 130; Erhard/Lödden, StraFo 2021, 366; Gebhard/Michalke, NJW 2022, 655; Nadeborn/Albrecht, NZWiSt 2021, 420; Sommer, StV Spezial 2021, 67; Stehr/Rakow, StRR 2021, Heft 4, 6; Strate, HRRS 2022, 15; Theune, NJ 2021, 444; Wahl, ZIS 2021, 452; LG Berlin, Beschluss vom 1. Juli 2021 - [525 KLs] 254 Js 592/20 [10/21], NStZ 2021, 696 m. abl. Anm. Labusga und zust. Anm. Burhoff, StRR 2021, Heft 8, 31; kritisch auch Albrecht, jurisPRStrafR 20/2021 Anm. 3; Deusch/Eggendorfer, K & R 2021, 689, 695 m. Fn. 50; Dießner, FDStrafR 2021, 442178; Grözinger in Müller/Schlothauer/Knauer, Anwaltshandbuch 26

Strafverteidigung, 3. Aufl., § 50 Rn. 336 ff.; Knierim, FDStrafR 2022, 445089; Nadeborn/Kemppgens, jurisPRStrafR 12/2021 25 Anm. 4; Vizcaino Diaz, jurisPRStrafR 10/2021 Anm. 1; Zimmermann, ZfStW 2022, 173) geltend gemachte Beweisverwertungsverbot besteht unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt. Das Vorliegen eines Beweisverwertungsverbot ist nach nationalem Recht zu bestimmen (unten 1.). Ein solches ergibt sich weder aus rechtshilfespezifischen Gründen (unten 2. a bis c) noch aus nationalem Verfassungs- oder Prozessrecht (unten 2. d und e). Auch die Vorgaben der EMRK stehen einer Beweisverwertung nicht entgegen (unten 3.).

1. Die Frage, ob im Wege der Rechtshilfe erlangte Beweise verwertbar sind, richtet sich ausschließlich nach dem nationalen Recht des um Rechtshilfe ersuchenden Staates, soweit - wie hier - der um Rechtshilfe ersuchte Staat die unbeschränkte Verwendung der von ihm erhobenen und übermittelten Beweisergebnisse gestattet hat (BGH, Beschlüsse vom 21. November 2012 - 1 StR 310/12, BGHSt 58, 32 Rn. 21 mwN; vom 9. April 2014 - 1 StR 39/14, NStZ 2014, 608). Demgegenüber ist die Rechtmäßigkeit von Ermittlungshandlungen - jenseits etwaiger Vorgaben des ersuchenden Staates (vgl. im Kontext der RL EEA dazu näher Art. 9 Abs. 2 RL EEA und Wortmann, Die Europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen, 2020, S. 125 ff.) - nach dem Recht des ersuchten Staates zu bewerten (locus regit actum, vgl. Schuster, ZIS 2016, 564, 565; ders., Verwertbarkeit im Ausland gewonnener Beweise im deutschen Strafprozess, 2006, S. 29; Pauli, NStZ 2021, 146, 148; Zimmermann, ZfStW 2022, 173, 176 jeweils mwN). Eine Überprüfung hoheitlicher Entscheidungen des ersuchten Staates am Maßstab von dessen Rechtsordnung durch die Gerichte des ersuchenden Staates findet dabei grundsätzlich nicht statt (vgl. BGH, Beschlüsse vom 21. November 2012 - 1 StR 310/12, BGHSt 58, 32 Rn. 34 mwN; vom 9. April 2014 - 1 StR 39/14, NStZ 2014, 608). Im Rechtshilfeverkehr ist es vielmehr geboten, Strukturen und Inhalte fremder Rechtsordnungen und -anschauungen grundsätzlich zu achten, auch wenn sie im Einzelnen nicht mit den innerstaatlichen - hier deutschen - Auffassungen übereinstimmen (BVerfG, Beschluss vom 4. Dezember 2019 - 2 BvR 1258/19 und 1497/19 Rn. 55; HansOLG Hamburg, Beschluss vom 29. Januar 2021 - 1 Ws 2/21 Rn. 79 jeweils mwN).

a) Dies entspricht der Systematik der für die vorliegende Fallkonstellation einschlägigen RL EEA. Sie erfasst neben der Durchführung von Ermittlungsmaßnahmen im Ausland auf Antrag des ersuchenden Mitgliedstaates (nach der Terminologie der RL EEA: Anordnungsstaat, vgl. Art. 2 Buchst. a RL EEA) auch die Erlangung von Beweismitteln, die sich bereits aufgrund eigener Beweiserhebung in Anwendung nationalen Rechts im Besitz des ersuchten Mitgliedstaates (nach der Terminologie der RL EEA: Vollstreckungsstaat, vgl. Art. 2 Buchst. b RL EEA) befinden (vgl. Erwägungsgrund Nr. 7 Satz 3 sowie Art. 1 Abs. 1 Satz 2, Art. 10 Abs. 2 Buchst. a, Art. 13 Abs. 1 RL EEA).

Der Rechtshilfeverkehr im Rahmen der EU ist vom Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung gerichtlicher Entscheidungen geprägt (vgl. Erwägungsgründe Nr. 2 und 6, Art. 1 Abs. 2 RL EEA, Art. 82 Abs. 1 AEUV; hierzu ausführlich Mavany, Die Europäische Beweisordnung und das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung, 2012, S. 3 ff.; Wortmann, Die Europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen, 2020, S. 66 f.; Ronsfeld, Rechtshilfe, Anerkennung, Vertrauen - Die Europäische Ermittlungsanordnung, 2015, S. 70 ff., 194 ff.; BT-Drucks. 18/9757, S. 17; BT-Drucks. 18/4894, S. 12 f. jeweils mwN). Die Schaffung eines Raums der Freiheit, Sicherheit und des Rechts innerhalb der Union beruht auf dem gegenseitigen Vertrauen sowie der Vermutung, dass andere Mitgliedstaaten das Unionsrecht und insbesondere die Grundrechte einhalten (Erwägungsgrund Nr. 19 Satz 1 der RL EEA). Diese Vermutung ist widerlegbar, weshalb der Vollstreckungsstaat die Vollstreckung einer Europäischen Ermittlungsanordnung verweigern kann, wenn berechtigte Gründe für die Annahme eines nicht kompensierten Grundrechtsverstoßes sprechen (Erwägungsgrund Nr. 19 Sätze 2 und 3, Art. 11 RL EEA).

Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers wird die von der RL EEA vorausgesetzte (widerlegbare) Vermutung rechtmäßigen Handelns nicht dadurch in Frage gestellt, dass die von den französischen Behörden eingesetzten Mittel teilweise der Geheimhaltung unterliegen. Die genaue Funktionsweise dieser technischen Maßnahmen ist - worauf der Generalbundesanwalt zutreffend hingewiesen hat - für die rechtliche Bewertung unerheblich, da ihre detailliert beschriebenen Auswirkungen Umfang und Ausmaß des Eingriffs hinreichend kennzeichnen (vgl. auch Schleswig-Holsteinisches OLG, Beschluss vom 29. April 2021 - 2 Ws 47/21).

b) Die in Umsetzung der RL EEA ergangenen Vorschriften des IRG (§§ 91a ff. IRG) oder sonstige allgemeine Rechtshilfeschutzvorschriften (vgl. zu deren ergänzender Anwendbarkeit im Bereich der EEA §§ 91, 91a Abs. 4 IRG) bestätigen diese Wertung. Auch danach ist keine Prüfung durch den ersuchenden Staat vorgesehen, ob der ersuchte Staat bereits vorhandene Beweismittel nach dem Maßstab seiner eigenen nationalen Verfahrensregeln rechtmäßig erlangt hat. Eine ausdrückliche Regelung zur Frage der Beweisverwertung in solchen Fällen fehlt (vgl. KG, Beschluss vom 30. August 2021 - 2 Ws 79/21 und 93/21). Hierdurch bedingten etwaigen Rechtsschutzdefiziten kann auf der Ebene der Beweisverwertung Rechnung getragen werden (vgl. Schuster, ZIS 2016, 564, 572).

c) Besondere Bestimmungen für den Rechtshilfeverkehr zwischen Deutschland und Frankreich, die (wie jedenfalls früher im Verhältnis zur Tschechischen Republik, vgl. BGH, Beschluss vom 21. November 2012 - 1 StR 310/12, BGHSt 58, 32) eine Überlassung von Beweismitteln ausdrücklich an die Vereinbarkeit der im ersuchten Staat durchgeführten Beweiserhebung mit dessen inländischem Recht knüpfen, bestehen nicht (vgl. im Übrigen zur Vereinbarkeit der vorgenommenen Maßnahmen mit französischem Recht, Wahl, ZIS 2021, 452, 455).

2. Ausgehend hiervon liegt kein Beweisverwertungsverbot vor. Dieses kann sich bezüglich durch Rechtshilfe erlangter

Beweismittel entweder aus rechtshilfespezifischen Gründen wie der Verletzung völkerrechtlicher Grundsätze (dazu unter a), des *ordre public* (dazu unter b) oder rechtshilferechtlicher Bestimmungen (dazu unter c) ergeben (vgl. BGH, Beschlüsse vom 21. November 2012 - 1 StR 310/12, BGHSt 58, 32 Rn. 22; vom 9. April 2014 - 1 StR 39/14, NSTZ 2014, 608 jeweils mwN) oder - wie bei im Inland erlangten Beweismitteln auch - unmittelbar aus der Verfassung (dazu unter d) oder sonstigem Prozessrecht (dazu unter e) folgen.

a) Eine Unverwertbarkeit aufgrund Verletzung völkerrechtlicher Grundsätze (hierzu näher Radtke, NSTZ 2017, 109; Schuster, Verwertbarkeit im Ausland gewonnener Beweise im deutschen Strafprozess, 2006, S. 135 ff. jeweils mwN), etwa ein unzulässiger Eingriff in das Souveränitätsrecht eines anderen Staates (vgl. dazu BGH, Urteil vom 8. April 1987 - 3 StR 11/87, BGHSt 34, 334, 343 f.; Beschluss vom 21. November 2012 - 1 StR 310/12, BGHSt 58, 32 Rn. 22; Radtke, NSTZ 2017, 109 mwN), liegt nicht vor. Frankreich hat die Verwendung der übermittelten Informationen in deutschen Strafverfahren umfassend und vorbehaltlos genehmigt. Verstöße gegen zwingendes individualschützendes Völkerrecht sind nicht ersichtlich (vgl. Zimmermann, ZfStW 2022, 173, 188). 34

b) Die durch französische Behörden durchgeführte Beweismittelgewinnung verstieß auch nicht gegen wesentliche rechtsstaatliche Grundsätze im Sinne des nationalen oder europäischen *ordre public* (vgl. Art. 1 Abs. 4 RL EEA, § 91b IRG und § 73 IRG; zu den Kriterien umfassend Gleiß/Wahl/Zimmermann in Schomburg/Lagodny, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 6. Aufl., § 73 IRG Rn. 1 ff.; Ambos/Gronke in Ambos/König/Rackow, Rechtshilferecht in Strafsachen, 2. Aufl., § 73 Rn. 1 ff.; Ronsfeld, Rechtshilfe, Anerkennung, Vertrauen - Die Europäische Ermittlungsanordnung, 2015, S. 169 ff. jeweils mwN; im Ergebnis einen Verstoß gegen den *ordre public* wie hier ablehnend HansOLG Hamburg, Beschluss vom 29. Januar 2021 - 1 Ws 2/21; Brandenburgisches OLG, Beschluss vom 16. Dezember 2021 - 2 Ws 197/21; OLG Köln, Beschluss vom 31. März 2021 - 2 Ws 118/21; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 10. November 2021 - 2 Ws 261/21; einen Verstoß annehmend Wahl, ZIS 2021, 452, 457; LG Berlin, Beschluss vom 1. Juli 2021 - [525 KLs] 254 Js 592/20 [10/21], NSTZ 2021, 696). 35

Vor dem Hintergrund des Grundsatzes gegenseitigen Vertrauens sowie der (widerlegbaren) Vermutung, dass andere Mitgliedstaaten das Unionsrecht und insbesondere die Grundrechte einhalten (Erwägungsgrund Nr. 19 Satz 1 der RL EEA), sind hierbei insbesondere folgende Gesichtspunkte relevant: Ausgangspunkt der Ermittlungsmaßnahmen, die der Erlangung der von der Europäischen Ermittlungsanordnung betroffenen Daten zugrunde lagen, waren Erkenntnisse darüber, dass im Bereich des Drogenhandels auf Ebene von Groß- und Zwischenhändlern in mehreren Fällen mit EncroChat verschlüsselte Kryptohandys eine Rolle spielten, die nach Angaben von Beschuldigten ausdrücklich für den Drogenhandel bestimmt waren und von den Ermittlungsbehörden nicht dechiffriert werden konnten (vgl. auch BGH, Beschluss vom 14. Oktober 2020 - 5 StR 165/20, NSTZ 2021, 286, zur regelmäßigen Verwendung von „Kryptohandys“ im Drogenhandel [Tatzeit Ende 2018]). Diese Geräte waren offiziell im Handel nicht erhältlich und sehr teuer in Anschaffung und Betrieb. Verantwortliche der Firma EncroChat waren nicht zu ermitteln, ein offizieller Firmensitz nicht vorhanden. Die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens - zunächst offensichtlich gegen unbekannte Verantwortliche der Firma EncroChat (vgl. HansOLG Hamburg, Beschluss vom 29. Januar 2021 - 1 Ws 2/21 Rn. 92) - wegen des Verdachts der Bildung einer kriminellen Vereinigung zur Begehung von Straftaten (insbesondere Verbrechen des Betäubungsmittel-/Drogenhandels) sowie wegen unzulässiger Lieferung, Transfers und Imports eines Verschlüsselungsmittels erscheint vor diesem Hintergrund unbedenklich. 36

Nach dem ersten Ermittlungszugriff auf EncroChat-Daten im Jahr 2019 stellte sich aus Sicht der französischen Behörden heraus, dass die entsprechenden Telefone in offensiver Weise damit beworben wurden, dass man damit dem Zugriff der Polizeibehörden entgehen kann, und dass die dechiffrierten Notizen durchweg mit kriminellen Aktivitäten wie insbesondere erheblichem Drogenhandel in Verbindung standen. Damit ging es von vornherein aus Sicht der französischen Ermittlungsbehörden um eine Art kriminelles Netzwerk eines verdeckt operierenden Kryptohandy-Anbieters, der Kriminellen bewusst für ihre Aktivitäten wie insbesondere den Drogenhandel ein unüberwachbares Kommunikationsmittel an die Hand gibt, diese kriminellen Aktivitäten damit aktiv unterstützt und davon in erheblichem Umfang finanziell profitiert (vgl. HansOLG Hamburg, Beschluss vom 29. Januar 2021 - 1 Ws 2/21 Rn. 91). Entgegen der Auffassung der Revision und einiger Stimmen in der Literatur und der Rechtsprechung (vgl. insbesondere Sommer, StV Spezial 2021, 67; Theune, NJ 2021, 444; LG Berlin, Beschluss vom 1. Juli 2021 - [525 KLs] 254 Js 592/20 [10/21], NSTZ 2021, 696) war Gegenstand der Ermittlungen aus Sicht der französischen Ermittlungsbehörden nicht ein ganz normales Geschäftsmodell (Angebot verschlüsselter Handys für jedermann), das sich lediglich einige Kriminelle zunutze gemacht haben, sondern ein von vornherein auf die Unterstützung krimineller Aktivitäten ausgerichtetes und im Verborgenen agierendes Netzwerk. Die Annahme einer ausschließlichen oder nahezu ausschließlichen Nutzung von EncroChat-Handys für kriminelle Aktivitäten hat sich aus Sicht der französischen Behörden im weiteren Verlauf der Ermittlungen bereits nach dem ersten Datenzugriff, aber auch nach der Analyse weiterer Nutzerdaten ab dem 1. April 2020 schließlich bestätigt. Dass bei einer solchen Verdachts- und Beweislage aus repressiven und damit eng verbundenen präventiven Gründen die zeitlich befristete Erhebung aller Nutzerdaten des EncroChat-Dienstes richterlich angeordnet und überprüft wird (vgl. dazu auch Schleswig-Holsteinisches OLG, Beschluss vom 29. April 2021 - 2 Ws 47/21), lässt angesichts der Schwere der in Rede stehenden Straftaten vor dem Hintergrund des staatlichen Auftrags zum Schutz seiner Bürger insbesondere vor den von Drogenhandel und organisierter Kriminalität ausgehenden Gefahren und des verfassungsrechtlichen Gebots einer funktionsfähigen Strafrechtspflege (hierzu näher BVerfG, Urteil vom 19. März 2013 - 2 BvR 2628/10 u.a., BVerfGE 133, 168 Rn. 57; Landau, NSTZ 2007, 121) grundlegende Rechtsstaatsdefizite oder einen Verstoß gegen menschen- oder europarechtliche Grundwerte nicht erkennen. 37

Aufgrund der vorliegenden Informationen handelte es sich nicht um eine „anlasslose Massenüberwachung und Massendatenauswertung und damit eine im Kern geheimdienstliche Maßnahme“ (so aber Derin/Singelstein, StV 2022, 37 130, 134). Vielmehr gingen die französischen Behörden ersichtlich davon aus, dass ein Nutzer schon allein aufgrund des mit erheblichen Kosten einhergehenden Erwerbs und der Nutzung eines auf normalem Vertriebsweg nicht erhältlichen EncroChat-Handys krimineller Aktivitäten aus dem Bereich der organisierten Kriminalität wie Drogen- und Waffenhandel oder Geldwäsche verdächtig ist (vgl. OLG Celle, Beschluss vom 12. August 2021 - 2 Ws 250/21, StraFo 2021, 466; abweichend Derin/Singelstein, NStZ 2021, 449, 452: die Maßnahme sei konzeptionell auf die Erfassung einer großen Anzahl Nichtverdächtiger ausgelegt gewesen; ähnlich Erhard/Lödden, StraFo 2021, 366, 369). Die anfänglichen Ermittlungen gegen die unbekannt Verantwortlichen von EncroChat wegen des Verdachts einer kriminellen Vereinigung mit Tatort in Frankreich (Ort des Servers) führten schließlich dazu - wie der Generalbundesanwalt näher dargelegt hat -, dass die französischen Behörden ihre Ermittlungen auf die Nutzer von EncroChat-Handys in einer Vielzahl ausländischer Staaten ausweiteten. Denn nur dadurch konnten sie Ausmaß und Struktur der kriminellen Nutzung des EncroChat-Dienstes ermitteln. Eine „verdachtslose“ Überwachung von Kommunikation (vgl. zu deren Unzulässigkeit BVerfG, Urteil vom 27. Februar 2008 - 1 BvR 370/07 und 595/07, BVerfGE 120, 274) fand aufgrund der erheblichen, letztlich jeden Nutzer betreffenden konkreten Verdachtsmomente damit nicht statt (Schleswig-Holsteinisches OLG, Beschluss vom 29. April 2021 - 2 Ws 47/21; OLG Rostock, Beschluss vom 11. Mai 2021 - 20 Ws 121/21, NJ 2021, 372; KG, Beschluss vom 30. August 2021 - 2 Ws 79/21 und 93/21, NStZRR 2021, 353; vgl. zur Verhältnismäßigkeit des Umfangs der Maßnahme näher auch OLG Celle, Beschluss vom 12. August 2021 - 2 Ws 250/21, StraFo 2021, 466; aA LG Berlin, Beschluss vom 1. Juli 2021 - [525 KLs] 254 Js 592/20 [10/21], NStZ 2021, 696; Theune, NJ 2021, 444).

c) Zu einem Beweisverwertungsverbot führende Verstöße gegen rechtshilferechtliche Bestimmungen liegen nicht vor. Der Senat teilt dabei die Auffassung des 1. Strafsenats des Bundesgerichtshofs, wonach ein aus der Nichteinhaltung rechtshilfespezifischer Bestimmungen abgeleitetes Verwertungsverbot lediglich dann in Betracht zu ziehen ist, wenn den entsprechenden Regeln auch ein individualschützender Charakter zukommt, wenigstens im Sinne eines Schutzreflexes (BGH, Beschluss vom 21. November 2012 - 1 StR 310/12, BGHSt 58, 32 Rn. 25; Radtke, NStZ 2017, 109; vgl. zur Relevanz des Rechtskreisgedankens für die Annahme eines Beweisverwertungsverbots auch BVerfG, Beschlüsse vom 1. Juli 2014 - 2 BvR 989/14, NStZ 2014, 528, 529; vom 8. Juli 2010 - 2 BvR 2485/07, NJW 2011, 207; BGH, Beschlüsse vom 9. August 2016 - 4 StR 195/16, NStZ-RR 2016, 377; vom 24. September 2020 - 4 StR 144/20, NStZ 2021, 59 jeweils mwN).

aa) Ein etwaiger Verstoß französischer Behörden gegen die Pflicht zur Benachrichtigung des von einer grenzüberschreitenden Telekommunikationsüberwachung betroffenen Zielstaates Deutschland aus Art. 31 RL EEA (vgl. zur Frage deren ergänzender unmittelbarer Anwendbarkeit Zimmermann, ZfStW 2022, 173, 179 mwN) bzw. gegen die diese Vorgaben umsetzenden französischen Vorschriften (wonach die RL EEA unmittelbar in die französische Rechtsordnung integriert wurde, vgl. hierzu näher Knytel, Die Europäische Ermittlungsanordnung und ihre Umsetzung in die deutsche und französische Rechtsordnung, 2020, S. 66 mwN) würde nicht zu einem Beweisverwertungsverbot führen (vgl. hierzu allgemein auch Sieber/von zur Mühlen/Wahl, Rechtshilfe zur Telekommunikationsüberwachung, 2021, S. 1 ff. mwN).

(1) Es ist bereits zweifelhaft, ob dieser Vorschrift insoweit individualschützender Charakter zukommt. Nach Art. 31 Abs. 1 RL EEA unterrichtet bei grenzüberschreitender Telekommunikationsüberwachung der überwachende Mitgliedstaat den Mitgliedstaat, in dem sich die Zielperson der Überwachung befindet und dessen technischer Hilfe es nicht bedarf, von der Überwachung, entweder vorab, wenn dieser Umstand schon im Zeitpunkt der Anordnung bekannt ist, sonst während oder nach der Überwachung unmittelbar nach Kenntnis. Die zuständige Behörde des unterrichteten Staates (hier nach § 92d Abs. 1 Nr. 1 IRG das Amtsgericht Stuttgart) kann in dem Fall, dass die Überwachung in einem vergleichbaren innerstaatlichen Fall nicht genehmigt würde, der zuständigen Behörde des überwachenden Mitgliedstaates mitteilen, dass die Überwachung nicht durchgeführt werden soll oder zu beenden ist (Art. 31 Abs. 3 RL EEA). In Umsetzung dieser Vorgabe sieht § 91g Abs. 6 Satz 1 IRG in derartigen Fällen eine Pflicht deutscher Behörden vor, der zuständigen Stelle des überwachenden Mitgliedstaates unverzüglich, spätestens aber innerhalb von 96 Stunden mitzuteilen, dass die Überwachung nicht durchgeführt werden kann oder zu beenden ist und dass Erkenntnisse, die bereits gesammelt wurden, während sich die überwachte Person im Hoheitsbereich der Bundesrepublik Deutschland befand, nicht oder nur unter Bedingungen verwendet werden dürfen (vgl. hierzu auch Gebhard/Michalke, NJW 2022, 655, 658). Der Gesetzgeber hat diese im Vergleich zu den Vorgaben von Art. 31 Abs. 3 RL EEA weitergehende Verpflichtung damit begründet, dass ein Schweigen des unterrichteten Mitgliedstaates nach der Systematik der RL EEA als Bewilligung der Überwachungsmaßnahme gelte. Damit bestehe das Risiko, dass aus Telekommunikationsüberwachung auf deutschem Hoheitsgebiet gewonnene sensible Daten im europäischen Ausland auch dann verwendet würden, wenn die Überwachung nach deutschem Recht nicht zulässig wäre. Zum Schutz der Grundrechte von betroffenen Personen und zum Schutz der deutschen Staatssouveränität sei § 91g Abs. 6 IRG deshalb als verbindliche Regelung ausgestaltet (BT-Drucks. 18/9757, S. 75).

Losgelöst von der Frage, ob es bei der in Rede stehenden Beweisgewinnung überhaupt um die Überwachung des Telekommunikationsverkehrs im Sinne von Art. 31 Abs. 1 RL EEA und § 91g Abs. 6 IRG geht (vgl. United Kingdom, Court of Appeal [Criminal Division] vom 5. Februar 2021 - [2021] EWCA Crim 128, CRi 2021, 62; vgl. auch Erwägungsgrund Nr. 30 der RL EEA), sollen diese Vorschriften den Betroffenen aber nicht vor einer Beweisverwendung im unterrichteten Staat (hier Deutschland), sondern allein vor einer Beweisverwendung im unterrichtenden Staat (hier Frankreich) bzw. im sonstigen europäischen Ausland schützen (vgl. Wahl, ZIS 2021, 452, 457; Zimmermann, ZfStW 2022, 173, 178). Nur

auf diesen Individualschutz stellt die Gesetzesbegründung ab (vgl. BT-Drucks. 18/9757, S. 75). Dies entspricht auch der Systematik des Rechtshilferechts. Die Unterrichtungspflicht dient zum einen vorrangig dem Schutz der deutschen Staatssouveränität, indem hiesige Stellen entscheiden sollen, welche strafprozessualen Ermittlungsmaßnahmen mit direkten Auswirkungen auf deutsches Hoheitsgebiet durchgeführt werden dürfen. Zum zweiten dient die Unterrichtungspflicht dem Grundrechtsschutz der betroffenen Person, allerdings nur insoweit, als es um die Beweisverwendung im Ausland geht. Den Schutz von Betroffenen vor einer Verwendung von Beweismitteln in einem deutschen Strafverfahren können das deutsche Verfassungs- und Prozessrecht ausreichend durch die Annahme eines Beweisverwendungs- oder -verwertungsverbots oder durch bestimmte Verwendungsvorbehalte leisten; hierfür bedarf es keiner Rechtshilfervorschriften, die lediglich den zwischenstaatlichen Rechtsverkehr regeln. Der individuelle Schutzzweck von Art. 31 Abs. 1 RL EEA und § 91g Abs. 6 IRG ist damit auf die Beweisverwendung im Ausland beschränkt und betrifft die Beweisverwendung im Inland nicht.

(2) Unabhängig davon würde ein Beweisverwertungsverbot sogar bei Annahme eines insoweit auch 43  
individualschützenden Charakters der Benachrichtigungspflicht nach der gebotenen Abwägung ausscheiden (vgl. Antragsschrift des Generalbundesanwalts; HansOLG Bremen, Beschluss vom 18. Dezember 2020 - 1 Ws 166/20, NStZ-RR 2021, 158; HansOLG Hamburg, Beschluss vom 29. Januar 2021 - 1 Ws 2/21 Rn. 103 ff.; Schleswig-Holsteinisches OLG, Beschluss vom 29. April 2021 - 2 Ws 47/21; OLG Celle, Beschluss vom 12. August 2021 - 2 Ws 250/21, StraFo 2021, 466; KG, Beschluss vom 30. August 2021 - 2 Ws 79/21 und 93/21, NStZ-RR 2021, 353; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 10. November 2021 - 2 Ws 261/21; aA Erhard/Lödden, StraFo 2021, 366, 368; LG Berlin, Beschluss vom 1. Juli 2021 - [525 KLs] 254 Js 592/20 [10/21], NStZ 2021, 696).

Insoweit gilt (vgl. nur BVerfG, Beschluss vom 7. Dezember 2011 - 2 BvR 2500/09 und 857/10, BVerfGE 130, 1 Rn. 117; 44  
BGH, Urteile vom 3. Mai 2018 - 3 StR 390/17, NStZ 2019, 227; vom 20. Oktober 2021 - 6 StR 319/21, NStZ 2022, 125 jeweils mwN): Das Strafverfahrensrecht kennt keinen allgemein geltenden Grundsatz, wonach jeder Verstoß gegen Beweiserhebungsvorschriften ein strafprozessuales Verwertungsverbot nach sich zieht. Ob ein solches eingreift, ist vielmehr jeweils nach den Umständen des Einzelfalls, insbesondere nach der Art des Verbots und dem Gewicht des Verstoßes unter Abwägung der widerstreitenden Interessen zu entscheiden. Dabei ist zu beachten, dass die Annahme eines Verwertungsverbots eines der wesentlichen Prinzipien des Strafverfahrensrechts einschränkt, nämlich den Grundsatz, dass das Gericht die Wahrheit zu erforschen und dazu die Beweisaufnahme von Amts wegen auf alle Tatsachen und Beweismittel zu erstrecken hat, die von Bedeutung sind. Deshalb handelt es sich bei einem Beweisverwertungsverbot um eine Ausnahme, die nur nach ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift oder aus übergeordneten wichtigen Gründen im Einzelfall anzuerkennen ist. Maßgeblich beeinflusst wird das Ergebnis der danach vorzunehmenden Abwägung einerseits durch das Ausmaß des staatlichen Aufklärungsinteresses, dessen Gewicht im konkreten Fall vor allem unter Berücksichtigung der Verfügbarkeit weiterer Beweismittel, der Intensität des Tatverdachts und der Schwere der Straftat bestimmt wird. Andererseits ist das Gewicht des in Rede stehenden Verfahrensverstößes von Belang, das sich vor allem danach bemisst, ob der Rechtsverstoß gutgläubig, fahrlässig oder vorsätzlich begangen wurde. Aus verfassungsrechtlicher Sicht ist ein Beweisverwertungsverbot geboten, wenn die Auswirkungen des Rechtsverstoßes dazu führen, dass dem Angeklagten keine hinreichenden Möglichkeiten zur Einflussnahme auf Gang und Ergebnis des Verfahrens verbleiben, die Mindestanforderungen an eine zuverlässige Wahrheitserforschung nicht mehr gewahrt sind oder die Informationsverwertung zu einem unverhältnismäßigen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht führen würde. Zudem darf eine Verwertbarkeit von Informationen, die unter Verstoß gegen Rechtsvorschriften gewonnen wurden, nicht bejaht werden, wenn dies zu einer Begünstigung rechtswidriger Beweiserhebungen führen würde. Ein Beweisverwertungsverbot kann daher insbesondere nach schwerwiegenden, bewussten oder objektiv willkürlichen Rechtsverstößen, bei denen grundrechtliche Sicherungen planmäßig oder systematisch außer Acht gelassen worden sind, geboten sein.

Nach diesen Maßstäben würde bei Abwägung der widerstreitenden Interessen aus einem etwaigen Verstoß gegen die 45  
Benachrichtigungspflicht des Art. 31 Abs. 1 RL EEA kein Beweisverwertungsverbot folgen: Es geht um die Aufklärung besonders schwerwiegender Straftaten, nämlich Verbrechen nach § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG, die im Höchstmaß mit Freiheitsstrafe von 15 Jahren bedroht sind (vgl. zur Notwendigkeit der effektiven Bekämpfung solcher Straftaten auch den Rahmenbeschluss 2004/757/JI des Rates vom 25. Oktober 2004 zur Festlegung von Mindestvorschriften über die Tatbestandsmerkmale strafbarer Handlungen und die Strafen im Bereich des illegalen Drogenhandels, ABI. L 335, S. 8). Andere Beweismittel stehen hier für die Überführung des Angeklagten in den von seinem Geständnis nicht erfassten Fällen nicht zur Verfügung, so dass ohne die Verwertung dieser Beweismittel eine Überführung des Angeklagten in den relevanten Fällen nicht möglich wäre. Die EncroChat-Protokolle sind als Beweismittel besonders ergiebig, da darin offen über Drogengeschäfte in erheblichem Umfang kommuniziert wird.

Demgegenüber fiele ein etwaiger individualschutzbezogener Rechtsverstoß - ungeachtet dessen, dass den 46  
französischen Behörden schon früh klar war, dass die Ermittlungsmaßnahme eine Vielzahl von Personen in anderen Ländern betrifft - nicht entscheidend ins Gewicht. Sowohl die französischen Behörden als auch alle beteiligten deutschen Stellen haben zudem im Rechtshilfeverkehr ausdrücklich die Übermittlung und Verwendung der gewonnenen Informationen für Zwecke der Strafverfolgung befürwortet, so dass der von Art. 31 RL EEA in erster Linie bezweckte Souveränitätsschutz ohnehin im Ergebnis nicht verletzt wäre.

bb) Der von der Revision behauptete Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 RL EEA liegt nicht vor.

47

(1) Die Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt am Main als insoweit legitimierte Justizbehörde (vgl. EuGH, Urteil vom 8. Dezember 2020 - C 584/19, NJW 2021, 1373) war entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers vor Erlass der Europäischen Ermittlungsanordnung nicht zur Prüfung verpflichtet, ob die durch die französische Justiz bereits vorgenommenen bzw. richterlich genehmigten Maßnahmen, die zur Erlangung der begehrten Daten geführt haben, nach deutschem Prozessrecht hypothetisch rechtmäßig hätten angeordnet werden können. 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. 48

(a) Nach der Systematik der RL EEA findet eine solche Prüfung deswegen nur statt, wenn es - anders als hier - um die Anordnung einer Vollstreckungsmaßnahme und die Umsetzung dieser Anordnung im ausländischen Vollstreckungsstaat geht (vgl. Art. 1 Abs. 1 Satz 1 RL EEA). Der Anordnungsstaat prüft in diesem Fall zunächst (wie bei einer Ermittlung im Inland), ob die Ermittlungsmaßnahme seinen eigenen inländischen strafprozessualen Vorschriften entspricht, also auch in einem vergleichbaren innerstaatlichen Fall unter denselben Bedingungen hätte angeordnet werden können (näher Wortmann, Die Europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen, 2020, S. 113 ff.), und in einem zweiten Schritt, ob der Erlass der Europäischen Ermittlungsanordnung für die Zwecke des Verfahrens unter Berücksichtigung der Rechte der verdächtigen oder beschuldigten Person notwendig und verhältnismäßig ist (Art. 6 Abs. 1 RL EEA, vgl. auch - allerdings lediglich die Bestätigung von Ersuchen von Verwaltungsbehörden betreffend - § 91j Abs. 3 IRG). Der Anordnungsstaat kann nach Art. 9 Abs. 2 RL EEA auf der Einhaltung bestimmter Vorgaben aus seinem nationalen Recht bestehen. Einen abschließenden Kanon von Ermittlungsmaßnahmen, deren Ergebnisse im Rahmen einer Europäischen Ermittlungsanordnung übermittelt werden könnten, enthält die RL EEA nicht (vgl. Erwägungsgrund Nr. 8, Art. 3 RL EEA; näher Ronsfeld, Rechtshilfe, Anerkennung, Vertrauen - Die Europäische Ermittlungsanordnung, 2015, S. 134; aA Strate, HRRS 2022, 15, 17); sie legt in Kapitel IV lediglich für bestimmte Ermittlungsmaßnahmen besondere Regeln fest (vgl. Art. 22 ff. RL EEA). 49

Der Vollstreckungsstaat prüft sodann, ob es aus seiner Sicht innerstaatliche Gründe für die Versagung der Anerkennung der Europäischen Ermittlungsanordnung, der Vollstreckung oder für einen Aufschub der Vollstreckung gibt (Art. 9 Abs. 1 iVm Art. 11 Abs. 1 RL EEA). Diese Prüfung ist eingeschränkt, wenn es in der Europäischen Ermittlungsanordnung um Informationen oder Beweismittel geht, die sich bereits im Besitz der Vollstreckungsbehörde befinden und die nach dem Recht des Vollstreckungsstaates im Rahmen eines Strafverfahrens oder für die Zwecke der Europäischen Ermittlungsanordnung hätten erlangt werden können (vgl. auch Art. 10 Abs. 2 Buchst. a RL EEA). Der Anordnungsstaat gewährleistet in einem dritten Prüfungsschritt sodann den erforderlichen Grundrechtsschutz in seinem nationalen Strafverfahren. Er stellt sicher, dass in diesem Verfahren bei der Bewertung der mittels einer Europäischen Ermittlungsanordnung erlangten Beweismittel die Verteidigungsrechte gewahrt und ein faires Verfahren gewährleistet werden (Art. 14 Abs. 7 Satz 2 RL EEA). 50

(b) Geht es - wie hier (vgl. Art. 1 Abs. 1 Satz 2 RL EEA) - lediglich um die Übermittlung der durch einen anderen Mitgliedstaat aufgrund eigener Ermittlungstätigkeit nach dessen nationalem Recht bereits erlangten Beweise (vgl. dazu näher auch Wortmann, Die Europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen, 2020, S. 141 ff.), gerät der erste Prüfungsschritt teilweise in Wegfall (anders Roth, GSZ 2021, 238, 244 ff.). Der Anordnungsstaat prüft nach der Systematik der RL EEA dann nicht, ob die Ermittlungsmaßnahme nach seinem eigenen Recht hypothetisch hätte angeordnet werden dürfen, denn eine zu vollstreckende Ermittlungsmaßnahme enthält die lediglich auf einen Beweistransfer abzielende Europäische Ermittlungsanordnung in diesem Fall nicht. Zu prüfen ist dann lediglich nach Art. 6 Abs. 1 Buchst. a RL EEA, ob der Erlass der Europäischen Ermittlungsanordnung für die Zwecke des Verfahrens unter Berücksichtigung der Rechte der verdächtigen oder beschuldigten Person notwendig und verhältnismäßig ist. 51

Zwar gewährleistet die RL EEA beim Transfer bereits erhobener Daten unmittelbar den Schutz der Rechte des Vollstreckungsstaats (vgl. Wortmann, Die Europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen, 2020, S. 145, sowie Art. 10 Abs. 2 Buchst. a RL EEA). Auf der Ebene des Anordnungsstaates ist der Schutz der Rechte von der Maßnahme betroffener Personen in solchen Fällen hingegen vor Erlass der Europäischen Ermittlungsanordnung durch die Prüfung nach Art. 6 Abs. 1 Buchst. a RL EEA und nach Erhalt der Informationen durch die anschließende Prüfung der Beweismittel im nationalen Strafverfahren nach Art. 14 Abs. 7 Satz 2 RL EEA (einschließlich der Frage der Beweisverwertung) zu gewährleisten. 52

Der deutsche Gesetzgeber hat im Rahmen der Umsetzung der RL EEA dazu ausgeführt (BT-Drucks. 18/9757, S. 32): „Der Anordnungsstaat muss nach [Art. 14 Abs. 7] Satz 2 [RL EEA] außerdem sicherstellen, dass bei der Verwertung von Beweismitteln, die durch eine EEA erlangt wurden, im Strafverfahren die Verteidigerrechte gewahrt und ein faires Verfahren gewährleistet werden; das nationale Verfahrensrecht bleibt allerdings ausdrücklich unberührt. Die Regelung versteht sich vor dem Hintergrund, dass der Rechtsschutz im Vollstreckungsstaat zu spät kommen kann, dies insbesondere, wenn die Ermittlungsmaßnahme verdeckt geführt wurde und die betroffenen Personen davon erst im Nachhinein Kenntnis erlangen. In diesen Fällen scheidet auch eine Aussetzung der Übermittlung der Beweismittel nach Artikel 13 Absatz 2 Satz 1 der RL EEA in der Regel aus. Umsetzungsbedarf besteht nicht. Die Verwertbarkeit eines 53

Beweismittels, das im Wege der Rechtshilfe von einem ausländischen Staat gewonnen wurde, richtet sich nach der Rechtsordnung des ersuchenden Staates. Die Rechtsprechung hat, ausgehend von dem rechtsstaatlichen Gebot eines fairen Verfahrens (vgl. etwa BVerfGE 130, 1, 25 ff.), Fallgruppen dazu herausgearbeitet, welche Gründe zu einer Unverwertbarkeit führen können. Diese tragen den Vorgaben aus Absatz 7 Rechnung. Im Bereich der strafrechtlichen Rechtshilfe kommt es nach dem Maßstab der Verfahrensfairness für die grenzüberschreitend erhobenen Beweismittel darauf an, ob unter der Geltung der inländischen Rechtsordnung eine zuverlässige Beweisführung in einem fairen Verfahren möglich ist (BGHSt 58, 32, 41 m. w. N.). Sind danach Beweismittel verwertbar, tragen zusätzlich der Grundsatz der freien Beweiswürdigung aus § 261 StPO und der für das deutsche Strafverfahren geltende Grundsatz ‚Im Zweifel für den Angeklagten‘ den Vorgaben aus Absatz 7 Rechnung.“ Da es nicht um die Anordnung einer eigenen Ermittlungsmaßnahme geht, die erst noch von einem Mitgliedstaat im Ausland vollstreckt werden soll, sondern nur um den Transfer bereits vorliegender Beweismittel, hängt die Zulässigkeit einer Europäischen Ermittlungsanordnung deshalb in Fällen wie dem vorliegenden nicht davon ab, ob die zugrunde liegende Ermittlungsmaßnahme nach deutschem Recht (etwa §§ 100a, 100b StPO) rechtmäßig hätte ergehen können (vgl. auch BGH, Beschluss vom 21. November 2012 - 1 StR 310/12, BGHSt 58, 32 53Rn. 36; anders Roth, GSZ 2021, 238, 248, der allerdings die Voraussetzungen des § 100b StPO bejaht; die Rechtmäßigkeit der Maßnahme - wie der Generalbundesanwalt - entsprechend § 100b StPO [bzw. in Kombination mit § 100a StPO] annehmend: HansOLG Hamburg, Beschluss vom 29. Januar 2021 - 1 Ws 2/21 Rn. 93 ff.; Schleswig-Holsteinisches OLG, Beschluss vom 29. April 2021 - 2 Ws 47/21; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 10. November 2021 - 2 Ws 261/21; anders Sommer, StV Spezial 2021, 67, 69; Strate, HRRS 2022, 15, 16; Derin/Singelstein, NStZ 2021, 449, 451 f.; dies., StV 2022, 130, 131; LG Berlin, Beschluss vom 1. Juli 2021 - [525 KLS] 254 Js 592/20 [10/21], NStZ 2021, 696).

(2) Durchgreifende Rechtsfehler der Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt am Main bei der Prüfung nach Art. 6 Abs. 1 Buchst. a RL EEA oder dem Erlass der Europäischen Ermittlungsanordnung sind nicht ersichtlich. 54

Angesichts der unter 2. b) geschilderten Verdachtslage und der über Europol dem Bundeskriminalamt übermittelten Erkenntnisse war die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens gegen Unbekannt wegen des Verdachts schwerer Betäubungsmittelstraftaten im Sinne eines Anfangsverdachts plausibel. Auf dieser Grundlage durfte die Generalstaatsanwaltschaft gemäß § 161 Abs. 1 StPO eine Europäische Ermittlungsanordnung erlassen, die auf die umfassende Übermittlung sämtlicher Daten mit Bezug auf typischerweise im Rahmen organisierter Kriminalität begangene strafbare Handlungen im deutschen Staatsgebiet gerichtet war (aA Wahl, ZIS 2021, 452, 460; Sommer, StV Spezial 2021, 67, 69; Zimmermann, ZfISW 2022, 173, 180). 55

Art. 4 RL EEA enthält insoweit ebenso wenig eine Einschränkung auf ein näher konkretisiertes Ermittlungsverfahren gegen einen bestimmten (bekannten oder unbekannt) Beschuldigten wie die §§ 91a ff. IRG. Eine solche ergibt sich auch nicht aus Erwägungsgrund Nr. 10 der RL EEA, der nicht auf den Transfer bereits vorliegender oder durch eine schon laufende Maßnahme des Vollstreckungsstaates erlangter Beweismittel bezogen ist. Die Beschreibung der in Frage kommenden vielfältigen Straftaten von EncroChat-Nutzern im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Satz 2 Buchst. d RL EEA konnte angesichts der umfassenden, aber noch nicht spezifizierten Verdachtslage und der den französischen Behörden und Gerichten bereits vorliegenden Informationen - anders als bei der Bitte um Vornahme einer konkreten Vollstreckungshandlung im europäischen Ausland - wie geschehen eine Vielzahl möglicher Straftaten in pauschaler Aufzählung erfassen (Brandenburgisches OLG, Beschluss vom 9. August 2021 - 2 Ws 113/21 (S); abweichend Wahl, ZIS 2021, 452, 460; Zimmermann, ZfISW 2022, 173). Zusätzliche Angaben zwecks Prüfung der Voraussetzungen von Art. 11 Abs. 1 Buchst. a, b, d, e und f RL EEA benötigten die französischen Behörden aufgrund der ihnen bereits bekannten Informationen offensichtlich nicht, da sie nicht nach Art. 11 Abs. 4 RL EEA um die Übermittlung zusätzlicher Angaben ersucht haben. Der vorliegende Fall unterscheidet sich von dem in Art. 11 Abs. 1 RL EEA vorausgesetzten Regelfall des Ersuchens um die Vollstreckung einer bestimmten Ermittlungsmaßnahme auf der Grundlage eines im Anordnungsstaat durchgeführten Ermittlungsverfahrens grundlegend dadurch, dass die Behörden des Vollstreckungsstaates aufgrund der von ihnen durchgeführten Beweiserhebung bereits über sämtliche für die Frage der Anerkennung der Europäischen Ermittlungsanordnung relevanten Informationen verfügten (vgl. auch Antragschrift des Generalbundesanwalts). 56

Auf der Grundlage der unter 2. b) geschilderten Verdachtslage einer allein kriminellen Nutzung der EncroChat-Dienste und der über Europol übermittelten Erkenntnisse lässt die Annahme der Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt am Main, der Erlass einer Europäischen Ermittlungsanordnung hinsichtlich sämtlicher des Bundesgebiet betreffender EncroChat-Daten sei im Sinne von Art. 6 Abs. 1 Buchst. a RL EEA auch unter Berücksichtigung der Rechte der verdächtigen Personen notwendig und verhältnismäßig (vgl. zu dieser Prüfung näher Wortmann, Die Europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen, 2020, S. 82 ff.), Rechtsfehler nicht erkennen (aA Zimmermann, ZfISW 2022, 173, 181). Zu berücksichtigen ist dabei insbesondere, dass es angesichts der sehr hohen Kosten für Erwerb und Nutzung von EncroChat-Handys von vornherein nicht um mögliche Bagatelldelicten, sondern um schwerste Straftaten aus dem Bereich der organisierten Kriminalität ging, deren Aufklärung ohne Zugriff auf die in Frankreich erlangten Informationen ansonsten kaum möglich erschien. 57

cc) Dass sich die zuständige französische RichterIn bei ihrer Genehmigung des Beweismitteltransfers auf der Grundlage der Europäischen Ermittlungsanordnung statt auf die RL EEA auf das Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union (EURHÜbk) aus dem Jahr 2000 (ABl. C 197, S. 3) 58

und das zugehörige Protokoll berufen hat, ist unschädlich, denn daraus würde nichts Anderes folgen (kritisch Strate, HRRS 2022, 15, 17).

dd) Einen etwaigen Verstoß gegen rechtshilferechtliche Vorschriften beim Datenaustausch oder der sonstigen Zusammenarbeit zwischen französischen und deutschen Polizeibehörden vor Erlass der Europäischen Ermittlungsanordnung (vgl. zur Zulässigkeit des spontanen Austauschs von Informationen und Erkenntnissen ohne Ersuchen insbesondere Art. 7 EURhÜbk; 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, ABl. L 386, 58 59S. 89; ausführlich dazu auch Fahrner, Handbuch Internationale Ermittlungen, 2020, § 14 Rn. 1 ff., § 16 Rn. 1 ff., § 17 Rn. 1 ff. jeweils mwN) hat die Revision innerhalb der Revisionsbegründungsfrist nicht geltend gemacht. An die Verwertung der aus einem solchen Informationsaustausch stammenden Daten sind jedenfalls keine höheren Anforderungen als an die Verwertung von durch eine Europäische Ermittlungsanordnung erlangten Daten zu stellen. Es kommt nach alledem auch nicht mehr darauf an, dass aufgrund der nachträglichen Einholung der Zustimmung (vgl. § 92b Satz 2 IRG) ein durchgreifender Rechtsfehler ohnehin nicht auf der Hand liegt (vgl. auch Wahl, ZIS 2021, 452, 459; HansOLG Bremen, Beschluss vom 18. Dezember 2020 - 1 Ws 166/20, NStZ-RR 2021, 158; aA Zimmermann, ZfStW 2022, 173, 183).

Eine gezielte oder systematische Umgehung dem individuellen Rechtsschutz von Beschuldigten dienender Vorschriften durch französische oder deutsche Behörden ist im Übrigen auch nach dem nachgeschobenen Vorbringen weder nachvollziehbar dargelegt noch sonst konkret ersichtlich (vgl. auch HansOLG Hamburg, Beschluss vom 29. Januar 2021 - 1 Ws 2/21 Rn. 106 ff.; Schleswig-Holsteinisches OLG, Beschluss vom 29. April 2021 - 2 Ws 47/21; Brandenburgisches OLG, Beschluss vom 16. Dezember 2021 - 2 Ws 197/21; Zimmermann, ZfStW 2022, 173, 185).

d) Ein Beweisverwertungsverbot ergibt sich auch nicht unmittelbar aus deutschem Verfassungsrecht. Die erlangten Informationen dürfen nach § 261 StPO (im Ermittlungsverfahren nach § 161 Abs. 1 StPO) zur Verfolgung von auch im Einzelfall schweren Straftaten im Sinne von § 100b Abs. 2 StPO verwendet werden, wenn die Erforschung des Sachverhalts auf andere Weise wesentlich erschwert oder aussichtslos und der Kernbereich privater Lebensgestaltung nicht berührt ist.

aa) Ein absolutes Beweisverwertungsverbot unmittelbar aus den Grundrechten ist nur in Fällen anzuerkennen, in denen der absolute Kernbereich privater Lebensgestaltung berührt ist (vgl. BVerfG, Beschluss vom 9. November 2010 - 2 BvR 2101/09, NStZ 2011, 103 Rn. 45 mwN). Dies ist bei der Kommunikation über die Planung und Durchführung von Straftaten in aller Regel - wie auch hier - nicht der Fall (vgl. auch HansOLG Hamburg, Beschluss vom 29. Januar 2021 - 1 Ws 2/21 Rn. 71).

bb) Für die Beweisverwertung der mittels der Europäischen Ermittlungsanordnung erlangten Informationen im deutschen Strafverfahren gibt es eine gesetzliche Grundlage (vgl. BVerfG, Beschluss vom 7. Dezember 2011 - 2 BvR 2500/09 und 1857/10, BVerfGE 130, 1 ff. Rn. 120, 137 ff. mwN):

Die Verwertung personenbezogener Informationen in einer gerichtlichen Entscheidung greift zwar in das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 Abs. 1 GG) ein. Verfassungsgemäße Rechtsgrundlage für die Beweisverwertung in einem strafgerichtlichen Urteil ist aber § 261 StPO; Verwendungs- und Verwertungsverbote, die nicht an eine rechtswidrige Informationserhebung oder -verwendung anknüpfen, sind jeweils nur für Einzelfälle ausdrücklich angeordnet. Das Gewicht des in der Verwertung liegenden Eingriffs hängt maßgeblich davon ab, welchen Grad an Persönlichkeitsrelevanz die betroffenen Informationen haben und auf welchem Weg sie erlangt wurden. Die Eingriffsintensität ist insbesondere dann gesteigert, wenn die ursprüngliche Erhebung der verwerteten Informationen mit einem Eingriff in Art. 10 oder Art. 13 GG verbunden war. In Strafverfahren wird, soweit es um die Verwertung rechtmäßig erhobener Daten geht, die Verhältnismäßigkeit der Informationsverwertung im Urteil in aller Regel bereits durch Beschränkungen der vorangehenden Informationserhebung gewährleistet, da zahlreiche Ermittlungsmaßnahmen und Beweiserhebungen nur unter einschränkenden Voraussetzungen zulässig sind.

cc) Diese verfassungsrechtlichen Vorgaben zur Verhältnismäßigkeit der Beweisverwertung bedürfen im Fall von mittels Rechtshilfe bei einem Mitgliedstaat erhobener Beweismittel der Anpassung. Für durch Rechtshilfe erlangte Informationen, die nicht auf einer Anordnung der Ermittlungsmaßnahme durch deutsche Behörden, sondern nur auf der Übermittlung von Beweisergebnissen beruhen, die ein anderer Mitgliedstaat auf eigener Rechtsgrundlage erhoben hat, fehlt es an einer ausdrücklichen Verwendungsbeschränkung jenseits des im Rechtshilfeverkehr geltenden ordrepublik-Vorbehalts. Die Vorschrift des § 100e Abs. 6 StPO ist auf die vorliegende Konstellation nach ihrem Wortlaut nicht anwendbar, da die in Rede stehenden Daten nicht durch Maßnahmen nach den §§ 100b, 100c StPO, sondern durch eigenständige Maßnahmen nach französischem Prozessrecht gewonnen wurden (vgl. Roth, GSZ 2021, 238, 244; abweichend HansOLG Hamburg, Beschluss vom 29. Januar 2021 - 1 Ws 2/21 Rn. 59; KG, Beschluss vom 30. August 2021 - 2 Ws 79/21 und 93/21, NStZ-RR 2021, 353: unmittelbar anwendbar).

Aufgrund der Besonderheiten der Beweisrechtshilfe und des diese umgebenden unionsrechtlichen Rechtsrahmens sind die Maßstäbe für die Verwertbarkeit von Erkenntnissen, die aus einer inländischen Überwachungsmaßnahme einerseits und einer ausländischen andererseits stammen, jedenfalls dann nicht völlig identisch, wenn es um die Verwertung von

bereits außerhalb der Rechtshilfe vorhandenen ausländischen Überwachungsergebnissen geht, also die entsprechenden Informationen im Rahmen eines dort bereits betriebenen Strafverfahrens gewonnen und nicht aufgrund eines Rechtshilfeersuchens erhoben wurden (BGH, Beschluss vom 21. November 2012 - 1 StR 310/12, BGHSt 58, 32 Rn. 36 f.).

Gerade wenn - wie vorliegend - besonders intensive Grundrechtseingriffe durch heimliche Ermittlungsmaßnahmen in Rede stehen (vgl. zur Online-Durchsuchung näher BVerfG, Urteil vom 27. Februar 2008 - 1 BvR 370/07 und 595/07, BVerfGE 120, 274; hierzu auch Wahl, ZIS 2021, 452, 456), die durch die Verwertung derart erlangter Beweise im Strafverfahren im Sinne eines eigenständigen Eingriffs in das geschützte Grundrecht vertieft werden (vgl. BGH, aaO, Rn. 45), sind verfassungsrechtliche Schutzmechanismen für die Beweisverwertung indes unabdingbar (vgl. auch BVerfG, Urteil vom 19. Mai 2020 - 1 BvR 2835/17, BVerfGE 154, 152 ff. Rn. 216 ff.). Dem Kernbereichsschutz und dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz kommen dabei besondere Bedeutung zu. 67

Bei innerstaatlichen Ermittlungen oder im Wege der europäischen Rechtshilfe ersuchten ausländischen Ermittlungsmaßnahmen wird der - durch Beweisverwertung fortdauernde oder sich vertiefende - Grundrechtseingriff regelmäßig bereits bei der Anordnung der Ermittlungsmaßnahme selbst limitiert (etwa Beschränkung auf besonders schwere Straftaten oder Fälle qualifizierten Verdachts). Kann diese Beschränkung in Fällen wie dem vorliegenden nicht geleistet werden, weil hier durch einen anderen Mitgliedstaat in originärer Anwendung seines nationalen Rechts in die Grundrechte Betroffener eingegriffen wird, sind die dadurch möglichen Unterschiede bei den Eingriffsvoraussetzungen auf der Ebene der Beweisverwendung zu kompensieren. Hierfür kann auf die in strafprozessualen Verwendungsbeschränkungen verkörperten Wertungen zurückgegriffen werden, mit denen der Gesetzgeber dem verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz bei vergleichbar eingriffsintensiven Mitteln Rechnung trägt (vgl. auch BVerfG, Urteil vom 19. Mai 2020 - 1 BvR 2835/17, BVerfGE 154, 152 ff. Rn. 216 ff.). Im vorliegenden Fall können aufgrund des Gewichts der Maßnahme zur Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes - auch um jede denkbare Benachteiligung auszuschließen - die Grundgedanken der Verwendungsschranke mit dem höchsten Schutzniveau (§ 100e Abs. 6 StPO) fruchtbar gemacht werden. 68

Daraus folgt: Eine Beweisverwertung von Erkenntnissen aus dem Kernbereich privater Lebensführung ist - wie oben ausgeführt - stets unzulässig (vgl. auch § 100d Abs. 2 Satz 1 StPO). Darüber hinaus dürfen die im Wege europäischer Rechtshilfe erlangten Beweisergebnisse aus dem EncroChat-Komplex in einem Strafverfahren ohne Einwilligung der überwachten Person nur zur Aufklärung einer Straftat, auf Grund derer eine Maßnahme nach § 100b StPO hätte angeordnet werden können, oder zur Ermittlung des Aufenthalts der einer solchen Straftat beschuldigten Person verwendet werden (vgl. die Wertung des § 100e Abs. 6 Nr. 1 StPO). Hierbei sind die den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz konkretisierenden einschränkenden Voraussetzungen in § 100b Abs. 1 Nr. 2 und 3 StPO in den Blick zu nehmen. Danach muss die Straftat auch im Einzelfall besonders schwer wiegen und die Erforschung des Sachverhalts oder die Ermittlung des Aufenthaltsorts auf andere Weise wesentlich erschwert oder aussichtslos sein. 69

Für diese Prüfung ist auf den Erkenntnisstand im Zeitpunkt der Verwertung der Beweisergebnisse abzustellen (vgl. BGH, Urteil vom 14. August 2009 - 3 StR 552/08, BGHSt 54, 69 Rn. 29; Beschluss vom 21. November 2012 - 1 StR 310/12, BGHSt 58, 32 Rn. 45 f.). Insoweit kommt es nicht auf die Rekonstruktion der Verdachtslage im Anordnungszeitpunkt, sondern auf die Informationslage im Verwendungszeitpunkt an (vgl. BGH, Urteil vom 16. Juni 1983 69 70- 2 StR 837/82, BGHSt 32, 10, 15; HansOLG Hamburg, Beschluss vom 29. Januar 2021 - 1 Ws 2/21; KG, Beschluss vom 30. August 2021 - 2 Ws 79/21 und 93/21, NStZ-RR 2021, 353; Köhler in Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 64. Aufl., § 479 Rn. 3; KKStPO/Bruns, 8. Aufl., § 100a Rn. 54; aA LG Berlin, Beschluss vom 1. Juli 2021 - [525 KLs] 254 Js 592/20 [10/21], NStZ 2021, 696). Dem Gedanken des hypothetischen Ersatzeingriffs (vgl. dazu auch BVerfG, Beschluss vom 7. Dezember 2011 - 2 BvR 2500/09 und 1857/10, BVerfGE 130, 1 ff. Rn. 147 mwN; Urteil vom 19. Mai 2020 - 1 BvR 2835/17, BVerfGE 154, 152 ff. Rn. 216; näher Schneider, GSZ 2022, 1 ff. mwN) ist bereits dadurch Genüge getan, dass die Daten nunmehr im Strafverfahren zur Klärung des Verdachts einer Katalogtat verwendet werden sollen (vgl. BGH, Urteil vom 14. August 2009 - 3 StR 552/08, BGHSt 54, 69 Rn. 25) und sich die qualifizierte Verdachtslage aus den vorhandenen Daten ergibt (HansOLG Hamburg, Beschluss vom 29. Januar 2021 - 1 Ws 2/21 Rn. 63; OLG Celle, Beschluss vom 12. August 2021 - 2 Ws 250/21, StraFo 2021, 466; anders Sommer, StV Spezial 2021, 67, 69; Erhard/Lödden, StraFo 2021, 366, 369). 70

Danach liegen die Voraussetzungen für eine Beweisverwertung der EncroChat-Protokolle auch nach der gebotenen strikten Verhältnismäßigkeitsprüfung im hiesigen Verfahren vor: Es geht um Verbrechen des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (vgl. § 100b Abs. 2 Nr. 5 Buchst. b StPO), die auch im Einzelfall schwer wiegen (Fall 6: Angebot von 5 kg Kokain mit einem Wirkstoffgehalt von mindestens 70 %; Fall 9: Vereinbarung eines Kaufs von 3 kg Marihuana mit einem Wirkstoffgehalt von mindestens 10 %, das zum gewinnbringenden Weiterverkauf bestimmt war). Die Erforschung des Sachverhalts wäre ohne diese Beweismittel nicht möglich. Die Daten betreffen keine Erkenntnisse aus dem Kernbereich der privaten Lebensgestaltung (vgl. § 100d Abs. 2 Satz 1 StPO). 71

dd) Aus verfassungsrechtlicher Sicht ist nicht Voraussetzung der Beweisverwertung, dass das deutsche Strafprozessrecht eine entsprechende Maßnahme vorsieht. 72

Im Rechtshilfekontext ist es gerade nicht ausgeschlossen, von anderen Mitgliedstaaten ausdrücklich zu Zwecken der 73

Strafverfolgung übermittelte Daten aus Maßnahmen zu verwenden, die keine Entsprechung in der StPO haben (vgl. auch BVerfG, Urteil vom 19. Mai 2020 - 1 BvR 2835/17, BVerfGE 154, 152 ff. Rn. 216 ff.; aA Derin/Singelstein, NStZ 2021, 449, 450). Denn den national unterschiedlichen Strafverfahrensordnungen ist es immanent, dass sie aufgrund ihres divergenten historischen Ursprungs und der engen Anbindung an unterschiedliche Verfassungsregime auch unterschiedliche strafprozessuale Ermittlungsmaßnahmen vorsehen (vgl. nur Art. 10 Abs. 1 Buchst. a RL EEA; vgl. zu grundlegenden Unterschieden im Ermittlungsverfahren zwischen Deutschland und Frankreich auch Knytel, Die Europäische Ermittlungsanordnung und ihre Umsetzung in die deutsche und französische Rechtsordnung, 2020, S. 91 ff. mwN). Bei der Erlangung von Beweismitteln, die ein anderer Staat nach seiner nationalen Rechtsordnung in eigener Zuständigkeit erhoben hat, kann die Anwendung deutscher Verfahrensregeln grundsätzlich nicht erwartet werden (Schuster, ZIS 2016, 564, 565 mwN). Die bloße Nichteinhaltung deutschen Rechts bei einer ausländischen Ermittlungsmaßnahme kann daher nicht per se ein unselbständiges Beweisverwertungsverbot begründen (Schuster, aaO, S. 568). Die Einhaltung rechtsstaatlicher Mindeststandards wird in solchen Fällen durch Prüfung der Vereinbarkeit der Maßnahme mit dem nationalen und europäischen ordre public und eine strikte Verhältnismäßigkeitsprüfung bei der Beweisverwertung unter Annahme besonderer Verwendungsvorbehalte gewährleistet.

Aus verfassungsrechtlichen Gründen ist es nicht erforderlich, dass die ausländische Ermittlungsmaßnahme auch auf deutscher Rechtsgrundlage möglich gewesen wäre. Derartige Vorgaben können weder unmittelbar der Verfassung selbst noch den einschlägigen Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (hierzu ausführlich Gleiß/Wahl/Zimmermann in Schomburg/Lagodny, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 6. Aufl., § 73 IRG Rn. 7 ff. mwN) entnommen werden. Einer über § 261 StPO hinausgehenden gesonderten Rechtsgrundlage für die „Umwidmung“ (vgl. zum Problem der „Umwidmung“ im Rechtshilfecontext näher auch Fahrner, Handbuch Internationale Ermittlungen, 2020, § 20 Rn. 57 ff. mwN) der im Wege der Rechtshilfe erlangten, vom fremden Mitgliedstaat auf Ersuchen ausdrücklich zu Zwecken der Strafverfolgung übermittelten Daten zur Verwendung in deutschen Strafverfahren bedarf es nicht (aA Derin/Singelstein, NStZ 2021, 449, 450; dies., StV 2022, 130). 74

ee) Ob für den Fall eines zwecks bewusster Umgehung strengerer inländischer Anordnungsvoraussetzungen gestellten Rechtshilfeersuchens (im Sinne eines „Befugnis-Shoppings“, vgl. Roth, GSZ 2021, 238, 247; Labusga, NStZ 2021, 702, 704) eine andere Bewertung vorzunehmen wäre, bedarf keiner Entscheidung (vgl. bereits BGH, Beschluss vom 21. November 2012 - 1 StR 310/12, BGHSt 58, 32 Rn. 37). Eine solche Konstellation ist weder dargetan noch sonst ersichtlich (KG, Beschluss vom 30. August 2021 - 2 Ws 79/21 und 93/21, NStZ-RR 2021, 353). 75

e) Schließlich steht auch das einfache Prozessrecht der Beweisverwertung nicht entgegen. Normen, die einer Beweisverwertung der EncroChat-Protokolle im konkreten Fall entgegenstehen, sind nicht gegeben. 76

3. In dieser Auslegung ist die Beweisverwertung auch mit den Regelungen der EMRK vereinbar. Zu einem Beweisverwertungsverbot führende Verstöße gegen Art. 8 oder 10 EMRK sind bei einer auf der Grundlage eines hinreichenden Verdachts wegen schwerer Straftaten (die auch noch aktuell eine Gefahr für besonders wichtige Rechtsgüter darstellen) durch einen Richter angeordneten Überwachung im Ausmaß des vorliegenden Falls nicht festzustellen (vgl. zur Auslegung von Art. 8 und 10 EMRK im Zusammenhang mit einer - hier allerdings nicht einschlägigen - anlasslosen Internet-Kommunikationsüberwachung durch staatliche Nachrichtendienste EGMR [Große Kammer], Urteile vom 25. Mai 2021 - 58170/13, 62322/14, 24960/15 [Big Brother Watch u.a. gegen Vereinigtes Königreich] und 35252/08 [Centrum för Rättvisa gegen Schweden]; vgl. zur Thematik auch BVerfG, Urteil vom 19. Mai 2020 - 1 BvR 2835/17, BVerfGE 154, 152; Strate, HRRS 2022, 15, 17 f.). Die Verwertung der in Frankreich erlangten Beweise verstößt auch nicht gegen sonstige Verfahrensgarantien der EMRK. Der Schutz der Beschuldigtenrechte, wie insbesondere des Rechts auf ein faires Verfahren (hierzu näher Zimmermann, ZfStW 2022, 173, 185 ff. mwN), wird durch die nationale Prozessordnung und hierbei insbesondere durch die Prüfung der Einhaltung des ordre public und eines Beweisverwertungsverbots im konkreten Fall gewährleistet (vgl. auch BVerfG, Beschluss vom 7. Dezember 2011 - 2 BvR 2500/09 und 1857/10, BVerfGE 130, 1 Rn. 122). 77

4. Klärungsbedürftige Fragen der Anwendung europäischen Rechts im Sinne von Art. 267 AEUV ergeben sich nicht, da sich die Frage der Beweisverwertung im hiesigen Strafverfahren nicht nach europäischem, sondern nach nationalem Recht richtet. Das nationale Verfahrensrecht bleibt von der RL EEA unberührt (vgl. BT-Drucks. 18/9757, S. 32). 78