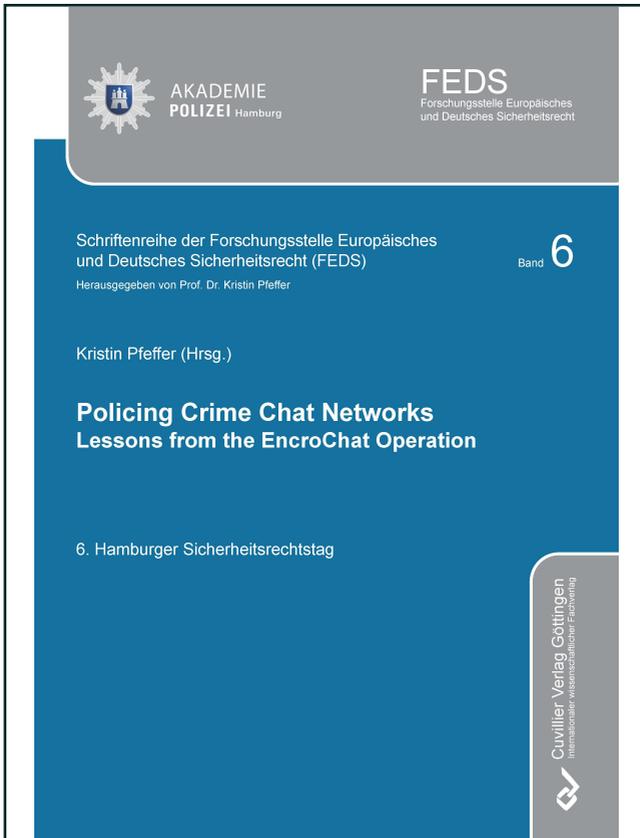




Kristin Pfeffer (Herausgeber)
Policing Crime Chat Networks
Lessons from the Encrochat Operation



<https://cuvillier.de/de/shop/publications/9031>

Copyright:
Cuvillier Verlag, Inhaberin Annette Jentsch-Cuvillier, Nonnenstieg 8, 37075 Göttingen,
Germany
Telefon: +49 (0)551 54724-0, E-Mail: info@cuvillier.de, Website: <https://cuvillier.de>

Die EncroChat-Verfahren aus Sicht der Justiz

Dr. Laurent Lafleur¹

Die Sicht der Justiz auf EncroChat ergibt im Hinblick auf die Verwertbarkeit ein fast einhelliges Bild.² Mit der Ausnahme einer vereinzelt Strafkammer am Landgericht Berlin I hat – soweit ersichtlich – kein Gericht in der Bundesrepublik durchgreifende Zweifel an der Verwertbarkeit der wertvollen EncroChat-Daten geäußert. Sämtliche Obergerichte und zuletzt auch der Bundesgerichtshof haben die grundsätzliche Verwertbarkeit der Daten bejaht. Allein das Bundesverfassungsgericht hat sich bislang nicht geäußert. Wenig überraschend ist diese Sicht der Justiz auf die EncroChat-Erkenntnisse auf massiven Widerspruch aus den Kreisen der Verteidiger gestoßen.³ Auch der Auseinandersetzung mit diesem Widerspruch soll der folgende Beitrag dienen.

Zum Verständnis der Sicht der Justiz auf EncroChat ist zunächst ein kurzer Blick auf die Kriminalgeschichte von EncroChat erforderlich. Anschließend soll die justizielle Antwort auf die Frage der Verwertbarkeit der EncroChat-Erkenntnisse in der bisherigen Rechtsprechung der deutschen Strafgerichte skizziert werden, bevor der Schlussvortrag der Generalanwältin in einem von der bereits genannten Strafkammer des Landgerichts Berlin I ausgelösten Vorabentscheidungsverfahren zur europarechtlichen Würdigung des Komplexes dargestellt werden soll. Anhand einer aktuellen Entscheidung des OLG München werden sodann aber auch die Grenzen der Verwertbarkeit von mit geheimdienstlicher Unterstützung gewonnenen Erkenntnissen für die sog. ANOM-Daten dargestellt.

¹ Dr. Laurent Lafleur ist Richter für Strafsachen am OLG München, zuvor war er als Staatsanwalt Gruppenleiter für Kapitaldelikte bei der Staatsanwaltschaft I in München tätig. Seit 2022 ist der Leiter der Pressestelle des OLG München.

² Der Text entspricht weitgehend dem Manuskript des von mir auf der Tagung gehaltenen Vortrags. Der Stil eines mündlichen Vortrags wurde beibehalten und der Text lediglich um grundlegende Nachweise und Fundstellen ergänzt.

³ Vgl. statt vieler nur *Sommer*, StraFo 2023, S. 251; *Gebhard/Michalke*, NJW 2022, 655. Kritische Stimmen gibt es auch in der Wissenschaft, vgl. nur Zimmermann, ZfStW 2022, S. 173 ff.

A. Historischer Abriss

EncroChat war ein Kommunikationsanbieter, der ab 2016 – so ein Strafverteidiger – auf dem „Markt erschien“.⁴ Tatsächlich gibt und gab es kein legal existierendes Unternehmen namens EncroChat. Es gibt auch keinen offenen legalen Vertriebsweg für das Produkt von EncroChat. Das Produkt von EncroChat war ein sog. Krypto-Handy, das mit einer besonderen Softwareausstattung und einem Kryptographie-Hardwaremodul angeboten wurde. Auf den Geräten war eine Software installiert, die ausschließlich zum Austausch von Textnachrichten, Sprachnachrichten und Bildern mit anderen EncroChat-Geräten geeignet war. Andere Software ließ sich nicht installieren, ein Zugriff auf das Internet war nicht möglich. Erst später wurde auch eine Telefoniefunktion angeboten. Die ursprünglichen Geräte hatten keine Kamera, kein Mikrofon, kein GPS und noch nicht einmal einen USB-Anschluss.⁵ Eine Verbindung des Geräts oder der SIM-Karte mit einem Konto der Kunden gab es dabei nicht.⁶ Eine Kommunikation war nur zwischen EncroChat-Kunden möglich.⁷ Den Nutzern wurde versprochen, dass die Kommunikation durch Behörden nicht überwacht werden könne. Aufgrund der Verschlüsselung war – so die Ankündigung von EncroChat – weder ein Zugriff auf die laufende Kommunikation möglich, noch sollten die Geräte inhaltlich ausgelesen oder geortet werden können. Zuletzt verfügten die Geräte über einen „Panic PIN-Code“, mit dem sämtliche Daten sicherheitshalber sofort gelöscht werden konnten.⁸ Die Kosten für ein Krypto-Handy betragen nach den Feststellungen des 5. Strafsenats des BGH 1.610 € für sechs Monate.⁹ Der „Vertrieb“ fand ausschließlich über „Reseller“ statt, die sich auf E-Mail-Anfrage eines Kunden mit diesem anonym in Verbindung setzten. Die Verträge über die Krypto-Handys sollen anonym und mittels Barzahlung an öffentlichen Orten geschlossen worden sein.

⁴ *Sommer*, StraFo 2023, S. 251.

⁵ Schlussantrag C-670/22 Fn. 3.

⁶ *Beukelmann*, NJW-Spezial 2022, 248.

⁷ *Beukelmann*, NJW-Spezial 2022, 248.

⁸ *Beukelmann*, NJW-Spezial 2022, 248.

⁹ BGH, Beschl. v. 02.03.2022 – 5 StR 457/21 = NJW 2022, 1539.

Die französische Polizei hatte berichtet, dass bei mehreren Razzien bei Drogenhändlern EncroChat-Handys sichergestellt werden konnten. Dabei zeigte sich dann, dass die Verschlüsselung wohl doch nicht ganz so gut funktionierte wie versprochen, denn die französischen Behörden konnten immerhin feststellen, dass die Handys zur Abwicklung der Kommunikation alle einen Server eines Internetdienstleisters in Roubaix/Frankreich nutzten. Nach weiteren Ermittlungen der französischen Behörden genehmigte das Tribunal Correctionnel de Lille im Jahr 2020 die Installation eines Trojaners zur Erhebung von Kommunikationsdaten auf dem in Roubaix stehenden Server. Diese Entscheidung erging im Einklang mit französischem Recht; die insoweit zu beachtenden Eingriffsvoraussetzungen wurden eingehalten.¹⁰ Die Daten von dem EncroChat-Server wurden kopiert.¹¹ Dabei konnte festgestellt werden, dass 66.134 SIM-Karten eines niederländischen Anbieters im System eingetragen waren, die in einer Vielzahl europäischer und außereuropäischer Länder verwendet wurden.¹²

Auf Antrag der französischen Staatsanwaltschaft wurde in einem nächsten Schritt die Installation einer Abfangeinrichtung zu den über den Server laufenden und auf den Telefonen gespeicherten Daten ab dem 01.04.2020 richterlich genehmigt.¹³ Erneut im Einklang mit französischem Recht wurde also ein Trojaner auf dem Server installiert, der als vermeintliches Update zudem auf rund 32.000 Endgeräten in 121 Ländern weltweit verteilt wurde. Sämtliche Kommunikation, die über die vermeintlich so sicheren Krypto-Handys lief, wurde nunmehr aufgezeichnet. Die Nachrichten konnten auch live mitgelesen werden. Es wurden Standortdaten und IMEI-Nummern übertragen. Lediglich 380 der rund 32.000 Geräte befanden sich damals in Frankreich.¹⁴ Nach einer ersten Auswertung der französischen Behörden wurden davon 242 für kriminelle Zwecke, insbesondere dem Handel mit Betäubungsmitteln, eingesetzt. Die verbleibenden 138 Telefone waren zu diesem Zeitpunkt inaktiv oder noch nicht ausgewertet.¹⁵ Die französische Staatsanwaltschaft ging nach dieser

¹⁰ *Pauli*, NSTZ 2021, 148.

¹¹ *Wahl*, ZIS 2021, 452.

¹² BGH, Beschl. v. 02.03.2022 – 5 StR 457/21 = NJW 2022, 1539.

¹³ BGH, Beschl. v. 02.03.2022 – 5 StR 457/21 = NJW 2022, 1539.

¹⁴ *Wahl*, ZIS 2021, 452.

¹⁵ *Beukelmann*, NJW-Spezial 2022, 248.

ersten Auswertung von einer *nahezu ausschließlich kriminellen Nutzung* aus. Nachdem die Abonnenten sich sicher fühlten, kommunizierten diese sehr offen über ihre (insbesondere, aber nicht ausschließlich Betäubungsmittel-) Geschäfte.

Die Überwachung und die erste Auswertung der Daten erfolgte im Rahmen einer gemeinsamen Ermittlungsgruppe, an der französische und niederländische Behörden mit Unterstützung von Europol und Eurojust teilnahmen.¹⁶ Deutschland war hieran zunächst nicht unmittelbar beteiligt.¹⁷ Am 09.03.2020 hatte Eurojust vorab eine Videokonferenz organisiert, bei der über die von der französischen Polizei geplanten Überwachungsmaßnahmen und die beabsichtigte Datenübermittlung informiert wurde.¹⁸ Vertreter des BKA und der GenStA Frankfurt äußerten prinzipiell Interesse an den Daten der deutschen Nutzer, ohne jedoch förmliche Ersuchen zu stellen.¹⁹ Am 20.03.2020 leitete die GenStA Frankfurt offenbar als Reaktion auf die Videokonferenz ein Ermittlungsverfahren gegen Unbekannt ein.²⁰ Das BKA erhielt sodann ab dem 03.04.2020 mit Einverständnis der französischen Polizei Datenpakete zur weiteren Identifizierung möglicher Straftäter im Rahmen des polizeilichen Informationsaustauschs.²¹ Davor waren die deutschen Behörden nicht aktiv involviert. Insbesondere ist die Überwachung nicht etwa auf Veranlassung oder Bitten deutscher Behörden erfolgt.

Die GenStA Frankfurt am Main hat sodann per Europäischer Ermittlungsanordnung (EEA) vom 02.06.2020 beim zuständigen Gericht in Lille *nachträglich* um die *Zustimmung zur Verwertung* aller im Datenpaket enthaltenen Informationen in laufenden und künftigen deutschen Strafverfahren gebeten.²² Das Ersuchen war auf den Verdacht des unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge durch bisher nicht identi-

¹⁶ *Wahl*, ZIS 2021, 452.

¹⁷ *Wahl*, ZIS 2021, 452.

¹⁸ Schlussantrag C-670/22 Nr. 6.

¹⁹ Schlussantrag C-670/22 Nr. 6.

²⁰ Schlussantrag C-670/22 Nr. 7.

²¹ *Wahl*, ZIS 2021, 452.

²² *Wahl*, ZIS 2021, 452; BGH, Beschl. v. 02.03.2022 – 5 StR 457/21 = NJW 2022, 1539.

fizierte Personen gestützt. Die GenStA Frankfurt ersuchte mit der EEA *nicht* um die Erhebung von Daten durch Überwachung der Telekommunikation, sondern lediglich um die *Übermittlung und Zustimmung zur Verwertung* der bereits *zuvor* durch die Überwachung in Frankreich erhobenen Beweismittel.²³ Dieser Unterschied ist wichtig. Dem Ersuchen hat das zuständige Gericht in Lille am 13.06.2020 stattgegeben.²⁴ Die Übermittlung erfolgte sodann unter Verweis auf die der Datenerhebung zugrunde liegenden richterlichen Beschlüsse. Auf der Grundlage zweier ergänzender EEAs vom 09.09.2020 und 02.07.2021 wurden in der Folge zusätzliche Daten übermittelt.²⁵ Die GenStA Frankfurt trennte Ermittlungen, die gegen individualisierte EncroChat-Nutzer geführt werden sollten, aus dem UJs-Verfahren heraus und verfügte anschließend die Abgabe an die örtlich zuständigen Staatsanwaltschaften im ganzen Bundesgebiet.²⁶

Europol berichtete im Juni 2023, dass infolge der EncroChat-Erkenntnisse weltweit insgesamt 6.500 Personen festgenommen und Bargeld in Höhe von fast 900 Millionen Euro beschlagnahmt worden sei.²⁷ Nach Auskunft des BKA wurden in Deutschland bislang rund 4.000 Ermittlungsverfahren eingeleitet, 1.900 Haftbefehle wurden vollstreckt, 500 Schusswaffen sichergestellt und 9,5 Tonnen Betäubungsmittel sichergestellt. Mittlerweile gebe es über 600 verurteilte Personen. So der Stand im Juni 2023.

B. Verwertbarkeit

Zugegebenermaßen ist es ein recht billiger rhetorischer Trick erst mit der Zahl von 9,5 Tonnen beschlagnahmten Betäubungsmitteln und 1.900 vollstreckten Haftbefehlen zu kommen und dann die Frage zu stellen, ob denn diese Erkenntnisse wirklich verwertet werden dürfen. Dennoch will ich die Frage nun – ernsthaft – beantworten:

²³ Schlussantrag C-670/22 Nr. 17.

²⁴ *Wahl*, ZIS 2021, 452; BGH, Beschl. v. 02.03.2022 – 5 StR 457/21 = NJW 2022, 1539.

²⁵ Schlussantrag C-670/22 Nr. 8.

²⁶ Schlussantrag C-670/22 Nr. 9.

²⁷ FAZ vom 05.09.2023 - <https://www.faz.net/agenturmeldungen/dpa/encrochat-ermittlung-karlsruhe-trifft-keine-entscheidung-19151853.html?service=printPreview>.

Ausgangspunkt der Frage der Verwertung von EncroChat-Erkenntnissen ist § 261 StPO, der Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung. Dürfen in diese freie richterliche Beweiswürdigung auch EncroChat-Erkenntnisse eingestellt werden?

Diese Frage stellt sich zunächst aufgrund der *Rechtsnatur der Maßnahme*, mit der die französischen Behörden gegen EncroChat vorgegangen sind. Es erscheint nämlich durchaus fraglich, ob ein entsprechender Angriff nach deutschem Recht derzeit zulässig wäre.

§ 100b StPO erlaubt zwar eine Online-Durchsuchung und § 100a StPO eine Überwachung der Telekommunikation. Beide Maßnahmen können auch kombiniert werden, allerdings dürfte die komplette Überwachung der gesamten Kommunikation auf der Plattform die strengen Voraussetzungen des § 100b StPO wohl nicht erfüllen. Im Schrifttum herrscht dementsprechend Einigkeit darüber, dass § 100b StPO keine taugliche Rechtsgrundlage für die EncroChat-Zugriffe bildet. Auch in der obergerichtlichen Rechtsprechung hat sich soweit ersichtlich niemand darauf festgelegt, dass das so auch in Deutschland funktionieren würde. Diese Diskrepanz zwischen der Rechtslage in Deutschland und den französischen Maßnahmen schafft – insbesondere bei Verteidigern – ein gewisses Unbehagen.

1. Rechtmäßigkeit der Maßnahmen

Werfen wir zunächst einen Blick auf die Rechtmäßigkeit der in Frankreich durchgeführten Maßnahmen. Im Rechtshilferecht richtet sich der Maßstab für die Prüfung der Rechtmäßigkeit der Maßnahme des ersuchten Staates nach dem dortigen, hier also dem französischen Recht, *locus regit actum*. Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Maßnahmen nach französischem Recht gibt es nicht. Der Conseil Constitutionnel hat die zugrundeliegenden strafprozessualen Regeln zwischenzeitlich für verfassungsgemäß erklärt.²⁸ Der Cour de Cassation hat in einer Entscheidung aus dem Jahr 2022 lediglich in einem Punkt in techni-

²⁸ Nr. 2022-987 QPC vom 08.04.2022.

scher Hinsicht um Klarstellung gebeten, die Rechtmäßigkeit der Maßnahmen aber grundsätzlich bestätigt.²⁹ Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs steht deutschen Gerichten eine Überprüfung dahingehend, ob die im Ausland getroffenen Maßnahmen dem dortigen Recht entsprachen, dabei aber ohnehin grundsätzlich nicht zu.³⁰ Im Rechtshilfeverkehr ist es vielmehr geboten, Strukturen und Inhalte fremder Rechtsordnungen und Rechtsanschauungen grundsätzlich zu achten, auch wenn sie im Einzelnen nicht mit den innerstaatlichen Auffassungen übereinstimmen. Die Beschlüsse des Gerichts in Lille hinsichtlich ihrer Rechtmäßigkeit nach dem ausländischen Recht zu überprüfen, ist daher sowohl völker- als auch unionsrechtlich unzulässig. Eine solche Prüfung sehen dementsprechend weder die StPO, noch das IRG oder die RL EEA vor.

2. Kein Erfordernis vergleichbarer Eingriffsgrundlage aus nationalem Recht

Eine Verwertbarkeit scheidet auch nicht an einer mangelnden vergleichbaren Eingriffsgrundlage im nationalen Recht. Es ist dem Rechtshilferecht immanent, dass unterschiedliche Staaten unterschiedliche Ermittlungsmaßnahmen vorsehen.³¹ Bei der Erlangung von Beweismitteln, die ein anderer Staat nach seiner nationalen Rechtsordnung in eigener Zuständigkeit erhoben hat, kann die Anwendung deutscher Verfahrensregeln nicht erwartet werden.³² Die bloße Nichteinhaltung deutschen Rechts bei einer ausländischen Ermittlungsmaßnahme kann daher nicht *per se* ein (unselbstständiges) Beweisverwertungsverbot begründen.³³ Auch aus verfassungsrechtlicher Sicht ist es für die Beweisverwertung nicht erforderlich, dass das deutsche Strafprozessrecht eine entsprechende Maßnahme vorsieht.³⁴ Grenzen der Verwertbarkeit ergeben sich aber aus dem Erfordernis der Vereinbarkeit der Maßnahme mit dem nationalen und europäischen Ordre Public sowie einer strikten Verhältnismäßigkeitsprüfung.

²⁹ Crim. 11 oct. 2022, F-D n 21-85.148.

³⁰ BGH, Beschl. v. 02.03.2022 – 5 StR 457/21, Rn. 26 = NJW 2022, 1540.

³¹ BGH, Beschl. v. 02.03.2022 – 5 StR 457/21, Rn. 70 = NJW 2022, 1545.

³² BGH, Beschl. v. 02.03.2022 – 5 StR 457/21, Rn. 73 = NJW 2022, 1546.

³³ BGH, Beschl. v. 02.03.2022 – 5 StR 457/21, Rn. 73 = NJW 2022, 1546.

³⁴ BGH, Beschl. v. 02.03.2022 – 5 StR 457/21, Rn. 72 = NJW 2022, 1545.

3. *Ordre Public*

Bei Anlegung *elementarer rechtsstaatlicher Grundsätze* im Sinne des *Ordre Public* bestehen im Ergebnis keine Bedenken gegen eine Verwertbarkeit. Hierzu müssen wir uns anschauen, welche Erkenntnisse den französischen Maßnahmen zugrunde lagen: Ausgangspunkt der französischen Ermittlungsmaßnahmen waren Erkenntnisse darüber, dass im Bereich des Drogenhandels bei Groß- und Zwischenhändlern mit EncroChat verschlüsselte Kryptohandys eine Rolle spielten, die nach Angaben von Beschuldigten ausdrücklich für den Drogenhandel bestimmt waren und die von den Ermittlungsbehörden nicht dechiffriert werden konnten.³⁵ Die Geräte waren nicht im offiziellen Handel erhältlich und in der Anschaffung geradezu absurd teuer.³⁶ Verantwortliche oder ein Firmensitz von EncroChat waren nicht zu ermitteln.³⁷ Für EncroChat wurde mit Hinweis auf die fehlende Überwachungsmöglichkeit geworben.³⁸ Die Maßnahme der französischen Behörden war zeitlich befristet und war neben repressiven Erwägungen auch von präventiven Aspekten motiviert.³⁹ Es ging um schwerste Straftaten – insbesondere Btm-Handel in großem Stil und sonstige OK-Delikte.⁴⁰ Es ging also aus Sicht der französischen Behörden nicht darum, ein „normales“ Geschäftsmodell zu überwachen, sondern ein von vornherein auf die Unterstützung krimineller Aktivitäten ausgerichtetes und im Verborgenen agierendes Netzwerk.⁴¹ Genau das wurde durch die weiteren Ermittlungen auch bestätigt.⁴² Die EncroChat-Operation war also keine „anlasslose Massenüberwachung und Massendatenauswertung und damit eine im Kern geheimdienstliche Maßnahme“.⁴³ Auch der Vorwurf, es handle sich um eine pauschale, erst im späteren Verlauf der Ermittlungsverfahren verifizierte Vermutung, dass EncroChat von Kriminellen genutzt werde ist nicht zutreffend.⁴⁴ Die Vermutung war vielmehr von Anfang an *tatsachenfundiert*. Damit widersprechen die Maßnahmen weder den wesentlichen Grundsätzen der deutschen noch der europäischen Rechtsordnung.

³⁵ BGH, Beschl. v. 02.03.2022 – 5 StR 457/21, Rn. 35 = NJW 2022, 1541.

³⁶ BGH, Beschl. v. 02.03.2022 – 5 StR 457/21, Rn. 35 = NJW 2022, 1541.

³⁷ BGH, Beschl. v. 02.03.2022 – 5 StR 457/21, Rn. 35 = NJW 2022, 1541.

³⁸ BGH, Beschl. v. 02.03.2022 – 5 StR 457/21, Rn. 36 = NJW 2022, 1541.

³⁹ BGH, Beschl. v. 02.03.2022 – 5 StR 457/21, Rn. 36 = NJW 2022, 1541.

⁴⁰ BGH, Beschl. v. 02.03.2022 – 5 StR 457/21, Rn. 36 = NJW 2022, 1541.

⁴¹ BGH, Beschl. v. 02.03.2022 – 5 StR 457/21, Rn. 36 = NJW 2022, 1541.

⁴² BGH, Beschl. v. 02.03.2022 – 5 StR 457/21, Rn. 36 = NJW 2022, 1541.

⁴³ So aber *Derin/Singelstein*, StV 2022, 134; vgl. hierzu auch BGH, Beschl. v. 02.03.2022 – 5 StR 457/21, Rn. 37 = NJW 2022, 1542.

⁴⁴ *Wahl*, ZIS 2021, 452 f.

Ein solcher grundlegender Verstoß lässt sich auch nicht daraus konstruieren, dass die deutschen Behörden sich an ihre französischen Kollegen gewandt hätten, um Beweismittel zu erlangen, auf die das deutsche Recht keinen Zugriff gewährt. Der zeitliche Ablauf zeigt vielmehr deutlich, dass die französischen Maßnahmen unabhängig von deutschen Wünschen oder gar Forderungen durchgeführt wurden. Die Beweiserhebung war eine französische Initiative; die Ausforschung deutscher EncroChat-Nutzer war die Folge der Überwachung des Telekommunikationsverkehrs, nicht seine Ursache.⁴⁵ Es liegt also gerade keine Umgehung von verfahrenssichernden Regelungen vor.⁴⁶

Ein Verstoß gegen den Ordre-Public-Vorbehalt ist nach alledem nicht zu begründen.

3. Beweisverwertungsverbot aus Verfassungsrecht

Ein Beweisverwertungsverbot ergibt sich auch nicht aus Verfassungsrecht.⁴⁷ Ein unmittelbar aus Verfassungsrecht folgendes absolutes Beweisverwertungsverbot wird bei Überwachungsmaßnahmen im Grundsatz nur dann anerkannt, wenn der absolute Kernbereich privater Lebensgestaltung betroffen ist.⁴⁸ Das ist bei Gesprächen über die Planung und die Durchführung von Straftaten sicher nicht der Fall.

Allerdings: ein Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht liegt bei der Verwertung der personenbezogenen Informationen vor. Dieser Eingriff findet aber in § 261 StPO eine verfassungsgemäße Rechtsgrundlage.⁴⁹ § 261 StPO ist dabei auch für die *Umwidmung* der im Wege der Rechtshilfe erlangten Daten zur *Verwendung* im deutschen Strafverfahren eine ausreichende Rechtsgrundlage.⁵⁰

⁴⁵ Schlussantrag C-670/22 Nr. 72.

⁴⁶ So auch Schlussantrag C-670/22 Nr. 50.

⁴⁷ BGH, Beschl. v. 02.03.2022 – 5 StR 457/21, Rn. 61 = NJW 2022, 1544.

⁴⁸ BGH, Beschl. v. 02.03.2022 – 5 StR 457/21, Rn. 62 = NJW 2022, 1544.

⁴⁹ BGH, Beschl. v. 02.03.2022 – 5 StR 457/21, Rn. 64 = NJW 2022, 1544.

⁵⁰ BGH, Beschl. v. 02.03.2022 – 5 StR 457/21, Rn. 74 = NJW 2022, 1546.

Die Eingriffsintensität ist zwar gesteigert, wenn die ursprüngliche Erhebung der Informationen mit einem Eingriff in Art. 10 GG oder Art. 13 GG verbunden ist.⁵¹ Im Regelfall wird die Verhältnismäßigkeit der Informationsverwertung durch Beschränkungen bei der vorangegangenen Informationserhebung gewährleistet, da zahlreiche Ermittlungsmaßnahmen nur unter einschränkenden Voraussetzungen zulässig sind.⁵² Für die hier einschlägige Konstellation gibt es keine – über den *Ordre-Public*-Vorbehalt hinausgehende – ausdrückliche Verwendungsbeschränkung.⁵³ Der 5. Strafsenat des BGH hält insbesondere § 100e Abs. 6 StPO dem Wortlaut nach nicht für unmittelbar anwendbar, da es nicht um Maßnahmen nach §§ 100b, 100c StPO gehe.⁵⁴

Angesichts des besonders intensiven Grundrechtseingriffs sind aber verfassungsrechtliche Schutzmechanismen für die Beweisverwertung unverzichtbar.⁵⁵

Mögliche Unterschiede bei den Eingriffsvoraussetzungen zwischen deutschem und ausländischem Recht können daher auf der Ebene der *Beweisverwertung* kompensiert werden.⁵⁶ Dabei kann auf die in strafprozessualen Verwendungsbeschränkungen verkörperten Wertungen zurückgegriffen werden, mit denen der Gesetzgeber dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz bei vergleichbar eingriffsintensiven Mitteln Rechnung trägt.⁵⁷ Der BGH macht daher den Grundgedanken der Verwendungsschranke mit dem *höchsten Schutzniveau* – § 100e Abs. 6 StPO – fruchtbar.⁵⁸ Damit wird jede denkbare Benachteiligung ausgeschlossen.⁵⁹ Eine Verwertung ist demnach nur zulässig wenn eine Maßnahme nach § 100b StPO hätte angeordnet werden können, die Straftat auch im Einzelfall besonders schwer wiegt und die Erforschung des Sachverhalts oder die Ermittlung des Aufenthaltsorts auf andere

⁵¹ BGH, Beschl. v. 02.03.2022 – 5 StR 457/21, Rn. 64 = NJW 2022, 1544.

⁵² BGH, Beschl. v. 02.03.2022 – 5 StR 457/21, Rn. 64 = NJW 2022, 1544.

⁵³ BGH, Beschl. v. 02.03.2022 – 5 StR 457/21, Rn. 65 = NJW 2022, 1544.

⁵⁴ BGH, Beschl. v. 02.03.2022 – 5 StR 457/21, Rn. 66 = NJW 2022, 1545.

⁵⁵ BGH, Beschl. v. 02.03.2022 – 5 StR 457/21, Rn. 67 = NJW 2022, 1545.

⁵⁶ BGH, Beschl. v. 02.03.2022 – 5 StR 457/21, Rn. 68 = NJW 2022, 1545.

⁵⁷ BGH, Beschl. v. 02.03.2022 – 5 StR 457/21, Rn. 68 = NJW 2022, 1545.

⁵⁸ BGH, Beschl. v. 02.03.2022 – 5 StR 457/21, Rn. 68 = NJW 2022, 1545.

⁵⁹ BGH, Beschl. v. 02.03.2022 – 5 StR 457/21, Rn. 68 = NJW 2022, 1545.