

Akten gelangt. Das *LG* hat mit Beschl. v. 15.03.2023 die Revision des Angekl. nach § 346 Abs. 1 StPO als unzulässig verworfen, weil sie nicht rechtzeitig begründet worden sei. Gegen diesen dem Verteidiger am 20.03.2023 zugestellten Beschl. richtet sich die am selben Tag bei Gericht eingegangene »Beschwerde« des Angekl. v. 21.03.2023.

[3] Die »Beschwerde« ist als Antrag nach § 346 Abs. 2 StPO auf Entscheidung des Revisionsgerichts auszulegen (vgl. *BGH*, Beschl. v. 10.02.2005 – 3 StR 12/05, NStZ 2005, 583). Der fristgerechte Antrag hat Erfolg, weil das *LG* die Revision zu Unrecht nach § 346 Abs. 1 StPO als unzulässig verworfen hat. Denn die Revision war bereits zuvor wirksam zurückgenommen worden, was der *Senat* unter Aufhebung des landgerichtlichen Beschl. deklaratorisch auszusprechen hat (vgl. *BGH* a.a.O.).

## Unverwertbarkeit von ANOM-Daten

StPO §§ 112, 112a

**Da die Verwertbarkeit von ANOM-Chats nach derzeitigen Verfahrensstand fraglich ist, kann sich hierauf kein dringender Tatverdacht i.S.d §§ 112, 112a StPO stützen.**

*OLG München*, Beschl. v. 19.10.2023 – 1 Ws 525/23

**Aus den Gründen:** I. Das gegenständliche Strafverfahren [...] ist vor dem *LG Memmingen* anhängig. Vorangegangen war die von diesem *Gericht* in der Hauptverhandlung v. 04.07.2023 im Verfahren [...] vorgenommene Abtrennung des Verfahrens hinsichtlich der unter [Ziff. 1–6] der Anklageschrift v. 26.09.2022 dem Angekl. dort zur Last gelegten Taten. Somit sind folgende Tathandlungen, die im Strafverfahren [...] vom *LG Memmingen* durch Eröffnungsbeschl. v. 23.12.2022 zur Hauptverhandlung zugelassen wurden, Gegenstand des hiesigen Strafverfahrens [...]:

1. Am 03.04.2021 bewahrte der Angekl. an einem unbekanntem Ort mind. 240 g Kokain auf, wobei er durch den späteren Abverkauf Gewinn erzielen wollte.

2. Zu einem nicht näher bestimmbar Zeitpunk kurze Zeit vor dem 05.04.2021, 0.52 Uhr, kaufte und übernahm der Angekl. 1 kg Kokain von den gesondert verfolgten ANOM-Chat-Nutzern »nutsill« und »drivergone«. Dieses Kokain verkaufte und übergab der Angekl. im Raum Senden an seine Abnehmer. Bis zum 05.05.2021, 0.52 Uhr hatte er jedenfalls 400 g des Kokains an einen »Dalmatiner« und jedenfalls 100 g des Kokains an einen »Deutschen« verkauft und übergeben.

3. Am 13.04.2021 kaufte und übernahm der Angekl. von den gesondert verfolgten ANOM-Chat-Nutzern »nutsill« und »drivergone« 1 kg Kokain, das dem Angekl. zum Anwesen [...] zum Preis v. 38.000 € angeliefert wurde, wobei er durch den späteren Abverkauf Gewinn erzielen wollte. Der Angekl., der bereits zuvor 14.000 € gezahlt hatte, hatte am 03.05.2021 aus den Btm-Geschäften weitere 19.000 € erlöst und übergab diese am 03.05.2021 kurze Zeit vor 19.11 Uhr.

4. Am 03.05.2021 organisierte der Angekl. den Erwerb von mind. 2 kg Marihuana erster Güte von den ANOM-Chat-Nutzern »nutsill« und »drivergone«, wobei der Angekl. bereits vor Erhalt der Ware am 03.05.2021 zwischen 19.39 Uhr und 21.24 Uhr zwei kg des genannten Marihuanas erster Güte an einen unbekanntem Käufer in Gewinnerzielungsabsicht verkaufte.

5. Am 08.05.2021 verkaufte und übergab der Angekl. in Gewinnerzielungsabsicht in oder am Anwesen [...] 38,8 g Kokain an den gesondert verfolgten [...], wobei zuvor der Verkauf von 40 g Kokain vereinbart war.

6. Am 23.05.2021 kaufte und übernahm der Angekl. am Anwesen pp. 500 g Kokain von den ANOM-Chat-Nutzern »nutsill« und »drivergone«. Dabei plante der Angekl., durch einen späteren Verkauf Gewinn zu erzielen. Zu einem nicht näher bestimmbar Zeitpunk im Zeitraum v. 23. bis 24.05.2021 verkaufte und übergab der Angekl. in Gewinnerzielungsabsicht 88 g Kokain an den gesondert verfolgten [...].

Im wesentlichen Ergebnis der Ermittlungen der Anklageschrift v. 26.09.2022 führt die StA Memmingen zu den vorgenannten Tatkomplexen [1–6] aus, dass der hinreichende Tatverdacht jew. auf der Auswertung des ANOM-Chatverkehrs beruhe.

Nach der Abtrennung hinsichtlich der Tatkomplexe [1–6] der Anklageschrift v. 26.09.2022 blieb Gegenstand des Strafverfahrens [...] nur noch die unter Anklageziff. 7 geschilderte Tat des unerlaubten Handeltreibens mit Btm, bezogen auf 33,91 kg Marihuana.

Wegen dieser Tat wurde der Angekl. [...] im Verfahren [...] durch Ur. des *LG Memmingen* v. 21.07.2023, rechtskräftig seit 29.07.2023, wegen Beihilfe zum unerlaubten Handeltreiben mit Btm in nicht geringer Menge in Tateinheit mit unerlaubtem Besitz von Btm in nicht geringer Menge zu einer Freiheitsstrafe von 5 J. 6 M. verurteilt. Daneben wurde seine Unterbringung in einer Entziehungsanstalt und der Vorwegvollzug von 9 M. der Freiheitsstrafe angeordnet. Der Haftbefehl des *AG Memmingen* v. 22.04.2022 wurde dabei (nur) nach Maßgabe dieses Ur. aufrechterhalten.

Der Angekl. [...] wurde in dem der Anklageschrift v. 26.09.2022 zugrunde liegenden Ermittlungsverfahren am 21.04.2022 vorläufig festgenommen. Mit Beschl. v. 22.04.2022 erließ das *AG Memmingen* Haftbefehl gegen ihn. Vom 26.04.2022 bis 26.03.2023 befand sich der Angekl. – in Unterbrechung der U-Haft – in Strafhaft und ab 27.03.2023 dann wieder in U-Haft bis zur Rechtskraft des Ur. v. 21.07.2023 (rechtskräftig seit 29.07.2023). Das *AG Memmingen* erließ dabei am 21.09.2022 neuen Haftbefehl gegen den Angekl. wegen der in der Anklage unter Tatkomplexen [1–7] geschilderten Taten. Bei der Eröffnung dieses neuen Haftbefehls am 21.09.2022 wurde der Haftbefehl v. 22.04.2022 bereits durch das *AG Memmingen* aufgehoben.

Mit Schreiben vom 25.07.2023 beantragte die StA beim *LG Memmingen* im gegenständlichen Strafverfahren [...] den Erlass eines Haftbefehls gegen den Angekl. betr. die Anklageziff. [1–6].

Mit Schreiben v. 28.08.2023 hielt die StA an ihrem Haftbefehlsantrag v. 25.07.2023 fest und begründete dies vor allem damit, dass gegen eine Verwertbarkeit der ANOM-Daten aus ihrer Sicht keine Bedenken bestünden.

Durch Beschl. v. 04.09.2023 lehnte das *LG Memmingen* den Erlass eines Haftbefehls ab und hob den Haftbefehl des *AG Memmingen* v. 22.04.2022 auf. Dies sollte die Aufhebung der geltenden Haftbefehle sein, sodass damit auch der Haftbefehl des *AG Memmingen* v. 21.09.2022 aufgehoben wurde.

Seine Entscheidung, den Erlass des beantragten Haftbefehls abzulehnen, hat das *LG Memmingen* im Wesentlichen damit begründet, dass sich der Angekl. zu den Tatkomplexen [1–6] nicht eingelassen habe und die ANOM-Chatprotokolle nicht verwertbar seien, andere Beweismittel aber nicht vorlägen.

Der Angekl. habe über den ANOM-Messengerdienst unter der Jabber-ID »shoulddouter« offen über die Angekl. Btm-Geschäfte kommuniziert. Das einzige Beweismittel zum Nachweis der im Strafverfahren [...] verfahrensgegenständlichen Tatvorwürfe Nr. [1–6] der Anklageschrift stellten die gesicherten Chat-Verläufe des Krypto-Messengerdienstes ANOM dar, diese seien aber nach der Einschätzung der *StrK* nicht verwertbar. Andere Beweismittel gäbe es nicht.

Die *StrK* führte in der Begründung unter Bezugnahme auf das Hauptverhandlungsprotokoll im Verfahren [...] weiter aus, sie habe im

Ursprungsverfahren [...] vor der Abtrennung der Tatvorwürfe aus Nr. [1–6] der Anklageschrift im Freibeweisverfahren bereits umfangreich Beweis erhoben über den Verfahrensgang zur Erlangung dieser Chatverläufe des Krypto-Messengerdienstes ANOM.

Mit – nicht rechtskräftigem – Urt. v. 21.08.2023 habe die *StrK* auch bereits den vorgenannten anderweitig verfolgten [...] freigesprochen, denn hinsichtlich der Chat-Verläufe des Krypto-Messengerdienstes ANOM läge ein Beweisverwertungsverbot vor.

Die *StrK* gehe auch im Verfahren [...] von einem Beweisverwertungsverbot hinsichtlich der ANOM-Chatverläufe aus. Sonstige Beweismittel seien nicht vorhanden. Es bestehe daher gegen den Angekl. hinsichtlich der Tatvorwürfe [1–6] kein dringender Tatverdacht.

Die *StrK* hat in diesem Beschl. Ausführungen zu ANOM gemacht und gerügt, dass die Identität des Drittlands bei ANOM (anders bei Encrochat: dort war es bekanntermaßen Frankreich) unbekannt sei. Daher lägen auch keine Gerichtsbeschl. aus dem unbekanntem Drittland vor. Trotz entspr. Ermittlungsbemühungen der *StrK* seien solche auch nicht vorgelegt worden.

Aus den im Verfahren [...] vorgelegten dienstlichen Stellungnahmen zweier Beamter der GStA Frankfurt/M. v. 06.04.2022 und v. 13.04.2023 gehe hervor, dass das FBI selbst die Plattform ANOM entwickelt und betrieben hat. Auch der GStA Frankfurt/M. ist weder das Drittland, bei dem es sich um einen Mitgliedsstaat der EU handeln soll, noch die dort nach der Behauptung des FBI ergangenen Gerichtsbeschl. bekannt.

Eine Einsichtnahme und Überprüfung der Gerichtsbeschl. zur Erhebung der ANOM-Daten sei den Verfahrensbeteiligten und der *StrK* daher nicht nur derzeit, sondern auch künftig nicht möglich aufgrund der auch für die Zukunft verweigerten Preisgabe weiterer Information durch das FBI. Das Drittland habe um Anonymität gebeten.

Beweisverwertungsverbote greifen nur beim Vorliegen schwerer Mängel ein. Es müsse also – so führt die *StrK* im Ablehnungsbeschl. aus – ein schwerer Mangel vorliegen, der das gegenseitige Vertrauen erschüttere. Nur das könne ein deutsches Gericht feststellen.

I.R.v. Haftvorlagen bzw. Beschwerdeentscheidungen hätten sich auch Gerichte so positioniert, dass die ANOM-Daten mit hoher Wahrscheinlichkeit bzw. vorläufig als vertretbar angesehen wurden (*OLG Saarbrücken*, Beschl. v. 30.12.2022 – 4 HE 35/22; *OLG Frankfurt/M.*, Beschl. v. 14.02.2022 – 1 HEs 509/21; v. 22.11.2021 – 1 HEs 427/21; *OLG Karlsruhe*, Beschl. v. 29.11.2021 – HE 1 Ws 313–315/21; *OLG Jena*, Beschl. v. 17.01.2022 – 3 Ws 476/21; *OLG Stuttgart*, Beschl. v. 21.12.2021 – H 6 Ws 176–177/21).

Die Rspr. zu EncroChat-Fällen, bei denen bekannt sei, dass sich der Server in Frankreich befunden habe und die erforderlichen Beschl. durch französische Gerichte erlassen wurden, sei auf die ANOM-Chatverläufe nicht übertragbar.

Das FBI und das US-amerikanische Justizministerium gäben bei ANOM das den Server beherbergende Drittland nicht preis, sie gäben auch keinerlei Informationen zu etwaigen dort ergangenen gerichtlichen Beschl. Gerichtliche Beschl. eines – nicht namentlich genannten – Drittlands seien daher nur »vom Hörensagen« bekannt. Damit hätten sich die vorgenannten Gerichtsentscheidungen aber gar nicht befasst.

Dort könne den Gerichten bei Erlass dieser Entscheidungen auch keinesfalls der im hiesigen Verfahren [...] durch die *StrK* in der bis 21.07.2023 andauernde Hauptverhandlung erlangte Kenntnisstand vorgelegt haben.

Für den Angekl. bestünde somit mangels Bekanntgabe gerichtlicher Beschl. im Drittland, das auch als solches gerade nicht genannt werde, keine Verteidigungsmöglichkeit gegen die erfolgte Überwachung.

Er könne sich gegen – nicht nachvollziehbar belegte – gerichtliche Beschl. aus einem nicht bekannt gegebenen Drittland nicht zur Wehr setzen. Es bestehe für den Angekl. damit eine mit dem Grundsatz des fairen Verfahrens nicht vereinbare Rechtsschutzlücke.

Darüber hinaus könne auch nicht ausgeschlossen werden, dass es sich bei dem nicht bekannt gegebenen Drittland um Deutschland handle. Handle es sich um Deutschland, so führe die Nichtbekanntgabe des Drittstaates im Erg. dazu, dass ein deutsches Gericht die nach der StPO von einem deutschen Ermittlungsrichter erlassenen Beschl. zur Kommunikationserhebung nicht überprüfen könne, obwohl die Ermittlungsmaßnahme in Deutschland erfolgt sei.

Damit läge eine bewusste und vorsätzliche Umgehung der maßgeblichen Vorschriften der StPO zur Kommunikationsüberwachung vor, welche die Unverwertbarkeit der Beweise zur Folge hätte. Ein sog. Befugnis-Shopping i.S.e. planmäßigen Umgehung der eigenen nationalen Vorschriften könne nicht ausgeschlossen werden.

Die *StrK* sei auch nicht davon überzeugt, dass gegen jeden Erwerber bzw. Nutzer eines ANOM-Krypto-Handys ein Anfangsverdacht der Begehung von Straftaten besteht. Die von den Ermittlungsbehörden aufgestellte These, dass jeder Erwerber bzw. Nutzer dem kriminellen Milieu zuzuordnen sei und dass ausschließlich strafbare Inhalte auf Krypto-Handys generiert würden, sei ein pauschalierter Generalverdacht.

Im Erg. laufe dies auf eine auf einem Generalverdacht beruhende vollumfassende Überwachung aller Aktivitäten der ANOM-Nutzer hinaus, also auf eine anlasslose Massenüberwachung und damit auf eine im Kern geheimdienstliche Maßnahme. So erlangte Informationen könnten nicht zur Verwertung in Strafverfahren umgewidmet werden, da eine solche Maßnahme nach der StPO nicht zulässig sei und auch mit grundgesetzlichen Wertungen nicht in Einklang zu bringen sei (*BVerfG* NJW 2002, 2235 [2256]). Hinsichtlich der Einzelheiten wird auf den Beschl. v. 04.09.2023 Bezug genommen.

Gegen diesen Beschl. legte die StA mit Schreiben v. 07.09.2023 [...] Beschwerde ein, der das LG Memmingen mit Beschl. v. 11.09.2023 nicht abgeholfen hat.

Mit Schreiben v. 26.09.2023 [...] legte die GStA München dem *Senat* die Akten vor mit dem Antrag, auf die Beschwerde hin den Beschl. des *LG Memmingen* v. 04.09.2023 aufzuheben, Haftbefehl gegen den Angekl. entspr. dem Antrag v. 25.07.2023 zu erlassen und Beschränkungen nach §§ 116b, 119 StPO anzuordnen.

**II.** Die zulässig eingelegte Beschwerde erweist sich als unbegründet.

Der Erlass eines auf die Anklageziff. [1–6] bezogenen Haftbefehls wurde im Erg. schon deswegen vom *LG Memmingen* zu Recht abgelehnt, da derzeit keine Fluchtgefahr besteht, § 112 Abs. 1 und 2 StPO.

Denn der Angekl. befindet sich seit der Rechtskraft des Urt. des *LG Memmingen* v. 21.07.2023, mithin seit 29.07.2023 [...] in Strafhaft. Der im Urt. angeordnete Vorwegvollzug von 9 M. der Freiheitsstrafe wird noch bis 28.04.2024 andauern. Auch danach kommt der Angekl. nicht in Freiheit, sondern es schließt sich die im Urt. v. 21.07.2023 angeordnete Unterbringung des Angekl. in einer Entziehungsanstalt an.

Das Vorliegen einer Verdunkelungsgefahr wurde weder behauptet, noch liegen ausreichende Anhaltspunkte dafür vor. Damit fehlt es aber an den gem. § 112 Abs. 1 StPO erforderlichen Haftgründen. Ein Haftgrund der Wiederholungsgefahr § 112a Abs. 1 Nr. 2 StPO liegt derzeit ebenfalls nicht vor. Schon aus diesem Grund war die Beschwerde unbegründet und der Erlass des beantragten Haftbefehls abzulehnen.

Zudem besteht nach derzeitigem Verfahrensstand kein dringender Tatverdacht gegen den Angekl. hinsichtlich der verfahrensgenständlichen Taten. Diese können alle nur bei der

Bejahung der Verwertbarkeit der den Angekl. belastenden ANOM-Chats nachgewiesen werden. Nach derzeitigem Aktenstand erscheint im gegenständlichen Verfahren eine Verwertbarkeit der ANOM-Chats als Beweismittel aber zweifelhaft.

Auf die Ausführungen des *LG Memmingen* in der angefochtenen Entscheidung wird Bezug genommen. Soweit das *LG* ausgeführt hat, dass die bekannt gewordenen gerichtlichen Entscheidungen, die von der Verwertbarkeit der ANOM-Chatverläufe ausgegangen seien, keinesfalls über den Erkenntnisstand der *StrK* aus der von dieser bis 21.07.2023 andauernden Hauptverhandlung verfügt hätten, ist dem nichts Tragfähiges entgegenzusetzen. Offensichtlich hat die Hauptverhandlung vor dem *LG* auch ergeben, dass die *GStA Frankfurt/M.* keine Kenntnisse zu einem Drittland, noch zu dort ggf. ergangenen Gerichtsbeschl. eruieren konnte.

Das Beschwerdevorbringen rechtfertigt keine abweichende Sachentscheidung.

Zu den von der Bf. genannten gerichtlichen Entscheidungen ist festzustellen, dass jedenfalls der *BGH* über eine Verwertbarkeit bzw. Unverwertbarkeit von ANOM-Chats noch nicht entschieden hat. Zur Überzeugung auch des *I. StrS* nach derzeitiger Aktenlage erscheinen die Ausführungen des *BGH* zu EncroChats als solche nicht übertragbar auf ANOM-Chats, da diese ANOM-Chats auf flächendeckenden Maßnahmen des US-amerikanischen FBI beruhen, dazu ein Drittland weder vom FBI, noch vom US-amerikanischen Justizministerium benannt wird, obwohl dieses den befragten Stellen bekannt sein müsste, und zugleich von den befragten US-amerikanischen Stellen nur behauptet wird, dass in einem Drittland gerichtliche Entscheidungen ergangen seien.

Hierbei war auch folgendes zu bedenken: Das FBI ist die zentrale Sicherheitsbehörde der Vereinigten Staaten. In ihr sind sowohl Strafverfolgungsbehörde als auch Inlandsgeheimdienst der US-Bundesregierung zusammengefasst. Als Nachrichtendienst betreibt das FBI die Vorfeldaufklärung möglicher Bedrohungen unabhängig von konkretem Verdacht. Daneben leistet das FBI auch im Wege der Amtshilfe technische Unterstützung für andere Ermittlungsbehörden.

Weder das FBI, noch das US-amerikanische Justizministerium geben das Drittland bekannt. Sie behaupten, in diesem – in Europa liegenden – Drittland seien Gerichtsbeschl. ergangen, ohne dass das *LG Memmingen* hier, mangels Erkenntnissen zum Drittland und zu dort ggf. ergangenen Gerichtsbeschl., irgendeine Art von Ansatzpunkten für eine Überprüfung hat.

Dies haben die Gerichte bei ihren vorgenannten Entscheidungen für unschädlich gehalten. Dem steht ggü., dass in der Literatur bereits die Verwertbarkeit von EncroChats als Beweismittel durchaus umstritten war und ist. Zu Geräten mit EncroChat-Kryptierung wurde bei BeckOK-StPO/*Graf*, 48. Ed. 01.01.2023, StPO § 100a Rn. 99a, 99b ausgeführt:

Die vor allem im Bereich des illegalen Btm-Handels etwa ab 2017 verstärkt verwendeten Krypto-Handys verfügten über folgende Anwendungen: 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 solche Kommunikation konnte nur zwischen Kunden von EncroChat erfolgen. Derartige Telefone

konnten zudem nicht über offizielle Vertriebskanäle erworben werden, sondern wurden von Verkäufern etwa auf Ebay zum Preis von 1.610 € angeboten, wobei dieser Preis eine Nutzerlizenz für die Dauer von 6 M. beinhaltete. Weitere Recherchen hatten ergeben, dass keine legal existierende Gesellschaft namens »EncroChat« feststellbar war 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. Die von französischen Ermittlungsbehörden erlangten Daten von EncroChat-Nutzern sind auch in deutschen Ermittlungs- und Strafverfahren verwertbar. Die (widerlegbare) Vermutung rechtmäßigen Handelns wird nicht dadurch in Frage gestellt, dass die von den französischen Behörden eingesetzten Mittel tlw. der Geheimhaltung unterliegen (*BGH BeckRS 2022, 5306*; vgl. auch *BGH BeckRS 2022, 22161*).

Ganz anders wurde bei *Graf*, a.a.O. Rn. 99c zum Messenger-Kryptodienst ANOM folgendes ausgeführt:

Ob Chatprotokolle, welche mit dem durch das US-Amerikanische FBI gefakten Messenger-Kryptodienst ANOM erlangt worden sind, tatsächlich auch in deutschen Strafverfahren verwertbar sind (so *LG Darmstadt StV 2022, 280* [m. Anm. *C. Nestler*): mit hoher Wahrscheinlichkeit strafprozessual verwertbar; ebenso *OLG Frankfurt/M. NJW 2022, 710*), hängt davon ab, wie sich der konkrete Sachverhalt darstellt und inwieweit der Nutzer bei der Installation über die Vertrauenswürdigkeit der App getäuscht wurde; ob die Daten nach ausländischem Recht verwertbar wären, ist nicht entscheidend, wenn diese tatsächlich in Deutschland ausgelesen wurden.

Im MüKo-StPO, 2. Aufl. 2023, führt *Rückert* zu § 100e in den Rn. 90–93c zur Frage der Verwertbarkeit der Daten und zur Rechtmäßigkeit der ursprünglichen Datenerhebung betreffend die EncroChats aus:

Eine Fernwirkung der Verwendung von unverwertbaren Erkenntnissen oder unter Verstoß gegen den Grundsatz des hypothetisch rechtmäßigen Ersatzeingriffs in anderen Strafverfahren beurteilt sich nach den allgemeinen Grundsätzen zur Fernwirkung von Beweisverwertungsverböten. In den »EncroChat« Fällen war weder klar, in welches Grundrecht eingegriffen worden war, noch waren hinreichend Informationen über das genaue Vorgehen der französischen Behörden vorhanden, welche eine (hypothetische) Prüfung der Eingriffsgrundlage ermöglicht hätten. Es blieb unklar, »mit welchen technischen Maßnahmen die französischen Behörden genau gearbeitet haben, ob also Telekommunikationsüberwachungen nach § 100a, eine Online-Durchsuchung nach § 100b, eine Kombination beider Maßnahmen oder eine Maßnahme eigener Art« vorlag. Damit war nicht klar, ob mit der Verwendung der Daten in das Fernmeldegeheimnis nach Art. 10 Abs. 1 GG oder in das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme nach Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 Abs. 1 GG oder in beide eingegriffen wurde. Selbst bei Unterstellung des nach der »potentiell intensivsten« Eingriffs der Online-Durchsuchung war es auch nicht möglich, die hypothetische Einhaltung der Voraussetzungen des § 100b zu prüfen. Zu diesen gehört nämlich auch – was die Oberlandesgerichte übersehen –, dass das eingesetzte Spähprogramm die Grenzen von § 100b Abs. 4 iVm § 100a Abs. 5 einhält. Zu fragen wäre also gewesen, ob die Daten auch mit einem technischen Mittel hätten erhoben werden können, welches die technischen Anforderungen nach § 100a Abs. 5 erfüllt.

Auch eine Prüfung der Subsidiaritätsklausel und der Verhältnismäßigkeit der Maßnahme sind nur möglich, wenn das genaue technische Vorgehen und damit die konkrete Eingriffsintensität bekannt ist. Sollen also Daten, die durch ausländische Behörden erhoben wurden, auf Grundlage von § 100e Abs. 6 (für § 479 Abs. 2 S. 1 wird im Übrigen dasselbe zu gelten haben) in einem deutschen Strafverfahren verwertet werden, muss sich das Gericht (bzw. vorgängig die Straf-

verfolgungsbehörden) so exakte Kenntnis vom genauen technischen Vorgehen der ausländischen Strafverfolgungsbehörden verschaffen, dass klar ist, in welches Grundrecht eingegriffen wurde, welche Eingriffsgrundlage nach der deutschen StPO einschlägig wäre und eine hypothetische Prüfung dieser Eingriffsgrundlage vollständig möglich ist. Wurden die Daten von ausländischen Strafverfolgungsbehörden gesammelt, während sich die Zielperson auf deutschem Staatsgebiet befand, sind außerdem die Art. 31 EAA und § 91g Abs. 6 IRG zu beachten. Eine fehlende Unterrichtung der deutschen Behörden kann – wenn die Maßnahme der ausländischen Strafverfolgungsbehörden in einem vergleichbaren inländischen Fall nicht genehmigt worden wäre – zu einem Beweisverwertungsverbot führen.

Schließlich ergibt sich bereits aus den bekannten Informationen über das Vorgehen der französischen Behörden, dass die von ihnen durchgeführten Maßnahmen den Maßstäben des hypothetisch rechtmäßigen Ersatzeingriffs wegen grundsätzlicher Bedenken nicht entsprechen würden. So wurden von den französischen Strafverfolgern i.R.e. gegen die »Betreiber« von EncroChat geführten Strafverfahren nicht nur deren Server mit der Spähsoftware infiltriert, sondern auch die Geräte von über 30 000 Nutzern von EncroChat gegen die zum Zeitpunkt der Maßnahme jenseits der Nutzung der EncroChat-Geräte – soweit der Sachverhalt bekannt ist – keine weiteren Verdachtsmomente bestanden. Vor diesem Hintergrund scheitert eine hypothetische Rechtmäßigkeitsprüfung an zwei Punkten: Erstens übersteigt die Eingriffsintensität der Maßnahme sogar die Grenzen von § 100b. Neben der heimlichen Infiltration der Geräte und des damit einhergehenden schwerwiegenden Eingriffs in die Integrität der Geräte und die Vertraulichkeit der Datenverarbeitung auf den Geräten, wie sie § 100b grundsätzlich zulässt, weist die Maßnahme eine extrem große Streubreite auf. Es wurden eben nicht nur – wie es § 100b vorsieht – gezielt einzelne Geräte von Tatverdächtigen oder Personen i.S.v. § 100b Abs. 3 infiltriert, sondern alle Mobiltelefone eines bestimmten Modells von EncroChat.

Die Kombination aus Integritätsverletzung, Erhebung großer Datenmengen mit großer Informationsdichte und -vielfalt und die große Streubreite führen zur Unverhältnismäßigkeit der Maßnahme. Bei einer hypothetischen Prüfung von § 100b müsste also gezeigt werden, dass die betr. Personen alle selbst tatverdächtig sind oder die Voraussetzungen von § 100b Abs. 3 vorliegen. Dies führt zum zweiten Punkt: Soweit dem Verfasser der Sachverhalt bekannt ist, fehlte es für die Anordnung an einem individualisierten Tatverdacht gegenüber den betr. Nutzern. Die Maßnahme wurde letztlich darauf gestützt, dass diese eine anonyme und verschlüsselte Kommunikationsmöglichkeit nutzten, die bekanntermaßen auch von Kriminellen genutzt wird. Dies allein begründet jedoch keine »bestimmten Tatsachen«, auf die sich ein qualifizierter Tatverdacht i.S.v. § 100b gegen die einzelnen Nutzer stützen lässt. Zwar ist richtigerweise für die hypothetische Rechtmäßigkeitsprüfung auf den Sach- und Kenntnisstand zum Zeitpunkt der Zweckumwidmung abzustellen. Allerdings dürfen keine Kenntnisse zugrunde gelegt werden, die sich erst aus der Auswertung der Daten ergeben hätten. Denn diese stehen erst nach der Zweckumwidmung zur Verfügung.

Der individualisierte qualifizierte Tatverdacht i.S.v. § 100b Abs. 1 müsste sich also auf andere neue Erkenntnisse stützen lassen, welche über die bloße Nutzung der EncroChat-Mobiltelefone und -Dienstleistungen hinausgeht. Ob solche Erkenntnisse zum Zeitpunkt der Übermittlung der Daten an die deutsche Strafverfolgung vorliegen, ist eine Frage, die im jew. einzelnen Verfahren zu beantworten ist. Nachdem sich der 6. Strafsenat des BGH lediglich in einem obiter dictum zu einer unzulässigen Verfahrensrüge ohne Begründung für eine Verwertbarkeit der EncroChat-Daten ausgesprochen hatte, hat der 5. Senat nun eine Verwertbarkeit der Daten mit ausführlicher Begründung vollumfänglich bejaht.

Der BGH verneint dabei die Anwendbarkeit des § 100e Abs. 6 Nr. 1 auf den Fallkomplex EncroChat mit der Begründung, die Maßnahmen der französischen Strafverfolgungsbehörden seien gerade

keine Maßnahmen nach den §§ 100b, 100c gewesen, was § 100e Abs. 6 Nr. 1 voraussetze. Aufgrund der Besonderheiten des Rechts-hilferechts und des europäischen Rechtsrahmens seien die Maßstäbe für die Verwertbarkeit von durch ausländische Ermittlungseingriffe erlangte Beweismittel nicht vollständig identisch mit denjenigen, welche für inländische Ermittlungsmaßnahmen gelten. Allerdings könne zur Gewährleistung des notwendigen Grundrechtsschutzes auf die in den strafprozessualen Verwendungsbeschränkungen »verkörperten Wertungen« – hier also § 100e Abs. 6 Nr. 1 – zurückgegriffen werden, um eine mangelnde Überprüfung der Eingriffsschwellen des französischen Strafverfahrensrechts auszugleichen. Die Voraussetzungen der in § 100e Abs. 6 Nr. 1 verkörperten Wertungen lägen indes vor, weil für die Bejahung des notwendigen Tatverdachts im Verwertungszeitpunkt auch auf die EncroChat-Daten selbst zurückgegriffen werden dürfe.

Weder bedürfe es allerdings einer über § 261 StPO hinausgehenden Rechtsgrundlage für die Umwidmung der Daten aus den französischen Strafverfahren zur Verwendung in deutschen Strafverfahren noch müsse es im deutschen Strafverfahrensrecht eine vergleichbare Ermittlungsmaßnahme geben. Diese Auffassung verkennt, dass sowohl nach deutschem Verfassungsrecht als auch nach europäischem Datenschutzrecht (Art. 4 Abs. 2 und Art. 8 RL 2016/680/EU) jede Verarbeitung personenbezogener Daten einer gesetzlichen, normenklaaren und spezifischen Rechtsgrundlage bedarf – hierzu zählt insb. auch die zweckumwidmende Verwendung von Daten in strafprozessualen Ermittlungsverfahren. § 261 StPO stellt dabei nur eine Rechtsgrundlage für die Beweisverwertung durch die Tatgerichte, nicht aber eine Rechtsgrundlage für die Verwendung der Daten durch die Strafverfolgungsbehörden im Ermittlungsverfahren dar.

Der strafprozessuale Begriff der Verwendung umfasst dabei jede Nutzung der Daten durch die Strafverfolgungsbehörden im Ermittlungsverfahren, wie die Analyse, Auswertung, Speicherung, Übermittlung und das Ziehen von Schlüssen aus den Daten zur Gewinnung eines Tatverdachts für weitere Ermittlungsmaßnahmen oder die Anklageerhebung. Auf die §§ 161, 163 kann angesichts der massiven Grundrechtseingriffe durch die heimliche Infiltration von über 30.000 Mobilfunkgeräten offensichtlich auch nicht zurückgegriffen werden, da diese auf geringfügige Grundrechtseingriffe beschränkt sind.

Verneint der BGH nun die Anwendbarkeit von § 100e Abs. 6 Nr. 1 (und damit wohl auch die von § 479 Abs. 2 S. 1 für die »laufenden« Telekommunikationsdaten), fehlt es an einer notwendigen Rechtsgrundlage für die Verwendung der EncroChat-Daten durch die Strafverfolgungsbehörden im Ermittlungsverfahren. Der BGH hätte sich somit auf Grundlage seiner Ablehnung der Anwendbarkeit von § 100e Abs. 6 Nr. 1 mit der Frage auseinandersetzen müssen, ob aus der rechtsgrundlosen Verwendung der Daten durch die Strafverfolgungsbehörden im Ermittlungsverfahren (entspricht der Beweiserhebung) ein unselbständiges Beweisverwertungsverbot folgt.

Es geht bei der Prüfung der Eingriffsschwere i.R.d. Beweisverwertung nämlich nicht um eine Überprüfung ausländischer Ermittlungsmaßnahmen an ausländischem Recht, sondern um die Anwendung des § 261 StPO als innerstaatliches Recht auf die Beweisverwertung im deutschen Urte. und damit um einen innerstaatlichen Sachverhalt. Der beehrte zweckumwidmende Transfer der Daten vom französischen in das deutsche Strafverfahren richtet sich im deutschen Recht nach §§ 100e Abs. 6 Nr. 1 (für auf den infiltrierten Geräten gespeicherte Daten jenseits der Grenze des § 100a Abs. 1 S. 3 StPO) und 479 Abs. 2 S. 1 StPO (für die »laufenden« Telekommunikationsdaten). Dieser Weg würde somit ebenfalls zur Anwendbarkeit von § 100e Abs. 6 Nr. 1 und § 479 Abs. 2 S. 1 führen. Diese Prüfung hätte – wie oben ausgeführt ergeben, dass die Verwendung der Daten nicht zulässig gewesen wäre.

Die vorgenannten Zweifel an der – vom BGH jedoch bejahten – Verwertbarkeit der EncroChats haben im gegenständ-

lichen Strafverfahren betr. den Nachweis von Tathandlungen nur durch die ANOM-Chats umso stärkeres Gewicht, als hier bereits ausführliche Aufklärungsarbeit im Strafverfahren durch das LG geleistet wurde, ohne dass ein Drittland benannt oder bekannt wurde und es auch in Zukunft offenbar nicht benannt werden wird. Auch das Vorbringen, es habe im Drittland Gerichtsentscheidungen gegeben, steht ohne Nachweis im Raum, auch dies hat die Hauptverhandlung vor dem LG bereits ergeben. Im gegenständlichen Strafverfahren erscheint daher die Verwertbarkeit der ANOM-Chats mind. zweifelhaft, weswegen die ANOM-Chats im derzeitigen Aktenstand keinen dringenden Tatverdacht begründen. Hierbei war folgendes zu bedenken:

Die ANOM-App diene dem FBI zur Abhörung vermeintlich abhörsicherer Handykommunikation. Diese App schuf das FBI selbst und vertrieb sie über ein Scheinunternehmen für verschlüsselte Telefone. Einmal installiert konnte auf dem Handy nur noch über ANOM kommuniziert werden. Alle außerhalb der USA versandten Nachrichten waren mittels eines Masterkeys des FBI zu entschlüsseln (*OLG Frankfurt NJW* 2022, 710), sie wurden automatisch gespiegelt und an einen zentralen Server weitergeleitet. Der Server durfte nicht auf US-amerikanischem Boden stehen und das FBI durfte mit dieser Methode keine US-Bürger abhören. Ein erster Server wurde deswegen in Australien gehostet, dessen Gerichte untersagten jedoch die Datenweitergabe an die USA und weitere Staaten.

Deswegen suchte das FBI nach einem neuen Drittstaat und fand ihn in der EU (BT-Drs. 20/1249, S. 6). Dort hat die BReg die Frage 10 (Was ist der BReg darüber bekannt, auf welche Weise sich das FBI für die »Operation Trojan Shield« Zugang zu den Daten des Kryptodienstes »ANOM« verschaffte?) geantwortet: Nach hier vorliegendem Informationsstand erhielt das FBI die Daten per Rechtshilfe von einem nicht bekannten Mitgliedstaat in der EU, da die Daten zunächst an einen dort befindlichen Server ausgeleitet worden waren. Auf die weitere Frage (a. Wurden nach Kenntnis der BReg die Daten von dem Kryptodienst direkt auf Server unter Kontrolle des FBI ausgeleitet oder auf Server in einem Drittstaat?) antwortete die BReg: Nach hier vorliegendem Informationsstand wurden die Daten zunächst an einen Server in einem nicht bekannten Mitgliedstaat der EU ausgeleitet und erst von dort auf Grundlage eines Rechtshilfeersuchens an einen Server des FBI in den USA weitergeleitet. Auf die weitere Frage (b. Ist dem BKA dieser Drittstaat bekannt, und falls nein, aus welchem Grund bleibt dieser geheim?) antwortete die BReg: Der Drittstaat ist dem BKA ebenso wenig bekannt wie der Grund für dessen Geheimhaltung durch das FBI. Auf die weitere Frage (c. Erhielten deutsche Behörden bzw. erhielt Europol die Daten aus dem Kryptodienst »ANOM« aus diesem Drittstaat oder vom FBI selbst?) antwortete die BReg: Das FBI stellte die Daten dem BKA und Europol zur Verfügung. Hinsichtlich der Einzelheiten wird auf die vorgenannte BT-Drs. Bezug genommen.

Der Drittstaat ist somit weder der BReg noch auch dem BKA bekannt. Angeblich sollen die Gerichte dieses Drittstaats Beschl. erlassen haben, die eine Auswertung und Weitergabe dieser Daten an das FBI gestatteten. Auch dies kann nicht überprüft werden.

Die bekannt gewordenen gerichtlichen Entscheidungen zu ANOM-Chats gehen offensichtlich davon aus, dass der Ver-

teidigung keine weiteren Erkenntnisse außerhalb der Akten zur Verfügung gestellt werden müssten (vgl. »Strafverfolgung in Deutschland aufgrund US-amerikanischer Daten« von StA Simon Pschorr und Prof. Dr. Liane Wörner, StV 2023, 274 ff., 279 ff.).

Durch die Trennung von beweishebendem und beweiswertendem Staat werden bei der Verwertung von ANOM-Chats die Verteidigungsrechte von Angekl. erheblich beschränkt; es werden aber auch die Aufklärungsmöglichkeiten des befassten Strafgerichts erheblich eingeschränkt, ohne dass bei Beginn der Abmaßnahmen ein individualisierter Tatverdacht gegen die betr. Personen überhaupt vorlag. Im Gegenteil, die ANOM-App wurde vom FBI unbeschränkt verbreitet und die Abhörung unbeschränkt vorgenommen, ob die Nutzer zuvor hinreichend verdächtig waren oder nicht. Aus diesem Grund bestehen erhebliche Zweifel daran, ob für die Datenerhebungen nach US-amerikanischem Recht oder nach deutschem Recht eine Ermächtigungsgrundlage besteht. Gleiches gilt für die Weitergabe von Daten an die ermittelnden Behörden.

Der BGH hat über die Verwertbarkeit von ANOM-Chats bislang nicht entschieden.

Die EncroChats, die vom BGH für verwertbar gehalten wurden, sind jedoch mit den Problemstellungen bei den ANOM-Chats nur schwerlich vergleichbar. Denn bei ANOM ist weder das vom FBI (nach Australien) als neues Drittland gewonnene Drittland bekannt, noch die von diesem unbekanntem Drittland erlassenen gerichtlichen Beschl.

Zudem ist derzeit beim *EuGH* unter Az. C-670/22 aufgrund einer Vorlage durch das LG Berlin ein Verfahren zu EncroChats anhängig. Auch beim *BVerfG* sind noch einige Verfassungsbeschwerden im Zusammenhang mit EncroChat anhängig.

Da die Verwertbarkeit der ANOM-Chats im gegenständlichen Strafverfahren nach derzeitigen Verfahrensstand somit fraglich ist, kann sich hierauf kein dringender Tatverdacht stützen. Auch dies steht dem Erlass eines Haftbefehls entgegen.

Mitgeteilt von RAin Julia Weinmann, München.

## Haftbefehl als Grundlage weiterer Freiheitsentziehungen

StPO §§ 112, 123, 124

**Mit der Rechtskraft eines Strafurteils wird ein U-Haftbefehl in dem Sinne gegenstandslos, dass er jedenfalls nicht mehr Grundlage einer tatsächlichen Freiheitsentziehung sein kann. (amtl. Leitsatz)**

KG, Beschl. v. 22.06.2022 – 3 Ws 145/22

**Aus den Gründen:** I. Das *AG Tiergarten* hat den Angekl. am 01.12.2021 wegen unerlaubten Handelns mit Btm in sechs Fällen und wegen unerlaubten Handelns mit Btm in nicht geringer Menge zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von 3 J. verurteilt. Nach den Urteilsfeststellungen hatte der Angekl. in allen Fällen mit Heroin gehandelt. Gegen das Ur. haben der Angekl. und die StA Berufung eingelegt, letztere hat das Rechtsmittel auf den Rechtsfolgenausspruch beschränkt. Am 13.05.2022 hat die Berufungshauptverhandlung stattgefunden, in welcher die *BerufungsK* dem Angekl. in Aussicht gestellt hat, ihn mit Meldeauflagen und gegen