

BStGer RR.2023.47 vom 20. September 2023

Bundesstrafgericht, 2023-09-20, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bstger_RR.2023.47

FR: TPF RR.2023.47 du 20 septembre 2023

IT: TPF RR.2023.47 del 20 settembre 2023

Regeste

Herausgabe von Beweismitteln (Art. 74 IRSG); unentgeltliche Rechtspflege (Art. 65 VwVG)

Erwägungen

E. 1.1

Für die Rechtshilfe zwischen der Schweiz und Deutschland sind primär das Europäische Übereinkommen vom 20. April 1959 über die Rechtshilfe in Strafsachen (EUeR; SR 0.351.1), das hierzu ergangene zweite Zusatzprotokoll vom 8. November 2001 (ZPII EUeR; SR 0.351.12) sowie der Vertrag vom 13. November 1969 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft

- 4 -

und der Bundesrepublik Deutschland über die Ergänzung des EUeR und die Erleichterung seiner Anwendung (SR 0.351.913.61) massgebend. Ausserdem gelangen die Bestimmungen der Art. 48 ff. des Übereinkommens vom 19. Juni 1990 zur Durchführung des Übereinkommens von Schengen vom 14. Juni 1985 (Schengener Durchführungsübereinkommen, SDÜ; ABl. L 239 vom 22. September 2000, S. 19-62) zur Anwendung, wobei die zwischen den Vertragsparteien geltenden weitergehenden Bestimmungen aufgrund bilateraler Abkommen unberührt bleiben (Art. 48 Abs. 2 SDÜ; Art. 26 Abs. 2 und 3 EUeR; ZIMMERMANN, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, 5. Aufl. 2019, N. 18-21, 28-40, 77, 109).

E. 1.2

Soweit diese Staatsverträge bestimmte Fragen nicht abschliessend regeln, gelangen das Bundesgesetz vom 20. März 1981 (Rechtshilfegesetz, IRSG; SR 351.1) und die Verordnung vom 24. Februar 1982 über internationale Rechtshilfe in Strafsachen (Rechtshilfeverordnung, IRSV; SR 351.11) zur Anwendung (Art. 1 Abs. 1 lit. b IRSG). Das innerstaatliche Recht gelangt nach dem Günstigkeitsprinzip auch dann zur Anwendung, wenn es geringere Anforderungen an die Rechtshilfe stellt (BGE 145 IV 294 E. 2.1; 142 IV 250 E. 3; 140 IV 123 E. 2; jeweils m.w.H.). Vorbehalten bleibt die Wahrung der Menschenrechte (BGE 145 IV 294 E. 2.1; 123 II 595 E. 7c; TPF 2016 65 E. 1.2).

E. 1.3

Auf Beschwerdeverfahren in internationalen Rechtshilfeangelegenheiten sind zudem die Bestimmungen des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021) anwendbar (Art. 39 Abs. 2 lit. b i.V.m. Art. 37 Abs. 2 lit. a Ziff. 1 des Bundesgesetzes vom 19. März 2010 über die Organisation der Strafbehörden des Bundes [StBOG; SR 173.71]), wenn das

IRSG nichts anderes bestimmt (siehe Art. 12 Abs. 1 IRSG).

E. 2.1

Die Schlussverfügung der ausführenden kantonalen Behörde oder Bundesbehörde unterliegt zusammen mit den vorangehenden Zwischenverfügungen der Beschwerde an die Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts (Art. 25 Abs. 1 und Art. 80e Abs. 1 IRSG i.V.m. Art. 37 Abs. 2 lit. a Ziff. 1 StBOG). Die Beschwerdefrist gegen die Schlussverfügung beträgt 30 Tage ab der schriftlichen Mitteilung der Verfügung (Art. 80k IRSG).

Die vorliegende Beschwerde richtet sich gegen die Eintretens- und Schlussverfügung vom 20. März 2023 der Beschwerdegegnerin und bildet ein

- 5 -

gültiges Anfechtungsobjekt. Die Beschwerde wurde form- und fristgerecht erhoben.

E. 2.2.1

Zur Beschwerdeführung ist berechtigt, wer persönlich und direkt von einer Rechtshilfemassnahme betroffen ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Art. 21 Abs. 3 und 80h lit. b IRSG). Ein schutzwürdiges Interesse liegt nicht schon dann vor, wenn jemand irgendeine Beziehung zum Streitobjekt zu haben behauptet. Vielmehr muss eine vom einschlägigen Bundesrecht erfasste «spezifische Beziehungsnähe» dargetan sein. Eine bloss mittelbare Betroffenheit genügt hingegen nicht (BGE 137 IV 134 E. 5.2.1; 128 II 211 E. 2.3; TPF 2020 180 E. 2.1). So ist für bloss indirekt Betroffene, insbesondere Personen, die zwar in den erhobenen Unterlagen erwähnt werden, aber nicht direkt von Zwangsmassnahmen betroffen bzw. Inhaber von sichergestellten Dokumenten sind, die Beschwerdebefugnis grundsätzlich zu verneinen (BGE 137 IV 134 E. 5.2.2; 128 II 211 E. 2.3; 123 II 153 E. 2b, je m.w.H.). Bei Beschlagnahmungen gilt grundsätzlich der Inhaber des beschlagnahmten Objekts – in Analogie zur Rechtslage bei Hausdurchsuchungen (vgl. Art. 9a lit. b IRSV; BGE 137 IV 134 E. 6.2; TPF 2007 79 E. 1.6 S. 82; 136 E. 3.1 und 3.3) – als persönlich und direkt betroffen (vgl. zum Ganzen TPF 2014 113 E. 3.2.2 S. 117 f. m.w.H.; s.a. Entscheid des Bundesstrafgerichts RR.2020.285 vom 11. Juni 2021 E. 2.2.1).

E. 2.2.2

Ordnet die ausführende Behörde die rechtshilfeweise Herausgabe von Akten eines schweizerischen Strafverfahrens oder Teile davon an, vermag der Umstand, dass in jenem Verfahren unmittelbar Zwangsmassnahmen angeordnet worden waren, per se nicht, die Legitimation der von jenen Zwangsmassnahmen betroffenen Person zur Beschwerde im Rahmen der Rechtshilfe zu begründen. Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts und Bundesstrafgerichts stellt die Übermittlung von Beweismitteln, die sich im Zeitpunkt des Rechtshilfeersuchens bereits im Besitz der schweizerischen Untersuchungsbehörden befinden, keine Zwangsmassnahme dar (BGE 126 II 462 E. 4b S. 464 f.; Urteile des Bundesgerichts 1C_624/2014 vom 18. Februar 2015 E. 1.2 und 1A.89/2005 vom 15. Juli 2005 E. 4.2; je mit Hinweisen; TPF 2007 79; Entscheide des Bundesstrafgerichts RR.2020.187-190 vom 28. September 2020 E. 3.2.3; RR.2019.5 vom 20. Februar 2019 E. 2.3.2; RR.2016.180 vom 19. Dezember 2016 E. 3.2; RR.2014.217-221 vom

E. 2.2.3

Vorliegend ist die Herausgabe der Aktenkopie mit dem Aktenzeichen VT.2020.20666, beinhaltend das rechtskräftige Urteil des Strafgerichts Basel-Stadt vom 22. September 2021 sowie ausgelesene Daten des sicher- gestellten Mobiltelefons bzw. der sichergestellten Mobiltelefone des Be- schwerdeführers sowie der Sky ECC-PIN des von ihm bei der Festnahme mitgeführten Kryptomobiltelefons bzw. seines Sky ECC-Nutzernamens an die ersuchende Behörde zu beurteilen (act. 1.2). Dabei handelt es sich um Verfahrensakten der schweizerischen Behörde. Personen, gegen die sich das betreffende schweizerische Verfahren richtete, sind nicht Inhaber dieser Unterlagen; mangels persönlicher und direkter Betroffenheit sind sie im Rechtshilfeverfahren nicht beschwerdelegitimiert und können die rechtshil- feweise Herausgabe von polizeilichen Rapporten sowie anderen im Verfah- ren erstellten Unterlagen oder (gerichtlichen) Entscheiden nicht anfechten (supra E. 2.2.2).

Dementsprechend ist dem Beschwerdeführer die Beschwerdelegitimation in Bezug auf die Herausgabe des rechtskräftigen Urteils des Strafgerichts Basel-Stadt vom 22. September 2021 abzusprechen.

Das oben Gesagte gilt ebenso in Bezug auf die Herausgabe der ausgelese- nen Daten der sichergestellten Mobiltelefone des Beschwerdeführers und der Zugangsdaten des Kryptomobiltelefons. Die Mobiltelefone wurden an- lässlich seiner Anhaltung am 6. Dezember 2020 sichergestellt, weshalb der Beschwerdeführer im Falle deren Herausgabe an die ausländische Behörde beschwerdebefugt gewesen wäre (supra E. 2.2.1). Indes hat die Beschwer- degegnerin vorliegend lediglich die Herausgabe der aus den Mobiltelefonen ausgelesenen Daten und nicht der Mobiltelefone selbst angeordnet. Damit sind von der Herausgabe Unterlagen bzw. Beweismittel betroffen, die von den Strafbehörden erstellt worden sind. Die von der Herausgabe betroffenen ausgelesenen Daten sowie die Zugangsdaten zum Kryptomobiltelefon wur- den damit im schweizerischen Strafverfahren gewonnen bzw. von den

- 7 -

Strafverfolgungsbehörden verfasst und befanden sich zum Zeitpunkt des Rechtshilfeersuchens bereits im Besitz der Beschwerdegegnerin. Die her- auszugebenden Daten und Zugangsdaten für das Kryptomobiltelefon stam- men aus dem inländischen Strafverfahren und damit «aus den Händen» der Beschwerdegegnerin. Der Beschwerdeführer war auch diesbezüglich nicht unmittelbar einer Zwangsmassnahme ausgesetzt. Der Beschwerdeführer ist in seiner Stellung als Eigentümer der Mobiltelefone von der Rechtshilfemass- nahme nicht betroffen, da von der Rechtshilfemassnahme lediglich ein Satz ausgelesener, d.h. kopierter Daten betroffen ist und ein Rückgabeanspruch des Beschwerdeführers bezüglich dieser Kopie nicht zur Diskussion steht. Aus diesem Grund ist die hierzu ergangene Rechtsprechung (vgl. u.a. Ent- scheidung des Bundesstrafgerichts RR.2020.285 E. 2.2.1; RR.2007.112 vom 19. Dezember 2007 E. 2.5) vorliegend nicht einschlägig. Ein schutzwürdiges Interesse im Sinne der Rechtsprechung zur Herausgabe von Einvernahme- protokollen (vgl. TPF 2020 180 E. 4.8.3) wird vom Beschwerdeführer nicht ausdrücklich geltend gemacht (vgl. aber infra E. 3.1 in fine). Angesichts der Natur der hier in Frage stehenden Daten und Informationen wäre es wohl zu bejahen. Diese Problematik braucht indes nicht näher vertieft zu werden, da die Beschwerde aus nachfolgenden Gründen materiell abzuweisen ist.

E. 3

März 2015 E. 3.2 und RR.2011.178 vom 30. Januar 2012 E. 3.2; GLESS/SCHAFFNER, Basler Kommentar, Internationales Strafrecht, 2015, Art. 21 IRSG N. 65).

- 6 -

Auch wo von den schweizerischen Strafakten polizeiliche Rapporte, andere im Verfahren erstellte Unterlagen oder (gerichtliche) Entscheide rechtshilfe- weise herausgegeben werden sollen, sind Personen, gegen die sich das be- treffende schweizerische Verfahren richtete, mangels persönlicher und di- rektter Betroffenheit, im Rechtshilfeverfahren nicht beschwerdelegitimiert (Entscheide des Bundesstrafgerichts RR.2023.1 vom 11. Mai 2023 E. 1.3.2.1; RR.2022.182 vom 1. März 2023 E. 3.2.1; RR.2021.35 vom 2. No- vember 2022 E. 2.4.3; RR.2020.187 vom 28. September 2020 E. 3.2.3; RR.2016.58 vom 2. Juni 2016; RR.2012.206 vom 19. Dezember 2012 E. 2.3).

E. 3.1

Der Beschwerdeführer bringt in materieller Hinsicht im Wesentlichen vor, im Ersuchen werde explizit festgehalten, dass er allein anhand der gesicherten Chatverläufe in den Fokus der Ermittlungen geraten sei. Der Tatverdacht ge- gen ihn gründe einzig auf den durch die französischen Behörden entschlüs- selten Daten aus dem EncroChat. Diese seien jedoch nicht verwertbar, da sie weder nach schweizerischem, französischem noch nach deutschem Recht rechtmässig erhoben worden seien und auf einer unzulässigen Be- weisausforschung gründen würden. Aus dem Ersuchen gehe weder hervor, wie die französischen Behörden an diese Daten gelangt seien, noch wie diese Daten anschliessend nach Deutschland übermittelt worden seien. Aus den öffentlichen Medien sei bekannt, dass bis heute völlig unklar sei, wie es möglich gewesen sei, den «Code» von EncroChat zu «knacken». Die fran- zösischen Behörden hätten den «Code» auch auf dem Schwarzmarkt von Hackern erwerben oder gar durch Folter erlangt haben können. Der franzö- sische Kassationsgerichtshof habe am 11. Oktober 2022 ein Urteil des Ap- pellationenrichters Nancy teilweise aufgehoben, da den ermittelnden Daten die erforderliche Authentifikationsbescheinigung gefehlt habe. In der Be- schwerde an den Kassationshof habe sich der dortige Beschwerdeführer ge- gen das Abfangen, Speichern und Verwerten der über das EncroChat-Sys- tem gesendeten Daten gewehrt. Das Urteil belege, dass die

- 8 -

Überwachungsmassnahmen nicht im Einklang mit dem französischen Straf- verfahrensrecht gestanden und somit rechtswidrig erhoben worden seien. Bevor die Schweizer Behörden Rechtshilfe leisten, müsse abgeklärt werden, wie die EncroChat-Daten entschlüsselt und übermittelt worden seien. Der Beschwerdeführer müsse im Rahmen des rechtlichen Gehörs selber über- prüfen können, ob die einschlägigen Verfahrensbestimmungen gewahrt wor- den seien. Ausserdem seien sämtliche Nutzer des EncroChats unabhängig eines konkreten Tatverdachts ausgeforscht worden, weshalb verschiedene Datenschützer und Rechtsexperten den «Hack» von EncroChat kritisiert hät- ten. Da das deutsche Verfahren schwerwiegende Mängel aufweise, könne diesem nicht entsprochen werden. Zudem handle es sich bei der Verwertung der EncroChat-Daten um einen Eingriff in Art. 13 BV und Art. 8 EMRK, da sie aus einer heimlichen technischen Infiltration des Mobiltelefons des Be- schwerdeführers stammen würden. Die Daten seien systematisch sowie ver- dachtsunabhängig gesammelt und durchsucht worden. Eventualiter sei die Privatsphäre im Hinblick auf das «normale/private» Mobiltelefon des Be- schwerdeführers zu schützen. Auf diesem würden sich keine deliktischen In- halte befinden, weshalb es ohne jegliche

Löschung von Daten nach Aufhebung der Beschlagnahme dem Beschwerdeführer zurückgegeben worden sei. Auf diesem Mobiltelefon würden sich intime Daten und Fotos befinden, da der verheiratete Beschwerdeführer über dieses Mobiltelefon mit seiner Geliebten korrespondiert habe. Diese Daten seien durch die Schweizer Strafbehörden bereits ausgewertet und für strafrechtlich irrelevant befunden worden, weshalb deren Herausgabe an Deutschland unverhältnismässig sei (act. 1, S. 3 ff.; act. 9).

E. 3.2.1

Einem Rechtshilfeersuchen wird nicht entsprochen, wenn Gründe für die Annahme bestehen, dass das Verfahren im Ausland den in der EMRK oder im Internationalen Pakt vom 16. Dezember 1966 über bürgerliche und politische Rechte (UNO-Pakt II; SR 0.103.2) festgelegten Verfahrensgrundsätzen nicht entspricht (Art. 2 lit. a IRSG). Art. 2 IRSG soll verhindern, dass die Schweiz die Durchführung von Strafverfahren oder den Vollzug von Strafen unterstützt, in welchen den Personen die ihnen in einem Rechtsstaat zustehenden und insbesondere durch die EMRK und den UNO-Pakt II umschriebenen Minimalgarantien nicht gewährt werden oder welche den internationalen Ordre public verletzen (BGE 130 II 217 E. 8.1 S. 227; 129 II 268 E. 6.1 S. 271, je m.w.H.). Dies ist von besonderer Bedeutung im Auslieferungsverfahren, gilt aber grundsätzlich auch für andere Formen von Rechtshilfe (BGE 130 II 217 E. 8.1; 129 II 268 E. 6.1 S. 270 f.; TPF 2010 56 E. 6.3.2 S. 62).

- 9 -

E. 3.2.2

Einer gemeinsamen Medienmitteilung von Europol und Eurojust vom 2. Juli 2020 ist zu entnehmen, dass es den Polizeibehörden aus Frankreich und den Niederlanden im Juni 2020 gelungen war, in die Infrastruktur von Encro-Chat einzudringen und dadurch an zahlreiche Nachrichten der EncroChat Benutzer zu gelangen (Medienmitteilung von Europol vom 2. Juli 2020, abrufbar unter <https://www.europol.europa.eu/media-press/newsroom/news/dismantling-of-encrypted-network-sends-shockwaves-through-organised-crime-groups-across-europe>, besucht am 12. September 2023). Am 23. Juli 2023 gab Europol bekannt, dass gestützt auf die Auswertung dieser Daten mehr als 6'500 Personen festgenommen, mehr als 300 Tonnen Betäubungsmittel beschlagnahmt sowie mehr als EUR 900 Mio. beschlagnahmt oder zumindest eingefroren worden seien. Bei den Straftaten handle es sich mehrheitlich um Delikte aus der organisierten Kriminalität (Medienmitteilung von Europol vom 10. März 2021, abrufbar unter <https://www.europol.europa.eu/media-press/newsroom/news/dismantling-encrypted-criminal-encrochat-communications-leads-to-over-6-500-arrests-and-close-to-eur-900-million-seized>, besucht am 12. September 2023). Nach der Operation der Strafverfolgungsbehörden zum Nachteil des Providers EncroChat wechselten viele der Nutzer zur bei Straftätern ebenfalls beliebten Plattform Sky ECC. Sky ECC ist resp. war ein end-to-end verschlüsselter Kommunikationsdienst des kanadischen Unternehmens Sky Global, der als Nachfolger des niederländischen Kommunikationsanbieters Encro-Chat galt (s. GALL/HASKAYA, Die (Un-)Verwertbarkeit der durch ausländische Behörden generierten Daten von verschlüsselten Kommunikationsdiensten wie Sky ECC, in: *forum poenale* 4/2023, S. 302). Sky ECC bot wie EncroChat spezielle Smartphones sowie zugehörige Softwares an, bei denen Kameras, Mikrofone und GPS von vornherein deaktiviert waren. Ausgetauschte Nachrichten wurden verschlüsselt und nach 30

Sekunden automatisch gelöscht. Mit einem «Panik-Passwort» liessen sich sämtliche Inhalte auf dem entsprechenden Gerät löschen (GALL/HASKAYA, a.a.O., S 302; s.a. Artikel in der Heise online vom 11. März 2021, abrufbar unter <https://www.heise.de/news/Nach-Encrochat-Europaeische-Ermittler-wollen-auch-Sky-ECC-gehackt-haben-5078547.html>, besucht am 12. September 2023). Laut den Angaben von Europol sei es den Justiz- und Strafverfolgungsbehörden in Belgien, Frankreich und den Niederlanden mit der Hilfe von Europol und Eurojust gelungen, Einblicke in Hunderte von Millionen von Nachrichten des Sky ECC zu erlangen (Medienmitteilung von Europol vom 10. März 2021, abrufbar unter <https://www.europol.europa.eu/media-press/newsroom/news/new-major-interventions-to-block-encrypted-communications-of-criminal-networks>, besucht am 12. September 2023).

- 10 -

E. 3.2.3

Eindeutig und unbestritten ist die Unverwertbarkeit der u.a. von Frankreich erhaltenen EncroChat-Daten in der Lehre und Rechtsprechung nicht, wie dies vom Beschwerdeführer behauptet wird. Vielmehr ist diese Frage sowohl in Deutschland als auch in der Schweiz nicht abschliessend geklärt (GALL/HASKAYA, a.a.O., S. 303; ZIMMERMANN, Die Verwertbarkeit von Auslandsbeweisen im Lichte der EncroChat-Ermittlungen, in: ZFISTW, abrufbar unter https://www.zfistw.de/dat/artikel/2022_2_1480.pdf; s.a. Artikel im Deutschlandfunk Kultur vom 14. Februar 2022, abrufbar unter <https://www.deutschlandfunkkultur.de/encro-chat-hack-ueberwachung-daten-100.html>, alle besucht am 12. September 2023). Das Sky ECC war zum Zeitpunkt der Festnahme des Beschwerdeführers im Dezember 2020 und laut Angaben der Beschwerdegegnerin auch im Laufe der Auswertung der Mobiltelefone im Januar und Februar 2021 im Schweizer Strafverfahren zum damaligen Zeitpunkt noch kein Thema (act. 5, S. 5). Das Strafgericht des Kantons Basel-Stadt erwähnt in seinem begründeten und von der Herausgabe an die deutschen Behörden betroffenen Urteil vom 22. September 2021 das Kryptomobiltelefon nicht, weshalb davon auszugehen ist, dass die Sky ECC Daten für die Verurteilung des Beschwerdeführers kein Beweismittel bildeten. Soweit ersichtlich stützte das Strafgericht seine Erwägungen auf die Aussage des Beschwerdeführers sowie die Auswertung der auf seinem privaten Mobiltelefon befindlichen Daten (act. 5.12). Das Strafgericht des Kantons Basel-Stadt hatte sich indes Anfang dieses Jahres in einem anderen Fall als erstes und soweit ersichtlich bisher einziges Gericht mit den Sky ECC-Chats beschäftigt und deren Verwertbarkeit in einem Strafverfahren wegen Kokainhandels im Tonnenbereich bejaht (GALL/HASKAYA, a.a.O., S. 301, 307).

In Deutschland sind hingegen bereits mehrere Urteile im Zusammenhang mit den von den französischen Behörden erhaltenen EncroChat-Nachrichten ergangen, wobei sich die deutschen Gerichte offenbar uneinig sind, ob diese in nationalen Strafverfahren verwertbar sind (GALL/HASKAYA, a.a.O., S. 303; s.a. diverse Artikel in den deutschen Medien <https://www.heise.de/news/Encrochat-Hack-Bundesverfassungsgericht-weist-Klagen-von-Betroffenen-ab-9295621.html>, <https://www.heise.de/news/Bundesgerichtshof-EncroChat-Daten-duerfen-verwertet-werden-6633531.html>, <https://www.heise.de/news/Verschluesselung-Encrochat-Hack-wird-Fall-fuer-den-Europaeischen-Gerichtshof-7325058.html>, alle besucht am 12. September 2023).

Der 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs (BGH) erklärte die EncroChat-Nachrichten zur Aufklärung von schweren Straftaten als verwertbar (Pressemitteilung des BGH vom 25. März 2022, abrufbar unter

<https://www.bundesgerichtshof.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2022/2022038.html>; s.a. den Artikel in der LTO vom 4. März 2022,

- 11 -

abrufbar unter <https://www.lto.de/recht/nachrichten/n/6str63921-bgh-encro-chat-hack-beweise-beweisverwertungsverbot/>, alle besucht am 12. September 2023). Das Bundesverfassungsgericht (BVerfGE) hat sich zwar mit der Verwertbarkeit der EncroChat-Daten befasst, sich jedoch bisher materiell hierzu nicht geäußert. Derzeit sind noch diverse Fälle beim BVerfGE hängig (Pressemitteilung des BVerfGE vom 5. September 2023, abrufbar unter

<https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2023/bvg23-077.html>, besucht am 12. September 2023). In einem Fall hat das Landgericht Berlin einen ähnlich gelagerten Fall zu EncroChat ausgesetzt und dem Europäischen Gerichtshof (EuGH) zur Auslegung der Richtlinie über die Europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen (EEA) zur Vorabentscheidung vorgelegt (s. Artikel in Heise online vom 31. Oktober 2022, abrufbar unter <https://www.heise.de/news/Verschlüsselung-Encro-chat-Hack-wird-Fall-fuer-den-Europaeischen-Gerichtshof-7325058.html>, besucht am 12. September 2023).

E. 3.2.4

Bei Ländern mit bewährter Rechtsstaatskultur – insbesondere jenen Westeuropas – liegen regelmässig keine ernsthaften Gründe für die Annahme, dass der Verfolgte dem Risiko einer Art. 3, 5 und 6 EMRK verletzenden Behandlung ausgesetzt sein könnte, vor (zuletzt u.a. Entscheid des Bundesstrafgerichts RR.2021.84 vom 13. Mai 2022 E. 3.3). Soweit ersichtlich wurde bis dato der Öffentlichkeit nicht im Detail dargelegt, wie die involvierten Behörden von Frankreich, Belgien und den Niederlanden auf die fraglichen Daten des Providers EncroChat und Sky ECC zugegriffen haben (GALL/HASKAYA, a.a.O., S 302 f.). Hinweise für die Behauptung des Beschwerdeführers, wonach sich die deutschen oder französischen Behörden z.B. durch Folter Zugang zum EncroChat beschafft hätten, ergeben sich weder aus den vorliegenden Verfahrensakten noch den oben zitierten Medienberichten bzw. Urteilen. Ebenso nicht ersichtlich ist, dass der Beschwerdeführer in Deutschland einer Verletzung von Art. 6 EMRK ausgesetzt sein könnte. Vielmehr zeigt das oben Dargelegte, dass die Frage der Verwertbarkeit der aus Frankreich erhaltenen EncroChat-Nachrichten von deutschen Gerichten nicht einheitlich beantwortet wird und eine endgültige Entscheidung seitens der höchsten Gerichte noch aussteht. Dass eine Rechtsfrage umstritten und von Gerichten unterschiedlich beantwortet wird, hat nicht zur Folge, dass dem Beschwerdeführer eine Verletzung von Art. 6 EMRK droht. Der Beschwerdeführer wird die Frage der Rechtmässigkeit des Erlangens sowie der Verwertbarkeit der aus Frankreich erlangten Chatnachrichten im deutschen Verfahren vorbringen können. Dies ist nicht vom Schweizer Rechtshilferichter abschliessend zu beurteilen.

- 12 -

Was das vom Beschwerdeführer zitierte (jedoch nicht ins Recht legte) Urteil des französischen Kassationshofes anbetrifft, sei Folgendes angemerkt: Soweit ersichtlich betrifft dieses Urteil nicht den Beschwerdeführer. Gegenteiliges wird von ihm jedenfalls nicht behauptet. Zudem soll der französische Kassationshof – den Angaben des Beschwerdeführers zufolge – das angefochtene Urteil mit der Begründung aufgehoben haben, dass die Vorinstanz in Nancy sich mit den Vorbringen des dortigen Beschwerdeführers nicht auseinandergesetzt habe (act. 1, S. 4). Damit hat das Kassationsgericht entgegen der Behauptung des Beschwerdeführers eine Verletzung des französischen Strafprozessrechts bei Erhebung und Analyse der EncroChats nicht explizit festgestellt.

E. 3.2.5

Schliesslich lässt sich entgegen der Behauptung des Beschwerdeführers dem hier zu beurteilenden Ersuchen nicht entnehmen, dass die deutschen Behörden im gegen ihn geführten Verfahren nur über eine Analyse der EncroChat-Nachrichten verfügen würden und keine weiteren Ermittlungshandlungen vorgenommen hätten. Im Ersuchen wird lediglich ausgeführt, dass allein aufgrund der analysierten Chatverläufe in einem Zeitraum von eineinhalb Monaten 11 Betäubungsmittelgeschäfte über Kokain und Cannabis in grossen Mengen festgestellt werden konnten (act. 5.3, S. 2 ff.). Auch wenn im Ersuchen keine weiteren Ermittlungshandlungen erwähnt werden, lässt sich gestützt auf die Angaben im Ersuchen nicht zwingend der Schluss ziehen, dass den deutschen Behörden keine weiteren Beweismittel vorliegen.

E. 3.2.6

Nach dem Gesagten ist eine Verletzung von Art. 2 IRSG nicht zu erkennen.

E. 3.3.1

Soweit sich der Beschwerdeführer auf den Schutz der Privatsphäre beruft, übersieht er, dass der Anspruch auf Privatsphäre (Art. 13 BV) im Bereich der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen keinen über das Verhältnismässigkeitsprinzip hinausgehenden Rechtsschutz bietet (Urteil des Bundesgerichts 1A.331/2005 vom 24. Januar 2006 E. 2.1; Entscheid des Bundesstrafgerichts RR.2009.139 vom 6. Oktober 2009 E. 6). Wie im Nachfolgenden darzulegen sein wird, hält der angefochtene Entscheid vor dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz stand.

E. 3.3.2

Rechtshilfemassnahmen haben generell dem Prinzip der Verhältnismässigkeit zu genügen (statt vieler vgl. Entscheid des Bundesstrafgerichts RR.2011.193 vom 9. Juli 2012 E. 8.2). Die internationale Zusammenarbeit kann nur abgelehnt werden, wenn die verlangten Unterlagen mit der verfolgten Straftat in keinem Zusammenhang stehen und offensichtlich ungeeignet

- 13 -

sind, die Untersuchung voranzutreiben, so dass das Ersuchen nur als Vorwand für eine unzulässige Beweisausforschung («fishing expedition») erscheint (BGE 142 II 161 E. 2.1.2 S. 166 f.; 139 II 404 E. 7.2.2 S. 424; 136 IV 82 E. 4.1 S. 85). Ob die verlangten Auskünfte für das Strafverfahren im ersuchenden Staat nötig oder nützlich sind, ist eine Frage, deren Beantwortung grundsätzlich dem Ermessen der Behörden dieses Staates anheimgestellt ist. Der ersuchte Staat ist verpflichtet, dem ersuchenden Staat alle diejenigen

Aktenstücke zu übermitteln, die sich auf den im Rechtshilfeersuchen dargelegten Sachverhalt beziehen können; nicht zu übermitteln sind nur diejenigen Akten, die für das ausländische Strafverfahren mit Sicherheit nicht erheblich sind (sog. potentielle Erheblichkeit; BGE 128 II 407 E. 6.3.1 S. 423; 122 II 367 E. 2c; TPF 2009 161 E. 5.1 S. 163 m.w.H.). Hierbei ist auch zu beachten, dass für das ausländische Strafverfahren nicht nur belastende, sondern auch entlastende Beweismittel von Bedeutung sein können, um einen bestehenden Verdacht allenfalls zu widerlegen (TPF 2011 97 E. 5.1 S. 106 m.w.H.).

Dabei darf die ersuchte Rechtshilfebehörde über ein im Rechtshilfeersuchen gestelltes Begehren nicht hinausgehen (Übermassverbot; BGE 136 IV 82 E. 4.1 S. 85 f.). Die Rechtsprechung hat diesen Grundsatz derweil insofern präzisiert, als das Rechtshilfeersuchen nach Massgabe des Zwecks der angestrebten Rechtshilfe weit ausgelegt werden kann, solange alle Voraussetzungen für die Gewährung der Rechtshilfe erfüllt sind. Auf diese Weise kann eine andernfalls notwendige Ergänzung des Rechtshilfeersuchens vermieden werden (BGE 136 IV 82 E. 4.1 S. 86; vgl. zum Ganzen auch TPF 2009 161 E. 5.1 S. 164).

E. 3.3.3

Gemäss den für den Rechtshilferichter verbindlichen Ausführungen im Ersuchen besteht im deutschen Verfahren der Verdacht, dass der Beschwerdeführer zur Durchführung seiner Rauschgiftgeschäfte ein Kryptomobiltelefon des Providers EncroChat genutzt habe (act. 5.3, S. 2). Anlässlich der Anhaltung des Beschwerdeführers an der Schweizer Grenze wurden beim Beschwerdeführer nebst einer grossen Menge Betäubungsmittel, nebst seines «normalen» Mobiltelefons auch ein Kryptomobiltelefon sichergestellt. Von der verfügbaren Herausgabe betroffen sind lediglich der Benutzername und der PIN für den Sky ECC Dienst als Nachfolger des Providers EncroChat. Der Inhalt des Kryptomobiltelefons bildet nicht Gegenstand der angefochtenen Verfügung, dieser diente im nationalen Verfahren nicht als Beweismittel (supra E. 3.2.3). Ausserdem wurde die Herausgabe der ausgelesenen Daten des normalen Mobiltelefons des Beschwerdeführers verfügt (act. 1.1). Bei den herausgelesenen Daten handelt es sich um diejenigen Daten, die bereits im Schweizer Verfahren als Beweismittel dienten. Diese wurden von den Strafverfolgungsbehörden vorgängig ausgesondert und die Auswertung des

- 14 -

Mobiltelefons war (gemäss den Ausführungen im Urteil des Strafgerichts Basel-Stadt vom 22. September 2021) vom Zwangsmassnahmengericht genehmigt worden (act. 5.12, S. 8). Somit waren die Daten auf dem Mobiltelefon im Schweizer Strafverfahren als beweisrelevant qualifiziert worden und können auch im in Deutschland geführten Verfahren von Bedeutung sein. Die sich auf dem Mobiltelefon befindlichen Kontakte können sich insbesondere zur Identifizierung der mit dem Beschwerdeführer in Kontakt gestandenen Personen oder der vom Beschwerdeführer zur Navigation eingegebenen Daten als notwendig erweisen. Dies gilt ebenso für die seiner Angaben nach in Albanien befindlichen Geliebten des Beschwerdeführers. Das Strafgericht des Kantons Basel-Stadt berücksichtigte namentlich die Fotos mit der mutmasslichen Geliebten im Zusammenhang mit der Beurteilung der Glaubwürdigkeit der vom Beschwerdegegner gemachten Angaben (act. 5.12, S. 8). Dies zeigt exemplarisch, weshalb die Daten des privaten Mobiltelefons des Beschwerdeführers auch für die ersuchende Behörde relevant sein können. Ein Zusammenhang zwischen den von der Herausgabe betroffenen Daten und der deutschen

Untersuchung ist somit zu bejahen. Die in der Schlussverfügung genannten Unterlagen können für das ausländische Strafverfahren von Bedeutung sein und sind der ersuchenden Behörde deshalb herauszugeben.

E. 3.3.4

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die verfügte Herausgabe der in der Schlussverfügung bezeichneten Unterlagen vor dem Verhältnismässigkeitsprinzip standhält. Andere Hindernisse, welche der zu gewährenden Rechtshilfe entgegenstünden, werden weder geltend gemacht noch sind solche ersichtlich.

E. 4

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

E. 5.1

Der Beschwerdeführer ersucht um unentgeltliche Rechtspflege und -verbeiständung (RP.2023.16, act. 1).

E. 5.2

Die Beschwerdekammer befreit eine Partei, die nicht über die erforderlichen Mittel verfügt, auf Antrag von der Bezahlung der Verfahrenskosten, sofern ihr Begehren nicht aussichtslos erscheint (Art. 65 Abs. 1 VwVG) und bestellt dieser einen Anwalt, wenn dies zur Wahrung ihrer Rechte notwendig ist (Art. 65 Abs. 2 VwVG). Diese Regelung ist Ausfluss von Art. 29 Abs. 3 BV. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind Prozessbegehren

- 15 -

als aussichtslos anzusehen, wenn die Gewinnaussichten beträchtlich geringer erscheinen als die Verlustgefahren. Dagegen gilt ein Begehren nicht als aussichtslos, wenn sich Gewinnaussichten und Verlustgefahren ungefähr die Waage halten oder jene nur wenig geringer sind als diese. Massgebend ist, ob eine Partei, die über die nötigen Mittel verfügt, sich bei vernünftiger Überlegung zu einem Prozess entschliessen würde (BGE 139 III 475 E. 2.2 S. 476 f.; 139 III 396 E. 1.2; 138 III 217 E. 2.2.4).

E. 5.3

Nach dem oben Ausgeführten ist auf die vorliegende Beschwerde nicht einzutreten. Darüber hinaus ist sie auch materiell vollumfänglich unbegründet. Unter diesen Umständen ist sie als offensichtlich aussichtslos zu bezeichnen. Folglich ist das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und -verbeiständung bereits aus diesem Grund abzuweisen, weshalb sich die Prüfung der finanziellen Verhältnisse des Beschwerdeführers erübrigt. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Gerichtskosten dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (vgl. Art. 63 Abs. 1 VwVG). Die Gerichtsgebühr ist auf Fr. 5'000.-- festzusetzen (Art. 63 Abs. 5 VwVG i.V.m. Art. 73 StBOG sowie Art. 5 und 8 Abs. 3 lit. a des Reglements des Bundesstrafgerichts vom 31. August 2010 über die Kosten, Gebühren und Entschädigungen in Bundesstrafverfahren [BStKR; SR 173.713.162]).

- 16 -