Massenüberwachung ohne Rechtsschutz – Kein Rechtsschutz gegen die Datenerhebung bei EncroChat, SkyECC und ANOM?

Rechtsanwalt Christian Lödden, LL.M., Krefeld, und Rechtsreferendar Lukas Mania, Oldenburg

Was unterscheidet einen Rechtsstaat von einem totalitären System? In einem Rechtsstaat sind staatliche Institutionen an Recht und Gesetz gebunden und die Bürger haben die Möglichkeit, belastende Maßnahmen des Staates gerichtlich überprüfen zu lassen. So klar, so eindeutig. In den sogenannten Kryptohandy-Verfahren haben europäische Strafverfolgungsbehörden in den Jahren von 2019 bis 2021 die Kommunikation von über 200.000 Endgeräten mit tatkräftiger Unterstützung von Europol und Eurojust überwacht, gespeichert und ausgewertet.[1] Allein in Deutschland sitzt aufgrund von Beweisen, die durch diese Maßnahmen erhoben wurden, eine vierstellige Anzahl von Beschuldigten, Angeklagten und Verurteilten in Haft. Durch die Fülle an Rechtsfragen und -problemen, die diese Verfahren begleiten, kann man Gefahr laufen, die ganz grundsätzlichen Fragen im Zusammenhang mit staatlichen Grundrechtseingriffen zu überspringen: Wo und wie kann die Rechtmäßigkeit der Datenerhebung in Bezug auf den jeweiligen Betroffenen unabhängig gerichtlich überprüft werden? Dieser Beitrag soll – neben vielen weiteren – einen vielversprechenden Verteidigungsansatz aufzeigen, der insbesondere durch das EncroChat-Verfahren vor dem *EuGH* und die dort thematisierten Problemfelder an Fahrt gewonnen hat. Die Betroffenen haben keine Möglichkeit, die Anordnung der umfassenden Datenerhebungen gerichtlich überprüfen zu lassen.

A. Die Rechtsschutzsystematik im europäischen Rechtshilferecht – Zweifache Rechtsschutzmöglichkeit sowohl im Anordnungsstaat als auch im Vollstreckungsstaat

Im Rahmen grenzüberschreitender Sachverhalte sieht das Rechtshilferecht Regelungen vor, die einen effektiven Rechtsschutz gewährleisten sollen.[2] Der Charakter eines grenzüberschreitenden Sachverhalts führt dazu, dass auch die Ausgestaltung des Rechtsschutzes entsprechend einer grenzüberschreitenden Sachverhaltskonstellation angepasst werden muss. Dies ergibt sich bereits aus Art. 47 der GrCH.[3] Im Urteil des *EuGH*, C-852/19 vom 11.11.2021 heißt es:

»Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass die Mitgliedstaaten bei der Umsetzung des Unionsrechts zu gewährleisten haben, dass das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf gewahrt ist, das in Art. 47 Abs. 1 der Charta verankert ist, der den Grundsatz des effektiven gerichtlichen Rechtsschutzes bekräftigt. […] Nach Art. 47 Abs. 1 der Charta hat jede Person, deren durch das Recht der Union garantierte Rechte oder Freiheiten verletzt worden sind, das Recht, nach Maßgabe der in diesem Artikel vorgesehenen Bedingungen bei einem Gericht einen wirksamen Rechtsbehelf einzulegen.«

Grundlage für den Rechtsschutz ist das sog. Trennungsmodell: Dem Betroffenen muss Zugang zum Rechtsschutz insoweit gewährt werden, als dass er die »sachlichen Gründe« für den Erlass der Anordnung nur im Anordnungsstaat anfechten kann, Art. 14 Abs. 2 RL-EEA,[4] und gegen die Vollstreckung entsprechend nur im Vollstreckungsstaat gerichtlichen Rechtsschutz erlangen kann.[5] Der Rechtsschutz wird also auf die beteiligten Staaten aufgeteilt.[6] Zwar ist die Anfechtbarkeit der Vollstreckung nicht ausdrücklich geregelt, sie ergibt sich jedoch aus mehreren Konsequenzen: Zunächst haben alle Mitgliedstaaten die Pflicht, Rechtsschutzmöglichkeiten vorzuhalten.[7] Sowohl im Anordnungs- als auch im Vollstreckungsstaat sind den entsprechenden Behörden Rechtsbehelfe gegen die Anordnung und Vollstreckung mitzuteilen.[8] Überdies ist die erfolgreiche Anfechtung der Vollstreckung im Anordnungsstaat zu berücksichtigen.[9]

Die Gewährung von Rechtsschutz im rechtshilferechtlichen Kontext orientiert sich damit am Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung, Art. 82 Abs. 1 AEUV.[10] In dem Verfahren vor dem *EuGH* zum Fall EncroChat[11] hat die Generalanwältin mehrfach deutlich gemacht, dass die Anwendung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung aus Art. 82 Abs. 1 AEUV unter keinen Umständen dazu führen dürfte, dass überhaupt keine gerichtliche Kontrolle für den jeweiligen Betroffenen möglich ist. In ihrer Stellungnahme hat sie explizit ausgeführt, dass den Betroffenen Rechtsschutz in dem erhebenden Land – hier Frankreich – zwingend zustehen muss. Dieses zwingende Erfordernis der rechtlichen Überprüfung ergebe sich daraus, dass ein effektiver Rechtsschutz in dem verwertenden Land wegen des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung eben verwehrt ist:

»Sofern nicht in einem gerichtlichen Verfahren in Frankreich, das die betroffene Person einleiten können muss, die Unrechtmäßigkeit der zugrunde liegenden Maßnahme festgestellt wird, kann die Anordnungsbehörde ihre Rechtmäßigkeit nicht in Frage stellen.«[12]

1 Vgl. zu den einzelnen Maßnahmen *Lödden* StV-S 2022, 169 (169 ff.).
2 Vgl. Schomburg/Lagodny-Internationale Rechtshilfe in Strafsachen/*Trautmann/Zimmermann*, 6. Aufl. 2020, Vor § 59 IRG Rn. 48.
3 Ambos/König/Rackow-Rechtshilferecht in Strafsachen/*Wörner*, 2. Aufl. 2020, 4. HT Rn. 416.
4 Vgl. BT-Drs. 18/9757, S. 20, dies entspricht auch dem Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung.
5 *Zimmermann* ZStW 127 (2015), 143 (169); *Böse* ZIS 2014, 152 (159); Ambos/König/Rackow/*Wörner* (Fn. 3), 4. HT Rn. 417; vgl. auch Schomburg/Lagodny/*Zimmermann* (Fn. 2), III B 1a Rn. 13; *Hecker*, Europäisches Strafrecht, 6. Aufl. 2021, Kap. 11 Rn. 36; *Zimmermann*, in: Böse (Hrsg.), Europäisches Strafrecht, Enzyklopädie Europarecht Bd. 11, 2. Aufl. 2021, § 16 Rn. 55; Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas/Brodowski-Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen/*Böse*, 3. Aufl. 115. EL 10/2014, III A 3.14 Rn. 27.
6 Ambos/König/Rackow/*Wörner* (Fn. 3), 4. HT Rn. 416 f.
7 *Ambos*, Internationales Strafrecht, 5. Aufl. 2018, § 12 Rn. 92.
8 *Ambos*, (Fn. 7), § 12 Rn. 92.
9 *Ambos*, (Fn. 7), § 12 Rn. 92.
10 *Zimmermann*, ZStW 127 (2015), 143 (168 f.).
11 EuGH, Urteil v. 30.04.2024 – C-670/22 = StV-S 2024, 105.
12 Schlussanträge der Generalanwältin *Tamara Capeta* in der Rechtssache C-670/22 v. 26.10.2023, Rn. 48.

Damit spielt die Generalanwältin auf das Trennungsmodell und die Notwendigkeit der Überprüfbarkeit der Ermittlungsmaßnahme im Vollstreckungsstaat an. Schon in der mündlichen Anhörung am 04.07.2023 machte die Generalanwältin sowohl durch ihre mehrfachen Nachfragen an die Vertreter der Europäischen Kommission und der Bundesrepublik Deutschland, als auch in ihren Statements deutlich, dass unter allen Umständen ein »loophole« in Bezug auf den Rechtsschutz für die Betroffenen verhindert werden muss.

B. Rechtsschutzdefizit in den Fällen von EncroChat, SkyECC und ANOM

Die eben dargestellten Grundsätze zeigen auf, dass das Rechtsschutzsystem im Rechtshilferecht an einem arbeitsteiligen und grenzüberschreitenden Strafverfahren ausgerichtet ist und in einem solchen Fall die Maßnahme sowohl im Anordnungsstaat als auch im Vollstreckungsstaat überprüfbar sein muss. Davon ausgehend, lässt sich in den Fällen von EncroChat, SkyECC und ANOM aber feststellen, dass die rechtshilferechtliche Rechtsschutzsystematik nicht angewendet wurde und auch immer noch nicht angewendet wird.

Da die Beweise in den EncroChat- und SkyECC-Fällen bereits in der Republik Frankreich originär erhoben und diese Beweisergebnisse sodann lediglich nach Deutschland transferiert wurden, wird die Möglichkeit der gerichtlichen Überprüfung der originären Maßnahme Betroffenen in Frankreich verwehrt, wie wir im Folgenden aufzeigen. Die besondere Sachverhaltskonstellation des reinen Beweistransfers führt offensichtlich dazu, dass die Rechtsschutzmöglichkeit der Überprüfung der originären Maßnahme im (de facto) Vollstreckungsstaat entfällt. Mit welcher Argumentation sich dafür ausgesprochen wird, die originäre Ermittlungsmaßnahme nicht überprüfen zu können, zeigt die Argumentation der Republik Frankreich auf einen Fragenkatalog des *EGMR*.

In den ANOM-Fällen entfällt die Rechtschutzmöglichkeit schon allein dadurch, dass das die Beweismittel übermittelnde Land, die Vereinigten Staaten von Amerika, das datenerhebende Land verschweigt und auch die zugrundeliegenden richterlichen Beschlüsse nicht offenlegt. Dadurch ist schon rein faktisch mangels Adressat und Angriffsobjekt jegliche Rechtschutzmöglichkeit von vornherein ausgeschlossen.

I. Fehlender Rechtsschutz gegen die originäre Datenerhebungsmaßnahme in Frankreich

Der fehlende Rechtsschutz gegen die originäre Maßnahme ist Gegenstand der jüngst ergangenen Entscheidung des *EGMR* A.L. gegen Frankreich und E.J. gegen Frankreich (44715/20 und 47930/21). Gegenstand der Klagen war, dass den Betroffenen der von Frankreich ohne konkreten Tatverdacht gegen die einzelnen Nutzer von Kryptohandys durchgeführten, unverhältnismäßigen Massenüberwachung kein effektiver Rechtsschutz gegen die Anordnung der Maßnahme in Frankreich zusteht. Im Zuge des Verfahrens wurden neun Hauptfragen mit weiteren Unterfragen an die Republik Frankreich gestellt. Der EGMR hat die Klagen als unzulässig verworfen.[13] Zunächst hätten alle in Betracht kommenden Rechtsmittel der französischen Rechtsordnung in Anspruch genommen werden müssen bzw. hätte dies zumindest versucht werden müssen. Es handelt sich hier zwar um ein Verfahren britischer Staatsbürger; die Fragen und die Sachverhaltskonstellation betreffen aber den Rechtsschutz gegen die Vollstreckungsmaßnahme in Frankreich im Allgemeinen, sodass die hier dargestellten Ausführungen ebenso für ein deutsches Strafverfahren gelten.

1. Argumentation der Republik Frankreich

Von französischer Seite wurde betont, dass britische Staatsangehörige von britischen Gerichten verfolgt und der Sachverhalt vor britischen Gerichten verhandelt wird, sodass die Betroffenen bereits über rechtliche Mittel in ihrem Heimatland verfügten; die britischen Antragssteller hatten mithin Zugang zu britischen Gerichten, um die ihnen zugeschriebenen Daten anzufechten. Aus diesem Umstand ergebe sich, dass die Betroffenen auf die Rechtsbehelfe ihres Heimatlandes zu verweisen seien, denn eine effektive Anfechtung der ursprünglichen Maßnahme wäre nach der Auffassung der Republik Frankreich nur in dem Land möglich, das die strafrechtliche Verfolgung eingeleitet hat. Besondere Umstände bzw. Verfahrensbedingungen dafür, um die französische Gerichtsbarkeit in Anspruch zu nehmen, seien nicht ersichtlich. Im Gegenteil würde eine allgemeine Gewährung von Rechtsmitteln für alle potenziell betroffenen Personen zu einer unüberschaubaren Anzahl von Klagen führen und somit der ordnungsgemäßen Rechtspflege zuwiderlaufen. Da die französischen Behörden lediglich nicht-identifizierende Daten beschlagnahmten und diese an die britischen Behörden weitergaben, stellt Frankreich fest, dass es unrealistisch wäre, allen weltweit Betroffenen ein Rechtsmittel gegen französische Verfahrensakte zu gewähren. Eine Anerkennung der französischen Gerichtsbarkeit würde zu Rechtskonflikten führen, ohne dabei eine Auswirkung auf den strafrechtlichen Status der Antragssteller in Großbritannien zu haben. Im Übrigen stehe den betroffenen ausländischen Personen kein Rechtsbehelf gegen die originären Beschlüsse in Frankreich zu.

Bereits diese Antworten zeigen, wie evident sich über die rechtshilferechtliche Rechtsschutzsystematik hinweggesetzt wird. Die Republik Frankreich lehnt jegliche Art von Rechtsschutzgewährung gegen die Vollstreckung der Maßnahme ab. Dies zeigt sich anschaulich in dem Verweis, die Betroffenen hätten bereits Zugang zur Gerichtsbarkeit in ihrem Heimatland. Dies ist zwar zutreffend, ist aber für die Gewährung des Rechtsschutzes gegen die originäre Vollstreckung irrelevant. Damit scheint aus Sicht der Republik Frankreich die Verantwortung in Gänze abgegeben worden zu sein. Soweit darauf verwiesen wird, dass eine »effektive Anfechtung der ursprünglichen Maßnahme« nur in dem Land möglich ist, in welchem die Strafverfolgung eingeleitet wurde, trifft dies nur zu, wenn damit der Erlass einer Europäischen Ermittlungsanordnung gemeint ist. Dies ändert jedoch erneut nichts daran, dass die Vollstreckung im Vollstreckungsstaat nicht auch überprüfbar ist.

Eine völlige Abkehr vom rechtshilferechtlichen Rechtsschutz liegt in der Aussage, man könne in Frankreich keinen Rechtsschutz gewährleisten, da dies zu einer unüberschaubaren Anzahl von Klagen führen und einer ordnungsgemäßen Rechtspflege zuwiderlaufen würde.

13 EGMR, Beschl. v. 24.09.2024 – 44715/20 und 47930/21 – *A.L. und E.J./Frankreich* = StV-S 2024, 141 (Ls, in diesem Heft).

Zu der Frage, ob die Antragssteller innerstaatliche Rechtsbehelfe gem. Art. 35 Abs. 1 EMRK erschöpft haben, führt die Französische Republik aus, dass es gegen die ursprüngliche Datenerfassung in Frankreich keine direkten Rechtsmittel gab, da diese nicht Teil des Verfahrens waren:

»Was hingegen die innerstaatlichen Rechtsbehelfe in Frankreich anbelangt, so hatten die Klägerinnen, da sie Dritte bei den gerichtlichen Ermittlungen waren und keines der an das Vereinigte Königreich übermittelten Beweismittel ihnen in Frankreich zugerechnet wurde, keinen unmittelbaren Zugang zu den französischen Gerichten in Bezug auf die Datenerfassung, da sie in der Folge nicht an einer Strafverfolgung in Frankreich beteiligt waren.«[14]

Im Ergebnis lässt sich festhalten, dass nach der umfangreichen Antwort der französischen Regierung ausländische Personen theoretisch wirksame Rechtsbehelfe gem. Art. 13 EMRK gegen die EEA hätten, aufgrund derer die Daten an die jeweiligen Länder übermittelt wurden, diese aber in dem jeweiligen die EEA ausstellenden Land geltend machen müssten. Allerdings stehen den Antragsstellern unter keinen Umständen Rechtsbehelfe gegen die originären Beschlüsse in Frankreich zu. Subsumiert unter die Grundsätze des rechtshilferechtlichen Rechtsschutzes sind die Ausführungen der Republik Frankreich mit dem Rechtshilferecht nicht in Einklang zu bringen.

2. Beschwerdeverfahren in Frankreich gegen die französischen Gerichtsbeschlüsse

Dass diese Antworten der Republik Frankreich in dem *EGMR*-Verfahren nicht rein theoretischer Natur sind, sondern auch die gelebte Rechtspraxis in Frankreich widerspiegeln, zeigen die ersten Beschwerdeverfahren ausländischer Beschuldigter in EncroChat- und SkyECC-Verfahren, die sich in Frankreich gegen die der Datenerhebung zugrundeliegenden Beschlüsse versucht haben zu wehren. Die Beschwerden wurden beim *Iudex a quo* vorgebracht und umfassend damit begründet, dass gegen die Beschwerdeführer zum Zeitpunkt des Erlasses der Beschlüsse kein Verdacht einer Straftat vorgelegen habe und dementsprechend die Beschlüsse zumindest in Bezug auf die ausländischen Beschwerdeführer unverhältnismäßig und europarechtswidrig waren.

Diese Beschwerden wurden alle als unzulässig mit der Begründung abgelehnt, die Beschwerdeführer seien »weder eine untersuchte Person noch ein Nebenkläger im Ermittlungsverfahren […], noch […] ein unterstützender Zeuge, sodass seine Vorlage unzulässig ist«.

Der Rechtsschutz in Frankreich gegen französische Beschlüsse und die damit einhergehenden Grundrechtseingriffe bleibt ausländischen Betroffenen verwehrt.

3. Entscheidung des EGMR

Der *EGMR* hat in seiner Entscheidung der Ansicht der Republik Frankreich – zu Recht – eine Absage erteilt. Er stellt die Zuständigkeit der Republik Frankreich ausdrücklich fest. Insbesondere wird den Betroffenen der »victim status« zugesprochen. Hintergrund ist, dass die französische Republik für den Erlass und die Vollstreckung der Massenüberwachung in jeder Hinsicht verantwortlich war. Dass die Identifikation der Nutzer erst im Anordnungsstaat vorgenommen wird, entbinde die Republik Frankreich nicht, die Rechte der betroffenen Personen zu achten.[15] Die Zuständigkeit Frankreichs für die Einlegung von Rechtsbehelfen wird damit explizit begründet. Im Ergebnis kommt der *EGMR* dem Trennungsmodell als rechtshilferechtlichem Grundsatz nach und erkennt diesen auch in den Fällen der bloßen Übermittlung von bereits originär erhobenen Beweismitteln an.

II. Einklang mit Art. 82 AEUV

Mit Verweis auf die Entscheidung des *BGH*[16] ist auch für Deutschland zu konstatieren, dass es bei dem Grundsatz bleibe, dass eine Überprüfung hoheitlicher Entscheidungen des ersuchten Staates am Maßstab von dessen Rechtsordnung durch die Gerichte des ersuchenden Staates grundsätzlich nicht stattfindet.[17] Dies folgt aus Art. 82 Abs. 1 AEUV, wonach im Bereich der justiziellen Rechtshilfe in Strafsachen zwischen den Mitgliedstaaten der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung gerichtlicher Urteile und Entscheidungen gilt. Daher ist es folgerichtig, dass die deutschen Gerichte keine inhaltliche Überprüfung der in Frankreich ergangenen Beschlüsse vornehmen, auf deren Grundlagen die in Rede stehenden Beweiserhebungen der Kryptohandy-Daten erfolgt sind. Allerdings ist aufgrund der aktuellen Entscheidung des *EGMR* zu berücksichtigen, dass auch deutschen Beschwerdeführern der »victim status« zusteht und sie damit ein Recht auf gerichtliche Überprüfung in Frankreich haben.

III. Rechtsfolge

1. Verstoß gegen Art. 8 EMRK

Sollte effektiver Rechtsschutz für den Betroffenen nicht gegeben sein, stellt eine staatliche Überwachungsmaßnahme – gleichwohl ob sie eine gezielte Überwachung oder eine Massenüberwachung war – bereits einen Verstoß gegen Art. 8 EMRK dar.[18] Damit verstoßen die Datenerhebungsmaßnahmen in den Kryptohandy-Fällen gegen Art. 8 EMRK. Dieser Grundsatz ist ständige Rechtsprechung des *EGMR* zu Art. 8 EMRK.

Der vom *EGMR* in Bezug auf die Verhältnismäßigkeit einer Maßnahme entwickelte Grundsatz ist, dass eine Person, die von einer unter den Anwendungsbereich von Art. 8 EMRK fallenden Überwachung betroffen ist, Zugang zu einer »wirksamen unabhängigen Kontrolle« haben muss, um die fraglichen Maßnahmen anfechten und überprüfen zu können.[19] In der Rechtssache Zakharov gegen Russland hat das *Gericht*

14 Im Original: »On the other hand, regarding domestic remedies in France, since the applicants were third parties to the judicial investigations and none of the evidence sent to the United Kingdom was attributed to them in France, the applicants had no direct recourse to the French courts regarding the data capture because they were not subsequently parties to a prosecution in France«.

15 EGMR, Beschl. v. 24.09.2024 – 44715/20 und 47930/21 – *A.L. und E.J./Frankreich* Rn. 103 = StV-S 2024, 141 (Ls, in diesem Heft).

16 BGH, Beschl. v. 02.03.2022 – 5 StR 457/21 = StV 2022, 353.

17 Zur Veranschaulichung, wie weitreichend dieser Gedanke ist, vgl. BGH StV 2022, 353 (357); der BGH schreibt, die Vermutung rechtmäßigen Handelns wird (selbst) nicht dadurch in Frage gestellt, dass die von den französischen Behörden eingesetzten Mittel teilweise der Geheimhaltung unterliegen.

18 Es spricht vieles dafür, dass der EGMR die Datenerhebung bei EncroChat als »Massenüberwachung« einordnet. In dem kürzlich vom EGMR im Juni 2024 veröffentlichen Factsheet »Mass surveillance« wird das für diesen Aufsatz zu Grunde gelegte EncroChat-Verfahren als »pending applications«, also laufendes Verfahren erwähnt.

19 EGMR, Beschl. v. 27.05.2008 – 30392/03 – *Marchiani/Frankreich*.

die grundsätzlichen Garantien bei verdeckten Überwachungsmaßnahmen im Sinne des Art. 8 EMRK entwickelt.[20]

In der Entscheidung Lambert gegen Frankreich führt der *EGMR* aus, dass eine Überwachungsmaßnahme gegen die Konvention verstößt, wenn einer Person das Recht abgesprochen wird, sich gegen das Abhören ihrer Telefongespräche zu beschweren, mit der Begründung, dass die Leitung eines Dritten abgehört wurde.[21] Dies wurde in der ganz aktuellen Entscheidung aus diesem Jahr Contrada gegen Italien (Nr. 4) nochmal konkretisiert.[22] Der *EGMR* hat dort klargestellt, dass die Überwachung und Aufzeichnung des Telefonverkehrs des Klägers gegen Art. 8 EMRK verstoßen hat, da der Kläger nicht die Möglichkeit hatte, die Rechtmäßigkeit der Maßnahme gerichtlich überprüfen zu lassen. Das italienische Recht bietet insoweit keine angemessene und wirksame Garantie, mit denen sich Betroffene von Überwachungsmaßnahmen wehren können, wenn sie zwar einer Abhörmaßnahme unterworfen wurden, aber nicht als Beschuldigte an dem ursprünglichen Verfahren beteiligt sind. Insbesondere sind diese Personen nicht in der Lage, bei einer Justizbehörde eine wirksame Überprüfung der Rechtmäßigkeit und Notwendigkeit der Maßnahme zu beantragen und gegebenenfalls angemessene Rechtsmittel einzulegen. Der *EGMR* stellt damit ausdrücklich klar, dass jeder von einer Telekommunikationsüberwachungsmaßnahme im Sinne des Art. 8 EMRK Betroffene, sei es als Beschuldigter oder Dritter, eine Rechtsschutzmöglichkeit gegen diese Maßnahme haben muss.

Mit der Entscheidung Wieder & Guarnieri gegen Großbritannien hat der *EGMR* 2023 entschieden, dass Personen in dem Land einen Anspruch auf einen effektiven Rechtsschutz haben, wo ihre elektronische Kommunikation abgefangen, durchsucht und überprüft wurde.[23]

Im Ergebnis muss nach der ständigen Rechtsprechung des *EGMR* festgestellt werden, dass eine verdeckte Überwachungsmaßnahme, die in die Rechte aus Art. 8 EMRK eingreift, gegen Art. 8 EMRK verstößt, wenn dem Betroffenen dieser Maßnahme unabhängig von seinem Status im Ausgangsverfahren eine gerichtliche Überprüfung in dem die Überwachungsmaßnahme durchführenden Land verwehrt wird.

2. Weitere Verstöße gegen Art. 6, 13 EMRK

Denklogisch folgt aus einem Verstoß gegen Art. 8 EMRK wegen fehlendem Rechtsschutz ein weitergehender Verstoß gegen Art. 13 EMRK (Recht auf wirksame Beschwerde). Darüber hinaus könnte sich auch ein Verstoß aus Art. 6 EMRK ergeben. Es kommt hier darauf an, ob durch die Verwertung des Beweismittels Mitwirkungsrechte des Betroffenen im Sinne des Art. 6 EMRK verletzt würden. Dieses Erfordernis von Mitwirkungsrechten wiederum folgt aus der in Art. 6 Abs. 2 EMRK normierten Unschuldsvermutung. Das Prozessergebnis darf nicht vorweggenommen werden; vielmehr muss dem Beschuldigten ein Einfluss auf das Ergebnis möglich sein. Die Unschuldsvermutung findet Ausfluss in der Interaktionsmöglichkeit des Betroffenen. Würde den Betroffenen in den Fällen von EncroChat, SkyECC und ANOM durch den fehlenden Rechtsschutz sowohl in dem Land der Erhebung (Frankreich bzw. unbekannt) als auch durch den Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung im Land der Verwertung (Deutschland) die Klärung der Frage, ob die Beweiserhebung in Bezug auf den jeweiligen Betroffenen rechtmäßig erfolgte, in konventionswidriger Weise verwehrt, wird ihnen die Mitwirkungsmöglichkeit gänzlich genommen. Daher begründet die fehlende Rechtsschutzmöglichkeit, die bereits zu einem Verstoß nach Art. 8 und 13 EMRK geführt hat, auch einen Verstoß gegen Art. 6 EMRK.

Jedenfalls im Zusammenspiel mit den weiteren evidenten Verstößen im Zusammenhang mit der Datenerhebung in den Kryptoverfahren (bspw. Verstoß gegen Art. 31 EEA-RL, keine vollständige Akteneinsicht, fehlende Rohdaten u.a.)[24] liegt ein konventionswidriger Verstoß gegen das faire Verfahren vor.

C. Fazit

Das Recht auf unabhängige Überprüfung einer grundrechtsrelevanten staatlichen Überwachungsmaßname im Einzelfall ist in dem sorgsam austarierten strafprozessualen Wechselspiel zwischen staatlichem Strafverfolgungsinteresse und Freiheitsanspruch der Bürger von so elementarer Bedeutung, dass die Verwertung von Beweisen durch offensichtlich rechtswidrige Maßnahmen in dieser hohen Anzahl das rechtsstaatliche Gefüge ins Wanken bringen würde.

Auch wenn der politische Zeitgeist und einzelne, laute Stimmen von Strafverfolgungsbehörden es meinen: Totalitäre Züge lassen den Staat weder sicherer noch die Bürger drogenfrei werden. Das einzige, was dadurch erreicht wird, ist, dass die Strafverfolgungsbehörden lernen, dass sie sich folgenlos über gesetzliche Eingriffsvoraussetzungen hinwegsetzen können, wenn die Ergebnisse stimmen.

Soweit der *EGMR* nun entschieden hat, die Beschwerdeführer hätten in Frankreich alle in Betracht kommenden Rechtsbehelfe zunächst einlegen müssen, reduziert er die Gewährleistung der Menschenrechte auf einen reinen Formalismus. Denn bereits die Antworten der Republik Frankreich haben gezeigt, dass die tatsächliche Gewährleistung von Rechtsschutz abgelehnt wird. Dies bestätigt sich auch in den bislang geführten Beschwerdeverfahren in Frankreich, wo jegliche Inanspruchnahme von Rechtsmitteln durch ausländische Betroffene als unzulässig abgelehnt wird. Es wäre wünschenswert gewesen, wenn der *EGMR* hier mehr Mut bewiesen hätte, um die Effektivität des Schutzes der Menschenrechte zu stärken.

Damit verbleibt aus Sicht der Verteidigung nur eine Konsequenz: Alle in Betracht kommenden Rechtsbehelfe, auch in Frankreich, sind einzulegen und auszuschöpfen, sodass nach Rechtsmittelerschöpfung der *EGMR* angerufen und der Verstoß gegen die EMRK festgestellt werden kann.

---

20 EGMR, Urt. v. 04.12.2015 – 47143/06 – *Zakharov/Russland*. Die wesentlichen Kriterien für die Beurteilung der Vereinbarkeit der fraglichen Überwachungsmaßnahmen mit Art. 8 EMRK sind: die Zugänglichkeit des einschlägigen innerstaatlichen Rechts, der Umfang und die Dauer der geheimen Überwachungsmaßnahmen, die Verfahren für die Speicherung, den Zugriff, die Untersuchung, die Verwendung, die Übermittlung und die Vernichtung der abgefangenen Daten, die Genehmigungsverfahren, die Modalitäten für die Überwachung der Durchführung der geheimen Überwachungsmaßnahmen sowie etwaige Meldeverfahren und die im innstaatlichen Recht vorgesehenen Rechtsbehelfe.

21 EGMR, Urt. v. 24.08.1998 – 88/1997/872/1084 – *Lambert/Frankreich*.

22 EGMR, Urt. v. 23.05.2024 – 2507/19 – *Contrada/Italien*.

23 EGMR, Urt. v. 12,09.2023 – 64371/16, 64407/16 – *Wieder und Guarnieri/Vereinigtes Königreich*. Dies gilt unabhängig davon, in welchem Staat sich die Betroffenen während der Datenerhebung aufhielten und welche Staatsbürgerschaft sie haben.

24 *Meyer-Mews* HRRS 2024, 191 (192 ff.).