

Open Letter of the European Criminal Bar Association (ECBA) in respect of the preliminary ruling in Case C-281/22, GK and Others, lodged at 25 April 2022, by the Oberlandesgericht Wien, Austria.

I. The ECBA

The European Criminal Bar Association (ECBA) is an association of independent specialist defence lawyers, with members from European Union and Council of Europe Member States, and beyond. It was founded in 1992 and since then it has established itself as the pre-eminent organisation of defence lawyers across Europe. The association itself is wholly independent and free from outside interference.

The primary purpose of ECBA is to be a leading group of independent criminal defence lawyers and criminal law experts in Europe promoting the fundamental rights of persons under criminal investigation, suspects, accused and convicted persons. For more information, please refer to our website www.ecba.org.

The ECBA trusts that it should be a matter of course that EPPO proceedings meet a high level of legal standards, which should be exemplarily compliant with the standards of the Charter of Fundamental Rights of the European Union (and European Convention on Human Rights).

The higher the level of the standards of EPPO proceedings and compliance with the rule of law tenets, the higher will be the degree of acceptance of this new European institution, which will finally lead to a stronger and more cohesive European Union.

To that end, the ECBA has established a working group formed of defence lawyers with long-standing experience in the EPPO Member States and non-participating Member States representing suspects and accused as well as of victims of crime.

II. The Background of this Letter

This text is an intervention by means of an open letter in respect of the pending case before the Court of Justice of the European Union (CJEU) concerning the interpretation of [Regulation 2017/1939](#) on the establishment of the European Public Prosecutor (EPPO) currently pending before the CJEU ([Case C-281/22, GK and Others](#), lodged at 25 April 2022), the *Oberlandesgericht Wien*, Austria).

The full details of the case have not been made public, and there is no procedural framework for the ECBA (or any other organizations representing the legal profession, such as the CCBE – Council of Bars and Law Societies in Europe) to intervene as a third party.

This is regrettable, as it means that a case which is crucial for the definition of the protection of individual rights and the rights of legal persons in the scope of EPPO proceedings is being dealt with in secrecy and without the institutional participation of the organisations representing the Bar. These procedural limitations put into sharp profile the existing structural inequality of arms in EPPO proceedings: the EPPO as an institution is allowed to participate actively in the above-mentioned proceedings and make its case before the CJEU while the defence is limited to their individual capacity acting for the persons targeted by the measures adopted in the case.

On these grounds, the ECBA publishes this open letter in a constructive and cooperative spirit, with the aim of assisting the Court.

III. The interpretation of the EPPO Regulation

a. The case

In this reference for a preliminary ruling ([Case C-281/22, GK and Others](#), lodged at 25 April 2022), the *Oberlandesgericht Wien*, Austria seeks clarification as to the extent of judicial review in cross-border investigations within the EPPO regime.

In the underlying case, persons in Austria argued before the Austrian courts that “coercive measures” targeted at them were inadmissible to the lack of suspicion and proportionality and due to the infringement of fundamental rights.

The *Oberlandesgericht Wien* considers that [Arts. 31\(3\) and 32 of the EPPO Regulation](#) are unclear as to the extent to which Austrian courts can verify the measure under their national law.

According to Article 31(3) and Recital 72 of the EPPO Regulation, the principle of “single authorisation” is established: a court authorisation should be obtained in the Member State of the assisting European Delegated Prosecutor, if their law so requires, or in the Member State of the handling European Delegated Prosecutor if their Member State law so requires and there is no need for authorisation according to the assisting Member State law.

As described by [Thomas Wahl](#):

“On the one hand, it could be argued that the courts in the assisting Member State (here: Austria) are not limited to a formal review only, but must also verify the substantive provisions of this Member State. On the other hand, this would mean, according to the referring court, that cross-border investigations under the established EPPO Regulation might be more cumbersome than approving a measure in accordance with the EU’s instruments on mutual recognition, notably the European Investigation Order. The *Oberlandesgericht Wien* also poses the question to which extent decisions by courts in the Member State of the EDP handling the case (here: Germany) must be recognised.”

b. The EPPO College guidelines on the application of Article 31 EPPO Regulation

Doubts about the procedure to be applied in these cases have prompted the EPPO College to adopt guidelines on the application of article 31 of the EPPO Regulation: [Decision of the College of the European Public Prosecutor's Office of 26 January 2022 adopting guidelines of the College of the EPPO on the application of Article 31 of Regulation \(EU\) 2017/1939](#).

These guidelines clearly derogate from the regime established by the EPPO Regulation. They state that where both Member States laws require judicial authorisation, or only the assisting European Delegated Prosecutor’s Member State requires such authorisation, but the measure must be subject to legal remedies, judicial authorisation should be requested in the handling European Delegated Prosecutor’s Member State, otherwise there would be no legal remedy available to challenge the substantive reasons to adopt the measure. This is connected with the interpretation of the Regulation by the EPPO in the sense that the courts in the assisting European Delegated Prosecutor’s Member State are not allowed to perform a review of the substantive reasons to adopt the investigative measure (see Section One, §§8-10, 18, 21-22). The EPPO guidelines state that a different regime would create a serious gap in respect of legal remedies.

The EPPO College argues that, when requesting judicial authorisation for an investigative measure under Article 31(3) EPPO Regulation, the assisting European Delegated Prosecutor should not need to provide the competent national court of the assisting Member State “with more or different supporting evidence and documents than what the national prosecutor currently does when, i.e. executing an European Investigation Order (EIO) [...] [i]n line with the principle that the justification and adoption of the measures is governed by the law of the Member State of the handling European Delegated Prosecutor” since the court in the assisting Member State should not “assess the ‘justification’ and the ‘substantive reasons’ [which the EPPO defines as ‘necessity and proportionality’] for undertaking the measure”.

The College argues that the limitation of judicial review of the ‘substantive reasons’ for adopting investigative measures to the courts of the handling European Delegated Prosecutor’s Member State is a requirement of mutual recognition and of the aim of the EPPO Regulation establishing an office of prosecution which makes it easier to act all over the territory of the Member States. Allowing the courts of the assisting European Delegated Prosecutor Member State to review a measure adopted by the handling European Delegated Prosecutor would amount to a regression in respect of the “effectiveness” of judicial cooperation in criminal matters that were in place before the EPPO was set up.

c. The ECBA’s view on Article 31

In the ECBA’s view, the guidelines are grounded in an incorrect reading of the system established by the EPPO Regulation, which, according to Article 8(1) EPPO Regulation is a system where there is “a single [prosecution] office” in which activity is overseen, when necessary, by the national courts in the Member States, which also act functionally as EU courts in this case.

One can criticise this legislative choice and the operational difficulties that it causes, but this is what results from the system established in the Regulation. To respect what is established by the Regulation means to respect the principle of legality, a cornerstone of the rule of law.

In particular, the proposition of the EPPO College guidelines on the application of article 31 of the EPPO Regulation ignores:

- (i) That in the EPPO system, there is “one single prosecution office” and not prosecutors of two different Member States asking for cooperation from each other; which means that the authorisation by a national court of an investigative measure is not limited to that court’s national law, but should rather encompass whatever law is applicable under the Regulation (and the Regulation also foresees the application of the law of the assisting state for certain intrusive measures – e.g. Article 29, 30(2) and (3), and 32 of EPPO Regulation);
- (ii) That, as with the European Investigation Order (EIO) system, there was heavy criticism from the perspective of the effectiveness of the protection of the rights of those targeted by investigative measures; therefore, it was argued that in certain situations where the fundamental rights of those targeted by such measures would be at stake, the courts in the executing member state would also have the power to review the ‘substantive reasons’ for issuing a measure.

These two factors are examined further below.

One single prosecution office

The understanding adopted in the guidelines ignores the fact that the EPPO does not operate under the “mutual recognition principle” and does not have to issue an EIO to obtain evidence in another Member State.

The EPPO is a “single prosecution office” (see Recitals 21, 28, 47, and Articles 8(1) and 45(2) EPPO Regulation) acting across the EU Member States (even though it has a hybrid decentralised structure).

It follows that no limitation to the power of the courts of the Member States may be drawn from the EPPO regime, absent any clear wording of the Regulation to that end (to the contrary, there is explicit wording allocating the competence to the courts of the assisting European Delegated Prosecutor’s Member State in Article 31(3) EPPO Regulation).

In fact, the argument that the law applicable to the adoption of the measures is the law of the handling Member State is not persuasive, since the law of the assisting Member State is explicitly equally applicable (e.g., for certain measures, including intrusive measures – Articles 29, 30(2) and (3) and 32 EPPO Regulation).

A good example of the problem that may arise from the application of the EPPO College's guidelines may be found by considering the legal privilege. If the handling European Delegated Prosecutor orders a search of a law firm in the assisting Member State and this search is subject to prior judicial authorisation, such authorisation requires a decision on the proportionality *lato sensu* of the measure, which must obviously be made by the judge in the assisting Member State, as the assisting member state law regulates the privilege. Such an analysis requires the court in the assisting Member State to analyse the evidence in the case files. Any other interpretation would transform judicial authorisation into a *rubber-stamping* exercise. From the perspective of the rights of those targeted by such a measure, an interpretation limiting judicial oversight would undoubtedly amount to a significant incursion, without clear wording in the Regulation upon which such a limitation could be based. Legal privilege being protected under EU law (see Judgment of 8 December 2022, *Orde van Vlaamse Balies v Vlaamse Regering*, [Case C-694/20](#)), albeit not being regulated in its details, namely the conditions for being breached or lifted, which are governed by Member States’ national laws, it would mean that such an interpretation would jeopardise the *effectiveness* of EU law, namely the protection of rights.

The applicable law argument also ignores that Article 30(5) of the EPPO Regulation establishes a European proportionality criterion which can be subject to review by the courts of assisting European Delegated Prosecutors’ Member States as effectively as by the courts of the handling European Delegated Prosecutors’ Member States. There is certainly an added difficulty stemming from the linguistic barrier. However, case materials of the handling European Delegated Prosecutor can be summarised and translated for the review by a court of any of the Member States in the same way as for the exercise of the Permanent Chamber’s powers.

The EIO system

Allowing the full review by the courts of the executing Member State of the substantive reasons to adopt a measure (in the EPPO setting this is translated into the assisting Member State) is not prevented by the EIO Directive.

The review of substantive reasons may be on the basis of the legality and proportionality of the measure (which must be assessed in the issuing state according to Article 6(1) EIO Directive)¹ and will generally be assessed in the issuing state. These include the formal legality of the measure (does the measure exist in the issuing Member State? Does it apply to the type of case at hand? Is it applicable to the investigation into the offence in question? Is the evidence sought to be obtained permitted in the issuing Member State?), but also of evidentiary relevance or necessity (is the evidence sought relevant to the investigation? Is it necessary for the investigation? Is there sufficient evidence to support the suspicion of

¹ Ramos, V.C., Meios processuais de impugnação da Decisão Europeia de Investigação - subsídios para a interpretação do artigo 14.º da Directiva com uma perspectiva portuguesa, *Anatomia do Crime* 7/2018, pp. 127-128, following the proposal of Rodríguez-Medel Nieto, C., Obtención y Admisibilidad en España de la Prueba Penal Transfronteriza - De las comisiones rogatorias a la orden europea de investigación, 2016, p. 392; Ramos, V.C., *The EPPO and the Equality of Arms Between the Prosecutor and the Defence*, pp. 23 and ff., NJECL (forthcoming).

the commission of the crime and the relevance or necessity of the evidence?). The latter often also amount to a substantive legality requirement since, as a rule, if an investigative measure restricts fundamental rights, its lawfulness requires the existence of a certain degree of necessity or evidential relevance.

The seemingly exclusive jurisdiction of the issuing State in respect of substantive reasons to adopt an EIO does not apply where fundamental rights may be at stake, which significantly blurs the division of tasks between Member States with regard to legal remedies. This will be the case where there are no legal remedies in the issuing state that allow challenging the adoption of the measure, including its substantive reasons².

In particular, a review of substantive grounds in the executing state under the EIO is possible where there is need for a court authorisation *ex ante* for certain intrusive measures, arising not only from the national law of the executing State, but also from the Charter, when no such review exists in the issuing state³. Such investigative measures must comply with criteria of legality and proportionality (see at EU level Article 52(1) of the Charter). In the absence of harmonization, the executing authorities must perform a review of legality or proportionality under their law, subject to judicial review. In this sense, Article 10(1) and (3) EIO Directive establish that the executing authority may assess the legality of the investigative measure requested under the *lex loci* and, if such measure does not exist in its legal system or cannot be used in the specific case, it must replace it by another measure after consultation with the issuing authority, subject to the limitations in Article 10(2). Or, if there is no appropriate alternative measure, it will conclude that it is impossible to provide the assistance requested (Article 10(4) and (5) EIO Directive). The impossibility of applying a measure in a similar case may result from a proportionality assessment, either as defined by the legislator (by restricting the measure to crimes of a certain seriousness, or to certain cases of evidentiary necessity), or made *in concreto* by the judicial authority⁴. The assessment of proportionality in these cases is inherent in the assessment of the legality of the measure, the latter presupposing the former⁵.

Gavanozov II (Judgment of 11 November 2021, *Criminal proceedings against Ivan Gavanozov*, C-852/19, ECLI:EU:C:2021:902) should not be read as meaning the contrary. In this case, the CJEU noted that executing authorities may refuse to execute an EIO “exceptionally, following an assessment on a case-by-case basis, where there are substantial grounds to believe that the execution of an EIO would be incompatible with the fundamental rights guaranteed, in particular, by the Charter” (Article 11(1)(f) [EIO Directive](#)). However, in the case at hand, the Court was concerned that “in the absence of any legal remedy in the issuing State, the application of that provision would become automatic” which “would be contrary both to the general scheme of Directive 2014/41 and to the principle of mutual trust” (§59). It follows that the CJEU has confirmed that if there is a risk of violation of fundamental rights, the executing authorities may refuse execution. This will demand that certain cases may require an assessment of the substantive reasons to adopt the measure. This also flows from Article 14(2) EIO Directive (emphasis added): “[t]he substantive reasons for issuing the EIO may be challenged only in an action brought in the issuing State, *without prejudice to the guarantees of fundamental rights in the executing State*”. Obviously, there may be practices that do not comply with the law, but this should not mean that the law should be interpreted based on those practices.

² Rodríguez-Medel Nieto, C., Obtención y Admisibilidad en España de la Prueba Penal Transfronteriza -De las comisiones rogatorias a la orden europea de investigación, 2016, p. 393-394; Ramos, V.C., Meios processuais de impugnação da Decisão Europeia de Investigação - subsídios para a interpretação do artigo 14.º da Directiva com uma perspectiva portuguesa, *Anatomia do Crime* 7/2018, p. 131, including also the cases where there are legal remedies in the issuing state but they do not meet the criteria of effectiveness.

³ Böse, M., Die Europäische Ermittlungsanordnung-Beweistransfer nach neuen Regeln? ZIS 4/2014, p. 158.

⁴ In the same sense, Zimmerman, F., Die Europäische Ermittlungsanordnung: Schreckgespenst oder Zukunftsmodell für grenzüberschreitende Strafverfahren? ZSTW 1/2015, p. 163.

⁵ Böse, M., Die Europäische Ermittlungsanordnung-Beweistransfer nach neuen Regeln? ZIS 4/2014, p. 158-159, 160; Zimmerman, F., Die Europäische Ermittlungsanordnung: Schreckgespenst oder Zukunftsmodell für grenzüberschreitende Strafverfahren? ZSTW 1/2015, p. 169.

Thus, while the EPPO College argues that the provisions of the Regulation, if interpreted as requiring the courts of assisting European Delegated Prosecutors' Member States to perform a substantive review under their laws, would represent a more cumbersome process and thus a regression by comparison to the EIO regime, jeopardising the effectiveness of the EPPO; however, when viewed from a fundamental rights' perspective, such an interpretation would mean that the EPPO regime would not constitute a regression in respect of the protection of rights of those targeted by the investigative measures, and, in certain respects, would even constitute progress in that regard.

IV. Conclusion

The text of the Regulation interpreted in line with the fundamental rights of those targeted by EPPO investigative measures exposes the concept adopted in the Guidelines to be incompatible not only with the Regulation, but with Article 47 of the Charter and the substantive provisions protecting the rights of those targeted by cross-border EPPO measures (namely the right to liberty, to the protection of privacy or property, etc). Courts in the assisting Member State must have the power to perform a full review of the measures adopted in the handling Member State in the scope of EPPO proceeding.

Absent any harmonization in this field (for example, on the requirements to order a search, or interception of communications), Member States laws (including fundamental rights and immunities and privileges, such as legal privilege) apply in the context of EPPO investigations and may lead to the impossibility of executing a measure in another Member State.

The decision on the existence of such bars must entail a substantive review: in the example given above, how would the court in the Member State of the handling delegated prosecutor decide issues of legal privilege in the assisting Member State, which is protected by EU law, but regulated by the law of this Member State? And how would the courts in the assisting European Delegated Prosecutors' Member State rule on the lifting of privilege without analysing the evidence of the case and performing a substantive review?

Were one to preclude the court in the assisting European Delegated Prosecutors' Member States from performing a substantive review when authorising a measure, this would mean that the applicability of the law of that Member State, which is also established in the EPPO Regulation, would be reduced to a form of words.

Article 30(5) of the EPPO Regulation establishes a European proportionality criterion which can be subject to review by the courts of assisting European Delegated Prosecutors' Member States as effectively as by the courts of the handling European Delegated Prosecutors' Member States. There is certainly an added difficulty stemming from the linguistic barrier. However, the same way as case materials of the handling European Delegated Prosecutors must be summarised and translated for assessment by the Permanent Chamber, the same can be required for the review by a court of any of the Member States.

On behalf of the ECBA,

Vincent Asselineau, Chair of the ECBA

Vânia Costa Ramos and Amedeo Barletta, Vice-Chairs of the ECBA

Rosa Van Zijl, Member of the Advisory Board of the ECBA

Holger Matt, Adrian Sandru and Mihai Morar, Members of the EPPO Working Group of the ECBA

Enclosure: *translation into German language*

**Offener Brief der European Criminal Bar Association (ECBA) zum
Vorabentscheidungsverfahren in der Rechtssache C-281/22, GK u.a., eingereicht am 25.
April 2022, durch das Oberlandesgericht Wien, Österreich.***

I. Die ECBA

Die European Criminal Bar Association (ECBA) ist eine Vereinigung unabhängiger spezialisierter Strafverteidiger und Anwälte im Bereich Strafrecht mit Mitgliedern aus den Mitgliedstaaten der Europäischen Union und des Europarats und darüber hinaus. Sie wurde 1997 gegründet und hat sich seither als die führende Organisation von Strafverteidigern in ganz Europa etabliert. Die Vereinigung selbst ist völlig unabhängig und frei von äußeren Einflüssen.

Hauptziel der ECBA ist es, eine führende Gruppe unabhängiger Strafverteidiger und Strafrechtsexperten in Europa zu sein, die sich für die Grundrechte von Personen, gegen die strafrechtlich ermittelt wird, von Verdächtigen, Beschuldigten und Verurteilten einsetzt. Weitere Informationen finden Sie auf unserer Website www.ecba.org.

Der ECBA geht davon aus, dass es eine Selbstverständlichkeit sein sollte, dass EUSTa-Verfahren einem hohen rechtlichen Standard entsprechen, die vorbildhaft mit den Standards der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (und der Europäischen Menschenrechtskonvention) übereinstimmen sollten.

Je höher die Standards der EUSTa-Verfahren und die Einhaltung der rechtsstaatlichen Grundsätze sind, desto höher wird die Akzeptanz dieser neuen europäischen Institution sein, die schließlich zu einer stärkeren und gefestigteren Europäischen Union führen wird.

Zu diesem Zweck hat die ECBA eine Arbeitsgruppe etabliert, die sich aus Strafverteidigern zusammensetzt, die über langjährige Erfahrungen in den an der EUSTa teilnehmenden Mitgliedstaaten und in den nicht teilnehmenden Mitgliedstaaten verfügen, und zwar sowohl bei der Vertretung von Verdächtigen und Beschuldigten als auch von Opfern von Straftaten.

II. Der Hintergrund dieses Schreibens

Bei diesem Text handelt es sich um eine Stellungnahme in Form eines offenen Briefes zu der beim Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) anhängigen Rechtssache über die Auslegung der [Verordnung \(EU\) 2017/1939](#) zur Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft (EUSTa), die derzeit beim EuGH anhängig ist ([Rechtssache C-281/22, GK u. a.](#), eingereicht am 25. April 2022), Oberlandesgericht Wien, Österreich).

Die vollständigen Einzelheiten des Falles wurden nicht veröffentlicht, und es gibt keinen Verfahrensrahmen für die Zulassung der ECBA (oder anderer Organisationen, die die Anwaltschaft vertreten, wie z. B. des CCBE - Rat der Europäischen Anwaltschaften) als Streithelferin.

Dies ist bedauerlich, denn es bedeutet, dass ein Fall, der für die Definition des Schutzes der Rechte des Individuums und juristischer Personen im Rahmen von EUSTa-Verfahren von entscheidender Bedeutung ist, unter Ausschluss der Öffentlichkeit und ohne die institutionelle Beteiligung der Organisationen, die die Anwaltschaft vertreten, behandelt wird.

* *Übersetzung aus der englischen Fassung.*

Diese Verfahrensbeschränkungen verdeutlichen die bestehende strukturelle Waffengleichheit in EUSTa-Verfahren: Die EUSTa als Institution darf sich aktiv an den oben genannten Verfahren beteiligen und ihre Argumente vor dem EuGH vorbringen. Die Strafverteidiger können jedoch nur in ihrer Eigenschaft als Einzelpersonen für die Personen auftreten, gegen die sich die im vorliegenden Fall erlassenen Maßnahmen richten.

Aus diesen Gründen, und in einem konstruktiven und kooperativen Geist, veröffentlicht die ECBA diesen offenen Brief, um den Gerichtshof zu unterstützen.

III. Die Auslegung der EUSTa-Verordnung

a. Der Fall

In einem Vorabentscheidungsersuchen ([Rechtssache C-281/22](#), *GK u. a.*, eingereicht am 25. April 2022) ersucht das Oberlandesgericht Wien, Österreich, um Klärung des Umfangs der gerichtlichen Kontrolle bei grenzüberschreitenden Ermittlungen im Rahmen der EUSTa-Verordnung.

In dem zugrundeliegenden Fall haben die betroffenen Personen vor den österreichischen Gerichten vorgetragen, dass die gegen sie gerichteten prozessualen „Zwangsmaßnahmen“ wegen mangelndem Verdacht und Verhältnismäßigkeit sowie wegen Verletzung von Grundrechten unzulässig seien.

Das Oberlandesgericht Wien ist der Ansicht, dass [Art. 31\(3\) und 32 der EUSTa-Verordnung](#) unklar sind, inwieweit österreichische Gerichte die Maßnahme nach ihrem nationalen Recht überprüfen können.

Gemäß Artikel 31 Absatz 3 und Erwägungsgrund 72 der EUSTa-Verordnung gilt der Grundsatz der „einmaligen Genehmigung“: Eine gerichtliche Genehmigung sollte im Mitgliedstaat des unterstützenden Europäischen Delegierten Staatsanwalts eingeholt werden, wenn dessen Recht dies vorsieht, oder im Mitgliedstaat des behandelnden Europäischen Delegierten Staatsanwalts, wenn dessen Recht dies vorsieht und nach dem Recht des unterstützenden Mitgliedstaats keine Genehmigung erforderlich ist.

Wie von [Thomas Wahl](#) beschrieben:

„Einerseits könnte argumentiert werden, dass sich die Gerichte im Unterstützungsmitgliedstaat (hier: Österreich) nicht nur auf eine formale Prüfung beschränken, sondern auch die materiellen Bestimmungen dieses Mitgliedstaats überprüfen müssen. Andererseits würde dies nach Ansicht des vorlegenden Gerichts bedeuten, dass grenzüberschreitende Ermittlungen nach der geltenden EUSTa-Verordnung umständlicher sein könnten als die Genehmigung einer Maßnahme im Rahmen der EU-Instrumente zur gegenseitigen Anerkennung, insbesondere der Europäischen Ermittlungsanordnung. Das Oberlandesgericht Wien wirft auch die Frage auf, inwieweit Entscheidungen von Gerichten im Mitgliedstaat des betrauten Delegierten Europäischen Staatsanwalts (hier: Deutschland) anerkannt werden müssen.“

b. Leitlinien des EUSTa-Kollegiums zur Anwendung von Artikel 31 der EUSTa-Verordnung

Zweifel über das in diesen Fällen anzuwendende Verfahren haben das EUSTa-Kollegium veranlasst, Leitlinien zur Anwendung von Artikel 31 der EUSTa-Verordnung zu erlassen: [Beschluss des Kollegiums der Europäischen Staatsanwaltschaft vom 26. Januar 2022 zum Erlass von Leitlinien des Kollegiums der Europäischen Staatsanwaltschaft zur Anwendung von Artikel 31 der Verordnung \(EU\) 2017/1939](#).

Diese Leitlinien weichen eindeutig von der in der EUSTa-Verordnung festgelegten Regelung ab. Sie besagen, dass in den Fällen, in denen die Gesetze beider Mitgliedstaaten eine gerichtliche Genehmigung vorschreiben oder in denen nur der Mitgliedstaat des unterstützenden Europäischen Delegierten Staatsanwalts eine solche Genehmigung verlangt, die Maßnahme aber mit Rechtsbehelfen anfechtbar sein muss, die gerichtliche Genehmigung im Mitgliedstaat des betrauten Europäischen Delegierten Staatsanwalts beantragt werden sollte, da andernfalls kein Rechtsbehelf zur Verfügung stünde, um die sachlichen Gründe für den Erlass der Maßnahme anzufechten. Dies steht im Zusammenhang mit der Auslegung der Verordnung durch die Europäische Staatsanwaltschaft in dem Sinne, dass die Gerichte im Mitgliedstaat der unterstützenden Europäischen Delegierten Staatsanwalts nicht befugt sind, die sachlichen Gründe für den Erlass der Ermittlungsmaßnahme zu überprüfen (siehe Erster Abschnitt, §§ 8-10, 18, 21-22). In den EUSTa-Leitlinien heißt es, dass eine andere Regelung eine erhebliche Lücke in Bezug auf Rechtsbehelfe schaffen würde.

Das EUSTa -Kollegium vertritt die Auffassung, dass der unterstützende Europäische Delegierte Staatsanwalt bei der Beantragung einer gerichtlichen Genehmigung für eine Ermittlungsmaßnahme nach Artikel 31 Absatz 3 der EUSTa-Verordnung dem zuständigen nationalen Gericht des unterstützenden Mitgliedstaats „nicht mehr oder andere Beweise und Unterlagen vorlegen muss, als der nationale Staatsanwalt derzeit bei der Vollstreckung einer Europäischen Ermittlungsanordnung (EEA) [...] [i]n Übereinstimmung mit dem Prinzip, dass die Begründung und die Anordnung von Maßnahmen durch das Recht des Mitgliedstaats des betrauten Europäischen Delegierten Staatsanwalts geregelt wird“, da das Gericht des unterstützenden Mitgliedstaats „die ‚Begründung‘ und die ‚sachlichen Gründe‘ [die die EUSTa als ‚Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit‘ definiert] für die Durchführung der Maßnahme nicht beurteilen sollte“.

Das Kollegium vertritt die Auffassung, dass die Beschränkung der gerichtlichen Kontrolle der „sachlichen Gründe“ für die Anordnung von Ermittlungsmaßnahmen auf die Gerichte des Mitgliedstaats des betrauten Europäischen Delegierten Staatsanwalts ein Erfordernis der gegenseitigen Anerkennung und des Ziels der EUSTa-Verordnung ist, eine Strafverfolgungsbehörde einzurichten, die das Tätigwerden im gesamten Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten erleichtert. Würde den Gerichten des Mitgliedstaats des unterstützenden Europäischen Delegierten Staatsanwalts die Möglichkeit eingeräumt, eine vom betrauten Europäischen Delegierten Staatsanwalt angeordnete Maßnahme zu überprüfen, käme dies einem Rückschritt in Bezug auf die „Effizienz“ der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen gleich, die vor der Errichtung der EUSTa gegeben war.

c. Der Standpunkt der ECBA zu Artikel 31

Nach Ansicht der ECBA beruhen die Leitlinien auf einer inkorrekten Auslegung des von der EUSTa-Verordnung geschaffenen Systems, das nach Artikel 8 Absatz 1 der EUSTa-Verordnung ein System ist, in dem es eine „einheitliche [Verfolgungs-]Behörde“ („*single* [prosecution]office“) gibt, deren Tätigkeit erforderlichenfalls von den nationalen Gerichten der Mitgliedstaaten überwacht wird, die in diesem Fall auch als EU-Gerichte fungieren.

Man kann diese Entscheidung des Gesetzgebers und die damit verbundenen praktischen Schwierigkeiten kritisieren, aber dies ist das Ergebnis des in der Verordnung festgelegten Systems. Die Einhaltung der Verordnung bedeutet die Einhaltung des Legalitätsprinzips, eines Eckpfeilers der Rechtsstaatlichkeit.

Insbesondere der Vorschlag der Leitlinien des EUSTa-Kollegiums zur Anwendung von Artikel 31 der EUSTa-Verordnung verkennt:

- (i) dass es im EUSTa-System „eine einheitliche [Verfolgungs-]Behörde“ gibt und nicht Staatsanwälte aus zwei verschiedenen Mitgliedstaaten, die gegenseitig um Zusammenarbeit bitten; dies bedeutet, dass die Genehmigung einer Ermittlungsmaßnahme durch ein nationales Gericht nicht auf das nationale Recht dieses Gerichts beschränkt ist, sondern vielmehr das nach der Verordnung anwendbare Recht umfassen sollte (und

die Verordnung sieht auch die Anwendung des Rechts des Unterstützungsstaates für bestimmte eingreifende Maßnahmen vor - z. B. Artikel 29, 30 Absätze 2 und 3 und 32 der EUStA-Verordnung);

- (ii) dass auch bei der Europäischen Ermittlungsanordnung (EEA) heftige Kritik an der Wirksamkeit des Schutzes der Rechte der von Ermittlungsmaßnahmen betroffenen Personen geäußert wurde; daher wurde argumentiert, dass in bestimmten Situationen, in denen die Grundrechte der von solchen Maßnahmen betroffenen Personen in Frage stehen, auch die Gerichte des Vollstreckungsmitgliedstaats befugt sein sollten, die „sachlichen Gründe“ für die Anordnung einer Maßnahme zu überprüfen.

Diese beiden Aspekte werden im Folgenden näher erläutert.

Eine einheitliche Staatsanwaltschaft

Das in den Leitlinien vertretene Verständnis verkennt die Tatsache, dass die EUStA nicht nach dem Grundsatz der „gegenseitigen Anerkennung“ arbeitet und keine EEA ausstellen muss, um in einem anderen Mitgliedstaat Beweismittel zu erheben.

Die EUStA ist eine „einheitliche Staatsanwaltschaft“ (siehe Erwägungsgrund 21, 28, 47, sowie Artikel 8 Absatz 1 und Artikel 45 Absatz 2 der EUStA-Verordnung), die in allen EU-Mitgliedstaaten tätig ist (auch wenn sie eine hybride dezentralisierte Struktur hat).

Daraus folgt, dass keine Einschränkung der Befugnisse der Gerichte der Mitgliedstaaten aus der EUStA-Verordnung abgeleitet werden kann, da diese keine klare Norm zu diesem Zweck enthält (im Gegenteil, in Artikel 31 Absatz 3 der EUStA-Verordnung wird die Zuständigkeit den Gerichten des Mitgliedstaates des unterstützenden Europäischen Delegierten Staatsanwalts ausdrücklich zugewiesen).

Das Argument, dass auf die Anordnung der Maßnahmen das Recht des betrauten Mitgliedstaats anwendbar ist, ist nicht überzeugend, da das Recht des unterstützenden Mitgliedstaats ebenfalls ausdrücklich anwendbar ist (z. B. für bestimmte Maßnahmen, einschließlich eingreifender Maßnahmen - Artikel 29, 30 Absätze 2 und 3 und 32 EUStA-Verordnung).

Ein gutes Beispiel für das Problem, das sich aus der Anwendung der Leitlinien des EUStA-Kollegiums ergeben kann, findet sich bei der Betrachtung des gesetzlichen Berufsgeheimnisschutzes. Wenn der betraute Europäische Delegierte Staatsanwalt eine Durchsuchung einer Anwaltskanzlei im Unterstützungsmitgliedstaat anordnet und diese Durchsuchung einer vorherigen richterlichen Genehmigung unterliegt, erfordert diese Genehmigung eine Entscheidung über die Verhältnismäßigkeit *lato sensu* der Maßnahme, die natürlich vom Richter im Unterstützungsmitgliedstaat getroffen werden muss, da das Recht des Unterstützungsmitgliedstaats den gesetzlichen Berufsgeheimnisschutz regelt. Eine solche Entscheidung erfordert, dass das Gericht des unterstützenden Mitgliedstaats die Beweise in den Akten beurteilt. Jede andere Auslegung würde die gerichtliche Genehmigung in einen bloßen „Abstempel“-Vorgang verwandeln. Aus der Sicht der Rechte derjenigen, die von einer solchen Maßnahme betroffen sind, würde eine Auslegung, die die richterliche Kontrolle einschränkt, zweifellos einen erheblichen Eingriff darstellen, ohne dass die Verordnung einen klaren Wortlaut enthält, auf den eine solche Einschränkung gestützt werden könnte. Da der anwaltliche Berufsgeheimnisschutz durch das EU-Recht geschützt ist (siehe Urteil vom 8. Dezember 2022, *Orde van Vlaamse Balies gegen Vlaamse Regering*, [Rechtssache C-694/20](#)), auch wenn es in seinen Einzelheiten nicht geregelt ist (d. h. die Voraussetzungen für seine Einschränkung oder Aufhebung, die durch die nationalen Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten geregelt sind), würde eine solche Auslegung die *Wirksamkeit* des EU-Rechts, namentlich den Schutz individueller Rechte, gefährden.

Das Argument des anwendbaren Rechts lässt auch außer Acht, dass Artikel 30 Absatz 5 der EUStA-Verordnung ein europäisches Verhältnismäßigkeitskriterium festlegt, das von den Gerichten der Mitgliedstaaten der unterstützenden Europäischen Delegierten Staatsanwälte ebenso wirksam wie von den Gerichten der Mitgliedstaaten der betrauten Europäischen Delegierten Staatsanwälte überprüft werden kann. Eine zusätzliche Schwierigkeit ergibt sich sicherlich aus der Sprachbarriere. Allerdings können die Fallakten des betrauten Europäischen Delegierten Staatsanwalts für die Überprüfung durch ein Gericht eines beliebigen Mitgliedstaats in gleicher Weise zusammengefasst und übersetzt werden wie für die Ausübung der Befugnisse der Ständigen Kammer.

Das EEA-System

Eine vollständige Überprüfung der sachlichen Gründe für die Anordnung einer Maßnahme durch die Gerichte des Vollstreckungsmitgliedstaats (im Rahmen der EUStA versteht sich dies wie der Unterstützungsmitgliedstaat) wird durch die EEA-Richtlinie nicht ausgeschlossen.

Die Überprüfung der sachlichen Gründe kann auf der Grundlage der Rechtmäßigkeit und Verhältnismäßigkeit der Maßnahme erfolgen (die gemäß Artikel 6 Absatz 1 der EEA-Richtlinie im Anordnungsstaat zu beurteilen sind)¹ und wird im Allgemeinen im Anordnungsstaat beurteilt. Dazu gehört die formale Rechtmäßigkeit der Maßnahme (gibt es die Maßnahme im Anordnungsstaat? Ist sie auf die Art des vorliegenden Falls anwendbar? Ist sie auf die Ermittlungen im Zusammenhang mit der fraglichen Straftat anwendbar? Ist das Beweismittel, das erlangt werden soll, im Anordnungsmitgliedstaat zulässig?), aber auch die beweiserhebliche Bedeutung oder Notwendigkeit (sind die gesuchten Beweismittel für die Ermittlungen relevant? Sind sie für die Ermittlungen erforderlich? Liegen ausreichende Beweise vor, um den Verdacht der Begehung der Straftat und die Erheblichkeit oder Notwendigkeit der Beweismittel zu stützen?). Letztere laufen häufig auch auf ein materielles Rechtmäßigkeitserfordernis hinaus, denn wenn eine Ermittlungsmaßnahme die Grundrechte einschränkt, setzt ihre Rechtmäßigkeit in der Regel ein gewisses Maß an Erforderlichkeit oder Beweiserheblichkeit voraus.

Die scheinbar ausschließliche Zuständigkeit des Anordnungsstaats in Bezug auf die sachlichen Gründe für den Erlass einer EEA gilt nicht, wenn Grundrechte in Frage stehen könnten, wodurch die Aufgabenteilung zwischen den Mitgliedstaaten in Bezug auf Rechtsbehelfe erheblich verwischt wird. Dies ist dann der Fall, wenn im Anordnungsstaat keine Rechtsbehelfe zur Verfügung stehen, die eine Anfechtung der Anordnung der Maßnahme, einschließlich ihrer sachlichen Gründe, ermöglichen².

Insbesondere ist eine Überprüfung der sachlichen Gründe im Vollstreckungsstaat im Rahmen der EEA möglich, wenn eine *ex ante* gerichtliche Genehmigung für bestimmte in die Privatsphäre eingreifende Maßnahmen erforderlich ist, die sich nicht nur aus dem nationalen Recht des Vollstreckungsstaats, sondern auch aus der Charta ergeben, wenn eine solche Überprüfung im Anordnungsstaat nicht besteht³. Solche Ermittlungsmaßnahmen müssen den Kriterien der Rechtmäßigkeit und Verhältnismäßigkeit genügen (siehe auf EU-Ebene Artikel 52 Absatz 1 der Charta). In Ermangelung

¹ Ramos, V.C., Meios processuais de impugnação da Decisão Europeia de Investigação - subsídios para a interpretação do artigo 14.º da Directiva com uma perspectiva portuguesa, *Anatomia do Crime* 7/2018, pp. 127-128, in Anlehnung an den Vorschlag von Rodríguez-Medel Nieto, C., Obtención y Admisibilidad en España de la Prueba Penal Transfronteriza - De las comisiones rogatorias a la orden europea de investigación, 2016, S. 392; Ramos, V.C., *The EPPO and the Equality of Arms Between the Prosecutor and the Defence*, S. 23 und ff., NJECL (in Druck).

² Rodríguez-Medel Nieto, C., Obtención y Admisibilidad en España de la Prueba Penal Transfronteriza -De las comisiones rogatorias a la orden europea de investigación, 2016, S. 393-394; Ramos, V.C., Meios processuais de impugnação da Decisão Europeia de Investigação - subsídios para a interpretação do artigo 14.º da Directiva com uma perspectiva portuguesa, *Anatomia do Crime* 7/2018, S. 131, einschließlich der Fälle, in denen es im Ausstellungsstaat Rechtsbehelfe gibt, die aber nicht die Kriterien der Wirksamkeit erfüllen.

³ Böse, M., Die Europäische Ermittlungsanordnung-Beweistrasfer nach neuen Regeln? ZIS 4/2014, S. 158.

einer Harmonisierung müssen die Vollstreckungsbehörden eine Überprüfung der Rechtmäßigkeit oder Verhältnismäßigkeit nach ihrem Recht vornehmen, die einer gerichtlichen Kontrolle unterliegt. In diesem Sinne sieht Artikel 10 Absätze 1 und 3 der EEA-Richtlinie vor, dass die Vollstreckungsbehörde die Rechtmäßigkeit der beantragten Ermittlungsmaßnahme nach der *lex loci* prüfen kann und, falls eine solche Maßnahme in ihrer Rechtsordnung nicht existiert oder im konkreten Fall nicht angewandt werden kann, diese nach Rücksprache mit der Anordnungsbehörde durch eine andere Maßnahme ersetzen muss, vorbehaltlich der Einschränkungen in Artikel 10 Absatz 2. Oder, wenn es keine geeignete Alternativmaßnahme gibt, muss die Vollstreckungsbehörde dann feststellen, dass es unmöglich ist, die beantragte Zusammenarbeit zu gewähren (Artikel 10 Absätze 4 und 5 der EEA-Richtlinie). Die Unmöglichkeit der Anwendung einer Maßnahme in einem vergleichbaren Fall kann sich aus einer Verhältnismäßigkeitsprüfung ergeben, die entweder vom Gesetzgeber festgelegt wurde (durch Beschränkung der Maßnahme auf Straftaten einer bestimmten Schwere oder auf bestimmte Fälle, in denen eine beweiskräftige Notwendigkeit besteht) oder von der Justizbehörde *in concreto* vorgenommen wurde⁴. Die Beurteilung der Verhältnismäßigkeit ist in diesen Fällen mit der Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Maßnahme verbunden, wobei letztere die erstere voraussetzt⁵.

Das Urteil im Fall *Gavanozov II* (Urteil vom 11. November 2021, *Strafverfahren gegen Ivan Gavanozov*, [C-852/19](#), ECLI:EU:C:2021:902) sollte nicht im gegenteiligen Sinne verstanden werden. In dieser Rechtssache stellte der EuGH fest, dass die Vollstreckungsbehörden die Vollstreckung einer EEA "ausnahmsweise nach einer Einzelfallprüfung von diesem Grundsatz [abweichen können], wenn berechtigte Gründe für die Annahme bestehen, dass die Vollstreckung einer EEA mit den insbesondere in der Charta verbürgten Grundrechten unvereinbar wäre" (Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe f der [EEA-Richtlinie](#)). Im vorliegenden Fall sei der Gerichtshof jedoch besorgt, „[b]ei Fehlen jeglichen Rechtsbehelfs im Anordnungsstaat würde diese Bestimmung jedoch systematisch zur Anwendung kommen“, was „sowohl der allgemeinen Systematik der Richtlinie 2014/41 als auch dem Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens zuwider“ (§ 59) sei. Daraus folgt, dass der EuGH bestätigt hat, dass die Vollstreckungsbehörden die Vollstreckung verweigern können, wenn die Gefahr einer Verletzung der Grundrechte besteht. Dies bedeutet, dass in bestimmten Fällen eine Beurteilung der sachlichen Gründe für die Anordnung der Maßnahme erforderlich sein kann. Dies ergibt sich auch aus Artikel 14 Absatz 2 der EEA-Richtlinie (Hervorhebung hinzugefügt): „[d]ie sachlichen Gründe für den Erlass der EEA können nur durch einen Rechtsbehelf im Anordnungsstaat angefochten werden; *dies lässt die Garantien der Grundrechte im Vollstreckungsstaat unberührt.*“ Selbstverständlich kann es in der Praxis Vorgehensweisen geben, die nicht mit dem Gesetz übereinstimmen, aber das sollte nicht bedeuten, dass das Gesetz auf der Grundlage dieser Vorgehensweisen ausgelegt werden sollte.

So argumentiert das EUStA-Kollegium zwar, dass die Bestimmungen der Verordnung, wenn sie so ausgelegt werden, dass die Gerichte der Mitgliedstaaten der unterstützenden Europäischen Delegierten Staatsanwälte eine sachliche Überprüfung nach ihren Gesetzen vornehmen müssten, ein aufwendigeres Verfahren und somit einen Rückschritt im Vergleich zur EEA-Regelung darstellen würde, was die Wirksamkeit der EUStA gefährden würde; aus der Perspektive des individuellen Grundrechtsschutzes würde eine solche Auslegung aber bedeuten, dass die EUStA-Regelung keinen Rückschritt in Bezug auf den Schutz der Rechte der von den Ermittlungsmaßnahmen betroffenen Personen darstellt, sondern in gewisser Hinsicht sogar einen Fortschritt diesbezüglich.

⁴ In diesem Sinne auch: Zimmerman, F., Die Europäische Ermittlungsanordnung: Schreckgespenst oder Zukunftsmodell für grenzüberschreitende Strafverfahren? ZSTW 1/2015, S. 163.

⁵ Böse, M., Die Europäische Ermittlungsanordnung-Beweistransfer nach neuen Regeln? ZIS 4/2014, S. 158-159, 160; Zimmerman, F., Die Europäische Ermittlungsanordnung: Schreckgespenst oder Zukunftsmodell für grenzüberschreitende Strafverfahren? ZSTW 1/2015, S. 169.

IV. Fazit

Die Auslegung des Wortlauts der Verordnung im Einklang mit den Grundrechten der von EUSTa-Ermittlungsmaßnahmen betroffenen Personen macht deutlich, dass das in den Leitlinien angenommene Konzept nicht nur mit der Verordnung, sondern auch mit Artikel 47 der Charta und den materiellen Bestimmungen zum Schutz der Rechte der von grenzüberschreitenden EUSTa-Maßnahmen betroffenen Personen (insbesondere dem Recht auf Freiheit, auf Schutz der Privatsphäre oder des Eigentums usw.) unvereinbar ist. Die Gerichte des unterstützenden Mitgliedstaates müssen befugt sein, eine umfassende Überprüfung der im betrauten Mitgliedstaat im Rahmen des EUSTa-Verfahrens erlassenen Maßnahmen vorzunehmen.

In Ermangelung einer Harmonisierung in diesem Bereich (z. B. bei den Voraussetzungen für die Anordnung einer Durchsuchung oder einer Überwachung des Fernmeldeverkehrs) gelten in EUSTa-Ermittlungen die Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten (einschließlich der Grundrechte und der Immunitäten und des gesetzlichen Berufsgeheimnisschutzes, wie z. B. für Rechtsanwälte), die dazu führen können, dass eine Maßnahme in einem anderen Mitgliedstaat nicht vollstreckt werden kann.

Die Entscheidung über das Vorhandensein solcher Hindernisse muss eine sachliche Prüfung nach sich ziehen: Wie würde das Gericht im Mitgliedstaat des betrauten Europäischen Delegierten Staatsanwalts in dem oben genannten Beispiel über Fragen des Anwaltsgeheimnisses im Unterstützungsmitgliedstaat entscheiden, das durch das EU-Recht geschützt ist, aber durch das Recht dieses Mitgliedstaats geregelt wird? Und wie würden die Gerichte im Mitgliedstaat des betrauten Europäischen Delegierten Staatsanwalts über die Aufhebung des gesetzlichen Schutzes des Berufsgeheimnisses entscheiden, ohne die Beweise der Verfahrensakten zu analysieren und eine inhaltliche Prüfung vorzunehmen?

Würde man dem Gericht in den Mitgliedstaaten der unterstützenden Europäischen Delegierten Staatsanwälte eine sachliche Prüfung bei der Genehmigung einer Maßnahme verwehren, würde dies bedeuten, dass die Anwendbarkeit des Rechts dieses Mitgliedstaates, die auch in der EUSTa-Verordnung festgelegt ist, auf eine leere Worthülse reduziert würde.

Artikel 30 Absatz 5 der EUSTa-Verordnung legt ein europäisches Verhältnismäßigkeitskriterium fest, das von den Gerichten der Mitgliedstaaten der unterstützenden Europäischen Delegierten Staatsanwälte ebenso wirksam wie von den Gerichten der Mitgliedstaaten der betrauten Europäischen Delegierten Staatsanwälte überprüft werden kann. Eine zusätzliche Schwierigkeit ergibt sich sicherlich aus der Sprachbarriere. Jedoch, so wie die Unterlagen der bearbeitenden Europäischen Delegierten Staatsanwälte für die Beurteilung durch die Ständige Kammer zusammengefasst und übersetzt werden müssen, kann das Gleiche für die Überprüfung durch ein Gericht jedes Mitgliedstaats verlangt werden.

Im Namen der ECBA,

Vincent Asselineau, Vorsitzender der ECBA

Vânia Costa Ramos und Amedeo Barletta, stellvertretende Vorsitzende der ECBA

Rosa Van Zijl, Mitglied des Vorstandes der ECBA

Holger Matt, Adrian Sandru und Mihai Morar, Mitglieder der EUSTa-Arbeitsgruppe der ECBA