

Schleswig-Holsteinischer Landtag ▪ Postfach 7121 ▪ 24171 Kiel

An den  
Vorsitzenden  
des Innen- und Rechtsausschusses  
Herrn Werner Kalinka, MdL

im Hause

**Ihre Nachricht vom:**

**Mein Zeichen: L 203/240-16**

**Bearbeiterin:  
PD Dr. Silke R. Laskowski**

**Telefon (0431) 988-1104  
Telefax (0431) 988-1250  
Silke-  
Ruth.Laskowski@landtag.ltsh.de**

**20. November 2008**

## **§ 160a StPO – „Berufsgeheimnisträger“**

Sehr geehrter Herr Kalinka,

der Bitte des Innen- und Rechtsausschusses um Stellungnahme zu o. g. Thema  
kommen wir gerne nach:

### **1. Zur Frage der Begründung der bundesgesetzlichen Differenzierung zwischen den Berufsgeheimnisträgerinnen und -trägern und deren Rechtfertigung**

Die durch Gesetz vom 21.12.2007 (BGBl. I 3198)<sup>1</sup> eingefügte Regelung des § 160a StPO sieht ein abgestuftes System von Beweiserhebungs- und -verwertungsverböten vor. Ursprünglich sollte die Regelung als § 53 b in die StPO aufgenommen werden<sup>2</sup>, wurde dann aber aus systematischen Gründen mit geringen Modifikationen als § 160a StPO eingeführt.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Eingefügt wurde § 160a StPO durch das am 1.1.2008 in Kraft getretene Gesetz zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen sowie zur Umsetzung der Richtlinie 2006/24/EG vom 21.12.2007 (BGBl. I S. 3198).

<sup>2</sup> Vgl. Gesetzentwurf BT-Drs 16/5846, S. 25 ff.

<sup>3</sup> BT-Drs 16/6979, S 67; BR-Drs 798/07.

### 1.1. Abgestuftes System von Beweiserhebungs- und -verwertungsverboten

Nach § 160a StPO sind bei allen Ermittlungsmaßnahmen die von Zeugnisverweigerungsrechten der Berufsgeheimnisträger und -trägerinnen nach §§ 53, 53a StPO geschützten Interessen zu berücksichtigen, so dass Ermittlungshandlungen gegen diese entweder nur eingeschränkt oder gar nicht vorgenommen werden dürfen. Das Gesetz differenziert zwischen Geistlichen, Verteidigerinnen und Verteidigern sowie Abgeordneten (§§ 53 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 2 und Nr. 4 StPO) einerseits und Angehörigen von Beratungs- und Heilberufen (§ 53 Abs. 1 Nr. 3 bis 3b StPO) sowie Medienvertreterinnen und -vertretern (§ 53 Abs. 1 Nr. 5 StPO) andererseits. Ermittlungshandlungen, die sich gegen Angehörige der erstgenannten Berufsgruppen richten, unterliegen nach § 160a Abs. 1 StPO einem *absoluten Beweiserhebungs- und Verwertungsverbot*, Ermittlungshandlungen gegen Angehörige der Beratungs- und Heilberufe sowie gegen Medienvertreterinnen und -vertreter nach § 160a Abs. 2 StPO nur einem *relativen*.

Eine allgemeine Regelung zum Schutz von Berufsgeheimnisträgerinnen und -trägern wie in § 160a StPO, existierte zuvor nicht (abgesehen von § 100c Abs. 4 StPO, § 100h Abs. 2 StPO a. F.). Zudem bestanden hinsichtlich des geschützten Personenkreises und der Ermittlungsmaßnahmen, bei denen die Eigenschaft zu berücksichtigen war, in Literatur und Rechtsprechung unterschiedliche Auffassungen; lediglich für einzelne Berufsgruppen und bestimmte Tätigkeiten wie das Abhören von Telefonaten zwischen Strafverteidigerinnen und -verteidigern und Beschuldigten bestand Einigkeit – abgesichert durch die Rechtsprechung des BVerfG.<sup>4</sup>

Daran knüpft die neu eingefügte Regelung des § 160a StPO an; gegen die Neuregelung ist Verfassungsbeschwerde erhoben worden.

### 1.2. Bundesverfassungsgericht vom 15.10.2008 – u. a. zu § 160a StPO

Wegen des nur relativen Schutzes verschiedener zeugnisverweigerungsberechtigter Berufsgeheimnisträger/-innen haben u. a. ein Rechtsanwalt und zwei angestellte Klinikärzte als Angehörige der von § 160a Abs. 2, § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO betroffenen Berufsgruppen gegen § 160a StPO Verfassungsbeschwerde erhoben. Ein gleichzeitig gestellter Eilantrag blieb erfolglos - Beschluss des BVerfG vom 15.10.2008.

<sup>4</sup> BVerfG, Beschluß vom 15.10.2008 – 2 BvR 236/08 –, Rn. 143 m. w. N.

In dem **Beschluss vom 15.10.2008** hat das **BVerfG** den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung aufgrund einer **Folgenabwägung** abgelehnt. Das Gericht konnte das erforderliche deutliche Überwiegen der für den Erlass der einstweiligen Anordnung sprechenden Belange für den Bereich der strafprozessualen Eingriffsmaßnahmen selbst unter Berücksichtigung nicht auszuschließender Einwirkungen auf das Kommunikationsverhalten der Bürgerinnen und Bürger nicht feststellen.<sup>5</sup> Dazu heißt es:

„Die betroffenen Grundrechte sowie die Funktionen des Zeugnisverweigerungsrechts auf der einen Seite und das gewichtige rechtsstaatliche Interesse an einer wirksamen Strafverfolgung, insbesondere von schweren Straftaten (vgl. BVerfGE 100, 313 <388 f.>; 107, 299 <316>; 115, 166 <192> ) auf der anderen Seite, können nicht abstrakt, sondern nur auf der Grundlage eingehender Prüfung der Art und des Ausmaßes ihrer jeweiligen Betroffenheit gegeneinander abgewogen werden. In einem solchen Fall gebietet es die gegenüber der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers notwendige Zurückhaltung des Bundesverfassungsgerichts, die Anwendung der angegriffenen Vorschrift nicht zu hindern, bevor im Rahmen einer umfassenden Prüfung im Hauptsacheverfahren geklärt ist, ob sie vor der Verfassung Bestand hat.“<sup>6</sup>

Allerdings ist das BVerfG bemüht dem Eindruck entgegenzuwirken, dem Beschluss komme präjudizielle Wirkung im Hinblick auf das Hauptsacheverfahren zu. So betont es, die Ablehnung sei nicht erfolgt, weil die Verfassungsbeschwerde in Bezug auf § 160a StPO offensichtlich unbegründet sei. Vielmehr müsse die noch offene Frage, ob § 160a StPO den Zeugnisverweigerungsrechten gem. § 53 Abs.1 S. 1 Nr. 3 bis 3b und Nr. 5 StPO – soweit diese verfassungsrechtlich garantiert seien –, durch das neu geschaffene System von Beweiserhebungs- und -verwertungsverböten ausreichend Rechnung trage, im Hauptsacheverfahren umfassend geprüft werden.<sup>7</sup>

Die Hauptsachentscheidung bleibt daher abzuwarten; gleichwohl lässt der Beschluss erkennen, dass das BVerfG dem staatlichen Interesse an einer wirksamen Strafverfolgung doch ein erhebliches Gewicht beimisst.

<sup>5</sup> BVerfG, Beschluß vom 15.10.2008 – 2 BvR 236/08 –, Rn. 139.

<sup>6</sup> BVerfG, Beschluß vom 15.10.2008 – 2 BvR 236/08 –, Rn. 148.

<sup>7</sup> BVerfG, Beschluß vom 15.10.2008 – 2 BvR 236/08 –, Rn. 138.

### 1.3. Zu den unterschiedlichen Berufsgruppen und Tätigkeitsbereichen, die von dem absoluten Erhebungs- und Verwendungsverbot gem. § 160a Abs. 1, § 53 Abs. 1 S. 1 Nr. 1, Nr. 2, Nr. 4 StPO erfasst werden

Nach § 160a Abs. 1 S. 1 StPO sind Ermittlungshandlungen, die sich gegen Angehörige der in §§ 53 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 2 und Nr. 4 StPO aufgezählten Berufsgruppen richten und voraussichtlich zu Erkenntnissen führen, über die diese Personen wegen ihrer beruflichen Verbindung zur oder zum Beschuldigten das Zeugnis verweigern dürften, generell unzulässig und unterliegen einem *absoluten Beweiserhebungsverbot*. Dennoch erlangte Erkenntnisse dürfen gem. § 160a Abs. 1 S. 2 StPO nicht verwendet werden; sie unterliegen einem *absoluten Verwendungsverbot*. Demnach dürfen alle Erkenntnisse, die im Zeitraum eines bestehenden Erhebungsverbots gewonnen werden, insgesamt und ungeachtet ihres Inhalts nicht verwertet werden.<sup>8</sup>

§ 160a Abs. 1 StPO korrespondiert mit den Zeugnisverweigerungsrechten in § 53 Abs. 1 Nr. 1, 2, 4 StPO und ergänzt sie ohne Einschränkung. Daher dürfen sich gegen diese Berufsgruppen keine staatlichen Maßnahmen richten, die der Ermittlung von Umständen dienen, welche vom Zeugnisverweigerungsrecht der Betroffenen umfasst werden. Die Reichweite des Erhebungsverbots in § 160a Abs. 1 S. 1 StPO hängt somit vom Umfang des jeweiligen Zeugnisverweigerungsrechts ab. Dieses dient – wie alle Zeugnisverweigerungsrechte in § 53 StPO – dem **Schutz des Vertrauensverhältnisses** zwischen bestimmten Berufsangehörigen und denen, die ihre Hilfe und Sachkunde in Anspruch nehmen; es ist auf die im Rahmen der Berufsausübung anvertrauten oder bekannt gewordenen Tatsachen begrenzt.<sup>9</sup> Die Kommunikation einer oder eines Beschuldigten mit Angehörigen dieser Berufsgruppen unterliegt damit einem *umfassenden Schutz vor staatlicher Kenntnisnahme*.<sup>10</sup> Ausgenommen sind allerdings Maßnahmen gegen Berufsgeheimnisträger/-innen, die selbst in Straftaten verstrickt sind.<sup>11</sup>

Im Einzelnen:

<sup>8</sup> Meyer-Goßner, StPO, 51. Aufl. 2008, § 160a Rn. 4.

<sup>9</sup> Meyer-Goßner, StPO, 51. Aufl. 2008, § 160a Rn. 3.

<sup>10</sup> BT-Drs 16/5847, S 35; Meyer-Goßner, StPO § 160a Rn. 3.

<sup>11</sup> Zu den von § 160a StPO umfassten Ermittlungshandlungen zählen sämtliche von der Strafprozessordnung vorgesehenen Maßnahmen mit Ausnahme von Zeugenvernehmungen, für die die Sonderregelung des § 53 StPO gilt, vgl. Meyer-Goßner, StPO § 160a Rn. 1, 3. Weiterhin zulässig bleiben Ermittlungshandlungen gegen andere Personen, etwa gegen Beschuldigte oder Dritte. Das gilt selbst dann, wenn nicht ausgeschlossen werden kann oder auch zu erwarten ist, dass hierdurch Kommunikationsinhalte mit Berufsgeheimnisträgerinnen und -trägern offengelegt werden, vgl. BT-Drs 16/5846, S. 35. Für derart erlangte Erkenntnisse sieht jedoch § 160a Abs. 1 S. 5 ein Verwertungsverbot vor.

Das absolute Erhebungs- und Verwendungsverbot nach **§ 160a Abs. 1 StPO** beschränkt sich ebenso wie die entsprechenden Zeugnisverweigerungsrechte in **§ 53 Abs. 1 Nr. 1, 2 und Nr. 4 StPO** auf Angehörige spezifischer Berufsgruppen, zudem auf spezifische Tätigkeitsausschnitte:

- **Geistliche** – nur bezogen auf den Tätigkeitsbereich der religiös motivierten **Seelsorge**, unabhängig von einer bestimmten Religion<sup>12</sup> (§ 53 Abs. 1 Nr. 2 StPO),
- **Verteidigerinnen und Verteidiger** einer oder eines Beschuldigten in einem Strafverfahren (§ 53 Abs. 1 Nr. 2; §§ 137 ff; §§ 140 ff. StPO) – hier sind unterschiedliche Berufsgruppen betroffen:
  - Als *Wahlverteidigerinnen und Wahlverteidiger* nach § 138 Abs. 1 2 StPO können sowohl **Rechtsanwältinnen und -anwälte** als auch **Hochschul-lehrerinnen und -lehrer** dazu zählen – zur letztgenannten Gruppe wiederum gehören (entpflichtete) Professorinnen und Professoren deutscher Hochschulen einschließlich Fachhochschulen, Honorarprofessorinnen und -professoren sowie Privatdozentinnen und -dozenten.<sup>13</sup> Darüber hinaus können nach § 138 Abs. 2 StPO **mit Genehmigung des Gerichts weitere Personen** zu Verteidigerinnen und Verteidigern gewählt werden. Im Übrigen können Wahlverteidigerinnen und Wahlverteidiger, die gleichzeitig Rechtsanwältinnen oder -anwälte sind, die Verteidigung nach § 139 StPO auf eine Referendarin oder einen Referendar übertragen; dieser oder diesem stehen dann alle Verteidigerrechte zu.<sup>14</sup>

Die Wahlverteidigerin oder der Wahlverteidiger wird aufgrund eines **Auftragsverhältnisses** (entgeltlicher Geschäftsbesorgungsvertrag gem. § 675 oder unentgeltlicher Auftrag gem. § 662 BGB) und der sie oder ihn ausweisenden Vollmacht tätig.<sup>15</sup>

<sup>12</sup> Soweit in einzelnen Kommentaren ohne jede Begründung behauptet wird, nur Geistliche der christlichen Kirchen zählten zu den von § 53 Abs. 1 Nr. 1 StPO erfassten Geistlichen, ist diese Lesart des § 53 Abs. 1 Nr. 1 StPO als verfassungs- und gemeinschaftsrechtswidrig zurückzuweisen; sie verstößt gegen Art. 4 i. V. m. Art. 3 III, I GG, Art. 21 GRC und das europäische Antidiskriminierungsrecht (RL 2000/78/EG – „Religion“; Allgemeiner Grundsatz der Gleichbehandlung). Die verfassungsrechtlich vorgegebenen religiös-weltanschauliche Neutralität des Staates verwehrt ihm die „Privilegierung bestimmter Bekenntnisse ebenso wie die Ausgrenzung Andersgläubiger“, vgl. BVerfGE 93, 1, 16 f.; 108, 282, 300; zum Allgemeinen Grundsatz der Gleichbehandlung vgl. EuGH v. 22.11.2005 – C-144/04 – („Mangold“).

<sup>13</sup> Meyer-Goßner, StPO, 51. Aufl. 2008, § 138 Rn. 4.

<sup>14</sup> Meyer-Goßner, StPO, 51. Aufl. 2008, § 139 Rn. 6.

<sup>15</sup> KG Berlin vom 9.3.2006, NJ 2007, 322 f.

- Zur Gruppe der Strafverteidigerinnen und Strafverteidiger zählen zudem die *Pflichtverteidigerinnen und Pflichtverteidiger*, d. h. diejenigen **Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte** oder **Hochschullehrerinnen und Hochschullehrer** (§ 138 StPO), die das Gericht dazu bestellt, §§ 140-142 StPO; ausgenommen sind hier Referendarinnen und Referendare.<sup>16</sup>
- **Abgeordnete** (§ 53 Abs. 1 Nr. 4 StPO) – erfasst werden Abgeordnete des Deutschen Bundestages, Landtagsabgeordnete und Abgeordnete des Europäischen Parlaments, soweit es um Tatsachen geht, die ihnen **im Zusammenhang mit ihrer Abgeordnetentätigkeit** durch Dritte anvertraut wurden, die sie anderen anvertraut haben oder die ihnen als Abgeordnete sonst bekanntgeworden sind.

#### 1.4. Zur Begründung des spezifischen Schutzes der von § 160 Abs. 1 StPO erfassten Gruppen und Tätigkeiten

Den besonderen Schutz gerade dieser Personen und Tätigkeitsausschnitte leitet der Gesetzgeber aus den **absolut geschützten Belangen** her, die er hier betroffen sieht.<sup>17</sup> Ein umfassendes, absolutes Erhebungs- und Verwertungsverbot sei nur dann gerechtfertigt, wenn ein entsprechend **absolut geschützter Belang** dies erfordere. Die Entwurfsbegründung nimmt in diesem Zusammenhang insbesondere auf die **Entscheidung des BVerfG zur akustischen Wohnraumüberwachung** Bezug, in der das Gericht einen solchen Belang mit Blick auf die **Menschenwürde** ausdrücklich nur für **seelsorgerische Gespräche mit Geistlichen** und **Gespräche zwischen Beschuldigten und deren Verteidigerinnen und -verteidigern** angenommen hat.<sup>18</sup> Der spezifische Inhalt dieser Kommunikation betrifft nach Ansicht des Gerichts den **unantastbaren Kernbereich der privaten Lebensgestaltung**, also die Menschenwürde.

Die insoweit betroffenen beruflichen Teilausschnitte fasst das BVerfG sehr eng:

<sup>16</sup> Meyer-Goßner, StPO, 51. Aufl. 2008, § 142 Rn. 16.

<sup>17</sup> BT-Drs. 16/5846 S. 24 f.

<sup>18</sup> BVerfGE 109, 279 ff. („Großer Lauschangriff“) = NJW 2004, 999 ff..

### 1.4.1. Seelsorgerinnen und Seelsorger („Geistliche“)

Im Hinblick auf das „seelsorgerische Gespräch mit einem Geistlichen“<sup>19</sup> zählt es nur den „... Schutz der **Beichte** oder der **Gespräche mit Beichtcharakter** zum verfassungsrechtlichen **Menschenwürdegehalt** der **Religionsausübung** im Sinne von **Art. 4 Abs. 1 und 2 GG**“.<sup>20</sup>

### 1.4.2. Verteidigerinnen und Verteidiger

Ähnliches gilt für die aufgrund ihrer Menschenwürdebezogenheit geschützte Kommunikation zwischen **Verteidigerinnen und Verteidigern** und den von ihnen vertretenen Beschuldigten. Menschenwürderelevanz kommt diesen Gesprächen deshalb zu, weil sie der Vermeidung dienen, Beschuldigte zum **bloßen Objekt eines Strafverfahrens** zu machen.<sup>21</sup>

In der *Literatur* wird zum Teil sehr *heftige Kritik* daran geübt, dass der Strafverteidigerinnen und Strafverteidigern durch § 160a Abs. 1 StPO eingeräumte Schutz nicht in gleicher Weise für die Gruppe der Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte normiert wurde, die angesichts eines *besonderen anwaltlichen Vertrauensverhältnisses* ebenso schutzwürdig und -bedürftig sei. Hingewiesen wird insbesondere auf die bei zahlreichen Mandaten kommunizierten Informationen, die den *Kernbereich der privaten Lebensgestaltung* der Mandantinnen oder Mandanten betreffen.<sup>22</sup> Hervorgehoben wird zudem die besondere Stellung der Anwältinnen und Anwälte als „*Organ der Rechtspflege*“, die unstreitig der Bürgerteilhabe am Recht sowie der Verwirklichung des Rechtsstaats dient. Das vom Gesetzgeber geschaffene „Zwei-Klassen-System“ der Zeugnisverweigerungsberechtigten hinsichtlich der Anwaltschaft lasse sich daher letztlich nicht rechtfertigen. Im Übrigen wird die Gefahr gesehen, dass sich die im Rahmen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nach § 160 Abs. 2 StPO vorzunehmende Abwägung auf eine nur formelhaft begründete „*Schein-Abwägung*“ reduziere.<sup>23</sup>

<sup>19</sup> BVerfG, NJW 2004, 999, 1004.

<sup>20</sup> BVerfG, NJW 2004, 999, 1004.

<sup>21</sup> BVerfG, NJW 2004, 99, 1004. Dort hebt das Gericht zudem hervor, auch **Arztgespräche** könnten **im Einzelfall** dem unantastbaren Kernbereich privater Lebensgestaltung zuzuordnen sein – unter Bezugnahme auf BVerfGE 32, 373, 379.

<sup>22</sup> So sehr kritisch Ignor, NJW 2007, 3403, 3404.

<sup>23</sup> So Ignor, NJW 2007, 3403, 3405

Der Kritik ist zuzugeben, dass das BVerfG in fast allen Entscheidungen, in denen es sich mit dem verfassungsrechtlichen Schutz der Kommunikation zwischen Strafverteidigerinnen und Strafverteidigern und deren Mandantschaft auseinandergesetzt, „die besondere Rechtstellung des Strafverteidigers schon ab dem Ermittlungsverfahren“<sup>24</sup> auf der Grundlage des spezifischen Vertrauensverhältnisses zwischen Anwältin und Anwalt sowie Mandantinnen und Mandanten entwickelt. So hebt das BVerfG in der sog. Geldwäsche-Entscheidung aus dem Jahre 2004 hervor:

„...Die durch den Grundsatz der freien Advokatur gekennzeichnete anwaltliche Berufsausübung unterliegt unter der Herrschaft des Grundgesetzes der freien und unreglementierten Selbstbestimmung des einzelnen Rechtsanwalts (vgl. BVerfGE 15, 226 <234>; 50, 16 <29>; 63, 266 <284>; Beschluss des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 3. Juli 2003 - 1 BvR 238/01 -, NJW 2003, S. 2520). Der Schutz der anwaltlichen Berufsausübung vor staatlicher Kontrolle und Bevormundung liegt dabei nicht allein im individuellen Interesse des einzelnen Rechtsanwalts oder des einzelnen Rechtssuchenden. Der Rechtsanwalt ist "Organ der Rechtspflege" (vgl. §§ 1 und 3 BRAO) und dazu berufen, die Interessen seines Mandanten zu vertreten (vgl. BVerfGE 10, 185 <198>). Sein berufliches Tätigwerden liegt im Interesse der Allgemeinheit an einer wirksamen und rechtsstaatlich geordneten Rechtspflege (vgl. BVerfGE 15, 226 <234>; 34, 293 <302>; 37, 67 <77 ff.>; 72, 51 <63 ff.>). Unter der Geltung des Rechtsstaatsprinzips des Grundgesetzes müssen dem Bürger schon aus Gründen der Chancen- und Waffengleichheit Rechtskundige zur Seite stehen, denen er vertrauen und von denen er erwarten kann, dass sie seine Interessen unabhängig, frei und uneigennützig wahrnehmen (vgl. BVerfGE 63, 266 <284>; 87, 287 <320>). Dem Rechtsanwalt als berufenem unabhängigen Berater und Beistand obliegt es, seinem Mandanten umfassend beizustehen.

Voraussetzung für die Erfüllung dieser Aufgabe ist ein Vertrauensverhältnis zwischen Rechtsanwalt und Mandant. Integrität und Zuverlässigkeit des einzelnen Berufsangehörigen (vgl. BVerfGE 63, 266 <286>; 87, 287 <320>; 93, 213 <236>) sowie das Recht und die Pflicht zur Verschwiegenheit (vgl. BVerfGE 76, 171 <190>; 76, 196 <209 f.>) sind die Grundbedingungen dafür, dass dieses Vertrauen entstehen kann. Die Verschwiegenheitspflicht rechnet daher von jeher zu den anwaltlichen Grundpflichten (vgl. Feuerich/Weyland, Kommentar zur BRAO, 6. Aufl. 2003, § 43a, Rn. 12; Hartung/Holl, Anwaltliche Berufsordnung, 2. Aufl. 2001, § 43a, Rn. 21 ff.; Henssler, Das anwaltliche Berufsgeheimnis, NJW 1994, S. 1817, 1818). Als unverzichtbare Bedingung der anwaltlichen Berufsausübung hat sie teil am Schutz des Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG. Diesem Schutz dient eine Reihe gesetzlicher Vorschriften (vgl. § 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB; § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO, § 97 StPO), deren Ziel es ist, das Verhältnis zwischen Anwalt und Mandant gegen Störungen abzusichern.“<sup>25</sup>

<sup>24</sup> BVerfGE 110, 226 = NJW 2004, 1305 ("Geldwäsche"); vgl. auch BVerfG, Beschluß (3. Kammer des 2. Senats) v. 18.4.2007 – 2 BvR 20094/05.

<sup>25</sup> BVerfG, NJW 2004, 1305, 1307.



Hier zeigt sich, welcher hohen Stellenwert das BVerfG dem Anwaltsberuf und dem anwaltlichen Vertrauensverhältnis beimisst („unverzichtbare Bedingung der anwaltlichen Berufsausübung“), um eine wirksame und rechtsstaatlich geordnete Rechtspflege im Allgemeinwohlinteresse zu gewährleisten.

Gleichwohl begnügt sich das BVerfG in diesem Zusammenhang nicht damit, die Tätigkeit der Strafverteidigerinnen und Strafverteidiger als besondere Gruppierung innerhalb der Anwaltschaft lediglich zu benennen und einzubeziehen. Es arbeitet vielmehr ihre Sonderstellung innerhalb der Anwaltschaft und die herausragende Bedeutung ihrer Tätigkeit für das Allgemeinwohl heraus. Daraus lässt sich schließen, dass das BVerfG ein besonders sensibles und schutzbedürftiges Vertrauensverhältnis zwischen Strafverteidigerinnen bzw. Strafverteidigern und Beschuldigten erkennt, das eine differenzierte Betrachtung zwischen Anwältinnen und Anwälten einerseits sowie Strafverteidigerinnen und Strafverteidigern andererseits erlaubt – dazu das BVerfG in der o. g. Geldwäsche-Entscheidung, unter Bezugnahme auf Art. 6 EMRK:

„Der Schutz des Art. 12 Abs. 1 GG umfasst auch die Strafverteidigung, die zu den wesentlichen Berufsaufgaben eines Rechtsanwalts zählt (vgl. BVerfGE 15, 226 <231>; 22, 114 <119 f.>; 34, 293 <299>; 39, 238 <242>; vgl. auch § 3 BRAO und § 138 Abs. 1 StPO). Die Institution der Strafverteidigung ist durch das Rechtsstaatsprinzip des Grundgesetzes gesichert. Der auf die Ermittlung des Sachverhalts hin angelegte Strafprozess mit seiner Aufgabe, den staatlichen Strafanspruch im Interesse des Rechtsgüterschutzes Einzelner und um der Allgemeinheit willen durchzusetzen, muss fair ausgestaltet sein (vgl. BVerfGE 57, 250 <275 ff.>; stRspr); seine Durchführung ist mit erheblichen Belastungen und möglichen weit reichenden Folgen für den Betroffenen verbunden. Der Einzelne muss auf den Verlauf des gegen ihn geführten Verfahrens und auf dessen Ergebnis aktiv und wirkungsvoll Einfluss nehmen können. Ein rechtsstaatliches und faires Verfahren fordert "Waffengleichheit" zwischen den Strafverfolgungsbehörden einerseits und dem Beschuldigten andererseits.

Der Beschuldigte hat deshalb ein Recht auf möglichst frühzeitigen und umfassenden Zugang zu Beweismitteln und Ermittlungsergebnissen und auf die Vermittlung der erforderlichen materiell- und prozessrechtlichen Informationen, ohne die er seine Rechte nicht wirkungsvoll wahrnehmen könnte. Die Mitwirkung eines Strafverteidigers, der dem Beschuldigten beratend zur Seite steht und für diesen die ihn entlastenden Umstände zu Gehör bringt, ist für die Herstellung von "Waffengleichheit", abgesehen von einfach gelagerten Situationen, unentbehrlich (vgl. Rzepka, Zur Fairness im deutschen Strafverfahren, 2000, S. 397 ff.). Das Recht des Beschuldigten, sich im Strafverfahren von einem Anwalt seiner Wahl und seines Vertrauens verteidigen zu lassen, ist nicht nur durch § 137 Abs. 1 StPO und Art. 6 Abs. 3 c) MRK gesetzlich garantiert, sondern zugleich durch Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip des Grundgesetzes verfassungsrechtlich verbürgt (vgl. BVerfGE 26, 66 <71>; 34, 293 <302>; 38, 105 <111>; 39, 156 <163>; 66, 313 <318 f.>). Mit der Verankerung des Rechts auf Verteidigung im Verfassungsprinzip

des rechtsstaatlichen Strafverfahrens hat das Bundesverfassungsgericht von jeher freie Wahl und Vertrauen als Voraussetzungen einer effektiven Strafverteidigung hervorgehoben (vgl. BVerfGE 66, 313 <318 f.>; stRspr). Nur wenn der Beschuldigte auf die Verschwiegenheit seines Verteidigers zählen kann, ist die Vorbedingung für das Entstehen eines Vertrauensverhältnisses geschaffen, ohne dass eine Strafverteidigung nicht wirkungsvoll sein kann (vgl. Ackermann, Zur Verschwiegenheitspflicht des Rechtsanwalts in Strafsachen, in: Festschrift zum Hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentags 1860 - 1960, Bd. I, S. 479, 488).<sup>26</sup>

Des Weiteren vermag auch der zweite Einwand nicht zu überzeugen. Denn soweit die Kritik auf den Austausch sensibler Informationen abstellt, die auch den *Kernbereich der persönlichen Lebensgestaltung* der Mandantinnen und Mandanten betreffen – etwa im Bereich des „Familien- und Erbrechts“ – , so lässt sich diesbezüglich zwar ein Menschenrechtsbezug bejahen. Daraus aber zu schließen, jede anwaltliche Kommunikation mit den eigenen Mandantinnen und Mandanten sei prinzipiell menschenrechtsrelevant, erscheint aber doch zu weitgehend – obgleich natürlich prinzipiell immer die Möglichkeit besteht, dass solche „Kerninformationen“ im Laufe eines Mandantengesprächs bewusst oder unbewusst offenbart werden. Für eine eher zurückhaltende Betrachtung spricht auch die Entscheidung des BVerfG zum „großen Lauschangriff“. Darin weist das Gericht zwar darauf hin, dass die Kommunikation mit Personen des besonderen Vertrauens in den Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung falle, aber auch darauf, dass sich der Kreis dieser Personen „nur teilweise mit den in §§ 52 und 53 StPO genannten Zeugnisverweigerungsberechtigten“ deckt.<sup>27</sup>

Sofern die Kritik auf die Bedeutung der anwaltlichen Stellung als „*Organ der Rechtspflege*“ rekurriert, gelten obige Ausführungen zur differenzierten Betrachtung von Anwältinnen und Anwälten einerseits und Strafverteidigerinnen und –verteidigern andererseits. Folgt man der – hier vertretenen – Auffassung, wonach in Bezug auf beide Gruppen eine differenzierte Betrachtung möglich ist (s. o.), kommt Strafverteidigerinnen und Strafverteidigern konsequenterweise die Stellung eines besonderen Organs der Rechtspflege zu, das eines besonderen, nämlich des absoluten Schutzes gem. § 160a Abs. 1 StPO bedarf.

Schließlich führt auch der kritische Hinweis auf die Gefahr einer künftigen „*Schein-Abwägung*“ nach § 160a Abs. 2 StPO in Bezug auf die Berufsgruppe der Anwälte und Anwältinnen nicht zu einer anderen Wertung. Es kann zwar nicht ausgeschlossen werden, dass in Einzelfällen rechtsmissbräuchliche „Schein-

<sup>26</sup> BVerfG, NJW 2004, 1305, 1307.

<sup>27</sup> BVerfG, NJW 2004, 999, 1004.

Abwägungen“ dieser Art auftreten. Die Kritik könnte aber nur dann durchgreifen, wenn die Norm selbst auf eine systematisch rechtsmissbräuchliche Anwendung in Bezug auf Anwältinnen und Anwälte angelegt wäre. Dies lässt sich jedoch kaum behaupten, zumal der Gesetzgeber selbst unter Bezugnahme auf „Straftaten von erheblicher Bedeutung“ einen gewissen Rahmen für die Verhältnismäßigkeitsprüfung vorgibt, vgl. § 160a Abs. 1 HS 2 StPO. Betrifft demnach das Verfahren „keine Straftat von erheblicher Bedeutung, ist in der Regel nicht von einem Überwiegen des Strafverfolgungsinteresses auszugehen“. Eine Ermittlungsmaßnahme, die sich auf Straftaten von geringerer Bedeutung bezieht, ist daher regelmäßig unzulässig.<sup>28</sup>

Zwar verbleibt in Bezug auf den unbestimmten Rechtsbegriff der „Straftat von erheblicher Bedeutung“ eine Restunsicherheit hinsichtlich der konkret erfaßten Straftaten. Denn wann von „erheblicher Bedeutung“ zu sprechen ist, lässt sich allgemein nur schwer bestimmen.<sup>29</sup> Eine Orientierungshilfe kann hier der generalisierende Katalog in § 98a StPO bieten, der dort Anhaltspunkte zur Konkretisierung des Begriffs bietet. In der Literatur wird dazu die Auffassung vertreten, eine Straftat von erheblicher Bedeutung müsse mindestens in den Bereich der mittleren Kriminalität fallen und im Regelfall als Verbrechen einzuordnen sein. Auch Vergehen sollen einbezogen werden, wenn die Strafraumenobergrenze über zwei Jahren liegt.<sup>30</sup> Ob sich diese Auffassung durchsetzt, ist abzuwarten. Aber selbst bei Annahme einer „Straftat von erheblicher Bedeutung“ bleibt eine ordnungsgemäße Abwägung im Einzelfall zwingend erforderlich, die sich an den üblichen Abwägungskriterien orientieren muss.

Abschließend soll auf den Einwand eingegangen werden, es könne in der Praxis nicht hinreichend genau zwischen der nur relativ nach § 160a Abs. 2 StPO geschützten anwaltlichen Tätigkeit und der Tätigkeit der Strafverteidigerinnen und -verteidiger unterschieden werden. Auch dieser Einwand führt letztlich zu keiner anderen Betrachtung. Zwar ist zuzugeben, dass sich in einigen Fällen erst im Verlauf eines bestehenden Mandats die Beschuldigteneigenschaft einer Mandantin oder eines Mandanten herausstellen kann und das Bedürfnis nach Beratung durch eine Verteidigerin oder einen Verteidiger deutlich wird. In solchen Fällen mag es durchaus schwierig sein, den Zeitpunkt der Kenntnisnahme bestimmter Informationen zu bestimmen, um zu entscheiden, ob sie dem absoluten Schutz

<sup>28</sup> Patzak, in: Beck'scher Online Kommentar StPO, 2008, § 160a Rn. 11.

<sup>29</sup> Meyer-Goßner, StPO, 51. Aufl. 2008, § 98a Rn. 5.

<sup>30</sup> So – insoweit sehr weitgehend – z. B. Meyer-Goßner, StPO, 51. Aufl. 2008, § 98a Rn. 5 m. w. N.

nach § 160 Abs. 1 StPO oder dem nur relativen nach § 160a Abs. 2 StPO unterfallen. Gleichwohl ist die Abgrenzung möglich. Im Rahmen einer Wahlverteidigung kann auf den Zeitpunkt der Mandatsübernahme (§ 675 BGB) und Ausstellung der Vollmacht abgestellt werden; im Hinblick auf die Pflichtverteidigung auf den Zeitpunkt der Bestellung durch das Gericht (dazu bereits oben zu 1.3.). Auf diesen Zeitpunkt ist auch im Hinblick auf die übrigen potentiellen Verteidigerinnen und Verteidiger außerhalb der Anwaltschaft abzustellen, um den Zeitpunkt zu markieren, ab dem der Schutz des § 160a Abs. 1 StPO greift.

Insgesamt betrachtet, finden sich für die Kritik an dem „Zwei-Klassen-System“ der Berufsgeheimnisträgerinnen und Berufsgeheimnisträger in der Anwaltschaft zwar durchaus beachtliche Gründe. Ob daraus aber angesichts der bestehenden Judikate des BVerfG der Rückschluss auf die Verfassungswidrigkeit der Regelung des § 160a Abs. 2 StPO wegen Verletzung des Grundrechts der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) der nicht verteidigenden Anwältinnen und Anwälte oder wegen Verstoßes gegen das Rechtsstaatsprinzip zu ziehen ist, erscheint nicht zwingend. Insoweit bleibt die Entscheidung des BVerfG in dem Hauptsacheverfahren zu der Eilentscheidung vom 15.10.2008 (s. o.) abzuwarten.

#### 1.4.3. Abgeordnete

Das Zeugnisverweigerungsrecht von **Abgeordneten** bejaht das BVerfG unabhängig von einem Menschenwürdebezug. Dieses werde vielmehr – wie das Zeugnisverweigerungsrecht der *Presseangehörigen* – „um der Funktionsfähigkeit der Institutionen willen (...) gewährt“<sup>31</sup>.

Obgleich das BVerfG in der o. g. Entscheidung zur Begründung allein auf die „Funktionsfähigkeit der Institutionen“ abstellt, gilt für das Zeugnisverweigerungsrecht von Abgeordneten des Deutschen Bundestages die Besonderheit der **verfassungsrechtlichen Verankerung in Art. 47 GG** und der Ausgestaltung als subjektiv-öffentliches Recht<sup>32</sup>; für Landtagsabgeordnete gilt Entsprechendes aufgrund der Landesverfassungen (vgl. Art. 24 Abs. 3 LV SH).<sup>33</sup>

<sup>31</sup> So ausdrücklich BVerfG, NJW 2004, 999, 1004.

<sup>32</sup> Magiera, in: Sachs (Hg.), GG, 4. Aufl. 2008, Art. 47 Rn. 3: Sind Abgeordnete in ihrer Eigenschaft als Abgeordnete betroffen – also nicht rein privat oder geschäftlich –, so gilt das Zeugnisverweigerungsrecht in allen gerichtlichen und behördlichen Verfahren kraft Verfassungsrechts, unabhängig davon, ob es zudem im einfachen Recht – in § 53 StPO – deklaratorisch anerkannt ist.

<sup>33</sup> Abgeordneten des Europäischen Parlaments steht das Zeugnisverweigerungsrecht nach § 53 Abs. 1 Nr. 4 StPO i. V. m. § 6 EuAbgG zu, dazu Meyer-Goßner, StPO, 51. Aufl. 2008, § 53 Rn. 23.

Art. 47 GG soll das Vertrauensverhältnis zwischen Abgeordneten und Wählerinnen und Wählern sichern und einen unbehinderten Informationsaustausch ermöglichen. Zeugnisverweigerungsrecht und Beschlagnahmeverbot gem. Art. 47 S. 1 und S. 2 GG sind Ausprägungen des verfassungsrechtlichen Status der Abgeordneten und dienen zugleich der Funktionsfähigkeit des Parlaments.<sup>34</sup> Daraus leitet sich ein umfassender Schutzanspruch her.

#### 1.4.4. Presse

Anders verhält es sich bei Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern von **Presse und Rundfunk**. Der Schutz des *Vertrauensverhältnisses zwischen Presse und privaten Informanten und Informantinnen* ist nicht ausdrücklich im Grundgesetz geregelt, wird jedoch vom BVerfG aus der durch **Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG** geschützten **Pressefreiheit** hergeleitet.<sup>35</sup> Die Verschaffung staatlichen Wissens über die im Bereich journalistischer Recherche hergestellten Kontakte stellt einen rechtfertigungsbedürftigen Eingriff in das durch Art. 5 Abs. 1 GG geschützte Vertrauensverhältnis dar – u. U. auch in das Redaktionsgeheimnis.<sup>36</sup> Allerdings ist die Presse- und Rundfunkfreiheit nicht unbegrenzt gewährleistet. Insbesondere gebietet Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG nicht, Journalistinnen und Journalisten generell von strafprozessualen Maßnahmen auszunehmen. Nach Art. 5 Abs. 2 GG finden die Rundfunk- und Pressefreiheit ihre Schranken in den Vorschriften der allgemeinen Gesetze, zu denen auch die StPO und die sie ergänzenden Vorschriften mit ihrer prinzipiellen Verpflichtung für jede Staatsbürgerin und jeden Staatsbürger zählen, zur Wahrheitsermittlung im Strafverfahren beizutragen und die im Gesetz vorgesehenen Ermittlungsmaßnahmen zu dulden.<sup>37</sup>

Allerdings sind die in den allgemeinen Gesetzen bestimmten Schranken der Presse- und Rundfunkfreiheit ihrerseits im Licht der Grundrechtsverbürgungen zu sehen. Im Rahmen der gebotenen Abwägung ist das Gewicht des Rechtsguts zu berücksichtigen, dessen Schutz das einschränkende Gesetz dient. Insoweit betont das BVerfG, bei der Gewichtung der Medienfreiheit im Verhältnis zu dem staatlichen Interesse an der Strafverfolgung sei zu berücksichtigen, dass die betroffenen Handlungen auf beiden Seiten auf die Erlangung von Informationen zielen, ohne dass einem der dabei verfolgten Interessen abstrakt ein eindeutiger Vorrang gebühre. Der Gesetzgeber sei weder gehalten noch stehe es ihm frei, der Presse- und Rundfunkfreiheit absoluten

<sup>34</sup> BVerfGE 28, 191, 204; BVerwGE 121, 115, 123.

<sup>35</sup> BVerfGE 50, 234, 240; E 64, 108; E 66, 116, 133; NSTZ 1982, 253.

<sup>36</sup> Vgl. BVerfGE 117, 244, 270 f. („Cicero“).

<sup>37</sup> BVerfGE 107, 299, 332 f.

Schutz einzuräumen; insbesondere habe er den Erfordernissen der Rechtspflege Rechnung zu tragen.<sup>38</sup>

Dass das Strafverfolgungsinteresse grundsätzlich hinter dem Rechercheinteresse der Medien zurückzutreten hat, lässt sich daher – auch unter Beachtung der Bedeutung der Medienfreiheit für den freiheitlichen Staat – verfassungsrechtlich nicht begründen.<sup>39</sup>

Ein Hinweis darauf, dass das BVerfG dem staatlichen Strafverfolgungsinteresse aktuell besonderes Gewicht beimisst, könnte in dem o. g. Beschluss vom 15.10.2008 gesehen werden. Betrachtet man allerdings die Entscheidung des BVerfG zum „großen Lauschangriff“ aus dem Jahre 2004, so wird deutlich, dass das BVerfG dem Zeugnisverweigerungsrecht von Pressevertreterinnen und Pressevertretern ein ähnlich starkes Gewicht zuspricht wie dem der – absolut geschützten – Abgeordneten. Betrachtet man zudem die „Cicero-Entscheidung“ des BVerfG aus dem Jahre 2007, so zeigt sich, dass jedenfalls die Beschlagnahme von redaktionellen Arbeitsunterlagen, die Einblick in vertrauliche Informationen gewähren können, als „Eingriff in die Pressefreiheit von beträchtlichem Gewicht“ zu werten ist.

Letztlich kommt es hier auf eine Abwägung der Rechtsgüter im Einzelfall an; eine solche sieht § 160a Abs. 2 StPO vor.

## 1.5. Fazit

Als Fazit lässt sich festhalten: Die unterschiedlichen Ermittlungs- und Verwertungsverbote nach §§ 160a Abs. 1 und 160a Abs. 2 StPO in Bezug auf die oben betrachteten Zeugnisverweigerungsberechtigten erscheinen verfassungsrechtlich vertretbar und durch die Rechtsprechung des BVerfG gestützt.

---

<sup>38</sup> BVerfGE 107, 299, 332 f.; E 77, 65, 75f..

<sup>39</sup> BVerfGE 107, 299, 329, 332.

## 2. Zur Frage der sachlichen Rechtfertigung

Sachlich gerechtfertigt ist die Differenzierung in § 160a Abs. 1 und § 160a Abs. 2 StPO dann, wenn sie Ausdruck einer rationalen, vernünftigen Gesetzgebung ist – bezogen auf den gesellschaftlichen Konflikt, der Gegenstand der vom Gesetzgeber gefundenen Regelung ist. Es müsste somit erkennbar werden, warum bestimmte Berufsgeheimnisträger/-innen weniger schützenswert oder schutzbedürftig sind als andere. Dies macht der Gesetzgeber deutlich:

Der Gesetzgeber geht davon aus, dass das von ihm verfolgte (legitime) Ziel, nämlich die Durchsetzung des „wesentlichen Auftrags an den Rechtsstaat“, eine „wirksame Strafverfolgung, das Interesse an einer umfassenden Wahrheitsermittlung und die Aufklärung von schweren Straftaten“ zu gewährleisten, nur erreicht werden könne, wenn Beweiserhebungs- und Verwertungsverbote eine klare Ausnahme von der Pflicht zur umfassenden Aufklärung der materiellen Wahrheit bleiben, da mit solchen Ausnahmen die Gefahr unrichtiger Entscheidungen einhergehe. Daher bedürfe die Begründung solcher Ausnahmeregelungen stets einer verfassungsrechtlichen Legitimation, die vor dem Rechtsstaatsprinzip Bestand habe.<sup>40</sup> Insoweit rekurriert er auf die differenzierende Rechtsprechung des BVerfG zu den Berufsgeheimnisträgern/-innen.

Diese „Regel-Ausnahme“-Begründung des Gesetzgebers beruht offensichtlich auf der rational nachvollziehbaren Einschätzung, dass die Durchsetzung einer rechtsstaatlich gebotenen wirksamen Strafverfolgung durch Beweiserhebungs- und Verwertungsverbote erschwert wird. Gleichwohl gewährte Ausnahmen können daher nur insoweit in Betracht kommen, als sie verfassungsrechtlich geboten sind. Klare Orientierung bietet insofern die Rechtsprechung des BVerfG, jedenfalls soweit Judikate zu den einzelnen Gruppen der Berufsgeheimnisträger/-innen vorliegen. Daran hat sich der Gesetzgeber orientiert. Die differenzierten Regelungen in § 160a Abs. 1 und Abs. 2 StPO finden hier ihre sachliche Rechtfertigung.

## 3. Abgrenzung der betroffenen Berufsgruppen

Das Problem der Abgrenzung betrifft vor allem die nach § 160a Abs. 2 StPO nur relativ geschützte Berufsgruppe der Anwältinnen und Anwälte im Hinblick auf die absolut geschützte Gruppe der Verteidigerinnen und Verteidiger, § 160a Abs. 1 StPO. Die

---

<sup>40</sup> BT-Drs. 16/5846, S. 25 zu A. III. 3.c).

Abgrenzung der geschützten Gruppen und Informationen kann u. U. schwierig sein, erscheint aber durchaus möglich (s. o. zu 1.3 und 1.4.2.).

Im Übrigen stellen sich hier in Bezug auf die betroffenen Berufsgruppen keine anderen Abgrenzungsprobleme als im Hinblick auf § 53 Abs. 1 StPO.

Für Rückfragen stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

Für den Wissenschaftlichen Dienst

gez. Dr. Silke R. Laskowski