

StPO-Nordseetreffen „Der gläserne Verteidiger – das Mandatsverhältnis als Gegenstand staatlicher Ausforschung“

Von Wiss. Mitarbeiter **Sascha Kische**, LL.M., und Wiss. Mitarbeiter **Dominik Waszczynski**, LL.M., Osnabrück

„In einem freien Land muss Strafverteidigung selbstverständlich sein“ – mit diesen beherzten Worten in freier Übersetzung nach dem US-Präsidenten und Strafverteidiger *John Adams* (1735-1826) begrüßten Prof. *Dr. Jürgen Taschke* (Frankfurt a.M.) und *Alexander Sättele* (Berlin) alle Teilnehmer an dem 22. StPO-Nordseetreffen des „Deutsche Strafverteidiger e.V.“ im niedersächsischen Bad Zwischenahn, das vom 2. bis 3.7.2010 wieder zahlreiche Strafverteidiger mit Vertretern aus Justiz und Wissenschaft zusammenführte. An das Zitat anknüpfend mahnte *Sättele*, dass eine selbstverständliche und effektive Verteidigung heutzutage mehr denn je zu gewährleisten sei. Für die Effektivität sei das Vertrauensverhältnis von Strafverteidiger und Mandant maßgebend. In der jüngeren Vergangenheit hätten aber sowohl die Politik als auch höchstrichterliche Gerichte erheblich in dieses Vertrauensverhältnis eingegriffen. *Sättele* erinnerte in diesem Zusammenhang an eine frühere Äußerung von RiBVerfG *Di Fabio*: „Der Verteidiger steht im Licht des grundrechtlichen Schutzes des Mandanten!“, bevor die Referenten mehr oder weniger eine Auskunft darüber zu geben versuchten, inwieweit das noch der Realität entspricht.

Der Vortragsreigen begann mit einem „Plädoyer wider den gläsernen Verteidiger“ von Prof. *Dr. Werner Beulke* (Passau), der dabei der Frage nachging, unter welchen Voraussetzungen die Strafverfolgungsorgane die Möglichkeit haben, mit den Zwangsmitteln der Verfahrensordnung in den Geheimbereich des Strafverteidigers einzugreifen. Die mit einer staatlichen Ausforschung verbundene „Gläsernheit“ bezeichnete er als existentielle Gefahr für den Strafverteidiger. So könne dieser Umstand zukünftige Mandanten von einer Beauftragung eines einmal „durchsichtig gewordenen“ Verteidigers abhalten. *Beulke* stellte in das Zentrum seines Vortrags die Vorschrift des erst gute zwei Jahre alten § 160a StPO. Einerseits sei diese Norm „prima“. Der Bereich, in dem sie dies sei, habe aber bereits vor der Schaffung der Vorschrift keinen Grund zur Beanstandung gegeben. So stelle § 160a Abs. 1 StPO eigentlich nur eine Bekräftigung des das Verteidigungsverhältnis sichernden § 148 StPO dar. Allerdings wohne der Regelung andererseits auch eine nicht unerhebliche Gefährlichkeit für die Verteidigerschaft inne, die zuvor nicht bestanden habe, da § 160a Abs. 4 StPO in einem Spannungsverhältnis zu § 148 StPO stehe. Die Frage, wie dieses Spannungsverhältnis ausgestaltet ist, wie es aufzulösen ist und inwieweit § 160a Abs. 4 StPO einen Zwangsmiteinsatz gegen den Verteidiger überhaupt ermöglicht, sei aber noch völlig ungeklärt. Diese Tatsache und der Umstand, dass auf dem Gebiet der die Zwangsmittel regelnden Normen diverse Änderungen bestehender Vorschriften vorgenommen und neue Regelungen eingeführt worden sind, habe ein wahres „juristisches Tohuwabohu“ nach sich gezogen. In diesem nun wisse „keiner eigentlich so recht, wo es lang gehen soll“, was vor allem darauf zurückzuführen sei, dass weder höchstrichterliche noch verfassungsgerichtliche Judikate existieren, die hinsichtlich § 160a Abs. 4 StPO eine Leitlinie liefern

könnten. Deswegen erachtete *Beulke* – unter Bezugnahme auf das eingangs schon von *Sättele* erwähnte Zitat des Verfassungsrichters *Di Fabio* – es als besonders wichtig, die Anwendung von Zwangsmitteln in einen verfassungsmäßigen Rahmen zu setzen. Dass verteidigerseits die § 160a Abs. 4 StPO einführende Gesetzesänderung widerstandslos hingenommen worden sei, obwohl sie unter dem Aspekt der Angleichung der Anwaltsformen dem Koalitionsvertrag der schwarz-gelben Regierung zu entnehmen gewesen war, sah *Beulke* als Versäumnis an. Im Folgenden beleuchtete *Beulke*, wie sich Lehre und Rechtsprechung vor der Schaffung des § 160a StPO zu der Frage verhielten, inwieweit die aus § 148 StPO folgende Abschottung des Verteidiger-Mandanten-Verhältnisses gegenüber staatlicher Ausforschung gewährleistet ist. Dies stellte er der momentanen Situation gegenüber. Dabei setzte er die Frage der Zulässigkeit staatlicher Eingriffe in den Geheimbereich des Verteidigers vor den Hintergrund der Qualität des jeweiligen Verteidigungsverhältnisses. Soweit es sich um ein reguläres Verhältnis handle, gelte die weitgehende Abschottung desselben, wie es sich aus § 148 StPO und § 160a Abs. 1 StPO ergibt. Sobald aber der Verdacht gegen den Verteidiger bestehe, dass er entweder Beteiligter an der Straftat des Mandanten sein könnte, ohne gem. § 138a StPO von der Verteidigung ausgeschlossen worden zu sein, oder er eine Strafreitelung begangen haben könnte, trete das Spannungsverhältnis zwischen § 160a Abs. 4 StPO und § 148 StPO in Erscheinung. Genau hier beginne der Bereich, in dem derzeit niemand wisse, ob und wie der Einsatz prozessualer Zwangsmittel zulässig sei. Hierzu stellte *Beulke* das Spektrum der derzeit unter der Geltung des § 160a StPO vertretenen Auffassungen betreffend die Zulässigkeit von Zwangsmitteln dar. Dieses reiche mit der von *Meyer-Goßner* postulierten Auffassung von einer stets § 148 StPO den Vorrang gegenüber § 160a Abs. 4 StPO einräumenden Sichtweise bis zu dem gegenteiligen Standpunkt *Grafs*, § 160a Abs. 4 StPO immer als die vorrangige Norm anzusehen. Einen Mittelweg beschreite *Nack*, der die Zulässigkeit davon abhängig machen wolle, ob ein Beteiligungs- oder Vereitelungsverdacht vorliege. *Beulke* selbst machte deutlich, dass man zwar nicht von einem unumstößlichen Vorrang des § 148 StPO ausgehen könne. Gleichwohl sei aber im Falle geheimer Zwangsmaßnahmen wie der Telefonüberwachung § 148 StPO gegenüber § 160a Abs. 4 StPO Vorrang einzuräumen. Abschließend wies *Beulke* darauf hin, dass es bei den Strafverfolgungsbehörden in letzter Zeit vermehrt zu beobachten sei, dass Zwangsmittel gegen den Verteidiger nicht mehr innerhalb des Verteidigungsverhältnisses in Ansatz gebracht würden. Vielmehr würde ein davon losgelöstes eigenständiges Verfahren gegen den Strafverteidiger eingeleitet. Weil dieser dann in die Rolle eines Beschuldigten hinein- und aus seiner Verteidigerrolle heraustrete, sei somit das gesamte Spektrum an Zwangsmaßnahmen einsetzbar, so wie gegenüber jedem anderen Beschuldigten auch. Abschließend machte *Beulke* deutlich, dass er es als bedenklich erach-

te, den aus § 148 StPO fließenden Schutz des Verteidiger-Verhältnisses einzuschränken oder gar auszuschließen, wenn der Mandant abgeurteilt sei. Dementsprechend schloss er seinen Vortrag mit dem Appell an die Teilnehmer, die auf § 148 StPO gründende gesonderte Abschottungssituation des Mandatsverhältnisses, gerade auch nach Aburteilung, „zäh zu verteidigen“.

Wegen der Absage von Frau Bundesjustizministerin *Leutheusser-Schnarrenberger* konnte kurzerhand der Leiter der Abteilung II (Strafrecht) im Bundesjustizministerium, Herr Ministerialdirektor *Thomas Dittmann* (Berlin), für einen Vortrag über „Aktuelle Rechtspolitik“ gewonnen werden. Zu den von *Beulke* angesprochenen Problemen des § 160a StPO verwies er gleich zu Beginn seiner Ausführungen auf das laufende Gesetzgebungsverfahren, an dessen Ende die Privilegierung des Verteidiger-Verhältnisses auf alle Rechtsanwälte ausgeweitet werden soll.¹ Da der Gesetzgeber aktuell mehr strafrechtliche als strafverfahrensrechtliche Fragen auf der Agenda habe, beschränkte sich *Dittmann* im Folgenden auf einen durchaus mit Einzelkritiken behafteten Ausblick auf bevorstehende Gesetzesneuerungen. So sei demnächst eine spannende Entwicklung in der Frage der nachträglichen Festsetzung einer unbefristeten Sicherungsverwahrung (§§ 66 Abs. 1, 67d Abs. 3 StGB) zu erwarten, die bekanntlich durch den EGMR am 17.12.2009 für menschenrechtswidrig erklärt wurde.² Hierzu wusste *Dittmann* aktuell zu berichten, dass der Bundestag ohne Regierungsentwurf oder Bundesratsbeteiligung womöglich die Einführung einer Divergenzvorlage von Oberlandesgerichten zum Bundesgerichtshof zur Erzielung einer einheitlichen Rechtsprechung billigen wird.³ Weil sich zudem der 4. Strafsenat in einer Entscheidung zur nachträglichen Anordnung der Sicherungsverwahrung eindeutig positioniert hat,⁴ werde es nunmehr dem Präsidium des Bundesgerichtshofes überlassen sein, diese Sonderzuständigkeit einem seiner Strafsenate zu übertragen. Sollte es danach nicht der 4. Strafsenat sein, werde – so die Prognose *Dittmanns* – auf kurz oder lang der Große Strafsenat die endgültige Lösung zu finden haben. Die Überlegung verdeutliche, dass nicht der wahre Gesetzgeber diese Materie regeln, sondern die Rechtsprechung an seine Stelle trete werde. *Dittmann* verriet darüber hinaus auch zwei weitere Überlegungen, die derzeit im Bundesjustizministerium hinsichtlich der Sicherungsverwahrung angestrengt würden. Zum einen ist es die Erwägung, Täter von Vermögensdelikten ohne Gewalteinsetz gänzlich aus dem Anwendungsbereich der Sicherungsver-

wahrung herauszunehmen; zum anderen ist es gar die Vorstellung, die nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung (§ 66b StGB) wieder abzuschaffen, um der durchaus vorhandenen Praxis, etwaige Fehlentscheidungen der 1. Instanz nachträglich noch zu korrigieren, entgegenzutreten. Nach dieser recht ausführlichen Darstellung der Gesetzesvorhaben hinsichtlich der Sicherungsverwahrung ging *Dittmann* auf weitere nationale und internationale Gesetzesneuerungen ein, so u.a. zu Reformbestrebungen bei der sog. Kronzeugenregelung in § 46a StGB, der Inkriminierung von Werbung zur Suizidbeteiligung oder der erwogenen Strafraumenhebung in § 113 StGB sowie bei der Vollstreckung ausländischer Geldstrafen und -bußen und der Einführung einer Europäischen Staatsanwaltschaft. Angesichts dieser aktuellen oder bevorstehenden Novellierungen rief *Dittmann* eindringlich zu anwaltlicher Zusammenarbeit und einer gemeinsamen Meinungsfindung auf.

Der zweite Veranstaltungstag begann mit einem Referat des amerikanischen Verteidigerkollegen *Jeffrey T. Greene* (attorney-at-law) über „Die unverwüsthliche Rolle der Strafverteidigung im US-amerikanischen Recht“. *Greene* äußerte gleich zu Beginn Bewunderung als auch Verwunderung über die von *Beulke* referierten staatlichen Eingriffs- und Ausforschungsmöglichkeiten in das Vertrauensverhältnis von Strafverteidiger und Mandanten. So seien auch in den USA, insbesondere bei der Aufklärung der Finanzskandale und seit dem Terroranschlag vom 11.9.2001, vermehrt staatliche Angriffe auf das Mandantenverhältnis unternommen worden, denen die amerikanischen Strafverteidiger aber erfolgreich standgehalten hätten. *Greene* konnte positiv konstatieren, dass das Mandatsverhältnis in den USA einen umfassenden Schutz genieße. Inhaber des geschützten Rechts sei zwar der Mandant, es würden aber sämtliche Kommunikation, Notizen und auch Akten des Verteidigers in diesen Schutz einbezogen. Diese Schutzwirkung erstreckte sich dabei in sachlicher Hinsicht auf alle Kriminalitätsformen und in persönlicher Hinsicht auf alle Strafverteidiger und ihre Hilfspersonen. Letztlich – so ließ *Greene* durchblicken – gelte in den USA ein weiter Mandantenbegriff, der bei Unternehmensverteidigungen neben den Führungskräften sogar ihre nachrangig Beauftragten gleichermaßen erfasst. Auf Nachfrage erklärte *Greene*, dass in deutsch-amerikanischen Sachverhaltskonstellationen in den USA kein Akteneinsichtsrecht des Verteidigers in die Staatsanwaltschaftsakten bestehe, umgekehrt in Deutschland jedoch die Herausgabe von Verteidigerakten, die gerichtliche und staatsanwaltschaftliche Aktenauszüge beinhalten, an die amerikanische Staatsanwaltschaft durchaus möglich sei, wenn die Herausgabe zuvor nicht gerichtlich unterbunden wurde.

Im Folgenden hielt OStA *Dr. Georg-Friedrich Güntge* (Kiel) seinen Vortrag mit dem Titel „Anwaltliche Tätigkeit auf dem Prüfstand – das strafrechtliche und berufsgerichtliche Ermittlungsverfahren auf dem Prüfstand“. Zu Beginn nahm *Güntge* Bezug auf die von *Beulke* angesprochene Praxis der Verfolgungsbehörden, gegen den Verteidiger selbst und unabhängig von dem gegen seinen Mandanten betriebenen Ermittlungsverfahren zu ermitteln. *Güntge* befand, dass für diesen Fall der Verteidiger am Ende tatsächlich „gläsern“

¹ Vgl. BR-Drs. 229/10, abrufbar unter <http://dipbt.bundestag.de/dip21.web> (Stand: 7.7.2010); siehe auch den jüngsten Ergänzungsvorschlag des Bundesrates vom 4.6.2010 (BR-Drs. 229/10-Beschluss).

² EGMR StV 2010, 181 m. Bespr. *H. E. Müller*, StV 2010, 207; a.A. noch BVerfG StV 2004, 267.

³ Vgl. nur die Rede von Frau Bundesjustizministerin *Leutheusser-Schnarrenberger* zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des § 33 Gerichtsverfassungsgesetzes vom 1.7.2010, abrufbar unter www.bmj.de.

⁴ BGH, Beschl. v. 12.5.2010 – 4 StR 577/09 = StV 2010, 482.

sei. Allerdings seien die Staatsanwaltschaften mit der Annahme eines Anfangsverdachts doch sehr zurückhaltend, so dass die Ängste eines Verteidigers, mit dem Vorwurf einer Strafvereitelung belastet zu werden, „äußerst gering“ sein müssten. Sodann stellte er die strukturelle Verzahnung des berufsgerichtlichen mit dem strafrechtlichen Ermittlungsverfahren dar, indem er feststellte, dass zwischen beiden eine „osmotische Verbindung“ bestehe. Im weiteren Verlauf hob *Güntge* die Präjudizwirkung des Strafurteils für das berufsrechtliche Verfahren und die Pflicht, letzteres bis zum Abschluss des erstgenannten auszusetzen (§ 118 BRAO), hervor. Dabei brachte er auch zur Sprache, dass es zu einer eigenen Beweisaufnahme im Berufsgerichtsverfahren nur dann kommen könne, wenn das Strafverfahren mit einem Strafbefehl ende, da die Präjudizwirkung dann nicht bestehe. Ferner ging *Güntge* auf verschiedene Delikte ein, bei denen er verstärkt die Gefahr für einen Verteidiger sehe, mit einem Strafbarkeitsvorwurf konfrontiert zu werden. Während § 261 StGB an Gefährlichkeit verloren habe, sehe er § 266 StGB unter dem Aspekt der Verwahrung von Mandantengeldern als eine sehr wichtige Norm an. Ebenso relevant sei § 356 StGB. Insbesondere die Frage, was „dieselbe Rechtssache“ und welches Verhalten als „pflichtwidrig“ einzustufen ist, bereite erhebliche Schwierigkeiten und führe dazu, dass es für den Verteidiger nicht immer leicht zu erkennen sei, welches Verhalten legal und welches es nicht ist. Unter Verweis auf ein jüngeres Urteil des LG Itzehoe⁵ betonte *Güntge* insbesondere, dass der für eine Pflichtwidrigkeit erforderliche Interessengegensatz zwar grundsätzlich subjektiv zu bestimmen, in besonderen Fallkonstellationen aber ein objektiver Maßstab anzulegen sei. Seinen Vortrag schloss *Güntge* mit dem Appell an das Plenum, Strafbarkeitsrisiken aus dem Wege zu gehen und somit „undurchsichtig“ zu bleiben.

Einen sehr bewegenden und persönlichen Einblick in die Opferrolle bei staatlicher und geheimdienstlicher „Ausforschung“ gab Rechtsanwalt *Manfred Gnjudic* (Ulm) in einem Erfahrungsbericht zu dem Sachverhalt, der schlussendlich auch der vielbeachteten Entscheidung des BVerfG vom 30.4.2007⁶ zugrunde lag. Von *Sättle* als „der skurrilste Fall der deutschen Rechtsgeschichte“ angekündigt, schilderte *Gnjudic* die Geschichte um seinen Mandanten El-Masri, für den *Gnjudic* wegen der Verschleppung seines Mandanten durch CIA-Akteure nach Afghanistan einen Schadensersatzprozess in den USA anstrebte. Er äußerte sein Unverständnis darüber, dass die Gerichte und die Staatsanwaltschaft ihn bei der insgesamt sechsmonatigen Überwachung stets nur als „Zivilrechtler“ angesehen hätten und ihm damit sein Verteidigerprivileg absprachen, während für *Gnjudic* klar war, dass er als Strafverteidiger für El-Masri tätig gewesen sei, nachdem er den Verschleppungsvorwurf ans Bundeskanzleramt gemeldet habe. *Gnjudic* fand schließlich Gehör bei allen Anwesenden, als er darüber berichtete, dass wegen der nachträglich bekannt gewordenen Überwachung zahlreiche Mandate

wegfielen und solche Auswirkungen bei der aktuellen Gesetzeslage vermehrt drohen. Seine Schlussworte: „Ja, ich habe etwas zu verbergen, und das entspringt einem Anvertrauen durch den Mandanten“ werden gewiss allen Teilnehmern noch lange im Gedächtnis nachwirken.

Den abschließenden Vortrag mit dem Titel „Datenschutz: Anforderungen an den Verteidiger und Möglichkeiten zum Schutz des Mandatsgeheimnisses“ hielt der Landesbeauftragte für den Datenschutz des Landes Schleswig-Holstein *Dr. Thilo Weichert* (Kiel). Zunächst stellte *Weichert* fest, dass der Verteidiger einerseits nicht nur vor Datenausspähung zu schützen sei, sondern andererseits auch eine Gefahr für die Daten des Mandanten darstelle. Nach einem kurzen Überblick über das BDSG, wobei *Weichert* vor allem auf die Betroffenenrechte aus §§ 33-35 BDSG aufmerksam machte, kam es zu einer lebhaft geführten Diskussion mit dem Publikum, ob es denn den Datenschützern so einfach möglich sei, Kanzleiräumlichkeiten ohne richterlichen Durchsuchungsbeschluss zu betreten, um zu überprüfen, ob die Voraussetzungen zum Schutz der Mandantendaten gewährleistet seien. Die Einschätzung *Weicherts*, dass es eines richterlichen Beschlusses nicht bedürfe, stieß auf teilweise von Entrüstung getragenen Widerstand. So setzte das Plenum der Position *Weicherts* nicht zuletzt Art. 13 GG entgegen. Im Weiteren wurde zwischen Referent und Publikum die Frage diskutiert, inwieweit innerhalb einer Sozietät die einzelnen Anwälte die Daten ihrer jeweiligen Mandanten austauschen dürften. Während *Weichert* hier eine sehr restriktive Linie verfolgte, traten aus dem Plenum Stimmen hervor, die zu bedenken gaben, dass dies durchaus notwendig sein könne, um Interessenkonflikte zu vermeiden. Ferner antwortete *Weichert* auf Nachfragen, wie man sicher einen externen Zugriff aus dem Internet auf interne Daten verhindern könne. Dies sei laut *Weichert* nur durch eine konsequente Trennung von Inter- und Intranet möglich. Abschließend forderte *Weichert*, den Datenschutz stärker in die anwaltliche Ausbildung einzubeziehen.

Mit einer Danksagung durch *Taschke* und *Sättle* an die Referenten und Teilnehmer endete dieses in jeder Hinsicht informative und gedankenreiche 22. StPO-Nordseetreffen.

⁵ LG Itzehoe, Urt. v. 19.2.2008 – 2 Qs 22/08 = NStZ-RR 2008, 170.

⁶ BVerfG, Urt. v. 30.4.2007 – 2 BvR 2151/06 = StV 2007, 561 = NJW 2007, 2752.