

## **Gesetzentwurf**

**der Abgeordneten Sabine Leutheusser-Schnarrenberger, Dr. Karl Addicks, Ernst Burgbacher, Patrick Döring, Mechthild Dyckmans, Ulrike Flach, Otto Fricke, Horst Friedrich (Bayreuth), Dr. Edmund Peter Geisen, Miriam Gruß, Joachim Günther (Plauen), Dr. Christel Happach-Kasan, Heinz-Peter Hausteil, Birgit Homburger, Dr. Werner Hoyer, Hellmut Königshaus, Dr. Heinrich L. Kolb, Gudrun Kopp, Jürgen Koppelin, Heinz Lanfermann, Sibylle Laurischk, Harald Leibrecht, Ina Lenke, Michael Link (Heilbronn), Horst Meierhofer, Patrick Meinhardt, Jan Mücke, Burkhardt Müller-Sönksen, Dirk Niebel, Hans-Joachim Otto (Frankfurt), Detlef Parr, Cornelia Pieper, Gisela Piltz, Frank Schäffler, Marina Schuster, Dr. Max Stadler, Carl-Ludwig Thiele, Florian Toncar, Christoph Waitz, Dr. Claudia Winterstein, Dr. Volker Wissing, Hartfrid Wolff (Rems-Murr), Dr. Guido Westerwelle und der Fraktion der FDP**

### **Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der Strafprozessordnung (§ 160a StPO)**

#### **A. Problem**

§ 160a der Strafprozessordnung (StPO) enthält eine Schutzvorschrift vor staatlichen Überwachungsmaßnahmen für Berufsgeheimnisträger, die sich auf ein Zeugnisverweigerungsrecht nach den §§ 53, 53a StPO berufen können. Für Geistliche, Strafverteidiger und Abgeordnete gilt gemäß § 160a Abs. 1 StPO ein umfassendes Erhebungs- und Verwertungsverbot für alle Ermittlungsmaßnahmen. Für Ärzte, Rechtsanwälte, Journalisten und andere Berufsgeheimnisträger wird das Zeugnisverweigerungsrecht gemäß § 160a Abs. 2 StPO im Rahmen einer Verhältnismäßigkeitsprüfung im Einzelfall gewährt. Insbesondere die Differenzierung zwischen Strafverteidigern und Rechtsanwälten ist sachlichen Kriterien nicht zugänglich. Die Gewährung eines unterschiedlichen Schutzes verkennt das Berufsbild eines Anwalts. Die Relativierung eines Zeugnisverweigerungsrechts aufgrund einer Verhältnismäßigkeitsprüfung verkennt auch das verfassungsrechtlich garantierte Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patient sowie die demokratische Kontrollfunktion der freien und unabhängigen Medien.

#### **B. Lösung**

Für Rechtsanwälte gilt ein einheitliches und umfassendes Erhebungs- und Verwertungsverbot in § 160a Abs. 1 StPO. Darüber hinaus werden alle in § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO genannten Berufsgeheimnisträger (u. a. Steuerberater, Wirtschaftsprüfer, Ärzte, Psychotherapeuten) sowie Mitarbeiter von Presse und Rundfunk (§ 53 Abs. 1 Nr. 5 StPO) in den Schutzbereich des § 160a Abs. 1 StPO einbezogen.

**C. Alternativen**

Beibehaltung des jetzigen Rechtszustands.

**D. Kosten**

Keine

## Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der Strafprozessordnung (§ 160a StPO)

Der Bundestag hat das folgende Gesetz beschlossen:

### Artikel 1

#### Änderung der Strafprozessordnung

Die Strafprozessordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 7. April 1987 (BGBl. I S. 1074, 1319), zuletzt geändert durch ..., wird wie folgt geändert:

§ 160a wird wie folgt geändert:

1. Absatz 1 wird wie folgt gefasst:

„(1) Eine Ermittlungsmaßnahme, die sich gegen eine in § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, 2, 3, 4 oder Nr. 5 genannte Person richtet und voraussichtlich Erkenntnisse erbringen würde, über die diese Person das Zeugnis verweigern dürfte, ist unzulässig. Dennoch erlangte Erkenntnisse dürfen nicht verwendet werden. Aufzeichnungen hierüber sind unverzüglich zu löschen. Die Tatsache ihrer Erlangung und der Löschung der Aufzeichnungen ist aktenkundig zu machen. Die Sätze 2 bis 4 gelten entsprechend, wenn durch eine Ermittlungsmaßnahme, die sich nicht gegen eine in § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, 2, 3, 4 oder Nr. 5 genannte Person richtet, von einer dort genannten Person Erkenntnisse erlangt werden, über die sie das Zeugnis verweigern dürfte.“

2. Absatz 2 wird wie folgt gefasst:

„(2) Soweit das Zeugnisverweigerungsrecht in den Fällen des § 53 Abs. 1 Nr. 3a und 3b reicht, dürfen Erkenntnisse, die durch eine in Absatz 1 Satz 1 bezeichnete Maßnahme erlangt worden sind, nicht zu Lasten des Beschuldigten verwertet werden.“

### Artikel 2

#### Inkrafttreten

Dieses Gesetz tritt am Tage nach der Verkündung in Kraft.

Berlin, den 2. Dezember 2008

**Dr. Guido Westerwelle und Fraktion**

## Begründung

### A. Allgemeines

1. Die anwaltliche Berufsausübung, die durch den Grundsatz der freien Advokatur gekennzeichnet ist, unterliegt unter der Herrschaft des Grundgesetzes der freien und unreglementierten Selbstbestimmung des einzelnen Rechtsanwalts. Der Schutz der anwaltlichen Berufsausübung vor staatlicher Kontrolle und Bevormundung liegt dabei nicht allein im individuellen Interesse des einzelnen Rechtsanwalts oder des einzelnen Rechtsuchenden, sondern auch im Interesse der Allgemeinheit an einer wirksamen und rechtsstaatlich geordneten Rechtspflege (BVerfG v. 15. März 2007, 1 BvR 1887/06). Das Bundesverfassungsgericht hat die besondere Bedeutung der Stellung des Rechtsanwalts als unabhängiges Organ der Rechtspflege wiederholt betont. Entsprechend ihrer Stellung wird in § 53 Abs. 1 StPO daher für Rechtsanwälte ein Zeugnisverweigerungsrecht begründet. Eine Differenzierung zwischen den Zeugnisverweigerungsrechten der dort genannten Berufsgruppen nimmt § 53 Abs. 1 StPO nicht vor. Das Zeugnisverweigerungsrecht ist zu Recht in § 53 StPO unterschiedslos für diese Personen garantiert, weil neben dem Interesse derjenigen Menschen, die sich diesen Personen anvertrauen, auch ein überragendes Allgemeininteresse daran besteht, dass das Vertrauensverhältnis zu allen in § 53 StPO genannten Personen uneingeschränkt bestehen bleibt. Der Rechtsstaat ist auf solche Freiräume angewiesen. Auch § 100c Abs. 6 StPO sieht daher für Maßnahmen zur Wohnraumüberwachung einen einheitlichen Schutz für alle in § 53 StPO genannten Berufsgruppen vor.

Mit dem neuen § 160a StPO wird dieser einheitliche Schutz der Berufsheimnisträger aufgeweicht. § 160a StPO differenziert zwischen Geistlichen, Strafverteidigern und Abgeordneten einerseits sowie Rechtsanwälten, Ärzten und Journalisten andererseits. Nur für die zuerst genannte Berufsgruppe soll ein umfassendes Zeugnisverweigerungsrecht gelten. Bei Rechtsanwälten, Ärzten und Journalisten wird das Zeugnisverweigerungsrecht nur aufgrund einer Verhältnismäßigkeitsprüfung im Einzelfall gewährt. Die unterschiedliche Behandlung von Anwälten und Verteidigern und die vorgesehene Verhältnismäßigkeitsprüfung verkennt die verfassungsrechtliche Stellung von Rechtsanwälten. Maßnahmen, die geeignet sind, das Entstehen eines Vertrauensverhältnisses zwischen Rechtsanwalt und Mandant zu stören oder gar auszuschließen, greifen in die Berufsausübungsfreiheit des Rechtsanwalts ein (BVerfG v. 30. April 2007, 2 BvR 2151/06). Dem Rechtsanwalt als berufenem, unabhängigem Berater und Beistand obliegt es, im Rahmen seiner freien und durch Artikel 12 Abs. 1 Satz 1 des Grundgesetzes (GG) geschützten Berufsausübung seinen Mandanten umfassend beizustehen. Voraussetzung für die Erfüllung dieser Aufgabe ist ein Vertrauensverhältnis zwischen Rechtsanwalt und Mandant. Diese objektivrechtliche Bedeutung der anwaltlichen Tätigkeit und des rechtlich geschützten Vertrauensverhältnisses zwischen Rechtsanwalt und Mandant wird jedenfalls dann berührt, wenn wegen der Gefahr von Ab-

hörmaßnahmen ein Mandatsverhältnis von Anfang an mit Unsicherheiten hinsichtlich seiner Vertraulichkeit belastet wird. Mit dem Ausmaß potentieller Kenntnis staatlicher Organe von vertraulichen Äußerungen wächst die Gefahr, dass sich auch Unverdächtige nicht mehr den Berufsheimnisträgern zur Durchsetzung ihrer Interessen anvertrauen. Es besteht zudem die Gefahr, dass Mandanten, welchen der Zugriff der Strafverfolgungsbehörden bekannt wird, das Mandatsverhältnis zu ihrem Rechtsanwalt kündigen. Damit hat die Abhörmaßnahme beschränkende Auswirkungen auf die wirtschaftliche Entfaltung des Rechtsanwalts (BVerfG v. 18. April 2007, 2 BvR 2094/05). Sobald ein Mandat die Möglichkeit fürchten muss, dass Ermittlungsmaßnahmen gegen seinen Anwalt als verhältnismäßig angesehen werden können, wird er seinem Anwalt gerade kritische Informationen nicht mehr anvertrauen. Der Bürger ist daher bereits durch die Möglichkeit von heimlicher Ermittlung und Informationsverwertung beeinträchtigt, unabhängig davon, ob Ermittlungsmaßnahmen im Einzelfall genehmigt werden. § 97 StPO sieht daher auch zu Recht einen einheitlichen Schutz für alle Anwälte vor. § 160a StPO höhlt den gesetzgeberischen Zweck des § 53 StPO aus und weicht so den Schutz des Vertrauensverhältnisses zwischen den Angehörigen dieser Berufsgruppen und denen, die ihre Hilfe und Sachkunde in Anspruch nehmen auf. Die Differenzierung zwischen Strafverteidigern und Anwälten entspricht in keiner Weise dem Berufsbild des Rechtsanwalts. Meist ist ein Strafverteidiger zugleich auch Rechtsanwalt, so dass eine Trennung der Tatsachen, hinsichtlich derer ein Erhebungs- und Verwertungsverbot besteht bzw. grundsätzlich nicht mehr besteht, in der Praxis kaum möglich ist. Häufig gibt ein Mandat Anlass dazu, sich auch mit strafrechtlichen Fragen zu befassen, z. B. im Steuerrecht. Zum Zeitpunkt der Übernahme des Mandats ist eine solche Entwicklung jedoch nur in seltenen Fällen vorhersehbar. Die vorgesehene Regelung erscheint kaum praktikabel und führt mit ihrer Verhältnismäßigkeitsprüfung bei der Anordnung der Maßnahme und bei der Verwertung gewonnener Erkenntnisse zu unvorhersehbaren Einzelfallentscheidungen. Der Bürger, der einen Anwalt um Rat bittet, vermag im Vorhinein nicht abzuschätzen, welchen Schutz sein Kommunikationsverhältnis vor staatlichen Eingriffen genießt, weil dies von einer Abwägung im Einzelfall abhängen soll. Wenn bereits zu Beginn der Übernahme eines Mandats die Gefahr besteht, abgehört zu werden, wird sich nur schwer das notwendige Vertrauensverhältnis zwischen Anwalt und Mandant aufbauen lassen. Es ist auch zu berücksichtigen, dass die Verhältnismäßigkeitsprüfung notwendigerweise abstrakt bleiben muss und daher in der Gefahr steht, in der Praxis eher schematisch vorgenommen zu werden. Es besteht die begründete Sorge, dass die Prüfung der Verhältnismäßigkeit oft zuungunsten des Rechtsanwalts ausfallen könnte. § 160a Abs. 2 StPO sieht vor, dass Ermittlungsmaßnahmen bei Straftaten von nicht erheblicher Bedeutung, die Anwälte, Ärzte und Journalisten einbeziehen, regelmäßig unzulässig sind. Im Umkehrschluss lässt sich daher feststellen, dass bei

- Straftaten von erheblicher Bedeutung Ermittlungsmaßnahmen regelmäßig zulässig sein werden. Sobald eine gewisse Erheblichkeitsschwelle für eine Straftat überschritten ist, ist künftig davon auszugehen, dass ein Zeugnisverweigerungsrecht für Anwälte grundsätzlich nicht mehr gegeben ist.
2. Die Regelung in § 160a Abs. 2 StPO verkennt auch die herausgehobene Stellung des Arzt-Patienten-Verhältnisses. Angaben eines Arztes über Anamnese, Diagnose und therapeutische Maßnahmen betreffen zwar nicht die unantastbare Intimsphäre, wohl aber den privaten Bereich des Patienten. Damit nehmen sie teil an dem Schutz, den das Grundrecht aus Artikel 2 Abs. 1 i. V. m. Artikel 1 Abs. 1 GG dem Einzelnen vor dem Zugriff der öffentlichen Gewalt gewährt. Dabei kommt es nicht darauf an, ob derartige Feststellungen Krankheiten, Leiden oder Beschwerden beinhalten, deren Offenbarung den Betroffenen mit dem Verdacht einer Straftat belastet, ihm in anderer Hinsicht peinlich oder seiner sozialen Geltung abträglich ist. Vielmehr verdient ganz allgemein der Wille des Einzelnen Achtung, so höchstpersönliche Dinge wie die Beurteilung seines Gesundheitszustandes durch einen Arzt vor fremdem Einblick zu bewahren. Wer sich in ärztliche Behandlung begibt, muss und darf erwarten, dass alles, was der Arzt im Rahmen seiner Berufsausübung über seine gesundheitliche Verfassung erfährt, geheim bleibt und nicht zur Kenntnis Unberufener gelangt. Nur so kann zwischen Patient und Arzt jenes Vertrauen entstehen, das zu den Grundvoraussetzungen ärztlichen Wirkens zählt. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht schützt daher grundsätzlich vor der Erhebung und Weitergabe von Befunden über den Gesundheitszustand, die seelische Verfassung und den Charakter (BVerfG v. 6. Juni 2006, 2 BvR 1349/05). Die Einzelfallprüfung nach § 160a Abs. 2 StPO führt dazu, dass das grundrechtlich geschützte Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patient nicht in jedem Fall gewährleistet werden kann.
  3. Das Grundrecht der Pressefreiheit ist für das Funktionieren eines demokratischen Staates und einer demokratischen Gesellschaft schlechterdings unverzichtbar (Herzog in Maunz-Dürig, Artikel 5, Rn. 118). Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts unterliegt der gesamte Bereich publizistischer Vorbereitungstätigkeit dem Schutz der Medienfreiheit nach Artikel 5 Abs. 1 Satz 2 GG, wozu insbesondere die Beschaffung von Informationen zählt. Als zentrales Element der Recherche ist das Vertrauensverhältnis zu Informanten grundrechtlich geschützt (BVerfGE 107, 299 (329 f.)). Das Bundesverfassungsgericht weist daneben dem Redaktionsgeheimnis ausdrücklich eigenständige Bedeutung zu (BVerfGE 20, 162 (176); 66, 116 (133 ff.)). Kommunikationsinhalte und der Schutz der Vertraulichkeit journalistischer Informationsbeschaffung sind zudem vom Schutzbereich des Fernmeldegeheimnisses gemäß Artikel 10 Abs. 1 GG umfasst. Das Grundrecht soll eine vertrauliche, freie Telekommunikation aufrechterhalten (BVerfGE 67, 157 (172)). Die Gewährleistung

der Pressefreiheit und die ungehinderte Informationsbeschaffung sind ohne eine vertrauliche Kommunikation nicht möglich. Die in § 160a Abs. 2 StPO vorgesehene Verhältnismäßigkeitsprüfung ist mit der verfassungsrechtlich garantierten Kontrollfunktion der Medien und dem Interesse der Allgemeinheit an der Freiheit und Unabhängigkeit der Medien nicht vereinbar. § 160a Abs. 2 StPO bietet keinen ausreichenden Schutz davor, mit Hilfe staatlicher Maßnahmen die Person des Informanten zu ermitteln. Der Informantenschutz ist damit nicht mehr gewährleistet.

4. Dem berechtigten Interesse an einer effektiven Strafverfolgung entspricht § 160a Abs. 4 StPO. Danach gilt das Beweiserhebungs- und verwertungsverbot nicht, wenn die bestimmten Tatsachen den Verdacht begründen, dass die zeugnisverweigerungsberechtigte Person an der Tat oder an einer Begünstigung, Strafvereitelung oder Hehleri beteiligt ist.

## B. Einzelbegründung

### Zu Artikel 1 (Änderung der Strafprozessordnung)

#### Zu Nummer 1

In § 160a Abs. 1 Satz 1 StPO wird ein absolutes Beweiserhebungsverbot für alle in § 53 Abs. 1 Nr. 1, 2, 3, 4 oder Nr. 5 StPO genannten Berufsgruppen begründet. Eine Unterscheidung zwischen Strafverteidigern und Anwälten erfolgt nicht. Der Schutz vor staatlichen Ermittlungsmaßnahmen gegenüber Geistlichen, Rechtsanwälten, Abgeordneten, Wirtschaftsprüfern und Steuerberatern, Ärzten, Journalisten u. a. hängt nicht von Erwägungen zur Verhältnismäßigkeit im Einzelfall ab.

Bereits die geltende Fassung von § 160a Abs. 1 StPO enthält das Wort „voraussichtlich“. Damit wird für die Ermittlungsbehörden eine Prognoseentscheidung eröffnet. Wenn bereits die Wahrscheinlichkeit für ein Erfassen von schützenswerten Erkenntnissen besteht, darf die Ermittlungsmaßnahme nicht angeordnet werden.

#### Zu Nummer 2

§ 160a Abs. 2 regelt für die in § 53 Abs. 1 Nr. 3a und 3b genannten Berufsgruppen ein Verwertungsverbot. Wenn bereits bei der Anordnung oder Durchführung einer staatlichen Ermittlungsmaßnahme erkennbar ist, dass ein Verwertungsverbot hinsichtlich der zu erwartenden Erkenntnisse besteht, ist bereits die Anordnung bzw. die Erhebung der Erkenntnisse insoweit unzulässig. Erkenntnisse, die jedoch möglicherweise nicht dem Schutzbereich der Zeugnisverweigerungsrechte unterfallen oder zu Gunsten des Beschuldigten wirken und verwertet werden können, können erhoben werden und gehen nicht infolge eines Erhebungsverbotes verloren.

### Zu Artikel 2 (Inkrafttreten)

Die Vorschrift regelt das Inkrafttreten des Gesetzes.





