

# Jahrbuch



Recht

## Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit

herausgegeben von

**Peter Lewisch**

# 11

Norbert WESS

## Der Rechtsanwalt als Tatbeteiligter im Wirtschaftsstrafrecht – Grenzen strafprozessualer Zwangsmaßnahmen

### Inhaltsübersicht

I. Einleitung.....	77
II. Rechte des Verteidigers.....	78
III. Verschwiegenheitspflicht und Aussageverweigerungsrecht des Rechtsanwaltes.....	79
IV. „Legal privilege“ des EuGH.....	80
V. Zur Doppelstellung des Verteidigers.....	81
VI. Die Verbote der Beschlagnahme von Unterlagen eines beruflichen Parteienvertreters.....	82
VII. Grenzen strafprozessualer Zwangsmaßnahmen gegenüber Berufsheimlichträgern – Schutz der Berufsheimlichkeiten.....	83
VIII. Schlussfolgerungen.....	86

### I. Einleitung

Das Thema des gegenständlichen Vortrages ist derzeit von großer praktischer Relevanz. Strafrechtscausen mit wirtschaftsrechtlichem Bezug sind oft sehr komplex und arbeiten Sachverhalte auf, die über mehrere Jahre – wenn nicht sogar: viele Jahre – hinweg stattgefunden haben. Solche Strafakten umfassen oft Tausende von Aktenseiten und eine Fülle an beschlagnahmtem Datenmaterial. Regelmäßig ist man in der Praxis mit der Tatsache konfrontiert, dass der damalige Rechtsvertreter, der das Unternehmen bzw den Unternehmensinhaber anwaltlich begleitet hat auch in weiterer Folge als dessen Strafverteidiger agiert, da nur er die komplexe Materie für seinen Mandanten gegenüber den Strafverfolgungsbehörden aufbereiten, aufklären und selbstverständlich auch verteidigen kann.

Im Zuge des gegenständlichen Beitrages interessieren daher vor allem Sachverhalte, in welchen der Rechtsanwalt ursprünglich als Vertreter und

Berater des Unternehmens bzw. Unternehmensinhabers fungiert hat, letzterer in weiterer Folge als Beschuldigter in einem gerichtlichen Strafverfahren geführt wird und sich dabei wiederum des damaligen Rechtsanwaltes als dessen Verteidiger bedient.

Es sollen in diesem Beitrag daher auch von vornherein nicht solche Verletzungen der Verteidigerpflicht behandelt werden, bei denen der Verteidiger eigenständig und selbständig ein Strafdelikt begeht<sup>1</sup>.

Der vorliegende Beitrag legt zunächst die wichtigsten Bestimmungen in der Strafprozessordnung (StPO) und der Rechtsanwaltsordnung (RAO) dar und befasst sich sodann mit einschlägigen nationalen wie auch internationalen Judikaten. Basierend darauf soll dem Leser ein Gefühl vermittelt werden, wo die Abgrenzungsprobleme liegen und inwiefern (bzw: ob) es ratsam erscheint, die eine oder andere gesetzliche Bestimmungen (bzw Handhabung in der Praxis) zu überdenken.

## II. Rechte des Verteidigers

Die Rechte und die Pflichten des Verteidigers sind – naheliegenderweise – primär in der Rechtsanwaltsordnung (RAO) normiert. § 9 Abs 1 RAO hält fest, dass der Rechtsanwalt verpflichtet ist, die übernommenen Vertretungen dem Gesetz gemäß zu führen und die Rechte seiner Partei gegen jedermann mit Eifer, Treue und Gewissenhaftigkeit zu vertreten. Er ist befugt, alles, was er nach dem Gesetz zur Vertretung seiner Partei für dienlich erachtet, unumwunden vorzubringen, ihre Angriffs- und Verteidigungsmittel in jeder Weise zu gebrauchen, welche seinem Auftrag, seinem Gewissen und den Gesetzen nicht widerstreiten.

In der Kommentarliteratur wird diesbezüglich mit entsprechender Deutlichkeit festgehalten, dass der Rechtsanwalt primär zur Parteientreue verpflichtet ist. Das bedeutet, dass er ausschließlich die Interessen seiner Partei, allerdings unter Beobachtung der Gesetze, zu vertreten hat, und zwar jedermann gegenüber.<sup>2</sup>

Mehr oder weniger inhaltlich deckungsgleich sieht auch die Strafprozessordnung in § 57 Abs 1 StPO vor, dass der Verteidiger dem Beschuldigten beratend und unterstützend zur Seite steht. Er ist berechtigt und verpflichtet, jedes Verteidigungsmittel zu gebrauchen und alles, was der Verteidigung des Beschuldigten dient, unumwunden vorzubringen, soweit es dem Gesetz, seinem Auftrag und seinem Gewissen nicht widerspricht.

1 Eine ähnliche Abgrenzung findet sich beispielsweise bereits in der Abhandlung von H. Roeder, Funktion und Grenzen der formellen Verteidigung im Anklageprozess, ÖJZ 1959, 258 ff.

2 Tades/Hoffman, RAO<sup>9</sup> (2005) 26.

## III. Verschwiegenheitspflicht und Aussageverweigerungsrecht des Rechtsanwaltes

§ 9 Abs 2 RAO normiert als weitere Kardinalspflicht des Rechtsanwaltes jene zur Verschwiegenheit. Die Bestimmung sieht vor, dass der Rechtsanwalt zur Verschwiegenheit über die ihm anvertrauten Angelegenheiten und die ihm sonst in seiner beruflichen Eigenschaft bekanntgewordenen Tatsachen, deren Geheimhaltung im Interesse seiner Partei gelegen ist, verpflichtet ist. Er hat in gerichtlichen und sonstigen behördlichen Verfahren nach Maßgabe der verfahrensrechtlichen Vorschriften das Recht auf diese Verschwiegenheit. § 9 Abs 3 RAO sieht ein ausdrückliches Umgehungsverbot vor, in dem festgehalten ist, dass das Recht des Rechtsanwaltes auf Verschwiegenheit durch gerichtliche oder sonstige behördliche Maßnahmen, insbesondere durch Vernehmung von Hilfskräften des Rechtsanwaltes oder dadurch, dass die Herausgabe von Schriftstücken, Bild-, Ton- oder Datenträgern aufgetragen wird oder diese beschlagnahmt werden, nicht umgangen werden darf.

Auch zum Thema der Verschwiegenheit normiert die Strafprozessordnung inhaltlich nahezu deckungsgleiche Bestimmungen, die ausdrücklich auf den Verteidiger Bezug nehmen. So sieht § 157 Abs 1 Z 2 StPO vor, dass Verteidiger, Rechtsanwälte und weitere Berufsgeheimnisträger über das, was ihnen in dieser Eigenschaft *bekannt* geworden ist zur Verweigerung der Aussage berechtigt sind. Diese Bestimmung ist insofern legislativ erweitert worden<sup>3</sup>, als sie in der früheren Fassung lediglich vorgesehen hat, dass die Aussage bezüglich jener Informationen verweigert werden darf, die dem Rechtsanwalt bzw. Verteidiger ausdrücklich *anvertraut* worden sind. Die nunmehrige Fassung bewirkt nun aber, dass der Rechtsanwalt *jedenfalls* bezüglich sämtlicher Informationen, egal in welchem Zusammenhang ihm diese *zur Kenntnis gelangt* sind, die Aussage verweigern kann. Ohne Relevanz ist daher auch, ob der Rechtsanwalt tatsächlich als Vertreter bzw. Verteidiger des Beschuldigten agiert, es ist sogar von keiner Relevanz, falls er zu keiner Zeit ein Mandat für diese Person übernommen hat. Dergestalt betrachtet unterliegen auch Informationen der Verschwiegenheit, die der Rechtsanwalt im Zuge eines Gespräches mit einem Kollegen der den Beschuldigten vertritt zugetragen bekommt und Ähnliches mehr.

§ 157 Abs 2 stoppt sieht ebenfalls ein Umgehungsverbot vor, indem ausdrücklich festgehalten wird, dass das Aussageverweigerungsrecht bei sonstiger Nichtigkeit nicht umgangen werden darf.

3 BGBl I 2004/19.

#### IV. „Legal privilege“ des EuGH

Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat sich über die Jahre hinweg in zwei Leitentscheidungen mit dem Recht zur Verschwiegenheit von Rechtsanwälten auseinandergesetzt. Der EuGH hat in diesem Zusammenhang festgestellt, dass es in den nationalen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten insoweit *gemeinsame Kriterien* gibt, als die Vertraulichkeit des Schriftverkehrs zwischen Anwalt und Mandant unter vergleichbaren Voraussetzungen geschützt ist, wenn der Schriftwechsel zum einen im Rahmen und Interesse des Rechts des Mandanten auf Verteidigung geführt wird und zum anderen von unabhängigen Rechtsanwälten. In diesem Zusammenhang sind die Bestimmungen des Gemeinschaftsrechtes (im konkreten handelte es sich um die – damalige – Verordnung Nr 17) dahingehend auszulegen, dass sie ebenfalls die Vertraulichkeit des Schriftverkehrs zwischen Anwalt und Mandant unter diesen beiden Voraussetzungen schützen und somit die den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten gemeinsamen Elemente des Schutzes aufgreifen. Aus alledem schloss sohin der EuGH, dass die Bestimmungen des Gemeinschaftsrechtes bei wörtlicher, systematischer und am Vorordnungszweck orientierter Auslegung sowie unter Berücksichtigung des Rechts der Mitgliedstaaten eine Grenze dahingehend finden, wonach der fragliche Schriftverkehr zwischen einem unabhängigen, das heißt nicht durch ein Beschäftigungsverhältnis an seinen Mandanten gebundenen Rechtsanwalt und seinem Mandanten stattfindet.<sup>4</sup>

In weiterer Folge hat der EuGH dieses Anwaltsprivileg auch auf vorbereitende Dokumente ausgedehnt, selbst wenn diese nicht mit einem Rechtsanwalt ausgetauscht wurden und nicht erstellt wurden, um an einem Rechtsanwalt übermittelt zu werden, solange sie für die Heranziehung von Rechtsbeistand verfasst wurden.<sup>5</sup>

In inhaltlicher Hinsicht wurde die Judikatur aus dem Jahr 1982 jedenfalls bestätigt (wenn nicht sogar erweitert) und kann somit festgehalten werden, dass der EuGH das Anwaltsprivileg als Bestandteil des Gemeinschaftsrechtes ausdrücklich anerkennt. Dieses Vertraulichkeitskonzept entspricht dem Erfordernis, es dem Einzelnen ermöglichen zu müssen, sich völlig frei an einen Rechtsanwalt wenden zu können. Auf diese Art und Weise sollen die Verteidigungsrechte nicht nur ergänzt, sondern überhaupt erst möglich gemacht werden.<sup>6</sup>

4 EuGH 18. 5. 1982, Rs 155/79, AM & S Europe Limited gg Kommission, Slg 1982, 1575, insb Rz 21, vgl dazu auch näher *Hempel*, Schutz des Berufsgeheimnisses ist übernationales Recht, AnWB 1983, 251 f.

5 EuG 17. 9.2007, Akzo Nobel Chemicals and Akros Chemicals gg Kommission, Rs T-125/03 & T-253/03, insb Rz 123.

6 Vgl dazu näher *Hummer*, Akzo: Keine wirkliche Erweiterung des Anwaltsprivilegs, *ecolex* 2007, 871 f.

#### V. Zur Doppelstellung des Verteidigers

Seit jeher anerkannt ist jedoch, dass der Rechtsanwalt in seiner Funktion als Strafverteidiger nicht nur den Interessen des Mandanten verpflichtet ist, sondern auch als Organ der Rechtspflege agiert<sup>7</sup>. *Achammer* hält in diesem Zusammenhang jedoch ausdrücklich fest, dass selbst bei einer solchen Kollision dieser Rechte und Pflichten die Schutzaufgabe der Verteidigung gegenüber den Interessen der Strafrechtspflege grundsätzlich den Vorrang genießt. Die Grenze liege aber dort, wo sich die Verteidigung als Angriff auf die Funktion der Rechtspflege erweist. Dem Verteidiger obliegt es aber nicht, der Wahrheitsermittlung in objektiver Weise zu dienen. Er hat nur auf die Entlastung des Beschuldigten hinzuwirken.<sup>8</sup>

*Achammer* weist darauf hin, dass sich aus der Funktion eines Bestands und eines Organs der Rechtspflege naturgemäß ein viele Bereiche berührendes Spannungsfeld ergibt. Die umfangreichen Rechte und Pflichten des Verteidigers überschneiden sich häufig bzw sind – wie er ausführt – zwei Seiten einer Medaille<sup>9</sup>.

Wie schwierig diese Abgrenzungsfragen im Detail sind zeigt sich auch an zwei divergierenden Literaturstellen, die in diesem Zusammenhang dargelegt werden sollen. So führen die Universitätsprofessoren *Bertel* und *Venier* in ihrem aktuellen Lehrbuch zum Strafprozessrecht aus, dass der Verteidiger Beistand des Beschuldigten ist. Er hat – wie sie weiter ausdrücklich darlegen – das Recht und die Pflicht – natürlich unabhängig davon ob er den Beschuldigten für unschuldig oder schuldig hält – ihn zu beraten und alles vorzubringen, was seiner Verteidigung dient. Es gibt kein Gesetz, dass dieses Recht des Verteidigers einschränkt, und was dem Gewissen des Verteidigers entspricht, beurteilt er selbst.<sup>10</sup>

Diese Ausführungen sind insofern bemerkenswert, als selbst die Kommentarliteratur zur Rechtsanwaltsordnung dem Rechtsanwalt keine so weitgehenden Befugnisse attestiert. So halten *Tades* und *Hoffmann* fest, dass die Grenze, die der Rechtsanwalt in seiner Tätigkeit nicht überschreiten darf sehr hoch liegt. Sie ist definiert durch den dem Rechtsanwalt erteilten Auftrag, durch sein Gewissen und durch den zu meidenden Widerstreit mit dem Gesetz. Wenn der Gesetzgeber von „seinem Gewissen“ spricht, dann meint er nicht irgendein, allenfalls durchschnittliches Gewissen, sondern das durch den Gesetzgeber selbst beschriebene anwaltliche Gewissen, ein Gewissen, das hohen berufsethischen Grundsätzen verpflichtet ist.<sup>11</sup>

7 Darauf bereits hinweisend *H. Roeder*, aaO (FN 1).

8 *Achammer*, WK-StPO § 57 Rz 37 und 2; vgl dazu auch noch näher Arbeitsgruppe Strafrecht und Arbeitskreisberufsrecht des ÖRAK, Grundsätze der Strafverteidigung, AnWB 2007, 183 ff.

9 *Achammer*, aaO (FN 8); vgl dazu auch noch ganz grundlegend *H. Roeder*, aaO (FN 1).

10 *Bertel/Venier*, Strafprozessrecht<sup>4</sup> (2010) Rz 135.

11 *Tades/Hoffmann* (FN 2) 27, vgl dazu auch noch weiters 16 Bkd 5/05.

Aber auch *Tades/Hoffmann* führen aus, dass über den Umweg von Standesvorschriften das Recht des Verteidigers, alle gesetzeszulässigen Verteidigungsmittel zu gebrauchen, nicht beschränkt werden darf. Das Disziplinarrecht soll keine derogative Kraft gegenüber der gesetzlichen und durch die MRK garantierten Freiheit der Verteidigung haben.<sup>12</sup> Eine weitergehende Auslegung der Disziplinarvorschriften wäre gesetzes- und konventionswidrig. Alle für rechtlich zulässig gesehenen, nicht unproblematischen Handlungen eines Verteidigers dürfen nicht als Disziplinarvergehen geahndet werden, weil das Standesrecht nicht in einer Weise gehandhabt werden darf, dass dadurch die Verteidigungsrechte eines Beschuldigten verkürzt werden. Im Regelfall dürfen die Verteidigungsrechte des Beschuldigten nicht verkürzt werden und es können Handlungen des Verteidigers in Ausführung der Verteidigungsrechte nicht als Disziplinarvergehen geahndet werden.<sup>13</sup>

Auch die Judikatur hat sich mit Abgrenzungsfragen in diesem Zusammenhang bereits auseinandergesetzt. Erwähnenswert ist in diesem Zusammenhang insbesondere die Leitentscheidung des OGH vom 10.3.1966, 9 Os 28/66. In dieser ist festgehalten, dass die rechtswidrige Verteidigung eine strafrechtliche Ahndung, (etwa als Begünstigung, Urkundenfälschung, Verleumdung, Bestechung etc) nach sich ziehen kann. Der Verteidiger ist nicht „Stellvertreter“ oder „Repräsentant“ (SSSt 17/58) des Beschuldigten, sondern sein Beistand, der auch der „Rechtspflege“ verpflichtet ist. Die strafbaren Handlungen gegen die Rechtspflege (21. Abschnitt des StGB) gelten daher auch für die Verteidiger und bestimmen damit seine Stellung im Prozess. Die durch § 9 RAO und § 157 Abs 1 Z 2 StPO gesetzten Schranken entfallen, wenn begründeter Verdacht besteht, dass ein Verteidiger die Verteidigung mit kriminellen Mitteln betreibt, dass er die behördlichen Maßnahmen gegen den Beschuldigten zu durchkreuzen und den Sachverhalt (aktiv) zu verschleiern versucht. In diesem Fall hat sich der Beschuldigte nur formell eines Verteidigers, in Wahrheit jedoch eines Komplizen bedient.<sup>14</sup>

## VI. Die Verbote der Beschlagnahme von Unterlagen eines beruflichen Parteienvertreters

Bezüglich dieser Frage erscheint es zweckmäßig zunächst auf eine Leitentscheidung des OGH aus dem Jahr 1997 hinzuweisen.<sup>15</sup> Der OGH hält fest, dass das Verbot der Beschlagnahme von Unterlagen eines beruflichen Parteienvertreters Ausfluss des Umgehungsverbotens hinsichtlich des Rechtes auf Zeugnisenstschlagung ist. Der Zweck dieses Zeugnisenstschlagungsrech-

12 AnwBl 1995, 655; VfSlg 14.408; AnwBl 1999/7553.

13 Feil/Wennig, Anwaltsrecht<sup>6</sup>.

14 Auf dieses Judikat auch hinweisend *Achammer*, WK-StPO § 57 Rz 3, 23 und 38.

15 13 Os 28/97, JBl 1998, 134 f.

tes liegt darin, den Beschuldigten eine vertrauensvolle und vertrauliche Kontaktaufnahme mit einem Parteienvertreter zu ermöglichen. Dabei soll er nicht befürchten müssen, durch die Befassung eines Parteienvertreters möglicherweise Beweismittel gegen sich selbst zu schaffen, weil sein Gesprächspartner als Zeuge aussagen müsste oder Aufzeichnungen über ein Gespräch beschlagnahmt werden könnten (vgl. das Verbot des Zwanges zur Selbstbelastung – Art 90 Abs 2 B-VG<sup>16</sup>). Der OGH führt in dieser Entscheidung auch noch ausdrücklich aus, dass der Kernbereich der dem Umgehungsverbot unterliegenden Gegenstände in der Information der Parteienvertreter liegt. Darunter sind Mitteilungen des Klienten, Aufzeichnungen über Gespräche (Besprechungsnotizen), etc zu verstehen. Dazu gehören aber auch sogenannte „Drittinformationen“ wie Unterlagen über Erhebungen oder Mitteilungen Dritter an den Entscheidungsberechtigten oder Aufzeichnungen über eigene Wahrnehmungen im Rahmen der Auftragserfüllung. Davon – und das erscheint wesentlich – zu unterscheiden sind Gegenstände, die zur Begehung einer strafbaren Handlung bestimmt waren, die sie erleichtert haben oder aus ihr herrühren sowie sonstige Beweisgegenstände, insbesondere Schriftstücke, die nicht der Information als Parteienvertreter dienen oder sich als Mitteilungen an diesen verstehen. Derartige Gegenstände unterliegen weiterhin nicht dem Umgehungsverbot. Sie können durch die Übergabe an einen Entschlagungsberechtigten nicht immunisiert und demnach auch beim Parteienvertreter beschlagnahmt werden<sup>17</sup>.

## VII. Grenzen strafprozessualer Zwangsmaßnahmen gegenüber Berufsgeheimnistägern – Schutz der Berufsgeheimnisse

Als wesentliche Kernbestimmung in der Strafprozessordnung ist § 144 StPO anzuführen. In § 144 Abs 2 StPO ist festgehalten, dass die Anordnung oder Durchführung der in diesem Hauptstück enthaltenen Ermittlungsmaßnahmen dann unzulässig ist, soweit dadurch das Recht einer Person gemäß § 157 Abs 1 Z 2 bis 4 StPO die Aussage zu verweigern, umgangen wird.

Dieses Umgehungsverbot gemäß § 144 Abs 2 StPO besteht nach Abs 3 *leg cit* nur insoweit nicht, als die betreffende Person selbst der Tat *dringend* verdächtig ist. Auch hier ist festzuhalten, dass die gegenständliche Bestimmung eine legistische Verschärfung<sup>18</sup> dahingehend erfahren hat, als die Vorgängerbestimmung noch vorgesehen hat, dass bereits der *begründete Verdacht* ausreichen würde um entsprechende Ermittlungsmaßnahmen auch

16 VfSlg 10291 ua.

17 Der OGH verweist in diesem Zusammenhang auf die RV 924 BlgNr XVIII. GP 28; sowie auf EvBl 1992/175.

18 BGBl I 2004/19.

gegenüber einen Berufsgeheimnisträger zu ermöglichen. Dieser *begründete Verdacht* wurde nun aber durch den sogenannten *dringenden Tatverdacht* ersetzt und ist sohin ein erhöhter Maßstab seitens der ermittelnden Behörde – genauso wie bei der Aussageverweigerung<sup>19</sup> (§ 157 Abs 1 Z 2 StPO) – anzulegen.

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat bereits judiziert, dass sobald von Durchsuchungen und Sicherstellungen ein Rechtsanwalt oder Wirtschaftstreuhänder betroffen ist, regelmäßig ein Eingriff in das Berufsgeheimnis stattfindet. Solche Eingriffe in das Berufsgeheimnis haben Auswirkungen auf eine ordentliche Rechtspflege und somit auf die von Art 6 Abs 1 EMRK garantierten Rechte. Es bedarf daher – so der EGMR – bei der Durchsuchung von Räumlichkeiten von Berufsgeheimnisträgern einer besonderen Abwägung der Verhältnismäßigkeit, zumal der Gerichtshof auch festgestellt hat, dass die Durchsuchung der Kanzlei des Rechtsanwaltes auch einen Eingriff in seine Recht nach Art 8 EMRK bewirkt.<sup>20</sup>

Auch der EuGH hat bereits festgehalten, dass ein Rechtsanwalt nicht verpflichtet sein kann, mit öffentlichen Stellen zusammen zu arbeiten und diesen Informationen zu übermitteln, die er anlässlich einer Rechtsberatung erlangt hat. Wäre dies der Fall, könnte ein Rechtsanwalt seinen Aufgaben bei der Beratung, der Verteidigung und der Vertretung seines Mandanten nicht in angemessener Weise gerecht werden, sodass dem Mandanten die ihm durch Art 6 EMRK gewährten Rechte genommen wären.<sup>21</sup> Ausdrücklich hält der EuGH fest, dass das Recht auf ein faires Verfahren, wie es sich ua aus Art 6 EMRK ergibt, somit ein Grundrecht ist, das die Europäische Union als allgemeinen Grundsatz nach Art 6 Abs 2 EUV achtet.

Selbst der Verdacht gegen einen Anwalt – so der EGMR in einem anderen Erkenntnis – wonach sich dieser einer schwerwiegenden Straftat verdächtig gemacht habe, kann nicht dazu führen, dass dieser wie ein sonstiger Verdächtiger behandelt wird und wahllos Unterlagen durchsucht oder Festplatten kopiert werden. Die Durchsuchung und das Kopieren von Festplatten, die Informationen enthalten, die zwischen den Parteienvertreter und seinem Mandanten ausgetauscht wurden, jedoch nichts mit der dem Parteienvertreter angelasteten Straftat zu tun haben, ist von vornherein unzulässig.<sup>22</sup>

Damit steht auch die deutsche höchstrichterliche Judikatur im Einklang. So hält das deutsche Bundesverfassungsgericht (in einer Leitentscheidung,

19 Siehe oben unter Punkt III.

20 EGMR 16. 12. 1992, 72/1991/324/396 im Fall Niemietz gg Deutschland, abgedruckt in ÖJZ 1993, 389 ff.

21 EuGH C-305/5 (Große Kammer) – Urteil vom 26. 6. 2007 in der Rechtssache *Ordre des barreaux francophones et germanophone, Ordre français des avocats du barreau de Bruxelles, Orde van Vlaamse balies, Nederlandse Orde van advocaten bij de balie te Brussel gg Conseil des ministres*.

22 EGMR 27. 9. 2005, Bsw 50882/99, Petri Sallinen und andere gg Finland.

auf die mehrere Folgeentscheidung verweisen) fest, dass den staatlichen Handlungen durch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Grenzen gesetzt sind. Die Sicherstellung und Beschlagnahme der Datenträger und der darauf gespeicherten Daten muss nicht nur zur Verfolgung des gesetzlichen Strafverfolgungszweckes erfolversprechend sein. Vor allem muss gerade die zu überprüfende Zwangsmaßnahme zur Ermittlung und Verfolgung der Straftat erforderlich sein; dies ist nicht der Fall wenn andere, weniger entscheidende Mittel zu Verfügung stehen. Schließlich muss der jeweilige Eingriff in einem angemessenen Verhältnis zu der Schwere der Straftat und der Stärke des Tatverdachts stehen.<sup>23</sup> Festgehalten wird in dieser Entscheidung insbesondere auch, dass der Richter die Durchsuchung nur anordnen darf, wenn er sich auf Grund eigenverantwortlicher Prüfung der Ermittlungen überzeugt hat, dass die Maßnahme verhältnismäßig ist. Er hat zudem – so das Gericht weiters – durch geeignete Formulierungen des Durchsuchungsbeschlusses im Rahmen des Möglichen sicherzustellen, dass der Grundrechtseingriff angemessen begrenzt wird sowie messbar und kontrollierbar bleibt.<sup>24</sup> Mithin hat der richterliche Durchsuchungsbeschluss die rechtliche Grundlage der konkreten Maßnahme zu schaffen und muss Rahmen, Grenzen und Ziel der Durchsuchung definieren.

Diese Abwägung seitens der deutschen Gerichte zwischen Schwere der Straftat und Intensität des Eingriffes im Zusammenhang mit einer solchen Zwangsmaßnahme gegenüber einem Berufsgeheimnisträger wird auch in weiteren Entscheidungen ausdrücklich judiziert. So führt das deutsche Bundesverfassungsgericht in einer weiteren Entscheidung aus, dass das Übermaßverbot Grundrechtseingriffe verbietet, die ihrer Intensität nach außer Verhältnis zur Bedeutung der Sache stehen. Grundrechte und Grundrechtsbegrenzungen sind in ein angemessenes Verhältnis zu bringen. Bei einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffes und dem Gewicht sowie der Dringlichkeit der ihn rechtfertigenden Gründe muss die Grenze der Zumutbarkeit gewahrt werden. Schließlich sind bei einer solchen Abwägung die rechtlich geschützten Interessen Dritter zu berücksichtigen, die ohne einen Anlass hierfür gesetzt zu haben, von der staatlichen Zwangsmaßnahme betroffen sind. Eingriffe in Rechte Unverdächtiger sind nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in besonderer Weise rechtfertigungsbedürftig.<sup>25</sup>

Das deutsche Bundesverfassungsgericht beschäftigt sich wiederholt mit der Problematik, dass iZm Hausdurchsuchungen bei Berufsgeheimnisträgern

23 BVerfGE 96, 44 (51), Beschluss des zweiten Senats vom 27. Mai 1997 – 2 BvR 1992/92.

24 Hinweis auf BVerfGE 42, 212.

25 2 BvR 1027/02, Beschluss des zweiten Senats vom 12. April 2005; auf das besondere Vertrauensverhältnis zwischen Anwalt und Klient ebenfalls hinweisend BVerfG 2 BvR 1520/01, 2 BvR 1521/01, Urteil des zweitens Senats vom 30. März 2004, BVerfGE 110, 226 (260).

regelmäßig in Interessen Dritter eingegriffen wird. So hält das Gericht fest, dass mit einer solchen Durchsuchung schwerwiegend in die Unverletzlichkeit der Wohnung (Art 13 Abs 1 GG) eingegriffen wird. Auch beruflich genutzte Räume werden durch dieses Grundrecht geschützt. In weiterer Folge wird die oben bereits dargelegte Leitentscheidung BVerfGE 96, 44 zitiert, sodann aber auch noch ausdrücklich festgehalten, dass eine solche strafrechtliche Ermittlungsmaßnahme gegen einen Berufsgeheimnisträger regelmäßig die Gefahr mit sich bringt, dass Daten von Nichtbeschuldigten zur Kenntnis der Ermittlungsbehörden gelangen, die die Betroffenen in der Sphäre des Berufsgeheimnisträgers gerade sicher wähnen durften. Dadurch werden nicht nur die Grundrechte der Mandanten berührt. Der Schutz der Vertrauensbeziehung zwischen Anwalt und Mandant liegt auch im Interesse der Allgemeinheit an einer wirksamen und geordneten Rechtspflege. Diese Belange verlangen daher – so das Gericht – eine besondere Beachtung bei der Prüfung der Angemessenheit einer strafprozessualen Zwangsmaßnahme.<sup>26</sup>

### VIII. Schlussfolgerungen

Aus der soeben dargelegten Judikatur sowie aus den dargelegten gesetzlichen Bestimmungen die insbesondere bezüglich der Verschwiegenheitspflichten des Berufsgeheimnisträgers eine Verschärfung (§ 157 Abs 1 Z 2 StPO, § 144 Abs 3 StPO) erfahren haben erscheinen durchaus andere Bestimmungen bzw Vorgehensweisen in der Praxis diskussionswürdig.

So erscheint es durchaus sachgerecht und geboten, dass man bei Anordnungen der Staatsanwaltschaften sowie der gerichtlichen Beschlüsse (letzte stempeln in der Praxis die Anordnung der Staatsanwaltschaft nur mit Stampiglie, ohne eigenständig formulierter Begründung, ab) im Zusammenhang mit Berufsgeheimnisträgern ein besonderes Begründungserfordernis gemäß § 86 StPO fordert. Die österreichische Praxis scheint der internationalen Judikatur in diesem Zusammenhang nicht ausreichend Rechnung zu tragen. Die Begründung sollte sich vor allem mit der Frage der Verhältnismäßigkeit und der Konkretisierung der Straftat auseinandersetzen, da ansonsten die Kardinalspflichten der Verteidigung missachtet werden. Schließlich muss die Schwere der dem Berufsgeheimnisträger angelasteten Straftat in einem angemessenen Verhältnis zu dem beabsichtigten Eingriff stehen.

Im Lichte der genannten Judikatur wird das Umgehungsverbot des § 144 Abs 2 StPO nur hinsichtlich der konkreten, ganz spezifisch zu umschreibenden, gegen den Rechtsanwalt als Beschuldigten ermittelten, Straftat durchbrochen, dessen dieser dringend verdächtig ist. In diesem Zusammenhang haben daher nicht nur sämtliche Akten und Unterlagen aller sonstigen Klienten

26 2 BvR 1141/05, Beschluss des zweiten Senats vom 7. September 2005, so auch schon BvR 334/05, BVerfG vom 2. Juni 2005.

ten außer Betracht zu bleiben, sondern auch all jene Unterlagen des konkreten Klienten, falls diese in keinem (zum Beispiel: zeitlichen) Zusammenhang mit der konkreten Straftat stehen, an der sich der Anwalt – in welcher Form auch immer (zum Beispiel: Begünstigung, Urkundenfälschung etc) – beteiligt haben soll.

Auch die Bestimmung des § 60 StPO, die den Ausschluss des Verteidigers für den Fall vorsieht, dass dieser selbst wegen derselben Straftat oder wegen Begünstigung hinsichtlich dieser Straftat verdächtig ist, gehört im Lichte der obigen Wertungen und Judikatur diskutiert. Mit Ausschluss muss nämlich zwingend bereits dann vorgegangen werden, sobald der Staatsanwalt (der regelmäßig auch das Hauptverfahren führt) den Berufsgeheimnisträger zum Beschuldigten erklärt. Für diesen Beschuldigtenstatus des Rechtsanwaltes als allfälligen Tatbeteiligten des Klienten – und das erscheint im Lichte der Gesetzesbestimmungen der § 157 Abs 1 Z 2 StPO und § 144 Abs 3 StPO bedenklich – reicht aber bereits eine *einfache* – und daher nicht: dringende – Verdachtslage. Bedenklich erscheint weiters, dass kein anderes Gremium diese Maßnahme des Staatsanwaltes bzw des Gerichts vorab überprüft bzw kontrolliert. Lediglich dem Rechtsanwalt selbst ist die Gelegenheit zur Äußerung einzuräumen. Dergestalt betrachtet besteht nun aber die Gefahr, dass man sich aus Sicht der ermittelnden Behörden relativ leicht eines, vielleicht auch unliebsamen, Verteidigers entledigt.

In diesem Zusammenhang ist auch der Beschluss des OGH vom 19. 4. 2010<sup>27</sup> in Wettbewerbssachen zu erwähnen, wonach es ausreiche, dass die Antragsgegnerin (im konkreten Fall ein Berufsgeheimnisträger) *objektiv* einen Beitrag zur Verschleierung der Kartellverstöße geleistet hat. Die bisherigen Ermittlungen – so der OGH – begründen diesen objektiven Verdacht. Die Frage allfälliger Wahrung von Berufsgeheimnissen bzw des „legal privilege“ nach der Judikatur des EuGH muss nach Ansicht des OGH schon deshalb nicht erörtert werden, da sich das Verfahren des Bundeskartellamtes auch gegen diesen Berufsgeheimnisträger richtet. Wenngleich der gegenständliche Beschluss in Wettbewerbssachen und somit nicht in einem gerichtlichen Strafverfahren ergangen ist, erscheint wesentlich zu erwähnen, dass im konkreten Fall dem OGH das Vorliegen eines objektiven Verdachtes gegen einen Berufsgeheimnisträger ausgereicht hat, um sämtliche anderen Grundprinzipien, die der Gesetzgeber in zahlreichen anderen Bestimmungen im Zusammenhang mit Berufsgeheimnisträgern vorgesehen hat, zu negieren.

27 16 Ok 2/10.