



17. März 2010

## Stellungnahme zu dem Referentenentwurf für ein Gesetz zur Stärkung des Schutzes von Vertrauensverhältnissen zu Rechtsanwälten im Strafprozessrecht

Die Wirtschaftsprüferkammer hat mit Schreiben vom **15. März 2010** gegenüber dem Bundesministerium der Justiz zu dem Referentenentwurf für ein Gesetz zur Stärkung des Schutzes von Vertrauensverhältnissen zu Rechtsanwälten im Strafprozessrecht wie nachfolgend wiedergegebene Stellung genommen:

1. Grundsätzlich begrüßen wir jede gesetzgeberische Maßnahme, die darauf zielt, die derzeitige Ungleichbehandlung von Berufsgeheimnisträgern in § 160a StPO zu beseitigen. Wir hatten uns im seinerzeitigen Gesetzgebungsverfahren – ebenso wie unsere Kollegialkammern – vehement gegen die jetzige Regelung ausgesprochen. Unsere seinerzeit gegenüber dem Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages abgegebene Stellungnahme vom 20. August 2007 (noch zum Regierungsentwurf, BT-Drs. 16/5846 vom 27. Juni 2007, in dem die Regelung in § 53b StPO-E verankert war) fügen wir zu Ihrer Information als **Anlage** bei und möchten zwecks Vermeidung von Wiederholungen zunächst darauf Bezug nehmen.
2. Der nunmehr vorgelegte Referentenentwurf greift ungeachtet seiner im Ansatz zu begründenden Intention u. E. deshalb zu kurz, weil er lediglich die Rechtsanwälte den durch § 160a Abs. 1 StPO absolut geschützten Berufsgruppen gleichstellen will. Aus unserer Sicht ist kein sachlicher Grund erkennbar, nicht auch Wirtschaftsprüfern und vereidigten Buchprüfern (WP/vBP) den gleichen gesetzlichen Schutzstandard zuzubilligen. Das grundsätzliche Manko des derzeitigen § 160a StPO, der eine u. E. aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht gebotene und auch nicht zulässige „Zweiklassengesellschaft“ von Berufsgeheimnisträgern statuiert, wird durch den vorliegenden Entwurf leider nicht beseitigt. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass WP/vBP ebenso wie Rechtsanwälte und Steuerberater zur uneingeschränkten Steuerrechtshilfe befugt sind (vgl. §§ 2 Abs. 2 WPO, 3 Nr. 1 und Nr. 3 StBerG). Davon ist auch die Verteidigung in Steuerstraf-

verfahren erfasst (vgl. § 392 Abs. 1 Satz 1 AO). Aus diesen Gründen schließen wir uns insoweit der Stellungnahme der Bundessteuerberaterkammer vom 25. Februar 2010 zu dem Referentenentwurf vollinhaltlich an.

3. Auch außerhalb der steuerberatenden Tätigkeit ist auf das öffentliche Interesse an einem verlässlichen, das Vertrauen der beteiligten Kreise genießenden Berufsstand von WP/vBP und die damit erforderliche Berufsausübung unter Beachtung strenger Berufspflichten hinzuweisen. Dieses Interesse wird auch durch die Rechtsprechung betont (vgl. BVerwG vom 17. August 2005, NJW 2005, S. 3795 ff., 3800 f.). Die Berufspflichten des WP/vBP stehen zudem denen der Rechtsanwälte in nichts nach, insbesondere was die Verschwiegenheitspflicht betrifft (vgl. § 43 Abs. 1 Satz 1 WPO, § 9 BS WP/vBP). Der guten Ordnung halber möchten wir uns auch den Hinweis erlauben, dass in der vom DStV in dessen Stellungnahme vom 18. Februar d. J. zitierten BGH-Entscheidung (BGH vom 10. Dezember 2009, DB 2010, S. 159 f) ausdrücklich nur „auf den als Jahresabschlussprüfer tätigen Wirtschaftsprüfer“ abgestellt wird. WP/vBP haben aber ein weit über die betriebswirtschaftliche Prüfungstätigkeit (§ 2 Abs. 1 WPO) hinausgehendes Aufgabenspektrum, das mit dem von Rechts- und Steuerberatern durchaus vergleichbar ist. Neben der bereits oben angesprochenen uneingeschränkten Befugnis zur Steuerrechtshilfe zählt dazu die Tätigkeit als Sachverständiger auf den Gebieten der wirtschaftlichen Betriebsführung, die Beratung in wirtschaftlichen Angelegenheiten und Wahrung fremder Interessen sowie die treuhänderische Verwaltung (vgl. § 2 Abs. 3 WPO). Abgesehen davon, dass das genannte BGH-Urteil sich ausschließlich mit der zivilrechtlichen Frage einer möglichen Sekundärhaftung von Jahresabschlussprüfern beschäftigt, die zu dem hier in Rede stehenden Thema des § 160a Abs. 1 StPO keinerlei Bezug hat, lässt sich dem Urteil also gerade keine allgemeine Aussage dahingehend entnehmen, dass WP/vBP als Berufsstand eine geringere Vertrauensstellung im Verhältnis zu ihren Mandanten zukommt.
  
4. Aus den soeben skizzierten Rechtsgründen halten wir eine Evaluation der Einbeziehung weiterer Berufsgruppen in den Anwendungsbereich des § 160a Abs. 1 StPO für nicht geboten, da u. E. die strafprozessrechtliche Gleichbehandlung aller Berufsgeheimnisträger zwingend ist. Konkrete Fallzahlen zu von der Regelung des § 160a StPO seit dem 1. Januar 2008 betroffenen WP/vBP können wir nicht nennen. Allerdings ist der Schutz vor Ermittlungsmaßnahmen regelmäßig Gegenstand von telefonischen und gelegentlich auch schriftlichen Anfragen an unsere Geschäftsstelle.



21. August 2007

**Stellungnahme zu dem Entwurf eines Gesetzes zur Änderung zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen sowie zur Umsetzung der Richtlinie 2006/24/EG**

Die Wirtschaftsprüferkammer hat mit Schreiben vom **20. August 2007** gegenüber dem Vorsitzenden des Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages zu dem Entwurf eines Gesetzes zur Änderung zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen sowie zur Umsetzung der Richtlinie 2006/24/EG wie nachfolgend wiedergegeben Stellung genommen.

In seiner Sitzung am 6. Juli 2007 hat der Deutsche Bundestag den Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen sowie zur Umsetzung der Richtlinie 2006/24/EG (BT.-Drs. 16/5846) in erster Lesung beraten und zur weiteren Behandlung in den Rechtsausschuss federführend überwiesen. Wie unsere Kollegialkammern, von denen Sie z. T. bereits entsprechende Stellungnahmen erhalten haben<sup>1</sup>, sieht auch die Wirtschaftsprüferkammer bei dem Gesetzesentwurf nach wie vor gravierende Bedenken mit Blick auf den Schutz des Zeugnisverweigerungsrechts der Berufsgeheimnisträger. Diese Bedenken hatten wir im Grundsatz bereits im Rahmen des Referentenentwurfs in einer Stellungnahme vom 23. Januar 2007 gegenüber dem Bundesministerium der Justiz erläutert<sup>2</sup>. Wir möchten uns daher erlauben, Sie in Ihrer

<sup>1</sup> Stellungnahme Nr. 31/2007 der Bundesrechtsanwaltskammer vom 3. August 2007, Stellungnahme der Bundessteuerberaterkammer vom 2. August 2007.

<sup>2</sup> Abrufbar unter: <http://www.wpk.de/stellungnahmen/stellungnahmen.asp>, dort unter dem 25. Januar 2007 eingestellt.

Eigenschaft als Vorsitzender des Rechtsausschusses in der Sache anzusprechen und wären Ihnen sehr verbunden, wenn Sie unsere Stellungnahme an die Ausschussmitglieder weiterleiten könnten.

## 1. Keine „Zweiklassengesellschaft“ von Berufsheimnisträgern

Die durch Art. 1 Nr. 1 des Gesetzes vorgesehene Einfügung eines neuen § 53b StPO ist u. E. in der vorgesehenen Fassung abzulehnen. Durch § 53b Abs. 2 StPO-E wird quasi eine „Zweiklassengesellschaft“ von zeugnisverweigerungsberechtigten Personen geschaffen, die in § 53 StPO weder vorgesehen ist, noch unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten zu rechtfertigen sein dürfte. Nach § 53b Abs. 1 StPO-E soll lediglich für Geistliche, Verteidiger von Beschuldigten in Strafverfahren sowie Mitglieder von Gesetzgebungskörperschaften ein umfassender Schutz vor Ermittlungsmaßnahmen bestehen. Zudem wird in § 53b Abs. 1 Satz 2 StPO-E ein Verwertungsverbot statuiert. Dagegen soll nach § 53b Abs. 2 StPO-E bei den gem. § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 StPO zeugnisverweigerungsberechtigten Freiberuflern (wie z. B. Rechtsanwälten, Steuerberatern und eben Wirtschaftsprüfern/vereidigten Buchprüfern) das Zeugnisverweigerungsrecht lediglich im Rahmen einer Verhältnismäßigkeitsprüfung unter „Würdigung des öffentlichen Interesses an den von dieser Person wahrgenommenen Aufgaben und des Interesses an der Geheimhaltung der dieser Person anvertrauten oder bekannt gewordenen Tatsachen“ zu berücksichtigen sein.

- a. Gemäß § 53 Abs. 1 StPO wird aber für alle dort genannten Berufsgruppen ein gleichrangiges Zeugnisverweigerungsrecht begründet, unabhängig davon, ob es sich z. B. um Geistliche oder um Freiberufler handelt. Diese Gleichstellung geschah auch ganz bewusst, und zwar vor dem Hintergrund des Normzwecks, dass der Schutz des Vertrauensverhältnisses zwischen der Vertrauensperson und demjenigen, der ihre Hilfe in Anspruch nimmt, gewährleistet werden soll, und auch im öffentlichen Interesse daran, dass der Rat- und Hilfesuchende sich nicht dadurch behindert fühlen soll, dass die von ihm gewählte Vertrauensperson das ihr Anvertraute als Zeuge preisgeben muss (vgl. *Senge*, in: *Pfeiffer* [Hrsg.], *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, 5. Aufl. 2003, § 53 Rn. 1 StPO; *Meyer-Goßner*, *Strafprozessordnung*, 49. Aufl. 2006, § 53 Rn. 1, jeweils m. w. N.). Gerade auch für Wirtschaftsprüfer und vereidigte Buchprüfer ist das Zeugnisverweigerungsrecht und eine entsprechende strafprozessuale Absicherung desselben von elementarer Bedeutung, da z. B. die Erstellung von Prüfungsberichten für gesetzliche Jahresabschlussprüfungen durch den Geheimnisschutz wesentlich erleichtert wird, womit nicht zuletzt

dem öffentlichen Interesse an der Durchführung von Prüfungen gedient ist (vgl. *Baier, wistra* 2000, S. 165 ff.).

- b. Demnach ist schon kein sachlicher Grund für die in § 53b StPO-E vorgenommene Differenzierung zu erkennen. Auch in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts finden sich keine Anhaltspunkte dafür, dass bei den Berufsgeheimnisträgern eine Differenzierung der Schutzintensität des Zeugnisverweigerungsrechts geboten oder auch nur zulässig ist. Vielmehr geht das Bundesverfassungsgericht ersichtlich davon aus, dass § 53 Abs. 1 StPO ein gleichrangiges Schutzniveau für alle in der Norm genannten Personengruppen statuiert. § 53 Abs. 1 StPO enthält nach Auffassung des Bundesverfassungsberichts eine erschöpfende Aufzählung der Berufsgeheimnisträger, deren Schweigerecht der Pflicht zur Zeugnisaussage vorgeht<sup>3</sup>. Die Einräumung von Aussageverweigerungsbefugnissen aus beruflichen Gründen bedürfe zwar stets einer besonderen Legitimation, um vor der Verfassung Bestand zu haben. Für die Angehörigen wirtschafts- und steuerberatender Berufe lasse sich ein Zeugnisverweigerungsrecht jedoch daraus rechtfertigen, dass sie nach ihrer Ausbildung, den für sie geltenden Berufsregelungen, der durch die Berufskammern wahrgenommenen Aufsicht und der disziplinarischen Überwachung durch die Berufsgerichtsbarkeit eine Gewähr dafür bieten, dass sie von der ihnen eingeräumten Aussageverweigerungsbefugnis keinen unangemessenen Gebrauch machen<sup>4</sup>.

## 2. Mangelnde Praktikabilität und Systemkonformität der Regelung

- a. Die in § 53b Abs. 2 Satz 1 StPO-E angesprochene Verhältnismäßigkeitsprüfung ist nur vage beschrieben. Die in dem Gesetzentwurf gewählte Formulierung enthält eine Reihe unbestimmter Rechtsbegriffe und lässt konkrete Abwägungskriterien vermissen. Somit besteht die Gefahr, dass die vorgesehene Verhältnismäßigkeitsprüfung mangels Konkretisierung und objektiver Nachprüfungskriterien im Ergebnis leer läuft und faktisch eine weitgehende Überwachung der betreffenden Telekommunikation ermöglichen würde. Grundsätzlich darf aber nicht nur die zielgerichtete Ausforschung von Berufsgeheimnisträgern unzulässig sein, sondern müssen diese auch dann geschützt sein, wenn sie durch gegen Dritte gerichtete Ermittlungsmaßnahmen betroffen sind.

Auch die Regierungsbegründung bietet insoweit kaum Anhaltspunkte für die Praxis des strafprozessualen Ermittlungsverfahrens, sondern beschränkt sich auf die Feststellung, dass die im konkreten Fall in Aussicht genommene Maßnahme in vollem Umfang zulässig oder unzulässig sein könne (vgl. S. 86ff.).

<sup>3</sup> BVerfG NJW 1996, S. 1587.

<sup>4</sup> BVerfGE 33, S. 367, 383f.

- b. Ohnehin erscheint die vorgesehene Regelung auch aus rechtssystematischen Gründen zumindest als widersprüchlich. Während nämlich in § 97 Abs. 1 StPO richtigerweise ein weitgehendes Beschlagnahmeverbot für schriftliche Mitteilungen, Aufzeichnungen und andere Gegenstände begründet wird, auf die sich das Zeugnisverweigerungsrecht der in § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 - 3b StPO genannten Personen bezieht, sollen nach dem neuen § 53b StPO-E für Ermittlungsmaßnahmen wie z. B. Telekommunikationsüberwachung derartige Restriktionen offenbar nicht gelten. Dies ist insofern schwer verständlich, als dass es sich bei der Überwachung der Telekommunikation regelmäßig um einen noch wesentlich stärkeren Eingriff in geschützte Grundrechtspositionen handeln dürfte, als dies bei der Beschlagnahme der Fall ist. Bei der Beschlagnahme ist das Eigentumsgrundrecht gem. Art. 14 Abs. 1 GG tangiert, bei dem Eingriffe, soweit sie in Form von Gewahrsamszueignung durch staatliche Stellen geschehen, grundsätzlich rückgängig zu machen sind (nämlich durch Herausgabe der beschlagnahmten Gegenstände). Hingegen ist durch Telekommunikationsüberwachung das besonders sensible Grundrecht des Post- und Fernmeldegeheimnisses gem. Art. 10 GG berührt, bei dem die Eingriffe regelmäßig ohne Wissen des Betroffenen erfolgen und zudem irreparabel sind.
- c. Darüber hinaus würde durch die Neuschaffung des § 53b StPO-E auch die bisher bestehende Regelung des § 100h Abs. 2 StPO, die auf breite Kritik gestoßen ist (vgl. *Meyer-Goßner*, a. a. O., § 100h Rn. 9), nunmehr sogar auf alle Ermittlungsmaßnahmen ausgeweitet werden.

### 3. Unlösbarer Zusammenhang zwischen Zeugnisverweigerungsrecht und Telekommunikationsüberwachung

- a. Soweit der Regierungsentwurf argumentiert, dass die Vorschrift des § 53b StPO-E insgesamt das Zeugnisverweigerungsrecht des Berufsgeheimnisträgers gar nicht betreffe, da im Falle seiner Vernehmung die Regelung des § 53 StPO unmittelbar eingreife<sup>5</sup>, überzeugt dies nicht. In der Praxis würde das Zeugnisverweigerungsrecht weitgehend entwertet werden, wenn die Telekommunikationseinrichtungen des Berufsgeheimnisträgers ohne größere rechtliche Hürden überwacht werden könnten. Die Behauptung, die Regelung in § 53b StPO-E habe keinerlei Bezug zum Zeugnisverweigerungsrecht, erscheint insofern nur schwer nachvollziehbar. Der Mandant des Berufsgeheimnisträgers muss sich nämlich unabhängig davon auf die Vertraulichkeit des gesprochenen Wortes verlassen können, ob dieses im persönlichen Gespräch oder durch Telefon, E-Mail oder sonstige Telekommunikationsmedien übermittelt wird. Längst nicht alle mandatsbezogenen Gespräche finden unter vier Augen

<sup>5</sup> Vgl. S. 85 der Regierungsbegründung.

in den Räumlichkeiten des Mandanten oder des Berufsangehörigen statt, vielmehr erfolgt aus Zeitgründen ein erheblicher Teil des Informationsaustausches gerade auf dem Weg der Telekommunikation. Daher kann ein unlösbarer Zusammenhang zwischen der Effektivität des Zeugnisverweigerungsrechts und der Zulässigkeit von Telekommunikationsüberwachung nicht negiert werden.

- b. Diesen Zusammenhang erkennt ersichtlich auch das Bundesverfassungsgericht an. Gerade deswegen hatte es nämlich in einem Fall die Verwertung von in den Räumen einer Steuerberatungsgesellschaft und Rechtsanwaltssozietät sichergestellten Datenträgern im Wege der Einstweiligen Anordnung untersagt<sup>6</sup> und in seiner Hauptsachenentscheidung seine Bedenken im Kern bestätigt<sup>7</sup>: Die Möglichkeit eines unbeschränkten Zugriffs auf den Datenbestand einer Rechtsanwalts- oder Steuerberaterkanzlei könne deren Mandanten insbesondere auch in den Fällen von einer vertraulichen Kommunikation oder gar von einer Mandatierung abhalten, in welchen ein Zusammenhang zwischen dem Mandat und der dem Beschuldigten zu Last gelegten Tat unter keinen Umständen festgestellt werden könne. Der Zugriff auf den gesamten Datenbestand einer Rechtsanwaltssozietät und einer Steuerberatungsgesellschaft beeinträchtige wegen seines Umfangs in schwerwiegender Weise das für das jeweilige Mandatsverhältnis vorausgesetzte und rechtlich geschützte Vertrauensverhältnis zwischen den Mandanten und den für sie tätigen Berufsträgern. Das rechtlich geschützte Vertrauensverhältnis zwischen Berufsgeheimnisträger und Mandant werde jedenfalls dann berührt, wenn wegen der Gefahr eines unbeschränkten Datenzugriffs ein Mandatsverhältnis von Anfang an mit Unsicherheiten hinsichtlich seiner Vertraulichkeit belastet wird. Mit dem Ausmaß potentieller Kenntnis staatlicher Organe von vertraulichen Äußerungen wachse die Gefahr, dass sich auch Unverdächtige nicht mehr den Berufsgeheimnisträgern zur Durchsetzung ihrer Interessen anvertrauten.

Diese zutreffenden Erwägungen des Bundesverfassungsgerichts treffen aber nicht nur für die Beschlagnahme von Datenträgern in der Kanzlei des Berufsgeheimnisträgers vor Ort zu, sondern müssen erst recht auch dann gelten, wenn die Telekommunikation des Berufsgeheimnisträgers überwacht wird und z. B. Kopien von seinen E-Mails inklusive Dateianhängen angefertigt werden.

Die Wirtschaftsprüferkammer bestreitet dabei selbstverständlich nicht das Erfordernis einer funktionsfähigen und wirksamen Strafverfolgung. Die Anforderungen daran dürfen aber nicht

<sup>6</sup> Einstweilige Anordnung vom 17.07.2002, BVerfGE 105, S. 365, 371; diese Anordnung wurde mehrmals wiederholt, vgl. Beschluss vom 18.12.2003, BVerfGE 109, S. 128f.

<sup>7</sup> Urteil vom 12.04.2005, BVerfGE 113, S. 29, S. 47ff.

überspannt werden. Die Funktionsfähigkeit der Strafrechtspflege stellt zudem nicht per se ein höheres Rechtsgut dar als der Schutz des Vertrauensverhältnisses zwischen Mandanten und Berufsheimnisträgern. Die wirtschafts-, rechts- und steuerberatenden Berufe bilden ihrerseits einen wichtigen Faktor für die Aufrechterhaltung des rechtsstaatlichen Gemeinwesens. Diese Bedeutung des Berufsheimnisses erkennt offensichtlich auch der Gesetzgeber selbst an, wie die Vorschrift des § 203 StGB beweist. Sofern die Person eines Beschuldigten bekannt ist, dürften in der Regel auch genügend andere Ermittlungsansätze bestehen, die eine Überwachung der Telekommunikation des Berufsheimnisträgers entbehrlich machen. Ist der Berufsheimnisträger dagegen selbst verdächtig, in strafrechtlich relevanter Weise mit dem Beschuldigten zusammenzuwirken (etwa in Form der Mittäterschaft, Beihilfe oder Begünstigung), gelten für Ermittlungsmaßnahmen ohnehin andere Kriterien.