

Die verfassungskonforme Auslegung des § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO

Von RiOLG Prof. Dr. **Matthias Jahn**, Erlangen-Nürnberg

I. Einleitung

§ 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO ordnet ein Beschlagnahmeverbot „für andere Gegenstände“ an, auf die sich das Zeugnisverweigerungsrecht der in § 53 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 bis 3b StPO Genannten erstreckt. Die Norm setzt damit den personalen Schutz des Zeugnisverweigerungsrechts in den gegenständlichen Bereich fort. Es ist schwer zu übersehen, dass der Gesetzgeber damit eine Umgehung des prinzipiell wehrhaft konstruierten Rechts zur Verweigerung des Zeugnisses verhindern wollte. Mit großer Klarheit hat dementsprechend der *1. Strafsenat* des BGH schon vor zwei Jahrzehnten gesehen, dass § 97 StPO im Ganzen dem Zweck dient, die Aushöhlung der Rechtsposition der in §§ 52, 53 StPO genannten Personen zu verhindern „sonst läge das Bestreben nahe, deren Wissen – das von ihnen als Zeugen nicht zu erlangen ist – aus ihren Unterlagen zu erforschen“¹.

Bei diesem unbestrittenen Befund ist es bemerkenswert, dass sich eine Auslegung des § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO mit großer Hartnäckigkeit das Prädikat herrschende Auffassung erworben hat, die diesen Schutz in den von § 53 StPO erfassten Fällen der Berufsgeheimnisträger untergräbt. Dem will der vorliegende Beitrag entgegenreten. Zwei aktuelle Sachverhalte aus der Praxis mögen das Problem veranschaulichen:

1. Zwei Fallkonstellationen

Fall 1: Gegen die Beschuldigten wurde ein Ermittlungsverfahren u.a. wegen des Verdachts der Untreue betrieben. Sie sollen als Mitglieder des Vorstands der HSH Nordbank in den Jahren 2007/2008 einem finanziellen Engagement unter Eingehung unvertretbarer finanzieller Risiken zugestimmt haben.² Zur näheren Aufklärung der Vorgänge um das Projekt „Omega 55“ hatte der Aufsichtsrat der HSH die Anwaltssozietät F mit einer internen Untersuchung („Internal Investigation“) zur Frage möglicher Pflichtverletzungen durch Mitglieder des Vorstandes der HSH beauftragt. Im Rahmen dieses Mandats führten Anwälte von F unter Zusage der Vertraulichkeit Gespräche mit derzeitigen und früheren Mitarbeitern der HSH, darunter auch den Beschuldigten, oder nahmen von diesen schriftliche Stellungnahmen entgegen. Als Ergebnis der internen Untersuchung erstellte die Sozietät F ein Rechtsgutachten, das auch der Staatsanwaltschaft bei dem LG Hamburg (StA) zugeleitet wurde. Die StA forderte im Rahmen des Ermittlungsverfahrens die Sozietät F nunmehr auf, u.a. die Protokolle der geführten Interviews sowie in diesem Zusammenhang entstandene vorbereitende Unterlagen herauszugeben. Nachdem F dies abgelehnt hatte, beantragte die StA bei dem AG Hamburg die Durchsuchung der Geschäfts-, Büro- und sonstigen Betriebsräume der F zu dem

Zweck, sämtliche Unterlagen aufzufinden und sicherzustellen, die der Sozietät von Arbeitnehmern und ehemaligen Arbeitnehmern der HSH für die Erstellung des Rechtsgutachtens zur Verfügung gestellt worden waren, darunter Dateien, Vernehmungsprotokolle und weitere in diesem Zusammenhang erstellte Aufzeichnungen. Ein entsprechender Beschluss erging. Die F übergab daraufhin der StA Hamburg die von ihr zusammengestellten Beweismittel in einem versiegelten Behältnis. Nach einem prozessualen Zwischenspiel begann die StA Hamburg mit der Auswertung der übergebenen Unterlagen.

Die hiergegen zum LG Hamburg³ erhobene Beschwerde hatte in der Sache keinen Erfolg. Die Kammer meinte, es ergebe sich kein Beschlagnahmeverbot aus den §§ 97 Abs. 1 Nr. 3, 53 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StPO. Entgegen dem umfassenden Wortlaut sei § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO einschränkend auszulegen, so dass das Beschlagnahmeverbot das Zeugnisverweigerungsrecht des Rechtsanwalts im Sinne einer ebenso umfassenden Freistellung von der Beschlagnahme nicht vollständig spiegle. Vielmehr sei allein das Vertrauensverhältnis des Beschuldigten im Strafverfahren zu einem von ihm in Anspruch genommenen Zeugnisverweigerungsberechtigten geschützt. Der Beschluss wurde in der *Wirtschaftspresse*⁴ umgehend als ein Schlag ins Kontor der Aufklärungsbemühungen von Straftaten in Unternehmen kommentiert. Wer sich gegenüber Anwälten seines Arbeitgebers zur Aufklärung von Korruptionsvorwürfen und anderen Straftaten offenbart, müsse von nun an damit rechnen, dass die Protokolle hinterher bei der staatlichen Anklagebehörde landeten.

Fall 2: Ein Rechtsanwalt wird während laufender Hauptverhandlung durch Gerichtsbeschluss aufgefordert, Schriftverkehr und weitere Unterlagen zum Zwecke der Beweiserhebung über den Tatvorwurf auszuhändigen. Sie waren ihm von seiner Mandantin, zugleich Adhäsionsklägerin im gegenständlichen Strafverfahren, vorprozessual übergeben worden.

2. Zwei Widmungen

Ob und auf welcher Rechtsgrundlage der Prozessbevollmächtigte in *Fall 2* als Berufsgeheimnisträger zur Verweigerung der Herausgabe berechtigt oder sogar verpflichtet sein könnte, ist Gegenstand eines Beitrages unter dem Titel „Die Grenzen der Editionsspflicht des § 95 StPO“⁵ zu der gerade erschienenen *Festschrift II für Claus Roxin* zu seinem 80. Geburtstag am 15. Mai 2011.⁶ Freilich konnte der dort erschienene Text den *Ausgangsfall 2* nicht erschöpfend behandeln.

¹ BGHSt 38, 144 (145); *Nack*, in: Hannich (Hrsg.), *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, 6. Aufl. 2008, § 97 Rn. 1.

² Die damit berührten materiell-wirtschaftsstrafrechtlichen Fragen aus dem Kontext der Finanzmarktkrise müssen hier auf sich beruhen, s. dazu *Jahn*, *JZ* 2011, 340 (343).

³ *LG Hamburg StV* 2011, 148 (149) m. abl. Anm. v. *Galen*, *NJW* 2011, 945 und abl. Anm. *Jahn/Kirsch*, *StV* 2011, 151.

⁴ Etwa *J. Jahn*, *FAZ* v. 15.3.2011, S. 20.

⁵ Zur Entstehungsgeschichte des Textes näher *Jahn*, in: *M. Heinrich/C. Jäger u.a. (Hrsg.), Strafrecht als Scientia Universalis, Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011*, Bd. 2, S. 1357.

⁶ S. Fn. 5.

Die Herausgeber wollten es aus leicht nachvollziehbaren Gründen bei einer zweibändigen Festschrift belassen und unterwarfen deshalb alle Autoren dem unbeugsamen, aber besonders demokratischen Regime einer strikten Seitenbegrenzung. Der hier vorgelegte Beitrag gibt also willkommene Gelegenheit, die in der FS II-Roxin noch offengelassene Frage, ob die dem Rechtsanwalt von der Adhäsionsklägerin im *Fall 2* überlassenen Unterlagen „andere Gegenstände“ im Sinne des § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO sind, abschließend zu erörtern. Zugleich kann ich diesen Text erneut *Claus Roxin* herzlich zueignen.

Darüber hinaus sollen im Folgenden Gedanken aus einer Anmerkung⁷ zu der Entscheidung, die dem *Ausgangsfall 1* zugrunde liegt, vertieft und sowohl in historisch-systematischer als auch verfassungsrechtlicher Hinsicht weiter abgesichert werden. Beides sind Markenzeichen nicht weniger Beiträge in der Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik der letzten fünf Jahre.

II. Die verfassungskonforme Auslegung des § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO

1. Die Kontroverse um die Auslegung des Beschlagnahmeverbots in § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO

Mit beiden Ausgangsfällen befinden wir uns inmitten einer grundsätzlichen Auslegungskontroverse zur zentralen Vorschrift über die Beschlagnahmeverbote. Mit § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO hat der Gesetzgeber jedenfalls in sachlicher Hinsicht unstreitig einen Auffangtatbestand geschaffen, der alle „anderen“ Gegenstände erfassen soll.⁸ Umstritten ist jedoch, ob sich dieser sachliche Schutz nur, wie ein etwas eindimensionales systematisches Verständnis der Vorschrift des § 97 Abs. 1 StPO nach Lesart des LG Hamburg⁹ ergeben mag, nur auf das Vertrauensverhältnis zum „Beschuldigten“ (Nrn. 1, 2) bezieht oder ob auch das Vertrauensverhältnis zwischen dem Berufsheimnisträger und einem Zeugen erfasst ist, wie dies der Wortlaut der Nr. 3 nahe legt, der das Merkmal des „Beschuldigten“ gerade nicht mehr aufgreift. Zur Klärung dieser seit 1953 schwellenden Streitfrage sind zunächst die gängigen Auslegungsmethoden heranzuziehen. Sodann wird unter Rückgriff auf die Gesetzgebungsmaterialien darzustellen sein, dass deren noch nicht ganz eindeutiges Ergebnis durch eine verfassungskonforme Auslegung der Vorschrift des § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO abgesichert werden kann.

⁷ *Jahn/Kirsch*, StV 2011, 151 (153-155).

⁸ Sachlich geschützt sind daher nicht nur „schriftliche Mitteilungen“ (§ 97 Abs. 1 Nr. 1 StPO) und jegliche „Aufzeichnungen“ (§ 97 Abs. 1 Nr. 2 StPO) des Berufsheimnisträgers, sondern, wie § 97 Abs. 5 S. 1 StPO erkennen lässt, u.a. auch Datenträger (§ 11 Abs. 3 StGB). Näher zum Schutzzumfang *Schäfer*, in: Rieß (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 2, 25. Aufl. 2004, § 97 Rn. 30a; *Korge*, Die Beschlagnahme elektronisch gespeicherter Daten bei privaten Trägern von Berufsheimnissen, 2009, S. 104; *Jahn/Kirsch*, StV 2011, 151 (153 Fn. 13).

⁹ LG Hamburg StV 2011, 148 (149); siehe oben I. 1.

a) *Ein argumentatives Patt: Der Meinungsstand zum Schutz des nichtbeschuldigten Dritten durch § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO*

Nach einer im Schrifttum weit verbreiteten¹⁰ Auslegung des einfachen Rechts ist § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO auch auf das Verhältnis zwischen dem Nichtbeschuldigten und dem zeugnisverweigerungsberechtigten Berufsheimnisträger zu erstrecken. Diese Auslegung kann aber nicht als vorherrschend bezeichnet werden. Überwiegend wird in der Instanzgerichtsbarkeit¹¹ und in einem großen Teil der Stellungnahmen aus der Wissenschaft¹² die Auffassung vertreten, das Beschlagnahmeverbot des § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO erfasse lediglich solche Gegenstände, die aus dem Verhältnis zwischen dem Beschuldigten und denjenigen Personen stammen, die nach den §§ 52 ff. StPO zur Verweigerung des Zeugnisses berechtigt sind. Beachtung verdient in dieser Pattsituation, dass der

¹⁰ *Beulke*, in: Prittwitz u.a. (Hrsg.), Festschrift für Klaus Lüderssen, 2002, S. 693 (S. 706); *Krekeler*, NStZ 1987, 199 (201); *Bauwens*, wistra 1985, 179 (180); *Amelung*, DNotZ 1984, 195 (207); *H. H. Rupp*, Gutachten für den 46. DJT Essen, 1966, S. 165 (S. 179 f.); *Kohlhaas*, JR 1965, 109 (110); *Maaßen*, MDR 1952, 377 (378); *Lenckner*, in: Göppinger (Hrsg.), Arzt und Recht, 1966, S. 159 (S. 196); *Park*, Durchsuchung und Beschlagnahme, 2. Aufl. 2009, Rn. 560; *Bär*, Der Zugriff auf Computerdaten im Strafverfahren, 1992, S. 416 f.; *Muschallik*, Die Befreiung von der ärztlichen Schweigepflicht und vom Zeugnisverweigerungsrecht im Strafprozeß, 1984, S. 141; *Böing*, Das Beschlagnahmeprivileg der steuerberatenden Berufe gem. § 97 StPO unter besonderer Berücksichtigung der Bedingungen der modernen Informationsverarbeitung, 1993, S. 43 f.; *Lemcke*, Die Sicherstellung gem. § 94 StPO und deren Förderung durch Inpflichtnahme Dritter als Mittel des Zugriffs auf elektronisch gespeicherte Daten, 1995, S. 265.

¹¹ LG Bielefeld StV 2000, 12 (13) m. abl. Anm. *Samson*, StV 2000, 55; LG Koblenz MDR 1983, 779; LG Hildesheim NStZ 1982, 394 (395); OLG Celle NJW 1965, 362 f. Auf einfach-rechtlicher Ebene ebenso LG Hamburg NJW 1990, 780, allerdings mit dem Vorschlag eines verfassungsunmittelbaren Beschlagnahmeverbots (anders jetzt aber – ohne den vorgenannten Beschluss auch nur zu erwähnen – LG Hamburg StV 2011, 148); dagegen jedoch LG Fulda NJW 1990, 2946 (2947).

¹² *Goeckenjan*, in: Joecks/Ostendorf/Rönnau/Rotsch/Schmitz (Hrsg.), Recht – Wirtschaft – Strafe, Festschrift für Erich Samson, 2010, S. 641 (S. 654); *Welp*, in: Schulz/Vormbaum (Hrsg.), Festschrift für Günter Bemann zum 70. Geburtstag am 15. Dezember 1997, 1997, S. 626 (S. 648); *G. Schäfer*, in: Ebert u.a. (Hrsg.), Festschrift für Ernst-Walter Hanack zum 70. Geburtstag am 30. August 1999, 1999, S. 77 (S. 93); *Chr. Schröder/Gocke*, wistra 2010, 466 (468); *Samson*, StV 2000, 55 (56); *Moosburger*, wistra 1989, 252 (253); *Nack* (Fn. 1), § 97 Rn. 1; *Meyer-Gößner*, Strafprozessordnung, Kommentar, 53. Aufl. 2010, § 97 Rn. 10; *Tschacksch*, Die strafprozessuale Editionsspflicht, 1988, S. 155; *Schmitt*, Die Berücksichtigung der Zeugnisverweigerungsrechte nach §§ 52, 53 StPO bei den auf Beweisgewinnung gerichteten Zwangsmaßnahmen, 1993, S. 116 f.

BGH in zwei Entscheidungen die Frage, ob § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO auch auf Nichtbeschuldigte anwendbar ist, ausdrücklich offen gelassen hat.

Während die in BGHSt 43, 300 abgedruckte Entscheidung des 4. Strafsenats¹³ die hier nicht interessierende Sonderkonstellation des Beschlagnahmeverbots gegenüber dem früheren Mitbeschuldigten betrifft, findet der 3. Senat im Urteil vom 23.7.1997¹⁴ den richtigen Zugang zum zu erörternden Problem. Allerdings fehlt es an einer dogmatisch überzeugenden Verortung. In dem zugrunde liegenden Fall war die Beiziehung der Krankenunterlagen einer Zeugin vom Angeklagten beantragt worden. Der Senat meint aber, diese Unterlagen hätten schon deshalb nicht verwertet werden dürfen, weil dies gegen den Willen des Geschädigten und des Arztes einen unverhältnismäßigen Eingriff in einen besonders sensiblen Bereich der Privatsphäre darstelle. Unbefriedigend ist daran, dass das Urteil das Rechtsproblem nur vom Ergebnis – also der Frage des Verwertungsverbots – her angeht. Es muss aber gefragt werden, ob nicht schon ein Erhebungsverbot besteht.

b) Eigene Stellungnahme zur einfachrechtliche Auslegung des § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO

aa) Der ambivalente Wortlaut

In persönlicher Hinsicht spricht im Wege des Umkehrschlusses einiges dafür, dass der Gesetzgeber mit § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO auch den Schutz sonstiger Vertrauensverhältnisse herbeigeführt hat, weil der „Beschuldigte“, anders als in den beiden vorangegangenen Ziffern, keine Erwähnung mehr findet. Dies wird auch von der Gegenauffassung ausdrücklich eingeräumt.¹⁵ Dagegen lässt sich aber immerhin einwenden, dass diese Auslegung zumindest nicht zwingend ist. Der gesamte Absatz 1 des § 97 StPO könnte nur das Verhältnis zum Beschuldigten regeln und die Auffangfunktion der Nr. 3 könnte nur sachlich („sonstige Gegenstände“) gemeint sein. Es bedarf also zunächst einer vertieften Analyse der Gesetzgebungsgeschichte.

bb) Zur Entstehungsgeschichte: Der Mythos vom Redaktionsversehen

Vor der Gesetzesänderung im Jahr 1953¹⁶ war in § 97 RStPO wie auch in den Vorläufern der Reichsstraßprozessordnung – etwa Art. 134 Abs. 2 WürttStPO – allein die Vertrauenssphäre zwischen dem Beschuldigten und dem Zeugnisverweigerungsberechtigten geschützt. Die Erwartung, dass die Legislative den eindeutigen Willen hätte bekunden müssen, nunmehr von dieser Tradition abweichen zu wollen, liegt nicht fern. Doch hatte sich der Gesetzgeber des 3. StrÄG andererseits im Grundsatz nur eine eng begrenzte Aufgabe gestellt.

Dies sollte ausweislich der Einleitung zur Gesetzesbegründung¹⁷ bereits durch den amtlichen Untertitel „Strafrechtsbereinigungsgesetz“ zum Ausdruck kommen. Zudem heißt es in der amtlichen Begründung, der Entwurf lege sich auf dem Gebiet des Strafverfahrensrechts große Zurückhaltung auf und verzichte – so wörtlich – auf „eigentliche“ Reformen.¹⁸ Ungeachtet der für die Gesetzgebungslehre sicherlich interessanten Frage, was man unter einer „uneigentlichen“ Reform zu verstehen haben könnte, ist auch dieses historisch-genetische Argument letztlich ambivalent. Es ist schon nicht ganz außergewöhnlich, dass Regierungsentwürfe bewusst oder unbewusst trotz verbaler Distanzierung weitreichende Reformen herbeiführen. Zudem wird die generelle Zurückhaltung des Entwurfs speziell von der Neuregelung des Zeugnisverweigerungsrechts in den §§ 53, 53a StPO sowie der damit in Zusammenhang stehenden Beschlagnahmebeschränkungen in § 97 StPO durchkreuzt. In der amtlichen Begründung wird insoweit ausdrücklich auf die besondere Bedeutung dieses Reformteils hingewiesen.¹⁹

Führen damit die allgemeinen Reformgrundsätze noch zu keinem eindeutigen Ergebnis, ist eine Untersuchung der Begründung zu Nr. 11 des Entwurfs – § 97 StPO – ergiebiger. Dort heißt es wörtlich:

„Der Entwurf dehnt in Absatz 1 Nr. 2 die Vorschriften des geltenden Rechts über das Verbot der Beschlagnahme schriftlicher Mitteilungen zwischen dem Beschuldigten und den Personen, die nach § 53 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 zur Verweigerung des Zeugnisses berechtigt sind, auf die Aufzeichnungen aus, die der Geheimnisträger über die ihm vom Beschuldigten anvertrauten Mitteilungen oder über andere Umstände gemacht hat, auf die sich sein Zeugnisverweigerungsrecht erstreckt. Der Begriff ‚Aufzeichnungen‘ soll hier in weitem Sinne verstanden werden und umfaßt z.B. auch Tonbandaufnahmen. Der Vorschlag beruht auf der Überlegung, daß das Recht eines Geheimnisträgers, über sein Wissen das Zeugnis zu verweigern, nicht dadurch umgangen werden darf, daß sein schriftlich niedergelegtes Wissen beschlagnahmt werden darf. Die umstrittene Frage, ob die Handakten des Verteidigers oder Anwalts und die Krankenblätter des Arztes beschlagnahmt werden können, ist damit den praktischen Bedürfnissen entsprechend geregelt. Darüber hinaus besteht jedoch aus den gleichen Gründen das Bedürfnis, auch sonstige Gegenstände (z.B. den vom Arzt aus dem Körper des Beschuldigten entfernten Fremdkörper, dem Anwalt übergebene Dokumente) einschließlich der ärztlichen Untersuchungsbefunde (z.B. Röntgenaufnahmen, Kardiogramme, Blutbilder) zu schützen, soweit sich das Zeugnisverweigerungsrecht auf diese Gegenstände erstreckt (Abs. 1 Nr. 3).“

Zwar könnte man aus dem durch die Gesetzesbegründung hergestellten Zusammenhang zwischen § 97 Abs. 1 Nr. 2 und

¹³ BGHSt 43, 300 (304).

¹⁴ BGH NStZ 1997, 562.

¹⁵ Siehe OLG Celle NJW 1963, 406 (408).

¹⁶ Durch Art. 4 Nr. 12 des 3. StrÄG vom 4.8.1953 (BGBl. I, S. 735); umfassend zur Gesetzgebungsgeschichte Schmitt (Fn. 12), S. 25 ff., knapp auch schon Jahn/Kirsch, StV 2011, 151 (153 f.).

¹⁷ BT-Drs. I/3713, Anl. 1, S. 17 li. Sp.

¹⁸ BT-Drs. I/3713, Anl. 1, S. 19 re. Sp.

¹⁹ BT-Drs. I/3713, Anl. 1, S. 19 f. Andererseits geht Dallinger, JZ 1953, 432 (437), seinerzeit (auch gerade für das 3. StrÄG verantwortlicher?) Ministerialrat im BMJ, ohne weitere Begründung offenbar davon aus, dass das Beschlagnahmeverbot nur im Verhältnis zum Beschuldigten gelte.

Nr. 3 StPO herauszulesen versuchen, dass es dem Gesetzgeber in erster Linie um die Erweiterung des sachlichen Anwendungsbereichs der Vorschrift zu tun war, soweit er auf die „gleichen wie oben angeführten“ Gründe rekurriert. Auch das ist aber nicht zwingend. Während er in dem erklärenden Klammerzusatz, der zwei „sonstige Gegenstände“ exemplarisch aufführt, im ersten Beispiel ausdrücklich auf das Verhältnis zwischen dem Arzt und dem Beschuldigten abstellt, ist dies bei dem zweiten Beispiel der „dem Anwalt übergebene[n] Dokumente“ gerade nicht der Fall. Dies hat besondere Bedeutung deshalb, weil in dem Entwurf zwei Seiten vorher mit der vorgeschlagenen (und später auch Gesetz gewordenen) Regelung des § 53a Abs. 1 Nr. 3 StPO der Kreis der Geheimnisträger um Patentanwälte, Notare, Wirtschaftsprüfer und Steuerberater ganz erheblich erweitert werden sollte. Wenn der Gesetzgeber in dem vorstehenden Beispiel aber gerade nicht – was durch den Austausch eines Wortes ein Leichtes gewesen wäre – den „Verteidiger“ im Sinne des unveränderten § 53 Abs. 1 Nr. 2 StPO erwähnt, sondern den „Rechtsanwalt“ im Sinne des um andere Personengruppen erheblich erweiterten § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO, kann darin ein Indiz für die gleichfalls intendierte personale Erweiterung des Anwendungsbereichs der Vorschrift gesehen werden. Dies gilt umso mehr, als acht Zeilen vorher ausdrücklich der Begriff „Verteidiger“ verwendet wird. Verstärkend kommt die explizite Zielrichtung der Reform hinzu, das Recht „eines Geheimnisträgers, über sein Wissen das Zeugnis zu verweigern“, nicht länger durch die Beschlagnahmenvorschriften hintergebar machen zu wollen. Diese Zielbestimmung spricht dafür, dass der Gesetzgeber den durch § 97 Abs. 1 StPO vermittelten Schutz auch in personaler Hinsicht der (erweiterten Neu-)Regelung des § 53 StPO angleichen wollte. Es handelt sich damit, wie *Müller-Dietz*²⁰ bündig formuliert, bei § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO um „eine Art Auffangtatbestand, der den Schutz vor der Beschlagnahme abrunden, vervollständigen soll“. Das Zeugnisverweigerungsrecht sollte so nicht länger dadurch illusorisch gemacht werden, dass Gegenstände der Beschlagnahme unterliegen, aus deren Inhalt sich gerade das ergibt, was der zur Verweigerung des Zeugnisses Berechtigte dem Gericht verschweigen möchte.²¹

Selbst wenn man der subjektiv-historischen Methode der Gesetzesauslegung²² – wofür sehr gute Gründe sprechen – mit großer Reserve gegenüber steht, vermag das am Ergebnis nichts zu ändern. Im Gegenteil: Entscheidend ist für die objektive Auslegungsmethode nicht, was der Gesetzgeber will, sondern was er tut. Den Ausschlag gibt hier also nicht der

²⁰ *Müller-Dietz*, Die Beschlagnahme von Krankenblättern im Strafverfahren, 1965, S. 27.

²¹ Siehe BVerfGE 32, 373 (385) unter ausdrücklichem Hinweis auf BT-Drs. I/3713, Anl. 1, S. 49 sowie gleichsinnig schon LG Kiel SchlHA 1955, 368 (369) m. zust. Anm. *Mayer*, SchlHA 1955, 348 (349) und *Eb. Schmidt*, Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Nachtr. I, 1967, § 97 Rn. 2.

²² *Grundlegend Rüthers/Fischer*, Rechtstheorie, 5. Aufl. 2010, Rn. 796 ff.; *Depenheuer*, Der Wortlaut als Grenze, 1988, S. 55 ff.

subjektive Wille des historischen Gesetzgebers, sondern sein in der tatsächlichen Fassung der Norm zum Ausdruck gekommener Wille.²³ Dann muss sich der Gesetzgeber aber erst recht daran festhalten lassen, dass er im Wortlaut des § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO auf den Begriff des „Beschuldigten“ verzichtet und damit den Anwendungsbereich der Norm mit der Vorschrift des § 53 Abs. 1 StPO parallelisiert hat. Es ist bereits unverständlich, wie bei dieser besonders komplexen Entstehungsgeschichte selbst von Gerichten, die sich mit den Gesetzesmaterialien (wenn auch nur durch kursorische Bezugnahme) auseinandersetzen, die Auffangfunktion des § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO ohne weitere Problematisierung allein auf die Art der privilegierten Unterlagen bezogen wird.²⁴ Wissenschaftlichen Erkenntnisstandards genügt es angesichts der diffizilen Materialienlage jedenfalls nicht, die Nichterwähnung des Begriffes „Beschuldigter“ als schlichtes Redaktionsversehen einzuordnen.

cc) Systematische und teleologische Gesichtspunkte

Wie sich damit gezeigt hat, wurde das Beschlagnahmeverbot in § 97 Abs. 1 StPO im Ganzen als akzessorischer Umgehungsschutz für das Zeugnisverweigerungsrecht nach den §§ 52 bis 53a StPO konstruiert. § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO vermittelt jedoch – wie die gesamte Vorschrift – unterschiedslos Schutz für Informationen, die von Beschuldigten und Nichtbeschuldigten stammen. Dies sollte, wie insbesondere *Amelung*²⁵ in einer gründlichen Abhandlung zum Beschlagnahmeschutz des Notars herausgearbeitet hat, eine mit § 53 Abs. 1 StPO parallelisierte, wortlautgetreue Auslegung des § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO nach sich ziehen.

Dass der Gedanke einer solchen Parallelisierung dem Gesetz nicht fremd ist, belegt bereits Art. 47 S. 2 GG. Soweit das Zeugnisverweigerungsrecht reicht, ist die Beschlagnahme von Schriftstücken nach Art. 47 S. 2 GG unzulässig. Zweck des Beschlagnahmeverbotes ist es also, das Zeugnisverweigerungsrecht des Art. 47 S. 1 abzusichern: Der unzulässige Zeugenbeweis soll nicht durch einen zulässigen Urkundenbeweis umgangen werden können.²⁶ Man kann diese Vorschrift dann als Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens lesen. Auch die Konkordanz zwischen dem materiellen Recht und dem Prozessrecht streitet für diese parallelisieren-

²³ Vgl. BVerfGE 1, 299 (312); 11, 126 (130); *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 153 ff.; *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl. 1991, S. 434 ff. sowie für das Strafprozessrecht z.B. *Jahn*, ZStW 118 (2006), 427 (453).

²⁴ So aber LG Bielefeld StV 2000, 12 (13) m. abl. Anm. *Samson*, StV 2000, 55 und OLG Celle NJW 1965, 362 (363). Berechtigte Kritik an der zweitgenannten Entscheidung auch im DJT-Gutachten von *H. H. Rupp* (Fn. 10), S. 165 (S. 180): „Das Gericht verbaut sich mit der unrichtig gestellten Frage, ob die staatliche Aufgabe der Strafverfolgung gegenüber dem Schutz der Intimsphäre des einzelnen stets ein überwiegendes Interesse darstellt, selbst den Lösungsansatz.“

²⁵ *Amelung*, DNotZ 1984, 195 (198 ff., 206 f.).

²⁶ *Klein*, in: *Maunz/Dürig*, Grundgesetz, Kommentar, 61. Lfg., Stand: Januar 2011, Art. 47 Rn. 27.

de Auslegung. Es führte anderenfalls zu der merkwürdigen Schiefelage, dass der Rechtsanwalt zwar verpflichtet ist, die Geheimnisse aller Mandanten zu wahren (§ 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB), aber Gegenstände, die aus der Vertrauensbeziehung herrühren, von dem (Herausgabe- und) Beschlagnahmeverbot des § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO nur dann erfasst sein sollen, wenn der betroffene Mandant auch Beschuldigter eines Strafverfahrens ist.²⁷

Gegen das damit favorisierte einfach-rechtliche Auslegungsergebnis wird zuletzt noch eingewandt, dieses führe zu Wertungswidersprüchen mit den beiden anderen Ziffern des § 97 Abs. 1 StPO. Es sei paradox, im Verhältnis des Berufsgeheimnisträgers zum Beschuldigten sämtliche Unterlagen beschlagnahmefrei zu stellen, während beim nichtbeschuldigten Dritten gem. § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO nur die „sonstigen Gegenstände“ nicht beschlagnahmt werden dürften. Dies bedeute, dass gerade schriftliche Mitteilungen des Nichtbeschuldigten und Aufzeichnungen des Berufsgeheimnisträgers über von ihm anvertraute Mitteilungen der Beschlagnahme unterlägen. Dadurch würden die Nrn. 1 und 2 letztlich überflüssig.²⁸ Dieses Gegenargument erschöpft aber bereits den Regelungsgehalt des § 97 Abs. 1 StPO nicht. Nur in § 97 Abs. 1 Nr. 1 StPO erstreckt sich der Beschlagnahmeschutz auch auf das Zeugnisverweigerungsrecht aus § 52 StPO, während die Nrn. 2 und 3 den Schutz vor Beschlagnahme auf die beruflichen Schweigerechte nach § 53 StPO beschränken.²⁹

c) Zur verfassungskonformen Auslegung des Beschlagnahmeverbotes in § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO

Verbleibende Zweifel auf Ebene der Auslegung des einfachen Rechts können nach dem nun zu entwickelnden Ansatz dadurch ausgeräumt werden, dass die Vorschrift innerhalb ihrer Wortlautgrenze verfassungskonform dahingehend ausgelegt wird, dass sie das Berufsgeheimnisträger-Beschuligten-Verhältnis nicht zwingend voraussetzt.³⁰

²⁷ Insoweit zutr. LG Koblenz MDR 1983, 779; LG Hildesheim NStZ 1982, 394 (395) und OLG Celle NJW 1965, 362 (363). Im Schrifttum ebenso *Gülzow*, NJW 1981, 265 (266); *Krekeler*, NStZ 1987, 199 (201) und *Jahn/Kirsch*, StV 2011, 151 (153).

²⁸ So *Schäfer* (Fn. 8), § 97 Rn. 21; *Moosburger*, wistra 1989, 252 (253); *Spangenberg*, Umfang und Grenzen der Beschlagnahmeverbote gem. § 97 StPO in der steuerlichen Beratungspraxis, 1992, S. 107 f.

²⁹ So auch *Amelung*, in: Wassermann (Hrsg.), Alternativkommentare, Kommentar zur Strafprozeßordnung, Bd. 2, 1992, § 97 Rn. 15 sowie bereits *Jahn/Kirsch*, StV 2011, 151 (153 f.).

³⁰ Siehe dazu schon die Skizze bei *Jahn/Kirsch*, StV 2011, 151 (154).

aa) Rechtsmethodische Vorfragen

Ausdruck des seit dem Spiegel-Urteil für die Durchführung strafprozessualer Zwangsmaßnahmen anerkannten³¹ Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ist es, dass über den Wortlaut der Regelung in § 97 Abs. 1 StPO hinaus jede Beschlagnahme geeignet, erforderlich und angemessen sein muss. Auf Ebene der Angemessenheit hat dabei eine umfassende Abwägung der widerstreitenden Interessen zu erfolgen. Diese kann auch dazu führen, dass verfassungsunmittelbare Beschlagnahmeverbote dort anzuerkennen sind, wo wegen der Eigenart des Beweisthemas in grundrechtlich geschützte Bereiche unverhältnismäßig eingegriffen würde.³² Somit lässt sich eine verfassungskonforme Auslegung dann begründen, wenn eine jedenfalls vertretbare Auslegung des § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO eine Einschränkung des Beschlagnahmeverbotes gestatten würde, die, an den Maßstäben des Grundgesetzes gemessen, verfassungsmäßig wäre.³³ Im Bereich des § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO stellen sich hier jedenfalls rechtsmethodisch keine Probleme, denn die verfassungskonforme fällt mit einer wortlautgetreuen Auslegung zusammen. Dass insoweit überhaupt auf das Instrumentarium dieser auch im Strafprozessrecht etablierten Methode³⁴ zurückgegriffen werden muss, ist allein durch das hartnäckig verfestigte Meinungsbild veranlasst.

Aus diesem methodischen Ansatz erwachsen Konsequenzen für § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO. Zweifelhaft kann im Einzelfall bereits sein, ob eine Normdeutung, die den Nichtbeschuldigten aus dem Schutz des § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO exkludiert, geeignet ist, das Ziel der Wahrheitsermittlung tatsächlich zu fördern. Die Gründe, in welcher Weise gerade die herauszuhebenden Gegenstände zu einem solchen Erkenntnisfortschritt führen könnten, sind bei der Aufforderung zur Herausgabe jedenfalls von Verfassungen wegen ausdrücklich darzulegen. Erforderlich ist die konkrete Maßnahme nur dann, wenn kein anderes, gleich wirksames, aber den Berufsgeheimnisträger nicht oder doch weniger fühlbar einschränkendes Mittel bestünde, das den erstrebten Zweck der Beweissicherung in zumindest gleich wirksamer Weise erfüllt. Damit ist zunächst der Versuch zu unternehmen, die Gegenstände auf direktem Wege – im *Ausgangsfall 2* also von der Mandantin des Anwalts – zu erlangen. Ansonsten liegt ein Fall der Umgehung eines rechtsförmlich geregelten Verfahrens vor. Jedenfalls ist eine Beschlagnahmeanordnung aber dort unangemessen, wo sie in die Vertrauenssphäre zwischen Mandant und Rechtsanwalt eingreift, ohne dass hierfür über-

³¹ St. Rspr., vgl. BVerfGE 20, 162 (187); 32, 373 (383 f.); 44, 353 (373); BGHSt 38, 144 (148 f.); BGH NJW 1997, 562.

³² BVerfGE 38, 103 (105); BGHSt 43, 300 (303).

³³ Dies ist in der Rechtsprechung des BVerfG seit dem grundlegenden Beschluss vom 8.3.1972 geklärt. Schon in dieser in BVerfGE 32, 373 (384 ff.) veröffentlichten Entscheidung hat der 2. Senat § 97 Abs. 2 S. 1 StPO für das Arzt-Patienten-Verhältnis im Hinblick auf die Möglichkeit der Beschlagnahme ärztlicher Karteikarten verfassungskonform ausgelegt.

³⁴ S. *Lüderssen/Jahn*, in: Erb u.a. (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, 26. Aufl. 2006, Bd. 1, Einl. M Rn. 37 m.w.N.

wiegende verfassungsrechtliche Gründe streiten. Dafür kommen drei Ansatzpunkte in Betracht:

bb) Berufsausübungsfreiheit des Rechtsanwalts

Art. 12 Abs. 1 GG schützt die Vertrauenssphäre zwischen Rechtsanwalt und Klient. Das Zeugnisverweigerungsrecht des § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO gewinnt durch jene Vorschrift also „verfassungsrechtlichen Boden“³⁵. Soweit dessen sachlicher Schutz durch § 97 Abs. 1 StPO in den gegenständlichen Bereich erstreckt wird, ist Art. 12 Abs. 1 GG ebenfalls betroffen.³⁶ Ein relevanter Eingriff in diesen Schutzbereich durch die Möglichkeit der Herausgabeaufforderung und Beschlagnahme von Gegenständen, die der Berufsgeheimnisträger in Zusammenhang mit der Mandatierung durch einen Nichtbeschuldigten in Gewahrsam hat, setzt allerdings voraus, dass der Hoheitsakt objektiv berufsregelnde Tendenz hat. Das liegt für die tatbestandliche Situation des § 97 Abs. 1 StPO sicher nicht auf der Hand. Dafür spricht aber, dass die Beschlagnahme- und Herausgabevorschriften des Strafprozessrechts die Grenzen des Vertrauensschutzes im Verhältnis zwischen (nichtbeschuldigtem) Mandanten und Anwalt festlegen.³⁷

Allerdings hat die nachfolgende Senatsentscheidung BVerfGE 113, 29 (48 f.) jedenfalls gerichtliche Entscheidungen über die Beschlagnahme des elektronischen Datenbestands einer Rechtsanwaltskanzlei allein am Auffanggrundrecht des Art. 2 Abs. 1 GG gemessen, obwohl der *Senat* in einer in diesem Verfahren ergangenen einstweiligen Anordnung³⁸ noch einen Grundrechtsschutz nach Art. 12 Abs. 1 GG erwogen hatte. Nunmehr will der *Senat* den strafprozessualen Eingriffsnormen des VIII. Abschnitts des Ersten Buchs, „welche unterschiedslos sämtliche Beschuldigte strafrechtlicher Vorwürfe betreffen“, keine berufsregelnde Tendenz mehr beimessen. Dem Zusammenhang dieses Satzes kann aber kaum entnommen werden, dass nur der nur subsidiäre Schutz des Art. 2 Abs. 1 GG auch dann greifen soll, wenn es gerade nicht um den Beschuldigten, sondern um den Schutz des Verletzten und seines Prozessbevollmächtigten geht. Der *Senat* will ersichtlich nur verhindern, dass jeder berufstätige Beschuldigte, nachdem strafprozessuale Zwangsmaßnahmen gegen ihn ergriffen wurden, auch zusätzlich unter Berufung auf seine Berufsfreiheit Verfassungsbeschwerde einlegen kann. Letztlich mag diese Frage sogar auf sich beruhen. Der

³⁵ Rengier, Das Zeugnisverweigerungsrecht im geltenden und künftigen Strafverfahrensrecht, 1979, S. 14.

³⁶ So auch OLG Koblenz NStZ 1985, 426 (427).

³⁷ So auch BVerfG (Vorprüfungsausschuß) wistra 1990, 97 für den Eingriff durch Beschlagnahme in Bezug auf solche Tätigkeiten des Rechtsanwalts, die – wie im *Fall 2* die Vertretung des Adhäsionsklägers – notwendig zum Anwaltsberuf gehören, ebenso Krämer, BB 1972, 1225 (1226 f.); Weinmann, in: Hanack/Rieß/Wendisch (Hrsg.), Festschrift für Hanns Dünnebier zum 75. Geburtstag am 12. Juni 1982, 1982, S. 199 (S. 209 f.) und Erhart, Die Beschlagnahme von Buchhaltungsunterlagen des Beschuldigten bei dem steuerlichen Berater, 1994, S. 179.

³⁸ BVerfGE 105, 365 (371).

Senat stellt nämlich (obgleich mit einer dogmatisch sehr unklaren Konstruktion) fest, dass trotz des Nichteingreifens von Art. 12 Abs. 1 GG „die Besonderheiten der beruflichen Tätigkeit der Beschwerdeführer als Rechtsanwälte [...] bei der verfassungsrechtlichen Prüfung der angegriffenen Maßnahmen zu berücksichtigen [sind]“. Danach müssen die Fachgerichte im Rahmen der Anwendung strafprozessualer Eingriffsermächtigungen auch das Ausmaß der – wenn auch nur mittelbaren – Beeinträchtigung der beruflichen Tätigkeit berücksichtigen.

Folgt man dem, sind in Anlehnung an die Drei-Stufen-Lehre³⁹ zunächst einmal nur solche Eingriffe gerechtfertigt, die ein verfassungsmäßiges, legitimes Ziel verfolgen und hierzu auch geeignet sind. Das § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO determinierende staatliche Interesse an der Aufklärung von Straftaten und der Durchsetzung des Sanktionenanspruchs kann ohne Weiteres hierzu gezählt werden.⁴⁰ Bereits auf der ersten Stufe der Berufsausübungsregelungen kann es aber schon schwerlich als unbezweifelbar vernünftiges Gemeinwohlinteresse bezeichnet werden, dass durch die vom Wortlaut nicht nahe gelegte Herausnahme des Nichtbeschuldigten aus dem Anwendungsbereich des § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO die Strafverfolgungsbehörden Zugriff auch auf Beweisgegenstände bekommen sollen, die entweder die Rechtssphäre unbeteiligter Dritter oder – wie im *Ausgangsfall 2* – des möglichen Verletzten betreffen. Ohne die Möglichkeit einer bedingungslosen Offenbarung gegenüber den Berufsgeheimnisträgern könnte der Anwalt „häufig nicht die bestmögliche Heilung und Hilfe zuteil werden lassen“⁴¹. Dieser Eingriff in die durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Vertrauenssphäre ist damit regelmäßig, jedenfalls aber für dem *Ausgangsfall 2* entsprechende Sachverhalte unverhältnismäßig, wenn er darauf hinausläuft, dass die Unterlagen nicht nur dem Berufsgeheimnisträger entzogen, „sondern daß diese auch dem präsumtiven Prozeßgegner zivilrechtlicher Auseinandersetzungen zur Verfügung gestellt werden“⁴².

cc) Schutz der Freiheit der Advokatur

Das BVerfG betont neben dieser subjektiv-rechtlichen Ebene in ständiger Rechtsprechung⁴³ die fundamentale Bedeutung der freien Advokatur gegenüber staatlicher Kontrolle. Auch der EGMR⁴⁴ hat wiederholt entschieden, dass die Behinderung von Anwälten den Kernbereich des Konventionssystems berührt und deshalb besonders intensiv auf ihre Rechtmäßigkeit hin überprüft werden muss. Die Unabhängigkeit von staatlicher Ingerenz gerät jedoch in Gefahr, wenn die Straf-

³⁹ BVerfGE 7, 377 (400 ff.); 115, 276 (304 ff.) m. Anm. Horn, JZ 2006, 783 (790).

⁴⁰ St. Rspr., siehe nur BVerfGE 33, 367 (383); 113, 29 (54); LG Fulda NJW 1990, 2646 (2647).

⁴¹ Rengier (Fn. 35), S. 14; i.d.S. auch Schäfer (Fn. 8), § 97 Rn. 12; Krekeler, NStZ 1987, 199 (201); Lemcke (Fn. 10), S. 140 f.

⁴² OLG Koblenz NStZ 1985, 426 (427).

⁴³ BVerfGE 15, 226 (234); 113, 29 (55).

⁴⁴ Siehe etwa EGMR (I. Sektion) NJW 2010, 2109 (2110) – Kolesnichenko v. Russland.

verfolgungsbehörden das Vertrauensverhältnis zwischen Anwalt und Mandant unterminieren, indem Beweisgegenstände aus der Innensphäre der Anwalt-Mandat-Beziehung in das Licht der Gerichtsöffentlichkeit gezerrt werden. In der Internal Investigations-Konstellation des *Ausgangsfall 1* steht zwar der anwaltliche Untersuchungsführer zu dem befragten Mitarbeiter in keinem Mandatsverhältnis, jedoch zum beauftragenden Unternehmen. Es ist aber abstrakt nicht verfassungsrechtlich begründbar, warum dieser Mandatstyp weniger schutzwürdig sein sollte als im *Fall 2* das Innenverhältnis zwischen einem Adhäsionskläger (§§ 403 ff. StPO) und der von ihm mit der Geltendmachung von Ansprüchen beauftragten Kanzlei.⁴⁵

Die Folgewirkung einer einengenden Auslegung des persönlichen Anwendungsbereichs des § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO kann deshalb sein, dass Rechtssuchende auf anwaltlichen Beistand verzichten, weil latent mit der Möglichkeit der Beschlagnahme der aus diesem Verhalten resultierenden Kommunikation und der bei dem Berufsgeheimnisträger verbleibenden Arbeitsergebnisse gerechnet werden muss.⁴⁶ Das ist eingriffsrelevant, denn „die Eingriffsqualität einer staatlichen Maßnahme (kann) nicht davon abhängt, ob sie final oder unbeabsichtigt, unmittelbar oder mittelbar, rechtlich oder tatsächlich, mit oder ohne Befehl und Zwang ein grundrechtlich geschütztes Verhalten oder Rechtsgut verkürzt, sofern die Wirkung einem Verhalten der öffentlichen Gewalt ursächlich zugerechnet werden kann“.⁴⁷ So liegt es auch hier.

In der Anlage zum Rundschreiben der Bundesnotarkammer Nr. 15/1998 vom 22.5.1998 zum Thema Durchsuchungen und Beschlagnahmen im Notariat heißt es deshalb ausdrücklich: „Eine [...] enge Interpretation von § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO findet [...] im Wortlaut des Gesetzes, der keine entsprechende Einschränkung vorsieht, keine Stütze, vielmehr erwähnt § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO im Gegensatz zu Nrn. 1 und 2 den Beschuldigten gerade nicht. Auch die ratio legis spricht gegen eine Eingrenzung der Beschlagnahmefreiheit auf diejenigen Gegenstände, die erst infolge des Vertrauensverhältnisses zwischen dem Notar und dem Beschuldigten entstanden sind [...]“.

Die rechtsberatenden Berufe sind aber auf die Vertraulichkeit der Mandantenbeziehung angewiesen.⁴⁸ Diese objektiv-rechtliche Verstärkung des Grundrechtsschutzes verlangt

daher nach einer besonders strikten Beachtung des Prinzips der Verhältnismäßigkeit im Einzelfall.

dd) Recht auf informationelle Selbstbestimmung

Aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG folgt bekanntlich seit dem Volkszählungsurteil⁴⁹ die grundsätzliche Befugnis des Einzelnen, selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten bestimmen zu dürfen. Strafprozessuale Beschlagnahmeanordnungen greifen auch in diese Rechtsposition ein.⁵⁰ Der Schutz des Einzelnen gegen eine unbegrenzte Weitergabe seiner persönlichen Daten ist dabei in der Vergangenheit von der Rechtsordnung ständig höher bewertet worden. Damit wird also nicht einer allgemeinen strafprozessualen Beschlagnahmefreiheit das Wort geredet. Vielmehr geht es nur um einen (weiteren) Abwägungsposten, der erkennbar in die Verhältnismäßigkeitsprüfung eingestellt werden muss.⁵¹ Das LG Hamburg⁵² hat ausdrücklich festgestellt, dass „diese Rechtsentwicklung [...] von der eingangs dargestellten herrschenden Meinung zum Beschlagnahmeverbot nicht ausreichend beachtet [wird]“. Es zieht daraus die (im konkreten Fall für das Arzt-Patienten-Verhältnis mit Recht auch bejahte) Konsequenz der Anerkennung eines verfassungsunmittelbaren Beschlagnahmeverbots. Dies trifft im praktischen Ergebnis mit der hier noch einmal ausführlicher entwickelten, verfassungskonformen Auslegung des § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO zusammen.

2. Bedeutung des § 160a StPO

Die verfassungskonforme Auslegung des § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO ergibt, dass die Vorschrift mit Rücksicht auf den Schutz der Berufsausübungsfreiheit des Rechtsanwalts, die Freiheit der Advokatur und das Mandantengrundrecht auf Schutz der informationellen Selbstbestimmung auf das Vertrauensverhältnis zwischen Nichtbeschuldigtem und seinem Rechtsanwalt als Berufsgeheimnisträger zu erstrecken ist.

§ 160a StPO ändert – auch in der zum 1.2.2011 in Kraft getretenen Fassung – an diesem Ergebnis nichts. Nach der von mir und *Stefan Kirsch*⁵³ bereits näher begründeten Auf-

⁴⁵ *Jahn/Kirsch*, StV 2011, 151 (154).

⁴⁶ Eindringlich dazu bereits *Lenckner* (Fn. 10), S. 159 (S. 196) und zuletzt *Beulke/Lüdke/Swoboda*, Unternehmen im Fadenkreuz, 2009, S. 115 ff.

⁴⁷ *Papier/Dengler*, BB 1996, 2593 (2597) haben mit diesen Worten schon vor den beiden Leitentscheidungen zum mittelbar-faktischen Staatshandeln BVerfGE 105, 279 (292 ff.) und BVerfGE 105, 252 (264 ff.) auf die Folgeeffekte von strafprozessualen Durchsuchungs- und Beschlagnahmeaktionen (hier: bei Banken) hingewiesen.

⁴⁸ BVerfGE 113, 29 (49 f.); BVerfGK (3. Kammer des 2. Senats) 5, 289 (291); *Lüderssen/Jahn*, in: Erb u.a. (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 4, 26. Aufl. 2007, Vor § 137 Rn. 145 m.w.N.

⁴⁹ BVerfGE 65, 1 (43); 113, 29 (46); für den Strafprozess OLG Karlsruhe NSTZ 1986, 145 (146).

⁵⁰ OLG Koblenz NSTZ 1985, 426 (427); *Schreiber*, Die Beschlagnahme von Unterlagen beim Steuerberater, 1992, S. 44. Ein Fall unzulässiger Prozesstandschaft des Berufsgeheimnisträgers für seinen Mandanten liegt darin nicht. BVerfGE 113, 29 (46 f.) hat zur Frage der Betroffenheit in eigenen Grundrechten (§ 90 Abs. 1 BVerfGG) bereits ausgesprochen, dass die Verfassungsmäßigkeit der Beschlagnahme eines einheitlichen Datenbestandes nicht davon abhängen kann, ob der von der Durchsuchung betroffene Berufsgeheimnisträger oder sein Mandant dagegen vorgehen.

⁵¹ *Jahn/Kirsch*, StV 2011, 151 (154).

⁵² LG Hamburg NJW 1990, 780 (781), in der Entscheidung zum *Ausgangsfall 1* (LG Hamburg StV 2011, 148) jetzt nicht einmal mehr erwähnt.

⁵³ *Jahn/Kirsch*, StV 2011, 151 (155).

fassung geben die Gesetzesmaterialien keinen Anhalt dafür, dass durch die Abschaffung des „Zwei-Klassen-Rechts“ der Regelungsgehalt des § 97 StPO verändert werden sollte. Ganz im Gegenteil bleibt nach § 160a Abs. 5 StPO die Vorschrift in § 97 StPO ausdrücklich „unberührt“.

Der Begründungsweg der jüngst von *v. Galen*⁵⁴ formulierten Gegenauffassung vermag nicht zu überzeugen. Nach ihr fallen auch Rechtsanwälte, die interne Ermittlungen durchführen, seit dem Inkrafttreten des neuen § 160a StPO i.d.F. v. 1.2.2011 unter den absoluten und keiner Abwägung zugänglichen Schutz der Strafprozessordnung gegen Ermittlungsmaßnahmen. Damit sei für eine einschränkende Auslegung des § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO kein Raum mehr. Nach der von *v. Galen* selbst wörtlich zitierten Stelle in der Gesetzesbegründung, die auch wir⁵⁵ in Bezug nehmen, sollte die Regelung in § 97 StPO jedoch ausdrücklich uneingeschränkt beibehalten werden. Es ist nicht überzeugend, aus diesem Bekenntnis (auch) zu § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO in der herrschenden einengenden Auslegung ein Argument für die dem entgegengesetzte Mindermeinung zu § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO gewinnen zu wollen. Das ändert allerdings nichts daran, dass die Zielrichtung der Kritik *v. Galens* und das praktische Ergebnis ihrer Argumentation ganz richtig ist: So, wie sich das LG Hamburg in der Entscheidung zu *Ausgangsfall 1* mit der Norm auseinandergesetzt hat, geht es jedenfalls nicht, sei es (wie hier vertreten) aus Gründen des Verfassungsrechts seit 1949/1953 oder (wie nach *v. Galen*) seit dem Jahr 2011. § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO muss daher tatsächlich „auf den Schutz zurückgeführt wird, den der umfassende Wortlaut gewähren würde“⁵⁶. *Mille viae ducunt hominem per saecula Romam.*⁵⁷

III. Résumé

Es sprechen bereits einfach-rechtlich die besseren Gründe dafür, von § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO das Vertrauensverhältnis zwischen dem Berufsgeheimnisträger und dem Nichtbeschuldigten erfasst zu sehen.

Jedenfalls ergibt die verfassungskonforme Auslegung des § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO im Lichte des Grundrechtsschutzes des Art. 12 Abs. 1 GG (Berufsausübungsfreiheit des Anwalts), des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG (Recht auf informationelle Selbstbestimmung des Mandanten) sowie der Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1, 20 Abs. 3 GG (Freiheit der Advokatur), dass der durch das Beschlagnahmeverbot vermittelte Schutz von Verfassungen wegen auf das Vertrauensverhältnis zwischen Nichtbeschuldigtem und Rechtsanwalt zu erstrecken ist.

⁵⁴ *v. Galen*, NJW 2011, 945.

⁵⁵ *Jahn/Kirsch*, StV 2011, 151 (154 Fn. 36), ebenfalls unter Hinweis auf BT-Drs. 16/5846, S. 38.

⁵⁶ *v. Galen*, NJW 2011, 945.

⁵⁷ Tausend Wege führen die Menschen immerfort nach Rom.