

## Durchsuchung in der Rechtsanwaltskanzlei – Verhaltenshinweise

### 1. Grundsätzliches: Verschwiegenheitspflicht

Der Durchsuchungsbeschluss sollte zunächst daraufhin geprüft werden, ob eine Durchsuchung nach

- § 102 StPO - Durchsuchung beim Verdächtigen - oder nach
- § 103 StPO - Durchsuchung bei anderen Personen - erfolgt.

Bei einer Durchsuchung bei Gefahr in Verzug müssen die Durchsuchungsbeamten klarstellen, ob sie aufgrund von § 102 oder § 103 StPO durchsuchen.

Bei einer Durchsuchung nach § 103 StPO ist der Rechtsanwalt zur Verschwiegenheit verpflichtet (§ 43 a II 1 BRAO). Er verletzt diese Pflicht, wenn er eine Handakte ohne Wissen und Zustimmung seines Mandanten **freiwillig** zur Verfügung stellt oder herausgibt. Es besteht auch die Gefahr eines Geheimnisverrats (§ 203 StGB).

Wenn keine Entbindungserklärung des Mandanten vorliegt (zur eigenen Absicherung sollte auf einen schriftlichen Nachweis der Entbindung bestanden werden)

- darf keine Auskunft aus dem Mandatsverhältnis erteilt werden und
- Handakten müssen beschlagnahmt und dürfen **nicht** freiwillig herausgegeben werden.

Die sofortige Unterrichtung und Zuziehung eines Mitglieds des Vorstands der Rechtsanwaltskammer wird empfohlen.

### 2. Neufassung des § 160 a StPO

Am 10.11.2010 wurde das Gesetz zur Stärkung des Schutzes von Vertrauensverhältnissen zu Rechtsanwälten im Strafprozess verabschiedet. Seit 1.2.2011 ist der neue § 160 a StPO in Kraft. Wichtigste Neuregelung des § 160 a StPO ist die Gleichstellung aller Rechtsanwälte mit dem Strafverteidiger. Vor der Neuregelung waren gemäß § 160 a StPO aF nur Geistliche, Abgeordnete und Strafverteidiger vor staatlichen Ausforschungsmaßnahmen geschützt. Die Neufassung von § 160a StPO beseitigt diese Differenzierung. § 160a StPO normiert sowohl ein Beweiserhebungs- als auch ein Beweisverwertungsverbot.

Die rechtliche Privilegierung von Rechtsanwälten tritt jedoch nicht ein, wenn der Rechtsanwalt der Beteiligung an der Straftat, sowie der Begünstigung, Strafvereitelung und Hehlerei (nicht Geldwäsche) verdächtig ist. (Meyer-Goßner, § 160a, Rn. 15)

Gemäß § 160 a V StPO bleibt § 97 StPO unberührt. Das Verhältnis von § 160 a StPO zu § 97 StPO ist ungeklärt. § 97 StPO ist keine Rechtsgrundlage für eine Beschlagnahme, sondern regelt Beschlagnahmeverbote und deren Ausnahmen. Voraussetzung von § 97 StPO ist jedoch eine wirksame Beschlagnahme.

Trotz des grundsätzlichen Vorrangs von § 97 StPO greift nach der Intention des Gesetzgebers bei der Beschlagnahme beschlagnahmefreier Gegenstände § 160 a Abs. 1 S. 2, 5 StPO, da § 97 StPO keine Regelung über die Verwertung trifft (BT-Drucks 16/5846 S. 38). Insoweit normiert § 160 a StPO ein Beweisverwertungsverbot für beschlagnahmefreie Gegenstände.

### 3. Der Rechtsanwalt als Beschuldigter

Ist der Rechtsanwalt selbst Beschuldigter, handelt es sich also um eine Durchsuchung gem. § 102 StPO, so stellen die zur eigenen Verteidigung gemachten Angaben keinen Geheimnisverrat gemäß § 203 StGB dar, berufsrechtlich ist das Verhalten vielmehr

gemäß § 2 Abs. 3 BORA erlaubt. Der Rechtsanwalt hat in diesem Fall aber ein Schweigerecht als Beschuldigter. Von diesem Recht sollte bis zur Rücksprache mit einem Verteidiger Gebrauch gemacht werden, da durch die Durchsuchungsmaßnahmen eine Belastungssituation gegeben ist, in der auch der Rechtskundige die Hilfe eines Kollegen in Anspruch nehmen sollte.

Jede Durchsuchung muss verhältnismäßig und angemessen sein. Bei einer Kanzleidurchsuchung eines Rechtsanwalts sind jedoch nicht nur die Individualinteressen des Mandanten berührt. Der Schutz der Vertrauensbeziehung zwischen Rechtsanwalt und Mandant liegt auch im Interesse der Allgemeinheit an einer wirksamen und geordneten Rechtspflege. (BVerfGE 113, 29, 46ff.) Deswegen ist bei der Durchsuchung einer Rechtsanwaltskanzlei die Frage der Angemessenheit im Rahmen der Prüfung der Verhältnismäßigkeit besonders abzuwägen. Insbesondere sind die Schwere der Tat und die Stärke des Tatverdachts zu berücksichtigen. (vgl. BVerfG StV 2008, 393; BVerfG NJW 2007, 1443)

#### **4. Überprüfung des Durchsuchungsbeschlusses**

Die Anordnung der Durchsuchung sollte auf folgende Punkte hin überprüft werden.

- Ist der Beschluss nicht älter als 6 Monate (BVerfGE 96, 44)?
- Sind im Beschluss Tatverdacht, Tatzeiträume und aufzufindende Gegenstände konkret bezeichnet?
- Bei einer Durchsuchung nach § 103 StPO: Sind die Verdachtsgründe benannt, warum sich die aufzufindenden Gegenstände beim Dritten befinden sollen?

Fehlt es hieran, so ist der Beschluss unwirksam. Der Rechtsanwalt sollte in diesem Fall der Durchsuchungsmaßnahme widersprechen und den Widerspruch protokollieren lassen.

#### **5. Gefahr im Verzug**

Fehlt ein richterlicher Durchsuchungsbeschluss, so ist eine Durchsuchung nur bei Gefahr im Verzug zulässig. Der Begriff der "Gefahr im Verzug" ist eng auszulegen. Es bedarf einer Begründung durch Tatsachen. Das Bundesverfassungsgericht verlangt zur gerichtlichen Nachprüfung eine Darlegung des gesamten Vorgangs in der Ermittlungsakte (vgl. BVerfG, StV 2001, 207). Der Rechtsanwalt sollte deshalb verlangen, dass ihm die konkreten Gründe der Durchsuchung sowie der besonderen Eilbedürftigkeit genannt werden. Werden keine oder aus Sicht des Anwaltes unzureichende Gründe vorgebracht, so sollte einer Durchsuchung aufgrund Gefahr im Verzug widersprochen werden. Die Aufforderung zur Benennung der Begründung sowie die gegebene Antwort sollten im Protokoll festgehalten werden.

#### **6. Ablauf der Durchsuchung**

Der Rechtsanwalt sollte bei der Durchführung der Maßnahme jegliche Eskalation vermeiden. Die Beschlagnahme von Unterlagen kann nicht verhindert werden. Um jedoch die Mitnahme und die unnötige Einsichtnahme in Unterlagen nicht betroffener Dritter zu verhindern und Zufallsfunde zu verhindern, sollte der Rechtsanwalt bei der Suche und beim Sortieren behilflich sein. Dabei ist auf folgendes zu achten:

- Polizeibeamte dürfen als Ermittlungspersonen der Staatsanwaltschaft (§ 152 GVG) ohne die Genehmigung des Rechtsanwaltes Papiere – auch die Handakten des Rechtsanwaltes – nur auf Anordnung des Staatsanwaltes durchsehen (§ 110 StPO). Die Genehmigung durch den Betroffenen sollte nicht erteilt werden. Ist kein Staatsanwalt anwesend oder können die Polizeibeamten keine Anordnung vorweisen, so müssen die Unterlagen von den Polizeibeamten ungelesen versiegelt und zur Staatsanwaltschaft gebracht werden. Im Gegensatz zu den Polizeibeamten dürfen die Beamten der Steuerfahndung auch ohne Genehmigung des Betroffenen (hier des Rechtsanwaltes) Papiere durchsehen (§ 404 S. 2, 1. HS AO).
- Die schriftlichen Mitteilungen zwischen dem Mandanten und dem Rechtsanwalt, seine Aufzeichnungen über die ihm anvertrauten oder sonst bei der Befassung mit dem Fall bekannt gewordenen Tatsachen und alle anderen Gegenstände, auf die sich sein Zeugnisverweigerungsrecht erstreckt, sind gem. § 97 Abs. 1 Nr. 2 und 3 StPO beschlagnahmefrei.
- Die Ausnahme von dieser Beschlagnahmefreiheit ist in § 97 Abs. 2 u. 3 StPO normiert: Danach gilt die Beschränkung der Beschlagnahme nicht, wenn der Rechtsanwalt einer Teilnahme oder einer Begünstigung, Strafvereitelung oder Hehlerei verdächtig ist, oder wenn es sich um Gegenstände handelt, die durch eine Straftat hervorgebracht, zur Begehung einer Straftat bestimmt sind oder die aus einer Straftat herrühren.
- Der Rechtsanwalt sollte bei seiner Ansicht nach beschlagnahmefreien Unterlagen auf die Rechtswidrigkeit der Beschlagnahme hinweisen, der Beschlagnahme unter Bezugnahme auf § 97 Abs. 1 StPO gesondert widersprechen und diesen Widerspruch auch gesondert protokollieren lassen. Die Beschlagnahme als solche läßt sich nicht verhindern, so dass der Rechtsanwalt auch diese Unterlagen herausgeben muß. Er sollte aber versuchen, auch bei Anwesenheit eines Staatsanwaltes, auf eine Versiegelung der Unterlagen zu bestehen (vgl. AG Hanau, NJW 1989, 1493, Nack, in: Karlsruher Kommentar zur StPO, Rz. 15 zu § 97 StPO). Wie oben bereits dargelegt regelt § 97 StPO nicht die Verwertung von beschlagnahmefreien Gegenständen. Hier geht § 160 a Abs. 1 S.2, 5; Abs. 2 S.3; Abs. 3 StPO vor.
- Gem. § 95 Abs. 2 S. 2 StPO dürfen gegen einen Rechtsanwalt als Person, die zur Zeugnisverweigerung berechtigt ist, keine Zwangsmittel zur Durchsetzung einer Mitwirkung angewendet werden.
- Über die Rechtmäßigkeit der Beschlagnahme muss dann im Rahmen des Beschwerdeverfahrens entschieden werden. Der Rechtsanwalt sollte hier versuchen im Wege einer Zwischenverfügung zu erreichen, dass die Durchsicht der Akteninhalte bis zur Entscheidung des Gerichts zu unterbleiben hat.
- Bei polizeilichen Durchsuchungen, ohne Anwesenheit eines Staatsanwaltes muss ein Zeuge hinzugezogen werden (§ 105 StPO; wesentliche Förmlichkeit). Am Besten sollte man hier auf die Zuziehung eines Mitglieds des Vorstandes der Rechtsanwaltskammer oder einen anderen erfahrenen Kollegen bestehen.

- Kanzleimitarbeiter sollten eigenständig keine Fragen von Ermittlungsbeamten beantworten. Gem. § 53a StPO besteht für die Berufshelfer des Rechtsanwalts ein Zeugnisverweigerungsrecht. Über die Ausübung dieses Rechts hat nicht der Mitarbeiter selbst, sondern der Berufsgeheimnisträger (hier der Rechtsanwalt) zu entscheiden. Auch sog. informatorische Anhörungen sollten die Kanzleimitarbeiter verweigern.
- Es empfiehlt sich, kanzleiintern Vorgaben zu machen, wie sich die Kanzleimitarbeiter im Fall der Durchsuchung zu verhalten haben und wer ggf. als externer Verteidiger hinzuzuziehen ist.
- Ebenfalls ist es sinnvoll, die gesuchten Dokumente zu kopieren, um später nachvollziehen zu können, welche Unterlagen beschlagnahmt wurden. Dies kann sowohl für eine gegen die Durchsuchung und Beschlagnahme gerichtete Beschwerde als auch für die Verteidigung im gesamten weiteren Verfahren nützlich sein.

## 7. Sicherstellung von Daten und Datenträgern

- Die Beschlagnahme des Datenbestands bekommt immer größere praktische Relevanz. Der Eingriff ist an Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG zu messen. Grundsätzlich ist zwar die Sicherstellung und Beschlagnahme von Datenträgern und von hierauf gespeicherten Daten möglich. Bei der Sicherstellung des Datenträgers und aller darauf vorhandenen Daten kommt aber dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit eine besondere Bedeutung zu.
- Dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz muss bei der Durchsuchung, Sicherstellung und Beschlagnahme von Datenträgern und den darauf vorhandenen Daten in vielfältiger Weise Rechnung getragen werden (BVerfG NJW 2005, 1917):
- Wenn auf den von der Maßnahme betroffenen Datenträgern neben unverfänglichem Material auch potentiell Beweiserhebliches enthalten ist, ist zu prüfen, ob eine Sicherstellung des Datenträgers und aller darauf vorhandenen Daten wirklich erforderlich ist. Der dauerhafte Zugriff auf den gesamten Datenbestand ist dann nicht erforderlich, wenn die Sicherstellung allein der beweiserheblichen Daten auf eine andere, die Betroffenen weniger belastende Weise ebenso gut erreicht werden kann. Die Gewinnung überschießender und vertraulicher, für das Verfahren aber bedeutungsloser Informationen muss im Rahmen des Vertretbaren vermieden werden.
- Soweit eine Unterscheidung der Daten nach ihrer potentiellen Verfahrenserheblichkeit vorgenommen werden kann, ist die Möglichkeit einer Trennung der potentiell erheblichen von den restlichen Daten zu prüfen. In Betracht kommt hierbei das Erstellen einer Teilkopie hinsichtlich der verfahrenserheblichen Daten.

- Je nach den Umständen des Einzelfalls können für die Begrenzung des Zugriffs unterschiedliche, miteinander kombinierbare Möglichkeiten der materiellen Datenzuordnung in Betracht gezogen werden. Sie müssen, bevor eine endgültige Beschlagnahme sämtlicher Daten erwogen wird, ausgeschöpft werden. Bei der gemeinsamen Nutzung einer EDV-Anlage durch mehrere Sozien kann sich eine für einen geordneten Geschäftsgang erforderliche, unter Umständen mittels einer Zugriffsbeschränkung gesicherte Datenstruktur an den Berufsträgern orientieren. In Betracht kommt beispielsweise auch eine themen-, zeit-, mandanten- oder mandatsbezogene Ordnung der Datenablage. Eine Zuordnung der Daten nach ihrer Verfahrensrelevanz kann unter Umständen auch mit Hilfe geeigneter Suchbegriffe oder Suchprogramme gelingen.
- Wenn den Strafverfolgungsbehörden im Verfahren der Durchsicht unter zumutbaren Bedingungen eine materielle Zuordnung der verfahrenserheblichen Daten einerseits oder eine Löschung der verfahrensunerheblichen Daten beziehungsweise deren Rückgabe an den Berechtigten andererseits nicht möglich ist, steht der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zwar unter dem Gesichtspunkt der Erforderlichkeit der Maßnahme einer Beschlagnahme des gesamten Datenbestands nicht entgegen, es muss dann aber im jeweiligen Einzelfall geprüft werden, ob der umfassende Datenzugriff dem Übermaßverbot Rechnung trägt.
- Die Frage von Zufallsfunden ist offen, das Bundesverfassungsgericht zieht insoweit ein ergänzendes Beweisverwertungsverbot in Betracht, das den Schutz gem. Art. 2 I i.V. mit Art. 1 I GG effektiv machen und dem verfassungsrechtlich geschützten Vertrauensverhältnis zum Rechtsberater dienen soll (vgl. BVerfG NJW 2005,1917,1923).

Besonderheiten ergeben sich bei der Beschlagnahme von E-Mails. Hier sind drei Phasen zu unterscheiden:

- 1.Phase: Absenden der Nachricht bis zum Ankommen auf dem Speicher des Providers
- 2.Phase: Ruhen der Nachricht auf dem Speicher des Providers
- 3.Phase: Abrufen der Nachricht durch den Empfänger

Für die Phase 1 und 3 gelten unstrittig die engeren Voraussetzungen des Straftatenkataloges des § 100a StPO und dessen gesteigerte Verhältnismäßigkeitsanforderung. Hinsichtlich Phase 2 war die Eingriffsgrundlage lange umstritten und wurde durch Beschluss des Bundesverfassungsgerichtes zu Gunsten der §§ 94 ff. StPO geklärt. (Beschluss des BVerfG vom 16.6.2009, 2BvR 902/06)

Das Bundesverfassungsgericht hat allerdings klargestellt, dass die Daten dem Fernmeldegeheimnis des Art. 10 GG unterfallen und diesem Umstand Rechnung getragen werden muss.

Der BGH hat entschieden, dass die Anordnung der Beschlagnahme des gesamten E-Mail Bestandes auf dem Mailserver des Providers gegen das Übermaßverbot verstößt. (BGH NJW 2010, 1297) Auch gilt hier das Beschlagnahmeverbot des § 97 StPO. (BGH aaO)

## **8. Sicherungsverzeichnis**

Die beschlagnahmten Unterlagen und Gegenstände müssen im Sicherungsverzeichnis genau aufgelistet werden. Der Rechtsanwalt muss jede einzelne Position auf ihre Richtigkeit hin überprüfen, und feststellen, ob alle beschlagnahmten Gegenstände mit laufender Nummer aufgelistet wurden. Bei Unterlagen, die zur Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebes unbedingt erforderlich sind, sollte der Anwalt auf das Anfertigen von

Kopien bestehen, soweit dies den Ablauf der Durchsuchung nicht behindert. Andernfalls muss dies später nachgeholt werden. Der Rechtsanwalt muss deshalb darauf achten, dass er lesbare Durchschriften des Sicherstellungsverzeichnisses hat.

## 9. **Abschluss der Durchsuchung; Protokoll**

Der Rechtsanwalt hat vor der Unterzeichnung des Protokolls darauf zu achten, dass sämtliche seiner Einwände festgehalten wurden und insbesondere vermerkt wurde, dass er mit der Sicherstellung nicht einverstanden war und die Unterlagen beschlagnahmt wurden. Für diese Erklärung werden in der Regel Textbausteine angekreuzt; diese sollte man in Ruhe durchlesen.

Der Rechtsanwalt sollte sich eine Visitenkarte oder den Namen sowie die Telefonnummer des verantwortlichen Beamten geben lassen.

Der Rechtsanwalt sollte Handlungen vermeiden, die den Eindruck erwecken, er würde zugunsten seines Mandanten den Durchsuchungszweck beeinträchtigen. Der Mandant darf und muss aber über die Durchsuchungsmaßnahme informiert werden, da der Anwalt aufgrund seines Mandatsverhältnisses hierzu verpflichtet ist.

Prof Dr. Eckhart Müller, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Strafrecht

Stand: 9.5.2012