

Piotr Kardas

Schutz des Verteidigungsgeheimnisses. Einige Bemerkungen zur Zulässigkeit der Überwachung und Aufzeichnung mit technischen Mitteln von Inhalten der Gespräche und Nachrichtenübermittlungen zwischen dem Verteidiger und dem Mandanten

1. Der Schutz des Verteidigungsgeheimnisses wurde im polnischen Rechtssystem in besonderer Weise geregelt. Auf der einen Seite wird in der Verfassungs- und Prozessrechtslehre hervorgehoben, dass der Schutz des Verteidigungsgeheimnisses untrennbar mit dem formalen Aspekt des in Art. 42 Abs. 2 der polnischen Verfassung festgeschriebenen Rechts auf Verteidigung verbunden ist. Diese Vorschrift bestimmt sowohl das Recht, alle nicht rechtswidrigen Handlungen zum Schutz des Einzelnen „vor allen Konsequenzen, insbesondere vor dem Eingriff in den Bereich der Freiheiten und Rechte, den das Strafverfahren mit sich bringt und den es von seiner Natur aus bewirkt,“¹ als auch das Recht, Hilfe eines qualifizierten Prozessbevollmächtigten (Verteidigers) in Anspruch zu nehmen.² Es bedarf einer

¹ In diesem Teil legt Art. 42 Abs. 2 VerfRP den sog. materiellen Aspekt des Rechts auf Verteidigung fest. So zum Recht auf Verteidigung im materiellen Aspekt *Dudek*, *Konstytucyjna wolność człowieka* [Verfassungsrechtliche Freiheit des Menschen], Lublin (1999) S. 153–154. Siehe auch *Sarnecki* [in:] *Konstytucja* [Die Verfassung], Hrsg. L. Garlicki, Bd. 3, Kommentar zu Art. 42, Warszawa (2003) S. 8; *Winczorek*, *Komentarz do Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej* [Kommentar zur Verfassung der Republik Polen], Warszawa (2008) S. 105. Siehe auch *Wiliński*, *Zasada prawa do obrony w polskim procesie karnym* [Das Prinzip des Rechts auf Verteidigung im polnischen Strafprozess], Warszawa (2006) S. 198ff.; *Wiliński*, *Proces karny w świetle Konstytucji* [Der Strafprozess im Lichte der Verfassung], Warszawa (2011) S. 177ff. und die darin berufene Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes.

² Art. 42 Abs. 2 VerfRP legt den sog. materiellen Aspekt des Rechts auf Verteidigung

Hervorhebung, dass auf der Verfassungsebene das Recht auf Verteidigung als ein subjektives Recht auf Verteidigung des Menschen, und nicht dessen „Rolle“ bzw. Status im Strafverfahren definiert wird,³ unter gleichzeitigem Hinweis darauf, dass die Inanspruchnahme der Hilfe des Verteidigers es verlangt, Kontaktbedingungen und Kontaktvertraulichkeit in einem solchen Grad zu sichern, der die Inanspruchnahme der Hilfe frei und real erscheinen lässt. Dem Recht auf Verteidigung im formalen Aspekt liegt somit das Prinzip der Informationsautonomie und der Vertraulichkeit von Kontakten mit dem Verteidiger zugrunde. In diesem Aspekt ist das Recht auf Verteidigung integral und untrennbar mit dem Schutz des Verteidigungsgeheimnisses verbunden. Es sei hervorgehoben, dass der Verfassungsgerichtshof, indem er aus Art. 42 Abs. 2 VerfRP das subjektive Recht „(...) einer jeden Person, gegen die ein Strafverfahren läuft, auf uneingeschränkten Kontakt mit dem Verteidiger“ herausliest, den Wesensgehalt der hier zur Debatte stehenden Regelung nicht darin erblickt, dass sie den „verfassungsrechtlichen Anspruch des Rechtsanwalts auf die Achtung des Verteidigungsgeheimnisses festlegt“, sondern darin, dass die Vorschrift des Art. 42 Abs. 2 das „Recht des Beschuldigten und des Angeklagten, d.h. Personen, die Rechtshilfe in Anspruch nehmen“ festlegt.⁴ Dies lässt annehmen, dass das Recht auf Informationsautonomie und der Schutzgrundsatz der Vertraulichkeit von Kontakten des Mandanten mit dem Verteidiger ein konstitutives Element des Anspruchs auf Verteidigung ist, als ein öffentliches subjektives Recht betrachtet, das dem Einzelnen in einer die Wahrnehmung dieses Rechts begründenden Situation zusteht.⁵ Die Berechtigung zu freien Kontakten mit dem Verteidiger gehört auch zu grundlegenden Standards des Völkerrechts. Darauf beziehen sich die Regelungen des Art. 14 Abs. 3 lit. b und d des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte⁶ und des Art.

fest. Siehe mehr dazu *Wiliński* (2011) S. 179ff. und die darin berufene Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes.

³ Vgl. *Dudek* (1999) S. 153–154.

⁴ Urteil des VerfGH vom 22. November 2004, SK 64/03, OTK-A 2004, Nr. 10, Pos. 107 sowie die Besprechung dieser Entscheidung von *Grzeszczyk*, Wpływ orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego na procedurę [Einfluss der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes auf die Strafprozedur], PiP Nr. 11 (2005) S. 43–45. Vgl. auch *Wiliński* (2011) S. 181.

⁵ Mit dieser Auffassung des Verfassungsrechts auf Verteidigung verbindet sich ein äußerst kompliziertes Problem mit der Bestimmung des Zeitpunkts, von dem an sich die Möglichkeit der Inanspruchnahme dieses Rechts aktualisiert.

⁶ In dieser Vorschrift heißt es: „Jeder wegen einer strafbaren Handlung Angeklagte hat in gleicher Weise im Verfahren Anspruch auf folgende Mindestgarantien: (...); b) er

6 Abs. 3 lit. b und c der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten⁷. Der Verwirklichung des formalen Aspekts des verfassungsrechtlich verankerten Rechts auf Verteidigung auf der Gesetzesebene dienen Regelungen zur Bestimmung des Umfang und Inhalts der Verschwiegenheitspflicht des Verteidigers, die in dem Gesetz – Anwaltschaftsrecht und in zahlreichen Vorschriften der Strafprozessordnung über Beweisverbote vorgesehen sind und darüber hinaus in der Regelung des materiellen Strafrechts (Art. 266 StGB – Verletzung des Berufsgeheimnisses)⁸ ihre Ergänzung finden. Die komplexe Materie der gesetzlichen Regelung zum Schutz des Verteidigungsgeheimnisses wird durch die in den Grundsätzen der Berufsethik und Berufswürde (Ethikkodex) enthaltenen internen Regelungen der Rechtsanwaltschaft ergänzt. Die Regelung des mit dem Prinzip der Informationsautonomie und dem Schutz der Vertraulichkeit der Kontakte mit dem Verteidiger verbundenen Rechts auf Verteidigung im formalen Aspekt ist auf dem Boden des polnischen Rechts weit ausgebaut, und die diese Materie betreffenden Vorschriften sind auf nahezu allen Stufen des hierarchisch aufgebauten Rechtssystems situiert. Ein spezifisches Merkmal der Lösungen zu Schutzgrundsätzen des Verteidigungsgeheimnisses ist weniger die, übrigens auch im Falle anderer Einrichtungen vorkommende Zergliederung einschlägiger Vorschriften, vielmehr ist es die mangelnde Kohärenz der in verschiedenen Rechtsakten enthaltenen Regelungen, insbesondere im Hinblick auf den Umfang und Charakter des Schutzes des Verteidigungsgeheimnisses, wie auch der Möglichkeit der Erlangung der unter Verteidigungsgeheimnis fallenden Informationen im Zusammenhang

muss hinreichend Zeit und Gelegenheit zur Vorbereitung seiner Verteidigung und zum Verkehr mit einem Verteidiger seiner Wahl haben.

⁷ „Jede angeklagte Person hat mindestens folgende Rechte: (...) b) ausreichende Zeit und Gelegenheit zur Vorbereitung ihrer Verteidigung zu haben, sich selbst zu verteidigen, sich durch einen Verteidiger ihrer Wahl verteidigen zu lassen c) oder, falls ihr die Mittel zur Bezahlung fehlen, unentgeltlich den Beistand eines Verteidigers zu erhalten, wenn dies im Interesse der Rechtspflege erforderlich ist. Siehe auch Hofmański/*Wróbel* [in:] *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności* [Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten], Bd. I. Kommentar zu Art. 1–18, Hrsg. L. Garlicki, Warszawa (2010) S. 414ff.

⁸ Eine Art Ergänzung der Regelung zum Schutz des Rechtsanwalts- und Verteidigungsgeheimnisses (Gesetz – Anwaltschaftsrecht und Ethikkodex) bildet Art. 266 StGB, der die in der Offenbarung des Berufsgeheimnisses bestehenden Verhaltensweisen kriminalisiert. Siehe mehr dazu *Wróbel*, [in:] *Kodeks karny. Część szczególna* [Strafgesetzbuch. Besonderer Teil], Bd. II, 3. Aufl., Warszawa (2008). Die Verletzung des Verteidigungsgeheimnisses kann auch die Disziplinarhaftung des diese Prozessfunktion ausübenden Rechtsanwalts begründen.

mit der Möglichkeit der Beweiserhebung in bestimmten Prozesssituationen, insbesondere bei den strafverfahrensrechtlichen und außerstrafverfahrensrechtlichen (auf Grund der StPO und auf Grund des Gesetzes über die Polizei angeordneten) Abhörmaßnahmen.⁹ Ein besonderes Merkmal der geltenden Lösungen im Bereich des Schutzes des Berufsgeheimnisses ist auch die gesonderte Regelung der mit der Konstruktion der Beweisverbote verbundenen Fragen in Bezug auf die Möglichkeit der Erlangung der unter das Verteidigungsgeheimnis fallenden Informationen im Rahmen der Erhebung von Beweisen durch Parteivernehmung, dann die gesonderte Regelung des Geheimnisschutzes im Kontext der Informationen, die in der durch den Verteidiger geführten Akte in der Sache enthalten sind und schließlich die gesonderte Regelung der Abhörfragen. Die Regelungen in den oben erwähnten Bereichen bilden eine komplexe und komplizierte Mosaik von Vorschriften, die in unterschiedlicher Weise und unterschiedlich präzise die mit der Wahrung des Verteidigungsgeheimnisses verbundenen Fragen bestimmen. Diese Zergliederung der rechtlichen Regelung hinsichtlich des Verteidigungsgeheimnisses erschwert erheblich die Dekodierung von Normen zur Bestimmung der Verfahrensgrundsätze in bestimmten Prozesssituationen.

2. Der Kreis von Personen, denen gegenüber die Überwachung auf Grund der StPO angeordnet werden kann, ist praktisch unbeschränkt und umfasst auch den Verteidiger und seinen Mandanten.¹⁰ In den Vorschriften der StPO aber werden die Fragen der eventuellen Anordnung der Überwachung und Aufzeichnung von Gesprächen zwischen dem Verteidiger und seinem Mandanten nicht geregelt. Eine Regelung der StPO betrifft die Vernichtung der Aufzeichnungen, soweit sie für das Strafverfahren unerheblich sind. Seit der Novellierung von 2011 kann den Antrag auf die Anordnung der Vernichtung von Aufzeichnungen auch diese Person stellen, der gegenüber die Überwachung angeordnet wurde, jedoch nicht vor Beendigung des vorbereitenden Verfahrens. Es sei hier angemerkt, dass sich die im Abschnitt 26 der StPO gruppierten Vorschriften in keiner Weise direkt auf die Frage der möglichen Überwachung und Aufzeichnung von Gesprächen zwischen

⁹ Zum Bedeutungsumfang der Ausdrücke „strafverfahrensrechtliche und außerstrafverfahrensrechtliche Abhörmaßnahmen“ siehe mehr *Grzegorzcyk*, Kodeks postępowania karnego, Komentarz [Strafprozessordnung, Kommentar], 5. Aufl., Warszawa (2008) S. 518ff. und die dort berufene Fachliteratur.

¹⁰ Siehe insb. *Musialik*, Dopuszczalność stosowania podsłuchu [Zulässigkeit der Anwendung von Abhörmaßnahmen], Pal. Nr. 11/12 (1998) S. 89; Hofmański/Sadzik/Zgryzek, Kodeks postępowania karnego [Strafprozessordnung], Bd. 1, 2. Aufl., Warszawa (2004) S. 970.

dem Verteidiger und seinem Mandanten beziehen; nicht geregelt wird auch die Möglichkeit der Verwertung solcher Aufzeichnungen im Verfahren, bei gleichzeitiger unstrittigen Meinung der Lehre und der Judikatur hinsichtlich dessen, dass die im Rahmen der Überwachung gem. StPO aufgezeichneten Inhalte auf Grund des Art. 393 § 1 StPO im Verfahren verwertet werden können.¹¹ Stellt man die Überwachungsregelungen mit den Regelungen über Beweishandlungen (Vernehmung, Sicherstellung von Gegenständen, Durchsuchung) zusammen, so ist unschwer zu bemerken, dass während in Bezug auf Beweise durch Parteivernehmung in der Strafprozessordnung klar bestimmte Schutzgarantien des in Art. 178 StPO bestimmten Verteidigungsgeheimnisses vorgesehen sind, und in Bezug auf Schriftstücke bzw. Dokumente mit Informationen, die mit der Ausübung der Tätigkeit eines Verteidigers verbunden sind, Art. 225 § 3 StPO eine identische Garantie enthält¹², so fehlt im Abschnitt 26 der StPO eine vergleichbare Sonderregelung. Als zentral erhebt sich vor diesem Hintergrund die Frage nach gegenseitigen Relationen der Vorschriften der Art. 237–242 StPO und Art. 178 und Art. 225 § 3 StPO. Während auf der einen Seite nämlich die Vorschrift des Art. 178 ein absolutes Beweisverbot festlegt (Verbot der Vernehmung des Verteidigers als Zeugen über Tatsachen, die er bei Erteilung von Rechtsrat oder bei der Führung der Sache erfahren hat) und die Vorschrift des Art. 225 § 3 Schriftstücke und andere Dokumente mit Informationen, die mit der Ausübung der Tätigkeit eines Verteidigers verbunden sind, schützt, so sehen Art. 237 ff. *prima facie* keine Schranken für die Anordnung der Überwachung und Aufzeichnung von Informationsübermittlungen zwischen dem Verteidiger und seinem Mandanten vor. Die mangelnde besondere Regelung hinsichtlich des Schutzes des Verteidigungsgeheimnisses in Bezug auf das Abhören bewirkt, dass sowohl die Möglichkeit der Anordnung der Überwachung und Aufzeichnung von Gesprächen zwischen dem Verteidiger und seinem Mandanten, als auch die eventuelle Verwertung der so erlangten und aufgezeichneten Informationen im Strafprozess Zweifel aufkommen lassen. Vor diesem Hintergrund notwendig erscheint die Feststellung, ob die oben berufenen Vorschriften, und insbesondere Art. 178, die Möglichkeit der auf

¹¹ Siehe *Boratyńska* [in:] *Boratyńska/Górski/Sakowicz/Ważny*, *Kodeks postępowania karnego* [Strafprozessordnung], 3. Aufl., Warszawa (2009) S. 545.

¹² Auf den zwischen der in Art. 225 § 3 StPO vorgesehenen Regelung und dem Beweisverbot im Sinne des Art. 178 StPO bestehenden Zusammenhang weist zutreffend *Grzegorzczyk* hin: „Das Vernehmungsverbot wird durch das Verbot der Einziehung von Schriftstücken und anderen mit der Verteidigungsausübung verbundenen Dokumenten ergänzt“ – *Boratyńska/Górski/Sakowicz/Ważny* (2009) S. 406.

Grund der StPO angeordneten Überwachung von Gesprächen zwischen dem Verteidiger und seinem Mandanten sowie die mögliche Verwertung von Gesprächsaufzeichnungen ausschließen können.

3. Die Vorschrift des Art. 178 StPO legt ein absolutes unvollständiges Beweisverbot fest,¹³ an alle Prozessorgane, d.h. sowohl Organe im vorbereitenden Verfahren als auch an das Gericht gerichtet. Art. 178 drückt dieses Verbot derart kategorisch aus, dass die fehlende Möglichkeit seiner Aufhebung selbst dann als unbestritten angenommen wird, wenn in die Offenbarung der vom Verteidiger bei der Ausübung seiner Tätigkeit erlangten Informationen alle Interessierten einwilligen. Die in Art. 178 angenommene Lösung wird – wie bereits oben signalisiert – durch Regelungen des Artikels 225 § 3 hinsichtlich des Schutzes des mit dem Inhalt der Verteidigerakte verbundenen Verteidigungsgeheimnisses ergänzt. Es besteht kein Zweifel daran, dass die zitierte Vorschrift Sondercharakter hat, bezogen auf den Schutz des Verteidigungsgeheimnisses im Bereich der in Schriftstücken bzw. in anderen Dokumenten enthaltenen Informationen, und eine Ergänzung der in Art. 225 § 3 ausgedrückten Regelung darstellt. Auch wenn theoretisch das Verbot der Einsicht in den Inhalt und das äußere Bild von Schriftstücken sowie anderer, mit der Verteidigertätigkeit verbundener Dokumente aus dem Wortlaut des Artikels abzuleiten wäre, da die Einsicht in den Inhalt dieser Dokumente ohne größere Schwierigkeiten als ein Umgehen des in Art. 178 ausgedrückten Verbots anzusehen wäre,¹⁴ so entschied sich der Gesetzgeber doch für eine separate, besondere und eigenständige Regelung des besagten Verbots. Überraschend erscheint in diesem Kontext, dass die Überwachungs- und Aufzeichnungsvorschriften des Abschnitts 26 weder eine Entsprechung des Art. 225 § 3 enthalten, noch eine besondere Regelung der Vorgehensweise dann vorsehen, wenn im Zusammenhang mit der Überwachung und Aufzeichnung von Telefongesprächen Informationen erlangt werden, die dem Verteidigungsgeheimnis unterliegen.

¹³ Art. 178 StPO legt im Grunde genommen das Verbot der Verwertung von Informationen aus der Beweisquelle, wie sie der Verteidiger ist, hinsichtlich der Tatsachen, die er bei der Erteilung von Rechtsrat oder bei der Führung der Sache erfahren hat. Dieses Verbot gilt selbstverständlich nicht für die Vernehmung des Verteidigers hinsichtlich anderer, in Art. 178 StPO nicht bezeichneter Umstände.

¹⁴ Siehe insbesondere den Standpunkt von P. Wiliński, der auf eine solche Begründung der mangelnden Möglichkeit der Verwertung von Aufzeichnungen der Gespräche zwischen dem Verteidiger und seinem Mandanten im Strafverfahren hinweist – *Wiliński* (2011) S. 181. Vgl. auch den Standpunkt des Generalstaatsanwalts in der Sache SK 7/10.

Im Fachschrifttum wird die Meinung vertreten, dass Art. 178 hinreichende Sicherungen im Bereich des Schutzes des Verteidigungsgeheimnisses festlegt und bestimmt, dass Überwachung und Aufzeichnung von Gesprächen des Verteidigers mit seinen Mandanten unzulässig und auf der Ebene der Verfassungsnormen und der oben dargestellten gesetzlichen Lösungen illegal sind. Die angeführten Aussagen lassen Folgendes feststellen – auch wenn der Mangel an entsprechenden Regelungen hinsichtlich des Verteidigungsgeheimnisses im Abschnitt 26, und somit das Fehlen der Vorschrift über das Verbot der Überwachung und Aufzeichnung von Telefongesprächen des Verteidigers mit seinem Mandanten im Rahmen der Überwachung auf Grund der StPO unbestritten sind, so sieht der Strafprozess im Hinblick auf den Inhalt von Art. 178 StPO, Art. 225 § 3 StPO, Art. 73 § 1 StPO, Art. 6 des Gesetzes – das Anwaltschaftsrecht und Art. 8 § 3 Strafvollzugsgesetzbuch hinreichende Garantien des Rechts auf Verteidigung auch im Bereich der strafprozessrechtlichen Überwachung vor.

4. Obwohl die Vorschriften des Abschnittes 26 StPO in der Strafprozesslehre zu keinerlei Bedenken hinsichtlich ihrer Verfassungsmäßigkeit Anlass geben, so wird in Bezug auf die im Polizeigesetz vorgesehenen Überwachungs- und Aufzeichnungsvorschriften im Fachschrifttum einhellig auf ihre Unvereinbarkeit mit der Verfassung in dem Umfang hingewiesen, in dem sie keine Grenzen des Eingriffs in den Bereich der Kontakte des Angeklagten mit dem Verteidiger festlegen und weder Prozessgarantien im Falle eines solchen Eingriffs vorsehen noch die Art des Verfahrens mit den Informationen über solche Kontakte bestimmen. Dies hat zur Folge, dass die Prozessorgane, darunter auch das Gericht, trotz des Verbots der Verwertung von solchen Materialien im Strafprozess, freien Zugang zu ihnen haben und sich auf ihrer Grundlage ein Bild über die Umstände eines konkreten Falles machen, Informationen über die geplante Verteidigungslinie etc. erlangen können¹⁵. Abweichende Bewertungen beider Regelungen (Überwachung auf Grund der StPO und Überwachung auf Grund des Polizeigesetzes) hinsichtlich ihrer Vereinbarkeit mit den verfassungsrechtlichen Garantiestandards rufen bereits *prima facie* Zweifel hervor.

5. Zwischen den beiden Regelungen hinsichtlich der strafprozessrechtlichen und außerstrafprozessrechtlichen Überwachung sind kaum Unterschiede im Bereich der Garantiebestimmungen zum Schutz des Verteidi-

¹⁵ Wilinski (2011) S. 181.

gungsgeheimnisses zu sehen. Vergleicht man die StPO-Regelung mit der Lösung des Art. 19 des Polizeigesetzes, so sieht man, dass gem. der StPO „die Befugnis zur Einsicht in das Verzeichnis der durchgeführten Überwachungen dem Gericht, und im vorbereitenden Verfahren auch dem Staatsanwalt obliegt, der nach Beendigung der Überwachung einen Antrag auf die Anordnung der Vernichtung der Aufzeichnungen zu stellen hat, soweit sie für das Strafverfahren unerheblich sind.“ Die StPO sieht zugleich vor, dass der Staatsanwalt nach Beendigung des Strafverfahrens die Anordnung der Vernichtung von Aufzeichnungen in dem Teil beantragen kann, in dem sie für das Strafverfahren, in dessen Rahmen die Überwachung und Aufzeichnung von Gesprächen angeordnet wurde, unerheblich sind und keinen Beweis im Sinne des Art. 237a darstellen. Es sei noch hinzugefügt, dass Art. 238 § 5 die Möglichkeit der Antragstellung auf Anordnung der Vernichtung von Aufzeichnungen auch den in Art. 237 § 4 genannten Personen gewährt, unter der Voraussetzung allerdings, dass dies nicht früher als nach Beendigung des vorbereitenden Verfahrens stattfinden kann. Art. 19 Abs. 15 des Gesetzes über die Polizei vom 6. April 1990 legt fest, dass „im Falle der Erlangung von Beweisen, die die Eröffnung des Strafverfahrens begründen bzw. für das anhängige Strafverfahren relevant sind, übergibt der Hauptkommandant bzw. Wojewodschaftskommandant der Polizei dem Staatsanwalt alle im Rahmen der operativen Kontrolle erlangten Materialien, samt event. Antrag auf die Eröffnung des Strafverfahrens. Im Gerichtsverfahren finden auf diese Materialien die Vorschriften des Art. 393 § 1 Satz 1 der StPO entsprechend Anwendung.“ Gemäß den kraft des Gesetzes vom 4. Februar 2001 dem Art. 19 des Polizeigesetzes hinzugefügten Absätze 15a und 15b ist die Verwertung eines im Rahmen der Operationsüberwachung erlangten Beweises ausschließlich im Strafverfahren wegen einer Straftat bzw. Finanzstraftat zulässig, bei denen die Anordnung einer solchen Überwachung durch ein berechtigtes Rechtssubjekt zulässig ist. Der Staatsanwalt, von dem im Absatz 1 die Rede ist, entscheidet über den Umfang und die Art der Verwertung der überwiesenen Aufzeichnungen. Art. 238 § 3–5 und Art. 239 StPO finden entsprechend Anwendung. „Der kraft des oben genannten Gesetzes modifizierte Art. 19 Abs. 17 enthält eine Regelung, der gemäß“ die im Rahmen einer operativen Kontrolle erlangten Aufzeichnungen, die keine für das anhängige Verfahren relevanten bzw. die Verfahrenseinleitung begründenden Beweise enthalten, sind unverzüglich kommissionell und protokollarisch zu vernichten. Die Vernichtung dieser Materialien ordnet das Polizeiorgan, das die Anordnung einer operativen Kontrolle beantragt hat. In beiden Regelungen, was erneut mit Nachdruck hervorzuheben ist,

fehlen Lösungen, die sich direkt auf das Verbot der Überwachung und Aufzeichnung von Telefongesprächen, sonstigen Gesprächen und Nachrichtenübermittlung zwischen dem Verteidiger und dem Mandanten beziehen, bei gleichzeitiger Bestimmung der Voraussetzungen für die Vernichtung der aufgezeichneten Materialien. Zwar sind diese Voraussetzungen in den beiden Regelungen etwas abweichend bestimmt – gem. dem Polizeigesetz sind diejenigen Aufzeichnungen zu vernichten, die keine Beweise enthalten, auf deren Grundlage das Strafverfahren eingeleitet werden kann, und gem. der Strafprozessordnung jene, die für das Strafverfahren, in dessen Rahmen die Überwachung und Aufzeichnung angeordnet wurde, unerheblich sind bzw. keine Beweise im Sinne des Art. 237a StPO enthalten. In keiner aber sind eindeutig bestimmte Voraussetzungen für die mögliche oder gar notwendige Vernichtung von Materialien vorgesehen, die dem Verteidigungsgeheimnis unterliegen. Interessant ist vor diesem Hintergrund die Konklusion, dass die Regelung des Art. 26 StPO keinerlei Bedenken hinsichtlich ihrer Vereinbarkeit mit verfassungsrechtlichen Garantiestandards weckt, diese aber in Bezug auf Art. 19 der Polizeigesetzes aktuell werden.

6. Auf die Relation zwischen den Vorschriften des Abschnitts 26 StPO und dem Inhalt der Art. 178 StPO und 225 § 3 StPO wird im Fachschrifttum kaum ausführlich eingegangen. Eine Analyse der berufenen einschlägigen Rechtsprechung lässt lediglich vermuten, dass Art. 178 und Art. 225 § 3 als Grundlage für den Ausschluss der Möglichkeit der Verwertung der Aufzeichnungen der Gespräche zwischen dem Verteidiger und dem Mandanten im Strafverfahren auf Grund des unzulässigen Umgehens des Beweisverbots aus Art. 178 StPO genannt werden. Auf diese Art der Begründung ist aus den Aussagen der Judikatur zu schließen, und zwar – wenn die Vorschriften des Polizeigesetzes „das Gericht zur Offenbarung der im Rahmen der operativen Kontrolle gesammelten Dokumente auf Grund des entsprechend anzuwendenden Art. 393 § 1 StPO berechtigen, so können alle im Rahmen dieser Handlungen erzeugten und erlangten Dokumente durch ihre Verlesung offenbart werden, allerdings nur dann, wenn es zu keiner Verletzung der in den Vorschriften der StPO enthaltenen Beweisverbote kommt.“¹⁶ Auf einem ähnlichen Standpunkt steht auch die Lehre, in der darauf hingewiesen wird, dass „die Festlegung der Prozessgarantien, die die Verpflichtung zur Überweisung von Informationen an die Prozessorgane einschränken, bewirkt, dass auch im Rahmen der operativen Handlungen nicht gemacht

¹⁶ Urteil des Verwaltungsgerichts Lublin vom 9. Oktober 2006, II AKa 273/06.

werden darf, was diese Garantien nicht zulassen. Dieses kategorische Verbot bestimmter Operativhandlungen betrifft aber ausschließlich solche Informationsbereiche, die im Strafprozessrecht unter absolute Beweisverbote fallen. Dem Art. 19 Abs. 15 des Polizeigesetzes fehlt dieser „Umbau“ als ein Gebot der Respektierung von absoluten Beweisverboten, was im Falle der Überwachung auf Grund des Polizeigesetzes zur Erlangung von vollwertigen Beweisen unter Umgehung der Vorschriften der Strafprozessordnung mit Garantiecharakter führen könnte.“¹⁷

7. Die oben dargestellten Meinungen gehen – wie anzunehmen ist – von der Annahme aus, dass die Möglichkeit der Verwertung der im Rahmen der Gesprächsüberwachung aufgezeichneten Informationen im Strafverfahren von der festgestellten Nichtverletzung der in der StPO vorgesehenen Beweisverbote abhängig ist, und im Kontext des hier zur Debatte stehenden Problems der Überwachung und Aufzeichnung von Gesprächen und sonstigem Informationsaustausch zwischen dem Verteidiger und seinem Mandanten von der Nichtverletzung des in Art. 178 StPO vorgesehenen Verbots. Somit wird angenommen, dass Regelungen im Abschnitt 26 StPO durch entsprechende Vorschriften über Beweisverbote ergänzt werden, darunter insbesondere Art. 178 StPO. Diese Meinung stützt sich grundsätzlich auf die Konzeption der Umgehung des Beweisverbotes durch die Verwertung der Aufzeichnungen von Gesprächen zwischen dem Verteidiger und seinem Mandanten. Die Überwachung und Aufzeichnung von Gesprächen ist nicht als Vernehmung des Verteidigers über Tatsachen anzusehen, die er bei der Erteilung von Rechtsrat oder bei der Führung der Sache erfahren hat. Somit wird angenommen, dass die Erlangung solcher Informationen infolge der Überwachung und Aufzeichnung die Vernehmung ersetzen würde, die ja im Hinblick auf das absolute Beweisverbot ausgeschlossen ist. Nimmt man diesen Standpunkt an, so müsste man zugleich annehmen, dass die Vorschriften über Beweisverbote einen besonderen Charakter haben, in dem Sinne, dass sie generell in Bezug auf die Gesamtheit der Regelungen in der StPO und in besonderen Gesetzen die Voraussetzungen der Prozessverwertung von bestimmten, im Rahmen der Beweiserhebung oder anderer Handlungen, darunter auch der Überwachung gem. StPO und Überwachung gem. Polizeigesetz erlangten Informationen bestimmen. Dieser Standpunkt scheint begründet zu sein, da die Annahme einer Gegenmeinung die Beseitigung

¹⁷ *Musialik-Dudzińska*, Podśluch pozaprosesowy (operacyjny) na gruncie znowelizowanej ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji, PS Nr. 4 (2004) S. 62.

jeglicher Barrieren für die Verwertung der aufgezeichneten Gespräche des Verteidigers mit seinem Mandanten in Strafverfahren zur Folge hätte. Es sei jedoch hervorgehoben, dass die vom polnischen Gesetzgeber angenommene Regelung der Beweisverbote Bedenken hinsichtlich dieser Auslegungskonzeption begründen kann, was darauf zurückgeht, dass sich die Vorschrift des art. 178 StPO *expressis verbis* auf die Zeugenvernehmung bezieht. Die mit der Überwachung und Aufzeichnung von Telefongesprächen verbundenen Handlungen haben einen völlig anderen Charakter, was dazu führt, dass sich die Wahrnehmung des in Art. 178 StPO bestimmten Beweisverbots auf die Annahme gründen muss, dass es allgemeinen Charakter hat und für alle Beweishandlungen gilt. Problematisch erscheint diese Feststellung allerdings im Kontext der in Art. 225 § 3 enthaltenen Regelung, die im Abschnitt 26 StPO keine Entsprechung hat. Ungeachtet dieser Vorbehalte aber ist unschwer zu bemerken, dass die Wahrnehmung der Konstruktion des Beweisverbots aus Art. 178 StPO eine Einschränkung bzw. den Ausschluss der Möglichkeit der Verwertung von Gesprächsaufzeichnungen im Strafverfahren bewirkt, da diese Vorschrift den Ausschluss der Möglichkeit der Verlesung dieser Aufzeichnungen im Sinne des Art. 393 § 1 StPO begründen kann. Diesen Standpunkt vertritt konsequent die Rechtsprechung, und zwar sowohl in Bezug auf die Regelung des Abschnittes 26 StPO, als auch auf besondere Regelungen hinsichtlich der Grundlagen, des Umfangs und der Verfahrensart bei der Überwachung und Aufzeichnung auf Grund des Polizeigesetzes. Die Annahme dieses Standpunktes aber muss zur Feststellung führen, dass im Hinblick auf die Möglichkeit der Verwertung der im Rahmen der Überwachung aufgezeichneten Gesprächsinhalte im Strafverfahren zwischen der Überwachung auf Grund der StPO und der Überwachung auf Grund des Polizeigesetzes kein Unterschied besteht, da es sich kaum begründen lässt, dass das in Art. 178 StPO vorgesehene Beweisverbot für Beweishandlungen gilt, die in der Verlesung der aufgezeichneten Telefongespräche im Gerichtsverfahren auf Grund des Art. 393 § 1 StPO bestehen, nicht aber für dieselbe Handlung, die auf Grund derselben Vorschrift in Bezug auf die Aufzeichnungen im Rahmen der gem. Polizeigesetz angeordneten Überwachung durchgeführt wird. Im Hinblick auf die Möglichkeit der Verwertung von Aufzeichnungen im Strafverfahren ist nur eine alternative Auffassung möglich: entweder wird angenommen, dass die Beweisverbote, darunter auch das besondere Verbot aus Art. 178 StPO für die Erlangung von Informationen im Rahmen der Überwachung auf Grund der StPO und der Überwachung auf Grund des Polizeigesetzes gelten, oder im Gegenteil – dass das Beweisverbot gem. Art. 178 StPO nicht für die

im Rahmen der Überwachung (sei es auf Grund der StPO oder auf Grund des Polizeigesetzes) erlangten Informationen gilt. Da es für die Annahme der zweiten Auffassung kaum hinreichende Gründe gibt, muss festgestellt werden, dass im Hinblick auf die Verwertung der im Rahmen der Überwachung aufgezeichneten Informationen die Vorschrift des Art. 178 StPO als eine absolute Schranke anzusehen ist, die die Möglichkeit einer Verwertung solcher Informationen als Beweise ausschließt. Das in Art. 178 StPO vorgesehene Beweisverbot begründet aber keineswegs den Ausschluss bzw. die Einschränkung der Möglichkeit der Überwachung und Aufzeichnung von Telefongesprächen zwischen dem Verteidiger und seinem Mandanten selbst. Nicht herauszulesen aus dieser Vorschrift sind somit Regelungen, mit denen sich die Grenzen des Eingriffs in den Bereich der Kontakte der ihr Recht auf Verteidigung wahrnehmenden Person mit dem Verteidiger infolge der Überwachung, gleich welcher Art, bestimmen ließen.

8. Vor diesem Hintergrund erhebt sich zwangsläufig die Frage, ob die in dieser Weise gestaltete strafprozessrechtliche Regelung den verfassungsrechtlichen Garantiestandards im Bereich des formalen Aspekts des Rechts auf Verteidigung hinreichend Rechnung trägt – Garantiestandards, die den Gesetzgeber verpflichten, das Rechtssystem so zu gestalten, dass es die Informationsautonomie und die Vertraulichkeit von Kontakten des Verteidigers mit seinem Mandanten gewährleisten kann. In Bezug auf die oben präsentierten Regelungen ist daran zu erinnern, dass der Verfassungsgerichtshof nur den in Art. 73 § 2 und 3 StPO geregelten Fall als nicht gegen die Verfassungsstandards verstoßend befunden hat, indem er hervorhob, dass die in diesen Vorschriften vorgesehenen Einschränkungen temporär sind und öffentlich angewendet werden. Bedenken ruft vor diesem Hintergrund die sich aus dem Mangel einer entsprechenden gesetzlichen Regelung ergebende Möglichkeit der Überwachung und Aufzeichnung der unter das Verteidigungsgeheimnis fallenden Gespräche zwischen dem Verteidiger und dem Mandanten hervor. Der Eingriff in Form der Überwachung und Aufzeichnung der durch das Verteidigungsgeheimnis geschützten Gesprächsinhalte selbst, in Bezug auf die der Gesetzgeber ein absolutes unvollständiges Beweisverbot eingeführt hat, kann als eine Verletzung des verfassungsrechtlich verankerten Rechts auf Verteidigung im formalen Aspekt betrachtet werden. Der besondere Charakter der Regelung, die die Möglichkeit der Überwachung und Aufzeichnung der durch das Verteidigungsgeheimnis geschützten Inhalte nicht ausschließt, kommt mit besonderer Deutlichkeit dann zum Vorschein, wenn man sie mit der Regelung des Art. 225 § 3 StPO

hinsichtlich der in Schriftstücken und anderen Dokumenten enthaltenen Informationen vergleicht, die es dem Prozessorgan verbietet, von dem Inhalt oder gar dem äußeren Bild der Dokumente Kenntnis zu nehmen, soweit sie Informationen enthalten, die mit der Ausübung der Tätigkeit eines Verteidigers verbunden sind – bei gleichzeitiger uneingeschränkter Möglichkeit der Überwachung und Aufzeichnung von Gesprächen des Verteidigers mit seinem Mandanten. Aus der Tatsache der Durchführung dieser Handlung selbst aber ergeben sich in diesem Bereich weitreichende Folgen, da das Prozessorgan von dem Inhalt der durch das absolute Beweisverbot erfassten Informationen Kenntnis nimmt. Nichts daran zu ändern vermag in dieser Hinsicht das aus der oben dargestellten Auslegungskonzeption hervorgehende Verbot der Verwertung von einschlägigen aufgezeichneten Informationen auf Grund des Art. 393 § 1 StPO. Es sei noch hinzugefügt, dass die geltenden Vorschriften nicht nur die Überwachung und Aufzeichnung von Gesprächen zwischen dem Verteidiger und seinem Mandanten allein möglich machen. Die vor kurzem im Hinblick auf die erforderliche Erweiterung des Garantieumfangs eingeführten Vorschriften verpflichten den Staatsanwalt – paradoxerweise – dazu, von dem Inhalt der Aufzeichnungen Kenntnis zu nehmen, denn erst nach der Analyse ihres Inhalts kann ihre eventuelle Vernichtung angeordnet werden. Art. 19 des Polizeigesetzes gewährt und gebietet die Einsicht in die aufgezeichneten Gespräche des Verteidigers mit seinem Mandanten auch den Polizeifunktionären. Vor diesem Hintergrund scheinen Zweifel hinsichtlich der Vereinbarkeit der so gestalteten Regelung mit verfassungsrechtlichen Standards mehr als begründet.

9. Zweifel kommen auch auf, unabhängig von den Bedenken, die mit den oben dargestellten Fragen verbunden sind, im Zusammenhang mit der Regelung der Voraussetzungen und der Verfahrensart hinsichtlich der Vernichtung der im Rahmen der Überwachung auf Grund der StPO aufgezeichneten Informationen. In keiner Weise beziehen sich diese Regelungen auf den Inhalt der Aufzeichnungen – der Gesetzgeber sah in der geltenden Regelung keine Grundlagen für die Vernichtung der Aufzeichnungen im Hinblick auf ihren Inhalt vor, d.h. Aussagen des Verteidigers, die dem absoluten Verteidigungsgeheimnis unterliegen. Der Gesetzgeber bedient sich der Formulierung „sind für das Strafverfahren unerheblich“ oder „enthalten keine Beweise im Sinne des Art. 237a StPO“, was die Grundlage für die Vernichtung an den Inhalt der Aufzeichnungen zu knüpfen scheint, der aus dem Gesichtspunkt des Beweisumfangs (durch die Art der Straftat determiniert) bewertet wird. Man kann freilich feststellen, dass als für das

Strafverfahren irrelevant auch solche Materialien anzusehen sind, die zwar im Hinblick auf ihren Inhalt einen interessanten und bedeutenden Beweis in der Sache bilden könnten, wegen des absoluten Beweisverbots aber in keiner Form im Strafverfahren verwertet werden können.

Es hat aber den Anschein, dass mit Rücksicht auf die verfassungsrechtlichen Garantiestandards die Einführung einer eindeutigen Abhörregelung begründet wäre – einer Regelung, der gemäß die Überwachung und Aufzeichnung von Gesprächen des Verteidigers mit dem Mandanten unzulässig, und eventuelle Aufzeichnungen von Informationen dieses Inhalts unverzüglich zu vernichten sind.