

.....

The lawyer's right to refuse giving testimony in German criminal proceedings correlates with a prohibition to confiscation. Accordingly, any (1) written communication between an accused and his lawyer, (2) files created by the lawyer on confidential information or other circumstances confided to him by the accused and (3) other items to include medical records cannot be made subject to confiscation (§ 97 StPO).

Principally, the prohibition to confiscate does in fact only apply if the items concerned are in the custody of the lawyer or his assistants such as paralegals or office employees. The defence lawyer's correspondence is protected even if held by the accused or is in the mail (§ 148 StPO)¹. The confiscation prohibition does not apply if certain facts justify the suspicion that the lawyer is aiding and abetting, or involved in the obstruction of punishment or the handling of stolen goods, or if the items concerned were generated by, used or destined to be used in or resulting from a criminal offence. Illegal evidence obtained by infringing the prohibition to confiscate is subject to strict exclusion in court proceedings.

The situation is quite different in case of corporate counsels. In the opinion of the European Court of Justice² (*EuGH*) the communication between corporate counsels and their non-legal employers is neither subject to secrecy nor is it exempt from confiscation. *EuGH* states that corporate counsel, despite his admission to the Law Society and the associated commitment in accordance with the professional code of conduct, does not enjoy the same degree of independence from his employer as an external lawyer does vis-à-vis his clients.

7. Search of the Lawyer's Office

Search warrants against lawyers who are authorised to refuse testimony in an effort to collect information on which the lawyer would be entitled to refuse testimony are inadmissible (§ 103 in connection with § 160 a StPO). The same applies to search warrants serving the production of items which are subject to prohibition or confiscation. Any evidence discovered in violation of this prohibition must not be utilised. The same applies in the event that the lawyer is incidentally affected by any action not directed against him which is thus admissible. However, should certain facts justify the suspicion that the lawyer is aiding and abetting, or involved in the obstruction of punishment or the handling of stolen goods, neither the prohibition to discover nor the prohibition to utilise the evidence is applicable (§ 160 a para 4 StPO).

¹ Meyer-Goßner, *Cierniak*, StPO, 53rd. ed. 2010, § 97 marg.note 37.

² BRAK-Mitt. 2010, 259.

8. Tapping Telephone Conversations with a Lawyer

In principle, the tapping of a lawyer's telephone is admissible³. It is inadmissible, however, if tapping the telephone of a criminal defence lawyer contradicts the principle of unhindered written and oral communication between attorney and client, which is a prerequisite of defence *sine qua non*⁴. A mere suspicion of a lawyer's involvement does not make a difference in this context as long as he has not been excluded from the proceedings by a court on sufficient grounds of aiding and abetting.

9. The Lawyer as Witness

A lawyer being witness is not obliged to disclose information. In case of witness examination in a criminal procedure, in civil proceedings, in administrative proceedings and in other procedures as well, rights to refuse testimony in favour of the lawyer have been established which legally protect the legal profession's secrecy obligation. The granting of rights to refuse testimony clearly demonstrates that the law community's interest in establishing the truth in civil or criminal proceedings has to take a back seat to lawyer secrecy⁵.

If a lawyer does in fact not take advantage of his right to refuse testifying, he breaches his obligation to secrecy, which, however, does not affect the utilisation of his testimony⁶.

³ Gaier/Wolf/Göcken, *Zuck*, *Anwaltliches Berufsrecht*, 2010, § 43a Rn. 33.

⁴ BVerfG NJW 2007, 2749.

⁵ Henssler/Prütting, *Henssler*, BRAO, 3. Aufl. 2010, § 43a Rn. 43.

⁶ BGH NJW 1956, 599.

ZUGRUNDE LIEGENDER ORIGINALTEXT:

Das strafprozessuale Zeugnisverweigerungsrecht des Rechtsanwalts korrespondiert mit einem Beschlagnahmeverbot. Danach unterliegen nicht der Beschlagnahme (1) die schriftlichen Mitteilungen zwischen dem Beschuldigten und dem Rechtsanwalt, (2) Aufzeichnungen, welche der Rechtsanwalt über die ihm vom Beschuldigten anvertrauten Mitteilungen oder über andere Umstände gefertigt hat sowie (3) andere Gegenstände einschließlich ärztlicher Untersuchungsbefunde (§ 97 StPO).

Das Beschlagnahmeverbot gilt indes grundsätzlich nur, wenn sich die Gegenstände im Gewahrsam des Rechtsanwalts oder seiner Hilfspersonen, wie juristischen Mitarbeitern oder seines Büropersonals, befinden. Die Verteidigerpost ist auch geschützt, wenn sie sich im Gewahrsam des Beschuldigten befindet oder auf dem Postweg ist (§ 148 StPO). Das Beschlagnahmeverbot gilt nicht, wenn bestimmte Tatsachen den Verdacht begründen, dass der Rechtsanwalt an der Tat oder an einer Begünstigung, Strafvereitelung oder Hehlerei beteiligt ist, oder wenn es sich um Gegenstände handelt, die durch eine Straftat hervorgebracht oder zur Begehung einer Straftat gebraucht oder bestimmt sind oder die aus einer Straftat herrühren. Unter Verstoß gegen das Beschlagnahmeverbot erlangte Beweise unterliegen einem absoluten Beweisverwertungsverbot.

Anders verhält es sich bei Syndikusanwälten. Nach Ansicht des EuGH unterfällt die Kommunikation zwischen Syndikusanwälten und ihrem nichtanwaltlichen Arbeitgeber weder der Verschwiegenheit noch der Beschlagnahmefreiheit. Laut EuGH genieße ein Syndikusanwalt trotz seiner Zulassung als Rechtsanwalt und der damit einhergehenden standesrechtlichen Bindung nicht denselben Grad an Unabhängigkeit von seinem Arbeitgeber wie der in einer externen Anwaltskanzlei tätige Rechtsanwalt gegenüber seinem Mandanten [.....]

7. Durchsuchungsanordnungen

Durchsuchungsanordnungen gegen zur Verweigerung des Zeugnisses berechnete Rechtsanwälte, die dazu dienen, Erkenntnisse zu erbringen, über die der Rechtsanwalt das Zeugnis verweigern dürfte, sind unzulässig (§ 103 i.V.m. § 160a StPO). Gleiches gilt für Durchsuchungsanordnungen, die der Erbringung eines dem Beschlagnahmeverbot unterliegenden Gegenstands dienen. Die entgegen dieses Beweiserhebungsverbots erlangten Erkenntnisse dürfen nicht verwertet werden. Gleiches gilt für den Fall, dass der Rechtsanwalt zufällig von einer nicht gegen ihn gerichteten und daher zulässigen Maßnahme betroffen ist. Begründen indes bestimmte Tatsachen den Verdacht, dass der Rechtsanwalt an der Tat oder an einer Begünstigung, Strafvereitelung oder Hehlerei beteiligt ist, gilt weder das Beweiserhebungs- noch das Beweisverwertungsverbot (§ 160a Abs. 4 StPO).

8. Abhören von Telefonaten

Grundsätzlich ist das Abhören des Telefonanschlusses eines Rechtsanwalts zulässig. Tritt das Abhören eines Telefonanschlusses eines Strafverteidigers jedoch in Widerspruch zu dem Grundsatz, dass der schriftliche und mündliche Verkehr zwischen Verteidiger und Mandant, der zur unabdingbaren Voraussetzung einer Verteidigung gehört, ungehindert erfolgen muss, ist sie unzulässig. Der bloße Verdacht, der Verteidiger sei an der Tat beteiligt, ändert daran nichts, solange er nicht wegen des hinreichenden Verdachts auf Beteiligung an der Tat vom Gericht von der Mitwirkung in einem Verfahren ausgeschlossen wurde.

9. Der Anwalt als Zeuge

Der Rechtsanwalt als Zeuge ist nicht verpflichtet, sich zu offenbaren. Für den Fall der Zeugenvernehmung im Strafverfahren, im Zivilverfahren, im verwaltungsgerichtlichen Verfahren und auch in anderen Verfahren wurden zugunsten des Rechtsanwalts Zeugnisverweigerungsrechte kodifiziert, die die anwaltliche Verschwiegenheitspflicht gesetzlich absichern. Durch die Zubilligung von Zeugnisverweigerungsrechten wird deutlich, dass das Interesse der Rechtsgemeinschaft an der Wahrheitsfindung im Zivil- oder Strafprozess hinter der anwaltlichen Verschwiegenheit zurückstehen muss. Macht der Rechtsanwalt von seinem Zeugnisverweigerungsrecht indes keinen Gebrauch, verletzt er seine Verschwiegenheitspflicht. Dies lässt die Verwertbarkeit seiner Aussage aber unberührt.