



WESTFÄLISCHE WILHELMS-UNIVERSITÄT MÜNSTER
INSTITUT FÜR ÖFFENTLICHES RECHT UND POLITIK

Geschäftsführender Direktor Prof. Dr. Bodo Pieroth

Prof. Dr. Pieroth • Institut für Öffentliches Recht und Politik
Wilmergasse 28 • 48143 Münster

Wilmergasse 28
48143 Münster
Fon: 0251 / 5 10 49-0
Fax: 0251 / 5 10 49-19
E-Mail: pieroth@uni-muenster.de
www.jura.uni-muenster.de/rp

Schriftliche Stellungnahme
zur Öffentlichen Anhörung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages
am 25. Oktober 2006

Die Anhörung betrifft den Entwurf eines Gesetzes zur Sicherung der Pressefreiheit (BT-Drucksache 16/956) von Abgeordneten und der Fraktion der FDP (im Folgenden: FDP-E) und den Entwurf eines Gesetzes zum Schutz von Journalisten und der Pressefreiheit in Straf- und Strafprozessrecht (BT-Drucksache 16/576) von Abgeordneten und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN (im Folgenden: GRÜNEN-E). Ich will zunächst die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Schutz der Pressefreiheit und des Redaktionsgeheimnisses insbesondere gegenüber straf- und strafverfahrensrechtlichen Maßnahmen darstellen und sodann zu den einzelnen Änderungsvorschlägen der beiden Gesetzentwürfe zur Strafprozessordnung und zum Strafgesetzbuch Stellung nehmen.

I. Der Schutz der Pressefreiheit und des Redaktionsgeheimnisses auf der Grundlage der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

Der grundrechtliche Schutz des Redaktionsgeheimnisses ist zum ersten Mal in der berühmten Spiegel-Entscheidung vom 5. August 1966 (BVerfGE 20, 162/176) mit folgenden Worten ausgesprochen worden: „Deshalb gehört zur Pressefreiheit auch ein gewisser Schutz des

Vertrauensverhältnisses zwischen Presse und privaten Informanten. Er ist unentbehrlich, da die Presse auf private Mitteilungen nicht verzichten kann, diese Informationsquelle aber nur dann ergiebig fließt, wenn sich der Informant grundsätzlich darauf verlassen kann, dass das ‚Redaktionsgeheimnis‘ gewahrt bleibt.“ Diese Aussage wurde auch von den die Entscheidung tragenden Richtern gut geheißen. Da sie aber gleichzeitig den Gesetzgeber bei der Ausgestaltung des Redaktionsgeheimnisses „weitgehend frei“ sahen (BVerfGE 20, 162/216ff.), wurde die Verfassungsbeschwerde des Spiegel-Verlags zurückgewiesen. An dem Grundrechtsschutz für das Redaktionsgeheimnis wurde auch in einer Reihe weiterer Entscheidungen festgehalten (BVerfGE 36, 193/204; 66, 116/134f.; 77, 65/76f.; 100, 313/365). Dieser Schutz wurde in BVerfGE 107, 299/310 ausdrücklich auf die Rundfunkfreiheit erstreckt: „Es ist staatlichen Stellen jedoch grundsätzlich verwehrt, sich Einblicke in die Vorgänge bei der Vorbereitung einer Sendung zu verschaffen.“

In der jüngsten einschlägigen Entscheidung wurde der Schutz der „Geheimhaltung der Informationsquellen und des Vertrauensverhältnisses zwischen Presse bzw. Rundfunk und den Informanten“ auch auf den Aufenthaltsort des Informanten der Medien erstreckt (BVerfGE 107, 299/330): „Denn der freie Informationsfluss zwischen den Medien und Informanten wird bereits dann gefährdet, wenn der Informant durch die Mitteilung an den Journalisten Schwierigkeiten zu befürchten hat. Solche Nachteile können aber nicht nur durch die Preisgabe der Identität des Informanten, sondern auch dadurch entstehen, dass Strafverfolgungsorgane durch Zugriff auf die Medien wichtige Informationen wie seinen Aufenthaltsort oder ähnliche Tatsachen ermitteln können, an deren Geheimhaltung ihm gelegen ist. Durch deren befürchtete Offenlegung könnte der Informant sich von der Mitteilung an die Presse abschrecken lassen.“ Schließlich kann sich auch derjenige auf Art. 5 Abs. 1 GG berufen, der rechtswidrig erlangte Informationen verbreitet; dies wird damit begründet, dass sonst die Kontrollaufgabe der Presse, „zu deren Funktion es gehört, auf Missstände von öffentlicher Bedeutung hinzuweisen“, leiden würde (BVerfGE 66, 116/137).

Allerdings unterliegt dieser durchaus großzügig ausgestaltete Schutzbereich den Schranken der „allgemeinen Gesetze“ gem. Art. 5 Abs. 2 GG. Zu den „allgemeinen Gesetzen“ gehören unbestrittenermaßen die Vorschriften der Strafprozessordnung über Beschlagnahme und Durchsuchung. Es muss festgehalten werden, dass – soweit ich sehe – das Bundesverfassungsgericht

bisher keinmal eine diesbezügliche Norm der Strafprozessordnung für verfassungswidrig erklärt hat. Das betrifft selbst die frühere Fassung des § 53 Abs. 1 Nr. 5 StPO, die selbst recherchiertes Material nicht unter den Schutz des Zeugnisverweigerungsrechts stellte (BVerfGE 77, 65/76f.). Das Gericht berief sich darauf, dass mit den allgemeinen Gesetzen die legitimen Interessen einer rechtsstaatlich geordneten Rechtspflege verfolgt werden, „die sowohl für eine wirksame Strafverfolgung als auch für nachhaltige Sicherung der Rechte des Beschuldigten zu sorgen hat“; die Grenzziehung zwischen beiden Rechtsgütern obliegt danach in erster Linie dem Gesetzgeber (BVerfGE 77, 65/76f.). Auch in der jüngsten Entscheidung heißt es insoweit unmissverständlich (BVerfGE 107, 299/333): Es ist „Sache des Gesetzgebers, über die Anlässe und Reichweite einer Freistellung von Journalisten oder Medienunternehmen von strafprozessualen Maßnahmen zu entscheiden. Presse- und Rundfunkfreiheit dürfen dabei nicht nur vom Blickpunkt der Medien aus gesehen und nicht als unpassende Privilegierung für jegliche der Nachrichtensammlung und –verbreitung dienende Handlung verstanden werden. Es bedarf der Abwägung durch den Gesetzgeber, ob und wie weit die Erfüllung der publizistischen Aufgaben einen Vorrang der Medienfreiheit gegenüber dem Interesse an einer rechtsstaatlich geordneten Rechtspflege rechtfertigt und wie weit die Presse- und die Rundfunkfreiheit ihrerseits an diesem Interesse ihre Grenzen findet.“

Korrekturen an den Grenzziehungen des Gesetzgebers hat das Bundesverfassungsgericht bisher stets auf anderem Wege als der Verfassungswidrigkeitserklärung von gesetzlichen Vorschriften der Strafprozessordnung vorgenommen. In älteren Entscheidungen hat es aus dem Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG im Einzelfall ein über § 53 Abs. 1 Nr. 5 StPO hinausgehendes Zeugnisverweigerungsrecht abgeleitet (BVerfGE 36, 193/210f.; 64, 108/119; 77, 65/81f.). In der jüngsten Entscheidung hat das Gericht demgegenüber auf die Möglichkeit hingewiesen, „im Rahmen der Auslegung und Anwendung der jeweils betroffenen Normen der Ausstrahlungswirkung des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG Rechnung zu tragen“ (BVerfGE 107, 299/334). In diesem Zusammenhang wird insbesondere die Verhältnismäßigkeit der strafprozessualen Maßnahme untersucht (BVerfG 100, 313/388; 107, 299/310).

Vor dem Hintergrund dieser Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und angesichts der einfach-gesetzlichen Regelungen, die auf eine angemessene Berücksichtigung der Presse- und Rundfunkfreiheit ausdrücklich hinweisen, geht es bei den vorliegenden Gesetzentwürfen durchweg

nicht um die Frage der Verfassungsmäßigkeit oder Verfassungswidrigkeit. Wenn der Gesetzgeber den Schutz des Redaktionsgeheimnisses und der Pressefreiheit verbessern will, tut er das nicht als einen Akt des Vollzugs, sondern der Rechtspolitik. Eine andere Frage ist, dass bei der Auslegung und Anwendung der einschlägigen strafprozessualen Vorschriften in der Praxis immer wieder die Pressefreiheit unverhältnismäßig beeinträchtigt und d.h.: verletzt wird. Diesem sozusagen Vollzugsdefizit zu Leibe zu rücken, ist sehr wohl eine Aufgabe des Gesetzgebers.

II. Zu den einzelnen Änderungsvorschlägen der Gesetzentwürfe

1. § 97 Abs. 2 S. 3 StPO (Art. 1 Nr. 1 FDP-E)

Zwar ist fraglich, ob mit der Änderung tatsächlich eine substantielle Verbesserung des Redaktionsgeheimnisses und des Schutzes der journalistischen Recherche vor Beschlagnahmen durch staatliche Strafverfolgungsbehörden erreicht werden kann, weil in Rechtsprechung und Literatur bereits der Begriff des dringenden Tatverdachts als solcher umstritten (vgl. Solbach, JA 1995, 1964ff.) und eine verlässliche Grenzziehung zwischen (gehobenem) einfachem Tatverdacht und dringendem Tatverdacht kaum möglich ist und weil wie bei allen unbestimmten Rechtsbegriffen dem Rechtsanwender ein (faktischer oder rechtlicher) Beurteilungsspielraum zukommt, der nachträglicher justizieller Kontrolle entzogen ist. Aber eine Eignung, den Schutz der Pressefreiheit vor willkürlichen und ungerechtfertigten Beschlagnahmen zu verbessern, ist der Vorschrift nicht abzuspochen. Auch früher schon ist eine derartige Änderung des § 97 StPO als „Minimallösung“ gefordert worden (vgl. Pöppelmann, AfP 1997, 485/491). Verfassungsrechtliche Bedenken hiergegen bestehen jedenfalls nicht.

2. § 98 Abs. 1 S. 2 StPO (Art. 1 Nr. 2 FDP-E und Art. 2 Nr. 1 GRÜNEN-E)

Eine Ausweitung des Richtervorbehalts auf die Arbeitsräume freier Journalisten ist angesichts der tatsächlichen Entwicklungen in neuerer Zeit sinnvoll und verfassungsrechtlich keineswegs zu beanstanden. Dieses selbst gesetzte Ziel (die Begründung des FDP-E spricht ausdrücklich von „Arbeitsräumen“) kommt aber im Wortlaut beider Vorschläge nicht adäquat zum Ausdruck, weil außer Arbeitsräumen auch die gesamte Wohnung (GRÜNEN-E) bzw. darüber hinaus auch andere

Räume (FDP-E) einbezogen werden. Der Wortlaut beider Gesetzesvorschläge erstreckt diesen Schutz – gleichheitsrechtlich folgerichtig – zugleich auf alle Journalisten, d.h. außer auf die freien auch auf die berufsmäßigen Journalisten. Wie dies unter dem Aspekt der staatlichen Strafverfolgung zu beurteilen ist, überlasse ich anderen; eine entsprechende Rücknahme der Strafverfolgung macht die Vorschläge jedenfalls noch nicht verfassungswidrig.

Der GRÜNEN-E geht über den FDP-E an dieser Stelle insoweit hinaus, als er detaillierte Begründungsanforderungen für die richterliche Anordnung normiert. Sie entsprechen inhaltlich der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und sind insofern deklaratorisch, aber vielleicht nicht ganz unnütz.

3. § 100h Abs. 2 S. 1 StPO (Art. 1 Nr. 3 FDP-E und Art. 2 Nr. 2 GRÜNEN-E)

Der in beiden Gesetzentwürfen wortgleiche Vorschlag ist eine der Bedeutung der Pressefreiheit im Vergleich mit den nach bisherigem Recht geschützten Personengruppen durchaus angemessene Fortentwicklung, gegen die von Verfassungs wegen nichts einzuwenden ist.

4. § 105 Abs. 1 S. 2 StPO (Art. 2 Nr. 3 GRÜNEN-E)

Ob diese Änderung nur – wie die Begründung meint – der Klarstellung dient, also lediglich deklaratorisch ist, erscheint mir zweifelhaft, weil Durchsuchungen den Beschlagnahmen vorgelagert sind und nicht notwendig zu Beschlagnahmen führen müssen. Da im Übrigen für Beschlagnahmen § 97 StPO gilt, erscheint mir eine zusätzliche formelle Erschwerung jeglicher Durchsuchung von Presseräumen nicht erforderlich zu sein.

5. § 108 Abs. 1 S. 4 StPO (Art. 2 Nr. 4 GRÜNEN-E)

Hier handelt es sich, wie in der Begründung zutreffend festgestellt wird, um eine deklaratorische Regelung, weil sie nur die jetzt schon geltende Rechtslage wiederholt. Ein Zufallsfund liegt vor, wenn bei Gelegenheit einer Durchsuchung Gegenstände gefunden werden, die auf die Verübung einer anderen Straftat (des von der Untersuchung Betroffenen oder eines Dritten) hindeuten, die nicht

Gegenstand des Verfahrens waren, in dem die Durchsuchung angeordnet wurde (KK-StPO, Nack, § 108 Rn. 1). § 108 StPO lässt die einstweilige Inbeschlagnahme dieser Gegenstände zu.

Um entscheiden zu können, ob ein solcher Zufallsfund, durch den ein Dritter belastet wird, beschlagnahmefähig ist, muss sich der ermittelnde Staatsanwalt in diejenige Lage versetzen, die bestünde, wenn das Verfahren wegen der anderen Straftat geführt würde (KK-StPO, Nack, § 108 Rn. 6). Das bedeutet auch, dass Zufallsfunde am Beschlagnahmeverbot des § 97 Abs. 5 Satz 1 in Verbindung mit § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 StPO gemessen werden müssen. Damit sind in Bezug auf Zufallsfunde dieselben rechtlichen Kriterien maßgebend, die auch für Beschlagnahmefreiheit von Gegenständen gelten, die sich im Besitz eines Medienmitarbeiters befinden. Werden solche Zufallsfunde gleichwohl beschlagnahmt, unterliegen sie einem Verwertungsverbot (KK-StPO, Nack, § 97 Rn. 9).

6. § 353b Abs. 5 StGB (Art. 2 Nr. 1 FDP-E und GRÜNEN-E)

Der FDP-E greift mit dem vorgeschlagenen § 353b Abs. 5 StGB eine Anregung auf, die meine Kollegin Ursula Nelles und ich bei einer Sachverständigenanhörung der FDP-Fraktion im Deutschen Bundestag am 24. November 2005 gemacht hatten. Wir hatten damals geschrieben, dass es eine geeignete gesetzgeberische Maßnahme wäre, die Strafbarkeit der Beihilfe zu § 353b StGB einzuschränken (S. 15): „Denn für die Strafbarkeit der Anstiftung zum Geheimnisverrat und einer gewissermaßen aktiven Beihilfe zum Geheimnisverrat – beispielsweise durch gemeinsames Herausragen geheimer Akten aus dem Dienstgebäude – lassen sich ja durchaus gute Gründe benennen. Der problematische Punkt ist, dass die Rechtsprechung auch das bloß passive Entgegennehmen einer Information mit anschließender Veröffentlichung als Beihilfe zum Geheimnisverrat wertet (vgl. BGHSt 3, 40/43f.; 6, 248/251; *Fischer*, in: Tröndle/Fischer, StGB, 2004, § 353b Rn. 14). Die Überlegung, eine derartige restriktive Auslegung den Gerichten von Verfassungen wegen aufzuerlegen, scheidet wohl daran, dass auf diese Weise der typische und vom Gesetzgeber intendierte Fall der Strafbarkeit vom Anwendungsbereich des § 353b StGB gerade ausgenommen würde. Aber eine entsprechende Ergänzung des Gesetzes wäre ohne weiteres möglich. So könnte dem § 353b StGB folgender Satz hinzugefügt werden: „Teilnahmehandlungen

der in § 53 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 StPO genannten Personen sind dann nicht strafbar, wenn sie sich auf die Veröffentlichung des Geheimnisses beschränken.“

Der GRÜNEN-E geht darüber hinaus, indem er auch die Anstiftung herausnimmt und nicht nur die Strafbarkeit, sondern schon die Rechtswidrigkeit ausschließt. Aus verfassungsrechtlicher Sicht bestehen auch hiergegen keine durchgreifenden Bedenken (vgl. schon Nelles/Pieroth, aaO, S. 14): „Auch wenn der Gesetzgeber dazu nicht verpflichtet ist, so steht es ihm doch frei, § 353b StGB zu streichen, denn eine Strafpflicht besteht nicht, wenn es andere ebenso geeignete Instrumentarien gibt, um Amtsträger zur Geheimhaltung zu veranlassen. Schutzwürdig sind in diesem Zusammenhang jedenfalls Privatgeheimnisse, die Amtsträgern anvertraut worden sind. Deren Preisgabe ist aber in § 203 Abs. 2 StGB gesondert unter Strafe gestellt. Eine Streichung des § 353b StGB würde also insoweit keine Schutzlücken aufreißen. Außerdem ließe sich ein dem § 353b StGB entsprechender Disziplinaratbestand formulieren, der dem Schutzgut der „öffentlichen Interessen“ vor Gefährdungen durch Verletzung der Pflicht zur Amtsverschwiegenheit in ausreichendem Maße Rechnung tragen würde. Soweit gegen eine solche Lösung geltend gemacht wird, die Presse- und Rundfunkfreiheit sei bei Durchsuchungen und Beschlagnahmen im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung dhnehin zu beachten, so dass eine Durchsuchung wegen Verdachts des § 353b StGB in der Regel unverhältnismäßig sei, wenn sie bei Medienmitarbeitern oder in Redaktionen stattfindet, belegt die Rechtswirklichkeit das Gegenteil (vgl. LG Bremen AfP, 1997, 561, 563).“

7. § 353d Nr. 3 StGB (Art. 2 Nr. 2 FDP-E und Art. 1 Nr. 2 GRÜNEN-E)

Das Bundesverfassungsgericht hat durch Beschluss des Ersten Senats vom 3. Dezember 1985 (BVerfGE 71, 206 = NJW 1986, 1239) den § 353d Nr. 3 StGB zwar für mit dem Grundgesetz vereinbar gehalten, allerdings nur in verfassungskonformer Auslegung (dass nämlich die öffentliche Mitteilung „ohne oder gegen den Willen des von der Berichterstattung Betroffenen erfolgt ist“) und auch nur unter Hinweis darauf, dass die Vorschrift „wenig wirksam“ erscheint (BVerfGE 71, 206/221). Denn die öffentliche Berichterstattung über die Tätigkeit der Justiz ist, wie das Bundesverfassungsgericht betont, stets erlaubt. Danach ist die Streichung folgerichtig und verletzt keinesfalls die Verfassung.

Münster, den 18. Oktober 2006

(Prof. Dr. Bodo Pieroth)