

*Rainer Hamm*

**Stellungnahme**  
**Für die öffentlichen Anhörung vor dem**  
**Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages**  
**am 25. Oktober 2006**  
**zu**

Gesetzentwurf der Abgeordneten Jerzy Montag u.a., sowie der Fraktion  
BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN vom 07.02.2006

– **BT-Drucksache 16/576** –

Gesetzentwurf der Abgeordneten Sabine Leutheusser-Schnarrenberger u.a.  
und der Fraktion der FDP vom 15.03.2006

– **BT-Drucksache 16/956** –

Gesetzesantrag des Landes Baden-Württemberg vom 05.09.2006

– **BR-Drucksache 650/06** -

unter Berücksichtigung des noch nicht eingebrachten Gesetzentwurfs der  
Abgeordneten Wolfgang Neskovic u.a. und der Fraktion DIE LINKE (über-  
sandt mit Schreiben vom 19.10.2006)

(Inoffizielle **Kontextfassung** der betroffenen Vorschriften mit eingefügten und farblich  
kenntlich gemachten Änderungen im **Anhang S. 11**)

## I. Vorbemerkungen:

Stellungnahmen zu den Sachfragen der vorliegenden Gesetzentwürfe sind mehr als Beiträge zu den meisten anderen rechtspolitischen Diskussionsthemen vorgeprägt durch das berufliche Interessenumfeld des jeweiligen Autors. Geht es dabei doch um jeweils verfassungsrechtlich geschützte Interessenfelder von Personengruppen, die legitimer Weise die Tendenz verfolgen können, bei der Abwägung zwischen den „eigenen“ Grundrechten gegen diejenigen anderer Grundrechtsträger Ersteren (den „eigenen“) den Vorrang einzuräumen.

Deshalb halte ich es für notwendig, vor der Stellungnahme im Einzelnen, meinen eigenen Standpunkt im Diskussionsumfeld zu markieren und offen zu legen. Dies gilt umso mehr, als ich dem Berufsstand der Anwaltschaft angehöre (die Berufung in den Kreis der Anzuhörenden geht auf eine Empfehlung des Deutschen Anwalt-Vereins zurück), und wir Rechtsanwälte dazu neigen, in Fachbeiträgen oder rechtspolitischen Stellungnahmen aus der Perspektive und aus der Interessenlage unserer jeweiligen Klientel zu argumentieren.

Es verbietet sich aber gerade bei dem Thema **Pressefreiheit und Strafverfolgung** von vorne herein, den gesetzgeberischen Handlungsbedarf allein aus einer einzigen Interessenrichtung zu beurteilen. Umgekehrt lässt sich die Legitimität bzw. Illegitimität von Interessen nicht ausschließlich im Lichte eines einzigen Grundrechts (z.B. Art 5 GG) beurteilen. Das Recht auf Informationelle Selbstbestimmung, auf Unverletzlichkeit der Wohnung und das Post- und Fernmeldegeheimnis können (auch wechselseitig) verstärkend oder einschränkend wirken.

Aber schon am Grundrecht auf Pressefreiheit (Art. 5 GG) partizipieren Personengruppen mit ganz unterschiedlichen Interessen:

- die Konsumenten der Medien mit ihrem Interesse an einer möglichst umfassenden und unbehinderten Information;
- auf die „offizielle“ Nachrichtenlage angewiesene Medienschaffende;
- investigativ tätige Journalisten (darunter die „Scheckbuchjournalisten“ und auf Spontanhinweise angewiesene), die den Quellenschutz benötigen, um die zugesagte Vertraulichkeit einzuhalten und die Quellen nicht für die Zukunft zu verschließen;
- Informanten, die dringend auf den Quellenschutz der Journalisten angewiesen sind, um keine dienstlichen oder sonst berufsrechtlichen Sanktionen zu riskieren, obwohl sie sich strafbar machen;
- von Veröffentlichungen betroffene Bürgerinnen und Bürger, die z.B. durch die Skandalisierung eines ihnen widerfahrenen Unrechts Vorteile für die Wiederherstellung des Rechts erwarten;

Dagegen stehen aber auch diejenigen Personengruppen, die sich als Opfer von allzu sehr tabuisierter und gegen (auch staatliche) Kontrolle geschützter Pressefreiheit empfinden:

- unter Verletzung der Unschuldsvermutung bereits als „überführte Straftäter“ durch die Medien stigmatisierte Verdächtige;
- Opfer von gesteuerten Pressecampagnen, die auch mit einer Einstellung des Strafverfahrens durch die Staatsanwaltschaft oder sogar durch einen Freispruch keine Chance auf wirkliche öffentliche Rehabilitierung erhalten.

Vor diesem Hintergrund halte ich mich für verpflichtet, eine Antwort auf die nahe liegende Frage der konkreten Stellungnahme auf die Gesetzentwürfe voranzustellen:

### Wer nimmt Stellung?

Was macht einen Strafverteidiger und ehemaligen Datenschutzbeauftragten eines Bundeslandes (Hessen) zum „Sachverständigen“ für den „Schutz von Journalisten und der Pressefreiheit“ (B90/dG) oder auch für die „Sicherung der Pressefreiheit“ (FDP)?

Hierzu in Stichworten einige Angaben zu meiner Person und dem beruflichen Hintergrund meiner Stellungnahme zu der gegebenen Thematik:

#### Justizpraktische Perspektive:

- Praktische Erfahrungen mit Strafprozessen wegen des Vorwurfs der Beihilfe oder Anstiftung des Geheimnisverrats nach § 353b StGB gegen Journalisten i.w.S.?  
→ Nein.
- Praktische Erfahrungen mit Strafprozessen wegen des Vorwurfs der Veröffentlichung von Anklageschriften oder Aktenteilen im Wortlaut nach § 353d Abs. 3 StGB?  
→ Ganz wenig.
- Praktische Erfahrungen mit der Verteidigung von Journalisten?  
→ Ja, durchaus nicht selten, wobei ich schon als Begründung für die Anwaltswahl gehört habe: „Bei Ihnen bin ich sicher, dass Sie meine Akten nicht einem anderen Journalisten geben.“
- Praktische Erfahrung mit unzulänglich begründeten Durchsuchungsbeschlüssen?  
→ Vielfach, auch mit Erfolgen und Misserfolgen im Rechtswegverfahren bis hin zum BVerfG.
- Praktische Erfahrung mit unzulänglich begründeten Durchsuchungsbeschlüssen unter Verwendung von „Vorwandvorwürfen“?  
→ Vielfach, und dank der Offenheit von Staatsanwälten nicht einmal immer nur vermutet.

- Praktische Erfahrungen mit Umgehungsstrategien der Strafverfolgungsbehörden gegenüber beruflichen Schweigerechten und Geheimhaltungspflichten?  
→ Ja.
- Praktische Erfahrungen mit dem Phänomen der „gezielten Suche nach Zufallsfunden“ und dem Verdacht auf Hausdurchsuchungen (oder anderer Grundrechtseingriffe) gezielt zum (eigentlichen) Zweck der Suche nach Zufallsfunden?  
→ Ja..
- Eigene Beobachtungen über Besonderheiten bei solchen Missständen bezogen auf Verfahren gegen Medienschaffende?  
→ Nein. Eher noch: eine immer wieder zu hörende Klage von Journalisten, die selbst beschuldigt sind, darüber, dass andere Journalisten über Informationen aus ihren Ermittlungsakten verfügen – jeweils verbunden mit der Frage: „Gibt es dagegen keine rechtlichen Möglichkeiten?“

Meine theoretische Befassung mit dem Thema Medien und Strafjustiz:

- Meine frühere Sensibilisierung zum Thema Medien und Strafprozess erfolgte durch die SPIEGEL-Affaire. Sie war eine, „Zeitenwende im Verhältnis zwischen den Medien und den Strafverfolgungsorganen“ (so auch in meinem Buch „Große Strafprozesse und die Macht der Medien“, Nomos Verlag, 1997, S. 48). Die damaligen Übergriffe des Staates in die Integrität und persönliche Freiheit von kritischen Journalisten und die informationelle Schutzzone von Redaktionsräumen zogen eine erfreuliche Liberalisierungswelle in der öffentlichen Diskussion und nicht zuletzt auch in der Gesetzgebung nach sich. Man kann durchaus sagen, dass die größte und erfreulichste, aber leider auch die letzte Novelle des Untersuchungshaftrechts 1964 das Ergebnis dieser Wende war. Übrigens: Es ist im Vorfeld der Novelle 1964 niemand auf den Gedanken gekommen, das materielle Strafrecht dahin einschränken zu wollen, dass bestimmte Tatbestände (z.B. Landesverrat) dann nicht gelten sollten, oder dass bestimmte Teilnahmeformen aus der Strafbarkeit herausgenommen werden sollten, wenn der Gehilfe oder Anstifter einer bestimmten nach dem Wertesystem des Grundgesetzes besonders wichtigen Berufsgruppe angehörte.
- Ich will aber auch nicht verschweigen, dass ich sehr viel später selbst einmal einen Versuch unternommen habe, auf dem Weg über das Bundesverfassungsgericht nach diesem Muster eine – wie wir meinten – für den Rechtsstaat besonders wichtige Berufsgruppe aus der Anwendbarkeit eines Straftatbestandes ausnehmen zu lassen: Dabei ging es um die Frage, ob wir Strafverteidiger bei der Annahme von Honorar Geldwäsche begehen können. Das BVerfG ist uns soweit entgegengekommen, dass es im Wege der verfassungskonformen Auslegung den subjektiven Tatbestand auf die Fälle beschränkte, in denen der Verteidiger unabhängig von der durch die Strafverfolgungsbehörden geltend gemachten Beweislage ein sicheres Wissen von der deliktischen

Herkunft (Katalog-Vortat) der entgegengenommenen Gelder hat. Der damals von einigen Autoren und Gerichten erwogenen Verneinung der Rechtswidrigkeit oder sogar der Tatbestandsmäßigkeit mit Blick auf die besondere prozessuale Rolle des Verteidigers und seiner Aufgabe bei der Geltendmachung der Unschuldsvermutung für seinen Mandanten ist das BVerfG nicht gefolgt (NJW 2004, 1305).

- Zu dem hier zur Erörterung anstehenden Gesetzesvorschlag von Bündnis 90/Die Grünen hatte ich schon einmal Gelegenheit, an einem von dieser Fraktion am 3. 4. 2006 veranstalteten Fachgespräch teilzunehmen. Ich habe mich damals gegen die materiell-rechtliche Lösung des verfahrensrechtlichen Problems der missbräuchlichen Verwendung von prozessualen Eingriffsermächtigungen wie §§ 94, 98, 100h, 108 StPO ausgesprochen, die Streichung des § 353d StGB als eines überflüssigen „legislativen Wurmfortsatzes“ der Bemühungen um die Einführung einer Sanktion für „contempt of court“ befürwortet – freilich verbunden mit der Warnung davor, dass dabei oder danach die alte Diskussion wieder aufflackern könnte, ob nicht doch ein Bedürfnis für eine Vorschrift nach dem Muster des § 452 des E 1962 (Strafbarkeit einer vorwegnehmenden Berichterstattung ohne Begrenzung auf die Wortlautwiedergabe) besteht. Zu den von Bündnis90/Grüne vorgeschlagenen Einschränkungen der Grundrechtseingriffe in der StPO habe ich mich positiv geäußert, aber auch hier die kritische Frage aufgeworfen, warum man das damit verfolgte Anliegen nicht einbettet in ein Gesamtkonzept einer besseren und in sich konsistenten Sicherung von beruflichen Schweigerechten und Geheimhaltungspflichten.
- Ich war Berichterstatter bei verschiedenen Stellungnahmen des Deutschen Anwaltvereins zu den früheren Gesetzesvorschlägen zu gleichen oder ähnlichen Themen.

## II. Stellungnahme zu den vorliegenden Entwürfen:

### 1. Allgemeines zum gesetzgeberischen Handlungsbedarf:

Die vorliegenden Gesetzentwürfe gehen bei aller Unterschiedlichkeit in den Lösungsansätzen übereinstimmend davon aus, es bestehe ein spezifischer Regelungsbedarf, um auch nach den Gesetzesänderungen von 2002 (z.B. im „Cicero-Verfahren“) zu Tage getretenen signifikanten Missstände bei die Pressefreiheit bedrohenden Vorgehensweisen von Strafverfolgungsbehörden gegen Medienschaffende entgegenzuwirken, um die Vertraulichkeit der Vorinformationen der Journalisten zu sichern.

Bereits gegen diese Prämisse bestehen Bedenken. Man könnte auch sagen, dass die jetzigen Vorschläge, eine bereichsspezifische Regelung zur Sicherung von beruflichen Schweigerechten zu schaffen, einen Rückschritt gegenüber früheren rechtspolitischen Vorhaben bedeutet.

Die frühere Bundesregierung war nämlich schon einmal auf dem (richtigen) Weg, als sie einen Forschungsauftrag mit dem Ziel erteilte, alle in der StPO geregelten Zeugnisverweigerungsrechte bei (verdeckten) Ermittlungsmaßnahmen in einem Gesamtkonzept neu zu regeln

und zu ordnen. Als Anlass für das Projekt bezeichnete die damalige Bundesjustizministerin ausdrücklich den folgenden Befund:

*„Die Ausgestaltung der Zeugnisverweigerungsrechte in der StPO lässt ... systematische Stringenz vermissen, in Teilbereichen werden Wertungswidersprüche ausgemacht. Insbesondere im Bereich verdeckter Ermittlungsmaßnahmen ... stellt sich ... die Frage nach einem stimmigen Gesamtkonzept, das sowohl den mit Zeugnisverweigerungsrechten geschützten Interessen als auch den Belangen einer wirksamen Strafverfolgung besser Rechnung trägt.“<sup>1</sup>*

Im Jahre 2002 stellte der aus Strafrechtswissenschaftlern und –praktikern zusammengesetzte Arbeitskreis Strafprozessrecht und Polizeirecht (ASP) die Ergebnisse seiner mehrjährigen Arbeiten vor.<sup>2</sup> Dazu gehörte insbesondere ein Gesetzesvorschlag, der in einem abgestuften System, bezogen auf alle zur Zeugnisverweigerung berechtigten Berufsgruppen, einen größtmöglichen Schutz gegen Eingriffe des Staates in den Vertrauensbereich des jeweiligen Berufsgeheimnisses sicherstellen sollte. Zu der Gruppe der am weitestgehend geschützten Personen sollten dabei die in § 53 Abs. 1 Nr. 5 StPO Genannten, also die Journalisten und anderen Medienschaffenden gehören. Freilich hat der Entwurf sich auf heimliche Ermittlungsmethoden (§§ 99, 100a, 100c, 100g, 110a, 111, 163 d - f StPO) beschränkt, und bezogen auf die Journalisten auch insoweit noch den Vorbehalt gemacht, dass § 97 Abs. 5 Satz 2, 2. Hs. StPO sinngemäß anzuwenden sei. Das hätte bedeutet, dass auch der ansonsten absolute Schutz vor heimlichen Ermittlungen in Fällen eines Kollusionsverdachts an die „relative Beschlagnahmefreiheit“ angeglichen worden wäre.<sup>3</sup>

Der Deutsche Anwaltverein hat zusammen mit anderen Strafverteidigerorganisationen in einer gemeinsamen Stellungnahme im Jahre 2004 (ebenso wie die Journalistenverbände) die Wiederaufnahme der Diskussion um die Realisierung des Gesetzentwurfs des ASP angemahnt. In der Stellungnahme heißt es:

*„Die Strafverteidigerverbände stellen mit Besorgnis fest, dass weder der Entwurf des Arbeitskreises noch die Anlassthematik in den derzeitigen Reformüberlegungen der Bundesregierung oder der sonstigen an der Gesetzgebung beteiligten Stellen und Gruppierungen Beachtung finden. Dabei erscheint es immer dringlicher, die Vertraulichkeit der Kommunikation zwischen den Angehörigen der Vertrauensberufe und ihren Klienten bzw. Informanten gegen heimliche Ermittlungsmethoden besser als bisher zu schützen. Dies gilt umso mehr, als die Zahl der verdeckten Eingriffe in das Post- und Fernmeldegeheimnis nach wie vor wächst und zudem die ausufernde Vorverlagerung des materiellen Strafrechts eine ständige Verlängerung der Kataloge in den jeweiligen strafprozessualen Eingriffsermächtigungen befürchten lässt.“<sup>4</sup>*

Dieser Befund ist nach wie vor richtig.

<sup>1</sup> Däubler-Gmelin, im Geleitwort zu Wolter/Schenke (Hrg.): Zeugnis, Zeugnisverweigerungsrechte bei (verdeckten) Ermittlungsmaßnahmen, Berlin 2002.

<sup>2</sup> Wolter/Schenke (Hrg.) wie Fn. 1

<sup>3</sup> Wolter/Schenke S. 6

<sup>4</sup> DAV-Strafrechtsausschuss Stellungnahme 13/2004 in [http://www.anwaltverein.de/01/04/24/archiv\\_index\\_04.html](http://www.anwaltverein.de/01/04/24/archiv_index_04.html)

Wenn es aber nicht einmal bezogen auf heimliche Ermittlungsmaßnahmen gelingt, ein in sich stimmiges gesetzgeberisches Konzept zum Schutz der beruflichen Vertrauensverhältnisse auf den Weg zu bringen, muss befürchtet werden, dass Einzelregelungen zur Abwehr strafprozessualer Eingriffe in die Arbeitsbedingungen einzelner Berufsangehöriger die Uneinheitlichkeit der Schutzkonzepte noch weiter vergrößert.

2. Zu den einzelnen vorgeschlagenen Regelungen:

**a) § 353 b Abs. 5 StGB**

Die auf eine materiellrechtliche Änderung des Amtsdelikts Geheimnisverrat (§ 353b StGB) gerichteten Vorschläge verfolgen ein Anliegen, das letztlich auf den unbefriedigenden Zustand zurückgeht, dass die Rechtsprechung und ihr folgend die Kommentarliteratur den Beihilfebegriff des § 27 StGB bedenklich weit auslegen. So soll nach einer verbreiteten Auffassung ein Journalist durch Veröffentlichung der unter Verletzung von § 353b Abs. 1 StGB ihm offenbarten Geheimnisse wegen Beihilfe strafbar sein, solange der Haupttäter (Amtsträger) noch auf die von ihm ursprünglich bezweckte Veröffentlichung wartet. Erst mit der Veröffentlichung des Geheimnisses sei die Haupttat „beendet“, so dass gerade in dieser Zweckerfüllung die faktische Unterstützung des Geheimnisverrats durch den Journalisten liegen soll<sup>5</sup>.

Das Bedürfnis, dieser Tendenz der Ausweitung der Strafbarkeit, die weder aus § 353b StGB noch aus § 27 StGB zwingend folgt, zur Vermeidung der prozessualen Folgen mit einer Korrektur im materiellen Recht entgegenzuwirken, ist verständlich. Dass ein investigativ tätiger Journalist nicht bei Strafe verpflichtet sein sollte, ihm angebotenes vertrauliches Material abzuweisen, sollte sich im Lichte des Art. 5 GG in der Tat klargestellt werden. Solange sich also der „Tatbeitrag“ des Journalisten darin erschöpft, solche Dokumente oder Informationen entgegenzunehmen, um sie dann in seiner publizistischen Tätigkeit zu verarbeiten, ist das rechtspolitische Bedürfnis anzuerkennen, die Strafbarkeit durch eine gesetzliche Klarstellung einzuschränken, nachdem dazu bisher die Rechtsprechung nicht bereit war.

Dies kann in der vom FDP-Entwurf vorgeschlagenen Fassung geschehen, die gegenüber dem Entwurf vom Bündnis 90/Die Grünen den Vorzug hat, dass sie bereits auf der Ebene der tatbestandsmäßigen Beihilfe die Eingrenzung vornimmt („nicht strafbar“) und eine weitergehende Freistellung der Medienschaffenden - insbesondere bezogen auch auf Anstiftungen - vermeidet.

Abzulehnen ist die von Bündnis 90/Die Grünen vorgeschlagene gesetzliche Einschränkung auch für Anstiftung, und zwar auf der Ebene der Rechtswidrigkeit. Letzteres würde zu unüberbrückbaren Wertungswidersprüchen führen, die gerade im Verhältnis zwischen dem Anstifter und dem Haupttäter zu kaum übersehbaren praktischen Schwierigkeiten und rechtsdogmatischen Friktionen führen müssten.

---

<sup>5</sup> vgl. LK, Träger, § 353b, Rn. 40

Würde nämlich der Strafgesetzgeber beim Gehilfen und Anstifter unter dem Aspekt des hohen öffentlichen Interesses an der Pressefreiheit und an einer möglichst weitgehenden Publizität von möglicherweise kritikwürdigen Vorgängen die Rechtswidrigkeit verneinen, wäre es schwer, sie noch beim Haupttäter zu bejahen, zumal die Gefährdung wichtiger öffentlicher Interessen nach § 353b Abs. 1 StGB ausdrücklich als besondere Strafbarkeitsvoraussetzung normiert ist.

Gegen die Ablehnung des Vorschlags von Bündnis 90/Die Grünen lässt sich auch nicht einwenden, dass die Abgrenzung zwischen Beihilfe und Anstiftung im Einzelfall – zumal in der Vorprüfung von Durchsuchungen und in der Phase des Anfangsverdachts – schwierig sein kann. Dies trifft zwar zu. Es ändert aber weder etwas an der Strafwürdigkeit der Anstiftung zu einem Geheimnisbruch eines Amtsträgers, noch rechtfertigt diese prozessuale Problematik einen Systembruch im materiellen Strafrecht.

Hauptanwendungsfälle von Anstiftungen zum Bruch des Dienstgeheimnisses dürften diejenigen sein, in denen gleichzeitig ein korruptiver strafrechtlicher Vorgang in Rede steht (Scheckbuchjournalismus gegenüber Amtsträgern). Liegen hierfür konkrete Anhaltspunkte vor, gebietet schon das Legalitätsprinzip mit Blick auf die §§ 331 ff. StGB, dass die Ermittlungen sich auch gegen den Journalisten zu richten haben. Damit wäre der prozessuale Zweck der Freistellung von Journalisten von Eingriffsrechten der Strafverfolgungsbehörden in diesen Fällen ohnehin nicht erreichbar. Würde der Entwurf von B90/Die Grünen Gesetz, wäre im Falle der „gekauften Dokumente“ der Beamte nach §§ 332 und 353b StGB strafbar, während der die Tat initiiierende Journalist bezogen auf seine Anstiftung zu § 353b StGB im Interesse des hohen Gutes der Pressefreiheit rechtmäßig gehandelt hätte. Weshalb soll sein Vorgehen dann eigentlich noch nach § 332 StGB oder § 334 StGB strafwürdig sein?

Solange aber keine Anhaltspunkte für eine (mit oder ohne Korruption verbundene) Anstiftung vorliegen, dürfte nach dem FDP-Modell eine strafprozessuale Zwangsmaßnahme nicht auf die Verdächtigung des Journalisten gestützt werden. Dem Begriff der Anstiftung nach § 26 StGB haftet nämlich nicht jene Ausweitungstendenz an wie der Beihilfe nach § 27 StGB. Somit wäre es auch einer Strafverfolgungsbehörde, die dazu neigen könnte, die Beschuldigung des Journalisten lediglich als Vorwand für eine Suche nach dem Informanten zu nehmen, erheblich erschwert, eine richterliche Durchsuchungsgestattung zu erwirken. Dies gilt umso mehr als der FDP-Vorschlag flankierend in den §§ 97 und 98 StPO die Verdachtsschwelle für die Durchsuchung bei mit verdächtigten Journalisten auf den dringenden Tatverdacht anheben will.

#### **b) Streichung des § 353 d Nr. 3 StGB?**

Gegen die Streichung der Strafdrohung nach § 353d Nr. 3 StGB bestehen keine Einwände. Ich bleibe aber bei dem in der Veranstaltung der Fraktion der Grünen vorgetragenen „Warnung“ vor einem Wiederaufleben der Diskussion um die vorwegnehmende (sei es: vorverurteilende, sei es „vorfreisprechende“) Berichterstattung während laufender Strafverfahren. Die Pönalisierung lediglich der wörtlichen Wiedergabe von Aktenteilen und Anklageschriften ist aus den Diskussionen um die Einführung eines allgemeiner gehalten Contempt of Court - Tat-

bestandes nach dem Muster des § 453 E 1962 als Kompromisslösung übrig geblieben. Es hat sich sodann sehr bald herausgestellt, dass § 353d Ziff. 3 StGB zu dem eigentlichen Zweck einer solcher Strafnorm weder geeignet noch erforderlich ist. Deshalb läuft sie von Anfang an praktisch leer. Nach meinen Beobachtungen haben sich auch die Presseorgane und Journalisten weitgehend darauf eingestellt. Soweit dagegen verstoßen wird, etwa durch das Abbilden von Faksimileabdrucken aus Ermittlungsakten oder aus sichergestellten Beweismitteln in Fernsehmagazinen oder Zeitschriften, ist eine auffallende Zurückhaltung der Strafverfolgungsbehörden zu beobachten.

Mit diesem „Leerlaufen“ hat freilich das Anliegen, eine die Unschuldsvermutung von Beschuldigten oder auch die Effizienz der Strafverfolgung bedrohende vorwegnehmende Berichterstattung zu vermeiden, nichts an ihrer Berechtigung verloren. Dieses Anliegen dürfte aber mit strafrechtlichen Mitteln nicht zu erfüllen sein.

**(Nebenbemerkung mit Blick auf § 353d StGB insgesamt:** Es fällt auf, dass von keiner Seite vorgeschlagen wird, von § 353d Ziff. 1 und 2 StGB Ausnahmen für Journalisten einzuführen, die insoweit lediglich zum Geheimnisbruch Beihilfe leisten oder dazu anstiften!)

### **c) Zu den Änderungsvorschlägen im Verfahrensrecht:**

Soweit im Folgenden einzelne Einschränkungen für Grundrechtseingriffe befürwortet werden, gilt dies stets mit dem oben begründeten allgemeinen Vorbehalt, dass keiner der vorliegenden Vorwürfe überzeugend begründet, weshalb eine bereichsspezifische Regelung für Medienschaffende einer Gesamtbereinigung der verfahrensrechtlichen Voraussetzungen für Eingriffe in die Kommunikationsfreiheit der Träger von beruflichen Schweigepflichten und Schweigerechte sowie der Reichweite von Verwertungsverboten vorweggenommen wird.

#### **aa) Zu § 97 StPO (FDP-Vorschlag):**

Der Vorschlag auf eine Anhebung der Verdachtsschwelle vom einfachen Verdacht auf den dringenden Verdacht als Voraussetzung für Ausnahmen aus den Beschränkungen für die Beschlagnahme ist ebenso wie der vorgeschlagene Zusatz zur Konkretisierung der bei einer Durchsuchung zu beschlagnahmten Gegenstände erfreulicherweise nicht auf Medienschaffende beschränkt, auch wenn die Begründung sich so liest, als hätten die Verfasser den Entwurf auch hier nur im Hinblick auf den Schutz von Journalisten vorgelegt.

Die Erschwerung der Durchsuchung gegenüber (allen) Berufsheimnisträgern, wie sie als Änderung des § 97 Abs. 2 Satz 3 StPO vorgeschlagen wird, ist nachhaltig zu begrüßen, zumal sie auch der seit einiger Zeit zu beobachtenden Tendenz des Bundesverfassungsgerichts entgegenkommt.<sup>6</sup>

#### **cc) § 98 STPO**

---

<sup>6</sup> vgl. z.B. BVerfG NJW 2005, 965 (betr. Redaktionsräume) und zuletzt Beschluss vom 07.09.2006, 1 BvR 1141/05 (betrifft Durchsuchung in einer Anwaltskanzlei in einem OWi-Verfahren)

Die Einbeziehung auch von Wohnungen bzw. Arbeitsräumen freier Journalisten in ihrem Wohnbereich in den Richtervorbehalt und die Ausdehnung des Begriffs des Journalisten mag im Interessen der betroffenen Berufsgruppe liegen. Im Interesse von Normenklarheit dürfen mit Blick auf die immer diffuser werdende Definition des betroffenen Personenkreises jedoch Zweifel angemeldet werden.<sup>7</sup>

Soweit der Entwurf von Bündnis 90/Die Grünen über den FDP-Entwurf hinaus erhöhte Begründungsanforderungen einführen will, sollten die davon ausgehenden einschränkenden Wirkungen nicht überschätzt werden. Nach den Erfahrungen bei früheren Liberalisierungen des Untersuchungshaftrechts, nach denen in den Jahren nach 1964 wohl infolge der damals eingeführten erhöhten Begründungsanforderungen für Freiheit entziehende Entscheidungen die Haftzahlen zunächst zurückgingen, sich aber später wieder auf das alte Niveau einpendelten, weil die Ermittlungsrichter es verstanden haben, mit den erhöhten Formulierungsanforderungen „umzugehen“, wäre ich da skeptisch, wenn nicht das Bundesverfassungsgericht schon nach geltendem Recht ein strenges Auge auf die Praxis hielte. In den letzten Jahren hat diese Verfassungsrechtsprechung erfreuliche Wirkungen gezeitigt. Aber auch hier besteht Anlass für die Sorge, dass jemand Umkehrschlüsse aus der gesetzlichen Anhebung der Begründungsanforderungen für Journalisten zieht, mit dem Ergebnis, dass es, wenn es um andere Grundrechtsträger geht, auch etwas weniger sein kann und nicht ganz so genau genommen werden muss.

#### **dd) § 100h Abs. 2 StPO**

Hier schlagen Bündnis 90/Die Grünen, die FDP, das Land Baden-Württemberg und demnächst wohl auch Die Linke eine Ausdehnung des Personenkreises, der von Auskünften über Telekommunikationsverbindungen ausgenommen ist, auf die Journalisten vor. Das Land Baden-Württemberg will darüber hinaus die auf Kollusionsverdacht gestützte Ausnahme gezielt für Journalisten unter einen strengen Abwägungsvorbehalt stellen, nach dem Muster des § 97 Abs. 5 Satz 2, 2 Hs. StPO.

Gegen all dies ist nichts einzuwenden. Ob man zusätzlich – wie es wohl in ihrem noch nicht eingebrachten Entwurf Die Linke vorschlagen wird - auch hier den Kollusionsverdacht auf die Schwelle des dringenden Tatverdachts anhebt, sollte der weiteren Diskussion vorbehalten bleiben.

#### **§ 108 StPO (Zufallsfund)**

Die hierzu gemachten Vorschläge bringen nichts substantiell Neues. Die Gefahr des Missbrauchs von Eingriffsbefugnissen zu anderen Zwecken als den in den richterlichen Entscheidungen genannten dürfte durch die Neuregelung auch nicht gebannt werden.

---

<sup>7</sup> Vgl. zu dieser Problematik schon anlässlich der Gesetzesänderungen 2002 *meinen* Kommentar in: NJW 2001, 269 ff.

## Kontext-Fassung

**Der von Bündnis 90/die Grünen, der FDP, Die Linke und Baden-Württemberg (BW) vorgeschlagene Gesetzesänderungen:**

### **StGB § 353b [Verletzung des Dienstgeheimnisses und einer besonderen Geheimhaltungspflicht]**

- (1) 1Wer ein Geheimnis, das ihm als
1. Amtsträger,
  2. für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteten oder
  3. Person, die Aufgaben oder Befugnisse nach dem Personalvertretungsrecht wahrnimmt, anvertraut worden oder sonst bekannt geworden ist, unbefugt offenbart und dadurch wichtige öffentliche Interessen gefährdet, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. 2Hat der Täter durch die Tat fahrlässig wichtige öffentliche Interessen gefährdet, so wird er mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft.
- (2) Wer, abgesehen von den Fällen des Absatzes 1, unbefugt einen Gegenstand oder eine Nachricht, zu deren Geheimhaltung er
1. auf Grund des Beschlusses eines Gesetzgebungsorgans des Bundes oder eines Landes oder eines seiner Ausschüsse verpflichtet ist oder
  2. von einer anderen amtlichen Stelle unter Hinweis auf die Strafbarkeit der Verletzung der Geheimhaltungspflicht förmlich verpflichtet worden ist, an einen anderen gelangen läßt oder öffentlich bekanntmacht und dadurch wichtige öffentliche Interessen gefährdet, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.
- (3) Der Versuch ist strafbar.
- (4) 1Die Tat wird nur mit Ermächtigung verfolgt. 2Die Ermächtigung wird erteilt
1. von dem Präsidenten des Gesetzgebungsorgans
    - a) in den Fällen des Absatzes 1, wenn dem Täter das Geheimnis während seiner Tätigkeit bei einem oder für ein Gesetzgebungsorgan des Bundes oder eines Landes bekanntgeworden ist,
    - b) in den Fällen des Absatzes 2 Nr. 1;
  2. von der obersten Bundesbehörde
    - a) in den Fällen des Absatzes 1, wenn dem Täter das Geheimnis während seiner Tätigkeit sonst bei einer oder für eine Behörde oder bei einer anderen amtlichen Stelle des Bundes oder für eine solche Stelle bekanntgeworden ist,

- b) in den Fällen des Absatzes 2 Nr. 2, wenn der Täter von einer amtlichen Stelle des Bundes verpflichtet worden ist;
- 3. von der obersten Landesbehörde in allen übrigen Fällen der Absätze 1 und 2 Nr. 2.

**B90/dG (Die Linke):**

**(5) Wer bei der Vorbereitung, Herstellung oder Verbreitung von Druckwerken, Rundfunksendungen, Filmberichten oder der Unterrichtung oder Meinungsbildung dienenden Informations- oder Kommunikationsdiensten berufsmäßig mitwirkt oder mitgewirkt hat und dabei zu der Tat angestiftet (anstiftet) oder Hilfe geleistet hat (leistet), handelt nicht rechtswidrig.“**

**FDP:**

**(5) Beihilfehandlungen der in § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 StPO genannten Personen sind dann nicht strafbar, wenn sie sich auf die Veröffentlichung des Geheimnisses beschränken oder mit dieser in unmittelbarem Zusammenhang stehen.“**

**StGB § 353d [Verbotene Mitteilungen über Gerichtsverhandlungen]**

Mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer

1. entgegen einem gesetzlichen Verbot über eine Gerichtsverhandlung, bei der die Öffentlichkeit ausgeschlossen war, oder über den Inhalt eines die Sache betreffenden amtlichen Schriftstücks öffentlich eine Mitteilung macht,
2. entgegen einer vom Gericht auf Grund eines Gesetzes auferlegten Schweigepflicht Tatsachen unbefugt offenbart, die durch eine nichtöffentliche Gerichtsverhandlung oder durch ein die Sache betreffendes amtliches Schriftstück zu seiner Kenntnis gelangt sind, oder

**B90/dG + FDP + Die Linke:**

~~3. die Anklageschrift oder andere amtliche Schriftstücke eines Strafverfahrens, eines Bußgeldverfahrens oder eines Disziplinarverfahrens, ganz oder in wesentlichen Teilen, im Wortlaut öffentlich mitteilt, bevor sie in öffentlicher Verhandlung erörtert worden sind oder das Verfahren abgeschlossen ist.~~

**StPO § 97**

- (1) Der Beschlagnahme unterliegen nicht
  1. schriftliche Mitteilungen zwischen dem Beschuldigten und den Personen, die nach § 52 oder § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 bis 3b das Zeugnis verweigern dürfen;

2. Aufzeichnungen, welche die in § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 bis 3b Genannten über die ihnen vom Beschuldigten anvertrauten Mitteilungen oder über andere Umstände gemacht haben, auf die sich das Zeugnisverweigerungsrecht erstreckt;
3. andere Gegenstände einschließlich der ärztlichen Untersuchungsbefunde, auf die sich das Zeugnisverweigerungsrecht der in § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 bis 3b Genannten erstreckt.

(2) 1Diese Beschränkungen gelten nur, wenn die Gegenstände im Gewahrsam der zur Verweigerung des Zeugnisses Berechtigten sind, es sei denn, es handelt sich um eine Gesundheitskarte im Sinne des § 291a des Fünften Buches Sozialgesetzbuch. 2Der Beschlagnahme unterliegen auch nicht Gegenstände, auf die sich das Zeugnisverweigerungsrecht der Ärzte, Zahnärzte, Psychologischen Psychotherapeuten, Kinder- und Jugendlichenpsychotherapeuten, Apotheker und Hebammen erstreckt, wenn sie im Gewahrsam einer Krankenanstalt oder eines Dienstleisters, der für die Genannten personenbezogene Daten erhebt, verarbeitet oder nutzt, sind, sowie Gegenstände, auf die sich das Zeugnisverweigerungsrecht der in § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3a und 3b genannten Personen erstreckt, wenn sie im Gewahrsam der in dieser Vorschrift bezeichneten Beratungsstelle sind. 3Die Beschränkungen der Beschlagnahme gelten nicht, wenn die zur Verweigerung des Zeugnisses Berechtigten einer Teilnahme oder einer Begünstigung, Strafvereitelung oder Hehlerei **dringend (auch Linke)** verdächtig sind 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~~ **oder zur Begehung einer Straftat gebraucht oder bestimmt sind oder die aus einer Straftat herrühren, soweit sich die zu beschlagnahmenden Gegenstände unmittelbar auf die Tat beziehen, wegen derer die Beschlagnahme erfolgen soll. (FDP)**

(3) Soweit das Zeugnisverweigerungsrecht der Mitglieder des Bundestages, eines Landtages oder einer zweiten Kammer reicht (§ 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4), ist die Beschlagnahme von Schriftstücken unzulässig.

(4) Die Absätze 1 bis 3 sind entsprechend anzuwenden, soweit die in § 53a Genannten das Zeugnis verweigern dürfen.

(5) 1Soweit das Zeugnisverweigerungsrecht der in § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 genannten Personen reicht, ist die Beschlagnahme von Schriftstücken, Ton-, Bild- und Datenträgern, Abbildungen und anderen Darstellungen, die sich im Gewahrsam dieser Personen oder der Redaktion, des Verlages, der Druckerei oder der Rundfunkanstalt befinden, unzulässig. 2Absatz 2 Satz 3 gilt entsprechend; die Beschlagnahme ist jedoch auch in diesen Fällen nur zulässig, wenn sie unter Berücksichtigung der Grundrechte aus Artikel 5 Abs. 1 Satz 2 des Grundgesetzes nicht außer Verhältnis zur Bedeutung der Sache steht und die Erforschung des Sachverhaltes oder die Ermittlung des Aufenthaltsortes des Täters auf andere Weise aussichtslos oder wesentlich erschwert wäre.

**StPO § 98 [Anordnung der Beschlagnahme]**

- (1) 1 Beschlagnahmen dürfen nur durch den Richter, bei Gefahr im Verzug auch durch die Staatsanwaltschaft und ihre Ermittlungspersonen (§ 152 des Gerichtsverfassungsgesetzes) angeordnet werden. Die Beschlagnahme nach § 97 Abs. 5 Satz 2 in den Räumen einer Redaktion, eines Verlages, einer Druckerei, ~~oder einer Rundfunkanstalt~~ **oder** (sowie) **einer Wohnung oder anderer Räume (FDP; BW: oder in Arbeitsräumen) von Personen, die nach § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 das Zeugnis verweigern dürfen (zur Verweigerung des Zeugnisses berechtigt sind), darf nur durch den Richter angeordnet werden.** (FDP) (B90/dG: S. 2 streichen ersetzen durch Abs. 2:)
- (2) Die Beschlagnahme nach § 97 Abs. 5 Satz 2 in den Räumen einer Redaktion, eines Verlages, einer Druckerei, ~~oder einer Rundfunkanstalt~~ **oder einer Wohnung von Personen, die nach § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 das Zeugnis verweigern dürfen, darf nur durch den Richter angeordnet werden. In der schriftlichen Begründung des Gerichts sind einzelfallbezogen darzulegen:**
1. **die Straftaten, aufgrund derer die Maßnahme angeordnet wird,**
  2. **die konkreten Anhaltspunkte für den Anfangsverdacht und**
  3. **die wesentlichen Erwägungen zur Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit unter Berücksichtigung der Grundrechte aus Art 5 Abs. 1 Satz 2 des Grundgesetzes.**
- (3) 1 Der Beamte, der einen Gegenstand ohne richterliche Anordnung beschlagnahmt hat, soll binnen drei Tagen die richterliche Bestätigung beantragen, wenn bei der Beschlagnahme weder der davon Betroffene noch ein erwachsener Angehöriger anwesend war oder wenn der Betroffene und im Falle seiner Abwesenheit ein erwachsener Angehöriger des Betroffenen gegen die Beschlagnahme ausdrücklichen Widerspruch erhoben hat. 2 Der Betroffene kann jederzeit die richterliche Entscheidung beantragen. 3 Solange die öffentliche Klage noch nicht erhoben ist, entscheidet das Amtsgericht, in dessen Bezirk die Beschlagnahme stattgefunden hat. 4 Hat bereits eine Beschlagnahme, Postbeschlagnahme oder Durchsuchung in einem anderen Bezirk stattgefunden, so entscheidet das Amtsgericht, in dessen Bezirk die Staatsanwaltschaft ihren Sitz hat, die das Ermittlungsverfahren führt. 5 Der Betroffene kann den Antrag auch in diesem Fall bei dem Amtsgericht einreichen, in dessen Bezirk die Beschlagnahme stattgefunden hat. 6 Ist dieses Amtsgericht nach Satz 4 unzuständig, so leitet der Richter den Antrag dem zuständigen Amtsgericht zu. 7 Der Betroffene ist über seine Rechte zu belehren.
- (4) Ist nach erhobener öffentlicher Klage die Beschlagnahme durch die Staatsanwaltschaft oder eine ihrer Ermittlungspersonen erfolgt, so ist binnen drei Tagen dem Richter von der Beschlagnahme Anzeige zu machen; die beschlagnahmten Gegenstände sind ihm zur Verfügung zu stellen.
- (5) 1 Wird eine Beschlagnahme in einem Dienstgebäude oder einer nicht allgemein zugänglichen Einrichtung oder Anlage der Bundeswehr erforderlich, so wird die vorgesetzte Dienststelle der Bundeswehr um ihre Durchführung ersucht. 2 Die ersuchende Stelle ist zur Mitwirkung berechtigt. 3 Des Ersuchens bedarf es nicht, wenn die Beschlagnahme

in Räumen vorzunehmen ist, die ausschließlich von anderen Personen als Soldaten bewohnt werden.

### StPO § 100h [Anordnung der Telekommunikationsauskunft]

- (1) 1Die Anordnung muss den Namen und die Anschrift des Betroffenen, gegen den sie sich richtet, sowie die Rufnummer oder eine andere Kennung seines Telekommunikationsanschlusses enthalten. 2Im Falle einer Straftat von erheblicher Bedeutung genügt eine räumlich und zeitlich hinreichend bestimmte Bezeichnung der Telekommunikation, über die Auskunft erteilt werden soll, wenn andernfalls die Erforschung des Sachverhalts aussichtslos oder wesentlich erschwert wäre. 3§ 100b Abs. 1, 2 Satz 1 und 3, Abs. 6 und § 95 Abs. 2 gelten entsprechend; im Falle der Anordnung der Auskunft über zukünftige Telekommunikationsverbindungen gilt auch § 100b Abs. 2 Satz 4 und 5, Abs. 4 entsprechend.
- (2) 1Soweit das Zeugnisverweigerungsrecht in den Fällen des § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, 2, 4 **und 5** reicht, ist das Verlangen einer Auskunft über Telekommunikationsverbindungen, die von dem oder zu dem **oder zu dem** zur Verweigerung des Zeugnisses Berechtigten hergestellt wurden, unzulässig; eine dennoch erlangte Auskunft darf nicht verwertet werden. 2Dies gilt nicht, wenn die zur Verweigerung des Zeugnisses Berechtigten einer Teilnahme oder einer Begünstigung, Strafvereitelung oder Hehlerei **dringend (Linke)** verdächtig sind. *(Bis hier: B90/dG + FDP + Linke + BW)* **3 Das Verlangen einer Auskunft über Telekommunikationsverbindungen, die von dem oder zu dem nach § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 zur Verweigerung des Zeugnis Berechtigten hergestellt wurden, ist jedoch auch in diesen Fällen nur zulässig, wenn es unter Berücksichtigung der Grundrechte des Artikel 5 Abs. 1 Satz 2 des Grundgesetzes nicht außer Verhältnis zur Bedeutung der Sache steht und die Erforschung des Sachverhaltes oder die Ermittlung des Aufenthaltsortes des Täters auf andere Weise aussichtslos oder wesentlich erschwert wäre. (BW)**
- (3) Die durch die Auskunft erlangten personenbezogenen Informationen dürfen in anderen Strafverfahren zu Beweis Zwecken nur verwendet werden, soweit sich bei Gelegenheit der Auswertung Erkenntnisse ergeben, die zur Aufklärung einer der in § 100g Abs. 1 Satz 1 bezeichneten Straftaten benötigt werden, oder wenn der Beschuldigte zustimmt.

### StPO § 105 [Anordnung; Ausführung]

- (1) 1Durchsuchungen dürfen nur durch den Richter, bei Gefahr im Verzug auch durch die Staatsanwaltschaft und ihre Ermittlungspersonen (§ 152 des Gerichtsverfassungsgesetzes) angeordnet werden. **§ 98 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 gilt entsprechend.** 3Durchsuchungen nach § 103 Abs. 1 Satz 2 ordnet der Richter an; die Staatsanwaltschaft ist hierzu befugt, wenn Gefahr im Verzug ist.

- (2) 1 Wenn eine Durchsuchung der Wohnung, der Geschäftsräume oder des befriedeten Besitztums ohne Beisein des Richters oder des Staatsanwalts stattfindet, so sind, wenn möglich, ein Gemeindebeamter oder zwei Mitglieder der Gemeinde, in deren Bezirk die Durchsuchung erfolgt, zuzuziehen. 2 Die als Gemeindemitglieder zugezogenen Personen dürfen nicht Polizeibeamte oder Ermittlungspersonen der Staatsanwaltschaft sein.
- (3) 1 Wird eine Durchsuchung in einem Dienstgebäude oder einer nicht allgemein zugänglichen Einrichtung oder Anlage der Bundeswehr erforderlich, so wird die vorgesetzte Dienststelle der Bundeswehr um ihre Durchführung ersucht. 2 Die ersuchende Stelle ist zur Mitwirkung berechtigt. 3 Des Ersuchens bedarf es nicht, wenn die Durchsuchung von Räumen vorzunehmen ist, die ausschließlich von anderen Personen als Soldaten bewohnt werden.

### StPO § 108 [Zufallsfunde]

- (1) 1 Werden bei Gelegenheit einer Durchsuchung Gegenstände gefunden, die zwar in keiner Beziehung zu der Untersuchung stehen, aber auf die Verübung einer anderen Straftat hindeuten, so sind sie einstweilen in Beschlag zu nehmen. **§ 97 gilt entsprechend.**<sup>2</sup>  
<sup>(3)</sup> Der Staatsanwaltschaft ist hiervon Kenntnis zu geben.<sup>3 (4)</sup> Satz 1 findet keine Anwendung, soweit eine Durchsuchung nach § 103 Abs. 1 Satz 2 stattfindet. **§ 97 Abs. 5 gilt entsprechend.**
- (2) Werden bei einem Arzt Gegenstände im Sinne von Absatz 1 Satz 1 gefunden, die den Schwangerschaftsabbruch einer Patientin betreffen, ist ihre Verwertung in einem Strafverfahren gegen die Patientin wegen einer Straftat nach § 218 des Strafgesetzbuches ausgeschlossen.