



BUCERIUS LAW SCHOOL

Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht und Rechtsphilosophie
Prof. Dr. Frank Saliger / Tel.: 040 - 307 06 241 / e-mail: franksaliger@law-school.de

Hamburg, 24.10.2006

Schriftliche Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages

am 25.10.2006

- zum Entwurf eines Gesetzes zur Sicherung der Pressefreiheit von Abgeordneten und der Fraktion der FDP vom 16.03.2006 (BT-Drucks. 16/956),
- zum Entwurf eines Gesetzes zum Schutz von Journalisten und der Pressefreiheit im Straf- und Strafprozessrecht von Abgeordneten und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN vom 07.02.2006 (BT-Drucks. 16/576).

Der Schutz der Pressefreiheit ist durch die bestehende Gesetzes- und Rechtslage im Straf- und Strafprozessrecht nicht in jeder Hinsicht ausreichend gewährleistet. Die vorgelegten Gesetzesentwürfe überzeugen allerdings nur insoweit, als sie in Reaktion auf die in zum Teil spektakulären Fällen zu Tage getretenen Defizite maßvolle Abhilfe anbieten. Im Einzelnen nehme ich wie folgt Stellung:

I. Änderungen des Strafgesetzbuchs

1. Einschränkung des § 353 b StGB für Medienangehörige

a. Notwendigkeit einer Einschränkung

Die Gesetzesentwürfe beanstanden mit Recht die Praxis von Strafverfolgungsbehörden, bei der Suche nach dem Täter einer Verletzung von Dienstgeheimnissen Durchsuchungen und Beschlagnahmen bei Medienangehörigen mit dem Vorwurf einer Beihilfe (oder Anstiftung) zu rechtfertigen, wenn die Medienangehörigen das Dienstgeheimnis veröffentlicht haben. Diese Praxis stützt sich auf zwei problematische Annahmen insbesondere der

Rechtsprechung: zum einen der Annahme, dass die Gefährdung öffentlicher Interessen in § 353 b StGB steigerungsfähig ist, so dass eine Vollendungsphase (die Bekanntgabe des Dienstgeheimnisses an den Journalisten) und eine Beendigungsphase (die spätere Publikation des Dienstgeheimnisses durch den Journalisten) unterschieden werden können (Bay-ObLG NStZ 1999, 568; auch Tröndle/Fischer, StGB, 53. Aufl. 2006, § 353 Rdnr. 14); zum anderen die Annahme, dass eine strafbare Beihilfe zu einer Straftat auch in der Phase zwischen Vollendung und Beendigung möglich ist (BGHSt 2, 344, 345 f.; 19, 323, 325). Beide Thesen zusammengenommen entsprechen weder dem Willen des Gesetzgebers, noch tragen sie der Bedeutung der Pressefreiheit hinreichend Rechnung.

Bis 1979 konnte sich Jedermann durch das Offenbaren amtlicher Geheimnisse, das wichtige öffentliche Interessen gefährdete, strafbar machen (§ 353 c Abs. 1 StGB a.F.; „Maulkorb-Paragraph“). Zum 01.01.1980 hat der Gesetzgeber diese Strafvorschrift aufgehoben und die täterschaftliche Strafbarkeit bei § 353 b StGB auf besondere Personen, namentlich Amtsträger, beschränkt (BGBl. 1979 I, S. 2324). Durch die Annahme einer Beihilfestrafbarkeit bei § 353 b StGB für Journalisten, die ihnen offenbarte Dienstgeheimnisse publizieren, wird die Aufhebung des § 353 c Abs. 1 StGB a.F. und damit der Wille des Gesetzgebers unterlaufen (Rogall NJW 1980, 752). Zudem bedeutet die Annahme einer Beihilfestrafbarkeit in der Beendigungsphase eine unverhältnismäßige Verletzung der Pressefreiheit. Mit der Veröffentlichung zugespielter und in der Regel brisanter Dienstgeheimnisse erfüllt die Presse ihre ureigenen Funktionen der Information der Öffentlichkeit über Missstände und der Kontrolle staatlicher Machtausübung. In diesen Funktionen ist die freie Presse für ein demokratisches Gemeinwesen grundlegend (BVerfGE 7, 198, 208). Soweit der Teilnahmeverdacht zur Rechtfertigung von Durchsuchungen und Beschlagnahmen bei Medienangehörigen dient (kritisch Brüning, NStZ 2006, 256), wird darüber hinaus das verfassungsrechtliche geschützte Redaktionsgeheimnis und das Vertrauensverhältnis zum Informanten (BVerfGE 66, 116, 133 ff.; BVerfGE 107, 299, 329 f.) ausgehebelt. Das widerspricht dem vom Bundesverfassungsgericht hervorgehobenen Rechtssatz, dass die journalistische Tätigkeit nicht zum Anlass genommen werden darf, Journalisten einem höheren Risiko auszusetzen als andere Grundrechtsträger (BVerfGE 107, 299, 336).

Da nicht zu erwarten ist, dass die Rechtsprechung ihre Auslegung des § 353 b Abs. 1 StGB in absehbarer Zeit ändern wird, ist eine Initiative des Gesetzgebers zur Entkriminalisierung zu begrüßen.

b. Vollständiger Ausschluß der Teilnahmestrafbarkeit für Medienangehörige?

Zu weit geht jedoch der Vorschlag, jede Teilnahmestrafbarkeit der Presse bei § 353 b StGB zu entkriminalisieren (§ 353 Abs. 5 StGB [Art. 1 Nr. 1 BÜNDNIS 90/GRÜNEN-E]). Rechtsgut des § 353 b StGB ist jedenfalls auch das Vertrauen der Allgemeinheit in die Verschwiegenheit vornehmlich amtlicher Stellen (Tröndle/Fischer, aaO, § 353 b Rdnr. 1). Wenn Dritte den Dienstgeheimnisträger zur unbefugten Offenbarung eines Dienstgeheimnisses (und damit zur Vollendung des § 353 b StGB) anstiften oder ihm dabei Hilfe leisten, können sie sich nach den allgemeinen Grundsätzen wegen Anstiftung oder Beihilfe strafbar machen. Warum für Medienangehörige anderes gelten soll, ist schwer einsichtig. Auch der Schutz der Pressefreiheit dürfte ein solches Privileg kaum tragen. Denn Medienangehörigen kann im Hinblick auf den Rechtsgüterschutz aus § 353 b StGB zugemutet werden, bei Strafdrohung abzuwarten, bis der Dienstgeheimnisträger initiativ wird.

Davon abgesehen wären Strafbarkeitsrisiken für Medienangehörige nicht zu besorgen. Soweit sie das ihnen offenbarte Dienstgeheimnis bloß zur Kenntnis nehmen, sind sie als notwendige Teilnehmer ohnehin straflos. Straflos sind sie aber auch, wenn sie das Dienstgeheimnis nur intern zur journalistischen Absicherung von Meinungen verwerten (Cramer, wistra 2006, 165 f.). Im übrigen erscheint der Vorschlag der FDP-Fraktion zu § 353 b V StGB (Art. 2 Nr. 1 FDP-E) grundsätzlich tauglich, die verbleibenden und hier kritisierten Strafbarkeitsrisiken für Medienangehörige aus der Publikation des Dienstgeheimnisses auszuräumen.

c. Strafausschließungs- oder Rechtfertigungsgrund?

Bei der Frage, wie ein solcher Entkriminalisierungsvorschlag systematisch umzusetzen ist, unterscheiden sich die vorgelegten Entwürfe: Die Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNE formuliert einen Rechtfertigungsgrund, während die FDP-Fraktion einen Strafausschließungsgrund konzipiert. Vorzugswürdig dürfte – auf Basis der Ansicht der Rechtsprechung – die Ausgestaltung als Rechtfertigungsgrund sein. Dazu muß man sehen, dass die Publikation zugespielter Dienstgeheimnisse durch Medienangehörige Ausübung der Pressefreiheit und damit Ausübung eines Grundrechts ist, welche dem Rechtsgüterschutz nach § 353 b I StGB in dieser Konstellation vorgeht. Darin liegt eine Parallele zu dem Rechtferti-

gungsgrund der Wahrnehmung berechtigter Interessen gemäß § 193 StGB. Insgesamt erscheint mir daher folgender Formulierungsvorschlag zu § 353 b V StGB n.F. zielführend:

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

2. Ersatzlose Streichung von § 353 d Nr. 3 StGB?

Beide Gesetzesentwürfe plädieren für eine ersatzlose Streichung des als ineffektiv und überflüssig angesehenen § 353 d Nr. 3 StGB. Die Strafnorm wird in der Tat seit langem als problematisch empfunden. Sie soll die Unbefangenheit von Verfahrensbeteiligten, insbesondere Laienrichtern und Zeugen, gewährleisten und den Beschuldigten vor diskriminierenden „Vorveröffentlichungen“ schützen (NK-Kuhlen, StGB, 2. Aufl. 2005, § 353 d Rdnr. 26). In dieser Hinsicht kann der alleinigen Kriminalisierung von wörtlichen Wiedergaben zumindest eine Anfangsplausibilität insofern nicht abgesprochen werden, als die wortgetreue Wiedergabe von Aktenteilen den Eindruck amtlicher Authentizität erweckt und deshalb in höherem Maße die Rechtsgüter beeinträchtigt. Auf der anderen Seite ist offenkundig, dass das strafbewehrte Verbot von Zitaten leicht durch die sinngemäße Wiedergabe des Akteninhalts umgangen werden kann. Das Bundesverfassungsgericht hat deshalb ein letztlich affirmatives Urteil über die Vorschrift gefällt: Der durch § 353 d Nr. 3 StGB anvisierte Rechtsgüterschutz sei zwar unvollkommen und gering, die Vorschrift insgesamt aber verfassungsgemäß (BVerfG NJW 1986, 1239, 1240 f.).

Auf diesem Hintergrund enthalten die Begründungen der beiden Gesetzesentwürfe wenig Neues für eine Streichung. Warum eine sinngemäße Wiedergabe für die Verfahrensbeteiligten schädlicher sein kann als die wörtliche (so BT-Drucks. 16/576, S. 6), leuchtet ohne weiteres nicht ein. Das gilt umso mehr, als nach der Begründung des Entwurfs der FDP-Fraktion es für Journalisten gerade „leicht“ sein soll, „einer Strafbarkeit nach § 353 d Nr. 3 StGB zu entgehen“, indem sie „mit eigenen Worten“ berichten (BT-Drucks. 16/956, S. 7). Insgesamt wird nicht hinreichend deutlich, warum § 353 d Nr. 3 StGB die Presse massiv beschwert. So bleibt die zwiespältige Einschätzung, dass eine Streichung des § 353 d Nr. 3 StGB zwar stets diskutabel ist, in Gesetzesentwürfen, die die Pressefreiheit schützen und sichern sollen, aber kaum zwingend erscheint.

II. Änderungen der Strafprozessordnung

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

Die Einschränkung des Ausschlusses der Beschlagnahmefreiheit durch Heraufstufung des Teilnahmeverdachts auf einen dringenden Tatverdacht in § 97 Abs. 2 Satz 3 StPO überzeugt nicht. Das gilt schon deshalb, weil der Änderungsvorschlag sich nicht nur auf Medienangehörige, sondern alle Zeugnisverweigerungsberechtigten bezieht.

Zudem erhebt die Strafprozessordnung den dringenden Tatverdacht nur in wenigen, besonders schwerwiegenden Fällen zur Voraussetzung von Zwangsmaßnahmen, während sie im übrigen, also der großen Mehrzahl, einfachen Tatverdacht genügen lässt. So setzen dringenden Tatverdacht voraus die Anordnung von Untersuchungshaft (112 Abs. 1 Satz 1 StPO), die Unterbringung zur Beobachtung in einem psychiatrischen Krankenhaus (§ 81 Abs. 2 Satz 1 StPO), die vorläufige Festnahme durch die Staatsanwaltschaft und die Polizei bei Gefahr im Verzug (§ 127 Abs. 2 StPO) oder auch der Ausschluß eines Verteidigers wegen Straftatverdacht (§ 138 a Abs. 1 StPO). Mit diesen gravierenden Grundrechtseingriffen ist der Ausschluß der Beschlagnahmefreiheit bei Verstrickung des Medienangehörigen auch unter Beachtung der Pressefreiheit nicht vergleichbar.

Davon abgesehen besteht auch kein Bedürfnis für die Heraufstufung zum dringenden Tatverdacht. Dem Anliegen einer hinreichenden Berücksichtigung der Belange der Pressefreiheit hat der Gesetzgeber bereits mit der ausdrücklichen Einführung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes und der Subsidiaritätsklausel in § 97 Abs. V Satz 2 Hs. 2 StPO Rechnung getragen.

2. § 98 Abs. 1 Satz 2 StPO (Art. 1 Nr. 2 FDP-E)

Die Ausdehnung des Richtervorbehalts in § 98 Abs. 1 Satz 2 StPO auch auf die Beschlagnahme in Wohnungen oder anderen Räumen von Medienangehörigen ist billigenwert. Mit diesem Vorschlag wird auf die Realitäten moderner Pressearbeit Rücksicht genommen. Denn tatsächlich sind in der Presse immer mehr freie Journalisten beschäftigt, die ihre Tätigkeit in ihren Privaträumen ausüben, so dass ein erhöhter Schutz allein von festangestellten Journalisten mit Arbeitsplatz in der Redaktion nicht mehr gerechtfertigt ist. Die

Erweiterung des Richtervorbehalts ist ein taugliches Mittel, den Rechtsschutz bei Beschlagnahmen gegenüber freien Journalisten zu stärken. Die objektive und neutrale Sicht eines Richters erhöht die Chance, dass bei der komplexen Abwägungsentscheidung zwischen dem öffentlichen Strafverfolgungsinteresse und dem Schutz der Pressefreiheit das Gewicht der Pressefreiheit angemessen gewürdigt wird.

3. § 98 Abs. 2 StPO (Art. 2 Nr. 1 b BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN-E)

Gegen diesen Regelungsvorschlag erheben sich mehrere Bedenken. Gegen § 98 Abs. 2 Satz 1 ist anzuführen, dass die Erstreckung des Richtervorbehalts auf Wohnungen von Medienangehörigen nicht weit genug geht, weil sie Arbeitsräume nicht erfasst. Insoweit ist der gleichgerichtete Vorschlag der FDP-Fraktion vorzugswürdig. Gegen die Einführung detaillierter Begründungsanforderungen in § 98 Abs. 2 Satz 2 spricht zum einen, dass diese Anforderungen im wesentlichen Klarstellungen der geltenden Rechtslage sind (siehe z.B. Meyer-Goßner, StPO, 49. Aufl. 2006, § 98 Rdnr. 8 f., § 34 Rdnr. 4 f.); sie erscheinen daher nicht zwingend erforderlich. Zum anderen wirkt die Einführung expliziter Begründungsanforderungen allein für die Beschlagnahmeanordnung gegenüber Medienangehörigen die irritierende Folgefrage auf, was dann für die Beschlagnahmeanordnung gegenüber anderen Berufs-geheimnisträgern gelten soll.

4. § 100 h Abs. 2 Satz 1 (Art. 1 Nr. 3 FDP-E, Art. 2 Nr. 2 BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN-E)

Der übereinstimmende Vorschlag, die Unzulässigkeit des Verlangens einer Auskunft über Telekommunikationsverbindungen auch auf das Zeugnisverweigerungsrecht von Medienangehörigen auszudehnen, ist zu begrüßen. Das geltende Gesetz, das allein Geistliche, Verteidiger und Abgeordnete privilegiert, ist grundlos defizitär. Der Gesetzgeber hat die Freistellung insbesondere von Verteidigern und Abgeordneten mit deren für die demokratische Verfassung Deutschlands staatskonstituierenden Kontrollfunktion gerechtfertigt (BT-Drucks. 14/7679, S. 9). Das trifft auch auf Medienangehörige zu. Auch die Kontrolltätigkeit der Presse ist, wie es das Bundesverfassungsgericht wiederholt formuliert hat, für ein demokratisches Gemeinwesen schlechthin konstituierend (BVerfGE 7, 198, 208; 77, 65, 74). Mit der Aufnahme auch der Medienangehörigen in § 100 h Abs. 2 StPO würde jene Schutzlücke in der Kommunikation zwischen Medienangehörigen und ihren Infor-

manten geschlossen, wie sie das Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 12.03.2003 in den Fällen Schneider und Klein deutlich vor Augen geführt hat (BVerfG NJW 2003, 1787). Den Medienangehörigen diesen Schutz vorzuenthalten, hieße sie weiterhin als abschöpfbare Informationsquelle für Strafverfolgungsorgane bereitzuhalten.

5. § 105 Abs. 1 Satz 2 StPO (Art. 2 Nr. 3 BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN-E)

Diese Regelung ist überflüssig. Wie es in der Begründung des Vorschlags selbst heißt, dient die Änderung lediglich der Klarstellung (BT-Drucks. 16/576, S. 7). Es ist anerkannt und systematisch konsequent, dass die Beschlagnahmeverbote des § 97 StPO auch für die Anordnung und Durchführung der Durchsuchung nach § 103 StPO gelten. Denn nach einer Sache, die nicht beschlagnahmt werden darf, darf auch nicht gesucht werden (vgl. BGH NJW 1973, 2035; LG Köln NJW 1981, 1746; Meyer-Goßner, aa0, § 97 Rdnr. 1, § 103 Rdnr. 7; KK-Nack, StPO, 5. Aufl. 2003, § 103 Rdnr. 7).

Aus den gleichen Gründen wie bei § 98 StPO ist auch bei § 105 Abs. 1 StPO eine Klarstellung der Begründungsanforderungen für die Durchsuchungsanordnung nicht erforderlich (zu den hohen Anforderungen siehe zuletzt den Beschluß des BVerfG 2 BvR 2030/04 vom 03.07.2006, Beck RS 2006 Nr. 24382).

6. § 108 Abs. 1 Satz 4 StPO (Art. 2 Nr. 4 BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN-E)

Schließlich ist auch die deklaratorische Aufnahme eines Hinweises auf die entsprechende Geltung des Beschlagnahmeverbots des § 97 Abs. 5 StPO iVm. § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5, Abs. 2 Satz 2 StPO für Zufallsfunde in § 108 Abs. 1 Satz 4 nicht erforderlich. Es ist bereits geltendes Recht, dass die Beschlagnahmeverbote des § 97 StPO auch einer einstweiligen Beschlagnahme von Zufallsfunden nach § 108 StPO entgegenstehen (Meyer-Goßner, aa0, § 97 Rdnr. 1, § 108 Rdnr. 4; KK-Nack, aa0, § 108 Rdnr. 2). Insoweit besteht kein Regelungsbedarf.