

Lehrstuhl für Strafrecht,  
Strafprozessrecht und  
Internationales Strafrecht

Telefon + 49(0)511.7 62-8212  
oder + 49(0)511.7 62-8261  
Fax + 49(0)511.7 62-19071  
E-Mail: [radtke@jura.uni-hannover.de](mailto:radtke@jura.uni-hannover.de)

Weitere Informationen unter:  
[www.jura.uni-hannover.de](http://www.jura.uni-hannover.de)

Dienstgebäude  
Königsworther Platz 1  
30167 Hannover

25. Januar 2011

**Schriftliche Stellungnahme  
zur Vorbereitung öffentlichen Anhörung vor dem Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages**

**zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung  
„Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Pressefreiheit im Straf- und Strafprozessrecht“ – BT-  
Drucks. 17/3355**

**zu dem Gesetzentwurf von Abgeordneten und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN  
„Entwurf eines Gesetzes zum Schutz von Journalisten und der Pressfreiheit im Straf- und Straf-  
prozessrecht“ – BT-Drucks. 17/3989**

**zu dem Änderungsantrag der Fraktion DIE LINKE  
zu dem Entwurf eines Gesetzes zum Schutz von Journalisten und der Pressfreiheit im Straf- und  
Strafprozessrecht (BT-Drucks. 17/39889) – Ausschussdrucks. 17(6)68**

**A. Anlass und Zielsetzung der Gesetzentwürfe und des Änderungsantrages**

Die beiden eingebrachten Gesetzentwürfe und der Änderungsantrag zielen im Kern übereinstimmend darauf ab, durch die vorgeschlagenen Änderungen auf der Ebene des materiellen Strafrechts eine Strafbarkeit von Medienangehörigen wegen Beihilfe zu dem Sonderdelikt Verletzung des Dienstgeheimnisses (§ 353b StGB) durch einen tauglichen Täter (Amtsträger oder in § 353b Abs. 1 diesen gleichgestellte Personen) oder sogar die Anstiftung zu einer solchen Tat auszu-schließen. Auf der Ebene des Strafverfahrensrechts soll bewirkt werden, dass in Folge der Ände-

rungen des materiellen Strafrechts Strafverfahren gegen Medienangehörige wegen des Verdachts strafbarer Teilnahme (§ 26 oder § 27 StGB) an einem Vergehen gemäß § 353b StGB nicht seitens der Strafverfolgungsbehörden dazu genutzt werden, durch strafprozessuale Ermittlungsmaßnahmen gegen der Teilnahme verdächtigter Medienangehörige Erkenntnisse für das häufig zunächst gegen Unbekannt geführte Strafverfahren wegen der Verletzung eines Dienstgeheimnisses gegen einen tauglichen Täter zu gewinnen. Auf der Grundlage des bisher geltenden Rechts sehen die beiden Gesetzentwürfe wie der Änderungsantrag Beeinträchtigungen der durch Art 5 Abs. 1 S. 2 GG geschützten Presse- und Rundfunkfreiheit insbesondere deshalb vor, weil Informanten von Medienangehörigen befürchten müssen, dass trotz einer Vertraulichkeitszusage seitens des Medienangehörige die Identität des Informanten sowie Art und Weise der Informationsweitergabe an den Medienangehörigen im Zuge von strafprozessualen Ermittlungsmaßnahmen gegen diesen bekannt werden. Dadurch würden das grundgesetzlich garantierte Redaktionsgeheimnis und das Vertrauensverhältnis zwischen Medienangehörigen und ihren Informanten in Frage gestellt.<sup>1</sup> Das geltende Recht bietet aus Sicht der Entwürfe keine der verfassungsrechtlichen Garantie der Presse- und Rundfunkfreiheit genügende Sicherung gegen solche Beeinträchtigungen, weil derzeit materiell-rechtlich eine strafbare Beihilfe des Medienangehörigen zu der Haupttat aus § 353b StGB bereits auf den Umstand der Veröffentlichung eines „Geheimnisses“ im Sinne der genannten Strafvorschrift gestützt werden könne und strafprozessual § 97 Abs. 5 S. 2 i.V.m. Abs. 2 S. 3 StPO einer Beschlagnahme von Beweis- oder Einziehungsgegenständen bei dem Medienangehörigen wegen dessen Status als Beschuldigter des Strafverfahrens nicht entgegensteht.

Für die Notwendigkeit einer Änderung der materiell-rechtlichen und der strafprozessualen Rechtslage verweisen die Begründungen der Gesetzentwürfe übereinstimmend auf den Fall „CICERO“, der u.a. Gegenstand des Urteils des 1. Senats des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) vom 27. Februar 2007<sup>2</sup> gewesen ist. Dort war die Einleitung des strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens gegen einen Journalisten wegen des Verdachts der Beihilfe zu einem Geheimnisverrat (§ 353b Abs. 1, § 27 StGB) allein darauf gegründet worden, dass über Inhalte aus einem in die niedrigste Geheimhaltungsstufe (VS – Nur für den Dienstgebrauch) eingeordneten Papier des Bundeskriminalamtes über einen dem Terrornetzwerk al Quaida zugeordneten Terroristen in dem Magazin CICERO berichtet worden war. Im Zuge der ermittlungsrichterlich angeordneten Durchsuchungen der Redaktionsräume wurde zahlreiches Beweismaterial als sog. „Zufallsfunde“ beschlagnahmt, das in keinerlei Zusammenhang mit dem verfahrensgegenständlichen Tatverdacht stand. Der Gesetzentwurf der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN nimmt zudem für die tatsächliche Situation Bezug auf Erhebungen des Deutschen Journalistenverbandes. Danach seien in den Jahren 1987–2000 insgesamt in 164 Fällen Medienangehörige wegen des Verdachts der strafbaren Beteiligung am Geheimnisverrat Beschuldigte in Ermittlungsverfahren gewesen. In keinem der Fälle seien die Verfahren mit einer Verurteilung abgeschlossen worden.<sup>3</sup>

## **B. Verfassungsrechtlicher und menschenrechtlicher Rechtsrahmen**

### **I. Verfassungsrechtlicher Schutz der Presse- und Rundfunkfreiheit (Art. 5 Abs. 1 und Abs. 2 GG)**

Das BVerfG bewertet die Freiheit der Medien als für die freiheitlich demokratische Grundordnung

---

<sup>1</sup> Siehe BT-Drucks. 17/3355 S. 1; BT-Drucks. 17/3889 S. 1.

<sup>2</sup> 1 BvR 538/06 u.a., BVerfGE 117, 244 = NJW 2007, 1117 ff.; dazu u.a. *Brüning wistra* 2007, 333–336; *Gaede AfP* 2007, 91–93; *Pomorin ZUM* 2008, 40–48; *Schmidt-de Caluwe NVwZ* 2007, 640–645; *Starke AfP* 2007, 91–93.

<sup>3</sup> BT-Drucks. 17/3889 S. 6 f.

schlechthin konstituierend<sup>4</sup> und schreibt der freien Presse sowie dem freien Rundfunk damit eine besondere Bedeutung für den freiheitlichen Staat zu.<sup>5</sup> Die Medienfreiheit weist sowohl eine individualrechtsschützende Komponente zugunsten der im Medienbereich tätigen Personen als auch eine Institutsgarantie für die institutionelle Eigenständigkeit von Presse und Rundfunk auf.<sup>6</sup> Der sachliche Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG erfasst u.a. die Geheimhaltung der Informationsquellen, sowie das Vertrauensverhältnis zwischen den Medien und deren Informanten.<sup>7</sup> Wie das BVerfG in seiner Entscheidung zum Fall CICERO erneut betont hat, ist der angesprochene Schutz des Vertrauensverhältnisses zu Informanten unverzichtbar für die Erfüllung der Aufgaben der Medien, weil Informationen durch private Mitteilungen lediglich dann in ergiebiger Weise zur Verfügung stehen, wenn der Informant sich zumindest grundsätzlich auf die Wahrung der Vertraulichkeit und des Informationsgeheimnisses verlassen kann.<sup>8</sup> In den Schutzbereich der Pressefreiheit in persönlicher Hinsicht sind alle im Presse- bzw. Rundfunkwesen tätigen Personen einbezogen. Der Schutzbereich erfasst deren Tätigkeit „von der Beschaffung der Information bis zur Verbreitung der Nachricht und der Meinung“.<sup>9</sup>

Der so bestimmte Schutzbereich ist durch die Vornahme von strafprozessualen Maßnahmen, insbesondere die Durchsuchung von „Presserräumen“, gegen Medienangehörige beeinträchtigt, wobei die Beeinträchtigung sich sowohl aus der Störung der redaktionellen Arbeit selbst, aber auch aus Einschüchterungseffekten ergeben kann, die mit der Tätigkeit freier Medien nicht ohne weiteres vereinbar sind.<sup>10</sup> Erlangt der Staat aufgrund der Durchsuchung von Redaktionsräumen u.ä. sowie der Sicherstellung oder Beschlagnahme Kenntnis von Informationen, die sich Medienangehörige durch den Kontakt mit privaten Informanten verschafft haben, liegt darin sowohl ein Eingriff in das durch Art. 5 Abs. 1 S. 2 gewährleistete Redaktionsgeheimnis, als auch in das Vertrauensverhältnis zu den Informanten.<sup>11</sup>

Die Presse- und Rundfunkfreiheit ist gemäß Art. 5 Abs. 2 GG durch die „allgemeinen Gesetze“ begrenzt. Solche sind nach der ständigen Rechtsprechung des BVerfG alle Gesetze, die nicht gegen die Meinungsfreiheit als solche, die Presse- und Rundfunkfreiheit als solche oder gegen eine bestimmte Meinungsäußerung richten. Erweisen sich die mit einem Eingriff in den Schutzbereich der Pressefreiheit verbundenen allgemeinen Gesetze als auslegungsbedürftig, muss bei der Auslegung des Gesetzes die Bedeutung der Pressefreiheit Berücksichtigung finden.<sup>12</sup> Die im Rahmen der vorliegenden Gesetzesentwürfe einschlägigen materiell-rechtlichen Bestimmungen in § 353b StGB sowie §§ 26, 27 StGB und die Regelungen der StPO über die Beschlagnahme und Durchsuchung (§§ 94, 97, 98, 102, 105 StPO) sind „allgemeine Gesetze“ im Sinne von Art. 5 Abs. 2 GG, die allerdings entsprechend der vorstehend angesprochenen Wechselwirkung wiederum unter Berücksichtigung der Gewährleistungen der Presse- und Rundfunkfreiheit in Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG

---

<sup>4</sup> BVerfGE 7, 198 (208); BVerfG 77, 65 (74); BVerfGE 117, 244 (258).

<sup>5</sup> BVerfGE 20, 162 (174); BVerfGE 50, 234 (239 f.); BVerfGE 77, 65 (74).

<sup>6</sup> BVerfGE 66, 116 (133); BVerfGE 77, 65 (74 f.); BVerfGE 117, 244 (258f.).

<sup>7</sup> BVerfG 100, 313 (365); BVerfGE 117, 244 (259).

<sup>8</sup> BVerfGE 117, 244 (259) unter Verweis auf BVerfGE 20, 162 (176 und 187); BVerfGE 36, 193 (204).

<sup>9</sup> BVerfGE 77, 346 (354); BVerfGE 117, 244 (259).

<sup>10</sup> BVerfG (1. Kammer des 1. Senats) NJW 2005, 965.

<sup>11</sup> BVerfGE 66, 116 (133 f.); BVerfGE 107, 299 (331); BVerfGE 107, 299 (331).

<sup>12</sup> Stdg. Rspr.; siehe etwa BVerfGE 111, 147 (155); BVerfGE 117, 244 (260).

ausgelegt und angewendet werden müssen.<sup>13</sup>

Auf der Grundlage dieses Verständnisses des Schutzbereichs und der Schranken der Medienfreiheit hat das BVerfG in seinem Urteil zum Fall CICERO unter Verweis auf die Regelung in § 97 Abs. 5 S. 2 Halbs. 2 StPO die Bedeutung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes bei der Durchführung einer strafprozessualen Beschlagnahme bei Medienangehörigen in einem gegen diese gerichteten Ermittlungsverfahren wegen des Verdachts der strafbaren Beteiligung an einem Geheimnisverrat nach § 353b StGB oder dem Verdacht der Begehung von darauf bezogenen Nachtatdelikten (etwa § 257 oder § 259 StGB) hervorgehoben. Zwar ist es von Verfassungs wegen grundsätzlich nicht zu beanstanden, dass das Beschlagnahmeverbot aus § 97 StPO nicht eingreift, wenn die Beschlagnahme in einem Strafverfahren erfolgt, dessen Beschuldiger ein Medienangehöriger ist.<sup>14</sup> Allerdings hat das Gericht ausdrücklich unter Verweis auf seine frühere Rechtsprechung klargestellt, dass Durchsuchungen und Beschlagnahmen in einem gegen einen Medienangehörigen als Beschuldigten gerichteten strafrechtlichen Ermittlungsverfahren „verfassungsrechtlich unzulässig“ sind, wenn die Ermittlungsmaßnahmen lediglich vorgenommen werden, um die Person des Informanten des Medienangehörigen ermitteln zu können.<sup>15</sup> Zwar ist nach der verfassungsgemäßen derzeitigen Rechtslage die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens gegen einen Medienangehörigen nicht unzulässig, wenn tatsächliche Anhaltspunkte dafür bestehen, dass ein von ihm veröffentlichtes Dienstgeheimnis unbefugt in seine Hände gelangt ist. Allerdings genügt vor dem Hintergrund des vom Schutzbereich der Pressefreiheit umfassten Informantenschutzes für die Anordnung und Durchführung von Durchsuchungen und Beschlagnahmen bei den in § 53 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 StPO genannten Medienangehörigen nicht, dass sich der Tatverdacht der Beteiligung an einem Geheimnisverrat lediglich auf den Umstand der Veröffentlichung des Geheimnisses stützt. Angesichts dessen muss nach den Vorgaben des BVerfG die strafprozessualen Vorschriften über Durchsuchung und Beschlagnahme (§§ 97, 98, 102, 105 StPO) derart ausgelegt werden, dass

„die bloße Veröffentlichung des Dienstgeheimnisses durch einen Journalisten nicht ausreicht, um einen diesen Vorschriften genügenden Verdacht der Beihilfe des Journalisten zum Geheimnisverrat zu begründen. Zu fordern sind vielmehr spezifische tatsächliche Anhaltspunkte für das Vorliegen einer vom Geheimnisträger bezweckten Veröffentlichung des Geheimnisses und damit einer beihilfefähigen Haupttat.“<sup>16</sup>

Nach diesen Maßstäben gemessen erwiesen sich die von dem zuständigen Ermittlungsrichter angeordnete Durchsuchung der Redaktion und die Beschlagnahme von dort aufgefundenem Beweismaterial als verfassungswidrig.

---

<sup>13</sup> BVerfGE 107, 299, 330 f.; BVerfGE 117, 244 (260).

<sup>14</sup> BVerfGE 117, 244 (262) sowie bereits zuvor BVerfG (1. Kammer des 1. Senats) NJW 2005, 965.

<sup>15</sup> BVerfGE 117, 244 (265) unter Verweis auf das Urteil in der sog. SPIEGEL-Affäre BVerfGE 20, 162 (191 f.).

<sup>16</sup> BVerfGE 117, 244 (266).

## II. Menschenrechtlicher Schutz der Informationsfreiheit (Art. 10 Abs. 1 S. 2 EMRK)

Die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) gewährleistet die Freiheit der Medien im Zusammenhang der Meinungsäußerungsfreiheit des Art. 10 Abs. 1 EMRK. Nach Art. 10 Abs. 1 S. 2 EMRK schließt das Recht der freien Meinungsäußerung das Recht ein, Informationen ungehindert von staatlichen Eingriffen zu empfangen und weiterzugeben. Die Konvention gewährleistet die Informationsfreiheit als Teil der Meinungsäußerungsfreiheit jedoch nicht grenzenlos sondern sieht in Art. 10 Abs. 2 EMRK Schranken vor, die gesetzlich vorgesehen sein müssen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sind u.a. für die öffentliche Sicherheit, zur Verhütung von Straftaten und zur Verhinderung der Verbreitung vertraulicher Informationen.

Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) gewährleistet die Informationsfreiheit Art. 10 Abs. 1 S. 2 EMRK (i.V.m. dem Recht auf Schutz der Privatsphäre in Art. 8 EMRK) auch den Schutz der Quellen eines Journalisten bzw. Medienangehörigen. Der Bestimmung des Schutzbereichs von Art. 5 Abs. 1 GG durch das BVerfG (vorstehend A.I.) weitgehend entsprechend weist der EGMR darauf hin, dass ohne einen ausreichenden Informanten- und Quellenschutz Informanten davon abgehalten werden könnten, gegenüber Journalisten Informationen preiszugeben, die Angelegenheiten von öffentlichem Interesse betreffen. Ohne die Möglichkeit, derartige Erkenntnisse von Informanten zu erlangen, könne die Presse die ihr in einem demokratischen Staat zugewiesene Kontrollfunktion hinsichtlich der Tätigkeit der staatlichen Gewalten nicht wahrnehmen.<sup>17</sup> Angesichts dessen sieht der EGMR in ständiger Rechtsprechung bereits die staatlicherseits erfolgende Aufforderung gegenüber einem Journalisten zur Preisgabe seiner Quelle bzw. seines Informanten als Eingriff in den Schutzbereich der Informationsfreiheit des Art. 10 Abs. 1 S. 2 EMRK.<sup>18</sup>

Wie sich bereits aus Art. 10 Abs. 2 EMRK ergibt, ist die menschenrechtliche Informationsfreiheit jedoch nicht schrankenlos gewährleistet. Der EMGR legt die Schranke – methodisch der Wechselwirkungstheorie des BVerfG nicht unähnlich – des Art. 10 Abs. 2 EMRK selbst wiederum einschränkend aus. Ein Eingriff in den Schutzbereich der Informationsfreiheit ist in Bezug auf den Quellen- bzw. Informantenschutz nur dann zulässig, wenn für diesen ein in einem demokratischen Staat zwingendes gesellschaftliches Bedürfnis existiert und der Eingriff sich in Relation zu dem verfolgten Ziel als verhältnismäßig erweist.<sup>19</sup> Um die Einhaltung dieser materiellen Voraussetzungen des zulässigen Eingriffs in den Quellenschutz zu gewährleisten, verlangt der Gerichtshof prozedurale Garantien. Dementsprechend bedarf es bei der Anordnung bzw. Vornahme von Durchsuchungen und Beschlagnahmen, die aufgrund der dadurch erlangten Informationen zu der Aufdeckung des Informanten des Journalisten führen können, einer umfassenden und sorgfältigen Prüfung der Voraussetzungen durch ein Gericht bzw. eine von der Exekutive und den Parteien des Verfahrens unabhängige sowie unparteiische Stelle.<sup>20</sup> Diese Stelle muss aufgrund der ihr zugewiesenen Kompetenzen in der Lage sein, im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung das Über-

---

<sup>17</sup> Etwa *Goodwin vs. UK*, Urt. v. 27.3.1996 – 17488/90 Abs. 39

<sup>18</sup> Näher *BBC vs. UK*, Urt. v. 18.1.1996 – 25798/94 Abs. 4 sowie *Financial Times Ltd- vs. UK*, Urt. v. 15.12.2009 – 821/03 Abs. 70 mit Verweis auf die *Goodwin vs. UK* (siehe Fn. 17).

<sup>19</sup> Ausführlich *Roemen a. Schmitt vs. Luxemburg*, Urt. v. 25.2.2003 – 51772/99 Abs. 51; zur Verhältnismäßigkeit (Proportionalität) auch *Voskuil vs. Netherlands*, Urt. 22.11.2007 – 64752/01 Abs. 71 f.

<sup>20</sup> *Roemen a. Schmitt vs. Luxemburg* (Fn. 19) Abs. 57; *Uitgevers B.V. vs. Netherlands*, Urt. v. 14.9.2010 – 38224/04 Abs. 88, 93 und 99.

wiegen der öffentlichen Interessen gegenüber der Informations- und Pressefreiheit zu prüfen und bei Fehlen von überwiegenden öffentlichen Interessen eine Offenlegung der Identität des Informanten bzw. der Quelle zu verhindern.<sup>21</sup>

### III. Schutzniveau der Pressefreiheit nach dem Grundgesetz und der EMRK

Wie sich aus den vorstehenden Ausführungen ergibt, weisen Art. 5 GG einerseits und Art. 10 EMRK ein weitgehend vergleichbares Schutzniveau zugunsten der Pressefreiheit auf. Eingriffe in den Schutzbereich, der in personaler wie in sachlicher Hinsicht jeweils den Informanten- bzw. Quellenschutz umfasst, unterliegen jeweils einer strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung, in deren Rahmen die Bedeutung der Pressefreiheit (einschließlich des Quellenschutzes) besonders zu berücksichtigen ist. Auf dieser Grundlage hat das BVerfG in seinem Urteil zu dem Fall CICERO ausdrücklich klargestellt, dass ungeachtet der Möglichkeit, ein strafrechtliches Ermittlungsverfahren gegen einen Medienangehörigen wegen des Verdachts der strafbaren Teilnahme an einer Tat nach § 353b StGB einzuleiten und zu führen, Ermittlungsmaßnahmen, die zu einer Aufklärung der Identität eines Informanten führen können, nicht allein auf den tatsächlichen Umstand der Veröffentlichung eines (nach § 353b StGB tatbestandsmäßigen) Geheimnisses durch den Medienangehörigen gestützt werden kann.<sup>22</sup> Prozedural wird die insbesondere in der Rechtsprechung des EGMR geforderte Überprüfung der Voraussetzungen eines zulässigen Eingriffs in die Pressefreiheit durch ein unabhängige und unparteiische Stelle über die Anordnungszuständigkeiten in § 98 und § 105 StPO sichergestellt. Soweit im Anwendungsbereich von § 105 StPO bei der Anordnung von Durchsuchungen Anordnungskompetenzen für die Staatsanwaltschaft und ihre Ermittlungsbeamten bei „Gefahr im Verzuge“ verbleiben, steht dies mit den Anforderungen des EGMR nicht in Widerspruch. Nach der Rechtsprechung des BVerfG handelt es sich bei der Wendung „Gefahr im Verzug“ um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der den Beamten der Staatsanwaltschaft und der Polizei keinen Beurteilungsspielraum einräumt und der wegen der Bedeutung des dadurch bewirkten Grundrechtsschutzes eng auszulegen ist.<sup>23</sup> „Gefahr im Verzuge“ liegt lediglich dann vor, wenn die richterliche Anordnung der begehrten Maßnahme nicht eingeholt werden kann, ohne den mit dieser verfolgten Zweck zu gefährden.<sup>24</sup> Um den durch die richterliche Anordnungskompetenz intendierten Grundrechtsschutz zu gewährleisten, ist es Aufgabe aller staatlichen Organe, dafür Sorge zu tragen, dass der Richtervorbehalt als Grundrechtssicherung praktisch wirksam wird. Defiziten der Wirksamkeit müssen sowohl die Gerichte als auch die Strafverfolgungsbehörden entgegenwirken. Zudem sind die für die Organisation der Gerichte und für die Rechtsstellung der dort tätigen Ermittlungsrichter zuständigen Organe der Länder und des Bundes – bezogen auf Durchsuchungen von Räumlichkeiten – gehalten, die Voraussetzungen für eine tatsächlich wirksame präventive richterliche Kontrolle zu schaffen.<sup>25</sup>

---

<sup>21</sup> *Uitgevers B.V. vs. Netherlands* (Fn. 20) Abs. 41.

<sup>22</sup> BVerfGE 117, 244 (267).

<sup>23</sup> Vgl. grundlegend BVerfGE 103, 142 ff.; dazu auch *Amelung* NStZ 2001, 337 (342); *Fezer*, Festschrift für Rieß, 2002, S. 107 ff.; *Rabe von Kühlewein*, GA 2002, 637 (653 f.).

<sup>24</sup> BVerfGE 103, 142 (153f.).

<sup>25</sup> BVerfGE 103, 142 (152).

### C. Zum Änderungsbedarf im Allgemeinen

Ungeachtet der für den demokratischen Staat schlechthin konstituierenden Bedeutung der Pressefreiheit einschließlich des Informanten- und Quellenschutzes ist im Hinblick auf das vorstehend zusammenfassend dargestellte verfassungsrechtliche und menschenrechtliche Schutzniveau der Presse- und Rundfunkfreiheit eine Änderung der einfachgesetzlichen Regelungen des StGB und der StPO nicht erforderlich. Soweit der Änderungsbedarf in beiden Gesetzentwürfen unter Verweis auf das Vorgehen der Staatsanwaltschaft im Fall CICERO und den dortigen Erlass von ermittlungsrichterlichen Durchsuchungs- und Beschlagnahmeanordnungen in Bezug auf die Redaktionsräume von CICERO begründet wird, ist daran zu erinnern, dass die Vornahme der vorgenannten Ermittlungsmaßnahmen sich bereits nach geltendem Recht als rechts- und verfassungswidrig erwiesen hat. Eine im Einzelfall fehlerhafte Rechtsanwendung durch Strafverfolgungsorgane und Gerichte kann aber auch durch eine Gesetzesänderung nicht vermieden werden.

Im Hinblick auf die rechtstatsächliche Ebene bleiben die Begründungen beider Gesetzentwürfe den Nachweis dringenden gesetzgeberischen Handlungsbedarfs schuldig. In dem Gesetzentwurf der Abgeordneten und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN wird auf die Erhebungen des Deutschen Journalistenverbandes verwiesen, die sich auf den Zeitraum 1987–2000 bezieht.<sup>26</sup> In Bezug auf die dort genannten insgesamt 164 Fällen von Ermittlungsverfahren gegen Medienangehörige in dem vorstehend angegebenen Zeitraum lässt sich nicht ablesen, ob in sämtlichen der Verfahren der Vorwurf strafbarer Beteiligung der Medienangehörigen an einem Geheimnisverrat gemäß § 353b StGB verfahrensgegenständlich war und ob es sich um den Vorwurf der Teilnahme in Gestalt der Anstiftung (§ 26 StGB) oder der Beihilfe (§ 27 StGB) handelte. Es wird allein geltend gemacht, „in den Fällen, in denen gegen Medienangehörige wegen des Verdachts der Beihilfe oder der Anstiftung zum Geheimnisverrat ermittelt wurde..., kam es nach den Recherchen des DJV in keinem ? einzigen Fall zu einer Verurteilung.“<sup>27</sup> Abgesehen davon, dass sich der Formulierung nicht entnehmen lässt, ob alle 164 Fälle die Beteiligungstrafbarkeit zum Gegenstand hatten (oder andere Vorwürfe betrafen), ist nicht zu erkennen, welche Erhebungsmethoden zugrunde gelegt worden sind, um die Ermittlungsverfahren zu identifizieren, den jeweiligen Verfahrensgegenstand zu bewerten und Fortgang des Strafverfahrens zu untersuchen. Angesichts der lediglich angedeuteten methodischen Unsicherheiten, können die gewonnen rechtstatsächlichen Erkenntnisse derzeit als nicht valide eingeordnet werden. Mit dem Vorstehenden soll weder die Möglichkeit rechtsfehlerhafter, den Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG nicht ausreichend berücksichtigender strafprozessualer Ermittlungsmaßnahmen im Einzelfall in Abrede gestellt, noch die besondere Bedeutung der Presse- und Rundfunkfreiheit einschließlich des Informanten- und Quellenschutzes für den demokratischen Rechtsstaat relativiert werden. Wenn aber ein Bedarf für die Änderungen der einfachgesetzlichen Rechtslage auf die rechtstatsächliche Situation gestützt und angenommen wird, trotz der dem Grundgesetz und der EMRK entsprechenden gesetzlichen Regelungen werde in der Rechtswirklichkeit der Bedeutung der Presse- und Rundfunkfreiheit nicht hinreichend Rechnung getragen, sollten die entsprechende Einschätzung und die daraus abgeleiteten Folgerungen eine gesicherte tatsächliche Grundlage haben. Eine solche fehlt ungeachtet von Einzelfällen rechtswidrigen Vorgehens von Strafverfolgungsbehörden bislang.

---

<sup>26</sup> BT-Drucks. 17/3889 S. 7 f.

<sup>27</sup> BT-Drucks. 17/3889 S. 7 f.

## D. Änderungsvorschläge im Einzelnen

### I. Änderungen im StGB

1. Einschränkungen der Anwendbarkeit von § 353b StGB auf Medienangehörige
  - a) Begrenzung der Teilnahmestrafbarkeit (Art. 1 des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung/Art. 1 Nr. 1 des Gesetzesentwurfs von Abgeordneten u. Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN/Ziff. 1 des Änderungsantrages der Fraktion DIE LINKE)

Die beiden genannten Gesetzentwürfe stimmen in dem Ziel überein, die Strafbarkeit von Medienangehörigen als Teilnehmer (§§ 26, 27 StGB) des Vergehens des Geheimnisverrats (§ 353b StGB) gegenüber der derzeitigen einfachgesetzlichen Rechtslage zu beschränken. In dem Umfang der Beschränkung unterschieden sich die beiden Entwürfe erheblich. Der Gesetzesentwurf der Bundesregierung (BT-Drucks. 17/3355) will über die Einfügung eines § 353b Abs. 3a StGB in der Fassung des Entwurfs) einzelne als Beihilfe gemäß § 27 StGB bewertbare Handlungen eines Medienangehörigen (Entgegennahme, Auswertung und Veröffentlichung des Geheimnisses) als nicht rechtswidrig einordnen. Der Gesetzesentwurf von Abgeordneten und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN (BT-Drucks. 17/3989) geht in dem Umfang der Beschränkung bzw. des Ausschlusses der Teilnahmestrafbarkeit weit darüber hinaus. Nach dem dort in Art. 1 Nr. 1 vorgeschlagenen § 353b Abs. 3a StGB (in der Fassung des Entwurfs) bleibt die „berufsmäßige“ Mitwirkung an näher bezeichneten medienbezogenen Verhaltensweisen als Anstiftung oder Beihilfe zu dem Vergehen nach § 353b StGB straffrei. Der Änderungsantrag der Fraktion DIE LINKE (Ausschussdrucks. Nr. 17(6)68) will über den vorgenannten Gesetzesvorschlag hinausgehend den Ausschluss der Strafbarkeit als Anstifter oder Gehilfe ohne die Beschränkung auf das Adjektiv „berufsmäßig“ erreichen<sup>28</sup> und schlägt dafür in Übereinstimmung mit dem Gesetzesentwurf der Bundesregierung einen Ausschluss der Rechtswidrigkeit von Verhaltensweisen vor, die sich tatbestandsmäßig nach den allgemeinen Regeln als Anstiftung (§ 26 StGB) oder Beihilfe (§ 27 StGB) erweisen.

aa) Ausschluss der Strafbarkeit der Anstiftung zu der Strafbarkeit gemäß § 353b StGB (Gesetzesentwurf von Abgeordneten und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und Änderungsantrag der Fraktion DIE LINKE)

Ein Ausschluss der Anstiftungsstrafbarkeit von Medienangehörigen (Drucks. 17/3989) oder sämtlichen Personen, die in den personalen Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG fallen (Ausschussdrucks. Nr. 17(6)68) ist zur effektiven Gewährleistung der Presse- und Rundfunkfreiheit nicht geboten sowie weder dogmatisch, noch kriminalpolitisch plausibel begründbar. Der Gesetzgeber verfolgt mit dem Sonderdelikt des § 353b StGB das verfassungsrechtlich berechnete Anliegen, eine geordnete und funktionierende Verwaltung aufrechtzuerhalten.<sup>29</sup> Diese ist jedenfalls dann beeinträchtigt, wenn die rechtsunterworfenen Bürger, denen der Staat Offenbarungspflichten in unterschiedlichsten Zusammenhängen auferlegt, nicht mehr auf die Geheimhaltung durch staatliche Stellen und die Verschwiegenheit von Amtsträgern vertrauen könnten.<sup>30</sup> Ungeachtet der

---

<sup>28</sup> Änderungsantrag S. 2 f.

<sup>29</sup> Vgl. BVerfGE 28, 191 (198); vgl. auch BVerfGE 117, 244 (260 f.).

<sup>30</sup> Siehe dazu *Fischer*, StGB, 58. Aufl., 2010, § 353b Rn. 1; *Graf*, in: Münchener Kommentar zum StGB, Band 4, 2006, § 353b Rn. 2. *Hoyer*, in: Systematischer Kommentar zum StGB, § 353b Rn. 2.; krit. *Perron*, in: Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl., 2010, § 353b Rn. 1.



nicht bis in die Einzelheiten geklärten Schutzrichtung des § 353b StGB<sup>31</sup> wird selbst von der sachlich engsten Bestimmung des Schutzzwecks der Vorschrift anerkannt, dass es um die Wahrung des Amtsgeheimnisses gegenüber Verletzungen durch solche Personen geht, denen aufgrund ihrer Stellung eine Pflicht zur Amtsverschwiegenheit trifft.<sup>32</sup> Diese Pflicht zur Amtsverschwiegenheit, welche die in § 353b Abs. 1 S. 1 Nrn. 1-3 StGB abschließend benannten Sonderpflichtigen trifft, ist nach ganz überwiegender und zutreffender Rechtsauffassung ein die Täterschaft aus § 353b StGB erst begründendes besonderes persönliches Merkmal im Sinne von § 28 Abs. 1 StGB.<sup>33</sup> Besteht nach dem Vorgenannten ein verfassungsrechtlich berechtigtes Interesse an der Aufrechterhaltung jedenfalls solcher Dienstgeheimnisse, an deren Geheimhaltung ein wichtiges öffentliches Interesse besteht oder deren Offenbarung jedenfalls durch dieses Bekanntwerden wichtige öffentliche Interessen beeinträchtigen würde,<sup>34</sup> wird dieses Schutzgut auch durch den nicht selbst eine Amtsverschwiegenheitspflicht innehabenden außenstehenden Anstifter des der Amtsverschwiegenheit unterliegenden Sonderpflichtigen in einer strafbedürftigen Weise angegriffen. Nach der mittlerweile überwiegend und zutreffenden Auffassung in der Strafrechtswissenschaft besteht der Sachgrund für die in §§ 26, 27 StGB angeordnete Strafbarkeit der Teilnehmer einerseits in dem akzessorischen, aus dem Täterunrecht abgeleiteten Teilnehmerunrecht und andererseits aus einem eigenständigen Angriff des Teilnehmers auf das jeweils tatbestandlich geschützte Rechtsgut.<sup>35</sup> Wie sich aus der obligatorischen Strafmilderung für den Gehilfen in § 27 Abs. 2 StGB auf der einen Seite und der ausdrücklichen Ausrichtung der Strafbarkeit des Anstifters an der des Täter auf der anderen Seite ergibt, bewertet der Gesetzgeber das von dem Anstifter verwirklichte Täterunrecht höher als das durch die bloße Beihilfe hervorgerufene Unrecht. Der Grund für diese unterschiedliche Bewertung folgt aus dem Umstand, dass der Anstifter den Entschluss des Täters zur Begehung der Haupttat („vorsätzlich rechtswidrige Tat“ im Sinne von § 26 StGB) in zurechenbarer Weise mit verursacht hat und damit einen intensiveren Angriff auf das tatbestandlich geschützte Rechtsgut führt als der Gehilfe, der lediglich den ohnehin bereits zur Begehung der Haupttat entschlossenen Täter bei der Begehung von dessen Tat unterstützt. An diesem kategorialen Unterschied in Art und Umfang zwischen Anstiftungsunrecht und Beihilfeunrecht ändern im Einzelfall vorhandene Schwierigkeiten, vor allem bei bloßer Mitursächlichkeit für den Tatentschluss des Täters ein bestimmtes Verhalten als Anstiftung oder als Beihilfe einzuordnen nichts. Anstiftung liegt ungeachtet der in den Details streitigen inhaltlichen Anforderungen an das „Bestimmen“ im Sinne von § 26 StGB<sup>36</sup> lediglich dann vor, wenn das einen Aufforderungscharakter tragende Verhalten des Anstifters zumindest mitursächlich für den Ent-

---

<sup>31</sup> Zum Diskussionsstand siehe *Hoyer*, in: Systematischer Kommentar zum StGB, § 353b Rn. 1 f.; *Kuhlen*, in: Nomos Kommentar zum StGB, 3. Aufl., 2010, § 353b Rn. 5 f.; *Perron*, in: Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl., 2010, § 353b Rn. 1.

<sup>32</sup> *Vormbaum*, in: Leipziger Kommentar zum StGB, 12. Aufl., § 353b Rn. 2; *Bosch*, in: Satzger/Schmitt/Widmaier, StGB, 2010, § 353b Rn. 1; *Perron*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 353b Rn. 1.

<sup>33</sup> *Herzberg* GA 1991, 167 (179); *Fischer*, StGB, § 353b Rn. 1; *Vormbaum*, in: Leipziger Kommentar zum StGB, § 353b Rn. 39; *Kuhlen*, in: Nomos Kommentar zum StGB, § 353b Rn. 9 und 43; *Bosch*, in: Satzger/Schmitt/Widmaier, § 353b Rn. 15; aA *Perron*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 353b Rn. 24, der von einem tatbezogenen Merkmal ausgeht; damit vernachlässigt er aber die durch in der Amtspflichten zum Ausdruck kommende Übernahme von Pflichten.

<sup>34</sup> Zu den insoweit unterschiedlichen Betrachtungsweisen lediglich überblicksartig *Perron*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 353b Rn. 6 und 6a m.w.N.

<sup>35</sup> Näher *Roxin*, Festschrift für Stree und Wessels, 1993, S. 365 ff.; zusammenfassend *ders.*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band 2, 2003, § 26 Rn. 1-10; zustimmend *Hake*, Beteiligtenstrafbarkeit und „besondere persönliche Merkmale“, 1994, S. 53 ff.; siehe auch *Heine*, in: Schönke/Schröder, StGB, Vor §§ 25 ff. Rn. 17a.

<sup>36</sup> Dazu ausführlich *Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 2, § 26 Rn. 65-89.

schluss des Täters zur Begehung der Tat geworden ist.<sup>37</sup>

Angesichts des dem Unrechtsgehalt der Haupttat im Grundsatz gleichgestellten Unrechts der Anstiftung lässt sich aus dem Schutzbereich der Presse- und Rundfunkfreiheit sowie der Aufgabe der Medien im demokratischen Staat, eine Wächterfunktion in Bezug auf das Handeln der staatlichen Gewalten auszuüben, ein durchgängiger Ausschluss der Strafbarkeit eines Anstifters zu einem Geheimnisverrat (§ 353b StGB) nicht ableiten. Der Gesetzgeber würde mit einer entsprechenden Regelung die Wertung treffen, das Informationsbedürfnis der Medien überwiege das berechnete Geheimhaltungsinteresse des Staates und anderer Geheimnisinhaber stets, obwohl nach den tatbestandlichen Voraussetzungen des § 353b StGB die Offenbarung des Geheimnisses wichtige öffentliche Interessen (konkret) gefährdet werden. Dabei bliebe aber außer Acht, dass eine solche Wertung jede Berücksichtigung der Bedeutung der durch den erstrebten Geheimnisverrat erwarteten Information für die Funktion der Presse im demokratischen Staat auf der einen Seite sowie der Art und der Bedeutung der Geheimhaltungsinteressen des Geheimnisinhabers auf der anderen Seite ausschließen würde. Die Straffreiheit des Anstifters würde selbst dann eingreifen, wenn die durch den hervorgebrachten Geheimnisverrat hervorgebrachte Information keinerlei Ertrag für die öffentliche Aufgabe der Medien erbringt, das öffentliche Interesse an der Geheimhaltung aber bereits durch die Offenbarung gegenüber dem anstiftenden Medienangehörigen beeinträchtigt wird. Angesichts der bei einem Geheimnisverrat betroffenen gegenläufigen Interessen lässt sich ein genereller Vorrang der Rundfunk- und Pressefreiheit gegenüber den Geheimnisschutzinteressen nicht begründen.<sup>38</sup> Ein solcher wäre mit der vom Verfassungsgesetzgeber vorgegebenen Schranke der Pressefreiheit über die „allgemeinen Gesetze“ auch nicht zu vereinbaren. Auf der einfachgesetzlichen Ebene steht die durchgängige Freistellung von Medienangehörigen von der Strafbarkeit als Anstifter zum Geheimnisverrat zudem nicht in Einklang mit den gesetzlichen Regelungen über die Teilnahme strafbarkeit insgesamt. Lediglich für die mit einem geringeren Unrechtsgehalt und weiteren tatbestandlichen Voraussetzungen als die Anstiftung versehene Beihilfe lässt sich unter bestimmten Umständen eine Herausnahme von berufstypischen Verhaltensweisen, die sich objektiv fördernd auf eine Haupttat auswirken, erwägen.<sup>39</sup> Selbst wenn investigativem Journalismus Bedeutung für die Funktion der Medien im demokratischen Rechtsstaat zukommt, überschreitet das Hervorrufen des Tatentschlusses von Geheimnispflichtigen zum Bruch ihrer Verschwiegenheitspflicht die Grenzen sozial erlaubten und berufstypischen journalistischen Verhaltens. Damit mag nicht ein Überwiegen der Pressefreiheit über öffentliche Geheimhaltungsinteressen im Einzelfall ausgeschlossen sein. Ein genereller Vorrang der Pressefreiheit, wie er mit der Freistellung von der Anstifterstrafbarkeit eingeführt würde, überhöht diese und wird berechtigten Geheimhaltungsinteressen von vornherein nicht gerecht.

Ungeachtet der grundsätzlichen Einwände gegen die vorgeschlagene Regelung in BT-Drucks. 17/3989 ist die personale Reichweite der Freistellung von der Strafbarkeit als Anstifter über das Merkmal „berufsmäßig“ nicht ausreichend klargestellt. Die Begründung des Gesetzesentwurfes scheint dafür zu sprechen, Berufsheimnisträger im Sinne von § 53 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 StPO erfassen zu wollen (BT-Drucks. 17/3989 S. 11). Der Wortlaut des Gesetzesvorschlages lässt diese Umschreibung des erfassten Personenkreises jedoch – insoweit anders als der Gesetzesentwurf der

---

<sup>37</sup> Siehe BGH NStZ 2000, 421; *Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 2, § 26 Rn. 65; *Heine*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 25 Rn. 4 m.w.N.

<sup>38</sup> Siehe dazu bereits BVerfGE 93, 266 (293).

<sup>39</sup> Für die Beihilfe durch Medienangehörige zum Geheimnisverrat näher *Gaede* AfP 2007, 410 (413 ff.).

Bundesregierung in Art. 1 (BT-Drucks. 17/3355) – nicht deutlich erkennen.

Die in Art. 1 Ziff. 1 des Gesetzentwurfs von Abgeordneten und Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN (BT-Drucks. 17/3989) vorgeschlagene Regelung eines § 353 Abs. 3a StGB (in der Fassung des Entwurfs) kann aus den vorgenannten Gründen insgesamt nicht befürwortet werden.

Das gilt wegen der noch weiteren personalen Reichweite der Freistellung von der Anstiftungsstrafbarkeit in dem Änderungsantrag der Fraktion DIE LINKE.

bb) Ausschluss der Strafbarkeit wegen (sukzessiver) Beihilfe zum Geheimnisverrat (Art. 1 des Gesetzentwurfs der Bundesregierung – BT-Drucks. 17/3355)

Für eine Einfügung eines § 353 Abs. 3a StGB (in der Fassung des Entwurfs) besteht keine Notwendigkeit. Bereits das geltende Recht trägt dem Schutz der Presse- und Rundfunkfreiheit bei einer an den Gewährleistungen von Art. 5 GG ausgerichteten Auslegung hinreichend Rechnung.

Der in Art. 1 des Gesetzentwurfs der Bundesregierung unterbreitete Vorschlag hat zum Inhalt, den über die Bezugnahme auf die Berufsheimlichkeitspflicht nach § 53 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 StPO klar umrissenen Personenkreis von der Strafbarkeit wegen abschließend genannter (möglicher) Beihilfehandlungen freizustellen. Mit den Handlungen „Entgegennahme“, „Auswertung“ und „Veröffentlichung“ werden ausschließlich solchen Verhaltensweisen erfasst, die sich notwendig an das „offenbaren“ als Tathandlung des Täters eines Geheimnisverrats nach § 353b StGB anschließen. Ein Offenbaren liegt dann vor, wenn dem Empfänger der Erklärung ein Wissen vermittelt wird, das diesem zuvor noch verborgen war oder von dem dieser jedenfalls noch keine sichere Kenntnis hatte.<sup>40</sup> Dafür genügt die Bekanntgabe gegenüber einer einzigen Person.<sup>41</sup> Erst recht ist das Geheimnis offenbart, wenn es in öffentlich zugängliche Medien eingestellt wird.<sup>42</sup> Mit dem Offenbaren des Geheimnisses in dem vorgenannten Sinne ist die Tat gemäß § 353b StGB allerdings noch nicht vollendet; Vollendung tritt erst mit dem Eintritt eines Zustandes konkreter Gefahr für wichtige öffentliche Interessen gegeben ist.<sup>43</sup> Wird das Erfordernis konkreter Gefahr ernst genommen, muss es sich bei dem Gesetzesentwurf genannten straffreien Handlungen nicht notwendig um solche handeln, die erst nach der Vollendung der Haupttat vorgenommen werden. Zwar wird in der überwiegenden Zahl der Fälle des Offenbarens des Geheimnisses durch einen zur Amtsverschwiegenheit Verpflichteten jedenfalls dann die tatbestandlich geforderte konkrete Gefahr bestehen, wenn das Geheimnis ein wichtiges öffentliches Interesse zum Gegenstand hat.<sup>44</sup> Im Einzelfall kann sich aber anderes ergeben, falls von dem Empfänger der Mitteilung des Geheimnisses seinerseits Verschwiegenheit erwartet werden kann.<sup>45</sup> Bei Offenbarung gegenüber Medienangehörigen wird dies typischerweise gerade nicht der Fall sein, so dass mit dem Offenbaren diesen gegenüber auch regelmäßig eine konkrete Gefahr für wichtige Interessen (falls das Geheimnis sich auf solche bezieht) und damit Vollendung eingetreten sein wird. Es handelt sich

---

<sup>40</sup> BGHSt 27, 120 (121); *Graf*, in: Münchener Kommentar zum StGB, § 353b Rn. 32.

<sup>41</sup> *Graf*, in: Münchener Kommentar zum StGB, § 353b Rn. 32 m.w.N.

<sup>42</sup> *Perron*, in: Schönke/Schröder, § 353b Rn. 6.

<sup>43</sup> *Graf*, in: Münchener Kommentar zum StGB, § 353b Rn. 84.

<sup>44</sup> *Kuhlen*, in: Nomos Kommentar zum StGB, § 353b Rn. 36; *Perron*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 353b Rn. 9.

<sup>45</sup> Näher dazu *Vormbaum*, in: Leipziger Kommentar zum StGB, § 353b Rn. 28.

damit bei den von dem Gesetzesentwurf erfassten Verhaltensweisen um Konstellationen sog. sukzessiver Beihilfe.<sup>46</sup>

Ob und in welchem Umfang erst nach der formalen Vollendung der Haupttat erbrachte Unterstützungshandlungen als Beihilfe gemäß § 27 StGB strafbar sein können, wird sowohl allgemein<sup>47</sup> als auch speziell für die Beihilfe zu § 353b StGB<sup>48</sup> kontrovers beurteilt. Das BVerfG hat in seinem Urteil zu dem Fall CICERO offengelassen, ob von Verfassungswegen eine Strafbarkeit sukzessiver Beihilfe zu der Tat gemäß § 353b StGB ausgeschlossen ist.<sup>49</sup> Richtigerweise sind (mögliche) Beihilfehandlungen, die erst nach dem Eintritt der konkreten Gefahr für wichtige öffentliche Interessen erbracht werden, nicht gemäß § 27 StGB strafbar. Ist nämlich der Taterfolg in Gestalt der vorgenannten konkreten Gefahr bereits aufgrund der Tathandlung des Haupttäters und damit Vollendung eingetreten, kann dieser Gefahrerfolg nicht mehr durch weitere Handlungen gefördert werden. Anders als bei konkreten Gefährdungsdelikten zum Schutz von Individualrechtsgütern kann bei der konkreten Gefahr für Kollektivrechtsgüter kein Umschlagen des Gefahrerfolges in einen Rechtsgutsverletzungserfolg angenommen werden, weil sich nach der Struktur der hier geschützten Rechtsgüter keine Rechtsgutsverletzung bestimmen lässt, die sich als gegenüber der Rechtsgutsgefährdung als intensivere Form der Beeinträchtigung des Rechtsgutes darstellt.<sup>50</sup> Soweit bereits durch die Tathandlung des Täters eine konkrete Gefahr für wichtige (Geheimhaltungs)Interessen bewirkt worden ist, können sich spätere Verhaltensweisen nicht mehr fördernd auf diese Tat auswirken.

Raum für strafbare Beihilfehandlungen bleibt damit lediglich in solchen Konstellationen, in denen ausnahmsweise nicht bereits das Offenbaren des Geheimnisses selbst durch den zur Verschwiegenheit verpflichteten Täter einen Zustand konkreter Gefahr geschaffen hat. Hier kann erst die Unterstützungshandlung durch den Medienangehörigen in Gestalt der Veröffentlichung der Information die konkrete Gefahr herbeiführen. Selbst bei einer solchen Fallgestaltung lässt sich aber bereits nach der *lex lata* keine Beihilfestrafbarkeit nicht begründen. Wie in der Strafrechtswissenschaft zu Recht aufgezeigt worden ist, hat der Gesetzgeber durch die Streichung von § 353c StGB a.F. einerseits sowie der Beschränkung mit einer Strafandrohung bewehrten Veröffentlichungsverbote in § 353d Nr. 1 StGB andererseits hinreichend deutlich zum Ausdruck gebracht, nicht durch § 353d Nr. 1 StGB erfasste Veröffentlichungen durch nicht selbst zur Verschwiegenheit verpflichtete Personen straffrei zu belassen.<sup>51</sup>

Darüber hinaus ist daran zu erinnern, dass die bloße Entgegennahme des Geheimnisses durch einen Medienangehörigen seitens des Täters der Tat nach § 353b StGB als bereits für die Tathandlung des „Offenbarens“ tatbestandsnotwendige Mindestmitwirkung nach den Regeln der notwendigen Teilnahme straflos bleibt.

---

<sup>46</sup> Zum Begriff und seiner Bedeutung *Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 2, § 26 Rn. 257–266.

<sup>47</sup> Dazu Nachw. wie Fn. zuvor.

<sup>48</sup> Näher zum Streitstand *Brüning* NStZ 2006, 253 (254 ff.); *Graf*, in: Münchener Kommentar zum StGB, § 253b Rn. 81–83; *Kuhlen*, in: Nomos Kommentar zum StGB, § 353b Rn. 57; *Perron*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 353b Rn. 23.

<sup>49</sup> BVerfGE 117, 144 (163 f.)

<sup>50</sup> Abweichend BayObLG NStZ 1999, 568; Brandenburg. OLG AfP 2006, 484 (485) *Brüning* NStZ 2006, 253 (255), die aber die Struktur der tatbestandlich geschützten Rechtsgüter nicht ausreichend bedenken.

<sup>51</sup> Insoweit zutreffend *Brüning* NStZ 2006, 253 (255) sowie bereits zuvor *Möhrenschläger* JZ 1980, 161 (165) und *Rogall* NJW 1980, 751 (752).

Angesichts des Vorgenannten besteht für eine gesetzliche Regelung keine Notwendigkeit. Im Hinblick auf die lediglich sektorale Lösung von Rechtsfragen aus dem Gesamtbereich der Beihilfestrafbarkeit und der allgemeinen Regeln der strafbaren Teilnahme wäre sie sogar kontraproduktiv, weil sie punktuell eine Regelung träge, die sich auch auf die nicht abgeschlossene wissenschaftliche Durchdringung der Beihilfe durch neutrale Handlung auswirken kann, ohne dass wegen der Fokussierung auf den Schutz der Pressefreiheit die Konsequenzen für die Beihilfestrafbarkeit insgesamt berücksichtigt wären.

b) Begrenzung der Teilnahme strafbarkeit über den Ausschluss der Rechtswidrigkeit

Der Gesetzentwurf der Bundesregierung und der Änderungsantrag wollen die Begrenzung bzw. Aufhebung der Teilnahme strafbarkeit in systematischer Hinsicht über den Ausschluss der Rechtswidrigkeit bewirken. Der Gesetzentwurf von BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN spricht zwar in Art. 1 Ziff. 1 von „bleibt straffrei“ und bleibt damit in der systematischen Einordnung undeutlich. Aus der Begründung ergibt sich aber, dass offenbar auch eine Ausschluss der Rechtswidrigkeit gemeint ist.<sup>52</sup> Nach der hier vertretenen Auffassung besteht keinerlei Notwendigkeit für die Begrenzung der Teilnahme strafbarkeit über das geltende Recht hinaus. Wenn aber ungeachtet dessen eine Regelung getroffen werden soll, ist die vorgeschlagene Einordnung als Rechtsfertigungsgrund systematisch konsequent. Denn in der Sache würde der Gesetzgeber eine abstrakt-generelle Güterabwägung zwischen der Presse- und Rundfunkfreiheit einerseits sowie den öffentlichen Interessen u.a. an der Geheimhaltung treffen und diese zugunsten der Erstgenannten lösen.

Es ist in diesem Zusammenhang aber daran zu erinnern, dass das geltende Recht bereits die Möglichkeit einer Rechtfertigung der Haupttat des Geheimnisverrats über § 34 StGB ermöglicht, was das Offenbaren des Geheimnisses gerade bei illegalen geheimnisgeschützten Informationen zulässt.<sup>53</sup>

2. Streichung von § 353d Nr. 3 StGB (Art. 1 Ziff. 2 des Gesetzentwurfs aus BT-Drucks. 17/3989)

Den Vorschlag der Streichung vermag ich ungeachtet der geringen rechtstatsächlichen Bedeutung der Vorschrift nicht zu befürworten. Gerade die als solche erkennbare wörtliche Wiedergabe von Schriftstücken ist wegen der Erkennbarkeit als Bestandteil der bereits im bisherigen Verfahren gewonnenen Erkenntnisse mit der Gefahr der Beeinflussung von Verfahrensbeteiligten behaftet. Darüber hinaus besteht die Möglichkeit, der Ausrichtung von Zeugenaussagen an dem ihnen bekannt gewordenen Akteninhalt. Das beeinträchtigt die Möglichkeit der verlässlichen Würdigung der Glaubhaftigkeit ihrer späteren Bekundungen im Hauptverfahren.

---

<sup>52</sup> BT-Drucks. 17/3989 S. 11.

<sup>53</sup> Vgl. *Graf*, in: Münchener Kommentar zum StGB, § 353b Rn. 75 m.w.N.

## II. Änderungen in der StPO

1. Anhebung der Verdachtsschwelle in § 97 Abs. 5 S. 2 (Art. 2 des Gesetzentwurfs der Bundesregierung – BT-Drucks. 17/3355)

Der Vorschlag der Bundesregierung zielt darauf ab, die Beschlagnahme in einem gegen einen Medienangehörigen als Beschuldigtem geführten Strafverfahren wegen des Verdacht strafbarer Teilnahme an der Haupttat aus § 353b StGB lediglich noch bei einem auf bestimmte Tatsachen gestützten dringenden Tatverdacht zu gestatten.

Ein entsprechender Änderungsbedarf besteht aus mehreren Gründen nicht: Zum einen schließt bereits das geltende Recht in der Auslegung, die es durch das Urteil des BVerfG im Fall CICERO erfahren hat, die Anordnung von Durchsuchungen und Beschlagnahmen in einem gegen einen Medienangehörigen wegen des Vorwurfs strafbarer Teilnahme an einem Geheimnisverrat dann aus, wenn sich der Tatverdacht allein auf den Umstand der Veröffentlichung eines Geheimnisses im Sinne von § 353b StGB stützt (ausführlich oben B.I: und III.). Ein darüber hinaus gehender Schutz ist zur Gewährleistung der Pressefreiheit einschließlich des Quellen- und Informantenschutzes nicht geboten. Nach der Rechtsprechung des BVerfG ist bereits jetzt die Vornahme der genannten Ermittlungshandlungen in einem Strafverfahren gegen Medienangehörige unzulässig, wenn der Verdacht lediglich die angegebene tatsächliche Grundlage hat und die Strafverfolgungsbehörden das Verfahren gegen den Medienangehörigen führen, um die Identität des Informanten aufdecken zu können. Zum anderen ist die Erhöhung der Verdachtsschwelle im Hinblick auf die im Gesetzentwurf vorgesehenen Änderungen im materiellen Strafrecht wenig konsistent. Da die Strafbarkeit von Medienangehörigen wegen Beihilfe zu § 353b StGB durch die Einfügung eines Abs. 3a in der Fassung des Entwurfs ohnehin weitestgehend ausgeschlossen werden soll, ist nicht recht erkennbar, warum es zusätzlich prozessual einer Anhebung der Verdachtsschwelle für die Anordnung von Durchsuchungen und Beschlagnahmen bedarf. Ermittlungsverfahren gegen Medienangehörige, die auf den Vorwurf strafbarer Beihilfe zu § 353b StGB gerichtet sind, dürfte es ohnehin praktisch nicht mehr geben.

Darüber hinaus ist die Verwendung der Verdachtsschwelle des dringenden Tatverdachts als sektorale Anordnungsvoraussetzung für Beschlagnahme und Durchsuchungen als systemwidrig nicht zu befürworten. Bislang sieht die StPO diesen Verdachtsgrad lediglich als Anordnungsvoraussetzung für die Untersuchungshaft (§ 112 Abs. 1 S. 1 StPO), der Unterbringungsanordnung (§ 81 Abs. 2 S. 1) sowie bei der vorläufigen Festnahme nach § 127 Abs. 2 StPO und der Sache nach als „dringende Gründe“ bei der Unterbringung nach § 126a StPO, jeweils also bei gravierenden Eingriffen in die Fortbewegungsfreiheit, vor. Mit dieser Eingriffsintensität ist die Vornahme von Durchsuchungen und Beschlagnahmen in Strafverfahren gegen Medienangehörige nicht zu vergleichen.

Dementsprechend vermag ich dem noch weitergehenden Änderungsantrag der Fraktion DIE LINKE (Ziff. 2 b der Ausschussdrucks. 17(6)68) die Beschlagnahme bei nahezu allen Gruppen Zeugnisverweigerungsberechtigter lediglich bei dringendem Tatverdacht zuzulassen, nicht zu folgen.

2. Einführung einer qualifizierten Begründung bei Beschlagnahmebeschlüssen (§ 98 Abs. 2 in der Fassung des Gesetzentwurfs von Abgeordneten und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN – Art. 2 Nr. 1 BT-Drucks. 17/3989)

Auch insoweit vermag ich einen Änderungsbedarf in einem geringen Umfang zu erkennen. Aus dem Umstand, dass nach geltendem Recht richterliche Beschlagnahme- und Durchsuchungsanordnungen in der Form eines Beschlusses ergehen, ergibt sich gemäß § 34 StPO die Pflicht, die entsprechende Anordnung zu begründen. Die Begründung muss dabei jedenfalls erkennen lassen, aus welchen Gründen die zu beschlagnahmende Sache als Beweismittel in dem Verfahren in Frage kommt.<sup>54</sup> Da die Anordnung der Durchsuchung und Beschlagnahme ohnehin dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz unterliegt, sind Ausführungen zur Verhältnismäßigkeit der Maßnahmen ohnehin Gegenstand der entsprechenden Beschlussbegründungen.

Angesichts der besonderen Bedeutung der Presse- und Rundfunkfreiheit im demokratischen Staat ist der in Art. 2 Nr. 1b des Gesetzentwurfs enthaltene Ausdehnung des Richterprivilegs auf die Beschlagnahme von Druckwerken und Schriften in den Wohnungen von nach § 53 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 StPO zur Zeugnisverweigerung berechtigten Personen durchaus erwägenswert, um der Bedeutung des Freiheitsrechts noch stärkeren Ausdruck zu verleihen. Den Vorgaben der EMRK würde noch etwa besser entsprochen als nach bisherigem Recht, weil durchgängig eine „unabhängige und unparteiische Stelle“ über das Vorliegen der gesetzlichen Eingriffsvoraussetzungen zu entscheiden hätte. Ein über das Vorgenannte hinausgehender Änderungsbedarf besteht jedoch nicht.



(Univ.-Prof. Dr. Henning Radtke, RiOLG)

---

<sup>54</sup> Näher *Nack*, in *Karlsruher Kommentar zur StPO*, 6. Aufl., 2008, § 98 Rn. 2 m.w.N.