

Rechtsanwalt Dr. Christoph Fiedler
Geschäftsführer Medien- und Europapolitik
Verband Deutscher Zeitschriftenverleger

Markgrafenstr. 15, 10969 Berlin
Tel.: 030 72 62 98 120 oder 0160 585 23 06
C.Fiedler@vdz.de

24. Januar 2011

Schriftliche Stellungnahme
zur öffentlichen Anhörung des Rechtsausschusses
des Deutschen Bundestages am 26.1.2011

zu dem

- a) Gesetzentwurf der Bundesregierung,
**Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Pressefreiheit im Straf- und
Strafprozessrecht (PrStG)**

BT-Ds. 17/3355 v. 21.10.2010

- b) Gesetzentwurf der Abgeordneten Volker Beck (Köln), Tabea Rößner, Kai
Gehring, weiterer Abgeordneter und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE
GRÜNEN,
**Entwurf eines Gesetzes zum Schutz von Journalisten und der
Pressefreiheit im Straf- und Strafprozessrecht**

BT-Ds. 17/3989 v. 30.11.2010

hierzu: **Änderungsantrag der Fraktion DIE LINKE,**

A-Drs. 17(6)68 v. 4.1.2011

I. Änderungen des § 353b StGB

1. Bestimmte Beihilfehandlungen

Art. 1 des Gesetzentwurfes der Bundesregierung (BT-Ds. 17/3355) sieht in einem neuen § 353b Abs. 3a StGB vor, dass bestimmte Beihilfehandlungen zu einem Dienstgeheimnisverrat nicht strafrechtswidrig sind, wenn sie ein zeugnisverweigerungsberechtigter Medienangehöriger i. S. d. § 53 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 StPO – im Folgenden: Medienangehöriger – vornimmt. Soweit Medienangehörige das fragliche Geheimnis lediglich entgegennehmen, auswerten oder veröffentlichen, sollen sie dadurch keine rechtswidrige Beihilfe zu einem strafbaren Dienstgeheimnisverrat begehen.

Damit wird ein Teilbereich der notwendigen Medientätigkeit von einer Strafdrohung befreit, die materiell-rechtlich kaum zu rechtfertigen ist. Zudem diente diese Strafdrohung bis zum Cicero-Urteil des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 117, 244) in ungezählten Fällen als Hebel für problematische strafprozessuale Maßnahmen zur Enttarnung von Informanten der Presse. In beiderlei Hinsicht führt Art. 1 des Regierungsentwurfs mindestens zu einer gesetzgeberischen Klarstellung, die zu begrüßen ist.

2. Jegliche Beihilfe und Anstiftung

Art. 1 Nr. 1 des Gesetzentwurfes der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen (BT-Ds. 17/3989) – im Folgenden: weitergehender Gesetzentwurf – geht über den Regierungsentwurf hinaus, indem jegliche Form der Beihilfe und zudem jegliche Anstiftung durch Medienangehörige im Rahmen des § 353b StGB jedenfalls nicht strafbar sein soll.

Eine Hauptfunktion der Anwendbarkeit des § 353b StGB auf Medienangehörige bestand in der Rechtspraxis darin, Ermittlungsmaßnahmen zur Enttarnung von Medieninformanten begründen zu können (vgl. schon 1.). Dabei ist zu berücksichtigen, dass sich der dafür nötige Verdacht einer Teilnahme des Medienangehörigen vielfach auch recht einfach auf eine Anstiftung erstrecken lassen wird. So gab es schon Fälle, in denen strafprozessuale Zugriffe auf Journalisten nicht mit dem Verdacht der Beihilfe, sondern der Anstiftung begründet wurden. Die Erstreckung des neuen § 353b Abs. 3a StGB auf jede Teilnahmehandlung von Medienangehörigen ist demnach vorzugswürdig.

3. Ausschluss der Rechtswidrigkeit der Teilnahmehandlung

Sowohl der Regierungsentwurf als auch der weitergehende Gesetzentwurf in der Fassung des Änderungsantrags der Fraktion DIE LINKE (A-Drs. 17(6)68) – im Folgenden: weitergehender Gesetzentwurf in der Fassung des Änderungsantrags – fassen die jeweilige Strafbarkeitsbeschränkung im Rahmen des § 353b StGB als Ausschluss der Rechtswidrigkeit. Diese Fassung ist sachlich richtig. Denn in der Fassung eines bloßen Strafausschließungsgrundes bliebe eine vorsätzliche und rechtswidrige Teilnahme möglich, die weiterhin als Begründung für strafprozessuale Ermittlungsmaßnahmen herangezogen werden könnte. Der Ausschluss solcher Maßnahmen ist aber im Zuge des unter 1. und 2. beschriebenen Zusammenhangs gerade auch Ziel der Gesetzentwürfe (vgl. Regierungsentwurf, Begründung B, zu Art. 1, letzter Absatz; Änderungsantrag, Begründung zu Nr. 1 des Antrags, d. h., zu Art. 1 Nr. 1 des weitergehenden Gesetzentwurfs in der Fassung des Änderungsantrags). Allerdings spricht auch der weitergehende Gesetzentwurf in der Begründung zu Art. 1 Nr. 1 davon, dass der Medienangehörige „nicht rechtswidrig“ handle, und mag Art. 1 Nr. 1 des weitergehenden Gesetzesantrags insofern nur nicht zweifelsfrei formuliert worden sein.

4. Adressatenkreis

Regierungsentwurf und weitergehender Gesetzentwurf erstrecken die Beschränkung der Strafbarkeit im Rahmen der Teilnahme an einem Dienstgeheimnisverrat auf „berufsmäßig“ an medialen Veröffentlichungen Beteiligte i. S. d. § 53 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 StPO. Statt eines solchen Gleichlaufs des strafprozessualen Berufsgeheimnisträgerschutzes und der Rücknahme der materiellen Strafbarkeit medialer Verwertung von Dienstgeheimnissen schlägt Art. 1 Nr. 1 des weitergehenden Gesetzentwurfs in der Fassung des Änderungsantrags vor, die materielle Erleichterung unabhängig von der Frage der Berufsmäßigkeit der Mitwirkung an medialen Veröffentlichungen zu gewähren. Der strafprozessuale Quellenschutz bleibt hingegen auch danach auf berufsmäßig Handelnde beschränkt.

Das Beispiel des gelegentlichen Autors von Presseartikeln oder des nicht berufsmäßigen Buchautors kann verdeutlichen, dass eine weite Fassung der strafrechtlichen Rechtmäßigkeit bspw. der Veröffentlichung von Dienstgeheimnissen bei gleichzeitig eng gefasstem Geheimnisträgerschutz sinnvoll und rechtlich stimmig ist. Nur der Medienangehörige, also berufsmäßig Handelnde, verfügt über den Quellenschutz, auf den potenzielle Informanten vertrauen können müssen, sollen Presse und andere Medien nicht blind gegenüber einer Vielzahl von Sachverhalten werden, die in einer freiheitlichen Demokratie medialer Thematisierung bedürfen. Die Erstreckung auf

gelegentlich publizierende Personen ist nicht geboten; der Informant geht hier ein höheres Risiko ein. Wenn jedoch besagter Buchautor auch ohne spezifischen Quellenschutz ein Dienstgeheimnis erfährt und für eine gelegentliche mediale Veröffentlichung verwertet, geht es bei der Frage seiner Strafbarkeit weniger um den zu Recht in gewisser Weise begrenzten Quellen- und Informantenschutz als um das jeweilige Äußerungs(grund)recht, hier die Presse- oder Meinungsäußerungsfreiheit des Autors, die nicht auf berufsmäßig Handelnde begrenzt ist. Es spricht deshalb mehr dafür, die Rücknahme der Strafbarkeit von Teilnahmehandlungen in einem § 353b Abs. 3a StGB nicht auf berufsmäßig Handelnde zu begrenzen.

II. § 97 Abs. 5 S. 2 StPO – Dringender Tatverdacht

Art. 2 des Regierungsentwurfs ergänzt § 97 Abs. 5 S. 2 Halbsatz 1 StPO dahingehend, dass die in § 97 Abs. 2 S. 3 StPO vorgesehene Aufhebung des Beschlagnahmeschutzes bei Medienangehörigen nicht mehr nur einen einfachen, sondern einen „dringenden Verdacht der Beteiligung“ des Medienangehörigen voraussetzt. Diese Anhebung des Beschlagnahmeschutzes ist erforderlich, um den Schutz des Vertrauensverhältnisses zwischen Presse und anderen Medien sowie Informanten angemessen auszugestalten. Sie macht deutlich, dass sehr viel mehr Tatsachen eine strafbare Beteiligung des Medienangehörigen wahrscheinlich machen müssen als die Veröffentlichung von Dienstgeheimnissen oder weitere Umstände und Gerüchte, die im Umfeld solcher Veröffentlichungen mitunter leicht angenommen werden können.

Es besteht ein rechtstheoretisch wie -praktisch besonderes Spannungsverhältnis zwischen dem grundrechtlichen und einfachgesetzlichen Schutz einer freien Presse, der zwangsläufig immer wieder auch die Veröffentlichung von Dienstgeheimnissen mit einschließt und einschließen muss, und dem ebenfalls schutzwürdigen Interesse staatlicher wie privater Organisationen, Dienst- und Geschäftsgeheimnisse nicht öffentlich werden zu lassen. Es liegt an diesem Spannungsverhältnis, dass ein besonderer Anreiz besteht, strafprozessuale und sonstige staatliche Eingriffsbefugnisse gezielt auch für die Enttarnung von Informanten einzusetzen. Das gilt insbesondere für die Ausnahmen vom Quellenschutz im Falle der Annahme eines hinreichenden Beteiligungsverdacht des Medienangehörigen. Das ist vielfach belegt; der dem Cicero-Urteil zugrundeliegende Sachverhalt ist nur ein Beispiel. In dieser Situation ist es erforderlich und gerechtfertigt, den Beteiligungsverdacht gesetzlich wie vorgeschlagen anzuheben.

III. § 98 und § 105 StPO – Organisation und Verfahren

Art. 2 Nr. 1 b) des weitergehenden Gesetzentwurfes sieht vor, dass die Beschlagnahme gegenüber Medienangehörigen nach § 97 Abs. 5 S. 2 StPO nur durch den Richter angeordnet werden kann. Geltendes Recht beschränkt den Richtervorbehalt auf derartige Beschlagnahmen in den Räumen von Redaktionen oder bestimmten Medienunternehmen. Die Erweiterung des Richtervorbehaltes ist angesichts veränderter Realitäten angezeigt. Ein zunehmender Anteil der journalistischen Arbeit von der Beschaffung der Information bis zur Herstellung des Artikels findet nicht mehr nur in Redaktionen und Verlagsgebäuden, sondern bspw. auch in Arbeitszimmern freier Journalisten statt. Die Unterscheidung zwischen Verlagsräumen etc. und Arbeitsräumen in Wohnungen erscheint deshalb nicht mehr zeitgemäß.

Art. 3 Nr. 1 b) des weitergehenden Gesetzentwurfes konkretisiert zudem für Beschlagnahmen gegenüber Medienangehörigen die Anforderungen an die einzelfallbezogene schriftliche Begründung des Gerichtes. Gleiches schlägt Art. 3 Nr. 3 für entsprechende Durchsuchungsanordnungen vor. Die Begründungsanforderungen beschreiben für den jeweiligen Grundrechtseingriff erforderliche Voraussetzungen und fördern so eine rechtmäßige Entscheidung ebenso wie die Möglichkeiten einer rechtlichen Überprüfung. Der Vorschlag ist zu begrüßen.

IV. § 160 a StPO – Sonstige Ermittlungsmaßnahmen gegenüber Medienangehörigen ohne jeden Beteiligungsverdacht?

Der Regierungsentwurf stärkt den Schutz der Presse und anderer Medien gegen die Enttarnung von Informanten im Wege der Durchsuchung und Beschlagnahme. Vorausgegangen ist die Erkenntnis, dass das bloße Gesetzeserfordernis eines Verdachts einer Beteiligung des Journalisten an der fraglichen Straftat nicht genügt, um das verfassungsrechtliche Minimum eines praktikablen Vertrauensschutzes von Informanten zu gewährleisten.

Was für die Enttarnung von Informanten durch die Beschlagnahme bei Journalisten gilt, gilt nicht weniger für die Enttarnung von Informanten durch sonstige strafprozessuale Ermittlungsmaßnahmen, die Zugriffe auf die vertrauliche Kommunikation zwischen Informanten und Journalisten erlauben. Dennoch ist gemäß § 160a Abs. 2 StPO der strafprozessuale Zugriff auf die vertrauliche Kommunikation des Journalisten außerhalb der Beschlagnahme *auch ganz ohne jeden Beteiligungsverdacht möglich*. Die allein nötige Verhältnismäßigkeitsprüfung bleibt ungeachtet des Versuchs teilweiser gesetzlicher Konkretisierung letztlich nicht vorhersehbar und kann deshalb auch

keine Grundlage für das unverzichtbare tatsächliche Vertrauen potenzieller Geheimnisträger sein. Im Zeitalter der Digitalisierung findet auch die Kontaktaufnahme mit Journalisten und der Informationsaustausch mit ihnen immer häufiger auf elektronischen Wegen statt, wodurch sich die Gefährdungslage für die Pressefreiheit in diesem Bereich erhöht. Diese Entwicklung ist nicht umkehrbar, und die weitere Versagung eines praktikablen Schutzes für Medienangehörige in § 160a StPO läuft Gefahr, die richtigen und begrüßenswerten Stärkungen des Schutzes im Bereich der Beschlagnahme auszuhöhlen.

Es ist deshalb dringend angezeigt, mit Art. 2 Nr. 2 des weitergehenden Gesetzesentwurfes den Schutz von Medienangehörigen gegen sonstige Ermittlungsmaßnahmen – wie bei der Beschlagnahme – nur dann außer Kraft zu setzen, wenn ein hinreichendereteiligungsverdacht gegenüber dem Medienangehörigen besteht. Auch bei Medienangehörigen dürfen sonstige Ermittlungsmaßnahmen nur im Falle des § 160a Abs. 4 StPO zulässig sein. Mit Blick auf die zum 1.2.2011 in Kraft tretenden Änderungen des § 160a StPO (BGBl. I 2010, S. 2261) dürfte dabei die Fassung des weitergehenden Gesetzesentwurfes in der Fassung des Änderungsantrags die gewollten Gesetzesänderungen enthalten.

Die Koalition hat mit dem erwähnten Gesetz vom 22.12.2010 § 160a StPO dahingehend ergänzt, dass zwar Rechtsanwälte wie Abgeordnete nur im Falle des Verdachts strafbarer Beteiligung ausgeforscht werden dürfen, also in § 160a Abs. 1 StPO aufgenommen werden. Für Journalisten ändert sich hingegen nichts; sie bleiben in § 160a Abs. 2 StPO. Das entspricht insofern dem Koalitionsvertrag, als dort die Erstreckung eines praktikablen Schutzes auf Rechtsanwälte angekündigt wird (die Bezeichnung des Schutzes als „absolut“ erscheint insofern irreführend als er in jedem Fall eines hinreichenden Beteiligungsverdacht entfällt). Insofern für weitere Geheimnisträger angekündigt wird, man wolle prüfen, ob ein solcher Schutz angezeigt und „vertretbar“ sei, ist dies im Falle der Journalisten mit Sicherheit der Fall.

Entscheidend sind dabei letztlich die Sachargumente, die der Vergleich mit dem Quellenschutz im Falle der Beschlagnahme überdeutlich macht:

- (1) Informanten müssen regelmäßig damit rechnen, dass spätestens im Moment der medialen Veröffentlichung mit Hilfe strafprozessualer Ermittlungsmaßnahmen im Bereich des Journalisten versucht wird, sie zu enttarnen. Ist in einer solchen Situation der Zugriff allein von einer Entscheidung über die Verhältnismäßigkeit abhängig, besteht kein praktisch wirksamer Vertrauensschutz. Ein Quellenschutz, der sich in einer Verhältnismäßigkeitsprüfung erschöpft, ist unkalkulierbar und keine geeignete Vertrauensgrundlage.

(2) Eine bloße Verhältnismäßigkeitsprüfung bleibt aber sogar noch hinter dem Niveau zurück, dass für den Schutz gegen Durchsuchung und Beschlagnahme vor der Cicero-Entscheidung galt. § 97 Abs. 5 StPO verlangt zwei kumulative Voraussetzungen für diesen Eingriff: Der Journalist muss selbst der strafbaren Beteiligung verdächtig sein. Zusätzlich darf die Beschlagnahme nicht unverhältnismäßig sein.

V. § 160 a Abs. 4 S. 1 StPO – Dringender Tatverdacht

Art. 2 Nr. 2 c) des weitergehenden Gesetzentwurfes in der Fassung des Änderungsantrags schlägt vor, den Beteiligungsverdacht, der für die in § 160a Abs. 4 S. 1 StPO vorgesehene Durchbrechung des Geheimnisträgerschutzes der Absätze 1 – 3 des § 160a StPO erforderlich ist, von einem einfachen auf einen dringenden Tatverdacht anzuheben (A-Drs. 17(6)68, S. 2). Soweit das für Medienangehörige gilt und deren Schutz nicht mehr ohne jeglichen Tatverdacht beseitigt werden kann, also die Zugriffsmöglichkeit nach reiner Verhältnismäßigkeitsbetrachtung beseitigt wird (siehe soeben IV.), handelt es sich um eine stimmige Angleichung an die in Art. 2 des Regierungsentwurfes für Beschlagnahmen gemäß § 97 Abs. 5 S. 2 StPO vorgesehene Verdachtsschwelle (oben II).

VI. § 108 StPO – Ausschluss von Zufallsfunden und Beweisverwertungsverbot

Art. 2 Nr. 5 des weitergehenden Gesetzentwurfes schlägt vor, die Regelung des § 97 Abs. 5 StPO entsprechend auf den Ausschluss der einstweiligen Beschlagnahme von Zufallsfunden im Rahmen einer Durchsuchung anzuwenden. Die Regelung soll als § 108 Abs. 1 S. 4 den aktuellen § 108 Abs. 3 StPO ersetzen, der einen weniger effektiven Schutz gegen die Beschlagnahme von Zufallsfunden bei Medienangehörigen vorsieht. Der Vorschlag ist zu begrüßen. Er sollte um ein entsprechendes Beweisverwertungsverbot für diejenigen Fälle ergänzt werden, in denen eine Beschlagnahme unter Verstoß gegen das Beweiserhebungsverbot erfolgt.

VII. BKAG, ZfDG, G 10-Gesetz – Beteiligungsverdacht auch für präventive Maßnahmen zur Aufdeckung der vertraulichen Kommunikation mit Medienangehörigen erforderlich

Artt. 3, 4 und 5 des weitergehenden Gesetzentwurfes sehen im Zuge des Änderungsvorschlags zu § 160a StPO (oben IV.) entsprechende Änderungen des Schutzes von Medienangehörigen bei Maßnahmen aufgrund des Bundeskriminalamtgesetzes, des Zollfahndungsdienstgesetzes und des G 10-Gesetzes vor. Die vorgeschlagenen Anpassungen des § 20u BKAG, des § 23a Abs. 5 ZfDG sowie des § 3b G-10 Gesetz sind notwendig und angemessen, um einen praktisch wirksamen Quellen- und Informantenschutz der Presse zu ermöglichen. Denn für das Vertrauen der Informanten und ihre Enttarnung spielt es keine Rolle, ob der Zugriff auf die vertrauliche Kommunikation mit dem Journalisten strafprozessual oder präventiv begründet wird.

VIII. Streichung des § 353d Nr. 3 StGB

Der weitergehende Gesetzentwurf schlägt vor, § 353d Nr. 3 StGB zu streichen. Dafür spricht nach wie vor, dass die unter Strafe gestellte Form der wörtlich aus Akten zitierenden Berichterstattung für die Unbefangenheit der Verfahrensbeteiligten nicht gefährlicher erscheint als viele straffreie Formen der Berichterstattung in eigenen Worten, dass aber eine weitergehende Strafbarkeit weder rechtspolitisch sinnvoll noch verfassungsrechtlich zulässig erscheint. Ganz im Gegenteil scheint das Risiko zuzunehmen, dass gerade für die Öffentlichkeit relevante Verfahren vielfach nicht mehr öffentlich umfänglich verhandelt werden, sondern etwa im Zuge zulässiger Abreden zu größeren Teilen nicht öffentlich behandelt und entschieden werden. Man mag bezweifeln, ob § 353 d Nr. 3 StGB angesichts der veränderten Umstände überhaupt noch dem minimalen verfassungsrechtlichen Maßstab genügt, den das Bundesverfassungsgericht vor 25 Jahren noch als erfüllt ansah, wenn es festhielt, die Norm sei nicht „schlechthin ungeeignet“, den von ihr verfolgten Zweck zu befördern (BVerfGE 71, 206 [216]). Jedenfalls aber fehlt es an einem handfesten Maß positiver Eignung zur Zweckerreichung, das der Gesetzgeber für die Aufrechterhaltung der Norm verlangen sollte. Der Vorschlag ist zu begrüßen.

IX. § 97 Abs. 3 S. 2 StPO und § 160a Abs. 4 StPO – Sonstige Berufsheimnisträger

In der Fassung des Änderungsantrags schlägt der weitergehende Gesetzentwurf vor, die Verdachtsschwelle für Ausnahmen von Beschlagnahmeverboten nach § 97 StPO ebenso wie für Ausnahmen vom sonstigen Geheimnisschutz nach § 160a StPO auch für weitere Berufsheimnisträger auf einen dringenden Tatverdacht anzuheben (Änderungsantrag 2) b) zu Art 2 Nr. 1 und Änderungsantrag 2) c), d) bb) zu Art. Nr. 2, A-Drs. 17(6)68). Das kann in Betracht gezogen werden, wenn der Gesetzgeber der Auffassung ist, dass die jeweiligen Vertrauensbeziehungen in ähnlicher Weise durch strafprozessuale Maßnahmen gefährdet werden (vgl. oben II.).

Berlin, 24. Januar 2011



Dr. Christoph Fiedler