



Gemeinsame Stellungnahme
der Bundesrechtsanwaltskammer und
des Deutschen Anwaltvereins
zum
Regierungsentwurf eines Gesetzes zur
Stärkung der Pressefreiheit im Straf- und Strafprozessrecht (PrStG)
(BT-Drucks. 17/3355)

Mitglieder des BRAK-Ausschusses Strafrecht:

Rechtsanwalt Prof. Dr. Alfred Dierlamm, Wiesbaden (Berichterstatter)
Rechtsanwalt Thomas C. Knierim, Mainz
Rechtsanwalt Dr. Daniel Krause, Berlin
Rechtsanwalt Prof. Dr. Holger Matt, Frankfurt am Main
Rechtsanwältin Anke Müller-Jacobsen, Berlin
Rechtsanwalt Prof. Dr. Eckhart Müller, München
Rechtsanwalt Prof. Dr. Tido Park, Dortmund
Rechtsanwalt Prof. Dr. Reinhold Schlothauer, Bremen
Rechtsanwältin Dr. Anne Wehnert, Düsseldorf
Rechtsanwalt Prof. Dr. Hans-Joachim Weider, Frankfurt am Main

Rechtsanwalt Frank Johnigk, Bundesrechtsanwaltskammer, Berlin

Mitglieder des DAV-Ausschusses Strafrecht:

Rechtsanwalt Dr. Stefan König, Berlin (Vorsitzender)
Rechtsanwalt Dr. h. c. Rüdiger Deckers, Düsseldorf
Rechtsanwältin Dr. Margarete Gräfin von Galen, Berlin
Rechtsanwältin Dr. Gina Greeve, Frankfurt am Main
Rechtsanwalt Prof. Dr. Rainer Hamm, Frankfurt am Main (Mitberichterstatter)
Rechtsanwalt Eberhard Kempf, Frankfurt am Main
Rechtsanwältin Gül Pinar, Hamburg
Rechtsanwalt Michael Rosenthal, Karlsruhe
Rechtsanwalt Martin Rubbert, Berlin
Rechtsanwältin Dr. Heide Sandkuhl, Potsdam
Rechtsanwalt Dr. Rainer Spatscheck, München
Rechtsanwalt Dr. Gerson Trüg, Freiburg im Breisgau

Rechtsanwältin Tanja Brexl, DAV-Berlin

Januar 2011

Verteiler:

Bundesministerium der Justiz

Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages

Arbeitskreise Recht der Bundestagsfraktionen

Landesjustizminister/Justizsenatoren der Länder

Rechtsanwaltskammern

Bundesverband der Freien Berufe

Bundesnotarkammer

Bundessteuerberaterkammer

Deutscher Steuerberaterverband

Wirtschaftsprüferkammer

Institut der Wirtschaftsprüfer

Deutscher Notarverein

Deutscher Richterbund

Deutscher Juristinnenbund

Bundevorstand Neue Richtervereinigung

Redaktionen der NJW, Strafverteidiger, Neue Zeitschrift für Strafrecht, ZAP Verlag

I.

Der Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Pressefreiheit im Straf- und Strafprozessrecht (PrStG) sieht eine Ergänzung der Vorschrift des § 353 b StGB um einen neuen Absatz 3 a vor, wonach Journalisten im Rahmen der Beihilfe nicht rechtswidrig handeln, wenn sie sich auf die Entgegennahme, Auswertung oder Veröffentlichung des Geheimnisses beschränken. Darüber hinaus soll der Schutz von Journalisten vor Beschlagnahmen dadurch verbessert werden, dass nicht bereits ein einfacher Tatverdacht ausreicht, sondern ein dringender Tatverdacht gegen den Journalisten erforderlich ist, um eine Beschlagnahme anzuordnen.

Die Bundesrechtsanwaltskammer und der Deutsche Anwaltverein lehnen den Gesetzesentwurf ab.

II.

1. Vorbemerkungen

Die Pressefreiheit ist für die freiheitliche demokratische Grundordnung konstituierend. Die Freiheit der Medien ist für den freiheitlichen Staat von besonderer Bedeutung (vgl. nur BVerfGE 7, 198, 208; 20, 162, 174; 50, 234, 239 f.; 77, 65, 74; 117, 244, 258). Dementsprechend gewährleistet Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG den im Bereich von Presse und Rundfunk tätigen Personen und Organisationen Freiheitsrechte und schützt darüber hinaus in seiner objektiv-rechtlichen Bedeutung auch die institutionelle Eigenständigkeit der Presse und des Rundfunks (vgl. BVerfGE 10, 118, 121; 66, 116, 133; 77, 65, 74; 117, 244, 258). Die Gewährleistung der Presse- und Rundfunkfreiheit schließt Voraussetzungen und Hilfstätigkeiten mit ein, ohne die die Medien ihre Funktion nicht in angemessener Weise erfüllen können. Geschützt sind namentlich die Geheimhaltung der Informationsquellen und das Vertrauensverhältnis zwischen Presse bzw. Rundfunk und den Informanten (vgl. BVerfGE 100, 313, 365; 117, 244, 258).

Nach Art. 5 Abs. 2 GG findet die Pressefreiheit ihre Schranken in den Vorschriften der allgemeinen Gesetze, zu denen auch die Vorschriften des StGB und der StPO gehören. Bei der Auslegung und Anwendung der Vorschriften ist der Bedeutung der Pressefreiheit Rechnung zu tragen (vgl. BVerfGE 28, 191, 201; 77, 65, 81; 107, 299, 329; 117, 244, 260). Die Verfassung gebietet es allerdings nicht, Journalisten von strafprozessualen Maßnahmen auszunehmen (vgl.

BVerfGE 107, 299, 331; 117, 244, 260). Auch ist ein genereller Vorrang des Medieninteresses vor dem Strafverfolgungsinteresse verfassungsrechtlich nicht zu begründen (BVerfG NJW 2003, 1787, 1793).

Ungeachtet der großen Bedeutung der Pressefreiheit für unser demokratisches Gemeinwesen ist zu berücksichtigen, dass Vorschriften, die zu einer materiell-rechtlichen und verfahrensrechtlichen Privilegierung von Medienangehörigen führen, in ein Spannungsverhältnis zum Interesse einer effektiven Strafverfolgung geraten können. Denn Vorschriften, die die Ermittlung der Wahrheit beschränken, können dazu führen, dass entscheidungsrelevante Beweismittel den Strafverfolgungsbehörden entzogen werden. Hierdurch kann auch der Anspruch des Beschuldigten auf ein faires Verfahren beeinträchtigt werden, weil diese Beweismittel - gerade Beweismittel entlastender Art - nicht nur den Ermittlungsbehörden, sondern auch der Verteidigung vorenthalten werden. Dies begründet die Gefahr, dass strafprozessuale Entscheidungen bis hin zur Verurteilung des Angeklagten auf unvollständiger Sachverhaltsgrundlage erfolgen.

Die Pressefreiheit steht ferner in einem Spannungsverhältnis zu den Persönlichkeitsrechten des Beschuldigten. Gerade in der jüngeren Vergangenheit ist vermehrt zu beobachten, dass Medien strafrechtliche Ermittlungsverfahren sehr intensiv und engmaschig begleiten. Oft verfügen Pressevertreter über - belastende oder entlastende - Erkenntnisse, die weit über den Wissenstand der Ermittlungsbehörden hinausgehen. Gerade dann, wenn die Medienberichterstattung einseitig, reißerisch oder gar interessengesteuert ist, führt die daraus in der Öffentlichkeit resultierende Vorverurteilung zu einer erheblichen Beeinträchtigung der Unschuldsvermutung des Beschuldigten und damit zu einer empfindlichen Verletzung des Persönlichkeitsschutzes. Hassemer hat den Begriff des staatlichen Verarbeitungsmonopols geprägt (Hassemer NJW 1985, 1921, 1924; vgl. auch Gross, Festschrift Hanack, 1999, S. 39), was bedeutet, dass die Aufarbeitung strafrechtlich relevanter Sachverhalte den staatlichen Strafverfolgungsbehörden vorbehalten ist und nicht durch Dritte vorweggenommen werden darf. Diese Gefahr besteht aber, wenn – wie vermehrt zu beobachten – die Presse von interessierter Seite instrumentalisiert wird, so z.B. durch den Einsatz von sog. „Spindoctors“.

Jede weitere Privilegierung von Medienangehörigen würde das verfassungsrechtliche Gefüge, in dem sich die Pressefreiheit befindet, zum Nachteil des Interesses an einer effektiven Strafverfolgung und Wahrheitsermittlung sowie zum Nachteil der Persönlichkeitsrechte des Beschuldigten beeinträchtigen oder gar aus der Balance bringen.

Die im Regierungsentwurf vorgeschlagenen Gesetzesänderungen waren seit 1999 in dieser oder in ähnlicher Form bereits mehrfach Gegenstand von Gesetzesinitiativen (BT-Drucks. 14/1602 v. 15.09.1999; BT-Drucks. 14/5166 v. 25.01.2001; BT-Drucks. 16/956 v. 16.03.2006; BT-Drucks. 16/576 v. 07.02.2006; BT-Drucks. 16/4539 v. 06.03.2007). Die Vorschläge wurden vom Gesetzgeber stets - zum Teil mit deutlicher Begründung - abgelehnt (vgl. Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses des Bundestages, BT-Drucks. 14/6576 v. 04.07.2001; Plenarprotokoll 14/183 v. 06.07.2001, S. 18137; Protokoll des Vermittlungsausschusses, BT-Drucks. 14/7015 v. 02.10.2001 u. BT-Drucks. 14/7776 v. 12.12.2001; Beschlussempfehlung im Rechtsausschuss des Bundestages, BT-Drucks. 16/5283 v. 09.05.2007: „Gesetzesentwurf durch Cicer-Entscheidung obsolet geworden“).

Der Rechtsausschuss des Bundesrats hat in seiner Sitzung vom 01.10.2010 beschlossen, dem Bundesrat zu empfehlen, den Gesetzesentwurf abzulehnen. Ein Beschluss des Bundesrates ist nicht zustande gekommen.

2. Zu § 353 b StGB-E

a) Keine kriminalpolitische Notwendigkeit

(1) Kaum Anwendungsfälle

In der Entwurfsbegründung ist davon die Rede, dass „in den vergangenen Jahren eine Reihe von Ermittlungsverfahren“ gegen Medienangehörige geführt worden seien (S. 7 der Entwurfsbegründung), Medienangehörige seien „wiederholt der Ermittlungstätigkeit der Strafverfolgungsbehörden ausgesetzt gewesen“ (S. 1 der Entwurfsbegründung). Nachvollziehbare empirische Daten zur Häufigkeit von Ermittlungsverfahren gegen Presseangehörige wegen Beihilfe zum Geheimnisverrat enthält die Gesetzesbegründung nicht. Nach einer Erhebung des Deutschen Journalisten-Verbandes (DJV) aus dem Jahre 2001 sollen in der Zeit von 1987 bis 2000 in insgesamt 20 Fällen journalistische Materialien beschuldigter Journalisten beschlagnahmt worden sein (vgl. Leutheusser-Schnarrenberger, ZRP 2007, 249). Die diesen Durchsuchungsmaßnahmen zugrundeliegenden Vorwürfe sind nicht näher beschrieben. Es ist davon auszugehen, dass die Zahl der Journalisten, gegen die der Vorwurf der Beihilfe zum Geheimnisverrat gemäß den §§ 353 b, 27 StGB erhoben wurde, noch wesentlich geringer ist. Legt man dies zugrunde, so war die praktische Relevanz und damit die kriminalpolitische Notwendigkeit

einer Gesetzesänderung schon vor der Cicero-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts außerordentlich gering. Nach Bekanntwerden der Cicero-Entscheidung ist lediglich ein einziger Fall aus dem Jahre 2007 bekannt geworden, in dem gegen Journalisten, die aus geheimen Akten des BND-Untersuchungsausschusses zitiert haben sollen, der Verdacht der Beihilfe zum Geheimnisverrat erhoben wurde. Eine Durchsuchung von Redaktionsräumen fand nicht statt. Das Verfahren gegen die Journalisten wurde eingestellt (vgl. zu diesem Verfahren nur wikinews.org, Veröffentlichung vom 09.08.2007). In den Jahren 2008 bis 2010 sind keine Fälle beschrieben, in denen gegen Journalisten wegen des Verdachts der Beihilfe zum Geheimnisverrat ermittelt oder auf der Grundlage dieses Verdachts sogar Redaktionsräume durchsucht wurden.

(2) Tathandlungen der „Entgegennahme, Auswertung oder Veröffentlichung des Geheimnisses“ bereits de lege lata straffrei

Eine kriminalpolitische Notwendigkeit für die Gesetzesänderung besteht auch deshalb nicht, weil die in § 353 b Abs. 3 a StGB-E beschriebenen Tathandlungen auch nach geltender Gesetzeslage straffrei sind.

Die „Entgegennahme des Geheimnisses“ ist unter dem Gesichtspunkt der notwendigen Teilnahme straffrei. Dass den Journalisten eine Briefsendung von einem Amtsträger mit geheimhaltungsbedürftigem Inhalt erreicht, wird er kaum verhindern können. Da grundsätzlich keine Pflicht besteht, Straftaten eines anderen zu verhindern, wäre der Journalist auch nicht gehalten, die Offenbarung des Geheimnisses ihm gegenüber zu vereiteln. Da die Kenntnisnahme von diesem Geheimnis notwendiges Gegenstück zur strafbaren Offenbarung gemäß § 353 b Abs. 1 StGB ist, wäre die (auch aktive) Entgegennahme des Geheimnisses unter dem Gesichtspunkt der notwendigen Teilnahme tatbestandslos (vgl. Cramer, *wistra* 2006, 165, 166; Brüning, *NStZ* 2006, 253, 254; NK/Kuhlen, § 353 b Rn 57; MK/Graf, § 353 b Rn 82).

Auch die „Auswertung des Geheimnisses“ durch den Journalisten ist nach geltendem Recht straflos. Die bloß interne Verarbeitung eines Geheimnisses im Rahmen der journalistischen Recherche begründet noch keine beihilfefähige Förderung der Haupttat. Die interne Verar-

beitung eines Geheimnisses ist mit der bloßen Kenntnisnahme wertungsmäßig vergleichbar. Eine strafbare Beihilfe scheidet tatbestandsmäßig aus (so Cramer, wistra 2006, 165, 166).

Schließlich ist auch die „Veröffentlichung des Geheimnisses“ nach geltender Rechtslage tatbestandslos. Dies gilt nach zutreffender Auffassung schon deshalb, weil die Konstruktion der sog. sukzessiven Beihilfe zum Geheimnisverrat durch Journalisten im Falle einer bloßen Veröffentlichung des Geheimnisses abzulehnen ist (vgl. nur Rogall, NJW 1980, 751, 752; NK/Kuhlen, § 353 b Rn 58; Schönke/Schröder/Lenckner/Perron, § 353 b Rn 23; Behm, AfP 2000, 421, 424; Brüning, NStZ 2006, 253, 255; offengelassen in BVerfGE 117, 244, 264).

Zudem ist die Vorschrift des § 353 b StGB im Lichte des Pressegrundrechts nach Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG dahingehend auszulegen, dass allein die Veröffentlichung eines Dienstgeheimnisses durch einen Journalisten den Verdacht einer Beihilfe nicht zu begründen vermag. Im Leitsatz hat das Bundesverfassungsgericht in der Cicero-Entscheidung hierzu hervorgehoben (BVerfGE 117, 244):

„Die bloße Veröffentlichung eines Dienstgeheimnisses im Sinne des § 353 b StGB durch einen Journalisten reicht im Hinblick auf Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG nicht aus, um einen den strafprozessualen Ermächtigungen zur Durchsuchung und Beschlagnahme genügenden Verdacht der Beihilfe des Journalisten zum Geheimnisverrat zu begründen.“

Damit hat das Bundesverfassungsgericht unmissverständlich klargestellt, dass ein Strafbarkeitsrisiko für einen Journalisten wegen Beihilfe zum Geheimnisverrat dann nicht besteht, wenn er ein im Rahmen des § 353 b StGB geschütztes Geheimnis veröffentlicht. Ein Regelungsbedarf für den Gesetzgeber ergibt sich aus der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts nicht. Im Gegenteil: Die Frage der Strafbarkeit eines Journalisten durch die Veröffentlichung von geheimnisgeschützten Informationen ist durch die Cicero-Entscheidung abschließend geklärt worden.

b) Einordnung der Vorschrift des § 353 b Abs. 3 a StGB-E als Rechtfertigungsgrund fragwürdig

Die Regelung des § 353 b Abs. 3 a StGB-E ist als Rechtfertigungsgrund ausgestaltet (S. 8 d. Entwurfsbegründung). Dies ist schon deshalb fragwürdig, weil die Strafbarkeit der in der Entwurfsregelung dargestellten Handlungen nicht erst auf der Ebene der Rechtswidrigkeit, sondern schon auf Tatbestandsebene entfällt. Es ist wertungsmäßig - insbesondere unter Berücksichtigung des Grundrechts der Pressefreiheit gemäß Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG - ein Unterschied, ob ein Journalist tatbestandsmäßig, aber gerechtfertigt handelt oder ob sein Handeln schon tatbestandlich kein Unrecht darstellt.

Abgesehen davon finden Rechtfertigungsgründe ihren Grund vor allem im Prinzip des überwiegenden Interesses (vgl. nur MK/Schlehofer, vor §§ 32 ff Rn 53; Schönke/Schröder/Lenckner/Sternberg-Lieben, vor §§ 32 ff Rn 7; Lenckner, Der rechtfertigende Notstand, 1965, S. 133 ff). Bei einer systemgerechten Einordnung der Vorschrift des § 353 b Abs. 3 a StGB-E als Rechtfertigungsgrund müsste folglich ein Interesse ersichtlich sein, das die durch die Vorschrift des § 353 b geschützten öffentlichen Interessen wesentlich überwiegt. Ein solches Interesse mag zwar im Einzelfall vorliegen; in der erforderlichen Allgemeinheit ist es jedoch nicht erkennbar. Insbesondere taugt die Pressefreiheit nicht als überwiegendes Interesse, das den Schutz der „wichtigen öffentlichen Interessen“ im Sinne des § 353 b StGB generell zurücktreten ließe. Das Bundesverfassungsgericht hat wiederholt hervorgehoben, dass der Pressefreiheit kein genereller Vorrang vor sonstigen geschützten Rechtsgütern zukomme; vielmehr sei eine Abwägung vorzunehmen, die wegen ihres Fallbezugs „nicht generell und abstrakt“ vorweggenommen werden könne (vgl. nur BVerfGE 20, 162, 176; 93, 266, 293).

3. Zu § 97 Abs. 5 S. 2 StPO-E

a) Geltende Rechtslage zum Schutz der Pressefreiheit ausreichend

In der StPO findet sich eine Vielzahl von Vorschriften, die dem Schutz von Presse- und Medienangehörigen in besonderer Weise Rechnung tragen. Erst jüngst hat der Gesetzgeber mit dem am 01.01.2008 in Kraft getretenen Gesetz zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen sowie zur Umsetzung der

Richtlinie 2006/24/EG vom 21.12.2007 (BGBl. I S. 3198) wichtige Gesetzesänderungen zum Schutz der Pressefreiheit im Strafprozess eingeführt.

- So hat der Gesetzgeber in § 160 a Abs. 2 S. 1 StPO bei Ermittlungsmaßnahmen gegen den in § 53 Abs. 1 Ziff. 5 StPO beschriebenen Personenkreis eine besonders strenge Prüfung der Verhältnismäßigkeit angeordnet.
- Nach § 160a Abs. 4 S. 2 StPO können Ermittlungsmaßnahmen gegen tatbeteiligte Journalisten bei Antrags- oder Ermächtigungsdelikten nur dann vorgenommen werden, wenn ein entsprechender Strafantrag gestellt wird oder eine Ermächtigung vorliegt.
- In § 97 Abs. 5 S. 2 Hs. 2 StPO sind bei Presseangehörigen für eine Beschlagnahme hohe Voraussetzungen an die Verhältnismäßigkeitsprüfung statuiert worden: Die Beschlagnahme darf unter Berücksichtigung des Grundrechts nach Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG „nicht außer Verhältnis zur Bedeutung der Sache“ stehen und die Erforschung des Sachverhalts muss „auf andere Weise aussichtslos oder wesentlich erschwert“ werden.
- Schließlich ist auf Ziff. 73 a RiStBV hinzuweisen, wonach im Rahmen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes bei Berufsträgern „ein strenger Maßstab anzulegen“ ist.

Der Gesetzgeber hat den Schutz der Pressefreiheit mit diesem Regelungspaket in besonderer Weise zum Ausdruck gebracht. Die Vorschriften sind zum Schutz von Presse- und Medienangehörigen mehr als ausreichend. Ein noch weitergehender Schutz ist vom Gesetzgeber im Rahmen des Gesetzes zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen abgelehnt worden.

b) Verdachtsgrad des „dringenden Verdachts der Beteiligung“ systemwidrig

Nach der Systematik der StPO ist ein dringender Tatverdacht bei freiheitsbeschränkenden strafprozessualen Maßnahmen erforderlich, insbesondere für den Erlass eines Haftbefehls (§ 112 StPO) oder eines Unterbringungsbefehls (§ 81 StPO). Bei anderen Ermittlungsmaßnahmen genügt in der Regel ein einfacher Tatverdacht.

Die Erhöhung der Eingriffsschwelle auf die Ebene des dringenden Tatverdachts bei Beschlagnahmeanordnungen gegen Journalisten ist systemwidrig. Es fragt sich, warum nur Journalisten in den Genuss dieses Privilegs kommen sollen, nicht aber Rechtsanwälte, Ärzte und andere in § 53 Abs. 1 StPO genannte Personengruppen. Selbst wenn man den Regelungsvorschlag befürworten würde, so wäre nicht einzusehen, warum die Regelung nur die Beschlagnahme, nicht aber auch andere Zwangsmaßnahmen umfasst.

Die Regelung verstößt gegen den Gleichheitsgrundsatz nach Art. 3 Abs. 1 GG.

c) Beschlagnahme von instrumenta et producta sceleris gemäß § 97 Abs. 2 S. 3 Hs. 2 StPO?

§ 97 Abs. 5 S. 2 StPO-E lässt unberücksichtigt, dass nach § 97 Abs. 2 S. 3 Hs. 2 StPO-E - ohne dringenden Tatverdacht - Gegenstände beschlagnahmt werden können, „die durch eine Straftat hervorgebracht oder zur Begehung einer Straftat gebraucht oder bestimmt sind oder die aus einer Straftat herrühren“. Übersendet ein Amtsträger an einen Journalisten Unterlagen mit Dienstgeheimnissen, so handelt es sich um Gegenstände, „die aus einer Straftat herrühren“. Eine Beschlagnahme dieser Unterlagen wäre auch nach der Neuregelung im Entwurf ohne erhöhten Verdachtsgrad zulässig (vgl. zur Beschlagnahme eines Bekennerschreibens in den Redaktionsräumen: BGH NJW 1996, 532; Brüning, NStZ 2006, 253, 256).

Vor diesem Hintergrund ist zu bezweifeln, dass die Entwurfsregelung den intendierten Zweck überhaupt erfüllen kann.