

19. März 2021

Stellungnahme
des Deutschen Journalisten-Verbandes e.V.
zum
Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD
Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung der Rechtsgrundlagen der
Bundespolizei BT-Drs. 19/26541

Zusammenfassung

1) Im BPolG fehlt bisher jede Regelung zum Verhältnis des BPolG mit den Zeugnisverweigerungsrechten von Berufsheimnisträgern nach §§ 53, 53a StPO. Der DJV ist der Auffassung, dass auch dieses Polizeigesetz nicht ohne eine gesetzliche Regelung zur Reichweite dieser Zeugnisverweigerungsrechte in Kraft treten sollte.

2) Der Gesetzgebungsvorschlag zu § 27d zeigt auf, wie dringlich der Schutz der Berufsheimnisträger auch im BPolG ist. Der DJV schlägt dazu vor, zu § 28 nach Abs. 8 (neu) einen Abs. 8a wie folgt aufzunehmen:

„(8a) Der Kernbereich umfasst auch das durch das Berufsheimnis geschützte Vertrauensverhältnis zu den in [§§ 53](#) und [53a der Strafprozessordnung](#) genannten Berufsheimnisträgern. Abs. 8 ist nicht anwendbar.“

Im Einzelnen:

1)

Der Schutz von Berufsheimnissen, u.a. von Journalistinnen und Journalisten, ist im Gesetzentwurf - wie bisher im geltenden BPolG - nicht vorgesehen. Das kann dazu führen, dass der grundrechtlich gewährleistete Informantenschutz und das

Stellungnahme des DJV z. Gesetzentwurf der BT-Fraktionen CDU/CSU und SPD zur Änderung des BPolG

ebenso geschützte Redaktionsgeheimnis nicht beachtet werden. Das wird den Berufsgeheimnissen der Journalistinnen und Journalisten nicht gerecht.

Die Aussage- und Zeugnisverweigerungsrechte der §§ 52–55 StPO sind nicht nur subjektivrechtlich fundiert, sondern haben als Garanten einer freiheitlichen Staats- und Gesellschaftsordnung zugleich eine objektivrechtliche Bedeutung¹ (*Württemberg/Schenke* JZ 1999, 548 [551 f.]; *SächsVerfGH* LKV 1996, 273 [285]).

Der Schutz journalistischer Arbeit ist in Deutschland verfassungsrechtlich durch die Presse- und Rundfunkfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 Grundgesetz (GG) und Art. 10 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) abgesichert. Die umfangreiche Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte ist dokumentiert² und in einer Vielzahl von Entscheidungen konkretisiert.

Die in Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG verbürgte Pressefreiheit umfasst die Eigenständigkeit der Presse von der Beschaffung der Information bis zur Verbreitung der Nachrichten und Meinungen³. Eine Durchsuchung in Redaktionsräumen stellt wegen der damit verbundenen Störung der Redaktionstätigkeit und der Möglichkeit einer einschüchternden Wirkung eine Beeinträchtigung der Pressefreiheit dar⁴.

Um die Vertraulichkeit der Redaktionsarbeit zu sichern, die Verschaffung staatlichen Wissens über redaktionelle Vorgänge zu unterbinden und die Voraussetzungen für die Institution einer eigenständigen Presse zu erhalten, fallen auch organisationsbezogene Unterlagen eines Presse- oder Rundfunkunternehmens, aus denen sich redaktionelle Arbeitsabläufe, redaktionelle Projekte oder auch die Identität der Mitarbeiter einer Redaktion ergeben, unter das Redaktionsgeheimnis. Ebenso wie

¹ vgl. Schenke, BPolG § 28 Besondere Mittel der Datenerhebung, Rdnr. 28, in: Schenke/Graulich/Ruthig, Sicherheitsrecht des Bundes 2. Auflage 2019; *Württemberg/Schenke* JZ 1999, 548 [551 f.]; *SächsVerfGH* LKV 1996, 273 [285]).

² <https://www.djv.de/startseite/info/themen-wissen/medienpolitik>

³ vgl. BVerfGE 10, 118 (121); 66, 116 (133); 77, 65 (74)

⁴ Vgl. BVerfG NJW 2005, 965; BGH NJW 1999, 2052 (2053); BVerfGE 117, 244 (259)

Stellungnahme des DJV z. Gesetzentwurf der BT-Fraktionen CDU/CSU und SPD zur Änderung des BPolG

die Beschlagnahme von Datenträgern mit redaktionellem Datenmaterial⁵ greift auch die Sicherstellung bzw. Beschlagnahme von redaktionellen Unterlagen in die vom Grundrecht der Presse- bzw. Rundfunkfreiheit umfasste Vertraulichkeit der Redaktionsarbeit ein⁶.

Dieses Recht gilt nicht schrankenlos. Gesetze, die in die Pressefreiheit eingreifen, sind jedoch im Licht der Pressefreiheit auszulegen und anzuwenden⁷. Die Einschränkung der Pressefreiheit muss geeignet und erforderlich sein, um den angestrebten Erfolg zu erreichen; dieser muss in angemessenem Verhältnis zu den Einbußen stehen, welche die Beschränkung für die Pressefreiheit mit sich bringt⁸. Geboten ist insofern eine Abwägung zwischen dem sich auf die konkret zu verfolgenden Taten beziehenden Strafverfolgungsinteresse und der Pressefreiheit⁹. Die Möglichkeit, auch aufgrund eines unzureichenden Verdachts Durchsuchungen und Beschlagnahmen in der Redaktion oder bei einem Journalisten anzuordnen, würde zu einem nicht von der Hand zu weisenden Risiko führen, dass die Staatsanwaltschaft ein Ermittlungsverfahren mit dem ausschließlichen oder überwiegenden Ziel einleitet, auf diese Weise den Informanten festzustellen. Dies aber widerspräche dem verfassungsrechtlich gewährleisteten Informantenschutz¹⁰.

Auch der EGMR hat in mehreren grundlegenden Urteilen die Reichweite und den Umfang des Schutzes der journalistischen Quellen auf der Grundlage des Art. 10 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) bestimmt und die Bedeutung des journalistischen Quellenschutzes als eine der Grundvoraussetzungen der Pressefreiheit herausgestellt.^{11, 12, 13}.

⁵ BVerfGE 117, 244 (260)

⁶ BVerfGE 77, 65 (75)

⁷ vgl. BVerfGE 77, 65 (81ff); 107, 299 (329ff); BVerfG NJW 2001, 507; BVerfGE 117, 244 (261)

⁸ BVerfGE 59, 231 (265); 71, 206 (214); 77, 65 (75)

⁹ BVerfG NJW 2001, 507 (508)

¹⁰ BVerfGE 20, 162 (191f., 217)

¹¹ vgl. Case of Goodwin v. The United Kingdom, no. 17488/90, judgment 27/03/1996, Rn. 39: "Protection of journalistic sources is one of the basic conditions for press freedom, as is reflected in the laws and the professional codes of conduct in a number of Contracting States and is affirmed in several international instruments on journalistic freedoms (see, amongst others, the

Stellungnahme des DJV z. Gesetzentwurf der BT-Fraktionen CDU/CSU und SPD zur Änderung des BPolG

Unter den notwendigen Verfahrensgarantien einer Rechtsordnung ist es nach der Rechtsprechung des EGMR zuerst und vorrangig notwendig, dass ein Richter oder eine unabhängige und unparteiische Stelle angerufen werden kann, bevor die Polizei oder der Staatsanwalt Zugang zu den Quellen erhält¹⁴.

Der Schutz journalistischer Arbeit, insbesondere der publizistische Quellenschutz, drückt sich in einer Reihe von Gesetzen - z.T. aber unvollkommen - aus: Aus § 53 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 StPO folgt ein Zeugnisverweigerungsgericht von Journalisten vor

Resolution on Journalistic Freedoms and Human Rights, adopted at the 4th European Ministerial Conference on Mass Media Policy (Prague, 7-8 December 1994) and Resolution on the Confidentiality of Journalists' Sources by the European Parliament, 18 January 1994, Official Journal of the European Communities No. C 44/34). Without such protection, sources may be deterred from assisting the press in informing the public on matters of public interest. As a result the vital public-watchdog role of the press may be undermined and the ability of the press to provide accurate and reliable information may be adversely affected."

- ¹² British Broadcasting Corporation v. The United Kingdom, no. 25798/94, judgment 18/01/1996, S. 4: "The present case is different from the case of Goodwin, since in that case the applicant had received information on a confidential and unattributable basis, whereas the information which the BBC obtained comprised recordings of events which took place in public and to which no particular secrecy or duty of confidentiality could possibly attach. The Commission will, however, assume an interference with the BBC's Article 10 (Art. 10) rights for the purposes of the present application."
- ¹³ Financial Times Ltd. v. The United Kingdom, no. 821/03, judgment 15/12/2009, Rn. 70: "While, unlike the applicant in the Goodwin case, the applicants in the present case were not required to disclose documents which would directly result in the identification of the source but only to disclose documents which might, upon examination, lead to such identification, the Court does not consider this distinction to be crucial. In this regard, the Court emphasises that a chilling effect will arise wherever journalists are seen to assist in the identification of anonymous sources. In the present case, it was sufficient that information or assistance was required under the disclosure order for the purpose of identifying X (see Roemen and Schmit v. Luxembourg, no. 51772/99, § 47, ECHR 2003-IV)."
- ¹⁴ Case of Sanoma Uitgevers B.V. v. The Netherlands, Rn. 90: "First and foremost among these safeguards is the guarantee of review by a judge or other independent and impartial decision-making body.", Rn. 92: "Given the preventive nature of such review the judge or other independent and impartial body must thus be in a position to carry out this weighing of the potential risks and respective interests prior to any disclosure and with reference to the material that it is sought to have disclosed so that the arguments of the authorities seeking the disclosure can be properly assessed." und Rn. 94: "According to the guideline of 19 May 1988, under B (see paragraph 37 above), the lawful seizure of journalistic materials required the opening of a preliminary judicial investigation and an order of an investigating judge."

Stellungnahme des DJV z. Gesetzentwurf der BT-Fraktionen CDU/CSU und SPD zur Änderung des BPolG

Gericht. Bei Journalisten ist außerdem gemäß § 100d Abs. 5 StPO die akustische Wohnraumüberwachung und die Onlinedurchsuchung unzulässig. Auch gilt gegenüber Journalisten das Beschlagnahmeverbot aus § 97 Abs. 5 StPO sowie die Unzulässigkeit der Vorratsdatenspeicherung nach § 100g Abs. 4 StPO.

Der Bedarf, den Schutz der Berufsgeheimnisse auch im BPolG zu verankern, also durch eine ausdrückliche gesetzliche Regelung für die gebotene Rechtssicherheit zu sorgen¹⁵ wird auch in der polizeirechtlichen Literatur gesehen. Danach erweist sich das Tätigwerden des Gesetzgebers schon deswegen als unumgänglich¹⁶, weil das BVerfG in der BKAG-Entscheidung einen verstärkten Schutz von Sonderbeziehungen, etwa der Vertrauensverhältnisse von Berufsgeheimnisträgern angemahnt hat¹⁷.

2)

Nach Auffassung des DJV geht mit dem Gesetzentwurf zur Änderung des Bundespolizeigesetzes und der darin vorgesehenen Einführung einer präventiven Quellen-Telekommunikationsüberwachung eine Reihe von Gefahren für die journalistische Arbeit in Deutschland einher, die den Quellenschutz und das Redaktionsgeheimnis unmittelbar berühren.

Der Gesetzentwurf zur Änderung des BPolG sieht eine Ermächtigung zur Durchführung einer präventiven Quellen-TKÜ vor. § 27d Abs. 2 erweitert die herkömmliche Telekommunikationsüberwachung um die Möglichkeit der Quellen-TKÜ, welche das Abhören verschlüsselter IP-Telefonie ermöglicht, „sofern bestimmte Tatsachen die Annahme rechtfertigen...“.

Diese neuen Befugnisse in § 27 d orientieren sich an den bereits bestehenden Regelungen der Strafprozessordnung (§ 100a Abs. 1 S. 2, 3 StPO) und des BKA- Gesetzes (§§ 5, 51 Abs.2 BKAG). Als die Quellen-TKÜ erstmals eingeführt wurde, war sie nur für das Bundeskriminalamt vorgesehen und auf die Abwehr von Gefahren durch

¹⁵ vgl. Schenke, aaO; Würtenberger/Schenke JZ 1999, 548 [551 ff.]).

¹⁶ vgl. Schenke, aaO, Rdnr. 29

¹⁷ vgl. BVerfGE 141, 220 (318f)

Stellungnahme des DJV z. Gesetzentwurf der BT-Fraktionen CDU/CSU und SPD zur Änderung des BPolG

den internationalen Terrorismus beschränkt. 2017 wurde der Einsatz auf die Strafverfolgungsbehörden und auf die Katalog-Straftaten des § 101a Abs.2 StPO erweitert. Mit dem vorliegenden Entwurf sollen die Befugnisse auch auf die Bundespolizei erweitert werden.

In der Begründung zu § 27 d Abs. 1 des Entwurfs heißt es: „Die präventive Telekommunikationsüberwachung soll hier eine Erkenntnislücke schließen und sich gegen Personen richten, gegen die noch kein Tatverdacht begründet ist und daher noch keine strafprozessualen Maßnahmen nach § 100a StPO angeordnet werden kann.“

In der Begründung zu § 27 d Abs. 2 stellt der Gesetzentwurf darauf ab, dass Kommunikation vermehrt über Internettelefonie stattfindet und die Verschlüsselung der Daten bereits standardisiert in der Software der verschiedenen Anbieter implementiert sei. Aufgrund der Verschlüsselung seien mittels herkömmlicher Telekommunikationsüberwachung nur kryptierte, also verschlüsselte und nicht lesbare Daten der Kommunikation festzustellen.

Eine erfolgreiche Datenüberwachung müsse daher auf die Daten zugreifen können, bevor sie verschlüsselt werden oder nachdem sie auf dem Empfangsgerät entschlüsselt werden. Insofern bestehe auch kein Unterschied zur herkömmlichen Kommunikationsüberwachung, da nicht mehr Daten erfasst würden, sondern dieselben Daten nur an anderer Stelle aufgenommen würden.

Technisch wird die Quellen-TKÜ meist mittels einer heimlich eingeschleusten Software umgesetzt, die die Kommunikationsdaten noch vor ihrer Verschlüsselung bzw. nach der Entschlüsselung auf dem Gerät abfängt und an die Ermittlungsbehörde ausleitet. In Betracht kommen aber auch Hardwarelösungen, wie das physikalische Ausleiten der Daten aus dem Zielgerät (z.B. der Sprachsignale am Audioausgang, Headset oder an der Soundkarte des PC)¹⁸.

¹⁸ KK-StPO/Bruns, 8. Aufl. 2019, StPO § 100a Rn. 42-44.

Stellungnahme des DJV z. Gesetzentwurf der BT-Fraktionen CDU/CSU und SPD zur Änderung des BPolG

Die Zulässigkeit der Quellen-TKÜ ist in der Literatur¹⁹ und Rechtsprechung²⁰ umstritten. Um an die Daten zu gelangen, müssen die Ermittler unbemerkt eine Spionage-Software auf das Gerät des Betroffenen aufspielen (sog. Sekundär- oder Begleitmaßnahme). Wenn Spionage-Software auf einem informationstechnischen System unbemerkt installiert wird, besteht theoretisch immer der volle Zugriff auf alle dort gespeicherten Daten. Dadurch entstehen Abgrenzungsschwierigkeiten zur sog. „Online-Durchsuchung“.

Nach dem BVerfG soll die Quellen-TKÜ dann allein an Art. 10 GG zu messen und damit zulässig sein, wenn sich die Überwachung ausschließlich auf Daten aus einem laufenden Telekommunikationsvorgang beschränkt. Es darf insbesondere kein weitergehender Eingriff in das aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG abzuleitende Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme erfolgen. Im *Unterschied zur Online-Durchsuchung* ist die Quellen-TKÜ deshalb grundsätzlich auf die während des laufenden Kommunikationskontakts „fließenden“ Kommunikationsinhalte *zu beschränken*. Dies muss durch technische Vorkehrungen und rechtliche Vorgaben sichergestellt sein.²¹ Es ist für die Zulässigkeit der Quellen-TKÜ von entscheidender Bedeutung, ob im Einzelfall die notwendige Infiltration des verwendeten informationstechnischen Systems den Integritätsanspruch des Systemnutzers berührt. Ungeklärt bleibt nach wie vor die Frage, ob eine solche Beschränkung derzeit technisch ausreichend sichergestellt werden kann.²²

Der Gesetzentwurf sieht allerdings in § 27d Abs. 2 Satz 2 ausdrücklich die Möglichkeit vor, auch auf gespeicherte Inhalte zuzugreifen.

Darüber hinaus erscheint es sehr problematisch, dass die vorgesehene präventive Quellen-TKÜ sich auch gegen Personen richten kann, gegen die noch kein Tatver-

¹⁹ Abl. Becker/Meinicke StV 2011, 50; Buermeyer/Bäcker HRRS 2009, 433 (440); Sankol CR 2008, 13 (17); zust. Graf/Graf Rn. 114; KMR-StPO/Bär Rn. 32.

²⁰ AG Bayreuth 17.9.2009 – Gs 911/09, NJW-Spezial 2010, 345; LG Landshut 20.1.2011 – 4 Qs 346/10, NStZ 2011, 479; abl. LG Hamburg 1.10.2007 – 629 Qs 29/07, MMR 2008, 423.

²¹ BVerfG NJW 2008, 822 (826 Rn. 190)); ebenso BVerfG NJW 2016, 1794 (Rn. 228 ff.).

²² Verneinend Stadler MMR 2012, 18; Buermeyer StV 2013, 470.

Stellungnahme des DJV z. Gesetzentwurf der BT-Fraktionen CDU/CSU und SPD zur Änderung des BPolG

dacht begründet ist und daher noch keine strafprozessuale Telekommunikationsüberwachung angeordnet werden kann.

Entscheidend für die Ablehnung der Einführung einer Quellen-TKÜ im BPolG ist aus Sicht des DJV allerdings, dass diese auch zu einer Überwachung der verschlüsselte Kommunikation von Journalistinnen und Journalisten mit ihren Quellen führen kann, da auf deren Geräten oder ihrer Informanten Quellen Trojaner eingeschleust werden können und dadurch der Quellenschutz und das Redaktionsgeheimnis im digitalen Zeitalter zunehmend gefährdet würde.

Eine grundrechtlich geschützte Presse- und Rundfunkfreiheit kann aber nicht verwirklicht werden, wenn die ungehinderte Informationsbeschaffung und eine vertrauliche Kommunikation der Medien insbesondere mit den Informanten nicht mehr möglich ist.

Dies gilt erst Recht in Fällen, in denen die Telekommunikation durch Polizeibehörden überwacht und/oder aufgezeichnet werden.

Die für den öffentlichen Meinungsbildungsprozess wichtige Aufgabe der Journalistinnen und Journalisten, Missstände an die Öffentlichkeit zu bringen, ist massiv gefährdet, wenn Informanten befürchten müssen, dass ihre Informationen nicht anonym bleiben, sondern durch die Überwachung der Telekommunikation personalisiert werden können.

Das gilt insbesondere für den Einsatz präventiver Telekommunikationsüberwachungsmaßnahmen²³.

Das Interesse der Allgemeinheit an einem wirksamen Schutz der Informationsbeschaffung durch Journalisten ist verfassungsrechtlich ebenso zu gewichten, wie das an einer geordneten Rechtspflege. So ist bei der Gewichtung der Medienfreiheit im Verhältnis zu dem staatlichen Interesse an der Strafverfolgung zu berücksichtigen, dass die betroffenen Handlungen auf beiden Seiten auf die Erlangung von Informa-

²³ BT-Drs. 17/2637, aaO

Stellungnahme des DJV z. Gesetzentwurf der BT-Fraktionen CDU/CSU und SPD zur Änderung des BPolG

tionen zielen, ohne dass einem der dabei verfolgten Interessen abstrakt ein eindeutiger Vorrang gebührt²⁴. Die über die Medien vermittelten Informationen sind eine wesentliche Voraussetzung der kommunikativen Entfaltung der Bürger und zugleich der Funktionsweise einer freiheitlichen Demokratie²⁵.

Schließlich sei noch einmal in Erinnerung gerufen, dass der Schutz der Informationsquellen und des Vertrauensverhältnisses zwischen Journalisten und Informanten zu denjenigen Voraussetzungen gehören, ohne welche die Medien ihre Funktion nicht in angemessener Weise erfüllen können und die deswegen Teil der Gewährleistungsbereiche der Presse- und der Rundfunkfreiheit sind²⁶.

3)

Der DJV schlägt vor, den Berufsgeheimnisschutz im BPolG in § 28 in einem Absatz 8a wie folgt zu formulieren:

„(8a) Der Kernbereich umfasst auch das durch das Berufsgeheimnis geschützte Vertrauensverhältnis zu den in [§§ 53](#) und [53a der Strafprozessordnung](#) genannten Berufsgeheimnisträgern. Abs. 8 ist nicht anwendbar.“

Mit Satz 1 dieses Absatzes folgt der Vorschlag wörtlich dem § 16 Abs. 5 des Polizeigesetzes NRW. Satz 2 des vorgeschlagenen Abs. 8a folgt der Rechtsprechung des EGMR, wonach in jedem Fall ein Gericht über Eingriffe in den Quellenschutz entscheiden muss, bevor Behörden oder ihre Vertreter darauf zugreifen dürfen.


Michael Klehm

²⁴ BVerfGE 107, 299 (331f)

²⁵ BVerfGE 107, 299 (aaO)

²⁶ BVerfGE 100, 313 (365) TKÜ I; 77, 65 (75); 66, 116 (133ff);