



Deutschlandradio



VAUNET
Verband Privater Medien

VDZ

Verband Deutscher
Zeitschriftenverleger



ARD Arbeitsgemeinschaft der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten
BDZV Bundesverband Digitalpublisher und Zeitungsverleger e.V.
Deutschlandradio
DJV Deutscher Journalisten-Verband
dju Deutsche Journalisten- und Journalistinnen-Union
Deutscher Presserat
VAUNET Verband Privater Medien e.V.
VDZ Verband Deutscher Zeitschriftenverleger
ZDF Zweites Deutsches Fernsehen

Stellungnahme

zu dem

Referentenentwurf des Bundesministeriums des Innern, für Bau und Heimat
Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung des Verfassungsschutzrechts

A. Sachverhalt

Das Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat hat am 13.06.2020 einen Referentenentwurf zur Anpassung des Verfassungsschutzrechts verschickt und bis zum 30.06.2020 um Stellungnahme gebeten. Mit dem Referentenentwurf soll der personenbezogene Aufklärungsansatz erweitert werden ebenso wie die Zusammenarbeit der Verfassungsschutzbehörden mit dem Militärischen Abschirmdienst (MAD). Zudem sieht der Referentenentwurf Anpassungen im Sicherheitsüberprüfungsgesetz (SÜG) vor. Schließlich sollen die Regelungen zur Telekommunikationsüberwachung im Artikel 10-Gesetz um eine Regelung der Durchführung als Quellen-TKÜ ergänzt werden.

Auf letztere Änderung beschränkt sich die vorliegende Stellungnahme der unterzeichnenden Medienunternehmen und -verbände, da wir uns auf die Eingriffe beschränken wollen, die die Pressefreiheit betreffen.

I. Die Quellen-TKÜ im BKAG und der StPO

Der Referentenentwurf des Bundesinnenministeriums zur Anpassung des Verfassungsschutzrechts sieht für die Verfassungsschutzbehörden des Bundes (BfV) und der Länder (LfV), den

Militärischen Abschirmdienst (MAD) und für den Bundesnachrichtendienst (BND) ergänzende Aufklärungsbefugnisse vor. Insbesondere wird die Regelung zur Telekommunikationsüberwachung (TKÜ) im Referentenentwurf zu Artikel 10-Gesetz (G 10-RefE) um eine Ermächtigung zur Durchführung einer Quellen-TKÜ erweitert. In § 11 Abs. 1a G 10-RefE heißt es:

Überwachung und Aufzeichnung der laufenden Telekommunikation, die nach dem Zeitpunkt der Anordnung übertragen worden ist, darf auch in der Art und Weise erfolgen, dass in ein von dem Betroffenen genutztes informationstechnisches System eingegriffen wird, wenn dies notwendig ist, um die Überwachung und Aufzeichnung insbesondere in unverschlüsselter Form zu ermöglichen.

Die neuen Befugnisse im Artikel 10-Gesetz 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 den internationalen Terrorismus beschränkt. 2017 wurde der Einsatz auf die Strafverfolgungsbehörden und auf die Katalog-Straftaten des § 101a Abs.2 StPO erweitert. Der vorliegende Entwurf stellt die dritte Erweiterung dar – diesmal auf die Geheimdienste. Zur Begründung führt das Innenministerium an, hierdurch auf die gewandelten Kommunikationsgewohnheiten unter Nutzung moderner Technik zu reagieren.

Technisch wird die Quellen-TKÜ meist mittels einer heimlich eingeschleusten Software umgesetzt („Bundestrojaner“), 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)¹.

Die Zulässigkeit der Quellen-TKÜ ist in der Literatur² und Rechtsprechung³ 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“.

¹ KK-StPO/Bruns, 8. Aufl. 2019, StPO § 100a Rn. 42-44.

² 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.

³ 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.

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.⁴ 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.⁵

Kritisiert wird, dass der Staat durch den Einsatz von Trojanern motiviert wird, Sicherheitslücken offen zu lassen, statt sie zu schließen. Andernfalls würde er sich selbst der Möglichkeit berauben, die Infiltration aus der Ferne durchführen zu können.⁶ Eine befremdliche Situation, wenn man bedenkt, dass dadurch der vollkommen unbeteiligte Nutzer – letztlich also die Allgemeinheit, die auf staatlichen Schutz vertraut – einem gravierenden Sicherheitsrisiko ausgesetzt wird.⁷

Derzeit ist vor dem Bundesverfassungsgericht eine Klage gegen den massenhaften Einsatz der sogenannten Staatstrojaner anhängig.⁸ Unter den fünf Beschwerdeführern sind die Gesellschaft für Freiheitsrechte (GFF) und zwei Journalisten.

Auch in der Presse wird der Einsatz von Staatstrojanern kritisch beobachtet: *“Noch nie gab es in der Geschichte der Bundesrepublik einen größeren, umfassenderen, weitreichenderen, heimlicheren und gefährlicheren Grundrechtseingriff”*, schreibt etwa Heribert Prantl in der Süddeutschen Zeitung.⁹

⁴ BVerfG NJW 2008, 822 (826 Rn. 190)); ebenso BVerfG NJW 2016, 1794 (Rn. 228 ff.).

⁵ Verneinend Stadler MMR 2012, 18; Buermeyer StV 2013, 470.

⁶ Blechschmitt, StraFo 2017, 362f.

⁷ Heim, NJW-Spezial 2018, 120

⁸ AZ: 2 BvR 897/18, 2 BvR 1797/18, 2 BvR 1838/18, 2 BvR 1850/18, 2 BvR 2061/18

⁹ SZ online vom 26. Januar 2018

II. Die Quellen-TKÜ bei Berufsheimnisträgern

Mit der Erweiterung der Quellen-TKÜ auf das Artikel-10 Gesetz sollen auch die deutschen Geheimdienste - BfV, LfV, BND, MAD - das Recht erhalten, verschlüsselte Kommunikation auch von Journalistinnen und Journalisten und ihren Quellen zu überwachen, indem sie auf deren Geräte oder die ihrer Quellen Trojaner einschleusen. Bei anderen Berufsheimnisträgern wie z.B. Bundestagsabgeordneten sind diese Maßnahmen durch § 3b Abs. 1 G 10 ausgeschlossen. Diesen absoluten Schutz hat der Gesetzgeber Journalistinnen und Journalisten nicht zugebilligt. In § 3b Abs. 2 S. 1 G 10-RefE ist lediglich eine zusätzliche Verhältnismäßigkeitsprüfung vorgesehen.

B. Allgemeine Stellungnahme

Nach Auffassung der Stellung nehmenden Medienunternehmen und -verbände gehen mit dem Referentenentwurf zur Anpassung des Verfassungsschutzrechts eine Reihe von Gefahren für die journalistische Arbeit in Deutschland einher, während dringend nötige Korrekturen ausbleiben, die den Quellenschutz und das Redaktionsgeheimnis in das digitale Zeitalter übertragen würden. Im Folgenden wird zunächst dargelegt, wie Journalisten in Deutschland durch Rechtsprechung und Gesetze vor staatlichen Eingriffen in ihre Arbeit geschützt sind und warum die Freiräume für Journalistinnen und Journalisten im digitalen Zeitalter immer kleiner werden. Schließlich wird erläutert, inwiefern der vorliegende Entwurf diese, die Presse- und Rundfunkfreiheit gefährdende Entwicklung weiter fortschreibt und warum der Gesetzgeber darauf verzichten sollte.

I. Redaktionsgeheimnis und Quellenschutz in der Rechtsprechung

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. Was genau darunter zu verstehen ist, haben das Bundesverfassungsgericht und der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in einer Vielzahl von Entscheidungen konkretisiert:

1. Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

Nach der Rechtsprechung des BVerfG umfasst die in Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG verbürgte Pressefreiheit die Eigenständigkeit der Presse von der Beschaffung der Information bis zur Verbreitung der Nachrichten und Meinungen¹⁰. Eine Durchsuchung in Redaktionsräumen stellt wegen

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

der damit verbundenen Störung der Redaktionstätigkeit und der Möglichkeit einer einschüchternden Wirkung eine Beeinträchtigung der Pressefreiheit dar¹¹.

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 die Beschlagnahme von Datenträgern mit redaktionellem Datenmaterial¹² greift auch die Sicherstellung bzw. Beschlagnahme von redaktionellen Unterlagen in die vom Grundrecht der Presse- bzw. Rundfunkfreiheit umfasste Vertraulichkeit der Redaktionsarbeit ein¹³.

Dieses Recht gilt und galt noch nie schrankenlos. Insbesondere wenn Journalisten selbst einer Straftat verdächtigt werden oder wenn die Quelle im Verdacht steht, eine in § 53 Abs. 2 S. 2 Nr. 1-3 StPO genannte Straftat begangen zu haben, können auch sie zur Aussage verpflichtet werden.

Gesetze, die in die Pressefreiheit eingreifen, sind im Licht der Pressefreiheit auszulegen und anzuwenden¹⁴. 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 bringt¹⁵. Geboten ist insofern eine Abwägung zwischen dem sich auf die konkret zu verfolgenden Taten beziehenden Strafverfolgungsinteresse und der Pressefreiheit¹⁶. 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 widerspricht dem verfassungsrechtlich gewährleisteten Informantenschutz¹⁷.

¹¹ vgl. BVerfG NJW 2005, 965; BGH NJW 1999, 2052 (2053); BVerfGE 117, 244 (259)

¹² BVerfGE 117, 244 (260)

¹³ BVerfGE 77, 65 (75)

¹⁴ vgl. BVerfGE 77, 65 (81ff); 107, 299 (329ff); BVerfG NJW 2001, 507; BVerfGE 117, 244 (261)

¹⁵ BVerfGE 59, 231 (265); 71, 206 (214); 77, 65 (75)

¹⁶ BVerfG NJW 2001, 507 (508)

¹⁷ BVerfGE 20, 162 (191f., 217)

2. Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR)

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. Der Gerichtshof betont, dass ohne den Schutz der Quellen die wichtige öffentliche Kontrollfunktion der Presse untergraben werden könnte und die Fähigkeit der Presse, genaue und verlässliche Informationen zu liefern, negativ beeinflusst werden könnte.¹⁸ Ein Eingriff in den Informantenschutz sei bereits in der Aufforderung einer Behörde zu sehen, die Quelle preiszugeben¹⁹. Auch wenn eine Anordnung nicht vollstreckt wird, ist sie als Verstoß gegen den durch Art. 10 EMRK geschützten Quellenschutz zu qualifizieren, wenn damit bezweckt werden soll, dass die Identität einer anonymen Quelle offen zu legen ist²⁰.

Der EGMR führt darüber hinaus aus, dass das Recht auf Quellenschutz durch Verfahrensgarantien sichergestellt werden muss, die der Bedeutung dieses Schutzes für die Pressefreiheit entsprechen.

Unter den notwendigen Verfahrensgarantien einer Rechtsordnung ist zuerst und vor allem die Garantie notwendig, dass ein Richter oder eine unabhängige und unparteiische Stelle

¹⁸ 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 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."

¹⁹ 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."

²⁰ 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)."

angerufen werden kann, bevor die Polizei oder der Staatsanwalt Zugang zu den Quellen erhält²¹. Obwohl auch der Staatsanwalt an Recht und Gesetz gebunden sei, stelle er doch, was das Ermittlungsverfahren anbelangt, eine Partei dar, die Interessen vertritt, die möglicherweise nicht mit dem journalistischen Quellenschutz vereinbar sind. Er kann daher wohl kaum als objektive und unparteiische Partei angesehen werden, die die notwendige Bewertung der konkurrierenden Interessen vornimmt²². Die unabhängige und unparteiische Stelle muss mit den nötigen Befugnissen ausgestattet sein, das Überwiegen des einen oder des anderen öffentlichen Interesses unter Beachtung der Bedeutung der Pressefreiheit festzustellen und ggf. einem unnötigen Zugang zu geschützten Informationen vorzubeugen, der geeignet ist, die Identität der Quellen preiszugeben, wenn das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung nicht überwiegt²³.

Unterzeichnerstaaten der Europäischen Menschenrechtskonvention sollten in ihre nationalen Gesetze verfahrensrechtliche Schutzvorschriften aufnehmen, die eine gerichtliche Prüfung oder eine unparteiische Bewertung des Verlangens auf Preisgabe der Quelle durch ein unabhängiges Gremium anhand klarer Kriterien der Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit ermöglichen, und zwar vor der Preisgabe von Informationen, aus denen die Identität oder die Herkunft journalistischer Quellen hervorgeht²⁴.

²¹ 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."

²² Case of *Sanoma Uitgevers B.V. v. The Netherlands*, Rn. 93: "Although the public prosecutor, like any public official, is bound by requirements of basic integrity, in terms of procedure he or she is a "party" defending interests potentially incompatible with journalistic source protection and can hardly be seen as objective and impartial so as to make the necessary assessment of the various competing interests."

²³ Case of *Sanoma Uitgevers B.V. v. The Netherlands*, Rn. 90: "The requisite review should be carried out by a body separate from the executive and other interested parties, invested with the power to determine whether a requirement in the public interest overriding the principle of protection of journalistic sources exists prior to the handing over of such material and to prevent unnecessary access to information capable of disclosing the sources' identity if it does not."

²⁴ Case of *Sanoma Uitgevers B.V. v. The Netherlands*, Rn. 41: "That means in the first place that the interference must have a basis in national law and that those national legal rules must have a certain precision. Secondly, the interference must serve one of the aims mentioned in Article 10 § 2. Thirdly, the interference must be necessary in a democratic society for attaining such an aim. In this, the principles of subsidiarity and proportionality play a role."

II. Redaktionsgeheimnis und Quellenschutz im deutschen Recht

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

1. Die (mangelhafte) Entwicklung des Quellenschutzes im digitalen Zeitalter

Konnte man bei Zeugnisverweigerungsrecht und Beschlagnahmeverbot im analogen Zeitalter zwar nicht von einem absoluten, aber doch weitgehend gewährleisteten Schutzrecht für Informanten sprechen, hat der Gesetzgeber dies im Digitalen relativiert:

Im letzten Jahrzehnt sind einige gesetzgeberische Verbesserungen des Informantenschutzes vorgenommen worden²⁵. Jedoch haben gesetzgeberische Maßnahmen in diesem Zeitraum auch zu Gefährdungen des Informantenschutzes geführt, insbesondere soweit es um die Gewährleistung des Schutzes im Rahmen von Ermittlungsverfahren geht.

Besonders problematisch ist die Systematik des § 160a StPO, die ein Zwei-Klassen-System von Berufsgeheimnisträgern schafft, das den Informantenschutz bei Presse und Rundfunk und das Redaktionsgeheimnis nicht ausreichend gewährleistet. Das Zeugnisverweigerungsrecht von Journalisten nach § 53 Abs. 1 Nr. 5 StPO kann durch § 160a Abs. 2 StPO umgangen werden. Zwar wird Journalisten nach dem Zweck der Norm auch im Ermittlungsverfahren ein gewisser Schutz ihrer Informanten zugebilligt. Es ist hier aber nur ein Erhebungs- und Verwertungsverbot nach Maßgabe einer Verhältnismäßigkeitsprüfung im Einzelfall vorgesehen, die durch die Strafverfolgungsbehörden selbst vorgenommen werden kann. Diese Einschränkung macht § 53 Abs. 1 Nr. 5 StPO nicht. Somit können trotz eines nach § 53 Abs. 1 Nr. 5 StPO bestehenden Zeugnisverweigerungsrechtes Informanten aufgespürt und Recherchematerialien in einen Prozess eingeführt werden, weil die entsprechenden Kenntnisse bereits im Ermittlungsverfahren gewonnen wurden.

Viele Eingriffsmöglichkeiten folgen der Logik des § 160a StPO, darunter auch die TKÜ und die Quellen-TKÜ.

Das Bundesverfassungsgericht hat die Relativierung des starken Schutzes für Journalisten durch § 160a Abs. 2 StPO im Zusammenhang mit der „klassischen“

²⁵ z.B.: Gesetz zur Stärkung der Pressefreiheit im Straf- und Strafprozessrecht, BGBl. I 2012, S. 1374 ff.

Telekommunikationsüberwachung sowie der Abfrage von Verbindungsdaten zwar grundsätzlich gebilligt²⁶. Allerdings muss das genannte Karlsruher Urteil aus dem Jahr 2011 im Lichte der damaligen Lebenswirklichkeit gelesen werden. Viele der Ermittlungsmaßnahmen, die heute diskutiert werden – darunter auch die Quellen-TKÜ – sind damals in Zusammenhang mit Journalisten überhaupt nicht diskutiert worden.

Die digitale Kommunikation hatte damals noch nicht den hohen Stellenwert, den sie heute hat. Digitale Kommunikation ist nicht mehr die Ausnahme, sondern die Regel. Die sich rasant verändernden Nutzungsgewohnheiten machen eine analoge Arbeit immer schwieriger, wenn nicht gar unmöglich. Gleichzeitig werden die Methoden der Datenauswertung durch unbegrenzte Speichermöglichkeiten und künstliche Intelligenz immer besser. Im aktuellen BND-Urteil heißt es dazu:

Während damals die Telekommunikationsüberwachung in tatsächlicher Hinsicht eng begrenzte, allein in spezifischen Situationen benutzte Telekommunikationsmittel betraf, werden heute schon quantitativ unvergleichbar größere Datenströme erfasst. Mit ihnen wird eine unübersehbare Zahl von Formen elektronischer Kommunikation transportiert und der Auswertung zugeführt. Angesichts der ubiquitären und vielfältigen Nutzung von Kommunikationsdiensten findet inzwischen zunehmend jede Art individuellen Handelns und zwischenmenschlicher Interaktion in elektronischen Signalen ihren Niederschlag und wird so der Telekommunikationsüberwachung zugänglich²⁷.

In der Entscheidung wird die Zwei-Klassen-Systematik § 160a StPO zwar nicht per se in Frage gestellt. Dennoch macht das Gericht deutlich, dass für eine Überwachung der Presse zumindest höhere Anforderungen zu stellen sind, als sie in § 160a Abs. 2 StPO formuliert sind. Das Gericht verlangt nunmehr eine „qualifizierte Eingriffsschwelle“ um sicherzustellen, dass *das Eindringen in Vertraulichkeitsbeziehungen nur zur Aufklärung von im Einzelfall schwerwiegenden Gefahren und besonders schweren Straftaten beziehungsweise zur Ergreifung bestimmter gefährlicher Straftäter zulässig ist. Es bedarf hierfür belastbarer Erkenntnisse. Im Übrigen ist eine Überwachung und Auswertung nur nach Maßgabe einer Abwägung zulässig, wonach das öffentliche Interesse an der Information das Interesse der Betroffenen an dem Schutz der Vertraulichkeit im Einzelfall überwiegt. Der Gesetzgeber wird zu prüfen haben, ob und wieweit hier zwischen verschiedenen Vertraulichkeitsbeziehungen weiter zu differenzieren ist (vgl. § 160a StPO; dazu BVerfGE 129, 208, 259 f.). Abzusichern ist ihr Schutz jedenfalls grundsätzlich durch eine gerichtsähnliche ex ante-Kontrolle.*

²⁶ vgl. BVerfG, 2 BvR 236/08 - Rn. 243ff.

²⁷ BVerfG, - 1 BvR 2835/17 -, Rn. 151.

In jedem Fall ist § 160a Abs.2 StPO aber nicht mit der oben zitierten Rechtsprechung des EGMR vereinbar. Der EGMR verlangt nicht nur, dass ein Gericht die Möglichkeit hat, über das „Ob“ und ggf. auch die Reichweite des Eingriffs in den Informantenschutz zu entscheiden²⁸. Der Gerichtshof macht auch deutlich, dass im Gesetz mit ausreichender Klarheit der Umfang des Ermessensspielraums, der den zuständigen Behörden eingeräumt wird und die Art und Weise seiner Ausübung festgeschrieben werden müssen²⁹. Das ist in § 160a Abs.2 StPO aber nicht der Fall.

2. Quellen-TKÜ durch den Geheimdienst

Das System des § 160a StPO ist praktisch 1:1 auch in das Artikel 10-Gesetz übernommen worden. Indem der Gesetzgeber die Quellen-TKÜ bei Journalisten auch hier einführt und unmittelbar an die Logik der Verhältnismäßigkeitsprüfung koppelt, wird damit der Schutz der Pressefreiheit insgesamt weiter relativiert. Wenn neben den Ermittlungsbehörden nun auch die Geheimdienste mehr Befugnisse gegenüber Journalisten erhalten, ist das per se schon eine quantitative Verschlechterung des Quellenschutzes.

Darüber hinaus liegt aber auch eine qualitative Verschlechterung vor: Es ist zu beachten, dass der Schwerpunkt der geheimdienstlichen Arbeit im Vorfeld von konkreten Gefahren oder Verdachtsmomenten liegt und die Eingriffsschwelle dadurch herabgesetzt wird.

Da Geheimdienste im Geheimen arbeiten, sind sie außerdem nur schwer kontrollierbar. Einen Richtervorbehalt sieht das Artikel 10-Gesetz im Gegensatz zur Quellen-TKÜ nach dem BKA-Gesetz und der StPO nicht vor. Zwar findet eine Kontrolle durch die G 10-Kommission auf Bundesebene bzw. durch entsprechende Stellen der Länder statt. Diese kann aber den Richter nicht ersetzen. Der entscheidende Unterschied gegenüber einem Gerichtsverfahren ist die

²⁸ Case of *Sanoma Uitgevers v. The Netherlands*, Rn. 90: vgl. Fn. 30, 91: " In such situations an independent review carried out at the very least prior to the access and use of obtained materials should be sufficient to determine whether any issue of confidentiality arises, and if so, whether in the particular circumstances of the case the public interest invoked by the investigating or prosecuting authorities outweighs the general public interest of source protection.", 93

²⁹ Case of *Sanoma Uitgevers v. The Netherlands*, Rn. 82: "For domestic law to meet these requirements it must afford a measure of legal protection against arbitrary interferences by public authorities with the rights safeguarded by the Convention. In matters affecting fundamental rights it would be contrary to the rule of law, one of the basic principles of a democratic society enshrined in the Convention, for a legal discretion granted to the executive to be expressed in terms of an unfettered power. Consequently, the law must indicate with sufficient clarity the scope of any such discretion conferred on the competent authorities and the manner of its exercise (see, among many other authorities, the *Sunday Times v. the United Kingdom* (no. 1) judgment of 26 April 1979, Series A no. 30, § 49; *Tolstoy Miloslavsky v. the United Kingdom*, 13 July 1995, § 37, Series A no. 316-B; *Rotaru v. Romania* [GC], no. 28341/95, § 52, ECHR 2000-V; *Hasan and Chaush v. Bulgaria* [GC], no. 30985/96, § 84, ECHR 2000-XI; and *Maestri v. Italy* [GC], no. 39748/98, § 30, ECHR 2004-I)."

fehlende Öffentlichkeit.³⁰ Ferner kann die G 10-Kommission zwar die einzelne Maßnahme präventiv sowie auf Beschwerden hin überprüfen; sie kann aber nicht das G 10-Gesetz selbst verfassungsrechtlich prüfen und gegebenenfalls dem BVerfG vorlegen³¹.

Problematisch ist ferner, dass die G 10-Kommission zwar vor dem Vollzug der G 10-Maßnahme zu unterrichten ist, bei Gefahr im Verzug die Maßnahme allerdings schon vorher begonnen werden darf.

Schließlich gibt es im Nachhinein nur einen sehr eingeschränkten fachgerichtlichen Rechtsschutz gegen diese heimlichen Überwachungsmaßnahmen. Zwar bleibt die Eröffnung des Rechtswegs nach §§ 40, 50 Abs. 1 Nr. 4 VwGO förmlich unberührt, jedoch wird – mangels Kenntnis der Überwachungsmaßnahmen – auf diesem Wege Rechtsschutz für die Betroffenen nur in seltenen Ausnahmefällen zu erlangen sein³². Darüber hinaus verlangen die Gerichte in der Praxis vom Kläger oft den positiven Nachweis der Überwachung, der aber schwer zu erbringen ist³³.

Auch im jüngsten BND-Urteil des BVerfG werden eindeutig und unmissverständlich neue Standards in personeller und struktureller Hinsicht für die unabhängige Kontrolle nachrichtendienstlicher Arbeit gesetzt³⁴, die deutlich machen, dass die jetzigen Kontrollgremien keinen adäquaten Ersatz für die richterliche Kontrolle darstellen.

Positiv ist hervorzuheben, dass die G 10-Kommission im G 10-RefE durch die Erhöhung ihrer Mitgliederzahl auf 10 (davon fünf stellvertretende Mitglieder) und erhöhte Anforderungen an ihre volljuristische Qualifikation gestärkt wird. Den oben aufgeführten Anforderungen entspricht das aber bei Weitem nicht.

C. Fazit

Es ist also festzuhalten, dass sich durch die im Referentenentwurf vorgesehene Regelung zur Quellen-TKÜ die Einschnitte in den journalistischen Quellenschutz weiter vertiefen, statt dringend nötige Korrekturen vorzunehmen. Der Gesetzgeber schreibt damit eine unrühmliche Geschichte fort, die Freiräume für Journalistinnen und Journalisten im digitalen Zeitalter immer mehr begrenzt. Die im Bündnis der Medien zusammengeschlossenen Verbände und

³⁰ Durner in *Maunz/Dürig*, GG, 70. Lfg. (2013), Art. 10 Rn. 188.

³¹ Schantz, NVwZ 2015, 873

³² BVerfG, - 1 BvR 2835/17 -, Rn. 270

³³ Schantz, NVwZ 2015, 873

³⁴ BVerfG, - 1 BvR 2835/17 -, Rn. 272ff.

Institutionen fordern daher, dass die Bundesregierung ihren vielfältigen Bekenntnissen zur Presse- und Rundfunkfreiheit dadurch gerecht wird, dass der Schutz von Journalisten gestärkt und dem der im Entwurf berücksichtigten Rechtsanwälte angeglichen wird. In jedem Fall sollte die Bundesregierung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte Folge leisten. Sie hat dazu eine ausreichend bestimmte, enge Eingriffsermächtigung im Gesetz selbst vorzusehen, die der Bedeutung der Grundrechte, in welche die Überwachungsmaßnahme eingreift, Rechnung trägt. Außerdem muss sie eine Vorabprüfung der Journalisten betreffenden Überwachungsmaßnahmen durch eine unabhängige gerichtliche Kontrolle sicherstellen.

Berlin/Köln/Mainz, 30.06.2020

Kontakt:

Dr. Susanne Pfab
ARD-Generalsekretariat
Masurenallee 8-14
14057 Berlin
Tel: 030/890431311
Susanne.pfab@ard-gs.de

Ricarda Veigel, LL.M.
BDZV
Markgrafenstraße 15
10969 Berlin
Tel: 030/726298235
veigel@bdzv.de

Dr. Markus Höppener
Deutschlandradio
Raderberggürtel 40
50968 Köln
Tel. 0221/3453500
markus.hoepfener@deutschlandradio.de

Hanna Möllers
DJV
Torstr. 49
10119 Berlin
Tel: 030/72627920
moe@dju.de

Cornelia Berger
dju in ver.di
Paula-Thiede-Ufer 10
10179 Berlin
Telefon: 030/69562320
Cornelia.Berger@verdi.de

Roman Portack
Deutscher Presserat
Fritschestraße 27/28
10585 Berlin
Tel: 030/3670070
portack@presserat.de

Tim Steinhauer
VAUNET
Stromstraße 1
10555 Berlin
Tel: 030/39880100
steinhauer@vau.net

Prof. Dr. Christoph Fiedler
VDZ
Markgrafenstraße 15
10969 Berlin
Tel: 030/726298120
C.Fiedler@vdz.de

Christoph Bach
ZDF
ZDF-Straße 1
55127 Mainz
Tel: 06131/7014110
bach.c@zdf.de