

Inhaltsüberblick

Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	IX
Einleitung	1
I. <i>Pressefreiheit als Voraussetzung der freiheitlichen Demokratie</i> ...	4
II. <i>Quellschutz als Voraussetzung einer funktionsfähigen Presse</i> ...	5
III. <i>Digitalisierung und Globalisierung als Herausforderungen für den Quellschutz</i>	8
IV. <i>Gang der Untersuchung</i>	12
1. Kapitel: Der verfassungsrechtliche Quellschutz in Deutschland und den USA	15
I. <i>Deutschland</i>	15
II. <i>Vereinigte Staaten von Amerika</i>	66
2. Kapitel: Der unverfassungsrechtliche Quellschutz in Deutschland und den USA	145
I. <i>Deutschland</i>	148
II. <i>Vereinigte Staaten von Amerika</i>	217
3. Kapitel: Notwendigkeit und Umsetzung eines transatlantischen Quellschutzes	275
I. <i>Schutzgefälle zwischen dem deutschen und US-amerikanischen Quellschutz</i>	275
II. <i>Die US-amerikanische Rechtslage als Gefahr für den deutschen Quellschutz</i>	280
III. <i>Lösungsmöglichkeiten</i>	284

VIII

Inhaltsüberblick

<i>IV. Grundrechtliche Gebotenheit eines transatlantischen Quellschutzes</i>	301
Zum Schluss: Ein Appell an die Staatsgewalten	305
Literaturverzeichnis	307
Sachregister	315

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsüberblick	VII
Einleitung	1
<i>I. Pressefreiheit als Voraussetzung der freiheitlichen Demokratie</i>	4
<i>II. Quellschutz als Voraussetzung einer funktionsfähigen Presse</i>	5
<i>III. Digitalisierung und Globalisierung als Herausforderungen für den Quellschutz</i>	8
1. Die Digitalisierung hat den Strafverfolgungsbehörden neue, eingeschränkende Ermittlungsmöglichkeiten gegenüber der Presse und deren Informanten eröffnet	8
2. Digitalisierung und Globalisierung haben den US-amerikanischen Strafverfolgungsbehörden den Zugriff auf vertrauliche Daten der deutschen Presse ermöglicht	10
<i>IV. Gang der Untersuchung</i>	12
1. Kapitel: Der verfassungsrechtliche Quellschutz in Deutschland und den USA	15
<i>I. Deutschland</i>	15
1. Die ermittlungsmaßnahmenübergreifende Grundstruktur des grundgesetzlichen Quellschutzes	18
a) Erforderlichkeit eines grundgesetzlichen Quellschutzes	18
b) Informantenschutz zur Wahrung des Instituts „Freie Presse“	18
c) Spannungsverhältnis zwischen dem Vertraulichkeitsbedürfnis der Presse und dem öffentlichen Strafverfolgungsinteresse	21
aa) Kein absoluter verfassungsrechtlicher Informantenschutz	21
bb) Abwägung zwischen dem Vertraulichkeitsbedürfnis der Presse und dem öffentlichen Strafverfolgungsinteresse	22
(1) Abwägung primär Aufgabe des Gesetzgebers	23

(2) Verfassungsunmittelbarer Einzelfallschutz	27
2. Die Einzelfallabwägung zwischen dem Vertraulichkeitsbedürfnis der Presse und dem öffentlichen Strafverfolgungsinteresse bei digitalen Ermittlungsmaßnahmen	30
a) Das Verhältnis des grundgesetzlichen Quellenschutzes zu dem technologie-spezifischen Vertraulichkeitsschutz des Grundgesetzes	32
aa) Der grundgesetzliche Quellenschutz verlangt auch gegenüber dem technologie-spezifischen Vertraulichkeitsschutz des Grundgesetzes gesonderte Beachtung	32
bb) Bei der Prüfung des grundgesetzlichen Quellenschutzes ist die quellenschutzspezifische Eingriffsintensität der digitalen Ermittlungsmaßnahme zu berücksichtigen	35
b) Die Faktoren der Einzelfallabwägung	37
aa) Legitimer Zweck	37
bb) Geeignetheit	38
cc) Erforderlichkeit	39
(1) Beschränkung auf die weniger eingriffsintensive Ermittlungsmaßnahme	39
(a) Ermittlungsmaßnahmen gegen die Presse als letztes Mittel	39
(b) Die quellenschutzspezifische Eingriffsintensität als maßgebliches Kriterium der Wahl der Ermittlungsmaßnahme gegen die Presse	41
(aa) Mitwirkungserfordernis	42
(bb) Streubreite	43
(cc) Heimlichkeit	46
(dd) Zwischenergebnis	49
(2) Gleichgeeignetheit der mildernden Ermittlungsmaßnahme	49
dd) Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne	51
(1) Die Gewichtung des Vertraulichkeitsbedürfnisses der Presse	51
(a) Der Abschreckungseffekt eines fehlenden grundgesetzlichen Quellenschutzes	51
(b) Der Schutz der Vertraulichkeit der Redaktionsarbeit als verstärkendes Kriterium	53
(c) Die besondere quellenschutzspezifische Eingriffsintensität der verschiedenen digitalen Ermittlungsmaßnahmen	54
(2) Die Gewichtung des öffentlichen Strafverfolgungsinteresses	54

(a) Gewicht der Straftat	54
(b) Tatverdacht	56
(aa) Keine Umgehung des einfachgesetzlichen Quellschutzes durch Einleitung eines Ermittlungsverfahrens gegen die Presse	56
(bb) Anforderungen an den Tatverdacht der Beihilfe zum Geheimnisverrat nach dem Cicero- Urteil (2007)	57
(cc) Anforderungen an den Tatverdacht der Anstiftung zum Geheimnisverrat nach dem Berliner-Morgenpost-Beschluss (2015)	59
(dd) Erfordernis eines dringenden Tatverdachts bei Ermittlungsmaßnahmen gegen die Presse?	62
(c) Recht des Beschuldigten auf ein faires Verfahren als verstärkendes Kriterium	63
c) Wahrung des grundgesetzlichen Quellschutzes bei zufälliger Drittbetretenheit der Presse	63
3. Zwischenergebnis	65
<i>II. Vereinigte Staaten von Amerika</i>	66
1. Kein verfassungsrechtlicher Quellschutz	68
a) US Supreme Court: Absage an ein verfassungsrechtliches reporter's privilege	68
aa) <i>Branzburg v. Hayes</i> (1972)	68
(1) Die Presse genieße keine Immunität hinsichtlich „allgemein anwendbarer Gesetze“	70
(2) Für ein verfassungsrechtliches reporter's privilege bestehe schon kein praktisches Bedürfnis	74
(3) Das öffentliche Strafverfolgungsinteresse überwiege immer das Vertraulichkeitsbedürfnis der Presse	79
(4) Ein auf einer Einzelfallabwägung basierendes reporter's privilege sei abzulehnen	82
(5) Der Adressatenkreis eines verfassungsrechtlichen reporter's privilege sei nicht abgrenzbar	86
(a) Pressefreiheit nach dem Ersten Verfassungszusatz: Jedermanngrundrecht oder Grundrecht der Institution „Presse“?	87
(b) Die institutionelle Presserhetorik des US Supreme Court	89
(c) Der „Jeder-oder-Niemand“-Ansatz des US Supreme Court	92
(6) Schikane der Presse habe jedoch keine Rechtfertigung vor dem Ersten Verfassungszusatzartikel; Gesetzgeber	

seit zudem frei, ein einfache gesetzliches reporter's privilege zu schaffen	96
(7) Zwischenergebnis	96
bb) Branzburg v. Hayes in der Rechtsprechung der Bundesgerichte	98
(1) Unklare Rechtslage	98
(2) Schlüsselrolle der concurring opinion von Richter Powell	100
(3) Negativ-Trend in der jüngeren Rechtsprechung der Bundesgerichte	105
b) US Supreme Court: Absage an einen besonderen verfassungsrechtlichen Durchsuchungs- und Beschlagnahmeschutz in Presseräumlichkeiten	107
aa) Zurcher v. Stanford Daily (1978)	108
(1) Kein besonderer Durchsuchungs- und Beschlagnahmeschutz des nicht- tatverdächtigen Dritten	109
(2) Auch kein besonderer verfassungsrechtlicher Durchsuchungs- und Beschlagnahmeschutz der (nicht- tatverdächtigen) Presse	112
(a) Die allgemeinen Anforderungen des Vierten Verfassungszusatzes seien ausreichend zum Schutz der Presse	112
(b) Es bestehe kein praktisches Bedürfnis für einen besonderen Durchsuchungs- und Beschlagnahmeschutz in Presseräumlichkeiten	116
(c) Der Presse sei auch nicht zwingend ein Recht auf eine Anhörung vor der Durchsuchung und Beschlagnahme einzuräumen	117
(3) Erneute Rechtsunsicherheit durch concurring opinion von Richter Powell	118
bb) Zwischenergebnis	119
c) Konsequenz: Auch kein besonderer verfassungsrechtlicher Schutz der Presse vor digitalen Ermittlungsmaßnahmen	120
2. Lückenhafter Schutz durch den Vierten Verfassungszusatz	122
a) Die Rechtsprechung des US Supreme Court zum Vierten Verfassungszusatz im Kontext neuer Technologien	125
aa) Die third-party-Doktrin	128
(1) Unklare Auswirkungen von Carpenter v. United States (2018)	130
(2) Jedenfalls Ausnahme für den Inhalt eines Kommunikationsvorgangs?	132

bb) Zwischenergebnis	134
b) Exkurs: Überblick zur einfachgesetzlichen Regulierung	
digitaler Ermittlungsmaßnahmen	134
aa) Der Electronic Communications Privacy Act	
im Einzelnen	135
bb) Der Foreign Intelligence Surveillance Act	140
2. Kapitel: Der unverfassungsrechtliche Quellschutz in	
Deutschland und den USA	145
<i>I. Deutschland</i>	148
1. Das Zeugnisverweigerungsrecht des § 53 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 StPO	149
a) Der zeugnisverweigerungsberechtigte Personenkreis	149
b) Der Inhalt des Zeugnisverweigerungsrechts	153
aa) Identität des Informanten	153
bb) Übermittelte Informationen	157
cc) Inhalt selbst erarbeiteter Materialien und	
berufsbezogene Wahrnehmungen	158
dd) Beschränkung des Zeugnisverweigerungsrechts auf den	
redaktionellen Teil	161
ee) Ausnahmeregelung des § 53 Abs. 2 S. 2, 3 StPO hinsichtlich	
selbstrecherchierten Materials	163
(1) Verfolgung von Verbrechen und	
bestimmter Vergehen	163
(2) Subsidiaritätsklausel	164
(3) Gegenausnahme	165
c) Zwischenergebnis	166
2. Das Beschlagnahmeverbot des § 97 Abs. 5 StPO	167
a) Anknüpfung an das Zeugnisverweigerungsrecht des § 53 Abs. 1	
S. 1 Nr. 5 StPO	168
b) Gewahrsam als Voraussetzung des Beschlagnahmeverbots	169
aa) Gewahrsam des	
zeugnisverweigerungsberechtigten Presseangehörigen	169
bb) Gewahrsam der Redaktion, des Verlags oder	
der Druckerei	170
cc) Auswirkungen eines Gewahrsamsverlusts	172
c) Zeugenstellung der Presse als Voraussetzung	
des Beschlagnahmeverbots	173
aa) Kein Beschlagnahmeverbot bei Beschuldigung der Presse	173
bb) Missbrauchsgefahr	174
d) Entfallen des Beschlagnahmeverbots bei Verdacht	
der Strafverstrickung	176

aa)	Die personale Strafverstrickung des zeugnisverweigerungsberechtigten Presseangehörigen	177
(1)	Anforderungen an den Strafverstrickungsverdacht	177
(2)	Anforderungen an die Beteiligung	179
bb)	Die gegenständliche Strafverstrickung	180
(1)	Die Tatvarianten der gegenständlichen Strafverstrickung	180
(2)	Anforderungen an den Strafverstrickungsverdacht	182
cc)	Gegenausnahmen zur Strafverstrickungsregelung	183
(1)	Die Verhältnismäßigkeitsklausel des § 97 Abs. 5 S. 2 Hs. 2 StPO	183
(2)	Die Subsidiaritätsklausel des § 97 Abs. 5 S. 2 Hs. 2 StPO	185
e)	Die Verwertbarkeit beschlagnahmter Pressematerialien	186
aa)	Absolutes Verwertungsverbot	186
bb)	Die Verwertbarkeit von Zufallsfunden	188
f)	Zwischenergebnis	189
3.	Der Schutz der Presse vor digitalen Ermittlungsmaßnahmen	190
a)	Die inadäquate allgemeine Beweiserhebungs- und -verwertungsregelung des § 160a Abs. 2, 4 StPO	191
aa)	Das lediglich relative Beweiserhebungsverbot des § 160a Abs. 2 StPO	193
(1)	Minimalschutz durch eine Verhältnismäßigkeitsprüfung im Einzelfall	195
(2)	Zusätzliche Rechtsunsicherheit wegen des Erfordernisses einer Prognoseentscheidung	197
bb)	Das lediglich relative Beweisverwertungsverbot des § 160a Abs. 2 S. 3 StPO i.V.m. § 160a Abs. 2 S. 1 StPO	199
cc)	Wegfall des relativen Beweiserhebungs- und -verwertungsverbots bei Beschuldigung	201
dd)	Wegfall des relativen Beweiserhebungs-, und -verwertungsverbots bei Strafverstrickung	203
b)	Die eingeschränkten „absoluten“ Regelungen der §§ 100d Abs. 5, 100g Abs. 4 StPO	207
aa)	Das eingeschränkte Beweiserhebungs- und -verwertungsverbot des § 100d Abs. 5 StPO	207
bb)	Das eingeschränkte Abruf- und -verwendungsverbot des § 100g Abs. 4 StPO	208
c)	Anwendbarkeit des Beschlagnahmeverbots des § 97 Abs. 5 StPO auf Beschlagnahmen beim Provider?	212
d)	Zwischenergebnis	215

<i>II. Vereinigte Staaten von Amerika</i>	217
1. Das unterverfassungsrechtliche reporter's privilege	218
a) Statutory law	219
aa) Shield laws der einzelnen Bundesstaaten	219
(1) Geschützter Personenkreis	220
(2) Schutzmfang	223
(a) Shield law des Bundesstaates New York	223
(b) Shield law des Bundesstaats Kalifornien	226
(c) Shield law des Bundesstaates Illinois	229
(d) Zwischenergebnis	230
bb) Kein shield law auf Bundesebene	231
(1) Der gescheiterte Free Flow of Information Act	233
(a) Geschützter Personenkreis	233
(b) Schutzmfang	234
(2) Die national security als besondere Hürde eines shield law auf Bundesebene	235
b) Common law	237
aa) Geringe Bedeutung des common law reporter's privilege auf Bundesstaatenebene	238
bb) Common law reporter's privilege auf Bundesebene: Zusätzliche Rechtsunsicherheit	240
(1) Herleitung eines common law reporter's privilege auf Bundesebene auf Grundlage der Rule 501 und des Jaffee-Tests	241
(a) Umstrittener Rückgriff auf die Rule 501	241
(b) Anerkennung eines common law reporter's privilege nach dem Jaffee-Test?	242
(2) Unklare Konturen des common law reporter's privilege auf Bundesebene	244
(3) Zwischenergebnis	246
2. Der Durchsuchungs- und Beschlagnahmeschutz in Presseräumlichkeiten	247
a) Der Privacy Protection Act	247
aa) Geschützter Personenkreis	247
bb) Schutzmfang	248
(1) Ausnahmeregelung für „work product materials“ und „documentary materials“	250
(2) Weitergehende Ausnahmeregelung für „documentary materials“	254
(3) Keine Erstreckung der exclusionary rule; Verwertbarkeit von Zufallsfunden	255
b) Weitergehende Regelungen der Bundesstaaten	257

c) Zwischenergebnis	258
3. Der Schutz der Presse vor digitalen Ermittlungsmaßnahmen	258
a) Der lückenhafte Schutz des Privacy Protection Act in der digitalen Welt	260
aa) Der Privacy Protection Act und die third-party-Doktrin	260
bb) Die analoge Konzeption des Privacy Protection Act	262
b) Die third-party-subpoena-Schutzlücke der shield laws	265
c) Die Presse-Richtlinie des Department of Justice kann die bestehenden Schutzlücken nicht kompensieren	268
aa) Das Schutzregime der Presse-Richtlinie	269
bb) Der Schutz der Presse-Richtlinie ist alleine nicht ausreichend	271
d) Zwischenergebnis	273
 3. Kapitel: Notwendigkeit und Umsetzung eines transatlantischen Quellenschutzes	275
<i>I. Schutzgefälle zwischen dem deutschen und US-amerikanischen Quellenschutz</i>	275
1. Schutzgefälle auf Verfassungsebene	276
2. Schutzgefälle hinsichtlich des unterverfassungsrechtlichen Quellenschutzes	276
3. Schutzgefälle hinsichtlich der allgemeinen strafprozessualen Eingriffsvoraussetzungen digitaler Ermittlungsmaßnahmen	278
<i>II. Die US-amerikanische Rechtslage als Gefahr für den deutschen Quellenschutz</i>	280
<i>III. Lösungsmöglichkeiten</i>	284
1. Gewährleistung eines transatlantischen Quellenschutzes durch einen reformierten EU-US Privacy Shield	285
a) Datentransfers in die Vereinigten Staaten von Amerika nur bei Gewährleistung eines gleichwertigen Datenschutzniveaus	285
b) Der EU-US Privacy Shield ist auch mangels eines transatlantischen Quellenschutzes europarechtswidrig	288
c) Die Umsetzung eines transatlantischen Quellenschutzes durch einen reformierten EU-US Privacy Shield ist möglich	292
2. Gewährleistung des deutschen Quellenschutzes durch ein effizienteres Rechtshilfeverfahren	293
a) Die inadäquaten Schutzmechanismen des US-amerikanischen CLOUD-Act und der geplanten europäischen E-Evidence-Verordnung	294
aa) Der ungenügende Schutzmechanismus des US-amerikanischen CLOUD-Act	294

bb) Der ungenügende Schutzmechanismus der geplanten europäischen E-Evidence-Verordnung	297
b) Ein effizienteres Rechtshilfeverfahren würde einen unmittelbaren grenzüberschreitenden Datenzugriff obsolet machen	300
<i>IV. Grundrechtliche Gebotenheit eines transatlantischen Quellschutzes</i>	301
Zum Schluss: Ein Appell an die Staatsgewalten	305
Literaturverzeichnis	307
Sachregister	315