

LUKAS GERHARDINGER

Journalistischer Quellenschutz  
im Zeitalter der Digitalisierung  
und Globalisierung

*Schriften zum Medienrecht  
und Kommunikationsrecht*

11

---

**Mohr Siebeck**

# Schriften zum Medienrecht und Kommunikationsrecht

Herausgegeben von  
Christian von Coelln, Karl-Nikolaus Peifer  
und Karl-Eberhard Hain

11





Lukas Gerhardinger

Journalistischer  
Quellenschutz im Zeitalter  
der Digitalisierung und  
Globalisierung

Mohr Siebeck

*Lukas Gerhardinger*, geboren 1992; Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Freiburg; Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Öffentliches Recht, Abteilung für Verfassungsrecht, der Universität Freiburg; Juristischer Vorbereitungsdienst am Oberlandesgericht Karlsruhe; 2022 Promotion.  
orcid.org/0000-0001-6418-6826

ISBN 978-3-16-161724-9 / eISBN 978-3-16-162008-9  
DOI 10.1628/978-3-16-162008-9

ISSN 2512-7365 / eISSN 2569-4359  
(Schriften zum Medienrecht und Kommunikationsrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2023 Mohr Siebeck Tübingen. [www.mohrsiebeck.com](http://www.mohrsiebeck.com)

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Nädle in Nehren gebunden.

Printed in Germany.

## Vorwort

Das vorliegende Werk wurde im Wintersemester 2021/2022 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg als Dissertation angenommen. Rechtsprechung, Literatur und Gesetzeslage wurden bis Mai 2021 berücksichtigt.

Zuvorderst möchte ich mich bei meiner Familie für ihre fortwährende Unterstützung bedanken. Dies gilt ganz besonders für meine Eltern, die meinen gesamten Lebens- und Ausbildungsweg bedingungslos unterstützt haben.

Ein außerordentlicher Dank gebührt auch meinem Doktorvater Herrn Professor Dr. Dr. h.c. Johannes Masing, RiBVerfG a.D., für seine Unterstützung während meiner langjährigen Zeit an seinem Lehrstuhl und in allen Stadien dieser Arbeit. Herrn Professor Dr. Dr. h.c. Walter Perron danke ich für die rasche Erstellung des Zweitgutachtens und die darin enthaltenen wertvollen Anmerkungen.

Weiterhin danke ich meinen Freunden Dr. Sait Dogan, LL.M. (Univ. of London), Timur Cinar, Dr. Dennis Pulina und Johannes Thierer für zahlreiche Ratschläge und die sorgfältige und kritische Durchsicht des Manuskripts.

Der Wissenschaftlichen Gesellschaft Freiburg gebührt schließlich Dank für die Förderung der Drucklegung.

Hamburg, August 2022

Lukas Gerhardinger



# Inhaltsüberblick

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



<i>IV. Grundrechtliche Gebotenheit eines transatlantischen Quellenschutzes</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. Quellenschutz als Voraussetzung einer funktionsfähigen Presse ...</i>	5
<i>III. Digitalisierung und Globalisierung als Herausforderungen für den Quellenschutz .....</i>	8
1. Die Digitalisierung hat den Strafverfolgungsbehörden neue, eingriffsintensive 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 Quellenschutz in Deutschland und den USA .....	15
<i>I. Deutschland .....</i>	15
1. Die ermittlungsmaßnahmenübergreifende Grundstruktur des grundgesetzlichen Quellenschutzes .....	18
a) Erforderlichkeit eines grundgesetzlichen Quellenschutzes ...	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 milderen 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 Quellenschutzes 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 Quellenschutzes bei zufälliger Drittbetroffenheit der Presse .....	63
3. Zwischenergebnis .....	65
<i>II. Vereinigte Staaten von Amerika</i> .....	66
1. Kein verfassungsrechtlicher Quellenschutz .....	68
a) US Supreme Court: Absage an ein verfassungsrechtliches reporter's privilege .....	68
aa) Branzburg v. Hayes (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	

sei zudem frei, ein einfachgesetzliches 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
<b>2. Kapitel: Der unterverfassungsrechtliche Quellenschutz in Deutschland und den USA .....</b>	<b>145</b>
<i>I. Deutschland .....</i>	<i>148</i>
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

II. Vereinigte Staaten von Amerika .....	217
1. Das unterverfassungsrechtliche reporter's privilege .....	218
a) Statutory law .....	219
aa) Shield laws der einzelnen Bundesstaaten .....	219
(1) Geschützter Personenkreis .....	220
(2) Schutzzumfang .....	223
(a) Shield law des Bundesstaates New York .....	223
(b) Shield law des Bundesstaates 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) Schutzzumfang .....	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) Schutzzumfang .....	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
II.	<i>Die US-amerikanische Rechtslage als Gefahr für den deutschen Quellenschutz</i> .....	280
III.	<i>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 Quellenschutzes .....</i>	<i>301</i>
Zum Schluss: Ein Appell an die Staatsgewalten .....	305
Literaturverzeichnis .....	307
Sachregister .....	315



## Einleitung

Der Schutz journalistischer Quellen ist in Deutschland ein hohes Gut. Als der ehemalige Generalbundesanwalt *Harald Range* 2015 Ermittlungen gegen die Verantwortlichen des Blogs *Netzpolitik.org* wegen des Vorwurfs des Landesverrats anstellte, führte dies zu Empörung in der Öffentlichkeit. Das Ermittlungsverfahren wurde aufgrund des politischen und öffentlichen Drucks alsbald eingestellt.<sup>1</sup> Der Generalbundesanwalt wurde entlassen.<sup>2</sup> Ähnlich erging es bereits *Franz Josef Strauß*. Dieser musste im Zuge der *Spiegel-Affäre*<sup>3</sup>, welche in der Durchsuchung der *Spiegel*-Redaktionsräumlichkeiten und der Inhaftierung von sieben Redakteuren 1962 ihren Höhepunkt erreicht hatte, von seinem Amt als Verteidigungsminister im Kabinett *Adenauer IV* zurücktreten.<sup>4</sup>

Der deutsche Quellenschutz kann auf eine bewegte, aber erfolgreiche Geschichte zurückblicken.<sup>5</sup> Nach erfolglosem Ringen mit den alten Eliten im Kaiserreich wurde der Presse in der Weimarer Republik Schutz in Gestalt eines besonderen strafprozessualen Zeugnisverweigerungsrechts zugebilligt.<sup>6</sup>

---

<sup>1</sup> Vgl. zu der Landesverrats-Affäre um das Blog *Netzpolitik.org* den Bericht von *Spiegel*-Online „Letzte Ermittlungen im Fall Netzpolitik.org eingestellt“ vom 06.07.2016, abrufbar unter <http://www.spiegel.de/netzwelt/netzpolitik/landesverrat-ermittlungen-gegen-netzpolitik-org-quelle-eingestellt-a-1101664.html>. Eine Chronologie der Landesverrats-Affäre findet sich unter <https://correctiv.org/aktuelles/artikel-aktuelles/2015/08/07/landesverrat-die-chronologie/>.

<sup>2</sup> Vgl. hierzu im Detail *Schmidt*, Wie sicher sind wir? Terrorabwehr in Deutschland. Eine kritische Bilanz, 110 ff.

<sup>3</sup> Eine Chronologie der *Spiegel*-Affäre ist abrufbar unter <https://www.spiegel.de/politik/deutschland/spiegel-afaere-die-chronologie-a-850071.html>.

<sup>4</sup> Die *Spiegel*-Affäre hat der politischen Karriere *Strauß* freilich nicht allzu sehr geschadet. Zur Rolle der Justiz in der *Spiegel*-Affäre vgl. *Hoffmann-Riem*, Die *Spiegel*-Affäre 1962 – ein Versagen der Justiz?, ZRP 2012, 225.

<sup>5</sup> Eine umfassende historische Darstellung des deutschen Quellenschutzes findet sich bei *Dunkhase*, Das Pressegeheimnis, 17 ff. Für einen Überblick vgl. *Achenbach*, in: Löffler, Presserecht, § 23 LPG, Rn. 8 ff.

<sup>6</sup> Vgl. § 53 StPO in der Fassung von 1926, RGBl. 1926 I, 529: „Zur Verweigerung des Zeugnisses sind ferner berechtigt:

[...]

4. Redakteure, Verleger und Drucker einer periodischen Druckschrift sowie die bei der technischen Herstellung der Druckschrift beschäftigten Personen über die Person des Ver-

Dieses wurde nach der Gründung der Bundesrepublik mehrfach erweitert<sup>7</sup>, mit einem korrespondierenden Durchsuchungs- und Beschlagnahmeschutz in Presseräumlichkeiten gestärkt<sup>8</sup> und durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts konstitutionalisiert<sup>9</sup>. Daneben wurde das Bekenntnis zu einem Quellenschutz durch verschiedene internationale Verpflichtungen, insbesondere durch die Europäische Menschenrechtskonvention<sup>10</sup>, bekräftigt.<sup>11</sup> Angesichts dessen mag es nicht verwundern, dass ein im Rahmen des 62. Deutschen Juristentags erstelltes Gutachten zu dem Ergebnis kam, dass die Presse und deren Informanten einen „stimmige[n]“<sup>12</sup> strafprozessualen Schutz erfahren.

Dennoch muss der journalistische Quellenschutz weiterentwickelt werden. Der 62. Juristentag fand im Jahre 1998 statt. Digitalisierung und Globalisierung haben die Rahmenbedingungen des journalistischen Quellenschutzes zwischenzeitlich grundlegend geändert: Der technologische Fortschritt hat nicht nur der Presse neue Wege der Recherche, internationalen Vernetzung und Publikumerreichung ermöglicht, sondern auch den Strafverfolgungsbehörden eine Vielzahl neuer Ermittlungsmöglichkeiten gegenüber Journalisten und deren Informanten eröffnet. Der Quellenschutz wird nicht mehr nur durch Zeugenladungen und Durchsuchungen und Beschlagnahmen in Presseräumlichkeiten gefährdet. Die Ermittlungsbehörden haben Dutzende weitere Möglichkeiten, auf die Kommunikation oder die sonstigen

---

fassers oder Einsendung einer Veröffentlichung strafbaren Inhalts, wenn ein Redakteur der Druckschrift als Täter bestraft ist oder seiner Bestrafung kein rechtliches Hindernis entgegensteht.“.

<sup>7</sup> Vgl. hierzu die Ausführungen unter 2. Kapitel I. 1.

<sup>8</sup> Vgl. hierzu die Ausführungen unter 2. Kapitel I. 2.

<sup>9</sup> Vgl. hierzu die Ausführungen unter 1. Kapitel I.

<sup>10</sup> Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte erkennt in ständiger Rechtsprechung einen Quellenschutz in Auslegung des Art. 10 EMRK an. Vgl. insbesondere EGMR, Goodwin v. Vereinigtes Königreich, Urt. v. 27.03.1996, Nr. 17488/90; Sanoma Uitgevers B.V. v. Niederlande, Urt. v. 14.09.2010, Nr. 38224/03, NJW-RR 2011, 1266. Für weitere Nachweise → 3. Kapitel Fn. 75.

<sup>11</sup> Der Europarat hat mehrere Empfehlungen zum Quellenschutz erlassen, die einerseits auf der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte beruhen, andererseits diese beeinflusst haben. Vgl. insbesondere die *Recommendation No. R (2000) 7 on the right of journalists not to disclose their sources of information* aus dem Jahre 2000, abrufbar unter: [https://search.coe.int/cm/Pages/result\\_details.aspx?ObjectId=09000016805e2fd2](https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016805e2fd2).

<sup>12</sup> Vgl. Weigend, Empfehlen sich gesetzliche Änderungen, um Zeugen und nicht beschuldigte Personen im Strafprozess besser vor Nachteilen zu bewahren?, Gutachten C zum 62. Deutschen Juristentag Bremen 1998, 103: „[Das Zeugnisverweigerungsrecht der Presse] stellt eine in sich stimmige, ausgewogene Lösung des Konflikts zwischen dem Staatsaufklärungsinteresse im Strafprozess einerseits und dem berechtigten Interesse der Medien an ungehindertem Informationszugang andererseits dar.“.

Daten der Presse zuzugreifen. Die meisten dieser neuen „digitalen Ermittlungsmaßnahmen“<sup>13</sup> sind wegen ihrer Streubreite und/oder Heimlichkeit eingriffsintensiv und gefährden den Quellenschutz daher in besonderem Maße.

Zu dieser Entwicklung kommt hinzu, dass der deutsche Quellenschutz nunmehr auch von ausländischen Regierungen und Ermittlungsbehörden bedroht wird. Journalisten arbeiten immer öfter im Rahmen multinationaler Kooperationen. Zudem werden auch sensible Daten massenhaft an global agierende Provider unterschiedlicher Internetdienste ausgelagert. Der Quellenschutz ist damit zu einer internationalen Angelegenheit herangewachsen.

Das bestehende Regelwerk trägt, wie diese Arbeit zeigen wird, den geänderten Rahmenbedingungen nicht ausreichend Rechnung. Dies gilt nicht nur für die deutsche, sondern insbesondere auch für die US-amerikanische Rechtsordnung.<sup>14</sup> Letztere gewährt – gerade im Hinblick auf digitale Ermittlungsmaßnahmen – keinen adäquaten Quellenschutz. Hierin besteht auch eine Gefahr für die deutsche Presse. Da vertrauliche Informationen der deutschen Presse regelmäßig in die Reichweite der US-amerikanischen Ermittlungsbehörden gelangen, ist das US-amerikanische Recht auch für die Gewährleistung des deutschen Quellenschutzes bedeutsam.

Diese Untersuchung möchte dazu beitragen, den Informantenschutz im Hinblick auf die durch die Digitalisierung und Globalisierung grundlegend veränderte Rechtstatsächlichkeit weiterzuentwickeln.<sup>15</sup> Insbesondere möchte

---

<sup>13</sup> Der Begriff der „digitalen Ermittlungsmaßnahme“ wird im Folgenden in unterschiedlichem Kontext und in einem weiten Verständnis gebraucht. Zunächst wird der Begriff als Abgrenzung zu Zeugenladungen und Durchsuchungen und Beschlagnahmen in Presseräumlichkeiten verwendet. Diese werden zur Veranschaulichung auch als „analoge Ermittlungsmaßnahmen“ bezeichnet. Unter „digitalen Ermittlungsmaßnahmen“ werden hingegen Ermittlungsmaßnahmen verstanden, mittels derer die Ermittlungsbehörden digitale Beweismittel erheben können. Diese Arbeit konzentriert sich dabei zumeist auf die Beschlagnahme von Daten und die verschiedenen Möglichkeiten der verdeckten Überwachung von Kommunikationsvorgängen. Sofern notwendig, wird in den Ausführungen deutlich gemacht, welche digitale Ermittlungsmaßnahme gemeint ist.

<sup>14</sup> Vgl. *Posetti*, *Protecting Journalism Sources in the Digital Age*, 12, die ein globales Problem erkennt: „The current digital environment poses particular challenges to traditional legal protections for journalists’ sources. While protective laws and/or a reporter’s commitment shielded the identity of sources in the analogue past, in the age of digital reporting, mass surveillance, mandatory data retention, and disclosure by third party intermediaries, this traditional shield can be penetrated.“

<sup>15</sup> Dieser Untersuchung liegt die Überzeugung zugrunde, dass angesichts der umwälzenden Wirkungen der Digitalisierung und Globalisierung letztlich die gesamte Rechtsordnung, wie sie in den vergangenen Jahrzehnten und Jahrhunderten insbesondere in Gesetzen, Rechtsprechung und Rechtswissenschaft gewachsen ist, auf den Prüfstand gestellt werden müsste. Bei einer jeden Norm wäre eigentlich zu fragen, ob sie vor der Digitalisierung und Globalisierung noch ihren Zweck erfüllt oder gegebenenfalls weiterentwickelt werden muss.

sie auf die Gefahr der Aushöhlung des hiesigen Quellenschutzes durch US-amerikanische Ermittlungsmaßnahmen aufmerksam machen und dieser durch Lösungsansätze entgegenwirken. Denn im Digitalzeitalter ist ein deutscher Quellenschutz, der seine Wirksamkeit nicht auch gegenüber US-amerikanischen Ermittlungsbehörden sicherstellt, letztlich nur ein leeres Versprechen.

## I. Pressefreiheit als Voraussetzung der freiheitlichen Demokratie

Demokratie verlangt einen öffentlichen Diskurs, der wiederum informierte Bürger voraussetzt. Denn wer sich eine Meinung bilden und damit im öffentlichen Diskurs Stellung beziehen will, muss sich zunächst über die öffentlichen Vorgänge ins Bild setzen. Angesichts der unüberblickbaren Anzahl an öffentlichen Ereignissen, welche oftmals aufgrund ihrer Komplexität auch nur bei entsprechenden Vorkenntnissen durchdrungen werden können, ist der Bürger hierbei auf Hilfe angewiesen. Diese Rolle bekleidet seit jeher die Presse. Die Presse beschafft Informationen, bewertet sie und erleichtert dem Bürger dadurch die Bildung eigener Meinungen.<sup>16</sup>

Daneben erfüllt die Presse eine weitere, für eine Demokratie ebenso wesentliche Funktion: Sie überwacht das Handeln der staatlichen Institutionen und der Mächtigen. Sie deckt Machtmissbrauch, Korruption und andere Missstände auf.<sup>17</sup> Die Presse trägt damit dazu bei, dass staatliche Einrichtungen nur innerhalb ihrer gesetzlichen Kompetenzen handeln und erinnert diese zugleich an ihre Verantwortlichkeit gegenüber dem Bürger.<sup>18</sup>

Wegen dieser fundamentalen Funktionen ist die Presse Voraussetzung einer jeden freiheitlichen und demokratischen Gesellschaft – darüber besteht ein Konsens in Deutschland und den USA. Das Grundgesetz<sup>19</sup> und die US-amerikanische Bundesverfassung<sup>20</sup> erkennen die Bedeutung der Presse an,

<sup>16</sup> Vgl. BVerfGE 20, 162, 17 f. – Spiegel [1966]; *Cox Broadcasting Corp. v. Cohn*, 420 U.S. 469 (1975), 492.

<sup>17</sup> Vgl. *Leathers v. Medlock*, 499 U.S. 439 (1991), 447; *Minneapolis Star & Tribune Co. v. Minn. Commissioner of Revenue*, 460 U.S. (1983), 585; BVerfGE 20, 162, 175 – Spiegel [1966].

<sup>18</sup> Vgl. BVerfGE 20, 162, 175 – Spiegel [1966]; *Mills v. Alabama*, 384 U.S. 214 (1966), 219.

<sup>19</sup> Vgl. Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG: „Die Pressefreiheit und die Freiheit der Berichterstattung durch Rundfunk und Film werden gewährleistet.“.

<sup>20</sup> Vgl. den Ersten Verfassungszusatz der US-amerikanischen Bundesverfassung (im Folgenden: „Erster Verfassungszusatz“): „Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of

indem sie ihre Freiheit verbürgen. Darüber hinaus hat sowohl das Bundesverfassungsgericht als auch der US Supreme Court betont, dass sich der Schutz der Pressefreiheit auf sämtliche Voraussetzungen erstreckt, ohne die die Presse ihre Aufgaben nicht erfüllen könnte.<sup>21</sup>

Nichtsdestotrotz wird in dieser Arbeit deutlich, dass sich das Verständnis der Pressefreiheit in Deutschland und den USA unterscheidet. Wie im Einzelnen dargelegt werden wird, sind die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und die des US Supreme Court zum verfassungsrechtlichen Quellenschutz diametral verschieden. Während das Bundesverfassungsgericht einen grundgesetzlichen Quellenschutz in ständiger Rechtsprechung anerkennt, hat es der US Supreme Court abgelehnt, einen solchen aus der US-amerikanischen Bundesverfassung abzuleiten.<sup>22</sup>

## II. Quellenschutz als Voraussetzung einer funktionsfähigen Presse

Dieser Arbeit liegt das Verständnis zugrunde, dass die Presse zur Erfüllung ihrer Aufgaben auf Informanten angewiesen ist. Informationen, die für die Allgemeinheit von Bedeutung sind, sind regelmäßig nur einem begrenzten Personenkreis bekannt oder werden gezielt vor der Öffentlichkeit geheim gehalten. Die Gründe der Geheimhaltung sind vielfältig. Sie kann legitim, aber auch schlicht rechtswidrig sein. Die Zurückhaltung von Informationen kann auf einem staatlichen Sicherheitsinteresse beruhen. Sie kann dem Schutz von Geschäftsgeheimnissen oder der Intimsphäre dienen. Teilweise werden Erkenntnisse aus bloßem politischen oder wirtschaftlichen Kalkül zurückgehalten. Sind die Informationen kompromittierend, sollen durch ihre Geheimhaltung beruflicher oder gesellschaftlicher Abstieg und disziplinar- oder strafrechtliche Konsequenzen vermieden werden.

Manchmal haben die von Quellen erlangten Informationen weitreichende Folgen für Gesellschaft, Politik und Recht. Bekannte Beispiele sind die US-

---

speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.“

<sup>21</sup> Vgl. BVerfGE 117, 244, 259 – Cicero [2007]: „Die Gewährleistungsbereiche der Presse- und Rundfunkfreiheit schließen diejenigen Voraussetzungen und Hilfstätigkeiten mit ein, ohne welche die Medien ihre Funktion nicht in angemessener Weise erfüllen können“; *New York Times v. United States*, 403 U.S. 713 (1971), 717: „In the First Amendment, the Founding Fathers gave the free press the protection it must have to fulfill its essential role in our democracy.“

<sup>22</sup> Vgl. hierzu die Ausführungen unter 1. Kapitel.



amerikanische *Watergate*-Affäre<sup>23</sup>, der deutsche *Spiegel*-Skandal<sup>24</sup> oder die eine transatlantische Vertrauenskrise auslösenden Enthüllungen des Whistleblowers *Verax*, der sich später als *Edward Snowden* zu erkennen geben sollte<sup>25</sup>. Die Bedeutung von Informanten ist jedoch nicht auf brisante Whistleblower-Fälle beschränkt. Der Rückgriff auf Informanten ist vielmehr journalistischer Alltag.<sup>26</sup> Auch gewöhnliche Reportagen speisen sich regelmäßig aus Informationen vertraulicher Quellen. Zudem beruht auch die tägliche Hintergrundberichterstattung zu politischen Ereignissen oftmals auf Informationen vertraulicher Quellen. Dabei geht es meist nicht darum, eine neue brisante Geschichte zu erzählen, sondern bereits bekannte öffentliche Vorgänge korrekt darzustellen.<sup>27</sup> Zusammengefasst gilt also: Demokratie braucht Presse, Presse braucht Informanten.

Informanten teilen ihre Kenntnisse mit der Presse jedoch oftmals nur unter Zusicherung der Wahrung ihrer Anonymität. Die Gründe hierfür reichen von drohendem beruflichen oder gesellschaftlichen Abstieg über die Angst einer disziplinar- oder strafrechtlichen Verfolgung hin zur Furcht um das eigene Leben. Teilweise empfinden Informanten schlicht die Vorstellung, selbst in das öffentliche Blickfeld zu geraten zu können, als unangenehm und abschreckend.

Um Informanten auch in Zukunft gewinnen zu können, muss die Presse das Vertraulichkeitsbedürfnis ihrer Informanten ernst nehmen. Die Wahrung der Anonymität ihrer Quellen ist deshalb seit jeher standesrechtliche Pflicht des Journalisten – sowohl in Deutschland als auch in den USA.<sup>28</sup> Das Berufs-

<sup>23</sup> Vgl. hierzu den Artikel der *Süddeutschen Zeitung* „Gestatten, Deep Throat“, abrufbar unter <https://www.sueddeutsche.de/politik/watergate-affaere-gestatten-deep-throat-1.842457>.

<sup>24</sup> Vgl. die Nachweise unter Einleitung Fn. 3 und 4.

<sup>25</sup> Vgl. hierzu die Darstellungen des Journalisten *Barton Gellman* in dessen Buch „Dark Mirror: Edward Snowden and the Surveillance State“.

<sup>26</sup> Vgl. *Bell/Zuckerman/Stray/Coronell/Schudson*, Comment to Review Group on Intelligence and Communications Technologies Regarding the Effects of Mass Surveillance on the Practice of Journalism, 2013, 2, abrufbar unter <https://www.dni.gov/files/documents/RG/Effect%20of%20mass%20surveillance%20on%20journalism.pdf>: „Journalism depends crucially on sources' willingness to talk. In turn, this often depends on the ability of the journalist to have confidential conversations with a source. These sensitive conversations convey critically important information unavailable through formal channels. These are not the spectacular leaks of the Manning and Snowden kind, which are rare and unusual in journalism. Instead we are speaking of the routine disclosure of ambiguously authorized material.“.

<sup>27</sup> Vgl. *Bell/Zuckerman/Stray/Coronell/Schudson*, Comment to Review Group on Intelligence and Communications Technologies Regarding the Effects of Mass Surveillance on the Practice of Journalism, 2013, 2 (→ Einleitung Fn. 26): „Such private communication is not about getting the story, but getting the story right.“.

<sup>28</sup> Vgl. Ziffer 5 des Pressekodexes des Deutschen Presserats: „Die Presse wahrt das

ethos der Presse kann das Vertraulichkeitsbedürfnis aber nicht befriedigen, wenn es den Ermittlungsbehörden nach geltendem Recht nichtsdestotrotz möglich ist, die Identität des Informanten oder dessen übermittelte Informationen aufzudecken. Die Presse benötigt daher rechtliche Absicherungen, die Anonymität ihrer Informanten tatsächlich gewährleisten zu können.

Das Vertraulichkeitsbedürfnis der Presse und ihrer Informanten<sup>29</sup> kann jedoch in einem Spannungsverhältnis mit einem privaten oder öffentlichen Aufklärungsinteresse<sup>30</sup> stehen. Konflikte ergeben sich insbesondere mit dem öffentlichen Interesse an einer effektiven Strafverfolgung – auch der Fokus dieser Untersuchung liegt auf dem strafprozessualen Quellenschutz.<sup>31</sup>

Das öffentliche Strafverfolgungsinteresse kann sich unmittelbar gegen den Informanten richten oder diesen lediglich mittelbar erfassen. So kann das Weitergeben vertraulicher Informationen an die Presse den Verdacht einer Straftat gegen den Informanten begründen. Der Informant kann aber auch lediglich als Be- oder Entlastungszeuge in einem Strafverfahren gegen einen dritten Beschuldigten benötigt werden. Teilweise richtet sich das Strafverfolgungsinteresse auch gegen die Presse selbst, etwa dann, wenn diese der Beihilfe oder Anstiftung zum Geheimnisverrat verdächtigt wird.<sup>32</sup>

Ob die Presse die Anonymität ihrer Informanten wahren darf, bemisst sich im Kern danach, welchem der widerstreitenden Interessen – dem Vertraulichkeitsbedürfnis der Presse oder dem öffentlichen Strafverfolgungsinteresse – Vorrang eingeräumt wird. Wie im Einzelnen dargelegt werden wird, wurde dieses Spannungsverhältnis in Deutschland durch die Anerkennung eines nahezu unbeschränkten Zeugnisverweigerungsrechts und eines umfassenden Durchsuchungs- und Beschlagnahmeverbots überwiegend zugunsten der Pressefreiheit aufgelöst. Im Zuge der Digitalisierung und Globalisierung haben sich die Parameter des Interessenkonflikts jedoch verschoben, sodass die Entscheidung zugunsten eines starken Quellenschutzes nunmehr ausgehöhlt zu werden droht.

---

Berufsgeheimnis, macht vom Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch und gibt Informanten ohne deren ausdrückliche Zustimmung nicht preis. Die vereinbarte Vertraulichkeit ist grundsätzlich zu wahren. [...]“; vgl. Code of Ethics der Society of Professional Journalists: „Journalists should [...] keep the promises they make.“.

<sup>29</sup> Im Folgenden wird der Vereinfachung wegen meist nur vom „Vertraulichkeitsbedürfnis der Presse“ gesprochen.

<sup>30</sup> Ein privates Aufklärungsinteresse gegenüber der Presse kann sich z.B. in einem Zivilverfahren ergeben, in dem der Kläger gegen ehrverletzende Behauptungen eines anonymen Informanten vorgeht. Öffentliche Aufklärungsinteressen gegenüber der Presse können ferner im Disziplinar- und Ordnungswidrigkeitenverfahren sowie im Rahmen der Gefahrenabwehr oder nachrichtendienstlichen Aufklärungstätigkeit bestehen.

<sup>31</sup> Der Zuschnitt der Untersuchung auf den strafprozessualen Quellenschutz bedeutet auch, dass die Implikationen nachrichtendienstlicher (Massen-)Überwachung für den Quellenschutz weitgehend ausgeklammert werden.

<sup>32</sup> Vgl. BVerfGE 20, 162 – Spiegel [1966]; 117, 244 – Cicero [2007].

### III. Digitalisierung und Globalisierung als Herausforderungen für den Quellenschutz

Traditionell wird das Bedürfnis nach einem journalistischen Quellenschutz im Kontext von Zeugenladungen und Durchsuchungen und Beschlagnahmen verkörperter Informationen in Presseräumlichkeiten diskutiert.<sup>33</sup> Dabei wird in aller Regel auch nur auf die Ermittlungsmöglichkeiten inländischer Behörden Bezug genommen.

Dies überrascht zunächst nicht, denn das Repertoire der Ermittlungsbehörden war lange Zeit auf diese „analogen Ermittlungsmaßnahmen“ beschränkt. Zudem bestand zu analogen Zeiten auch keine Gefahr, dass weitergehende Ermittlungsbefugnisse ausländischer Ermittlungsbehörden den deutschen Quellenschutz aushöhlten. Digitalisierung und Globalisierung haben die Rahmenbedingungen der Gewährleistung eines journalistischen Quellenschutzes jedoch grundlegend geändert.

#### *1. Die Digitalisierung hat den Strafverfolgungsbehörden neue, eingriffsintensive Ermittlungsmöglichkeiten gegenüber der Presse und deren Informanten eröffnet*

Journalisten arbeiten nunmehr – nicht anders als die Allgemeinheit – digital. Smartphones, Smartwatches und andere „intelligente“ Geräte begleiten Journalisten tagtäglich überall hin. Sie dienen als „smarte“ Kalender, Notizblöcke, Aufnahmegeräte und Foto- und Videokameras. Journalisten verwenden sie zur Recherche und zur Erstellung von Nachrichtenmeldungen und Reportagen. Über sie werden Zug- und Flugtickets gekauft und Hotelzimmer gebucht. Nicht zuletzt nutzt die Presse die digitalen Geräte, um mit vertraulichen Quellen zu kommunizieren.

Hierbei werden unzählige Daten erzeugt, die in der Regel durch Dritte gespeichert werden. Rechercheergebnisse, Entwürfe und sonstige Informationen werden meist nicht mehr auf den jeweiligen mobilen Endgeräten oder lokalen Rechnern innerhalb der Presseräumlichkeiten abgelegt, sondern im Rahmen des stetig an Bedeutung gewinnenden Cloud-Computing<sup>34</sup> – gezielt oder mangels technischem Bewusstseins unbemerkt – auf externen Servern

<sup>33</sup> Vgl. beispielhaft *Achenbach*, in: Löffler, Presserecht, § 23 LPG.

<sup>34</sup> Nach *Warzen*, Elektronische Beweismittel im Strafprozess – eine Momentaufnahme über den deutschen Tellerrand hinaus, Teil 1, Beweissicherung im Zeitalter der digitalen Cloud, NZWiSt 2017, 289, 295 f. kann Cloud-Computing „vereinfacht dargestellt, als Gesamtbegriff für ausgelagerte Datenverarbeitungsdienste im weitesten Sinne verstanden werden, wobei sich die Dienste auf die Bereitstellung von Software [...], von Plattformen [...] und/oder von Infrastruktur [...] beziehen können.“

gesichert. Zudem bleiben von jedem digitalen Kommunikationsvorgang Spuren – sowohl hinsichtlich der Kommunikationsinhalte als auch der Kommunikationsumstände (sogenannte Verkehrs- oder Metadaten) –, die durch die verschiedenen Provider zu Geschäftszwecken oder aufgrund von gesetzlichen Speicherpflichten gesichert werden.

Die Strafverfolgungsbehörden haben hierdurch neue Ermittlungsmöglichkeiten gegenüber der Presse und deren Informanten erlangt. So können die Behörden durch den Zugriff auf die Kommunikationsinhalts- und -verkehrsdaten die Quelle eines Journalisten meist ohne Weiteres offenlegen. Gerade die Rahmendaten eines Kommunikationsvorgangs sind ergiebig. Die Identität oder der Aufenthaltsort eines anonymen Informanten lassen sich oftmals über die Kennung der benutzten Anschlüsse, E-Mail-Header oder IP-Adressen erschließen.

Neben den Kommunikationsdaten sind auch die sonstigen Daten eines Journalisten von Interesse für die Strafverfolgungsbehörden. Kalendereinträge, Notizen, Foto-, Video- oder Sprachaufnahmen sowie Reisedaten können allesamt Rückschlüsse auf Informanten zulassen. Die Masse der gesammelten Daten ermöglicht es zudem, aus vermeintlich unsensiblen Informationen, Erkenntnisse zu Informanten zu gewinnen. Während einzelne Standortdaten mehr oder weniger bedeutungslos sind, lässt sich durch eine massenhafte und längerfristige Auswertung von Standortdaten ein Bewegungsprofil des Nutzers erstellen, das weitreichende Einblicke in dessen Leben gewährt. Zeigt das Bewegungsprofil eines Journalisten etwa, dass dieser mehrfach einen bestimmten Ort aufgesucht hat, lassen sich hieraus Rückschlüsse auf die Identität seiner Quelle ziehen.

Außerdem müssen die Strafverfolgungsbehörden anders als zu analogen Zeiten nur noch im Ausnahmefall unmittelbar gegen die Presse vorgehen, um deren Daten zu erlangen. Da sich die Daten überwiegend im Speicher von Providern befinden, kann der Zugriff auch dort – mit oder ohne Mitwirkung des Providers – erfolgen.

Die Digitalisierung hat den Strafverfolgungsbehörden also vielfach neue Ermittlungsmöglichkeiten gegenüber der Presse eröffnet – und in den kommenden Jahren werden wiederum viele neue Möglichkeiten hinzukommen. Dies ist jedoch nur ein Teil der Problematik. Denn es kommt erschwerend hinzu, dass diese neuen digitalen Ermittlungsmöglichkeiten das Vertrauensverhältnis zwischen der Presse und deren Informanten in der Regel stärker gefährden als analoge Ermittlungsmaßnahmen. Digitalen Ermittlungsmaßnahmen kommt meist eine besondere quellenschutzspezifische Eingriffsqualität<sup>35</sup> zu. Dies zeigt sich anhand dreier Eigenschaften, die digitalen Ermitt-

---

<sup>35</sup> Die besondere quellenschutzspezifische Eingriffsqualität digitaler Ermittlungsmaßnahmen wird im Detail unter 1. Kapitel I. 2. b. cc. (1) (b) erörtert.

lungsmaßnahmen typischerweise anhaften und an dieser Stelle nur knapp umrissen werden sollen:

Anders als Zeugenvernehmungen und Herausgabeverlangen verlangen digitale Ermittlungsmaßnahmen keine aktive Mitwirkung der Presse. Entsprechend hat die Presse keine oder nur begrenzte Einfluss- und Steuerungsmöglichkeiten zum Schutz ihrer Informanten. Zwar muss die Presse bei einer unberechtigten Zeugnisverweigerung mit einer Sanktionierung durch ein Ordnungsgeld oder im schlimmsten Fall durch Beugehaft rechnen, nichtsdestotrotz hat sie es selbst in der Hand, ob sie ihren Informanten preisgibt oder nicht.

Darüber hinaus haben die verschiedenen digitalen Ermittlungsmaßnahmen regelmäßig eine enorme Streubreite und bedrohen daher nicht nur einzelne Quellen, sondern sämtliche Informanten des Journalisten. Mit Hilfe digitaler Ermittlungsmaßnahmen kann auf Datensätze zugegriffen werden, die vormals entweder nicht zugänglich waren oder mehrere Redaktionsräumlichkeiten gefüllt hätten.

Nicht zuletzt sind digitale Überwachungsmaßnahmen heimliche Ermittlungsmaßnahmen, wodurch der Abschreckungseffekt auf potenzielle Informanten und die Presse verstärkt wird. Die Möglichkeit heimlicher Überwachung löst bereits bei „normalen“ Bürgern Angst aus, Gegenstand von Überwachungsmaßnahmen zu werden. Dies gilt umso mehr für die Presse und ihre Informanten, die anonym bleiben möchten.

## *2. Digitalisierung und Globalisierung haben den US-amerikanischen Strafverfolgungsbehörden den Zugriff auf vertrauliche Daten der deutschen Presse ermöglicht*

Der moderne Journalismus ist nicht nur digitalisiert, sondern auch globalisiert. Im Zuge dieser eng verflochtenen Entwicklungen wurde auch ausländischen, insbesondere US-amerikanischen Ermittlungsbehörden der unmittelbare Zugriff auf vertrauliche Daten der deutschen Presse ermöglicht:

Immer öfter werden internationale Rechercheoperationen gebildet, bei denen Journalisten aus verschiedenen Rechtsordnungen in einem digitalen Newsroom an einem Thema arbeiten, Informanten teilen und vertrauliche Informationen austauschen.<sup>36</sup> Beispielhaft für diese Entwicklung stehen die mit dem Pulitzerpreis ausgezeichneten Enthüllungen zu den *Panama Papers*: Diese starteten damit, dass ein anonymes Informant 11,5 Millionen Doku-

---

<sup>36</sup> Vgl. die verschiedenen internationalen Rechercheoperationen unter der Führung des *International Consortium of Investigative Journalists*, abrufbar unter <https://www.icij.org/investigations/#/investigations>. Hierzu zählen die *Panama Papers*, die *Implant Files* und die *Paradise Papers*.

# Sachregister

- Abgestuftes Schutzkonzept 39  
Abgrenzungsproblem 86–89, 91 ff., 95 f.  
Abschreckungseffekt 43, 47 f., 51, 53, 74 f.,  
77 ff., 121, *siehe auch* Erforderlichkeit  
eines Quellenschutzes  
*Assange, Julian* 252  
Ausgestaltungsspielraum des Gesetz-  
gebers 23  
Aushöhlungsgefahr 12, 280 f., 283
- Balancing* 85, *siehe auch* *Categoricalism*  
*Berliner-Morgenpost-Beschluss* 59 ff.,  
174 ff.  
Berufsethos *siehe* Standesrecht  
Beschlagnahmeverbot 167–174, 176 f.,  
179–190
- Carpenter v. United States* 130, 132,  
*siehe auch* *third-party*-Doktrin  
*Categoricalism* 84 ff, *siehe auch* *Balancing*  
*Chilling effect*, *siehe* Abschreckungseffekt,  
*siehe* Erforderlichkeit eines Quellen-  
schutzes  
*Cicero*-Urteil 57 ff., 174 ff.  
*CLOUD-Act* 11, 282, 294 f., 297  
*Comity analysis* 295  
*Common law* 237–244, 246
- Department of Justice*, *siehe* Pressericht-  
linie des *Department of Justice*  
Digitale Ermittlungsmaßnahmen, *siehe*  
*auch* Quellenschutzspezifische Eingriffs-  
intensität  
– Einfachgesetzlicher Schutz 190–193,  
195–208, 210, 212–217  
Digitalisierung 8 ff., *siehe auch* Digitale  
Ermittlungsmaßnahmen; Globalisierung  
Drittbetroffenheit, zufällige 63 ff.  
DSGVO 285, 288, 291 f., 296 f.
- E-Evidence*-Verordnung 12, 282 f., 297–300  
*Electronic Communications Privacy*  
*Act* 135, 136, 138, 140  
– *Pen Register Act* 140  
– *Stored Communications Act* 136 ff., 282  
– *Wiretap Act* 135 f.  
Erforderlichkeit eines Quellenschutzes  
5 ff., 18, 74–79, 116 f., 306  
*EU-US Privacy Shield* 285, 287–293  
*Exclusionary rule* 255 ff.
- Foreign Intelligence Surveillance Act*  
140–143
- Geheimnisverrat 57–63, 252, 254  
*Generally applicable laws* 71, 92, 121  
Gewahrsam 169 ff., 173  
– Gewahrsamsverlust 173  
Globalisierung 10 ff., 280–283, *siehe auch*  
Digitalisierung  
*Grand jury* 79–82
- Heimlichkeit 46–49, *siehe auch* Quellen-  
schutzspezifische Eingriffsintensität
- Institut „Freie Presse“ 18–21  
Internationale Rechercheoperationen  
10, 280
- Katz v. United States* 126 ff., 132,  
*siehe auch* *reasonable-expectation-of-*  
*privacy*-Test
- Miller v. United States* 129  
Missbrauchsgefahr 57–63, 174 ff.,  
*siehe auch* Tatverdacht, dringender  
Mitwirkungserfordernis 42 f.,  
*siehe auch* Quellenschutzspezifische  
Eingriffsintensität

- National security* 235ff.
- Öffentliche Aufgabe 19
- Powell, concurring opinion* 100–104, 118f.
- Presserichtlinie des *Department of Justice* 268–273
- Prior restraint* 72f., 94, 97, 117
- Privacy Protection Act* 247–257
- Prognoseentscheidung 197ff.
- Quellenschutzspezifische Eingriffsintensität 35 ff., 41 f.
- Heimlichkeit 46–49
  - Mitwirkungserfordernis 42f.
  - Streubreite 43, 45f.
- Reasonable-expectation-of-privacy-Test* 127f., *siehe auch* *Katz v. United States*
- Recht auf faires Verfahren 63
- Rechtshilfeverfahren, effizienteres 300f.
- Risen, James* 252
- Schrems I*-Beschluss 289f.
- Schutzgefälle
- Allgemeine strafprozessuale Eingriffsvoraussetzungen digitaler Ermittlungsmaßnahmen 278 f.
  - Unterverfassungsrechtlicher Quellenschutz 276 f.
  - Verfassungsebene 276
- Schutzpflicht 20, 28, 95, 302f.
- Shield law* 219–237
- *Federal shield law* 231–237
  - *Shield law* des Bundesstaates Illinois 221 f., 229 f.
  - *Shield law* des Bundesstaates Kalifornien 221, 226 ff.
  - *Shield law* des Bundesstaates New York 220f., 223–226
- Smith v. Maryland* 129, 132, *siehe auch* *third-party*-Doktrin
- Spannungsverhältnis 7, 21–30
- Spiegel-Affäre 1
- Spiegel-Urteil* 15, 24f., 38, 302
- Standesrecht 6f.
- Strafverstrickung 176–186, *siehe auch* Tatverdacht, dringender Gegenständliche Strafverstrickung 180–183
- Personale Strafverstrickung 177ff.
  - Subsidiaritätsklausel 186
  - Verhältnismäßigkeitsklausel 183 ff.
- siehe auch* Tatverdacht, dringender Streubreite 43, 45 f., *siehe auch* Quellenschutzspezifische Eingriffsintensität
- Subjektives Abwehrrecht 18, 28
- Subpoena first rule* 109, 111f., 119, 247f., 254
- Subpoena* 67, 111, 128
- *Subpoena ad testificandum* 67
  - *Subpoena duces tecum* 67
- Subsidiaritätsklausel 165
- Tatverdacht, dringender 62f., 164, 174ff., 178, 182, 189, 204, 207f., *siehe auch* Missbrauchsgefahr
- Technologie-spezifischer Vertraulichkeitsschutz 32–35
- Third-party*-Doktrin 128ff., 260, 262
- Third-party-subpoena*-Schutzlücke 265 ff.
- Transatlantischer Quellenschutz
- Grundrechtliche Gebotenheit 301 ff.
  - Lösungsmöglichkeiten 284–301
  - Notwendigkeit, *siehe auch* Schutzgefälle
- Trespass*-Doktrin 126, 128
- Verfassungsunmittelbarer Einzelfallschutz 27–30
- Verfassungszusatz, vierter
- Anforderungen an eine *search and seizure* 125, *siehe auch* *reasonable-expectation-of-privacy*-Test; *third-party*-Doktrin; *trespass*-Doktrin
- Vertraulichkeit der Redaktionsarbeit 53
- Verwertungsverbot 164 f., *siehe auch* *exclusionary rule*
- Absolutes Verwertungsverbot 186ff.
  - Relatives Verwertungsverbot 199ff.
  - Zufallsfunde 189
- siehe auch* *exclusionary rule*
- Wikileaks* 236
- ZDF-Brokdorf*-Beschluss 24, 40, 158, 160
- Zeugnisverweigerungsrecht 149 f., 152–167