

# Verfassungsbeschwerde gegen die „Datenhehlerei“

An das

Berlin / Köln, den 16. Dezember 2016

Bundesverfassungsgericht

– Erster Senat –

Schlossbezirk 3

76131 Karlsruhe

**1 BvR 2821 / 16**

## Verfassungsbeschwerde

1. des Chefredakteurs M. B., Berlin,
2. des Vereins netzpolitik.org e.V., Berlin,
3. des Redakteurs H. B., Hannover,
4. des Richters am Landgericht Dr. U. B, Berlin,
5. des Redakteurs P. H., Hamburg,
6. des Rechtsanwalts Dr. A. K., Berlin,
7. des Herrn M. K., Karlsruhe,
8. des Redakteurs A. M., Berlin,

<https://freiheitsrechte.org/datenhehlerei/>

## **Verfassungsbeschwerde gegen die „Datenhehlerei“**

9. des Redakteurs J. S., Hannover,

10. des freien Journalisten H. S., Berlin,

11. des Journalisten M. S., Berlin,

12. des Vereins Reporter ohne Grenzen e.V., Berlin,

[...]

### **Hinweis für die öffentliche Fassung der Verfassungsbeschwerde:**

**Viele personenbezogene Daten sowie Details der angeführten Recherchen mussten zum Schutz vor strafrechtlichen Ermittlungen sowie vor Racheakten von Personen oder Staaten, die Gegenstand der Recherchen waren, redigiert werden. Alle Streichungen sind kenntlich gemacht.**

Verfahrensbevollmächtigte für alle Beschwerdeführer:

1. Junior-Professorin Dr. Katharina de la Durantaye, LL.M. (Yale)  
Humboldt-Universität zu Berlin, Juristische Fakultät  
Unter den Linden 6, 10099 Berlin
2. Rechtsanwalt Dr. Nikolaos Gazeas, LL.M. (Auckland)  
Tsambikakis & Partner Rechtsanwälte mbB  
Agrippinawerft 30, 50678 Köln

<https://freiheitsrechte.org/datenhehlerei/>

## **Verfassungsbeschwerde gegen die „Datenhehlerei“**

gegen

Art. 5 sowie Art. 1 Ziffer 9 des Gesetzes zur Einführung einer Speicherpflicht und einer Höchstspeicherfrist für Verkehrsdaten vom 10. Dezember 2015 (BGBl. I S. 2218), in Kraft seit dem 18. Dezember 2015.

Namens und in Vollmacht der Beschwerdeführer erheben wir

### **Verfassungsbeschwerde**

wegen Verletzung

insbesondere der Pressefreiheit und der Rundfunkfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG

sowie der allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG, des allgemeinen Gleichheitssatzes aus Art. 3 Abs. 1 GG, der Freiheit der Berufsausübung aus Art. 12 GG und des strafrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatzes aus Art. 103 Abs. 2 GG

durch

1. § 202d des Strafgesetzbuchs und
2. § 97 Abs. 2 Satz 3 der Strafprozessordnung.

<https://freiheitsrechte.org/datenhehlerei/>

## Verfassungsbeschwerde gegen die „Datenhehlerei“

Die Beschwerdeführer haben uns mit der Durchführung des Verfassungsbeschwerdeverfahrens beauftragt. Unsere ordnungsgemäße Bevollmächtigung ergibt sich aus den anliegenden schriftlichen Vollmachtsnachweisen (Anlagen 1.1 bis 1.12).

### A. Verfahrensgegenstand

Die Beschwerdeführer wenden sich dagegen, dass die angegriffenen Vorschriften, die durch das Gesetz zur Einführung einer Speicherpflicht und einer Höchstspeicherfrist für Verkehrsdaten vom 10. Dezember 2015 (BGBl. I S. 2218) geschaffen wurden, mit einer Vielzahl von Grundrechten und grundrechtsgleichen Rechten unvereinbar sind.

Auf einer ersten Ebene verletzen die Normen die **Pressefreiheit**. Sie greifen in unverhältnismäßiger Weise in die Freiheit der Recherche ein, indem sie den Umgang mit Materialien von „Whistleblowern“ im Grundsatz unter Strafe stellen und nur lückenhaften Schutz für Journalistinnen und Journalisten vorsehen, die im Zusammenhang mit einer journalistischen Recherche mit „geleakten“ Daten umgehen. Ein noch unzureichenderes Schutzniveau ergibt sich für andere Berufsgruppen, die in Zusammenarbeit mit Journalistinnen und Journalisten mit „geleaktem“ Material umgehen. Neben der Pressefreiheit greifen die Normen in den Schutzbereich weiterer Grundrechte ein, nämlich die Freiheit der **Berufsausübung** sowie – bei Personen, die ohne beruflichen Bezug mit Journalistinnen und Journalisten zusammenarbeiten – in die **allgemeine Handlungsfreiheit**.

Auf einer zweiten Ebene betrifft die Verfassungsbeschwerde aus der Perspektive des **strafrechtlichen Bestimmtheitsgebots** (Art. 103 Abs. 2 GG) die – weit über die angegriffenen Normen hinaus bedeutsame – Frage, welche

<https://freiheitsrechte.org/datenhehlerei/>

## Verfassungsbeschwerde gegen die „Datenhehlerei“

Mindestanforderungen an die Sorgfalt des Strafgesetzgebers bei der Abfassung von Tatbeständen zu stellen sind. Zwar hat das angerufene Gericht bisher größte Zurückhaltung walten lassen, die Wahl des Strafrechts als Mittel sozialer Steuerung zu hinterfragen. Indes hat das Bundesverfassungsgericht ebenfalls in ständiger Rechtsprechung das Strafrecht als „*ultima ratio*“ bezeichnet, also als äußerstes Mittel, auf das der Gesetzgeber nicht leichtfertig, sondern nur auf verhältnismäßige Weise zurückgreifen darf.

Die angegriffenen Normen illustrieren dieses Spannungsfeld zwischen der Freiheit des demokratisch legitimierten Gesetzgebers, Wertentscheidungen auch zur Kriminalisierung menschlichen Verhaltens zu treffen, und seiner gleichzeitigen Bindung an den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz bei der Setzung von Strafrecht in besonders eindrucksvoller Weise: § 202d StGB zeichnet sich durch eine bemerkenswerte Inkongruenz zwischen dem erklärten gesetzgeberischen Ziel und der konkreten Ausgestaltung des Straftatbestands aus.

Die Beschwerdeführer halten dafür, dass – bei allem Verständnis für materielle Gestaltungsspielräume – wenigstens Mindestanforderungen an die Sorgfalt des Strafgesetzgebers zu stellen sind: Er hat sicherzustellen, dass zwar das, aber auch nur das von einem strafrechtlichen Tatbestand umfasst ist, was aus der Perspektive des Gesetzgebers tatsächlich strafwürdig ist. Ebenso wie im Falle des Nichtraucherschutzes, wo der Erste Senat des angerufenen Gerichts zumindest Folgerichtigkeit des legislativen Handelns verlangt hat (vgl. BVerfGE 121, 317 <362>), muss der Gesetzgeber sich auch im Bereich der Strafgesetzgebung an seinen eigenen Wertentscheidungen messen lassen und diese folgerichtig in Tatbestände umsetzen. Wenn der Gesetzgeber Verhalten kriminalisiert, das seiner eigenen Auffassung nach nicht strafwürdig ist, zeigt er eine rechtsstaatlich unvertretbare Gleichgültigkeit gegenüber den Grundrechten Betroffener, aber auch gegenüber den knappen Ressourcen der Strafrechtspflege.

<https://freiheitsrechte.org/datenhehlerei/>

## Verfassungsbeschwerde gegen die „Datenhehlerei“

Die Beschwerdeführer erhoffen sich vom angerufenen Gericht eine Fortsetzung der durch die Entscheidung im Falle „Rindfleischetikettierung“ (Beschluss des Zweiten Senats vom 21. September 2016 – 2 BvL 1/15) begonnenen Rechtsprechungslinie in dem Sinne, dass die Garantiefunktion des Strafrechts erneut mit Leben gefüllt wird: Das Strafrecht hat nicht nur den Zweck zu statuieren, was strafbar ist. Vielmehr kommt ihm dadurch zugleich die existentiell freiheitssichernde Funktion zu klarzustellen, was *nicht* strafbar und damit zumindest Teil der jedermann zustehenden allgemeinen Handlungsfreiheit ist.

An diesem Maßstab gemessen ist § 202d StGB unhaltbar, weil er um den Kernbereich des eindeutig Strafbaren herum eine „Aura des möglicherweise Strafbaren“ schafft. Dies wirkt sich gerade auf den sensiblen Bereich der journalistischen Recherche – also das Vertrauensverhältnis zwischen Journalisten und ihren Quellen und anderen Auskunft- und Hilfspersonen – verheerend aus. Dies gilt in besonderem Maße, wenn man das Risiko von Eingriffen im Ermittlungsverfahren, insbesondere Durchsuchungs- und Beschlagnahmemaßnahmen, in den Blick nimmt: Ein bloßer (Anfangs-)verdacht im Hinblick auf ein „vielleicht“ strafbares Verhalten reicht in der ermittelungsrichterlichen Entscheidungspraxis für die Anordnung von Ermittlungseingriffen typischerweise aus, sodass jedenfalls in diesem Verfahrensstadium eine nur mögliche Strafbarkeit ebenso gravierende Freiheitsbeeinträchtigungen mit sich bringt wie eine eindeutige Strafbarkeit.

### **B. Sachverhalt**

Der deutsche Gesetzgeber hat bei Gelegenheit des Erlasses des Gesetzes zur Einführung einer Speicherpflicht und einer Höchstspeicherfrist für Verkehrsdaten vom 10. Dezember 2015 (BGBl. I S. 2218) – der

<https://freiheitsrechte.org/datenhehlerei/>

## Verfassungsbeschwerde gegen die „Datenhehlerei“

Wiedereinführung der sogenannten „Vorratsdatenspeicherung“ – durch Art. 5 dieses Artikelgesetzes die „Datenhehlerei“ unter Strafe gestellt. Er wollte dadurch ausweislich der Gesetzesbegründung den gewerbsmäßigen Handel mit rechtswidrig erworbenen Daten unter Strafe stellen; dabei hatte er zunächst vor allem den Handel mit Kreditkartendaten oder Login-Daten im Blick.

Dieses gesetzgeberische Ziel ist legitim und hält sich aus der Sicht der Beschwerdeführer im Rahmen des dem Gesetzgeber zuzubilligenden Ermessens. Die Wirkungen des neuen Straftatbestands reichen indes weit über das hinaus, was der Gesetzgeber ausweislich seiner eigenen Gesetzesbegründung für strafwürdig erachtet. Insbesondere erfasst § 202d StGB auch elektronisch gespeicherte Daten, die „Whistleblower“, also Hinweisgeber, an die Presse weiterreichen. So errichtet die Norm ein strafrechtliches Minenfeld für den journalistischen Umgang mit „geleakten“ Daten.

### I. § 202d StGB sowie § 97 Abs. 5 Satz 2 i.V.m. Abs. 3 Satz 2 StPO

Im Einzelnen:

#### 1. Wortlaut

Die insbesondere angegriffene Norm hat folgenden Wortlaut:

#### **§ 202d Datenhehlerei**

„(1) Wer Daten (§ 202a Absatz 2), die nicht allgemein zugänglich sind und die ein anderer durch eine rechtswidrige Tat erlangt hat, sich oder einem anderen verschafft, einem anderen überlässt, verbreitet oder sonst zugänglich macht, um sich oder einen Dritten zu bereichern oder einen

<https://freiheitsrechte.org/datenhehlerei/>

## Verfassungsbeschwerde gegen die „Datenhehlerei“

anderen zu schädigen, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Die Strafe darf nicht schwerer sein als die für die Vortat angedrohte Strafe.

(3) Absatz 1 gilt nicht für Handlungen, die ausschließlich der Erfüllung rechtmäßiger dienstlicher oder beruflicher Pflichten dienen. Dazu gehören insbesondere

1. solche Handlungen von Amtsträgern oder deren Beauftragten, mit denen Daten ausschließlich der Verwertung in einem Besteuerungsverfahren, einem Strafverfahren oder einem Ordnungswidrigkeitenverfahren zugeführt werden sollen, sowie

2. solche beruflichen Handlungen der in § 53 Absatz 1 Satz 1 Nummer 5 der Strafprozessordnung genannten Personen, mit denen Daten entgegengenommen, ausgewertet oder veröffentlicht werden.“

## 2. Gesetzgebungsgeschichte

Die Idee zur Kriminalisierung des Umgangs mit „gestohlenen“ Daten geht auf einen Beschluss der 83. Justizministerkonferenz zurück (13. / 14. Juni 2012). Hier stellten die Beteiligten „Strafbarkeitslücken beim Handel mit rechtswidrig erlangten Daten“ fest und unterstützten das Anliegen, diese „etwa durch einen Straftatbestand der Datenhehlerei“ zu schließen (83. Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister, Beschluss TOP II.2.). Im September 2012 griff der 69. Deutsche Juristentag das Thema auf und setzte sich dafür ein, einen Straftatbestand der Datenhehlerei einzuführen, „[u]m eine Strafbarkeitslücke im

<https://freiheitsrechte.org/datenhehlerei/>

## Verfassungsbeschwerde gegen die „Datenhehlerei“

Hinblick auf den Geheimnis- und Datenschutz im Internet zu schließen“ (69. DJT, Beschlüsse, S. 9.).

Das Land Hessen erarbeitete in der Folge einen ersten Entwurf für einen entsprechenden Straftatbestand, der im Januar 2013 öffentlich bekannt wurde. Im April 2013 brachte Hessen eine überarbeitete Fassung des Entwurfes in den Bundesrat ein (BR-Drucks. 284/13). Der Entwurf wurde beschlossen und in den Bundestag eingebracht (BT-Drucks. 17/14362), fiel aber mit Ablauf der 17. Legislaturperiode der Diskontinuität anheim. Im März 2014 beschloss der Bundesrat die erneute Einbringung des Gesetzesentwurfes von April 2013 in den Bundestag (BR-Drucks. 70/14 (B)).

Im April 2015 kündigte das Bundesministerium für Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV) in seinen „Leitlinien zur Einführung einer Speicherpflicht und Höchstspeicherfristen“ an, bei Gelegenheit der Wiedereinführung der sogenannten Vorratsdatenspeicherung durch den Bundestag die „Datenhehlerei“ unter Strafe zu stellen. Ein Referentenentwurf dieses Gesetzes wurde kurz darauf durch eine Veröffentlichung auf netzpolitik.org – also der Beschwerdeführer zu 1, zu 2 und zu 8 – bekannt. Am 28. Mai 2015 legte die Bundesregierung dem Bundesrat in ihrem Entwurf eines Gesetzes zur Einführung einer Speicherpflicht und einer Höchstspeicherfrist für Verkehrsdaten auch einen neuen Entwurf eines Straftatbestandes der Datenhehlerei vor (BT-Drucks. 18/5088). Dieser Entwurf beruht auf dem Hessischen Entwurf von Frühjahr 2013.

Am 16. Oktober 2015 beschloss der Bundestag das Gesetz zur Einführung einer Speicherpflicht und einer Höchstspeicherfrist für Verkehrsdaten (BT-Prot. 18/131, S. 12779A) und nahm den Regierungsentwurf unverändert an. Der Bundesrat stimmte dem am 6. November 2015 zu (BR-Prot. 938, S. 415 f.),

<https://freiheitsrechte.org/datenhehlerei/>

## Verfassungsbeschwerde gegen die „Datenhehlerei“

worauf das Gesetz am 17. Dezember 2015 verkündet wurde und am 18. Dezember 2015 in Kraft trat.

### 3. Erklärter Normzweck

Dem ersten Begründungsansatz zufolge sollte der Straftatbestand der Datenhehlerei die „auf das verfassungsrechtlich verankerte Recht auf informationelle Selbstbestimmung zurückgehende formelle Verfügungsbefugnis bzw. das formelle Datengeheimnis“ (BT-Drucks. 17/14362, S. 12) schützen. Die Strafwürdigkeit des „Datenhehlers“ begründe sich daraus, dass dieser die bereits geschehene Rechtsgutsverletzung „perpetuiert und zum eigenen finanziellen Vorteil oder mit dem Ziel, dem Berechtigten Schaden zuzufügen“ (BT-Drucks. 17/14362, S. 12), ausnutze.

In der Begründung des letztlich verabschiedeten Entwurfs werden als geschützte Rechtsgüter das formelle Datengeheimnis (BT-Drucks. 18/5088, S. 26, 45 ff.) bzw. die formelle Verfügungsbefugnis (BT-Drucks. 18/5088, S. 3, 26 f., 47) an Daten genannt, ohne diese aus der informationellen Selbstbestimmung herzuleiten. Umso weniger findet sich eine Anknüpfung an die informationelle Selbstbestimmung im Tatbestand: Taugliches Tatobjekt sind „Daten“ ungeachtet der Frage, ob sie personenbezogen bzw. personenbeziehbar sind. Die informationelle Selbstbestimmung wird durch § 202d StGB also allenfalls zufällig geschützt; Voraussetzung der Strafbarkeit ist dies nicht.

Rechtspolitisch wurden sämtliche Entwürfe für einen Straftatbestand der „Datenhehlerei“ mit dem Ziel begründet, den rechtswidrigen Handel mit Daten auf einschlägigen Internet-Plattformen – etwa im so genannten Darknet – bekämpfen zu wollen. So nehme „der Handel mit rechtswidrig erlangten digitalen Identitäten“ wie „Kreditkartendaten oder Zugangsdaten zu Online-Banking, E-

<https://freiheitsrechte.org/datenhehlerei/>

## Verfassungsbeschwerde gegen die „Datenhehlerei“

Mail-Diensten oder sozialen Netzwerken“ (BT-Drucks. 17/14362, S. 1) immer weiter zu.

Aber auch insoweit haben die Motive keinen Niederschlag im Tatbestand gefunden: Tatobjekt sind alle „Daten“, nicht lediglich Kreditkartendaten und Zugangsdaten.

### 4. Tatbestand

Als Tatobjekt erfasst der § 202d Abs. 1 StGB vielmehr in größtmöglicher tatbestandlicher Breite „Daten (§ 202a Absatz 2), die nicht allgemein zugänglich sind und die ein anderer durch eine rechtswidrige Tat erlangt hat“. Grundsätzlich sind damit nach der Legaldefinition des § 202a Abs. 2 StGB sämtliche Informationen in Form von Daten erfasst, die „elektronisch, magnetisch oder sonst nicht unmittelbar wahrnehmbar gespeichert sind oder übermittelt werden“. Auf eine bestimmte Qualität oder Schutzwürdigkeit dieser Informationen kommt es dabei nicht an. Nicht erfasst sind hingegen allgemein zugängliche Daten, also solche Daten, „die jedermann, sei es ohne oder nach vorheriger Anmeldung, Zulassung oder Entrichtung eines Entgelts, nutzen kann“ (§ 10 Abs. 5 Satz 2 BDSG).

Die Daten müssen durch eine rechtswidrige Tat erlangt worden sein. Nicht tatbestandlich wäre demnach das erstmalige rechtswidrige Beschaffen der Daten; dies verleiht dem Tatbestand der Datenhehlerei eine Dreiecksstruktur (ursprünglicher Inhaber der Daten – Vortäter – „Datenhehler“). Als Vortat kommt nach dem Wortlaut jedes beliebige Delikt in Betracht, auch wenn es sich tatbestandlich nicht auf den Umgang mit Daten oder Informationen bezieht. Beispielsweise können der Diebstahl eines Datenträgers, die Fund-Unterschlagung eines verlorenen Datenträgers oder die Nötigung zur Übersendung von Daten solche Vortaten sein. In diesem Punkt geht der

<https://freiheitsrechte.org/datenhehlerei/>

## Verfassungsbeschwerde gegen die „Datenhehlerei“

Tatbestand im Wortlaut sogar weiter als jener der „klassischen“ Hehlerei (§ 259 StGB): Dort kommt als Vortat explizit nur eine Tat in Betracht, die sich gegen fremdes Vermögen richtet.

Tathandlungen sind das Verschaffen, Überlassen an einen anderen, Verbreiten oder sonstige Zugänglichmachen. Diese Tathandlungen lehnen sich an die Tathandlungen des § 202c Abs. 1 StGB an und finden sich in ähnlicher Form auch in anderen StGB-Tatbeständen (vgl. §§ 202b, 184 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 5 StGB). Das (sich oder einem anderen) Verschaffen kann in Anlehnung an die entsprechenden Merkmale in § 43 Abs. 2 Nr. 3 Var. 2 BDSG und § 202b StGB verstanden werden. Darunter fallen die Kenntnisnahme von Daten oder die „Herstellung eines Zustandes, der es dem Täter erlaubt, die Daten später zur Kenntnis zu nehmen, sie zu nutzen oder sonst über sie zu verfügen, ohne dass die verantwortliche Stelle ihn daran noch hindern kann“ (Simitis/*Ehmann*, BDSG, 8. Aufl. 2014, § 43 Rn. 64).

Das Merkmal des Überlassens setzt voraus, dass einem anderen die Verfügungsmacht über Daten eingeräumt wird (LK/*Hilgendorf*, 12. Aufl. 2010, § 202c Rn. 22). Unter einem Verbreiten i.S.d. § 202d Abs. 1 StGB kann die Weitergabe von Daten mit dem Ziel verstanden werden, sie einem größeren Personenkreis zugänglich zu machen (LK/*Hilgendorf*, 12. Aufl. 2010, § 202c Rn. 22). Das sonstige Zugänglichmachen umfasst ein Verhalten, durch das die Möglichkeit des Zugriffs entsteht, wobei keine Begründung der Verfügungsgewalt eines anderen notwendig ist (LK/*Hilgendorf*, 12. Aufl. 2010, § 202c Rn. 22).

Zudem ist im subjektiven Tatbestand erforderlich, dass der Täter handelt, um sich oder einen Dritten zu bereichern oder einen anderen zu schädigen. Das Vorliegen von Bereicherungsabsicht setzt voraus, dass das Handeln des Täters

<https://freiheitsrechte.org/datenhehlerei/>

## Verfassungsbeschwerde gegen die „Datenhehlerei“

auf das Erlangen eines Vermögensvorteils (für sich oder einen Dritten) gerichtet ist. Die Schädigungsabsicht muss sich hingegen nach der Begründung gerade nicht auf wirtschaftliche Nachteile beziehen; immaterielle Schäden – etwa Ansehensverluste – sind also ebenfalls tatbestandsmäßig.

### 5. Beschränkungen für berufliche Tätigkeiten

Nicht strafbar sind gemäß § 202d Abs. 3 StGB solche Handlungen, die „ausschließlich“ der Erfüllung rechtmäßiger dienstlicher oder beruflicher „Pflichten“ dienen.

Schon die ersten hessischen Entwürfe sahen Ausnahmeregelungen für bestimmte berufliche Handlungen vor. Diese beschränkten sich in dem ersten Gesetzgebungsverfahren in der 17. Legislaturperiode aber zunächst auf die „Erfüllung gesetzlicher Pflichten durch Amtsträger oder deren Beauftragte“ – eine Ausnahme, die ersichtlich den Schutz von Finanzbeamten bezweckte, die mit sogenannten „Steuer-CDs“ umgehen, also mit personenbezogenen Daten von Bankkunden, die von Bank-Bediensteten rechtswidrig kopiert wurden.

Der Beschwerdeführer zu 4 veröffentlichte am 17. Mai 2015 auf netzpolitik.org einen Beitrag, in dem er auf drohende Kollateralschäden des Entwurfs für die Pressefreiheit hinwies. Dies wurde – wie sich aufgrund einer Anfrage zu den Materialien zum angegriffenen Artikelgesetz nach dem Informationsfreiheitsgesetz nachvollziehen ließ – auch im BMJV wahrgenommen und zum Gegenstand einer Hausleitungsvorlage gemacht. Daraufhin wurde auf Weisung der Hausleitung kurzfristig ein geänderter Entwurf erarbeitet.

Dabei unterlief indes ein folgenschwerer Fehler: Anstatt eigenständige Überlegungen anzustellen, unter welchen Voraussetzungen der Umgang mit „geleakten“ Daten sozialadäquat sein mag, um den Anwendungsbereich des

<https://freiheitsrechte.org/datenhehlerei/>

## Verfassungsbeschwerde gegen die „Datenhehlerei“

denkbar weit geratenen Tatbestands des § 202d Abs. 1 StGB auf ein vernünftiges Maß zu reduzieren, orientierte man sich an dem Tatbestandsausschluss des § 184b Abs. 5 StGB. So geriet die grundsätzlich unterschiedliche Interessenlage aus dem Blick. Während die Tatobjekte des § 184b StGB – nämlich kinderpornographische Schriften – aus naheliegenden Gründen prinzipiell nicht verkehrsfähig sein sollen, sodass eine überaus restriktive Ausnahme von der Strafbarkeit plausibel erscheint, liegen die Verhältnisse bei § 202d StGB anders: Der Umgang mit Daten von Whistleblowern kann gesellschaftlich überaus wünschenswert sein. Dem müsste eine am Maßstab der Verhältnismäßigkeit staatlichen Strafens orientierte Fassung des Ausnahmetatbestandes Rechnung tragen.

Dies tut die Tatbestandsausnahme des § 202d Abs. 3 StGB nicht. Sie ist sachwidrig derjenigen des § 184b Abs. 5 StGB nachgebildet und erfasst (§ 202d Abs. 3 Satz 1 StGB) lediglich „Handlungen, die ausschließlich der Erfüllung rechtmäßiger dienstlicher oder beruflicher Pflichten dienen“. Die Amtsträger-Ausnahme des Vorentwurfs wurde zu dem in Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 geregelten Regelbeispiel („insbesondere“) der Erfüllung beruflicher „Pflichten“. In Nr. 2 findet sich nunmehr ein weiteres Regelbeispiel, nämlich eine Ausnahme für „berufliche Handlungen der in § 53 Absatz 1 Satz 1 Nr. 5 der Strafprozessordnung genannten Personen“. Die in Bezug genommene Norm lautet:

### § 53 StPO

<https://freiheitsrechte.org/datenhehlerei/>

## Verfassungsbeschwerde gegen die „Datenhehlerei“

[...]

5. Personen, die bei der Vorbereitung, Herstellung oder Verbreitung von Druckwerken, Rundfunksendungen, Filmberichten oder der Unterrichtung oder Meinungsbildung dienenden Informations- und Kommunikationsdiensten berufsmäßig mitwirken oder mitgewirkt haben.

[...]

### 6. Änderungen der Strafprozessordnung

Im Zusammenhang mit der Einführung des Straftatbestandes der Datenhehlerei änderte der Gesetzgeber durch Art. 1 Ziffer 9 des Gesetzes zur Einführung einer Speicherpflicht und einer Höchstspeicherfrist für Verkehrsdaten auch die StPO. Von Interesse ist für die vorliegende Verfassungsbeschwerde die Änderung der Regelung zu den Beschlagnahmeverboten in § 97 StPO.

§ 97 Abs. 1 regelt Verbote der Beschlagnahme von Gegenständen insbesondere im Zusammenhang mit den Zeugnisverweigerungsrechten nach § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 bis 3b StPO. Die Gegenstände müssen nach § 97 Abs. 2 Satz 1 grundsätzlich im Gewahrsam des Zeugnisverweigerungsberechtigten sein, damit das Beschlagnahmeverbot greift. Nach Abs. 2 Satz 3 gelten die Beschlagnahmeverbote jedoch nicht, „wenn bestimmte Tatsachen den Verdacht begründen, dass die zeugnisverweigerungsberechtigte Person an der Tat oder an einer Datenhehlerei, Begünstigung, Strafvereitelung oder Hehlerei beteiligt ist.“ Neu ist hierbei die Einbeziehung der Datenhehlerei in den Kreis der Taten, bei denen der Verdacht einer Beteiligung eine Ausnahme vom Beschlagnahmeverbot begründet.

<https://freiheitsrechte.org/datenhehlerei/>

## **Verfassungsbeschwerde gegen die „Datenhehlerei“**

Eine ähnliche Regelung findet sich in § 97 Abs. 5 StPO. Nach Abs. 5 Satz 1 genießen Personen, die nach § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 StPO zeugnisverweigerungsberechtigt sind, also insbesondere Journalisten bzw. Pressemitarbeiter, regelmäßig Beschlagnahmeschutz; „die Beschlagnahme von Schriftstücken, Ton-, Bild- und Datenträgern, Abbildungen und anderen Darstellungen, die sich im Gewahrsam dieser Personen oder der Redaktion, des Verlages, der Druckerei oder der Rundfunkanstalt befinden, [ist] unzulässig.“ Die Vorschrift schützt neben der Vertrauenssphäre zwischen Medien und Informanten auch die Vertraulichkeit der Redaktionsarbeit.

Über einen Verweis in Abs. 5 Satz 2 gilt allerdings die in Abs. 2 Satz 3 geregelte Ausnahme von dem Beschlagnahmeverbot grundsätzlich entsprechend, mit dem Unterschied, dass nach Abs. 5 Satz 2 ein dringender Verdacht der Beteiligung an den genannten Taten erforderlich ist. Abs. 5 Satz 2 Halbsatz 2 schränkt die Ausnahme weiter durch das Erfordernis ein, dass die Beschlagnahme „unter Berücksichtigung der Grundrechte aus Abs. 5 Abs. 1 Satz 2 des Grundgesetzes nicht außer Verhältnis zur Bedeutung der Sache steht und die Erforschung des Sachverhaltes oder die Ermittlung des Aufenthaltsortes des Täters auf andere Weise aussichtslos oder wesentlich erschwert wäre.“

### **II. Die Beschwerdeführer**

Die persönliche und berufliche Situation der Beschwerdeführer, die zu einer unmittelbaren und gegenwärtigen Betroffenheit in eigenen Grundrechten führt, wird hier aus Gründen der besseren Verständlichkeit „vor die Klammer gezogen“.

Die Beschwerdeführer sind sich bewusst, dass sich die Betroffenheit im Sinne des § 90 BVerfGG bei Rechtssatzverfassungsbeschwerden auf die Zukunft bezieht. Gleichwohl werden im Folgenden beispielhaft frühere Veröffentlichungen

<https://freiheitsrechte.org/datenhehlerei/>

## Verfassungsbeschwerde gegen die „Datenhehlerei“

geschildert, die sich insoweit als *typische* Beispiele der beruflichen Tätigkeit der Beschwerdeführer verstehen, welche sich jederzeit analog wieder ereignen können und angesichts der Tätigkeit der Beschwerdeführer auch sicher in ähnlicher Weise zu erwarten sind.

Soweit nicht ausdrücklich andere Zeitpunkte genannt werden, spielen die geschilderten Vorgänge alle **vor** Inkrafttreten des § 202d StGB, da die Beschwerdeführer naturgemäß nicht das Risiko auf sich nehmen wollen, sich durch ihren Sachvortrag im Verfassungsbeschwerdeverfahren dem Risiko einer Strafverfolgung auszusetzen.

### **1. Beschwerdeführer M. B. und A. M.**

Der Beschwerdeführer zu 1 ist Gründer und seit der Gründung 2004 auch Chefredakteur des Online-Magazins netzpolitik.org. Zugleich ist er seit der Gründung des Vereins im März 2013 auch Vorsitzender des gemeinnützigen Vereins „netzpolitik.org e.V.“, also des Beschwerdeführers zu 2, sowie Verantwortlicher im Sinne des Berliner Pressegesetzes sowie § 55 des Rundfunk-Staatsvertrages für das Internet-Angebot, das unter der Domain netzpolitik.org erreichbar ist. Der Beschwerdeführer zu 8 ist fest angestellter Redakteur von netzpolitik.org.

Das Magazin netzpolitik.org wird online auf der WWW-Seite netzpolitik.org verbreitet, außerdem ist für Mobilgeräte mit dem Betriebssystem iOS eine sogenannte „App“ verfügbar. Die App nutzen derzeit rund 12.000 aktive Anwender, die WWW-Seite erreicht im Monat durchschnittlich 11 Millionen Seitenabrufe und 700.000 einzelne Nutzer. Die Redaktion beschäftigt derzeit neun Personen in Voll- oder Teilzeit. Dazu kommen ca. 50 Personen, die Schreibrechte auf der Plattform haben und damit technisch in der Lage sind, dort Texte zu veröffentlichen; sie machen hiervon allerdings sehr unterschiedlich

<https://freiheitsrechte.org/datenhehlerei/>

## Verfassungsbeschwerde gegen die „Datenhehlerei“

häufig Gebrauch. Zu den schreibberechtigten Personen zählen u.a. die Beschwerdeführer zu 1, zu 4 und zu 8.

netzpolitik.org ist eine „Plattform für digitale Freiheitsrechte“, die sich der Berichterstattung zu Fragen der Grundrechtsgeltung unter den Bedingungen der Digitalisierung verpflichtet fühlt und Themen wie Datenschutz, Informationsfreiheit und staatliche Überwachung in den Mittelpunkt der Berichterstattung stellt.

Für die Berichterstattung hat die Redaktion eine Vielzahl von Preisen erhalten. 2014 erhielt sie beim Grimme Online Award den Preis in der Kategorie SPEZIAL für Initiative und Gesamtverantwortung. 2015 wurde netzpolitik.org von der Standort-Initiative der Bundesregierung als einer der „Orte im Land der Ideen“ ausgezeichnet, wenig später wurde die Redaktion vom Medium Magazin zum „Team des Jahres“ 2015 gewählt. 2016 errang netzpolitik.org den zweiten Platz im Wettbewerb um den Medienpreis des Deutschen Bundestages, insbesondere in Anerkennung der herausragenden Berichterstattung aus dem NSA-Untersuchungsausschuss des Bundestages.

Da sich die Redaktion außerdem einen Ruf als kritische Beobachterin insbesondere deutscher und internationaler Geheimdienste sowie gesetzgeberischer Initiativen zur Überwachung der Bevölkerung erarbeitet hat, werden ihr regelmäßig auch nicht öffentliche und teils als Verschlusssachen eingestufte Dokumente zugespielt, die diese Themen zum Gegenstand haben. Beispielsweise veröffentlichte die Redaktion den ersten Entwurf eines Thesenpapiers der Bundesregierung zur Wiedereinführung der sogenannten Vorratsdatenspeicherung, den ersten Entwurf des zwischenzeitlich mit einigen Änderungen beschlossenen Gesetzes zur Reform des Bundesnachrichtendienstes sowie den Prüfbericht der Bundesdatenschutzbeauftragten zur Tätigkeit des

<https://freiheitsrechte.org/datenhehlerei/>

## Verfassungsbeschwerde gegen die „Datenhehlerei“

Bundesnachrichtendienstes am Standort Bad Aibling, aus dem sich außerordentlich gravierende Rechtsbrüche durch den BND ergeben. All diese Dokumente wurden der Redaktion jedenfalls auch in digitaler Form zugespielt.

Die größte öffentliche Aufmerksamkeit fanden indes die Veröffentlichungen von netzpolitik.org zur geplanten Einheit des Bundesamtes für Verfassungsschutz (BfV) zur Auswertung von Internet-Inhalten: Nachdem der Beschwerdeführer zu 8 auf netzpolitik.org zwei Beiträge veröffentlicht hatte, die umfangreich aus dem VS-vertraulich eingestuften Haushaltsplan des BfV für 2015 zitierten, der der Redaktion digital zugespielt worden war, stellte der Präsident des BfV mehrere Strafanzeigen, die sich der Sache nach gegen die Beschwerdeführer zu 1 und 8 richteten. Gegen beide leitete daraufhin der Generalbundesanwalt ein Ermittlungsverfahren ein und ermittelte wegen des Verdachts des Landesverrats. Das Bekanntwerden der Ermittlungen führte zu einer seit der sogenannten SPIEGEL-Affäre (vgl. BVerfGE 20, 162) wohl beispiellosen Solidarisierungswelle in Presse und Öffentlichkeit. Die Ermittlungen wurden zwischenzeitlich eingestellt. Es gibt allerdings Anhaltspunkte, dass auch derzeit Ermittlungen wegen späterer Veröffentlichungen auf netzpolitik.org gegen Verantwortliche der Redaktion geführt werden und auch Maßnahmen der Telekommunikationsüberwachung stattfinden.

Der Beschwerdeführer zu 8 nimmt regelmäßig – nämlich mehrfach im Monat – Informationen in digitaler Form entgegen, die die Absender ihrerseits unter Verletzung von Geheimhaltungsvorschriften (in der Regel unter Verletzung von § 353b StGB, gelegentlich auch von § 17 UWG) erhalten haben. Er handelt dabei zum einen in seiner Eigenschaft als Redakteur von netzpolitik.org, in aller Regel jedoch zugleich aus persönlichem Interesse an dem Inhalt der „geleakten“ Dokumente, also nicht ausschließlich aus journalistischen Motiven. Zugleich gibt er Informationen an andere Mitglieder der Redaktion zur Auswertung oder zur

<https://freiheitsrechte.org/datenhehlerei/>

## **Verfassungsbeschwerde gegen die „Datenhehlerei“**

Diskussion der enthaltenen Informationen weiter, insbesondere an den Beschwerdeführer zu 1. Auch die anderen Mitglieder der Redaktion handeln dabei sowohl aus journalistischen als auch aus persönlichen Interessen. Gemeinsam erarbeiten die Beschwerdeführer zu 1 und zu 8 und ihre Kollegen auf der Grundlage der erhaltenen und intern weitergegebenen Informationen Veröffentlichungen auf netzpolitik.org.

### **2. Beschwerdeführer netzpolitik.org e.V.**

Der Beschwerdeführer zu 2 publiziert die WWW-Seite netzpolitik.org sowie die Inhalte der App, verfolgt dabei aber als gemeinnütziger Verein keine wirtschaftlichen Interessen. Als Betreiber eines journalistischen Mediums kann sich der netzpolitik.org e.V. ebenfalls auf die Pressefreiheit berufen.

### **3. Beschwerdeführer Dr. U. B.**

Der Beschwerdeführer zu 4 ist Richter am Landgericht Berlin. Aufgrund seiner rechtlichen Kenntnisse, insbesondere im Bereich Strafrecht und Strafprozessrecht sowie im Datenschutzrecht, aber auch seiner besonderen technischen Expertise im Bereich Verschlüsselungsverfahren und Datensicherheit (u.a. erworben als langjähriger Administrator von Server-Systemen unter Linux sowie als Mitglied des Chaos Computer Clubs) berät er die Redaktion von netzpolitik.org regelmäßig ehrenamtlich, wenn sich im Kontext von Veröffentlichungen rechtliche Fragen stellen, die kein Tätigwerden gegenüber Dritten erfordern. Dabei erhält der Beschwerdeführer zu 4 auch regelmäßig „geleakte“ Dateien zur Information über geplante Veröffentlichungen oder zur Kenntnisnahme und Bewertung. Der Beschwerdeführer zu 4 benötigt diese Daten, um den Mitgliedern der Redaktion rechtliche Einschätzungen in Bezug auf geplante Veröffentlichungen zu geben, etwa im Rahmen der Abwägung, welche Informationen aus eingestuften Dokumenten unter dem

<https://freiheitsrechte.org/datenhehlerei/>

## Verfassungsbeschwerde gegen die „Datenhehlerei“

Gesichtspunkt des Schutzes von überwiegenden Interessen des Gemeinwohls nicht oder nicht ungekürzt veröffentlicht werden sollten. Er gehört der Redaktion aber selbst nicht an und veröffentlicht nur selten Texte auf netzpolitik.org, zuletzt am 8. September 2015 einen kurzen Hinweis auf eine Veranstaltung.

### 4. Beschwerdeführer H. B.

Der Beschwerdeführer zu 3 ist Redakteur der Zeitschrift c't, eines Magazins für Computertechnik, das im Verlag der Heise Medien GmbH & Co. KG, Hannover, erscheint. Der Beschwerdeführer zu 3 ist bei c't [...]. Als solcher war er maßgeblich an der Recherche und der Berichterstattung im „Fall LOVOO“ beteiligt:

Im Spätsommer 2015 wurde der Redaktion der c't ein ca. 50 Gigabyte Daten umfassendes Archiv zugespielt, das – so die Angabe des anonymen Hinweisgebers – u.a. Emails aus der LOVOO Führungsebene, Bildschirmfotos sowie Quellcode (sogenannte PHP-Skripte) der von LOVOO genutzten Programme enthielt. Die genannte Firma war seit Oktober 2011 und ist auch heute noch Betreiberin eines unter der Adresse lovoo.com abrufbaren Online-Portals zur Partnersuche. Die Nutzung bestimmter Basis-Funktionen und das Herunterladen der LOVOO-App sind kostenfrei, während das Versenden von Nachrichten kostenpflichtig ist, indem es sogenannte „Credits“ voraussetzt. Aus dem Email-Archiv ergab sich, dass die LOVOO GmbH nicht den gewünschten Umsatz mit „Credits“ machte. Daher kamen Mitarbeiter auf den Gedanken, die Neigung von männlichen Nutzern der Plattform zur kostenpflichtigen Nutzung der Premium-Funktionen künstlich zu steigern. Dazu setzten sie Computerprogramme (sog. Bots) ein, die weibliche Nutzerinnen der Plattform simulierten. Die Bots schrieben männlichen Nutzern vermeintlich von Nutzerinnen stammende Nachrichten, auf die die Empfänger nur antworten

<https://freiheitsrechte.org/datenhehlerei/>

## Verfassungsbeschwerde gegen die „Datenhehlerei“

konnten, wenn sie kostenpflichtige „Credits“ erwerben. In dem Glauben, sie würden mit Frauen aus Fleisch und Blut flirten, erwerben tausende männlicher Nutzer täuschungsbedingt solche „Credits“.

Aus der Datensammlung ergab sich somit, dass die LOVOO GmbH mit den intern als „Tu Gutes“ und „Chat-Banana“ betitelten und eingesetzten Programmen systematisch die Nutzer über die Echtheit von Profilen sowie die tatsächliche Chat- und Kontaktbereitschaft getäuscht und die Nutzer dadurch zum Erwerb von Zusatzdiensten und deren Bezahlung motiviert hatten. Rechtlich dürfte dies – je nach genauer Sachlage – als gewerbsmäßiger Betrug oder Computerbetrug (§§ 263, 263a StGB) in mehreren tausend Fällen zu werten sein.

Nachdem der Beschwerdeführer zu 3 und seine Kollegen das Archiv analysiert hatten, gaben sie der LOVOO GmbH Gelegenheit zur Stellungnahme und schalteten auch die Strafverfolgungsbehörden ein, ehe sie die Öffentlichkeit ab dem 18. September 2015 in einer Reihe von Artikeln über die großangelegte Betrugs-Masche informierten. An diesen Veröffentlichungen beteiligt waren neben dem Beschwerdeführer zu 3 sein Kollege [...] sowie der freie Journalist [...] und der Blogger [...]. Sie alle erhielten zum Zwecke der Vorbereitung der Berichterstattung Teile der „geleakten“ Daten übermittelt.

Die LOVOO GmbH versuchte erfolglos, presserechtlich gegen die beabsichtigten Veröffentlichungen vorzugehen. In diesem Verfahren wurde die Heise Medien GmbH & Co. KG – in deren Verlag die c't erscheint – u.a. von dem Beschwerdeführer zu 6 anwaltlich vertreten. Im Zuge dieses Verfahrens musste der Beschwerdeführer zu 3 auch Daten aus dem „LOVOO-Leak“ an den Beschwerdeführer zu 6 weitergeben, damit dieser verantwortlich prüfen konnte, in welcher Form eine Verdachtsberichterstattung zulässig war.

<https://freiheitsrechte.org/datenhehlerei/>

## Verfassungsbeschwerde gegen die „Datenhehlerei“

Die Vorab-Informationen und Veröffentlichungen der c't führten zu strafrechtlichen Ermittlungen der Staatsanwaltschaft Dresden gegen einige Verantwortliche der LOVOO GmbH, in deren Verlauf umfangreiche Durchsuchungen durchgeführt und Haftbefehle vollstreckt wurden. Der Gesamt-Umsatz mit täuschungsbedingt erworbenen „Credits“ lag bei zumindest 1,2 Millionen Euro (so die Vorwürfe der Staatsanwaltschaft), die Redaktion von c't geht von weitaus höheren betrügerisch erlangten Umsätzen aus. Das Ermittlungsverfahren ist inzwischen gegen Zahlung von Geldauflagen in Millionenhöhe gemäß § 153a Abs. 1 der StPO eingestellt worden, obwohl die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bei siebenstelligen Schadenshöhen die Verhängung von nicht mehr bewährungsfähigen Freiheitsstrafen vorsieht.

Ebenso wie im hier exemplarisch geschilderten Fall „LOVOO“ ist der Beschwerdeführer zu 3 im Zuge seiner Tätigkeit für c't auch weiterhin ständig mit der Auswertung „geleakten“ Materials befasst. Dies hat sich dadurch nochmals deutlich intensiviert, dass die Redaktion Anfang August 2016 den „Tippgeber“ eingerichtet hat, einen „anonymen Briefkasten“ im Internet (vgl. <https://www.heise.de/tippgeber/>). Der Beschwerdeführer zu 3 ist federführend für die Auswertung des eingehenden Materials zuständig, wozu er sich das Material jeweils verschaffen muss. Aber auch einige wenige andere Mitglieder der Redaktion haben Zugriff, wobei die Redaktion extrem strenge Sicherheitsvorkehrungen einhält (beispielsweise obligatorische 3-Faktor-Authentifizierung; Zugriff nur aus dem verschlüsselnden und anonymisierenden Netzwerk Tor und von dem besonders sicheren Linux-System Tails aus, nicht aus dem öffentlichen Internet).

Zum Zwecke der Auswertung geben der Beschwerdeführer zu 3 und seine Kollegen auch regelmäßig über den „Tippgeber“ erhaltene Daten an Externe zur

**<https://freiheitsrechte.org/datenhehlerei/>**

## Verfassungsbeschwerde gegen die „Datenhehlerei“

Auswertung und Einschätzung weiter, die ansonsten nicht journalistisch tätig sind, beispielsweise an Mitglieder des Chaos Computer Clubs, die ehrenamtlich und nicht berufsmäßig IT-Kenntnisse beisteuern.

### 5. Beschwerdeführer J. S.

Der Beschwerdeführer zu 9 ist seit 1998 fest angestellter Redakteur im Verlag Heise Medien GmbH & Co. KG. Im Rahmen seiner aktuellen Tätigkeit verantwortet er als Ressortleiter den Bereich [...]; außerdem leitet er [...].

Zentrale Aufgaben im Rahmen seiner Arbeit als Redakteur sind die Prüfung der Echtheit und Relevanz von Fakten und die Recherche von Hintergründen einer Geschichte. Der Beschwerdeführer arbeitet dazu regelmäßig mit einem Netz von Experten und Fachleuten aus den verschiedensten Bereichen der IT, das er sich im Lauf der Jahre aufgebaut hat. Dies ist schon deshalb erforderlich, weil trotz großer Ressourcen und Expertise im eigenen Haus nicht immer die benötigte Hard- und Software oder spezielle Fertigkeiten oder Erfahrung für die benötigten Bereiche zur Verfügung stehen. Erst diese über Jahre gereifte Zusammenarbeit auf persönlicher Ebene ermöglicht eine aktuelle, kompetente, in die Tiefe gehende und vor allem wahrheitsgemäße Berichterstattung.

Eine weitere Herausforderung im Beruf des Beschwerdeführers zu 9 ist es, über Jahre hinweg immer wieder neue, spannende Themen für die Berichterstattung zu finden. Dabei kommt dem Beschwerdeführer zu Gute, dass er sein Hobby, die IT-Security, zum Beruf gemacht hat. So nehmen viele Geschichten im privaten Bereich ihren Anfang und enden irgendwann als Artikel in c't oder auf heise Online.

Ein typisches Beispiel ist ein Artikel über drastische Sicherheitslücken bei einer Bank. Er nahm seinen Anfang bei einem Fehler, auf den er im Rahmen einer

<https://freiheitsrechte.org/datenhehlerei/>

## Verfassungsbeschwerde gegen die „Datenhehlerei“

privaten Online-Banking-Überweisung aufmerksam wurde. Der Beschwerdeführer verfolgte diesen zunächst nur aus persönlicher Neugier weiter. Selbst im Nachhinein ist es kaum möglich, den Punkt zu ermitteln, an dem aus einer privaten eine berufliche Tätigkeit wurde. Letztlich führten die Recherchen jedoch zu einer Veröffentlichung bei heise Security sowie in der Ausgabe [...] des im Verlag der Heise Medien GmbH & Co. KG erscheinenden c't Magazins sowie auf der Online-Präsenz heise.de [...].

Wie bereits das Beispiel des Online-Banking-Problems zeigt, vermischen sich private und berufliche Aktivitäten des Beschwerdeführers zu 9 auf nicht trennbare Weise. So fungieren etwa auch Freunde und Bekannte des Beschwerdeführers – die häufig auch in den verschiedensten Bereichen der IT oder in der IT-Security tätig sind – als Ideengeber oder Lieferanten von wichtigen Informationen. Es kommt oft vor, dass aus einem Gespräch auf einer privaten Party erst ein kleines, gemeinsames Projekt und später ein Artikel in c't wird. Häufig suchen auch Freunde gezielt den Rat oder die Hilfe des in Sicherheitsthemen bewanderten Beschwerdeführers und geben so den Anstoß für weitere Aktivitäten, die dann nicht selten später in Artikeln münden.

Eine andere Veröffentlichung illustriert die Zusammenarbeit mit Nicht-Journalisten. Dabei war zunächst ein aktives Mitglied einer osteuropäischen Bande, die sich auf Kreditkartenbetrug spezialisiert hatte, auf die Redakteure von [...] zugegangen. Er bot der Redaktion eine Software an, die Kreditkartenbetrug in großem Maßstab unter Ausnutzung von Sicherheitslücken im [...] ermöglichen sollte. [...] konnte die Funktionsweise der Software und deren behauptete Fähigkeiten nicht selbst überprüfen und schaltete daraufhin das Team von heise Security – insbesondere den Beschwerdeführer zu 9 – ein. Auch er und sein Team gelangten an die Grenzen ihrer Möglichkeiten und konnten nicht sicher verifizieren, ob und wie das Programm den Kreditkartenbetrug möglich macht.

<https://freiheitsrechte.org/datenhehlerei/>

## Verfassungsbeschwerde gegen die „Datenhehlerei“

Daraufhin schaltete der Beschwerdeführer zu 9 u.a. den befreundeten Software-Experten [...] ein. [...] arbeitet unter anderem als „Reverse Engineer“, kann also die Funktionen einer Software auch ohne Zugriff auf den zugrundeliegenden Quellcode analysieren, indem er die lediglich in Form einer ausführbaren Datei vorliegende Software in Quellcode rückübersetzt („reversed“) und diesen dann untersucht. Auf diese Weise konnte er die genaue Funktionsweise der Software ergründen und so die spätere Veröffentlichung im c’t Magazin möglich machen.

[...] war zur fraglichen Zeit hauptberuflich als Security Engineer für die [...] tätig, die insbesondere für [...] Rechenzentren für Finanzdienstleistungen bereitstellt und bankenspezifische Software entwickelt. Infolgedessen konnte die Software in einem weiteren Schritt mit Einverständnis aller beteiligten Banken und der [...] praktisch getestet und ihre Funktionsweise damit verifiziert werden. Journalistische Arbeit oder die Zusammenarbeit mit Journalisten gehört indes nicht zu [...] Aufgaben.

Die Veröffentlichung der Recherche-Ergebnisse erfolgte in c’t [...] und online auf heise Security [...].

DIE ZEIT berichtete ebenfalls in ihrer Print-Ausgabe vom 28. Januar 2016 sowie auf der Online-Präsenz zeit.de. Durch die Veröffentlichung konnte den betroffenen Banken die relevante Sicherheitslücke aufgezeigt und die Funktionsfähigkeit dieser Software die Grundlage entzogen werden.

### **6. Beschwerdeführer Dr. A. K.**

Der Beschwerdeführer zu 6 ist Rechtsanwalt in der Berliner Kanzlei [...] und ständiger anwaltlicher Beistand sowohl der Redaktion von netzpolitik.org als auch der Heise Medien GmbH & Co. KG, in deren Verlag die c’t erscheint. In

<https://freiheitsrechte.org/datenhehlerei/>

## Verfassungsbeschwerde gegen die „Datenhehlerei“

seiner Funktion als Rechtsanwalt des Heise Verlags war er zum einen an der rechtlichen Bewertung der im Zuge des oben näher beschriebenen „LOVOO-Leaks“ erhaltenen Daten beteiligt und hat in dieser Funktion auch selbst Daten aus dem Leak entgegengenommen. Zum anderen wird er regelmäßig – ebenso wie der Beschwerdeführer zu 4 – von der Redaktion von netzpolitik.org um rechtliche Einschätzungen gebeten. Auch in dieser Funktion werden ihm regelmäßig „geleakte“ Daten übermittelt, also Daten, die auf strafbare Weise von Geheimnisträgern an Dritte gegeben wurden (etwa nach § 353b StGB oder § 17 UWG), ehe sie die Redaktion erreichten.

### 7. Beschwerdeführer H. S.

Der Beschwerdeführer zu 10 ist freier investigativer Journalist und der wohl renommierteste Doping-Experte der Welt. Für seine investigativen Erfolge wurde er mit zahlreichen Auszeichnungen geehrt. 2016 bekam er den Deutschen Fernsehpreis in der Kategorie „Beste Sportsendung“ für seine beiden Produktionen „Geheimsache Doping: Wie Russland seine Sieger macht“ [...] sowie „Geheimsache Doping: Im Schattenreich der Leichtathletik“ [...]. Mit diesen beiden Sendungen hat der Beschwerdeführer die Aufdeckung des russischen Staats-Dopings überhaupt erst angestoßen und dafür gesorgt, dass der Chefermittler der Welt-Anti-Doping-Agentur Russland vorwerfen konnte, eine staatliche Dopingpolitik betrieben zu haben, an der mehr als 1000 Sportler beteiligt waren. Außerdem wurde dem Beschwerdeführer am 19. Oktober 2016 beim NDR in Hamburg der Hanns-Joachim-Friedrichs-Preis für Fernsehjournalismus verliehen, daneben erhielt er den Journalistenpreis „Der lange Atem“ des Journalistenverbands Berlin-Brandenburg.

Als investigativ arbeitender Journalist lebt die Arbeit des Beschwerdeführers zu 10 von seinen Quellen. Nur durch Menschen, die bereit sind, brisante Informationen weiterzugeben, kann er aufklären. Er ist immer bestrebt,

<https://freiheitsrechte.org/datenhehlerei/>

## Verfassungsbeschwerde gegen die „Datenhehlerei“

Menschen aus dem Umfeld von Sportlern für sich zu gewinnen, damit sie mit ihm ihr Wissen um Doping-Geheimnisse teilen. Die Quellen sind dabei meistens darauf bedacht, ihr Gewissen zu erleichtern und Dinge aufzuklären. Neben Interviews mit Sportlern und Ex-Sportlern, Trainern und Ex-Trainern, Funktionären und Ex-Funktionären, Dopingtestern und Ex-Dopingtestern, Dealern und Ex-Dealern usw. führt der Beschwerdeführer zu 10 auch Recherchen mit versteckter Kamera durch oder studiert Akten und elektronisch vorliegende Daten, um Informationen zu gewinnen, zu bündeln und auszuwerten. Seine Recherchen mündeten neben den beiden oben bereits genannten in einer Vielzahl von Berichten vor allem in Rundfunk- und Fernsehsendungen der ARD, die wiederum letztlich mit zum Ausschluss russischer Leichtathleten von den Olympischen Spielen in Rio de Janeiro 2016 beitrugen.

Informationen erreichen den Beschwerdeführer zu 10 auf den unterschiedlichsten Wegen: Er bekommt Anrufe, Briefe, SMS-Nachrichten und Faxe – aber vor allem Emails mit Dateianhängen, die offenbar aus „Leaks“ stammen. Manchmal bekommt er dicke Akten geschickt, meistens aber einen USB-Stick mit einer Fülle von „geleakten“ Daten.

Da nie genau vorherzusehen ist, wie überführte Doping-Sünder und ihr Umfeld reagieren, hält der Beschwerdeführer zu 10 seine Adresse möglichst geheim. Auch das angerufene Gericht wird wegen der bestehenden Gefährdung des Beschwerdeführers zu 10 gebeten, seine Adresse – wie auch diejenigen der anderen Beschwerdeführer – in geeigneter Weise zu schützen.

Journalistische Recherchen im Bereich Doping sind stets konkret: Es geht um Namen von bestimmten Personen, zum Beispiel einen prominenten jamaikanischen Sprinter oder einen kenianischen Langstreckenläufer. Dann

<https://freiheitsrechte.org/datenhehlerei/>

## Verfassungsbeschwerde gegen die „Datenhehlerei“

erfährt der Beschwerdeführer zu 10 etwa von seiner Quelle X, dass Sportler Y gedopt hat. Vor einer Veröffentlichung muss er die Sache indes „hart bekommen“, also möglichst über Dealer oder vertuschte positive Dopingtests Klarheit schaffen, im besten Fall Beweise für Annahmen „herrecherchieren“.

§ 202d StGB führt nun dazu, dass all diese Recherchen – die der Redlichkeit des Sports und damit dem gemeinen Wohl dienen – nicht mehr möglich sind. Insbesondere der Quellenschutz z. B. von Whistleblowern und die Auswertung und Weiterverbreitung von Daten steht im Zentrum der Berufsausübung des Journalisten. Wenn die Weitergabe brisanter Daten an Redaktionen als Datenhehlerei eingestuft wird, bedeutet das letztlich das Ende der investigativen Recherche.

### **8. Beschwerdeführer P. H.**

Der Beschwerdeführer zu 5 ist Redakteur bei NDR Info (Hörfunk) und vertritt seine Redaktion im gemeinsamen Rechercheverbund von NDR, WDR und SZ, der von dem erfahrenen Journalisten Georg Mascolo geleitet wird. Der Beschwerdeführer zu 5 hat intensiv bei der Aufdeckung des Skandals auf der Grundlage der sogenannten „Panama Papers“ mitgearbeitet. Im Zentrum dieser Recherche standen digital „geleakte“ Unterlagen aus der panamaischen Kanzlei Mossack Fonseca. Diese Kanzlei war systematisch bei der Errichtung und Verwaltung sogenannter „Briefkasten-Firmen“ behilflich, die wiederum unter anderem dazu genutzt wurden, um Vermögenswerte in Milliardenhöhe zu verbergen und so entsprechend hohe Steuerzahlungen zu vermeiden.

Im Rahmen seiner Berichterstattung hat der Beschwerdeführer zu 5 auch selbst in den „geleakten“ Dateien recherchiert. Er hat zudem die Hörfunkberichterstattung über die Panama Papers in der gesamten ARD koordiniert und mitverantwortet. Dafür haben er und seine Kollegen im Herbst

<https://freiheitsrechte.org/datenhehlerei/>

## Verfassungsbeschwerde gegen die „Datenhehlerei“

2016 den deutschen Radiopreis erhalten, die höchste Auszeichnung für Radiojournalisten in Deutschland.

Zurzeit arbeitet der Beschwerdeführer zu 5 intensiv an der Aufarbeitung des VW-Skandals um manipulierte Diesel-Fahrzeuge. [...] Diese Arbeit wird indes massiv dadurch erschwert, dass der Beschwerdeführer zu 10 zum einen selbst befürchten muss, ungeachtet des offenkundigen gesellschaftlichen Bedürfnisses nach Aufklärung über den Abgas-Skandal und die Vertuschungsversuche der Verantwortlichen „mit einem Bein im Gefängnis“ zu stehen, und zum anderen beinahe täglich erlebt, wie seine Quellen von der drohenden Strafbarkeit gemäß § 202d StGB massiv eingeschüchtert sind.

Der Beschwerdeführer zu 5 ist überdies Trainer für junge Journalistinnen und Journalisten auf dem Gebiet der investigativen Recherche. Auch in diesem Kontext bekommt er regelmäßig „geleakte“ Unterlagen zur Kenntnis, an denen er *nicht* journalistisch arbeitet, sondern in seiner Funktion als Journalisten-Ausbilder: Seine Schülerinnen und Schüler stellen ihm die Unterlagen gerade in dem Vertrauen zur Verfügung, dass er sie nicht selbst journalistisch verwerten, sondern sie lediglich darin schulen werde, wie sich die Unterlagen verantwortlich auswerten lassen.

### **9. Beschwerdeführer Reporter ohne Grenzen e.V.**

Der Beschwerdeführer zu 12 ist ein gemeinnütziger eingetragener Verein mit Sitz in Berlin. Unter dem Motto „Recherchieren, Anklagen, Unterstützen“ trägt der Beschwerdeführer zu 12 Informationen zum Zustand und zur Entwicklung der Pressefreiheit weltweit zusammen und schafft für diese Themen Aufmerksamkeit in der Öffentlichkeit. Zudem stärkt der Verein die Pressefreiheit, indem er Journalisten in Notsituationen unterstützt. Dadurch nimmt er eine elementare grundrechtsdienende Funktion wahr.

<https://freiheitsrechte.org/datenhehlerei/>

## Verfassungsbeschwerde gegen die „Datenhehlerei“

Der Beschwerdeführer zu 12 ist Teil eines Netzwerks von unter dem gemeinsamen Namen „Reporter ohne Grenzen“ auftretenden überwiegend nationalen Organisationen. Das Netzwerk, dessen Zentrale sich in Paris befindet, ist eine weltweit tätige und anerkannte Nichtregierungsorganisation. Die deutsche Sektion, der Beschwerdeführer zu 12, wird in Deutschland regelmäßig von politischer Seite zu Fachgesprächen oder Anhörungen im Deutschen Bundestag geladen. Auch vor dem UNO-Sicherheitsrat wurden Vertreter von „Reporter ohne Grenzen“ bereits als Experten angehört. Die Organisation genießt weltweit Vertrauen – gerade auch bei ausländischen Journalisten, die in ihren Heimatländern wegen ihrer Arbeit Repressalien fürchten müssen.

Eine wichtige Aufgabe des Vereins „Reporter ohne Grenzen“ besteht darin, mit Journalisten zu kommunizieren und zu erörtern, inwiefern er sie in ihrer Arbeit unterstützen kann. Dabei handelt es sich häufig nicht nur um klassische Journalisten, die mit ihrer Arbeit Geld verdienen und von Redaktionen beschäftigt werden, sondern auch um journalistische Blogger oder Bürgerjournalisten, die neben ihrem eigentlichen Beruf journalistisch tätig sind.

In- und ausländische Journalisten berichten den Mitarbeitern des Beschwerdeführers zu 12 regelmäßig über sehr sensible Themen oder liefern Details zu Recherchen, deretwegen sie in ihrer Heimat verfolgt werden. Für beide Seiten ist es dabei unerlässlich, dass die Mitarbeiter des Beschwerdeführers zu 12 ihnen größtmöglichen Schutz und unbedingte Vertraulichkeit zusagen können. Durch seine Reputation und sein globales Netzwerk hat „Reporter ohne Grenzen“ die Möglichkeit, Öffentlichkeit für solche Fälle herzustellen und Missstände anzuprangern. Aufgrund ihrer Reputation und Expertise genießen die Mitarbeiter des Beschwerdeführers zu 12 hohes Ansehen bei Journalisten, die sich im Zuge ihrer Recherchen immer wieder an sie wenden und um

<https://freiheitsrechte.org/datenhehlerei/>

## Verfassungsbeschwerde gegen die „Datenhehlerei“

Einschätzungen bitten. Regelmäßig erhalten sie dabei auch Dokumente, die ein klassisches „Leak“ darstellen, also nicht rechtmäßig an die Journalisten weitergegeben worden sind, dessen Inhalt aber von hohem öffentlichen Interesse ist.

Beispielsweise erhielten Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des Beschwerdeführers zu 12 im Zuge der Beratungen zu einer Neufassung der EU-Dual-Use-Verordnung vertrauliche Unterlagen von Unternehmen, die Überwachungssoftware an Länder mit autoritären Regierungen verkauft hatten und damit den dortigen Regierungen halfen, die Technik u.a. zur Überwachung von Journalisten, Aktivisten und Oppositionellen einzusetzen. Der Beschwerdeführer hat diese Dokumente ausgewertet und sodann Öffentlichkeit für das Thema hergestellt. Auch durch diese Arbeit ist Überwachungstechnik mittlerweile in die Dual-Use-Verordnung der Europäischen Union aufgenommen worden, sodass Exporte solcher Technologien strenger reguliert werden können als zuvor. Im Zuge dieser Arbeit hat sich ein Mitarbeiter eines Unternehmens auch vertrauensvoll an den Beschwerdeführer zu 12 gewandt und von seiner Tätigkeit und seinen ethischen Bedenken erzählt. Ohne das Vertrauen auf das Stillschweigen der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter hätte diese Quelle ihr Wissen und ihre elektronischen Dokumente nicht offenbart.

Derzeit unterstützen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des Beschwerdeführers zu 12 die Hinterbliebenen [...], die die Regierung [...] verklagen. Reporter ohne Grenzen betreut dabei in Berlin hochrangige Überläufer, die [...] Regierungsdokumente überlassen haben und die direkte Verantwortung hochrangiger Regimevertreter für die gezielte Ermordung [...] zeigen. Außerdem erhalten sie regelmäßig auch von deutschen Journalisten Dokumente aus Ministerien, etwa Gutachten oder Gesetzentwürfe. Sie nehmen diese Dokumente in Papierform oder digital in Empfang, begutachten diese und geben eine

<https://freiheitsrechte.org/datenhehlerei/>

## Verfassungsbeschwerde gegen die „Datenhehlerei“

Einschätzung ab, inwiefern damit die Rechte von Journalisten betroffen sein könnten.

Aufgrund des Straftatbestands der Datenhehlerei sind die Mitarbeiter des Beschwerdeführers zu 12 derzeit einer massiven Rechtsunsicherheit ausgesetzt, weil sie davon ausgehen müssen, dass sie sich durch die Entgegennahme und Begutachtung von oder Stellungnahme zu „geleakten“ Dokumenten strafbar machen. Dies führt einerseits zu der Gefahr der Selbstzensur, da die Möglichkeit besteht, dass die Büroräume in Berlin durchsucht werden. Ferner befürchten sie, dass es Journalisten nicht mehr wagen könnten, ihnen ihre „Leaks“ zur Begutachtung zu überlassen, weil die Büroräume nicht sicher vor einer Durchsuchung geschützt sind. Insgesamt wird daher die Arbeit der Beschwerdeführerin, die die Meinungs- und Pressefreiheit stärkt und der insoweit eine wichtige grundrechtsdienende Funktion zukommt, seit Inkrafttreten des Straftatbestandes der Datenhehlerei massiv beeinträchtigt.

### **10. Beschwerdeführer M. S.**

Der Beschwerdeführer zu 11 ist Journalist und Redaktionsleiter des Online-Portals [mobilsicher.de](https://mobilsicher.de), das über Sicherheit bei Smartphones und Tablets berichtet. In vielen Fällen muss der Beschwerdeführer im Rahmen der Recherche Informationen auswerten, die der Redaktion zugespielt werden und die technisch sehr komplex sind – z.B. wenn der Verdacht besteht, dass eine App oder eine Browser-Extension, also Softwareprogramme, die auf Mobilgeräten laufen, Daten ohne das Wissen und/oder das Einverständnis der Nutzer an Firmen weitergeben, die diese Programme entwickelt haben oder einsetzen. Diese Informationen, die in Form von Programmen oder großen Dateien vorliegen, kann der Beschwerdeführer zu 11 mangels technischer Expertise nicht selbst auswerten, sondern muss sie an Experten zwecks Analyse weiter geben.

<https://freiheitsrechte.org/datenhehlerei/>

## Verfassungsbeschwerde gegen die „Datenhehlerei“

Diese Weitergabe wird dem Beschwerdeführer durch die gegenwärtige Rechtslage nach Inkrafttreten des § 202d StGB indes erschwert. So muss er befürchten, sich durch die Weitergabe an eine Person, die nicht berufsmäßig Journalist ist, strafbar zu machen. Des Weiteren ist unklar, ob es dem Beschwerdeführer erlaubt ist, derartige Informationen an Kollegen weiter zu geben, die zwar publizistisch aktiv sind, etwa weil sie ein Weblog zum Thema Sicherheit betreiben oder als ausgewiesene Experten gelten, bei denen aber der Status als „berufsmäßiger Journalist“ entweder nicht eindeutig zu klären ist, oder aber eindeutig nicht der Fall ist (etwa bei [...]). Gerade diese Kooperationspartner sind aber wegen ihrer besonderen Fachkenntnis besonders wertvolle Gesprächspartner bei der Einschätzung, ob es sich um ein problematisches Vorgehen der Software-Anbieter handelt oder nicht.

### **11. Beschwerdeführer M. K.**

Der Beschwerdeführer zu 7 beschäftigt sich seit vielen Jahren intensiv mit den neuesten Entwicklungen im Bereich IT-Sicherheit und Datenschutz. In seiner Tätigkeit als Penetrationstester prüft er IT-Systeme, Webanwendungen und Apps auf sicherheitsrelevante Schwachstellen und unterstützt Unternehmen bei deren Behebung. Ferner schärft er durch Workshops und Schulungen das Sicherheits- und Datenschutzbewusstsein von verantwortlichen Personen.

Aufgrund seiner Expertise unterstützt er unter anderem Journalisten bei der Analyse und Auswertung von Daten, die „geleaktes“ oder illegal erworbenes Material enthalten. In Anbetracht der Komplexität, mit denen Daten heutzutage erhoben, gespeichert und weiterverarbeitet werden, wären Journalisten ohne die Konsultation des Beschwerdeführers zu 7 bzw. anderer IT-Experten oftmals nicht in der Lage, diese Daten auszuwerten. So hat der Beschwerdeführer zu 7 jüngst den Beschwerdeführer zu 11 dabei unterstützt, [...].

<https://freiheitsrechte.org/datenhehlerei/>

## Verfassungsbeschwerde gegen die „Datenhehlerei“

Ohne die Zusammenarbeit zwischen den Beschwerdeführern zu 7 und zu 11 wäre die Aufdeckung dieses gravierenden Datenschutz-Verstoßes nicht möglich gewesen. Aus naheliegenden Gründen können die beiden Beschwerdeführer hier nicht weiter ins Detail gehen; [...].

### III. Verfassungsrechtliche Rügen

Sämtliche Beschwerdeführer rügen eine Verletzung des strafrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatzes aus Art. 103 Abs. 2 GG sowie eine Verletzung ihrer allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG durch § 202d StGB.

Sämtliche Beschwerdeführer rügen eine Verletzung des allgemeinen Gleichheitssatzes aus Art. 3 Abs. 1 GG, weil die angegriffene Strafnorm des § 202d StGB willkürlich Ungleiches gleich behandelt, indem sie praktisch jede Form des Umgangs mit „geleakten“ Daten in ihrem Absatz 1 unter Strafe stellt, einerlei um welche Daten und um welchen Umgang es sich handelt und aus welchen – möglicherweise durchaus sozialadäquaten – Gründen der Täter handelt, ohne dass der Ausnahmetatbestand des Abs. 3 tatsächlich alle sozialadäquaten Formen des Umgangs mit solchen Daten aus der Strafbarkeit ausnimmt. Insbesondere werden Laienjournalisten, auch aus privatem Interesse handelnde Berufsjournalisten sowie nicht beruflich handelnde externe Experten ohne erkennbaren Grund nicht von dem Tatbestandsausschluss in § 202d Abs. 3 StGB erfasst.

Die Beschwerdeführer zu 1, zu 2, zu 3, zu 5 sowie zu 8 bis 12 (im Folgenden kollektiv bezeichnet als „die journalistisch tätigen Beschwerdeführer“) rügen eine Verletzung der Pressefreiheit aus Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG, die Beschwerdeführer zu 5 und zu 10 zudem eine Verletzung der Rundfunkfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG, weil § 202d StGB

<https://freiheitsrechte.org/datenhehlerei/>

## Verfassungsbeschwerde gegen die „Datenhehlerei“

- sie selbst mit Strafe bedroht, insbesondere wenn sie „geleakte“ Informationen entgegennehmen sowie diese an Kollegen und externe Experten weitergeben,
- so unbestimmt ist, dass er sie auch über den Bereich des tatsächlich Strafbaren hinaus dem Risiko von strafrechtlichen Ermittlungseingriffen aussetzt und so das Vertrauensverhältnis zwischen ihnen und ihren Informanten beeinträchtigt, was wiederum ihre journalistische Recherche beeinträchtigt,
- zu „chilling effects“ (Einschüchterungseffekten) bei Personen führt, die über „geleakte“ Informationen verfügen (Informanten) oder die externe Expertise zur Verfügung stellen könnten, namentlich bei externen IT-Experten, und so ihre journalistische Recherche beeinträchtigt.

Der Beschwerdeführer zu 6 rügt eine Verletzung seiner Berufsausübungsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG durch § 202d StGB, weil er als Rechtsanwalt befürchten muss, sich strafbar zu machen, wenn er Mandanten im Umgang mit „geleaktem“ Material berät und sich dabei selbst solches Material verschafft oder dieses im Rahmen der Mandatsarbeit weitergibt, etwa an Mitarbeiter, Referendare oder Kollegen.

Der Beschwerdeführer zu 5 rügt als Ausbilder von jungen Journalistinnen und Journalisten eine Verletzung seiner Berufsausübungsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG durch § 202d StGB, weil er von ihnen kein „geleaktes“ Material mehr annehmen kann, um sie im Umgang hiermit zu schulen, was eine adäquate Ausbildung im Bereich des investigativen Journalismus unmöglich macht.

<https://freiheitsrechte.org/datenhehlerei/>

### C. Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde

Die Verfassungsbeschwerde ist zulässig.

Die Beschwerdeführer machen gem. § 90 Abs. 1 BVerfGG geltend, durch die angegriffenen Normen in ihren Grundrechten selbst, unmittelbar und gegenwärtig verletzt zu sein (sogleich unter I.). Eine Rechtswegerschöpfung ist entbehrlich, da gegen ein formelles Gesetz der Rechtsweg nicht gegeben ist und den Beschwerdeführern außerdem schwere und unabwendbare Nachteile entstünden, falls sie zunächst darauf verwiesen würden, das Risiko einer strafrechtlichen Verurteilung auf sich zu nehmen. Gegen „chilling effects“ auf Dritte, die reflexartig die Beschwerdeführer unmittelbar betreffen, ist strukturell kein Rechtsschutz gegeben, daher ist eine Rechtswegerschöpfung auch hier entbehrlich.

Die Beschwerdefrist ist gewahrt (II.)

Die Voraussetzungen für eine Annahme der Verfassungsbeschwerde gem. § 93a Abs. 2 BVerfGG liegen vor (III.).

#### I. Beschwerdebefugnis

Die Zulässigkeit einer Verfassungsbeschwerde gegen ein Gesetz setzt nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts voraus, dass der Beschwerdeführer selbst, gegenwärtig und unmittelbar durch die angegriffenen Rechtsnormen in seinen Grundrechten betroffen ist (vgl. bereits BVerfGE 1, 97 <101 ff.>, ebenso BVerfG, Beschluss vom 18. Mai 2009, 2 BvR 2233/07 u.a., Rn. 54). Eine unmittelbar aus dem Gesetz folgende Beschwer hat das Bundesverfassungsgericht unter anderem anerkannt, wenn das Gesetz den Betroffenen schon vor Erlass eines Vollzugsaktes zu entscheidenden Dispositionen veranlasst, die er nach dem späteren Gesetzesvollzug nicht mehr

## Verfassungsbeschwerde gegen die „Datenhehlerei“

nachholen oder korrigieren könnte (vgl. BVerfGE 90, 128 <136>; 97, 157 <164>), oder wenn er erst das Risiko eines Bußgeld- oder Strafverfahrens eingehen müsste, um Rechtsschutz vor den Fachgerichten erwirken zu können (vgl. BVerfGE 20, 283 <290>; 46, 246 <256>; 81, 70 <82 f.>; 97, 157 <165>).

Gemessen daran ergibt sich die Beschwerdebefugnis der Beschwerdeführer unter vielerlei Gesichtspunkten:

### 1. Unmittelbare und gegenwärtige Betroffenheit aufgrund eigener Strafbarkeit

Ein Beschwerdeführer muss schlüssig darlegen, dass er vom Wortlaut der angegriffenen Strafnorm noch erfasst sein kann, also unter Zugrundelegung einer möglichen, nicht ganz fernliegenden Auslegung des Tatbestands unter diesen fällt. An einer unmittelbaren Beschwer durch die angegriffene Strafnorm würde es hingegen fehlen, wenn ein verfassungsrechtlich geschütztes Betätigungsfeld von der angegriffenen Norm nach deren Wortlaut, Entstehungsgeschichte und Systematik **eindeutig** nicht betroffen ist (BVerfG, Beschluss vom 18. Mai 2009 - 2 BvR 2233/07 u.a., Rn. 55; vgl. bereits BVerfGE 75, 329 <341>).

Gemessen daran sind alle Beschwerdeführer – soweit es sich um natürliche Personen handelt – selbst, unmittelbar und gegenwärtig durch § 202d StGB betroffen, denn sie gehen derzeit durch die weitere Ausübung ihrer journalistischen Tätigkeit bzw. die Zusammenarbeit mit investigativ arbeitenden Journalistinnen und Journalisten ein erhebliches Risiko ein, sich gem. § 202d StGB strafbar zu machen.

Die journalistisch arbeitenden Beschwerdeführer (vgl. oben Seite 35) arbeiten jedenfalls auch oder gar überwiegend als investigative Journalisten. Im Rahmen ihrer Tätigkeit bekommen sie regelmäßig elektronische Dokumente zugespielt,

<https://freiheitsrechte.org/datenhehlerei/>

## Verfassungsbeschwerde gegen die „Datenhehlerei“

die jemand anderes – auch für sie erkennbar – unter Verletzung entweder dienstlicher Geheimhaltungspflichten (dann strafbar gem. § 353b StGB) oder unter Bruch von Geschäftsgeheimnissen (dann strafbar gem. § 17 UWG) erlangt hat, also Daten im Sinne des § 202d StGB, die nicht allgemein zugänglich sind. Da sie diese Daten in der Regel über Mittelsleute und nicht direkt von der „undichten Stelle“ erhalten, handelt es sich auch um Daten, die „ein anderer durch eine rechtswidrige Tat erlangt hat“, nämlich die Mittelsperson, sodass das vom Tatbestand des § 202d StGB vorausgesetzte Dreiecksverhältnis vorliegt. Ob sie als bloße Empfänger „geleakter“ Daten sich diese im Sinne des Tatbestandes auch „verschaffen“, mag dahinstehen, da sie die Daten zumindest in vielfältiger Weise „einem anderen überlassen“, nämlich durch Weitergabe in der Redaktion zum Zwecke der gemeinsamen Recherche oder durch Weitergabe an externe Experten zum Zwecke der Unterstützung bei ihrer Recherche. Sie handeln auch in Schädigungsabsicht, weil sie Missstände aufdecken wollen, was in aller Regel eine Schädigung derjenigen, über deren Fehlverhalten sie berichten, nach sich zieht. Zudem handeln sie meist auch in Drittbereicherungsabsicht in Bezug auf die Medien, für die sie arbeiten, nämlich wenn diese Medien aufgrund der Veröffentlichungen ihren Umsatz durch Verkäufe oder Anzeigeneinnahmen steigern können. Schließlich kommen bei direkter Veröffentlichung von „geleakten“ Daten auch die Alternativen „verbreiten“ oder „zugänglich machen“ in Betracht.

Analog gilt dies auch für die übrigen Beschwerdeführer, die sich im Rahmen ihrer ehrenamtlichen Zusammenarbeit mit Journalisten (Beschwerdeführer zu 3 und zu 7) bzw. als Rechtsanwalt (Beschwerdeführer zu 6) „geleaktes“ Material verschaffen und damit arbeiten. Auch sie wissen nach den Umständen, dass es sich um „kontaminierte“ Daten handelt, und sie handeln zumindest mit Drittbereicherungsabsicht in Bezug auf die Medien, mit deren Vertretern sie zusammenarbeiten.

<https://freiheitsrechte.org/datenhehlerei/>

## Verfassungsbeschwerde gegen die „Datenhehlerei“

Sämtliche Beschwerdeführer können sich zudem nicht zuverlässig auf den Ausnahmetatbestand des § 202d Abs. 3 StGB berufen: Insbesondere das Kriterium der Ausschließlichkeit in § 202d Abs. 3 Satz 1 StGB führt dazu, dass auch Tätigkeiten aus dem Kernbereich des journalistischen Arbeitens nicht privilegiert sind, sobald die Beschwerdeführer – was typischerweise der Fall ist – auch ein persönliches Interesse mit ihren Recherchen verfolgen. Daher sind selbst die journalistisch tätigen Beschwerdeführer in vielen Fällen nicht straffrei gestellt. Umso mehr gilt dies für die beiden Beschwerdeführer zu 4 und zu 7, die ehrenamtlich mit Medienvertretern zusammenarbeiten; in ihrem Fall gibt es keinerlei beruflichen Kontext, sodass der Ausnahmetatbestand des § 202d Abs. 3 bei ihnen eindeutig nicht eingreift. Aber auch der Beschwerdeführer zu 6 kann sich angesichts der sehr restriktiven Auslegung des Tatbestandsmerkmals der „beruflichen Pflichten“ in der Rechtsprechung (vgl. insoweit eingehend unten Seite 77 ff.) keinesfalls darauf verlassen, dass der Umgang mit „geleaktem“ Material stets als im Rahmen einer solchen „Pflicht“ geschehen und damit privilegiert angesehen würde.

Wegen beispielhafter Konstellationen wird weiter auf die obige Schilderung der beruflichen Situation der Beschwerdeführer (unter II.) verwiesen. Detaillierte Subsumtionen unter den Straftatbestand des § 202d StGB finden sich zudem unten im Kontext der Begründetheit am Beispiel der Fälle „LOVOO“ (Seite 67 ff.) und [...] (Seite 71 ff.). Diese Subsumtionen werden ausdrücklich auch zum Gegenstand des Betroffenenheitsvorbringens für alle Beschwerdeführer gemacht. Parallele Sachverhalte können sich täglich ereignen und ereignen sich auch tatsächlich.

Die oben genannten Beschwerdeführer sind durch die Strafnorm auch unmittelbar betroffen. Insbesondere kann ihnen nicht zugemutet werden, eine

<https://freiheitsrechte.org/datenhehlerei/>

## Verfassungsbeschwerde gegen die „Datenhehlerei“

Strafverfolgung oder gar eine Verurteilung in Kauf zu nehmen, um dann am Beispiel eines konkreten Strafverfahrens die Strafnorm des § 202d StGB zur verfassungsgerichtlichen Prüfung zu stellen (st. Rspr.; vgl. BVerfGE 20, 283 <290>; 46, 246 <256>; 81, 70 <82 f.>; 97, 157 <165>).

Die gegenwärtige Betroffenheit ergibt sich aus der fortwährenden Tätigkeit der Beschwerdeführer in ihrem jeweiligen Metier auch nach Inkrafttreten des Straftatbestands der Datenhehlerei. Die insoweit gemachten Ausführungen zur persönlichen und beruflichen Situation der Beschwerdeführer werden ausdrücklich auch zum Gegenstand des Vorbringens zur Gegenwärtigkeit der Betroffenheit gemacht.

### **2. Unmittelbare und gegenwärtige Betroffenheit durch mannigfaltige Einschüchterungswirkungen der §§ 202d StGB, 97 Abs. 2 Satz 3 StPO („chilling effects“)**

Die journalistisch arbeitenden Beschwerdeführer sind von § 202d StGB aber über die Gefahr eigener Strafverfolgung hinaus dadurch selbst, unmittelbar und gegenwärtig in ihrer Pressefreiheit – der Beschwerdeführer zu 5 zusätzlich in seiner Rundfunkfreiheit – betroffen, dass aufgrund des Inkrafttretens des § 202d StGB massive Einschüchterungseffekte eintreten. Auch solche „chilling effects“ stellen Grundrechtseingriffe dar, die der Norm, aus der sie resultieren, nach der Rechtsprechung des BVerfG gleichsam zuzurechnen sind.

Allgemein hat das angerufene Gericht vielfach anerkannt, dass bereits die Möglichkeit, Adressat einer in die Grundrechte eingreifenden staatlichen Maßnahme zu sein, einen erheblichen und namentlich auch im Sinne eines Eingriffs verfassungsrechtlich relevanten Einschüchterungseffekt haben kann (BVerfGE 65, 1 <42>; 113, 29 <46>; 115, 166 <188>; 120, 378 <402>; 125, 260 <335>: „diffuse Bedrohlichkeit“). So dient das Recht auf informationelle

<https://freiheitsrechte.org/datenhehlerei/>

## Verfassungsbeschwerde gegen die „Datenhehlerei“

Selbstbestimmung nach Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG „über das hinaus, was es unmittelbar gewährleistet, auch dem Schutz vor einem Einschüchterungseffekt, der entstehen und zu Beeinträchtigungen bei der Ausübung anderer Grundrechte führen kann“ (BVerfGE 113, 29 <46>; 115, 166 <188>).

Gleichfalls anerkannt ist der Eingriffscharakter von Einschüchterungswirkungen im Kontext der Versammlungsfreiheit, wo der Erste Senat für Video-Aufnahmen ausdrücklich feststellt: „Das Bewusstsein, dass die Teilnahme an einer Versammlung in dieser Weise festgehalten wird, kann Einschüchterungswirkungen haben, die zugleich auf die Grundlagen der demokratischen Auseinandersetzung zurückwirken. Denn wer damit rechnet, dass die Teilnahme an einer Versammlung behördlich registriert wird und dass ihm dadurch persönliche Risiken entstehen können, wird möglicherweise auf die Ausübung seines Grundrechts verzichten.“ (BVerfGE 122, 342 <369>).

Spezifisch für die Gewährleistungsbereiche der Presse- und Rundfunkfreiheit hat das angerufene Gericht klargestellt, dass diejenigen Voraussetzungen und Hilfstätigkeiten mit eingeschlossen sind, ohne welche die Medien ihre Funktion nicht in angemessener Weise erfüllen können (BVerfGE 117, 244 <259> - „Cicero“). Geschützt sind namentlich die Geheimhaltung der Informationsquellen und das Vertrauensverhältnis zwischen Presse beziehungsweise Rundfunk und den Informanten (BVerfGE 117, 244 <259>, vgl. bereits BVerfGE 100, 313 <365> m.w.N.). Dieser Schutz ist unentbehrlich, weil die Presse auf private Mitteilungen nicht verzichten kann, diese Informationsquelle aber nur dann ergiebig fließt, wenn sich der Informant grundsätzlich auf die Wahrung des Redaktionsgeheimnisses zu verlassen vermag (vgl. BVerfGE 20, 162 <176, 187>; 36, 193 <204>; 117, 244 <259>). Das angerufene Gericht hat in diesem Zusammenhang auch bereits ausdrücklich

<https://freiheitsrechte.org/datenhehlerei/>

## Verfassungsbeschwerde gegen die „Datenhehlerei“

anerkannt, dass nicht nur die tatsächliche Durchsuchung von Redaktionsräumen einen Eingriff in die Pressefreiheit darstellt, sondern bereits die „Möglichkeit einer einschüchternden Wirkung“ (BVerfGE 117, 244 <259>).

Solche Einschüchterungswirkungen zeitigt § 202d StGB – insbesondere im Zusammenspiel mit § 97 Abs. 2 Satz 3 StPO – aus verschiedenen Perspektiven:

a) *Einschüchterungswirkung auf die journalistisch arbeitenden Beschwerdeführer selbst aufgrund der „Aura des vielleicht Strafbaren“*

So kann bereits die nachvollziehbare Befürchtung, zum Objekt staatlicher Ausforschung oder gar von Sanktionen zu werden, auch über das tatsächliche Risiko der Strafbarkeit hinaus die journalistisch arbeitenden Beschwerdeführer (vgl. die Aufzählung oben Seite 35) selbst davon abhalten, mit Material zu arbeiten, das ein Tatobjekt im Sinne des § 202d Abs. 1 StGB darstellt. Bildhaft gesprochen ist § 202d StGB über den – wie im Rahmen der Begründetheitsprüfung zu zeigen sein wird – ohnehin kaum abgrenzbaren Bereich des eindeutig Strafbaren hinaus mit einer „Aura des vielleicht Strafbaren“ umgeben, also einem Graubereich der Rechtsunsicherheit, der Journalisten davon abhalten kann, ihrer Arbeit nachzugehen. Dies gilt insbesondere aufgrund bestimmter Besonderheiten des journalistischen Arbeitens: Gerade investigativ tätige Journalistinnen und Journalisten sind existentiell auf einen von staatlicher Ausspähung freien Vertrauensbereich angewiesen, in dem sie recherchieren und sich mit Informanten austauschen können. Die auch grundrechtlich geschützte Bedeutung dieses Vertrauensbereichs hat das BVerfG seit der SPIEGEL-Entscheidung und insbesondere unlängst in der „Cicero“-Entscheidung betont.

Dieser Vertrauensbereich wird nicht erst durch eine strafrechtliche Verurteilung zerstört, sondern ebenso durch Eingriffe im Ermittlungsverfahren, namentlich durch Durchsuchungen von Redaktionsräumen. Diese wiederum drohen bereits

<https://freiheitsrechte.org/datenhehlerei/>

## Verfassungsbeschwerde gegen die „Datenhehlerei“

in Situationen, in denen sich die journalistisch arbeitenden Beschwerdeführer *vielleicht* strafbar machen. Journalistinnen und Journalisten können also nachvollziehbar dazu verleitet werden, legitime und in der Sache angezeigte Recherchen lieber nicht anzustellen, um sich nicht dem Risiko auszusetzen, dass ihre Redaktionen durchsucht und ihre Quellen dadurch verunsichert werden. Verstärkt werden die über den Bereich des tatsächlich Strafbaren weit hinausreichenden Einschüchterungseffekte des § 202d StGB durch die – mit dieser Verfassungsbeschwerde ebenfalls angegriffenen – neu geschaffenen Hintertüren im strafprozessualen Schutz des journalistischen Vertrauensbereiches (§ 97 Abs. 2 Satz 3 StPO), die weitere Anknüpfungspunkte für staatliche Ausforschung im Ermittlungsverfahren schaffen.

b) *Unmittelbare und gegenwärtige Betroffenheit durch „chilling effects“ aufgrund der Aufhebung des Redaktionsgeheimnisses durch Eingriffe im Ermittlungsverfahren*

Neben der Einschüchterungswirkung auf die journalistisch tätigen Beschwerdeführer selbst (vgl. die Aufzählung oben Seite 35), führt § 202d StGB auch zu massiven Einschüchterungswirkungen „auf der anderen Seite“, nämlich bei Informanten und anderen Quellen.

Journalistinnen und Journalisten drohen wie gezeigt Eingriffe im Zuge von strafrechtlichen Ermittlungsmaßnahmen wegen des Verdachts der Datenhehlerei – und zwar sowohl insoweit, wie sie sich tatsächlich nach § 202d StGB strafbar machen können, als auch innerhalb der weit darüber hinaus reichenden „Aura des vielleicht Strafbaren“: Eingriffe im Ermittlungsverfahren erfordern jedenfalls in der Praxis der Strafjustiz lediglich eine cursorische Prüfung des Tatverdachts, sodass sich Unklarheiten der Rechtslage im Zweifel zum Nachteil der Beschuldigten auswirken („ob da wirklich etwas dran ist, kann ja das Tatgericht klären, erst einmal sichern wir die Beweise“). In diesem Zusammenhang ist daran zu erinnern, dass der gemäß §§ 102, 103 StPO für eine Durchsuchung

<https://freiheitsrechte.org/datenhehlerei/>

## Verfassungsbeschwerde gegen die „Datenhehlerei“

hinreichende strafprozessuale Anfangsverdacht nach § 152 Abs. 2 StPO bereits sehr frühzeitig anzunehmen ist, weil er gerade keine bestimmte Wahrscheinlichkeit einer Verurteilung erfordert.

Die somit schon aufgrund der bloßen Geltung des § 202d StGB konkret drohenden Ermittlungseingriffe gegen Journalistinnen und Journalisten führen zu massiven Einschüchterungseffekten bei Informanten und anderen Quellen: Dieser Personenkreis ist aus nachvollziehbaren Gründen außerordentlich sensibel gegenüber Eingriffen in das Redaktionsgeheimnis, weil sie zur Namhaftmachung von Quellen – oftmals, wie auch im Fall „Cicero“, das eigentliche Ziel von Ermittlungsmaßnahmen gegen die Presse – und damit zum Risiko eigener Strafverfolgung führt.

Somit unterminieren die auf § 202d StGB zurückgehenden Risiken der Ermittlungen gegen Journalistinnen und Journalisten zugleich das grundrechtlich geschützte Vertrauen auf ein von staatlichen Eingriffen freies Vertrauensverhältnis zwischen diesen und ihren Quellen: Indem Journalistinnen und Journalisten zum Objekt strafrechtlicher Ermittlungen gemacht werden können, also beispielsweise Redaktionsräume durchsucht werden, ist die Wahrung des Redaktionsgeheimnisses nicht mehr gesichert, was Informanten und andere Quellen abschreckt. Sie können aus nachvollziehbaren Gründen davon Abstand nehmen, sich – mittelbar oder unmittelbar – an Journalisten zu wenden, weil sie für den Fall von Ermittlungsverfahren gegen den Journalisten, insbesondere im Falle einer Durchsuchung und Beschlagnahme in einer Redaktion, mit ihrer Identifizierung rechnen müssen. Schon durch das Auffinden von „geleakten“ Dokumenten in einer Redaktion kann oftmals zurückverfolgt werden, von wem diese Dokumente stammen. Dies gilt einmal mehr bei behördlichen Verschlussachen mit einer beschränkten Zahl an Ausfertigungen. Hier trägt das Dokument selbst die Nummer der Ausfertigung.

<https://freiheitsrechte.org/datenhehlerei/>

## Verfassungsbeschwerde gegen die „Datenhehlerei“

Daneben können bei einer Durchsuchung von Redaktionsräumen und damit einhergehenden Beschlagnahmemaßnahmen insbesondere Kommunikationsverkehr (Emails, Faxe, Briefe u. ä.) des Informanten bzw. Hinweisgebers aufgefunden werden. Hierdurch können Informanten bzw. Hinweisgeber identifiziert werden was – schon aufgrund der Amtsermittlungspflicht nach § 152 Abs. 2 StPO – regelmäßig zur Einleitung eines Ermittlungsverfahrens gegen diese Personen führt. Daneben müssen die Informanten mit arbeits-, dienst- und zivilrechtlichen Konsequenzen rechnen, die sie gleichfalls einschüchtern. All dies bewirkt in besonderem Maße einen Einschüchterungseffekt.

Aus diesen Gründen sind die journalistisch arbeitenden Beschwerdeführer auch insoweit von § 202d StGB selbst, unmittelbar und gegenwärtig betroffen, als die Norm nicht nur die „Möglichkeit einer einschüchternden Wirkung“ (BVerfGE 117, 244 <259>) begründet, sondern – was die journalistisch arbeitenden Beschwerdeführer schon heute ständig erleben – ganz konkret einschüchternd wirkt: Dieses Risiko führt dazu, dass Quellen sich weigern, „geleaktes“ Material zu übergeben, was wiederum dessen unabhängige Prüfung unmöglich macht. Außerdem führt es dazu, dass Quellen deutlich weniger bereit sind, sich zu erkennen zu geben, was Rückfragen und damit die „Erhärtung“ von Geschichten massiv erschwert. Schließlich fällt es den journalistisch arbeitenden Beschwerdeführern immer schwerer, externe IT-Experten zu finden, die bereit sind, „geleaktes“ Material zur Prüfung entgegenzunehmen, weil sie sich an derart „heißen“ Daten nicht „die Finger verbrennen“ wollen. Insgesamt führt die bloße Geltung des § 202d StGB sowohl zu einem Austrocknen der Informationsquellen als auch zu ganz erheblichen Hindernissen bei der weiteren Arbeit mit zugespielten Informationen.

<https://freiheitsrechte.org/datenhehlerei/>

## Verfassungsbeschwerde gegen die „Datenhehlerei“

Dies gilt in besonderem Maße auch deshalb, weil § 97 Abs. 2 Satz 3 StPO in der Fassung des Art. 9 des angegriffenen Artikelgesetzes gerade auch im Falle eines Verdachts der „Datenhehlerei“ das strafprozessuale Beschlagnahmeverbot aufhebt. Im Ergebnis können Informanten, die „geleakte“ Informationen an Journalistinnen und Journalisten weitergeben, nicht mehr darauf vertrauen, dass das Vertrauensverhältnis zwischen ihnen und diesen von staatlicher Ausforschung frei ist, was wiederum einen wesentlichen Aspekt der Pressefreiheit – nämlich die vertrauliche Recherche – verletzt.

Die journalistisch tätigen Beschwerdeführer sind auch insoweit unmittelbar und gegenwärtig betroffen, als ein Rechtsschutz gegen diese Einschüchterungseffekte auf andere Weise als durch die Rechtssatzverfassungsbeschwerde gegen § 202d StGB, § 97 Abs. 2 Satz 3 StPO nicht gegeben ist. Selbst wenn die journalistisch tätigen Beschwerdeführer etwa gegen sie gerichtete Ermittlungseingriffe konsequent der fachgerichtlichen und ggf. auch verfassungsgerichtlichen Kontrolle unterwerfen würden, so würde dies allenfalls die jeweiligen Einzelfälle betreffen. Ein solcher Rechtsschutz im Einzelfall würde aber gerade nichts an dem schon aus der bloßen Geltung der beiden Normen resultierenden Damoklesschwert ändern, das die § 202d StGB und § 97 Abs. 2 Satz 3 StPO über die Köpfe ihrer Quellen hängt.

Insofern liegt es hier nicht anders als im Falle von Eingriffen durch heimliche Ermittlungsmaßnahmen: Von einer unmittelbaren Betroffenheit durch ein Gesetz ist auch dann auszugehen, wenn potenziell betroffene Personen den Rechtsweg nicht beschreiten können, weil sie keine Kenntnis von der betreffenden Vollziehungsmaßnahme erhalten (BVerfGE 133, 277 <311>; BVerfG, Urteil vom 20. April 2016 – 1 BvR 966/09, 1140/09 –, Rn. 82). Vorliegend würden die Betroffenen zwar von den meisten Ermittlungseingriffen Kenntnis erlangen (siehe aber z.B. § 100a Abs. 1 StPO i.V.m. § 94 StGB – Fall

<https://freiheitsrechte.org/datenhehlerei/>

## Verfassungsbeschwerde gegen die „Datenhehlerei“

netzpolitik.org). Doch würde dies die Einschüchterungswirkung auf Dritte wie ausgeführt gerade nicht mindern, sodass die journalistisch tätigen Beschwerdeführer ebenso wenig wie im Falle von heimlichen Ermittlungseingriffen unter Subsidiaritätsgesichtspunkten auf das Vorgehen gegen Einzelakte verwiesen werden können. Das einzige erfolgversprechende Vorgehen ist die Verfassungsbeschwerde gegen die Wurzel des Einschüchterungseffekts, also die Kombination aus § 202d StGB und § 97 Abs. 2 Satz 3 StPO.

### II. Beschwerdefrist

Die Beschwerdefrist des § 93 Abs. 3 BVerfGG ist gewahrt. Das Gesetz zur Einführung einer Speicherpflicht und einer Höchstspeicherfrist für Verkehrsdaten ist am 17. Dezember 2015 verkündet worden und gemäß Artikel 8 des Gesetzes am folgenden Tag, dem 18. Dezember 2015, in Kraft getreten. Da der 18. Dezember 2016 ein Sonntag ist, endet die Jahresfrist des § 93 Abs. 3 BVerfGG mit Ablauf des 19. Dezember 2016. Die am 16. Dezember 2016 erhobene Verfassungsbeschwerde ist damit innerhalb der Beschwerdefrist erhoben.

### III. Voraussetzungen für die Annahme zur Entscheidung

Die Voraussetzungen der § 93a Abs. 2 a) und b) BVerfGG sind erfüllt.

Der Verfassungsbeschwerde kommt grundsätzliche verfassungsrechtliche Bedeutung zu. An der Vereinbarkeit der Vorschrift mit der Verfassung bestehen durchgreifende Zweifel; diese wurden auch in der Fachliteratur bereits mehrfach geäußert (statt aller siehe *Singelnstein* ZIS 2016, 432 m.w.N.). Aus dem Grundgesetz lässt sich die Frage nach der Verfassungsmäßigkeit der Norm nicht

## Verfassungsbeschwerde gegen die „Datenhehlerei“

unmittelbar beantworten. In der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung ist die Frage noch nicht geklärt.

Über den Einzelfall hinaus kommt dieser Frage nicht nur deswegen wesentliches Gewicht zu, weil sie grundsätzliche Rechtsfragen der Abgrenzung von Presse- und Rundfunkfreiheit in der digitalen Wissensgesellschaft berührt. Sie betrifft vor allem die gesellschaftlich zentrale Rechtsfrage, unter welchen Voraussetzungen es von der Presse- bzw. Rundfunkfreiheit gedeckt ist, Rechtsbrüche und andere Missstände in Staat, Organisationen und Unternehmen durch „Whistleblowing“ und investigativen Journalismus aufzudecken – oder ob der Strafgesetzgeber diesen für eine Demokratie elementaren Bereich journalistischen Arbeitens gleichsam handstreichartig bei Gelegenheit der Wiedereinführung der Vorratsdatenspeicherung und daher nahezu ohne gesellschaftliche Debatte kriminalisieren konnte. Indem die Norm all diejenigen unter Strafe stellt, die rechtswidrig erlangte Daten sich oder einem anderen verschaffen, einem anderen überlassen, verbreiten oder sonst zugänglich machen, zerstört sie in weiten Bereichen den Quellenschutz, der für das Funktionieren der Presse unerlässlich ist.

Darüber hinaus bietet die Verfassungsbeschwerde dem angerufenen Gericht die Gelegenheit, in Fortsetzung der Rechtsprechung zu den Anforderungen an das strafrechtliche Bestimmtheitsgebot in der „Rindfleischetikettierungs“-Entscheidung (vgl. Beschluss des Zweiten Senats vom 21. September 2016 – 2 BvL 1/15) vom Strafgesetzgeber ein Mindestmaß an Sorgfalt einzufordern, um seinen – freilich als solches in weitesten Grenzen hinzunehmenden – Wertentscheidungen Ausdruck zu verleihen. Hierzu besteht auch deswegen dringender Anlass, weil eine weitere weitgehend sinnlose, aber massive Kollateralschäden zeitigende Norm als Entwurf eines § 202e StGB („Digitaler Hausfriedensbruch“) bereits Gegenstand der parlamentarischen Beratungen ist

<https://freiheitsrechte.org/datenhehlerei/>

## Verfassungsbeschwerde gegen die „Datenhehlerei“

(vgl. hierzu *Buermeyer*, LTO vom 10. Oktober 2016; *Buermeyer/Golla*, K & R 1/2017 [im Erscheinen; siehe Materialband] sowie *Mavany*, ZRP 2016, 221 ff.). Es steht mithin unmittelbar zu besorgen, dass ohne ein Einschreiten des angerufenen Gerichts weitere grob unzulängliche Strafnormen Gesetzeskraft erlangen.

Damit betrifft die Verfassungsbeschwerde für das Zusammenleben im demokratischen Staat wesentliche Fragen, sodass sie zur Entscheidung anzunehmen ist.

<https://freiheitsrechte.org/datenhehlerei/>

## Verfassungsbeschwerde gegen die „Datenhehlerei“

### D. Begründetheit

Die Verfassungsbeschwerde ist begründet.

Die Strafvorschrift des § 202d StGB verletzt die durch Art. 5 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 GG geschützte Pressefreiheit, indem sie für die journalistische Informationsbeschaffung wesentliche Tätigkeiten mit Strafe bedroht. Darüber hinaus greift sie in die Pressefreiheit ein, indem sie massive Einschüchterungseffekte („*chilling effects*“) sowohl auf Journalisten als auch auf ihre Quellen sowie auf Personen ausübt, die Journalisten bei ihrer Arbeit unterstützen. Dadurch erschwert § 202d StGB die Beschaffung sowie die eigenständige Prüfung von Informationen – beides ist unerlässlich für einen der Wahrheit verpflichteten, insbesondere auch investigativ agierenden Journalismus.

Auch die mit der Strafbarkeit der „Datenhehlerei“ zusammenhängende Beschränkung von Beschlagnahmeverboten zugunsten von Journalisten in § 97 Abs. 5 Satz 2 in Verbindung mit Abs. 2 Satz 3 StPO verletzt die Pressefreiheit. Die Beschränkung der Beschlagnahmeverbote beeinträchtigt unangemessen die Vertrauenssphäre zwischen Medien und ihren Quellen und gefährdet die Funktionsfähigkeit der Presse.

Außerdem verletzt § 202d StGB die Berufsausübungsfreiheit gem. Art. 12 Abs. 1 GG bzw. die nach Art. 2 Abs. 1 GG geschützte allgemeine Handlungsfreiheit von nicht journalistisch tätigen Hilfspersonen, derer sich Journalisten bei ihrer Recherche bedienen.

Auch § 97 Abs. 5 Satz 2 in Verbindung mit § 97 Abs. 2 Satz 3 StPO verletzt die Freiheit der Berufsausübung von Strafverteidigern und Rechtsanwälten.

<https://freiheitsrechte.org/datenhehlerei/>

## **Verfassungsbeschwerde gegen die „Datenhehlerei“**

Zudem verletzt § 202d StGB den allgemeinen Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG, da Bürger- und Laienjournalisten nicht von dem Tatbestandsausschluss in § 202d Abs. 3 Nr. 2 StGB erfasst werden.

Schließlich verletzt § 202d StGB das grundrechtsgleiche Recht aller Beschwerdeführer aus Art. 103 Abs. 2 GG in seiner Ausprägung als strafrechtliches Bestimmtheitsgebot.

All diese Beeinträchtigungen sind nicht verhältnismäßig, da sie in weiten Teilen keinen legitimen Zweck erfüllen und im übrigen nicht geeignet und erforderlich sind, um diesen Zweck zu erreichen: Der Straftatbestand der Datenhehlerei ist vielmehr – ob bewusst oder aus Nachlässigkeit des Gesetzgebers sei dahingestellt – in einer Weise unbestimmt, dass er die gemäß Art. 103 Abs. 2 GG garantierte Vorhersehbarkeit, verbotenes von erlaubtem Verhalten zu scheiden, nicht mehr zu erfüllen vermag.

### **I. Verletzung von Art. 5 Abs. 1 Satz 2 Alt. 1 GG (Pressefreiheit)**

§ 202d StGB verletzt die Pressefreiheit.

#### **1. Schutzbereich**

In ständiger Rechtsprechung hat das angerufene Gericht die Freiheit der Medien als „konstituierend für die freiheitliche demokratische Grundordnung“ bezeichnet (vgl. BVerfGE 7, 198<208>; 77, 65<74>; 117, 244 <258>). Eine freie Presse und ein freier Rundfunk seien „von besonderer Bedeutung für den freiheitlichen Staat (vgl. BVerfGE 20, 162 <174>; 50, 234 <239 f.>; 77, 65 <74>)“ (BVerfGE 117, 244 <258>). Dem Schutzbereich der Pressefreiheit unterfällt daher nach ständiger Rechtsprechung die „Berichterstattung von der Beschaffung der Information bis zur Verbreitung der Nachricht und der

<https://freiheitsrechte.org/datenhehlerei/>

## Verfassungsbeschwerde gegen die „Datenhehlerei“

Meinung (vgl. BVerfGE 10, 118 <121>; 91, 125 <134>)“ (BVerfGE 103, 44 <59>).

### a) *Schutz des Zugangs zu Informationen*

Demgemäß umfasst die Pressefreiheit auch „den Schutz vor dem Eindringen des Staates in die Vertraulichkeit der Redaktionsarbeit sowie in die Vertrauenssphäre zwischen den Medien und ihren Informanten.“ (BVerfG, Beschluss – 1 BvR 1089/13, Rn. 20 = NJW 2015, 3430). „Erst der prinzipiell ungehinderte Zugang zur Information versetzt die Medien in den Stand, die ihnen in der freiheitlichen Demokratie zukommende Funktion wahrzunehmen.“ (BVerfGE 103, 44 <59>). Darum fällt auch die Verbreitung rechtswidrig erlangter Informationen, die den Zugang zu diesen Informationen voraussetzt, in den Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 Alt. 1 GG (BVerfGE 66, 116 <137 f.>). Anders ließe sich auch das Zeugnisverweigerungsrecht von Journalisten nach § 53 Abs. 1 Nr. 5 StPO nicht verstehen. Außerdem könnte die Presse ohne prinzipiell ungehinderten Zugang zu Informationen ihrer Kontrollfunktion nicht nachkommen, zumal oftmals nicht ersichtlich ist, ob eine Information rechtmäßig oder rechtswidrig erlangt wurde.

### b) *Schutz der journalistischen Recherche, insbesondere des Quellenschutzes*

Der Schutzbereich schließt außerdem „diejenigen Voraussetzungen und Hilfstätigkeiten mit ein, ohne welche die Medien ihre Funktion nicht in angemessener Weise erfüllen können. Geschützt sind namentlich die Geheimhaltung der Informationsquellen und das Vertrauensverhältnis zwischen Presse und Informanten (vgl. BVerfGE 100, 313 <365> m.w.N.). „Dieser Schutz ist unentbehrlich, weil die Presse auf private Mitteilungen nicht verzichten kann, diese Informationsquelle aber nur dann ergiebig fließt, wenn sich der Informant grundsätzlich auf die Wahrung des Redaktionsgeheimnisses verlassen kann.“

<https://freiheitsrechte.org/datenhehlerei/>

## Verfassungsbeschwerde gegen die „Datenhehlerei“

(BVerfGE 117, 244 <259>, vgl. bereits BVerfGE 20, 162 <176, 187>; 36, 193 <204>). Unstreitig vom Schutzbereich der Pressefreiheit erfasst sind daher alle unmittelbar inhaltsbezogenen Arbeiten, auch wenn sie im Vorfeld der eigentlichen Berichterstattung erbracht werden. Angestellte und freiberufliche Redakteure können sich daher in jedem Fall auf die Pressefreiheit berufen. Dies betrifft hier jedenfalls die journalistisch arbeitenden Beschwerdeführer.

### *c) Schutz journalistischer Hilfstätigkeiten*

Wer innerhalb klassischer Presseunternehmen Hilfstätigkeiten erbringt, ist ebenfalls von der Pressefreiheit geschützt. Das angerufene Gericht hat geurteilt, dass zwar „nicht jede selbständige Dienstleistung in den Schutzbereich von Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG einbezogen [wird], die der Presse zugute kommt und für diese funktionswichtig ist. Der Grundrechtsschutz des Art. 5 Abs. 1 GG besteht im Interesse der freien Meinungsbildung (BVerfGE 57, 295 <319>) und kann deswegen nur durch einen ausreichenden Inhaltsbezug ausgelöst werden. Dieser ist bei presseinternen Hilfstätigkeiten durch den organisatorischen Zusammenhalt des Presseunternehmens regelmäßig gegeben“ (BVerfGE 77, 346 <354>): Aufgrund des organisatorischen Zusammenhaltes wird ein Inhaltsbezug widerleglich vermutet. Explizit vom Schutzbereich umfasst gesehen hat das BVerfG die Tätigkeit von Buchhaltern (BVerfGE 25, 296 <304>) und Anzeigenschaltern (BVerfGE 64, 108 <114>). Für Justiziere, IT-Experten und andere vergleichbare Hilfspersonen, die in dem betreffenden Unternehmen beschäftigt sind, kann daher nichts anderes gelten.

### *d) Schutz unabhängig von der Verkörperung des Mediums*

Der Schutzbereich der Pressefreiheit ist unabhängig davon eröffnet, ob die Publikation in gedruckter oder elektronischer Form erfolgt. Zwar ist in den Entscheidungen des BVerfG zu Art. 5 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 GG grundsätzlich von „Druckerzeugnissen“ die Rede (BVerfGE 34, 269 <283>; 66, 116 <134>; 95, 28

## Verfassungsbeschwerde gegen die „Datenhehlerei“

<35>). Auch macht „das Bundesverfassungsgericht den Schutz der Pressefreiheit nicht von besonderen Eigenschaften der Publikation abhängig [...], solange diese nur in gedruckter und zur Verbreitung geeigneter und bestimmter Form am Kommunikationsprozeß teilnimmt.“ (BVerfGE 95, 28 <35>). Das angerufene Gericht hat aber zugleich festgestellt, dass technologische Fortschritte und Innovationen eine erweiternde Auslegung bestehender Grundrechte und unter Umständen sogar eine „Neuschöpfung“ von Grundrechten notwendig machen können, um die vom Verfassungsgeber umrissenen grundrechtstypischen Gefährdungslagen in ihrer modernen freiheitsgefährdenden Gestalt einzufangen. (BVerfGE 34, 269 <281>; 65, 1 <41ff.>; 120, 274 <303 ff.>). Die genaue Kontur verfassungsrechtlicher Begriffe ist also „Konsequenz einer normativ angeleiteten Suche nach Freiheitsgefährdungen“ (Möllers, AfP 2008, 241, 243).

In diese Richtung lässt sich auch ein Beschluss des angerufene Gerichts aus jüngerer Zeit verstehen, in dem es Online-Veröffentlichungen gedruckten Veröffentlichungen indirekt gleichstellt, wenn es urteilt, dass „es keinen Bedenken [begegnet], dass der Bundesgerichtshof das Setzen eines Links in einem Online-Artikel wegen seiner Einbettung in eine pressetypische Stellungnahme neben der Pressefreiheit des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG auch der Meinungsfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG unterstellt“ (BVerfG, Beschluss vom 15. Dezember 2011 – 1 BvR 1248/11, Rn. 31).

Die zur Pressefreiheit ergangenen Urteile hingegen stammen aus einer Zeit, in der Presse aus technischen Gründen stets gedruckt war, sodass die Verkörperung von Medien ein taugliches Abgrenzungskriterium etwa gegenüber der Meinungsfreiheit darstellte. Zudem konnte die Bereitschaft, die Kosten des Druckens zu tragen, zugleich als Indiz für ein Mindestmaß an Ernsthaftigkeit und Professionalität gewertet werden. Diese Voraussetzungen treffen heute so nicht mehr zu: Auch bei Online-Publikationen lassen sich – gleichsam als funktionales Äquivalent der Filterfunktion der Druckkosten – durchaus Kriterien für

<https://freiheitsrechte.org/datenhehlerei/>

## Verfassungsbeschwerde gegen die „Datenhehlerei“

Ernsthaftigkeit und Professionalität aufstellen, beispielsweise ob die Informationen unter einem eigenen Domain-Namen bereitgestellt werden, ob die Seite ein professionelles Layout aufweist, welcher Wert auf orthografische Richtigkeit gelegt wird und ob die Seite die medienrechtlichen Anforderungen etwa an die Impressumspflicht erfüllt. Mit anderen Worten: Allein zum Zwecke der sachgerechten Abgrenzung der „Presse“ von anderen Formen der (Meinungs-)äußerung bedarf es keinesfalls eines Tatbestandsmerkmals der Verkörperung des fraglichen Mediums.

In der Literatur wird darum zurecht vertreten, dass „Online-Publikationen, welche im Zuge der Digitalisierung der Medienlandschaft hinsichtlich ihrer Funktion, Wirkungs- und Arbeitsweise (Recherche, Aufbereitung, Verbreitung und Kommentierung von Nachrichten) neben oder anstelle klassischer Presseerzeugnisse eine zunehmende Bedeutung gewinnen, [...] bei der gebotenen „entwicklungsoffenen“ Interpretation des Pressebegriffs ebenfalls für den Schutz durch die Pressefreiheit offen [sind]“ (Schmidt-Bleibtreu/Hoffmann/Henneke/Odendahl, GG, 13. Aufl. 2014, Art. 5 Rn. 17; vgl. auch Fiedler, AfP 2011, 15, 16 f.). Auch Publikationen auf netzpolitik.org, der Online-Redaktion des Beschwerdeführers zu 2, sowie auf Heise online (für das u.a. die Beschwerdeführer zu 3 und zu 9 schreiben) und auf mobilsicher.de (das der Beschwerdeführer zu 11 mit betreibt) sind mithin „Presse“ im Sinne des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 Alt. 1 GG.

### e) *Schutz des Bürgerjournalismus*

Dem Schutzbereich der Pressefreiheit unterfallen auch journalistische Tätigkeiten, die nicht berufsmäßig ausgeübt werden, also sogenannter Bürgerjournalismus.

<https://freiheitsrechte.org/datenhehlerei/>

## Verfassungsbeschwerde gegen die „Datenhehlerei“

### (1) Maßstab

Wenn das angerufene Gericht in seinen Entscheidungen von „Presseunternehmen“ (BVerfGE 77, 346 <354>; vgl. auch BVerfGE 117, 244 <269>: „Medienunternehmen“; BVerfGE 95, 28 <34 f.>: „Unternehmenszweck“) spricht, so bedeutet dies nicht etwa, dass eine berufsmäßige Ausübung konstitutives Erfordernis für die Eröffnung des Schutzbereichs der Pressefreiheit wäre. Die Fokussierung auf „Unternehmen“ ist vielmehr der Tatsache geschuldet, dass bisher insbesondere Verlage und andere privatrechtliche Personenvereinigungen Verfassungsbeschwerden geführt haben (so auch die Einschätzung von *Kujath*, *Der Laienjournalismus im Internet als Teil der Medienöffentlichkeit im Strafverfahren*, 2011, S. 124 f.). Die Kommentarliteratur verlangt denn auch einhellig nicht, dass die Tätigkeit berufsmäßig erfolgt (Schmidt-Bleibtreu/Hoffmann/Odendahl, GG, 13. Aufl. 2014, Art. 5 Rn. 21; Sachs/*Bethge*, GG, 7. Aufl. 2014, Art. 5 Rn. 75; *Jarass/Pieroth*, GG, 14. Aufl. 2016, Art. 5 Rn. 38). Ausreichend sei vielmehr, dass die Tätigkeit „nicht beiläufig“ sei (Sachs/*Bethge*, GG, 7. Aufl. 2014, Art. 5 Rn. 75). Schülerzeitungen etwa sind vom Schutzbereich erfasst (OVG Koblenz DVBl. 1981, 1015; BK/*Degenhardt*, GG, Art. 5 I, II Rn. 509; Sachs/*Bethge*, GG, 7. Aufl. 2014, Art. 5 Rn. 77). Auch das BVerwG hat bereits frühzeitig geurteilt: „Potentieller Herausgeber von Presseerzeugnissen kann demnach – selbst wenn man die mit der Pressekonzentration verbundenen Gefahren in Rechnung stellt – jeder sein, wie die Flut von Vereinszeitschriften, Flugblättern, Traktätchen und dgl. beweist.“ (BVerwGE 39, 159 <164>).

### (2) Bedeutung des Bürgerjournalismus

Die Publikation von Informationen durch ernsthaft arbeitende, nicht berufsmäßig agierende Akteure verbreitert das durch die klassischen Medien zur Verfügung gestellte Meinungsspektrum (so auch *Kabl*, *Elektronische Presse und Bürgerjournalismus*, 2013, S. 79). Der Bürgerjournalismus trägt dazu bei, die

<https://freiheitsrechte.org/datenhehlerei/>

## Verfassungsbeschwerde gegen die „Datenhehlerei“

„Gefahren abzuwehren, die einem freien Pressewesen aus der Bildung von Meinungsmonopolen erwachsen könnten“ (BVerfGE 20, 162 <176>). Die Konzentrationsprozesse in den klassischen Medien, die in den vergangenen Jahren stattgefunden haben, etwa die Zusammenlegung ehemals selbständiger Politik-Redaktionen bei vielen Regionalzeitungen, haben dies besonders deutlich gemacht. Zudem führt Bürgerjournalismus oftmals zu einer „sachnäheren“ und schnelleren Publikation von Informationen und Meinungen. Dies gilt insbesondere, wenn sich die Bürgerjournalisten mit Fragen aus ihrem unmittelbaren Lebens- und Erfahrungskreis beschäftigen und dabei weniger finanziellen oder organisatorischen Sachzwängen unterliegen als manch klassische Journalisten.

Die große Relevanz und Bedeutung des Bürgerjournalismus zeigt sich auch darin, dass Bürgerjournalisten und klassische Presse immer mehr zusammenwachsen. So bedient sich die klassische Presse der Leistungen von Bürgerjournalisten insbesondere in Bereichen, in denen sie gar nicht oder wesentlich langsamer oder schlechter operieren kann. Beispielsweise stammen viele der Informationen, welche die klassische Presse über den Krieg in Syrien – etwa über die Lage in Aleppo – verbreitet, aus den Händen von Bürgerjournalisten. Gleiches galt für Informationen, die während des Putschversuchs in der Türkei in der Nacht vom 15. auf den 16. Juli 2016 verbreitet wurden. Oftmals geben Bürgerjournalisten den ersten Anstoß für Untersuchungen und Berichterstattungen durch die klassischen Medien (vgl. dazu *Gillmor, We the Media*, 2. Aufl. 2006, S. 49 ff.; *Erik Möller, Die heimliche Medienrevolution*, 2. Aufl. 2006, S. 133; *Schmidt, Weblogs*, 2006, S. 133 ff.).

Auch in Deutschland gibt es sehr professionell arbeitende Bürgerjournalisten:

<https://freiheitsrechte.org/datenhehlerei/>

## Verfassungsbeschwerde gegen die „Datenhehlerei“

Beispielsweise machen im Rahmen des Projekt „nrwision“ (<https://www.nrwision.de>) Bürgerinnen und Bürger Fernsehen für Nordrhein-Westfalen. nrwision sendet ein durchgehendes Fernsehprogramm. Es bietet damit eine besondere Vielfalt, da nicht nur „professionelle“ Journalisten das immer noch wichtigste Massenmedium in Deutschland gestalten, sondern auch Privatleute, und die gesendeten Informationen so „aus der Mitte der Gesellschaft“ stammen. Gerade vor dem Hintergrund, dass der WDR im Zuge seiner Strukturreform einige Lokalstudios schließen wird (<http://meedia.de/2014/07/01/details-zum-sparprogramm-wdr-killt-lokalzeit-ausgaben-sport-ungewiss/>), ist ein solches Angebot wichtig für die Meinungsbildung. Das bei nrwision gestaltete Programm erreicht dabei professionelle Qualitätsstandards, beispielsweise gibt es wie beim „klassischen“ Fernsehen Abnahmen, und stellt insgesamt fraglos Journalismus dar.

Ein anderes Beispiel für engagierten und professionellen Standards genügenden Bürgerjournalismus ist die Arbeit des Bloggers Stefan Aigner (<http://www.regensburg-digital.de>). Vor einigen Jahren machte er als „journalistischer Einzelkämpfer“ auf seinem Blog öffentlich, wie ein Priester der Diözese Regensburg Ministranten sexuell missbraucht hatte – und wie die Kirche versuchte, diesen Skandal zu vertuschen. In den „klassischen“ Medien hatte sich niemand für die Vorwürfe interessiert, bis Aigners Recherchen belastbare Indizien zutage gefördert und die notwendige Öffentlichkeit hergestellt hatten. Ein Portrait Aigners findet sich auch in der Süddeutschen Zeitung vom 14. Dezember 2012 (<http://www.sueddeutsche.de/medien/blogger-stefan-aigner-wo-es-scheppert-1.1550100>; siehe Materialband).

<https://freiheitsrechte.org/datenhehlerei/>

## Verfassungsbeschwerde gegen die „Datenhehlerei“

### (3) Sinnvolle Begrenzung der grundrechtlichen Gewährleistung auf der Ebene der Verhältnismäßigkeit

Eine Einbeziehung von Bürgerjournalisten in den Schutzbereich führt zwar zu einer gewissen Erweiterung des Schutzbereiches, aber gerade nicht notwendig zu einer unangemessenen Ausweitung der damit einhergehenden Rechte und Gewährleistungen. Das BVerfG hat bereits verneint, „dass der Schutz des Grundrechts jedem Presseorgan in jedem rechtlichen Zusammenhalt und für jeden Inhalt seiner Äußerung in gleicher Weise zuteilwerden“ muss (BVerfGE 34, 269 <283>). Obwohl die inhaltliche Qualität des Presseerzeugnisses für die Eröffnung des Schutzbereiches nicht berücksichtigt werden darf, kann der Schutzzumfang mithin sehr wohl abzustufen sein. Eine solche situative, auf den Schutzzweck der Pressefreiheit bezogene Abstufung ließe sich auch für Äußerungen von Bürgerjournalisten vorsehen, etwa nach Kriterien wie Ernsthaftigkeit des Bemühens um korrekte Darstellung von Fakten. Verfassungsdogmatisch gewendet bedeutet dies: Auch nicht berufsmäßiger Bürgerjournalismus kann jedenfalls nicht grundsätzlich bereits auf der Ebene des Schutzbereiches von der Gewährleistung des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 Alt. 1 GG ausgenommen werden. Soweit ein Mindestniveau an Ernsthaftigkeit und Professionalität gewahrt ist, ist der Schutzbereich eröffnet. Etwa notwendige Differenzierungen des Schutzzumfangs können auf der Ebene der Verhältnismäßigkeit Berücksichtigung finden.

Diesem Ergebnis steht schließlich auch eine Entscheidung des Verwaltungsgerichts Augsburg (Beschluss vom 31. Mai 2016, 7 E 16.251, siehe Materialband) nicht entgegen. Zwar hat das VG für ein bestimmtes Internet-Forum einen presserechtlichen Auskunftsanspruch nach bayerischem Landesrecht (Art. 4 Abs. 1 BayPresseG) verneint. Dabei hat es sich indes zur Auslegung des Art. 5 Abs. 1 GG nicht verhalten, sondern rein einfachrechtlich argumentiert (vgl. insbesondere VG Augsburg a.a.O. Rn. 23 und 25). Außerdem waren der Sache nach die oben vorgeschlagenen Kriterien ernsthaften

<https://freiheitsrechte.org/datenhehlerei/>

## Verfassungsbeschwerde gegen die „Datenhehlerei“

journalistischen Arbeitens auf der streitgegenständlichen Internet-Seite gerade nicht erfüllt. Dort durften beliebige Personen ohne inhaltliche Standards veröffentlichen. Die Seite stellt damit – entgegen der irreführenden Überschrift der Entscheidung auf der Seite des bayerischen Staatsministeriums der Justiz (siehe Materialband) – gerade kein „Blog“ dar, sondern eher eine Art „virtuelle Pinnwand“ oder ein öffentliches Diskussionsforum (so auch VG Augsburg a.a.O. Rn. 27) und jedenfalls kein redaktionell verantwortetes Blog wie etwa netzpolitik.org.

### *f) Abgrenzung zu anderen Schutzbereichen: Presseexterne Hilfstätigkeiten*

Presseexterne Hilfstätigkeiten hingegen werden in der Regel durch andere Grundrechte geschützt, insbesondere durch die Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG sowie, für rein private Tätigkeiten, durch die allgemeine Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG. „Etwas anderes kann jedoch ausnahmsweise im Interesse eines freiheitlichen Pressewesens dann gelten, wenn eine selbständig ausgeübte, nicht die Herstellung von Presseerzeugnissen betreffende Hilfstätigkeit typischerweise pressebezogen ist, in enger organisatorischer Bindung an die Presse erfolgt, für das Funktionieren einer freien Presse notwendig ist und wenn sich die staatliche Regulierung dieser Tätigkeit zugleich einschränkend auf die Meinungsverbreitung auswirkt“ (BVerfGE 77, 346 <354>). Die Tätigkeit von Rechtsanwälten wie dem Beschwerdeführer zu 6 ist daher nicht durch die Pressefreiheit, sondern durch die Berufsfreiheit geschützt (vgl. hierzu unten Seite 118 ff.).

## **2. Eingriff in den Schutzbereich**

Die Strafvorschrift des § 202d StGB greift unter mehreren Gesichtspunkten in den Schutzbereich der Pressefreiheit ein:

<https://freiheitsrechte.org/datenhehlerei/>

## Verfassungsbeschwerde gegen die „Datenhehlerei“

Zunächst erfasst und pönalisiert die Norm Verhaltensweisen, die unter den Schutz der Pressefreiheit fallen (a). Darüber hinaus ergibt sich ein eigenständiger Eingriff durch massive Einschüchterungseffekte („*chilling effects*“), die die Norm sowohl auf Journalisten als auch auf ihre Quellen und Hilfspersonen ausübt. Dadurch erschwert sie die Beschaffung, aber auch die eigenständige Prüfung von Informationen (Recherche) (b). Beide sind für journalistische Tätigkeiten unerlässlich.

a) *Eingriff durch Strafbarkeit nach § 202d StGB*

§ 202d StGB pönalisiert Verhaltensweisen, die dem Schutz der Pressefreiheit im Kern unterfallen.

### **(1) Strafbarkeit nach § 202d Abs. 1 StGB**

Der Tatbestand des § 202d Abs. 1 StGB ist in objektiver sowie subjektiver Hinsicht extrem weit gefasst. Er stellt jede Form des Umgangs mit nicht allgemein zugänglichen Daten unter Strafe, die zu einem früheren Zeitpunkt einmal Gegenstand irgendeiner Straftat waren. Damit statuiert der Tatbestand eine Kategorie von Daten, die Kraft ihrer Traditionsgeschichte gleichsam „kontaminiert“ sind, und pönalisiert dadurch zahlreiche Verhaltensweisen, die in den Wesenskern der Pressefreiheit fallen, nämlich den Umgang mit „durchgestochenen“ Informationen, sofern diese nur als „Daten“ im Sinne von § 202a Abs. 2 StGB verkörpert sind. Dies wiederum ist schon aufgrund der großen Verbreitung der elektronischen Datenverarbeitung, aber auch angesichts der zunehmenden Bedeutung „anonymer Briefkästen“ (etwa des „Heise Tippgebers“) und der effektiven Anonymisierung im Internet durch Software wie Tor inzwischen bei der Mehrzahl der „Leaks“ der Fall.

## Verfassungsbeschwerde gegen die „Datenhehlerei“

### (a) *Nicht allgemein zugängliche Daten*

Tatobjekt sind jegliche in Daten festgehaltene Informationen und damit alle nicht unmittelbar wahrnehmbaren Informationen, die Journalisten erhalten. Dies gilt unabhängig davon, ob an dem Inhalt der Daten ein schutzwürdiges Interesse besteht. Die Daten dürfen lediglich nicht allgemein zugänglich sein.

Der Begriff der Daten ist sehr weit. Hierunter fallen nach der Legaldefinition des § 202a Abs. 2 StGB alle Informationen, die „elektronisch, magnetisch oder sonst nicht unmittelbar wahrnehmbar gespeichert sind oder übermittelt werden“. Allgemein zugänglich sind nach der Definition in § 10 Abs. 5 S. 2 BDSG nur solche „Daten, die jedermann, sei es ohne oder nach vorheriger Anmeldung, Zulassung oder Entrichtung eines Entgelts, nutzen kann“.

### (b) *Durch rechtswidrige Vortat erlangt*

Die Daten müssen durch eine rechtswidrige Tat erlangt sein. Aus § 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB sowie der Deckelung des Strafmaßes in § 202d Abs. 2 StGB ergibt sich, dass es sich bei dieser Vortat um eine Straftat handeln muss (so auch einhellige Ansicht zu § 259, vgl. nur Müko-StGB/*Maier*, 2. Aufl. 2012, § 259 Rn. 19). Brisante Informationen, die Journalisten von Whistleblowern und sonstigen Quellen erhalten, sind regelmäßig durch eine rechtswidrige Vortat erlangt. Je nach Fallgestaltung kommen insbesondere §§ 44 Abs. 1, 43 Abs. 2 Nr. 1 BDSG; §§ 17 Abs. 1, 2 UWG oder §§ 202a, 203, 353b StGB in Betracht.

Eine Vortat kann aber auch eine andere Straftat sein, die sich tatbestandlich nicht auf den Umgang mit Daten oder Informationen bezieht, wie etwa Diebstahl, Betrug oder Nötigung (*Golla/von zur Mühlen*, JZ 2014, 668, 669). In diesem Punkt geht der Tatbestand weiter als jener der „klassischen“ Hehlerei (§ 259 StGB): Hier kommt explizit nur eine Tat als Vortat in Betracht, die sich gegen fremdes Vermögen richtet.

<https://freiheitsrechte.org/datenhehlerei/>

## Verfassungsbeschwerde gegen die „Datenhehlerei“

### (c) Tathandlungen

Die Tathandlungen erfassen praktisch jede Form des Umgangs mit Daten, die taugliche Tatobjekte sind. Im Einzelnen sind Tathandlungen das Verschaffen, Überlassen an einen anderen, Verbreiten oder sonstige Zugänglichmachen. Diese Tathandlungen lehnen sich an die Tathandlungen des § 202c Abs. 1 StGB an und finden sich in ähnlicher Form auch in anderen StGB-Tatbeständen (vgl. §§ 202b, 184 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 5 StGB). Das (sich oder einem anderen) Verschaffen kann in Anlehnung an die entsprechenden Merkmale in § 43 Abs. 2 Nr. 3 Alt. 2 BDSG und § 202b StGB verstanden werden. Darunter fallen die Zurkenntnisnahme von Daten bzw. die „Herstellung eines Zustandes, der es dem Täter erlaubt, die Daten später zur Kenntnis zu nehmen, sie zu nutzen oder sonst über sie zu verfügen, ohne dass die verantwortliche Stelle ihn daran noch hindern kann“ (Simitis/*Ehmann*, BDSG, 8. Aufl. 2014, § 43 Rn. 64).

Das Merkmal des Überlassens setzt voraus, dass die Verfügungsmacht über Daten einem anderen eingeräumt wird (LK/*Hilgendorf*, 12. Aufl. 2010, § 202c Rn. 22). Unter einem Verbreiten i.S.d. § 202d Abs. 1 StGB kann die Weitergabe von Daten mit dem Ziel verstanden werden, sie einem größeren Personenkreis zugänglich zu machen (LK/*Hilgendorf*, 12. Aufl. 2010, § 202c Rn. 22). Das sonstige Zugänglichmachen umfasst ein Verhalten, durch das die Möglichkeit des Zugriffs entsteht, wobei keine Begründung der Verfügungsgewalt eines anderen notwendig ist (vgl. BGHSt 26, 375; LK/*Hilgendorf*, 12. Aufl. 2010, § 202c Rn. 22; Schönke/Schröder/*Eisele*, StGB, 29. Aufl. 2014, § 184 Rn. 16).

### (d) Subjektiver Tatbestand

Der subjektive Tatbestand erfordert, dass der Täter mit Bereicherungs- oder Schädigungsabsicht gehandelt hat. Die Bereicherungs- oder Schädigungsabsicht

<https://freiheitsrechte.org/datenhehlerei/>

## Verfassungsbeschwerde gegen die „Datenhehlerei“

soll nach der Gesetzesbegründung entsprechend der Regelung des § 44 Abs. 1 BDSG ausgelegt werden (BR-Drucks. 249/15, 52).

Sowohl (Dritt-)Bereicherungs- als auch Schädigungsabsicht können bei Handlungen vorliegen, die für die journalistische Arbeit typisch sind und der Pressefreiheit unterfallen.

Eine (Dritt-)Bereicherungsabsicht liegt vor, wenn nach der Vorstellung des Täters die Tat auf die Erlangung eines Vermögensvorteils für sich selbst oder einen Dritten gerichtet ist (BeckOK DatenSR/Holländer, 6. Edition 2013, § 44 BDSG Rn. 9; BR-Drucks. 249/15, 52). Für die Bereicherungsabsicht ist *dolus directus* 1. Grades erforderlich (BR-Drucks. 249/15, 52; Singelnstein, ZIS 2016, 432, 433).

Das Tatbestandsmerkmal der Bereicherungsabsicht erfüllt auch eine Person, die eine rechtmäßige Bereicherung beabsichtigt (vgl. BeckOK StGB/Weidemann, 32. Edition 2016, § 202d StGB Rn. 23; Simitis/Ehmann, BDSG, 8. Aufl. 2014, § 44 Rn. 6). So jedenfalls wird das wortgleiche Merkmal in § 203 Abs. 5 StGB verstanden. Zudem begründet auch die Absicht einer rechtmäßigen Bereicherung eine verwerfliche Zweck-Mittel-Relation zwischen dem beabsichtigtem Vermögensnachteil und dem Eingriff in das Rechtsgut (Golla, Die Straf- und Bußgeldtatbestände der Datenschutzgesetze, 2015, S. 182 f.). Daher handelt ein Journalist oder anderer freier Mitarbeiter mit Bereicherungsabsicht, wenn er bei der Recherche oder Publikation auf Honorarbasis tätig wird, denn dann kommt es ihm gerade darauf an, durch seine Tätigkeit einen Vorteil im Vermögenssaldo zu erzielen. Selbst bei angestellten Journalisten kommt eine Drittbereicherungsabsicht in Betracht, wenn ein anderer Beteiligter unmittelbare Vermögensvorteile aus Publikation oder Recherche zieht (vgl. Auernhammer/v. Lewinski, BDSG, 4. Aufl. 2014, § 44 Rn. 15 f.).

<https://freiheitsrechte.org/datenhehlerei/>

## Verfassungsbeschwerde gegen die „Datenhehlerei“

Mit Schädigungsabsicht handelt eine Person, der es bei der Handlung darauf ankommt, einen anderen durch die Tatbestandsverwirklichung zu schädigen (BeckOK DatenSR/*Holländer*, 6. Edition 2013, § 44 BDSG Rn. 11; vgl. BR-Drucks. 249/15, 52). Diesbezüglich ist *dolus directus* 2. Grades ausreichend. Dazu bedarf es sicheren Wissens um den Eintritt eines Schädigungserfolges durch die Tathandlung. Mit Schädigungsabsicht handelt der Täter mithin bereits dann, wenn die Schädigung ein notwendiges – wenn auch vom Täter nicht erstrebtes – Zwischenziel darstellt (vgl. Müko-StGB/*Hefendehl*, 2. Aufl. 2014, § 263 Rn. 792), solange er die Schädigung nur nicht lediglich als „peinliche oder lästige Folge seines Handelns“ (BGHSt 16, 1 f.) hinnimmt, weil er glaubt, sonst sein anderes Ziel zu verfehlen.

Die beabsichtigte Schädigung muss nicht vermögensrelevant sein, immaterielle Nachteile genügen (vgl. BR-Drucks. 249/15, 52). Solche immateriellen Nachteile können etwa Ehrverletzungen und Bloßstellungen sein (*Golla*, Die Straf- und Bußgeldtatbestände der Datenschutzgesetze, 2015, S. 183). Aus der Begründung des Gesetzes geht zudem hervor, dass unter das Merkmal der Schädigungsabsicht gerade auch Handeln „mit politischen Zielen“ fallen soll (BT-Drucks. 17/14362, 12).

Investigative Presseveröffentlichungen decken in aller Regel reputationsschädigendes, weil rechtswidriges oder doch wenigstens sittlich missbilligtes Verhalten auf und machen dieses bekannt. Die Veröffentlichung führt daher unweigerlich zu immateriellen Nachteilen der betroffenen Personen. Häufig werden Veröffentlichungen überdies auch nachteilige Vermögensauswirkungen mit sich ziehen, gerade wenn die Publikation Missstände bei gewerblich betriebenen Tätigkeiten betrifft.

<https://freiheitsrechte.org/datenhehlerei/>

## Verfassungsbeschwerde gegen die „Datenhehlerei“

### (2) Beispiele aus der Tätigkeit der Beschwerdeführer

Der Eingriffscharakter des § 202d Abs. 1 StGB lässt sich an zwei Beispielen belegen, die der beruflichen Tätigkeit der Beschwerdeführer entstammen.

#### (a) Der Fall „Lovoo“

Die im Sachverhalt geschilderte Recherche zu und Veröffentlichung der Tätigkeiten der LOVOO GmbH durch den Beschwerdeführer zu 3 ist vom Schutzbereich der Pressefreiheit erfasst. Der Beschwerdeführer zu 3 ist in einem Presseunternehmen angestellt. Seine Tätigkeit war unmittelbar inhaltsbezogen. Wäre § 202d StGB zum Zeitpunkt der Veröffentlichung bereits in Kraft gewesen, hätte der Beschwerdeführer diesen Tatbestand erfüllt.

Die 50 GB Material, die Heise Online zugespielt wurden, sind Daten im Sinne des § 202a Abs. 2 StGB. Sie waren nicht allgemein zugänglich. Email-Verkehr, Screenshots, Quellcode und PHP-Skripte konnten nur von den berechtigten Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern der LOVOO GmbH eingesehen werden.

Der Informant der Beschwerdeführer hatte die Daten durch eine rechtswidrige Tat erlangt. Zwar kann aus naheliegenden Gründen auch in diesem Zusammenhang die Identität des Verantwortlichen nicht offengelegt werden. Verwirklicht hat er jedoch zumindest den Straftatbestand des § 44 Abs. 1 i.V.m. § 43 Abs. 2 Nr. 1 BDSG. Die Normen lauten, soweit hier von Relevanz:

#### § 43 – Bußgeldvorschriften

(2) Ordnungswidrig handelt, wer vorsätzlich oder fahrlässig

1. unbefugt personenbezogene Daten, die nicht allgemein zugänglich sind, erhebt oder verarbeitet ...

#### § 44 – Strafvorschriften

<https://freiheitsrechte.org/datenhehlerei/>

## **Verfassungsbeschwerde gegen die „Datenhehlerei“**

(1) Wer eine in § 43 Abs. 2 bezeichnete vorsätzliche Handlung gegen Entgelt oder in der Absicht, sich oder einen anderen zu bereichern oder einen anderen zu schädigen, begeht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

Jedenfalls die Emails der Geschäftsführer stellen personenbezogene Daten nach § 3 Abs. 1 BDSG dar. Diese Daten hat der Informant gespeichert und übermittelt und somit gem. § 3 Abs. 4 BDSG verarbeitet. Die Verarbeitung war unbefugt, da sie ohne eine Einwilligung der betroffenen Geschäftsführer nach §§ 4 Abs. 1, 4a BDSG erfolgte und auch keine Rechtsvorschrift nach § 4 Abs. 1 BDSG, insbesondere nicht § 28 BDSG, die Verarbeitung erlaubte.

Der Informant handelte vorsätzlich, er wusste, dass jedenfalls die Emails der Geschäftsführung personenbezogene Daten darstellen und eine Übermittlung an Journalisten nicht gestattet oder anderweitig gerechtfertigt war. Es lag auch Schädigungsabsicht vor. Dem Informanten kam es darauf an, dass die Informationen veröffentlicht werden. Dies war zwangsläufig mit einer Schädigung des Rufes sowie der wirtschaftlichen Tätigkeit der Geschäftsführer verbunden, was der Informant auch wollte.

Er handelte auch rechtswidrig und schuldhaft. Das Medienprivileg gem. § 41 BDSG findet keine Anwendung.

Je nach Fallgestaltung kommt außerdem eine Strafbarkeit nach § 17 UWG und § 202a StGB in Betracht. Diese lauten, soweit relevant:

### **§ 17 UWG – Verrat von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen**

(1) Wer als eine bei einem Unternehmen beschäftigte Person ein Geschäfts- oder Betriebsgeheimnis, das ihr im Rahmen des

<https://freiheitsrechte.org/datenhehlerei/>

## Verfassungsbeschwerde gegen die „Datenhehlerei“

Dienstverhältnisses anvertraut worden oder zugänglich geworden ist, während der Geltungsdauer des Dienstverhältnisses unbefugt an jemand zu Zwecken des Wettbewerbs, aus Eigennutz, zugunsten eines Dritten oder in der Absicht, dem Inhaber des Unternehmens Schaden zuzufügen, mitteilt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

### § 202a – Ausspähen von Daten

(1) Wer unbefugt sich oder einem anderen Zugang zu Daten, die nicht für ihn bestimmt und die gegen unberechtigten Zugang besonders gesichert sind, unter Überwindung der Zugangssicherung verschafft, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

Quellcode und PHP-Skripte sind Betriebs- bzw. Geschäftsgeheimnisse. Wenn diese Geheimnisse dem Informanten im Rahmen eines Dienstverhältnisses anvertraut oder zugänglich gemacht wurden, hat er sie, indem er sie an den Heise Verlag weiterleitete, diesem mitgeteilt. Die Mitteilung war unbefugt, da sie unter Bruch der dienstlichen Verschwiegenheitspflicht und ohne einen Rechtfertigungsgrund erfolgte. Damit hat er den objektiven Tatbestand des § 17 Abs. 1 UWG verwirklicht.

Auch der subjektive Tatbestand ist erfüllt, denn der Informant handelte mit der Absicht, die Mitteilung „zugunsten eines Dritten“ zu machen. Dieses Tatbestandsmerkmal ist ein Auffangtatbestand für alle nicht ausdrücklich in § 17 UWG genannten Motive; es soll explizit auch das Whistleblowing umfassen (allgemeine Ansicht, vgl. nur Müko-Lauterkeitsrecht/*Brammsen*, 2. Aufl. 2014, § 17 UWG Rn. 53). Außerdem handelte der Informant mit Schädigungsabsicht. Dem Informanten kam es mit der Weitergabe der Daten gerade darauf an, die Geschäftsführer von Lovoo mit der Veröffentlichung persönlich und finanziell

<https://freiheitsrechte.org/datenhehlerei/>

## Verfassungsbeschwerde gegen die „Datenhehlerei“

zu schädigen und sie für die weitere Führung des Unternehmens zu disqualifizieren. Rechtswidrigkeit und Schuld liegen ebenfalls vor.

Falls der Informant keine Zugriffsberechtigung für Quellcode und PHP Skripte hatte und der Zugriff mittels eines Passwortes oder auf andere Art gesichert war, hat er § 202a StGB erfüllt. Wenn er über eine Zugangsberechtigung nicht verfügte, verschaffte er sich vorsätzlich, unbefugt und unter Überwindung einer Zugangssicherung Zugang zu Daten, die nicht für ihn bestimmt und die gegen unberechtigten Zugang besonders gesichert waren. Dies tat er rechtswidrig und schuldhaft.

Indem der Beschwerdeführer zu 3 die Datensammlung entgegennahm, hätte er sie sich verschafft. Darüber hinaus hätte er sie anderen verschafft, indem er sie in der Redaktion weitergab. Als er die in den Daten erhaltenen Informationen veröffentlichte, hätte er sie sonst zugänglich gemacht.

Der Beschwerdeführer zu 3 hätte – die Geltung des § 202d bereits zu diesem Zeitpunkt weiterhin unterstellt – hinsichtlich der Verwirklichung der objektiven Tatbestandsmerkmale auch vorsätzlich gehandelt. Insbesondere hielt er es aufgrund des sensiblen Charakters der Daten, ihrem Umfang und der Art der Übermittlung für möglich, dass die Daten durch eine rechtswidrige Tat erlangt worden waren.

Jedenfalls bei der Veröffentlichung der Informationen hätte der Beschwerdeführer zu 3 auch mit Schädigungsabsicht gehandelt. Ihm war klar, dass die Veröffentlichung der – auch strafrechtlich relevanten – Anschuldigungen die Gründer und Geschäftsführer der Lovoo GmbH unausweichlich wirtschaftlich und ideell schädigen würden. Zudem beabsichtigte er, dass gegen die Verantwortlichen strafrechtliche Ermittlungen eingeleitet würden. Daher

<https://freiheitsrechte.org/datenhehlerei/>

## Verfassungsbeschwerde gegen die „Datenhehlerei“

informierte er die Staatsanwaltschaft Dresden vorab über die geplante Berichterstattung, um gegebenenfalls noch vor der Veröffentlichung Wohn- und Geschäftsräume durchsuchen zu können und Beweisverluste zu vermeiden. (Aus hier nicht bekannten Gründen unterließ die Staatsanwaltschaft Maßnahmen der Beweissicherung indes zunächst und durchsuchte die Geschäftsräume der Lovoo GmbH erst rund sechs Monate nach der Veröffentlichung.)

Auch hätte er mit Drittbereicherungsabsicht gehandelt. Eine solche kommt auch bei angestellten Journalisten in Betracht, wenn ein will, dass ein anderer Beteiligter, hier der Heise Verlag, unmittelbare Vermögensvorteile aus Publikation oder Recherche zieht (vgl. Auernhammer/*v. Lewinski*, BDSG, 4. Aufl. 2014, § 44 Rn. 15 f.).

Rechtswidrigkeit und Schuld wären ebenfalls gegeben. Insbesondere kommt kein Rechtfertigungsgrund in Betracht.

### *(b) Der Fall [...]*

Auch die oben auf Seite 24 ff. geschilderte Recherche zu und Veröffentlichung des Kreditkartenbetrugs durch den Beschwerdeführer zu 9 ist als unmittelbar inhaltsbezogene Tätigkeit vom Schutzbereich der Pressefreiheit erfasst. Wäre § 202d StGB zum Zeitpunkt der Veröffentlichung bereits in Kraft gewesen, hätten der Beschwerdeführer zu 9 und die weiteren handelnden natürlichen Personen jedoch diesen Tatbestand erfüllt.

Die analysierte Software stellt „Daten“ im Sinne des § 202a Abs. 2 StGB dar, nämlich verkörperte Informationen. Die Daten waren nicht allgemein zugänglich.

Der Informant hatte die Daten auch „durch eine rechtswidrige Tat“ – wofür ja jede strafbare Handlung ausreicht – erlangt. Denn abhängig von der genauen

<https://freiheitsrechte.org/datenhehlerei/>

## Verfassungsbeschwerde gegen die „Datenhehlerei“

Funktion der Kreditkarten als Zahlungskarten mit oder ohne Garantiefunktion erlangte der Informant die Daten durch eine rechtswidrige Tat nach § 152a Abs. 5 StGB oder nach § 152b Abs. 5 StGB, jeweils in Verbindung mit § 149 Abs. 1 Nr. 1 Var. 7 StGB. Die Software ist ein Computerprogramm, das zu einer Fälschung von Zahlungskarten geeignet ist. Die Software wird eingesetzt, um [...]. Damit ist sie taugliches Tatobjekt. Indem der Informant die Software an sich brachte, um später Fälschungen zu erstellen, verschaffte er sich diese im Sinne von § 149 Abs. 1 Nr. 1 StGB und handelte vorsätzlich, rechtswidrig und schuldhaft. Der Strafausschlussgrund in § 149 Abs. 2 StGB findet keine Anwendung, da der Informant die Software bereits in zahlreichen Fällen entsprechend eingesetzt hat.

Indem der Beschwerdeführer zu 9 die Software entgegnahm, hätte er sich Daten, die ein Dritter (nämlich der Informant) durch eine rechtswidrige Vortat erlangt hatte, „verschafft“ im Sinne des § 202d Abs. 1 StGB; zudem gab er sie an die Reverse Engineers weiter (einem Dritten überlassen im Sinne des § 202d Abs. 1 StGB).

Alle Beteiligten hätten hinsichtlich der Verwirklichung der objektiven Tatbestandsmerkmale vorsätzlich gehandelt, denn sie wussten durch den Informanten um die Natur der Software, deren Herkunft sowie die bereits vielfache Verwendung zu dem beschriebenen illegalen Zweck.

Der Beschwerdeführer zu 9 hätte auch mit Drittbereicherungsabsicht gehandelt. Eine solche kommt auch bei angestellten Journalisten in Betracht, wenn ein anderer Beteiligter, hier der Heise Verlag, unmittelbare Vermögensvorteile aus Publikation oder Recherche zieht. Darauf kam es dem Beschwerdeführer auch an. Die Reverse Engineers übernahmen die Überprüfung der Software aufgrund ihrer Wertschätzung für den Heise Verlag. Sie wollten durch ihre unentgeltliche,

<https://freiheitsrechte.org/datenhehlerei/>

## Verfassungsbeschwerde gegen die „Datenhehlerei“

ehrenamtliche Tätigkeit die investigative Arbeit und damit die wirtschaftliche Grundlage des c't Magazins stärken; auch sie handelten also in Drittbereicherungsabsicht.

Daneben handelten sowohl der Beschwerdeführer zu 9 als auch die Reverse Engineers in der Absicht, „einen anderen zu schädigen“, nämlich die Kreditkartenbetrüger, deren Machenschaften sie unterbinden wollten. Denn darauf, ob die Schädigung ihrerseits etwa – wie hier – letztlich mit der Rechtsordnung im Einklang steht, weil sie illegales Tun unterbindet, kommt es nach dem insoweit eindeutigen Wortlaut des § 202d Abs. 1 StGB gerade nicht an.

Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgründe stehen dem Beschwerdeführer zu 9 und den Reverse Engineers nicht zur Seite.

### **(3) Kein Entfallen der Strafbarkeit gemäß § 202d Abs. 3 StGB**

Der Eingriff in den Schutzbereich der Pressefreiheit nach Art. 5 Abs. 1 Satz 2 Alt. 1 GG entfällt auch nicht etwa deswegen, weil § 202d Abs. 3 StGB einen Ausschlussstatbestand enthält, denn § 202d Abs. 3 StGB schließt – willkürlich – nicht alle Verhaltensweisen von der Strafbarkeit aus, die unter den Schutzbereich der Pressefreiheit fallen.

Nach § 202d Abs. 3 Satz 1 StGB entfällt die Strafbarkeit nur für solche Handlungen, die *ausschließlich* der Erfüllung rechtmäßiger dienstlicher oder beruflicher Pflichten dienen. Dazu gehören nach dem Wortlaut des Gesetzes *insbesondere* solche Handlungen, die den in § 202d Abs. 3 Satz 2 StGB genannten Regelbeispielen unterfallen.

Ausweislich der Gesetzesbegründung zu § 202d Abs. 3 StGB soll § 202d Abs. 3 StGB inhaltlich dem Tatbestandsausschluss in § 184b Abs. 5 StGB (Besitz

<https://freiheitsrechte.org/datenhehlerei/>

## Verfassungsbeschwerde gegen die „Datenhehlerei“

kinderpornografischer Schriften) entsprechen (BT-Drucks. 18/5088, S. 48). Soweit § 202d Abs. 3 StGB Merkmale nennt, die sich auch in § 184b Abs. 5 StGB finden, ist mithin auf die in Literatur und Rechtsprechung entwickelte Auslegung dieser Begriffe im Rahmen des § 184b Abs. 5 StGB zurückzugreifen. Dabei zeigt sich, dass die vom Gesetzgeber ausdrücklich vorgesehene – und daher bei lebensnaher Betrachtung auch seitens der Strafgerichte absehbar zukünftig zugrunde gelegte – Übertragung der einschränkenden Voraussetzungen des § 184b Abs. 5 StGB auf § 202d Abs. 3 StGB zu verfassungswidrigen Konsequenzen führt: Mag die dezidiert restriktive Handhabung des Ausschlussstatbestandes dort durchaus ihre Berechtigung haben, so führt sie im Kontext des § 202d StGB jedoch dazu, dass eine Vielzahl von Handlungen, die dem Schutzbereich der Pressefreiheit unterfallen, *nicht* unter den Strafausschlussgrund zu subsumieren und damit strafbar sind.

### *(a) § 202d Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 StGB*

§ 202d Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 StGB privilegiert Handlungen von Amtsträgern und deren Beauftragten. Dieses Regelbeispiel – das sogenannte „Steuer-CD-Privileg“ – ist für die Beschwerdeführer nicht relevant, da sie keine Amtsträger sind.

### *(b) § 202d Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 StGB i.V.m. § 53 Abs. 1 Nr. 5 StPO*

Nach § 202d Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 StGB sind berufliche Handlungen von Personen privilegiert, die in § 53 Abs. 1 Nr. 5 StPO genannt sind. Dies sind Personen, die bei der Vorbereitung, Herstellung oder Verbreitung von Druckwerken, Rundfunksendungen, Filmberichten oder der Unterrichtung oder Meinungsbildung dienenden Informations- und Kommunikationsdiensten berufsmäßig mitwirken oder mitgewirkt haben.

Bei der Vorbereitung, Herstellung oder Verbreitung von Druckwerken wirken nach einhelliger Meinung alle beteiligten Journalisten, Intendanten, Sendeleiter

<https://freiheitsrechte.org/datenhehlerei/>

## Verfassungsbeschwerde gegen die „Datenhehlerei“

und Archivare berufsmäßig mit, ferner „redaktionelles, kaufmännisches und technisches Personal eines Presseorgans, außerdem Hilfspersonen und Praktikanten wie Sekretärinnen, Setzgehilfen, Volontäre und Justiziar“ (Satzger/Schluckebier/Widmaier/*Eschelbach*, StPO, 2. Aufl. 2016, § 53 Rn. 32; ähnlich Löwe/Rosenberg/*Ignor/Bertheau*, StPO, 26. Aufl. 2012, § 53 Rn. 54; Meyer-Goßner/*Schmitt*, StPO, 59. Aufl. 2016, § 53 Rn. 31).

Auch freiberufliche Journalisten sind umfasst, sofern und soweit sie dauerhaft dem Journalismus nachgehen (vgl. nur Löwe/Rosenberg/*Ignor/Bertheau*, StPO, 26. Aufl. 2012, § 53 Rn. 54; Meyer-Goßner/*Schmitt*, StPO, 59. Aufl. 2016, § 53 Rn. 31).

Die nebenberufliche Mitwirkung an Poesstätigkeiten ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs dann berufsmäßig, wenn der Nebenberufler beabsichtigt, „sie in gleicher Art zu wiederholen und sie dadurch, wenn auch nicht zu einer dauernden, so doch zu einer wiederkehrenden Beschäftigung zu machen“ (BGHZ 7, 129, 130 mit Verweise auf RG DR 1943, 764 Nr. 30). Erforderlich ist mithin, dass die Poesstätigkeit berufsmäßig ausgeübt wird. Eine Person, die einem nicht pressebezogenen Beruf nachgeht und Poesstätigkeiten nur im Einzelfall unterstützt, ist nicht erfasst.

Mithin sind Angestellte eines klassischen Presseunternehmens unabhängig von dem konkreten Inhaltsbezug ihrer Tätigkeit (BVerfGE 25, 296 <304>; 64, 108 <114>) von § 202d Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 StGB erfasst. Auch freischaffende Journalisten sind geschützt.

Nicht von § 53 Abs. 1 Nr. 5 StPO erfasst und damit nicht nach § 202d Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 StGB von der Strafbarkeit ausgenommen sind hingegen Personen, die zwar einer beruflichen Tätigkeit nachgehen, diese aber nur im Einzelfall und

<https://freiheitsrechte.org/datenhehlerei/>

## Verfassungsbeschwerde gegen die „Datenhehlerei“

ohne Wiederholungsabsicht in den Dienst der Presse stellen. Dies betrifft eine nicht unerhebliche Anzahl von Personen, die üblicherweise am Publikationsprozess beteiligt sind und deren Tätigkeit wegen ihres unmittelbaren Inhaltsbezugs dem Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 S. 2 1. Var. GG unterfällt. Presseangehörige wenden sich oft an externe Spezialisten, um vor einer geplanten Veröffentlichung Informationen zu erhalten, von Quellen erhaltene Informationen zu verifizieren oder technische Gegebenheiten auszuloten. Die Arbeit des Spezialisten kann erheblichen Einfluss auf den Inhalt der Veröffentlichung haben. Bleibt dessen Tätigkeit auf den Einzelfall beschränkt, ist seine Arbeit gleichwohl nicht nach § 202d Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 StGB privilegiert.

Beispielsweise würde die Mitarbeit der oben bei der Schilderung der beruflichen Situation des Beschwerdeführers zu 9 genannten Software Reverse Engineers an der Aufdeckung des Kreditkartenbetrugs nicht dem Ausschließungsgrund unterfallen, da sie nur ausnahmsweise im Stadium der Recherche als externe Experten an einer Veröffentlichung mitgewirkt haben. Gleichwohl konnte erst durch ihren Arbeitseinsatz die Funktionsweise der Software entschlüsselt und verifiziert werden. Durch die Pressefreiheit ist ihre Tätigkeit aber geschützt, weil sie, auch durch die technische Beschreibung der Software und deren bildliche Darstellung, unmittelbar inhaltsbezogen tätig waren. Für die mangelnde strafrechtliche Privilegierung ihrer Tätigkeit – die letztlich auf dem uferlos weiten Tatbestand des § 202d Abs. 1 StGB und den halbherzigen Ausschlussatbestand des Abs. 3 beruht – ist keinerlei rechtfertigender Grund erkennbar.

Journalistische Tätigkeiten sollen nach dem Gesetzgeber dem Tatbestandsausschluss des § 202d Abs. 3 Abs. 2 Nr. 2 StGB lediglich dann unterfallen, wenn sie „in Vorbereitung einer konkreten Veröffentlichung“ erfolgen (BT-Drucks. 18/5088, 48 unter Verweis auf MÜKo-StGB/Hörnle, 12. Aufl. 2012, § 184b Rn. 41). Hintergrundrecherchen sowie Verifizierungen

<https://freiheitsrechte.org/datenhehlerei/>

## Verfassungsbeschwerde gegen die „Datenhehlerei“

von Material, die der Entscheidung, ob eine konkrete Veröffentlichung erfolgen soll, sind demnach *nicht* erfasst. Dies stellt eine erhebliche Einschränkung journalistischer Tätigkeiten dar. Der Pressekodex gebietet es, Material nicht ungeprüft zu veröffentlichen.

### (c) § 202d Abs. 3 Satz 1 StGB

Auch wenn eine Handlung nicht einem der Regelbeispiele des § 202d Abs. 3 Satz 2 StGB unterfällt, ist sie gleichwohl von der Strafbarkeit nach § 202d Abs. 1 StGB ausgenommen, wenn sie die Voraussetzungen des § 202d Abs. 3 Satz 1 StGB erfüllt. Dafür muss die Handlung *ausschließlich* der Erfüllung rechtmäßiger dienstlicher oder beruflicher Pflichten dienen.

#### (i) Dienstliche Pflichten

Dieses Merkmal ist für die meisten Beschwerdeführer bereits deswegen nicht von Interesse, weil sie keine Beamten sind. Der Beschwerdeführer zu 4, der als Richter Beamtenstatus genießt, macht geltend, dass er in Tätigkeiten beschwert ist, denen er neben und unabhängig von seiner richterlichen Tätigkeit nachgeht, sodass auch in seinem Falle nicht von dienstlichen Pflichten auszugehen ist.

#### (ii) Berufliche Pflichten

Das Merkmal der „beruflichen Pflichten“ findet sich auch in § 184b Abs. 5 StGB. Dort werden berufliche Pflichten sehr eng verstanden. Ausreichend ist nicht, dass eine Handlung im Zusammenhang mit einer beruflichen Tätigkeit steht. Vielmehr muss eine *Pflicht* zur Handlung bestehen.

So urteilte das LG Karlsruhe, dass „ein Bundestagsabgeordneter [...] die Befugnis und die Pflicht hat, an Plenarsitzungen teilzunehmen und an der Gesetzgebung mitzuwirken.“ (LG Karlsruhe, Urteil vom 28. Mai 2010, Az. 2 KLS 310 Js

<https://freiheitsrechte.org/datenhehlerei/>

## Verfassungsbeschwerde gegen die „Datenhehlerei“

323/09, Rn. 13). „Es besteht aber keine Pflicht eines Abgeordneten, sich aus rein informatorischen Gründen so zu verhalten, dass das Handeln grundsätzlich einen Straftatbestand erfüllt.“(LG Karlsruhe, Urteil vom 28. Mai 2010, Az. 2 KLS 310 Js 323/09, Rn. 13). Das angeklagte Mitglied des Bundestagsausschusses Kultur und Medien war mithin nicht beruflich dazu verpflichtet, sich das Material zu verschaffen, um sich über die „Szene“ zu informieren (so hatte er sich eingelassen) (vgl. zum Fall auch *Kreutz*, DÖV 2010, 599 ff.).

Auch das OLG Frankfurt beschloss, dass ein Strafverteidiger, der das von der Staatsanwaltschaft erhaltene verfahrensgegenständliche kinderpornografische Material an einen Gutachter weitergegeben hatte, damit dieser die Feststellungen und Einschätzungen der Staatsanwaltschaft überprüfen solle, nicht in Erfüllung seiner beruflichen Pflichten gehandelt habe: „Indem die Erlaubnisnorm von ‚rechtmäßigen beruflichen Pflichten‘ spricht, nimmt sie zur Bestimmung der Berufspflichten die allgemeine Rechtslage in Bezug; mithin das gesamte Prozessrecht und die dort dem Verteidiger gewährten Rechte und Pflichten. Für die hier relevante Frage der Weitergaben von Verfahrensakten und Beweismitteln mit kinderpornografischem Inhalt ist dies insbesondere § 147 StPO, der die Einsichts- und Weitergaberechte von Verfahrensakten und Beweismitteln regelt.“ (OLG Frankfurt, Beschluss vom 02. November 2012, 2 Ws 114/12, Rn. 28).

Für § 202d StGB gilt: Eine journalistische Pflicht zur Annahme und Auswertung von Material, das taugliches Tatobjekt im Sinne des § 202d Abs. 1 StGB darstellt, besteht nicht. Die Entscheidung über das „ob“ und „wie“ einer presserelevanten Tätigkeit ist ein verfassungsrechtlich verbürgtes Recht (vgl. BVerfGE 10, 118 <121>; 91, 125 <134>; 103, 44 <59>) – diese Entscheidung kann nicht vorgegeben werden. Insofern besteht ein erheblicher Unterschied zu kinderpornografischen Schriften – dort normiert die Rechtsordnung hinsichtlich des Umgangs sehr wohl berufliche Pflichten (vgl. *Singelstein*, ZIS 2016, 432, 436).

<https://freiheitsrechte.org/datenhehlerei/>

## Verfassungsbeschwerde gegen die „Datenhehlerei“

Angesichts der schon zu § 184b StGB – trotz Existenz bestimmter Pflichten – sehr restriktiven Auslegung des Ausnahme-Tatbestandes ist demnach davon auszugehen, dass viele typische journalistische Tätigkeiten bei der Anwendung des § 202d Abs. 3 StGB gerade nicht erfasst werden, einfach weil sie zwar sachlich geboten sind, aber keine beruflichen Pflichten im oben aufgezeigten sehr engen Sinne darstellen.

### *(d) Rechtmäßigkeit der Pflichten*

Nach dem Wortlaut des § 202d Abs. 3 StGB muss die Tätigkeit der Erfüllung „rechtmäßiger“ beruflicher Pflichten dienen. Dieses Merkmal hat, wie das entsprechende Merkmal in § 184b Abs. 5 StGB, keinen eigenen Gehalt, denn: „wenn der Besitz [...] der rechtmäßigen Pflichtenerfüllung dient, kommt eine Strafbarkeit ohnehin nicht in Betracht; ob der Beruf den Besitz rechtfertigt, ergibt sich auf Tatbestandsebene“ (*Fischer*, StGB, 63. Aufl. 2016, § 184b Rn. 43).

### *(e) Ausschließlichkeit*

Dass eine Handlung „ausschließlich“ der Erfüllung von Pflichten dienen muss, schränkt die Anwendbarkeit des § 202d Abs. 3 Satz 1 StGB erheblich ein. Dieses Kriterium soll sicherstellen, dass „entsprechend der Regelung des § 184b Abs. 5 StGB [...] die konkrete Aufgabenerfüllung einziger Grund für die Verwendung der Daten ist“ (BT-Drucks. 18/5088, 48). Eine tatbestandliche Handlung, die nicht ausschließlich der Pflichtenerfüllung dient, sondern auch zu privaten Zwecken erfolgt, ist mithin nicht straffrei.

Journalisten werden aber regelmäßig aus einem Bündel an Motiven tätig, von denen manche durchaus privater Natur sein können und dürfen. So verhielt es sich beispielsweise auch bei dem Beschwerdeführer zu 3, der den Fall „LOVOO“

## Verfassungsbeschwerde gegen die „Datenhehlerei“

recherchierte. Er nutzte das tatbestandlich relevante Material nicht nur für die Unterfütterung der in seinen Veröffentlichungen enthaltenen Vorwürfe. Zugleich wollte er auch die Verantwortlichen bei der LOVOO GmbH für betrügerische Handlungen strafrechtlich und moralisch zur Rechenschaft ziehen. Dieses Interesse war rein privater Natur und beruhte auch darauf, dass einige Freunde und Bekannte des Beschwerdeführers zu 3 auf LOVOO angemeldet und teilweise sogar Opfer der Machenschaften der LOVOO GmbH waren.

Auch die Nutzung der Kreditkartensoftware durch den Beschwerdeführer zu 9 sowie die von ihm beauftragen Software Reverse Engineers erfolgte nicht ausschließlich zur Erfüllung beruflicher Pflichten. So kannte der Beschwerdeführer beide Software Reverse Engineers rein privat und schaltete sie inoffiziell in die Vorgänge ein. Der eine Software Reverse Engineer, der hauptberuflich bei einem Zahlungsdienstleister angestellt war, überprüfte und testete die Software neben seiner beruflichen Tätigkeit. Er tat dies aus persönlichem Interesse – um herauszufinden, ob die Software das Versprochene tatsächlich zu leisten vermochte.

### *(f) Handlung, die der Pflichterfüllung „dient“*

Selbst Handlungen, die im Zusammenhang mit der Erfüllung beruflicher Pflichten stehen, sind – legt man die vom Gesetzgeber ausdrücklich gewollte Auslegung des Ausnahmetatbestandes § 202d Abs. 3 StGB entsprechend derjenigen des § 184b StGB zugrunde – unter Umständen nicht erfasst. Nach dem Wortlaut des Gesetzes muss die betreffende Handlung der Pflichtenerfüllung „dienen“. Im Rahmen des § 184b Abs. 5 StGB wird dieses Merkmal so verstanden, dass die Handlung für die Erfüllung der beruflichen Pflichten erforderlich sein muss.

## Verfassungsbeschwerde gegen die „Datenhehlerei“

So hob der BGH ein Urteil auf, nach dem die Weitergabe kinderpornografischer Schriften durch einen Strafverteidiger an einen Sachverständigen zum Zwecke einer Gutachtenerstellung gem. § 184b Abs. 5 StGB straffrei war (LG Marburg, Urteil vom 9. April 2013 – 4 KLS 2 Js 3505/10.). Das Tatgericht habe nicht geprüft, ob die „Besitzverschaffung zur Erfüllung des Gutachtauftrags erforderlich war.“ (BGH, Urteil vom 19. März 2014 – 2 StR 445/13, Rn. 12).

Das OLG Frankfurt verneinte in einem ähnlich gelagerten Fall die Anwendbarkeit des § 184b Abs. 5 StGB, weil „weder dargelegt noch ersichtlich ist, dass der gesondert Verfolgte B überhaupt das kinderpornografische Bildmaterial zur „Erfüllung rechtmäßiger beruflicher Pflichten“ benötigt.“ (OLG Frankfurt, Beschluss vom 02. November 2012 – 2 Ws 114/12, Rn. 37.) Für die Überprüfung eines Gutachtens über eine in einem Strafverfahren zu § 184b StGB ausgewertete Festplatte sei „in der Regel die Einsicht in die Verbildung [...] selbst nicht notwendig“ (OLG Frankfurt, Beschluss vom 02. November 2012 – 2 Ws 114/12, Rn. 37).

Übertragen auf § 202d StGB bedeutet dies: Ein Gericht würde anhand der „dargelegten und ersichtlichen“ Informationen im Einzelfall prüfen, ob die Voraussetzungen des Strafausschließungsgrundes erfüllt sind.

Um in den Genuss des § 202d Abs. 3 StGB zu kommen, müsste ein Mitglied der Presse also substantiiert darlegen und begründen, warum eine tatbestandliche Handlung für eine Veröffentlichung *erforderlich* (und nicht nur förderlich) war. Dafür wird er in vielen Fällen Informationen über seine Quellen preisgeben müssen. Dies gilt insbesondere dann, wenn er Daten weitergegeben hat, weil er sich nicht sicher war, ob eine Quelle vertrauenswürdig ist. So verhielt es sich etwa in beiden Beispielfällen der Beschwerdeführer von der Redaktion der c't. Ob die Vertrauenswürdigkeit tatsächlich zweifelhaft war, kann ein Gericht nur

<https://freiheitsrechte.org/datenhehlerei/>

## Verfassungsbeschwerde gegen die „Datenhehlerei“

überprüfen, wenn es alle relevanten Informationen über die Quelle erhält. Selbst wenn dafür im Einzelfall nicht die Preisgabe des Namens der Quelle erforderlich ist, kann die Quelle dadurch leicht identifizierbar werden. Der für die journalistische Tätigkeit unerlässliche Quellenschutz wird also ausgehebelt.

Hinzu kommt, dass sich oft erst im Nachhinein herausstellt, ob eine Entgegennahme von rechtswidrig erlangten Daten i.S.d. § 202d Abs. 1 StGB für eine Veröffentlichung oder anderweitige berufliche Handlung erforderlich war. Bevor sich etwa ein Journalist für eine Veröffentlichung entscheidet, muss er das rechtswidrig erlangte Material erst einmal sichten, auswerten und verifizieren. Stellt sich dabei heraus, dass es nicht für eine Veröffentlichung verwendet werden oder eine Veröffentlichung unabhängig davon erfolgen kann, war die Entgegennahme nicht erforderlich und mithin strafbar.

Aus Angst vor einer möglichen Strafbarkeit werden Journalisten also möglicherweise relevantes Material nicht mehr annehmen. Bei § 184b StGB ist die vollständige Austrocknung des Marktes für kinderpornografisches Material erwünscht und nachvollziehbar. Für presserelevante Handlungen, insbesondere investigativen Journalismus, steht ein solches „Austrocknen“ des Austausches mit solchen Daten schlicht im Widerspruch zu der verfassungsrechtlichen Wertung und zur ständigen Rechtsprechung, dass die „Berichterstattung von der Beschaffung der Information bis zur Verbreitung der Nachricht und der Meinung (vgl. BVerfGE 10, 118 <121>; 91, 125 <134>)“ (BVerfGE 103, 44 <59>) gewährleistet sein müssen.

Auch in den beiden oben genannten Beispielfällen ist – überträgt man die sehr restriktive Auslegung dieses Tatbestandsmerkmals bei § 184b Abs. 5 StGB – mithin keineswegs gesichert, dass die strafrechtlich relevanten Handlungen

<https://freiheitsrechte.org/datenhehlerei/>

## Verfassungsbeschwerde gegen die „Datenhehlerei“

„erforderlich“ gewesen sind, auch wenn eine solche Auslegung die journalistischen Sorgfaltsmaßstäbe grob verkennen würde:

Im Fall LOVOO hätte der Beschwerdeführer zu 3 sich möglicherweise entgegenhalten lassen müssen, die Veröffentlichung der Anschuldigungen habe auch ohne Sichtung und Auswertung des strafrechtlich relevanten Materials erfolgen können; er habe den Informanten auch zitieren können, anstatt das Material einer eigenen Überprüfung zu unterziehen. Gleiches gilt analog im Falle der Kreditkartenbetrugs-Software [...]: Hier müssten die Journalisten damit rechnen, dass ihnen *ex post* vorgehalten würde, sie hätten über den Vorfall auch schreiben können, ohne die Software selbst zu inspizieren oder analysieren zu lassen, indem sie sich lediglich auf die Quelle hätten stützen können.

Eine solche Auslegung setzt Journalisten nicht nur unkalkulierbaren Strafbarkeitsrisiken aus. Sie gefährdet zugleich die Seriosität der journalistischen Berichterstattung: Ungeprüfte Behauptungen von mitunter fragwürdigen Quellen zu veröffentlichen, ist mit den Aufgaben eines der Wahrheit verpflichteten Journalisten nicht zu vereinbaren. Beispielsweise verfügten die Journalisten im Fall [...] bis zur Analyse der Software durch externe Experten lediglich über die Aussagen der dem kriminellen Milieu entstammenden Quelle, dass die Software tatsächlich die angegebenen Eigenschaften hatte. Erst durch die externe Prüfung gelangten die Journalisten an wesentliche Informationen, die den Inhalt der Veröffentlichung entscheidend geprägt haben.

*b) Eingriff durch einschüchternde und abschreckende Wirkung des § 202d StGB*

Ein Eingriff in den Schutzbereich ergibt sich aber nicht nur dadurch, dass Verhalten, welches in den Schutzbereich der Pressefreiheit fällt, unmittelbar unter Strafe gestellt wird. Vielmehr greift das Gesetz auch dadurch in die Pressefreiheit

<https://freiheitsrechte.org/datenhehlerei/>

## Verfassungsbeschwerde gegen die „Datenhehlerei“

ein, als es in mehrfacher Hinsicht Einschüchterungseffekte (*chilling effects*) hervorruft:

Zum einen kann die Aussicht, zum Objekt staatlicher Ermittlungsmaßnahmen zu werden, die journalistisch arbeitenden Beschwerdeführer (vgl. die Aufzählung oben Seite 35) selbst davon abhalten, mit Material zu arbeiten, das ein Tatobjekt im Sinne des § 202d StGB darstellt. Bildhaft gesprochen ist § 202d StGB über den – ohnehin nur schwer abzugrenzenden – Bereich des eindeutig Strafbaren hinaus mit einer Aura des „vielleicht Strafbaren“ umgeben, der Journalisten davon abhalten kann, ihre Arbeit zu tun. Dies gilt insbesondere aufgrund bestimmter Besonderheiten des journalistischen Arbeitens: Gerade investigativ tätige Journalistinnen und Journalisten sind existentiell auf einen von staatlicher Ausspähung freien Vertrauensbereich angewiesen, in dem sie recherchieren und sich mit Informanten austauschen können. Dieser Vertrauensbereich wird nicht erst durch eine strafrechtliche Verurteilung zerstört, sondern bereits durch die Befürchtung, sich *vielleicht* strafbar zu machen. Diese Möglichkeit und der Verdacht der Strafbarkeit kann über Hintertüren im strafprozessualen Schutz des Vertrauensbereiches (§ 97 Abs. 2 StPO) Anknüpfungspunkt für staatliche Ausforschung sein.

Zum anderen ergeben sich Einschüchterungseffekte dadurch, dass Quellen eingeschüchtert werden: zum einen, weil sie sich womöglich ihrerseits strafbar machen, wenn sie Informationen an Journalisten weitergeben, vor allem aber, weil § 202d StGB über die Möglichkeit von Ermittlungseingriffen das Redaktionsgeheimnis bedroht und die Quellen somit nicht mehr darauf vertrauen können, dass das Vertrauensverhältnis zu Journalistinnen und Journalisten gewahrt bleibt.

<https://freiheitsrechte.org/datenhehlerei/>

## Verfassungsbeschwerde gegen die „Datenhehlerei“

### (1) Einschüchterungseffekte in der Rechtsprechung des angerufenen Gerichts

Das angerufene Gericht hat anerkannt, dass bereits die Möglichkeit, Adressat einer in die Grundrechte eingreifenden staatlichen Maßnahme zu sein, einen erheblichen und verfassungsrechtlich relevanten Einschüchterungseffekt haben kann (BVerfGE 65, 1 <42>; 113, 29 <46>; 115, 166 <188>; 120, 378 <402>; 125, 260 <335>: „diffuse Bedrohlichkeit“). So dient das Recht auf informationelle Selbstbestimmung nach Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG „über das hinaus, was es unmittelbar gewährleistet, auch dem Schutz vor einem Einschüchterungseffekt, der entstehen und zu Beeinträchtigungen bei der Ausübung anderer Grundrechte führen kann“ (BVerfGE 113, 29 <46>; 115, 166 <188>). Gleichfalls anerkannt ist der Eingriffscharakter von Einschüchterungswirkungen im Kontext der Versammlungsfreiheit, wo der Erste Senat für Video-Aufnahmen ausdrücklich festgestellt hat: „Das Bewusstsein, dass die Teilnahme an einer Versammlung in dieser Weise festgehalten wird, kann Einschüchterungswirkungen haben, die zugleich auf die Grundlagen der demokratischen Auseinandersetzung zurückwirken. Denn wer damit rechnet, dass die Teilnahme an einer Versammlung behördlich registriert wird und dass ihm dadurch persönliche Risiken entstehen können, wird möglicherweise auf die Ausübung seines Grundrechts verzichten.“ (BVerfGE 122, 342 <369>).

Zudem werde das „rechtlich geschützte Vertrauensverhältnis zwischen Rechtsanwalt und Mandant [...] jedenfalls dann berührt, wenn wegen der Gefahr von Abhörmaßnahmen ein Mandatsverhältnis von Anfang an mit Unsicherheiten hinsichtlich seiner Vertraulichkeit belastet wird. Mit dem Ausmaß potenzieller Kenntnis staatlicher Organe von vertraulichen Äußerungen wächst die Gefahr, dass sich auch Unverdächtige nicht mehr den Berufsheimnisträgern zur Durchsetzung ihrer Interessen anvertrauen“ (BVerfG, Beschluss – 2 BvR 2094/05 = NJW 2007, 2749, 2751). Daraus folgt: „Von einem ungenügenden rechtlichen Schutz des Vertrauensverhältnisses, dem möglichen staatlichen

<https://freiheitsrechte.org/datenhehlerei/>

## Verfassungsbeschwerde gegen die „Datenhehlerei“

Zugriff auf seine Inhalte, geht ein „chilling effect“ aus, der als Nebeneffekt den Bürger faktisch von einer verfassungsrechtlich geschützten Kommunikation abhält.“ (*Ignor*, NJW 2007, 3403, 3405 mit Verweis auf *Paeffgen*, in: FS Rieß, 2002, S. 433).

Diese Argumentation hat das angerufene Gericht bereits ausdrücklich auf das Vertrauensverhältnis zwischen Journalist und Quelle übertragen. So hat es entschieden, dass nicht nur die Durchsuchung von Redaktionsräumen wegen der Beeinträchtigung der redaktionellen Arbeit selbst einen Eingriff in die Pressefreiheit darstellt, sondern auch die damit einhergehende „Möglichkeit einer einschüchternden Wirkung“ (BVerfGE 117, 244 <259>).

Auch der EGMR hat die grundrechtsbeeinträchtigende Wirkung von Einschüchterungseffekten anerkannt: „Wenn staatliche Behörden oder Gerichte Maßnahmen treffen oder Sanktionen verhängen, welche die Presse davon abhalten können, sich an der Diskussion über Angelegenheiten von berechtigtem öffentlichem Interesse zu beteiligen, ist Vorsicht geboten (s. EGMR, MR 2007, 17 Nr. 49 – Standard Verlags-GmbH/Österreich; EGMR, Slg. 2009 Nr. 37 – Kulis u. Rozycki/Polen). Die abschreckende Wirkung solcher Sanktionen auf die Ausübung der Pressefreiheit liegt auf der Hand (s. mutatis mutandis EGMR, Slg. 1999-VII Nr. 50 = NJW 2001, 1195 [1197] – Wille/Liechtenstein; EGMR, Slg. 2002-II Nr. 54 = ÖJZ 2003, 430 – Nikula/Finnland; EGMR, Slg. 1996-II, S. 500 Nr. 39 = MR 1996, 123 – Goodwin/Vereinigtes Königreich; EGMR, Urt. v. 13. 11. 2003 – 25091/94, Nr. 714 – Elci u. a./Türkei). Sie wirkt sich zum Schaden der Gesellschaft insgesamt aus und spielt eine Rolle bei der Verhältnismäßigkeit und damit der Rechtfertigung der Sanktionen gegen die Vertreter der Medien.“ (EGMR, Urteil v. 5.7.2011, Nr. 18990/05 – Wizerkaniuk v. Poland, Rn. 68 = NJOZ 2012, 330, 333).

<https://freiheitsrechte.org/datenhehlerei/>

## Verfassungsbeschwerde gegen die „Datenhehlerei“

Eine Norm ist daher aus grundrechtlicher Perspektive nicht nur insoweit der Rechtfertigung bedürftig, wie sie selbst dem Schutzbereich eines Grundrechts unterfallendes Verhalten direkt unter Strafe stellt und damit unmöglich macht. Darüber hinaus sind auch Selbstbeschränkungen von Grundrechtsträgern einer Norm als Eingriffe durch diese Norm gleichsam zuzurechnen, sofern die Grundrechtsträger aufgrund einer auf die Norm zurückzuführenden nachvollziehbaren Besorgnis „freiwillig“ auf grundrechtlich geschütztes Verhalten verzichten.

### (2) Einschüchterungseffekte durch potentielle Ermittlungsmaßnahmen

Strafprozessuale Ermittlungsmaßnahmen gegen die Presse, insbesondere Sicherstellungen und Beschlagnahmen gem. § 94 StPO sowie Durchsuchungen gem. §§ 102 ff. StPO, greifen in erheblichem Maße in die journalistische Freiheit ein. So hat das angerufene Gericht bereits entschieden, dass „eine Durchsuchung in Presseräumen [...] wegen der damit verbundenen Störung der redaktionellen Arbeit und der Möglichkeit einer einschüchternden Wirkung eine Beeinträchtigung der Pressefreiheit (darstellt) (vgl. zuletzt BVerfG, 1. Kammer des Ersten Senats, Beschluss vom 1. Februar 2005 – 1 BvR 2019/03 –, NJW 2005, 965)“ (BVerfGE 117, 244 <259>).

§ 202d StGB ist ein idealer Türöffner für derartig einschüchternde Ermittlungsmaßnahmen gegen die Presse. Der Tatbestand des § 202d Abs. 1 StGB ist extrem weit, ein Anfangsverdacht lässt sich einfach begründen. Und insbesondere der Tatbestandsausschluss des § 202d Abs. 3 StGB ist nicht geeignet, einen solchen Verdacht zu beseitigen. Die Ermittlungsbehörden können sich leicht – und durchaus zu Recht – darauf berufen, es lasse sich ohne Anwendung invasiver Ermittlungsmaßnahmen gar nicht feststellen, ob eine Handlung ausschließlich der Erfüllung beruflicher Pflichten gedient habe. Hier wird in der Praxis also gelten: „Im Zweifel für den Tatverdacht“. Denn ein auch

<https://freiheitsrechte.org/datenhehlerei/>

## Verfassungsbeschwerde gegen die „Datenhehlerei“

privates Interesse des Journalisten – das nach dem Wortlaut des § 202d Abs. 3 StGB („ausschließlich“) den Tatbestandsausschluss entfallen lässt – muss erst einmal ausgeschlossen werden; im Zweifel lässt sich bei engagierten investigativen Journalistinnen und Journalisten stets begründen, sie hätten möglicherweise auch aus persönlichem Interesse am Thema ihrer Recherche gearbeitet.

Ebenso lässt sich nur allzu leicht argumentieren, das „Sich-Verschaffen“ oder Weitergeben eines bestimmten den Tatbestand des § 202d Abs. 1 StGB erfüllenden Materials sei für eine konkrete Veröffentlichung nicht erforderlich, sodass dieses Verhalten gerade nicht in Erfüllung einer „beruflichen Pflicht“ erfolgt sei. Denn oftmals kann erst nach genauer Sichtung und Auswertung des Materials beurteilt werden, ob das Sich-Verschaffen oder ggf. auch die Weitergabe an Dritte zur Auswertung wirklich erforderlich war. Eine derartige Bewertung nimmt unter Umständen erhebliche Zeit in Anspruch, etwa weil das Material umfangreich oder der Sachverhalt komplex ist. So umfassten die „Panama Papers“, welche u.a. der Beschwerdeführer zu 5 ausgewertet hat, etwa 2600 Gigabyte – also 2,6 Millionen Megabyte – Daten. Bis zur abschließenden Bewertung bzw. Verifizierung wäre der Nachweis, dass das Sich-Verschaffen bzw. die Weitergabe der Daten unter Erfüllung des Tatbestands des § 202d Abs. 1 StGB für eine Veröffentlichung „erforderlich“ war, oftmals nicht möglich. Bis dahin wären also Ermittlungsmaßnahmen nur allzu leicht – und völlig legal – vorzunehmen, da ein Verdacht fortbestünde, dass der Ausschlussstatbestand des Abs. 3 gerade nicht erfüllt ist.

Die Kombination aus sehr weitem Tatbestand und allzu engem Ausschlussstatbestand mit vielen unbestimmten, aber tendenziell engen und von der Rechtsprechung zum Vorbild § 184b Abs. 5 StGB ausgesprochen restriktiv gehandhabten Merkmalen setzt Betroffene insgesamt einem mit der

<https://freiheitsrechte.org/datenhehlerei/>

## Verfassungsbeschwerde gegen die „Datenhehlerei“

Pressefreiheit nicht zu vereinbarenden Risiko aus, Gegenstand strafprozessualer Ermittlungshandlungen zu werden. Dies wiederum unterminiert das grundrechtlich geschützte Vertrauensverhältnis zwischen Journalisten und ihren Quellen, da diese tatsächlich nicht mehr darauf vertrauen können, dass Journalisten, denen sie sich und ihr Material anvertrauen, nicht zum Gegenstand strafprozessualer Ermittlungseingriffe gemacht werden.

### **(3) Einschüchterungseffekte durch Strafbarkeit von Informanten und Hilfspersonen und Aufdeckung der Identität**

Das angerufene Gericht hat anerkannt, dass der Schutz der Pressefreiheit auch die „Geheimhaltung der Informationsquellen und das Vertrauensverhältnis zwischen Presse beziehungsweise Rundfunk und dem Informanten“ umfasst (BVerfGE 117, 244 <259>; vgl. auch BVerfGE 100, 313 <365> m.w.N.). „Dieser Schutz ist unentbehrlich, weil die Presse auf private Mitteilungen nicht verzichten kann, diese Informationsquelle aber nur dann ergiebig fließt, wenn sich der Informant grundsätzlich auf die Wahrung des Redaktionsgeheimnisses verlassen kann (vgl. BVerfGE 20, 162, <176, 187>; 36, 193 <204>).“ (BVerfGE 117, 244 <259>). Eben dieses Vertrauensverhältnis wird durch § 202d StGB erheblich beschädigt, denn die Norm hält Quellen, aber auch andere Hilfs- und Mittelspersonen, davon ab, mit Journalisten zusammenzuarbeiten. Dies tut sie in zweifacher Hinsicht.

#### ***(a) Einschüchterung von Quellen und Hilfspersonen aufgrund Risikos eigener Strafbarkeit***

Erstens laufen Quellen sowie Mittels- und Hilfspersonen – je nach konkreter Fallgestaltung – Gefahr, sich gem. § 202d StGB strafbar zu machen, wenn sie mit Journalisten zusammenarbeiten. Dies betrifft in besonderem Maße Gewährsmänner, also Personen, die Informationen im Auftrage Dritter an

## Verfassungsbeschwerde gegen die „Datenhehlerei“

Journalisten weitergeben, die nicht berufsmäßig handeln, sondern nur gelegentlich eine nach § 202d StGB relevante Nachricht oder Information weitergeben oder zur Verfügung stellen. Sie unterfallen dem Tatbestandsausschluss des § 202d Abs. 3 StGB unter keiner rechtlichen Erwägung (vgl. Löwe/Rosenberg/*Ignor/Bertheau*, StPO, 26. Aufl. 2012, § 53 Rn. 55).

Derartige Fälle treten regelmäßig auf. Dies belegt bereits die oben genannte Strafbarkeit der Reverse Engineers, die bei der Aufdeckung des Kreditkartenbetrugs mitgewirkt haben. Auch Rechtsanwälte machen sich regelmäßig strafbar, da der Ausschlussstatbestand typischerweise nicht eingreift (vgl. im Detail unten Seite 120 ff.).

Überdies sehen sich Quellen sowie Mittels- und Hilfspersonen aufgrund der Regelungstechnik und der Unbestimmtheit des § 202d StGB einem erheblichen Einschüchterungseffekt ausgesetzt. Wie Journalisten müssen auch Quellen sowie Hilfs- und Mittelspersonen selbst dann, wenn sie Handlungen vornehmen, die vom Tatbestandsausschluss des § 202 Abs. 3 StGB erfasst sind, befürchten, dass Ermittlungsmaßnahmen gegen sie eingeleitet werden. Dieses Risiko mag sie davon abhalten, Journalisten mit Informationen zu versorgen oder ihnen Hilfeleistungen zu erbringen (so auch *Singelnstein*, ZIS 2016, 432, 435 f.).

### *(b) Einschüchterung von Quellen aufgrund Unterminierung der Geheimhaltung durch Eingriffe bei Journalistinnen und Journalisten*

Insbesondere Quellen können zudem davon abgehalten werden, Journalisten zu unterstützen und sich ihnen zu offenbaren, weil die Geheimhaltung des Gesagten nicht gesichert ist, denn § 202d StGB ermöglicht strafprozessuale Ermittlungsmaßnahmen, insbesondere die Durchsuchung nach § 102 StPO, gegenüber Journalisten: „[P]otentielle Informanten [können] durch die

<https://freiheitsrechte.org/datenhehlerei/>

## Verfassungsbeschwerde gegen die „Datenhehlerei“

begründete Befürchtung, bei einer Durchsuchung könnte ihre Identität festgestellt werden, davon abgehalten werden, Informationen zu liefern, die sie nur im Vertrauen auf die Wahrung ihrer Anonymität herauszugeben bereit sind.“ (BVerfGE 117, 244, <259>). Auch dieser Einschüchterungseffekt beschädigt den Informationsfluss.

### 3. Rechtfertigung des Eingriffs

Die massiven Eingriffe in den Schutzbereich der Pressefreiheit, die § 202d StGB mit sich bringt, sind auch nicht gerechtfertigt. Zwar ist § 202d StGB ein allgemeines Gesetz im Sinne von Artikel 5 Abs. 2 GG, durch das die Pressefreiheit im Grundsatz eingeschränkt werden kann. Allerdings verletzt die Einschränkung durch § 202d StGB das Prinzip der Verhältnismäßigkeit. Hiernach müssen staatliche Eingriffe, durch die Grundrechte eingeschränkt werden, geeignet, erforderlich und angemessen sein, um einen legitimen Zweck zu erreichen. Es ist schon zweifelhaft, ob § 202d StGB einem legitimen Zweck dient. Jedenfalls ist die Strafvorschrift nicht geeignet, erforderlich und angemessen, um einen solchen Zweck zu erreichen.

#### a) *Legitimer Zweck*

Eine gesetzliche Einschränkung in den Schutzbereich eines Grundrechts fallender Handlungen ist nur gerechtfertigt, wenn das Gesetz einem legitimen Zweck dient (BVerfGE 67, 157 <173>; 120, 224 <239 ff.>). Schon der Zweck, dem § 202d StGB dienen soll, ist jedoch kaum zu bestimmen: Ausweislich der letzten Fassung der Gesetzesbegründung beabsichtigt der Gesetzgeber durch den Straftatbestand der Datenhehlerei den Schutz des „formellen Datengeheimnisses“ bzw. der „formellen Verfügungsbefugnis“ an Daten (sogleich unten (1)). Dieser Zweck wird auch der weiteren verfassungsrechtlichen Prüfung zugrunde gelegt, denn zwei weitere denkbare Zwecke scheiden letztlich aus:

<https://freiheitsrechte.org/datenhehlerei/>

## Verfassungsbeschwerde gegen die „Datenhehlerei“

In Betracht käme im Grundsatz der Schutz der informationellen Selbstbestimmung, doch tritt dieser allenfalls zufällig ein, wenn es sich im konkreten Fall um personenbezogene Daten handelt, dies ist jedoch kein Tatbestandsmerkmal, sodass dieser Zweck außer Betracht bleiben muss (unten (2)).

Ebenfalls nicht der Prüfung zugrunde gelegt werden kann der Schutz des gedanklichen Inhalts beliebiger Daten (unten (3)): Zwar führt die gesetzestechnisch missratene Fassung des § 202d StGB dazu, dass die Norm de facto den Schutz beliebiger Daten vor jeder Weitergabe bewirkt, doch findet sich für einen solchen Schutzzweck keinerlei Anhaltspunkt in der Begründung, außerdem würde dieser Schutzzweck zu abwegigen Konsequenzen führen.

### **(1) Formelles Datengeheimnis / formelle Verfügungsbefugnis**

Die letzte Fassung der Gesetzesbegründung verweist ausdrücklich darauf, dass § 202d StGB das formelle Datengeheimnis (BT-Drucks. 18/5088, 26, 45 ff.) bzw. die formelle Verfügungsbefugnis (BT-Drucks. 18/5088, 3, 26 f., 46) an Daten schütze. Das formelle Datengeheimnis ist auch als von § 202a f. StGB geschütztes Rechtsgut anerkannt. Geschützt werden sollen also unter anderem Interessen, die dem Schutz der Art. 14 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG unterfallen.

### **(2) Informationelle Selbstbestimmung**

Zweck von § 202d StGB könnte auf den ersten Blick auch der Schutz der informationellen Selbstbestimmung sein. Hiervon war noch in der Begründung einer früheren Entwurfsfassung die Rede (BT-Drucks. 17/14362, 12). § 202d StGB umfasst jedoch tatbestandlich nicht nur personenbezogene Daten, sondern auch Daten, die Informationen ohne Personenbezug repräsentieren. Von seiner früheren Intention, den „Handel mit rechtswidrig erlangten digitalen Identitäten“

<https://freiheitsrechte.org/datenhehlerei/>

## Verfassungsbeschwerde gegen die „Datenhehlerei“

wie „Kreditkartendaten oder Zugangsdaten zu Online-Banking, E-Mail-Diensten oder sozialen Netzwerken“ zu unterbinden (BT-Drucks. 17/14362, 9), ist der Gesetzgeber spätestens abgerückt, als er die Voraussetzung, dass der Berechtigte ein schutzwürdiges Interesse an den betroffenen Daten haben muss, gestrichen hat.

Damit sind nun prinzipiell sämtliche nicht allgemein zugängliche Daten taugliche Tatobjekte, ungeachtet ihres Personenbezuges bzw. ihrer Personenbeziehbarkeit. Dann aber stellt sich ein möglicherweise im konkreten Einzelfall einer Verletzung des § 202d Abs. 1 StGB berührter Schutz der informationellen Selbstbestimmung als zufällig dar, weil die Norm tatbestandlich in keiner Weise hierauf bezogen ist, sodass dieses verfassungsrechtlich geschützte Gut bei der weiteren Abwägung außer Betracht bleiben muss.

### **(3) Schutz beliebiger Daten vor der Weitergabe?**

De facto ergibt sich aus § 202d Abs. 1 StGB ein Schutz des gedanklichen Inhalts *beliebiger* Daten vor der Erlangung durch Dritte. Dieser im Ergebnis durch das Gesetz verfolgte Schutzzweck kann indes nicht als Zweck des Gesetzes der verfassungsrechtlichen Prüfung zugrunde gelegt werden: Zum einen lässt er sich aus den Materialien zur Gesetzgebung nicht als Zweck des Gesetzes herleiten; man würde hiermit also dem Gesetzgeber eine Motivation unterschieben, für die es keinen Beleg gibt und die insbesondere auch nicht Grundlage seiner Entscheidung über die Strafbarkeit des tatbestandlichen Verhaltens war. Vor allem aber würde ein so konturloser Zweck zu abwegigen Ergebnissen führen.

## Verfassungsbeschwerde gegen die „Datenhehlerei“

### *(a) Faktischer Gesetzeszweck: Schutz beliebiger Daten vor Weiterverbreitung?*

Der Tatbestand des § 202d StGB kann auch dann erfüllt werden, wenn der Vortäter die formelle Verfügungsbefugnis an den von ihm erlangten Daten hat, also wenn gar nicht gegen eine fremde formelle Verfügungsbefugnis an den Daten verstoßen wird. Daher ist die Norm ungeeignet, um die formelle Verfügungsbefugnis zu schützen (siehe im Einzelnen sogleich unten unter b)). Weil jedoch nicht einmal der Bruch der formellen Verfügungsbefugnis Tatbestandsmerkmal ist, bewirkt § 202d StGB vielmehr – offenbar gleichsam „aus Versehen“, jedenfalls lässt sich eine entsprechende Absicht des Gesetzgebers den Materialien nicht entnehmen – sogar bei beliebigen Ziffern- oder Buchstabenkombinationen einen quasi-immaterialgüterrechtlichen Schutz (*Stuckenberg*, ZIS 2016, 526, 530 ff.). Denn es kommt nach dem Tatbestand gerade nicht darauf an, welche inhaltliche Qualität die Informationen haben.

Auf den Punkt gebracht: Speichert jemand eine Text-Datei, die alleine die Zahlenfolge „1,2,3“ enthält, auf einem USB-Stick ab, geht dieser USB-Stick verloren und wird gefunden, so begeht ein Finder, der den Stick nicht beim Fundbüro abgibt, eine Fundunterschlagung; der Stick und die darauf befindlichen Daten sind fürderhin „durch eine rechtswidrige Tat erlangt“. An der völlig belanglosen Datei ist nunmehr eine Datenhehlerei möglich, etwa wenn der unehrliche Finder die Datei an einen Dritten weitergibt („sich verschaffen“ des Dritten).

### *(b) Abwegige Konsequenzen eines solchen unterstellten Gesetzeszwecks*

An einem derartig uferlosen Verbot der Weiterverbreitung beliebiger Informationen besteht kein legitimes Interesse. Weil § 202d StGB sämtliche noch so belanglosen Daten erfasst, begründet das Strafrecht mit ihm Ausschließlichkeitsrechte an wertlosen Informationen als Selbstzweck. Nicht

<https://freiheitsrechte.org/datenhehlerei/>

## Verfassungsbeschwerde gegen die „Datenhehlerei“

einmal der zivilrechtliche Schutz ist derart weitreichend: Informationen sind grundsätzlich frei. Nur in explizit geregelten Fällen ist diese Freiheit durch immaterialgüterrechtlichen Schutz eingeschränkt. Anders als beim Sacheigentum, das dem Eigentümer ein grundsätzlich umfassendes Herrschaftsrecht an jeder Art von körperlichem Gegenstand verleiht (§ 903 BGB), setzt der Schutz von immateriellen Gegenständen stets eine bestimmte Qualität voraus. So schützt etwa das Urheberrecht nur eine bestimmte Form der Darstellung eines Gedankens, und dies auch nur dann, wenn die Darstellung eine gewisse Schöpfungshöhe erreicht. Mitunter kommen zu materiellen Kriterien der Schutzwürdigkeit als Immaterialgüterrecht prozedurale Erfordernisse hinzu, etwa die Eintragung einer Marke, eines Warenzeichens oder eines Patents, oder Surrogate wie die Benutzung einer nicht eingetragenen Marke und deren Marktgeltung. Ein entsprechender immaterialgüterrechtlicher Schutz kann auf die Ebene der Daten ausstrahlen. So kann die Vervielfältigung und Veröffentlichung von einer Datei, die ein urheberrechtlich geschütztes Werk enthält, rechtswidrig sein. Außerhalb des Schutzbereiches der Immaterialgüterrechte existieren jedoch zivilrechtlich bewusst keine ausschließlichen Rechte an Daten.

Der von § 202d StGB *de facto* bewirkte strafrechtliche Schutz beliebiger Daten löst sich also völlig von der materiellen Verfügungsbefugnis über die Daten und stellt damit Verhaltensweisen unter Strafe, die – abgesehen von Anspruchsgrundlagen, die auf das Strafrecht verweisen, wie etwa § 823 Abs. 2 BGB, ggf. in Verbindung mit § 1004 BGB – nicht einmal zivilrechtlich unterbunden werden könnten. Eine solche, über die materielle Rechtslage hinausreichende Kriminalisierung ist nicht nur dogmatisch verfehlt und mit dem *ultima ratio*-Charakter des Strafrechts unvereinbar, sondern kollidiert auch mit den verfassungsrechtlich gewährleisteten Kommunikationsfreiheiten (Art. 5 Abs. 1 GG): Einem legitimen Zweck dient die Bestrafung der „Hehlerei“ mit Informationen nur, wenn ein spezifisches Interesse an den Informationen

<https://freiheitsrechte.org/datenhehlerei/>

## Verfassungsbeschwerde gegen die „Datenhehlerei“

besteht, wie etwa bei Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen (strafrechtlich geschützt gem. § 17 Abs. 2 Nr. 2 UWG) oder personenbezogenen Informationen (strafrechtlich geschützt gem. §§ 43, 44 BDSG) (vgl. hierzu auch *Franck*, RDV 2015, 180, 182).

### *(c) Konsequenzen für die weitere Prüfung*

Die in einem früheren Entwurf befindliche Tatbestandsvoraussetzung, nach der Tatobjekte nur Daten sind, „an deren Nichtweiterverwendung der Berechtigte ein schutzwürdiges Interesse“ hat, hat der Gesetzgeber zwar gestrichen (BT-Drucks. 17/14362, 7). Gleichwohl kann dem Gesetzgeber nicht unterstellt werden, er habe – zumal stillschweigend und ohne die oben skizzierten weitreichenden Folgen auch nur zu erwähnen – ein derart abwegiges Ziel verfolgt wie den Schutz beliebiger Daten vor jeder beliebigen Form von Weiterverbreitung, sofern sie einmal Gegenstand einer rechtswidrigen Tat waren. Im Folgenden wird daher der in der Gesetzesbegründung genannte Zweck des Schutzes der formellen Verfügungsbefugnis zugrunde gelegt. Die weiteren Erörterungen zur fehlenden Verhältnismäßigkeit der Eingriffe in den Schutzbereich der Pressefreiheit würden indes für den Zweck des Schutzes beliebiger Daten vor jeder Weitergabe umso mehr gelten.

### *b) Geeignetheit zur Förderung des o.g. legitimen Zwecks (Schutz der formellen Verfügungsbefugnis)*

§ 202d Abs. 1 StGB ist zur Förderung des legitimen Zwecks nicht geeignet. Nach dem BVerfG ist zwar „[e]in Mittel [...] bereits dann geeignet, wenn mit seiner Hilfe der gewünschte Erfolg gefördert werden kann. Es ist nicht erforderlich, dass der Erfolg in jedem Einzelfall auch tatsächlich erreicht wird oder jedenfalls erreichbar ist; die Möglichkeit der Zweckerreichung genügt (vgl. BVerfGE 96, 10 <23>).“ (BVerfGE 120, 224 <240>). Soweit § 202d StGB nach dem oben

## Verfassungsbeschwerde gegen die „Datenhehlerei“

Gesagten noch einen legitimen Zweck – nämlich den Schutz der formellen Verfügungsbefugnis an Daten – verfolgen mag, so ist die Strafbarkeit jedenfalls zur Förderung dieses Zwecks nicht geeignet, da nicht einmal die Möglichkeit der Zweckerreichung besteht. Darüber hinaus könnte die Einführung des Straftatbestandes der Datenhehlerei der Vertraulichkeit von Daten und Informationen sogar schaden.

### (1) Untauglichkeit zum Schutz des formellen Datengeheimnisses bzw. Schutz der formellen Verfügungsbefugnis an Daten

Ausweislich der Gesetzesbegründung soll der Straftatbestand der Datenhehlerei das formelle Datengeheimnis (BT-Drucks. 18/5088, 26, 45 ff.) bzw. die formelle Verfügungsbefugnis (BT-Drucks. 18/5088, 3, 26 f., 47) an Daten schützen, die ein anderer durch eine rechtswidrige Tat erlangt hat und weitergibt. Hierbei lehnt sich § 202d StGB insbesondere an § 202a f. StGB an. Der Straftatbestand soll vor einer Perpetuierung der Rechtsverletzung schützen, die beispielsweise durch ein Ausspähen von Daten (§ 202a StGB) entstanden ist.

Diesem Zweck kann § 202d StGB jedoch denklogisch nicht dienen: Offenkundig haben sich die Verfasser des Tatbestandes in der von ihnen selbst geschaffenen Dreieckstruktur gleichsam verheddert, sodass ihnen ein Denkfehler unterlaufen ist, der die Norm *ad absurdum* führt: Dem vermeintlich verfolgten Schutzzweck kann sie nicht dienen; der tatsächlich verfolgte Zweck – nämlich der Schutz aller beliebigen Daten vor der Weitergabe – ist aus den oben bereits genannten Gründen jedoch illegitim und auch vom Gesetzgeber gar nicht intendiert.

Im Einzelnen:

Daten im Sinne von § 202a Abs. 2 StGB sind nur eine technische *Abbildung* von Informationen, also gewissermaßen ihre konkrete Niederlegung bzw.

<https://freiheitsrechte.org/datenhehlerei/>

## Verfassungsbeschwerde gegen die „Datenhehlerei“

Repräsentation. Das Kopieren von Daten ist ein Schreibvorgang, durch den eine neue Repräsentation der Daten entsteht. Zwar mag der Datensatz eines „Datendiebs“ die gleichen Informationen wie der ursprüngliche Datensatz enthalten, technisch gesehen handelt es sich aber um eine neue Repräsentation dieser Informationen. Die formelle Verfügungsbefugnis des über die ursprünglichen Daten Verfügungsberechtigten erstreckt sich gerade nicht auf Kopien dieser Daten, mag er auch an den Inhalten ein Verfügungsrecht haben.

Die Datenhehlerei gemäß § 202d StGB kann indes aufgrund der dem Tatbestand immanenten Dreiecksstruktur nur an Daten begangen werden, die vorher *jemand anderes* bereits rechtswidrig erlangt hat. Dieser andere hat aber durch den Kopiervorgang eine neue Verkörperung hergestellt und damit an der neuen Verkörperung der Informationen als „Daten“ eine *eigene* formelle Verfügungsbefugnis erlangt. Wer sich solche Daten verschafft, „perpetuiert“ also keinen Bruch einer formellen Verfügungsbefugnis über die erste *Verkörperung*, sondern allein einen Bruch der Verfügungsbefugnis über die *Inhalte*. Die Inhalte wiederum sollen aber nach dem insoweit eindeutigen Wortlaut der Gesetzesbegründung gerade nicht geschützt werden, sondern alleine die formelle Verfügungsbefugnis.

Mit anderen Worten: Durch den mit der Erstellung der Kopie verbundenen Schreibvorgang erhält der „Datendieb“ (der Vortäter des späteren Datenhehlers) selbst eine eigene, neue formelle Verfügungsbefugnis an dem kopierten Datensatz (*Berberich/Golla*, PinG 2016, 165, 171 f.; *Taeger/Selz*, Internet der Dinge, 2015, S. 915, 926). Nach dem Konzept der §§ 202a f., 303a f. StGB ist nämlich stets derjenige zur Verfügung über Daten befugt, der diese gespeichert hat („Skribent“ oder auch „Skriptor“), völlig ungeachtet etwaiger Rechte an den verkörperten Inhalten. Dies gilt auch dann, wenn der Schreibende rechtswidrig eine Kopie von Daten erstellt, über die er nicht verfügungsbefugt war (einhellige

<https://freiheitsrechte.org/datenhehlerei/>

## Verfassungsbeschwerde gegen die „Datenhehlerei“

Ansicht, vgl. nur OLG Nürnberg, Beschluss vom 23.01.2013 – 1 Ws 445/12 = CR 2013, 213, 214; *Hoeren*, MMR 2013, 486, 488; Schönke/Schröder/*Stree/Hecker*, StGB, 29. Aufl. 2014, § 303a Rn. 3; Taeger/*Selz*, Internet der Dinge, 2015, S. 915, 925 m.w.N.)

Beispielsweise würde ein Hacker, der durch unbefugten Zugriff auf einen Server Kopien von Daten auf einer eigenen Festplatte erstellt, eine *eigene* formelle Verfügungsbefugnis an den dadurch erlangten Daten erhalten. Verkaufte er diese einem Dritten, könnte sich der Dritte, auch im Bewusstsein der Vortat, zwar dem Wortlaut nach gemäß § 202d StGB strafbar machen. Er würde dabei aber gerade nicht die formelle Verfügungsbefugnis des Server-Betreibers brechen oder deren Bruch perpetuieren, denn diese ist ja bereits durch den Hacker gebrochen, und der Hacker hat eine *eigene* formelle Verfügungsbefugnis erlangt (einhellige Meinung, vgl. die Nachweise oben), auch wenn ihm inhaltlich selbstverständlich keinerlei Rechte an den „gehackten“ Daten zustehen.

Dies ergibt Sinn, wenn man den Sachverhalt auf die „analoge Welt“ überträgt (Beispiel nach *Berberich/Golla*, PinG 2016, 165, 172): Der Hacker ist vergleichbar mit jemandem, der auf dafür nicht vorgesehenem Wege in ein Gebäude einsteigt, dort einen Aktenordner aus dem Regal nimmt, den Inhalte auf eigens dafür mitgebrachtem Papier fotokopiert und den Ordner zurück ins Regal stellt. Würde der Eindringling die so erlangten Fotokopien später an einen Dritten weitergeben, der von der nächtlichen Aktivität wüsste, so läge keine Hehlerei nach § 259 StGB vor. Das Kopieren der Inhalte des Ordners und Mitnehmen der Kopie würde keinen Diebstahl und somit auch keine andere taugliche Vortat begründen. Auch eine möglicherweise begangene Straftat nach dem UrhG käme nicht als taugliche Vortat in Betracht (Müko-StGB/*Maier*, 2. Aufl. 2012, § 259 Rn. 33).

<https://freiheitsrechte.org/datenhehlerei/>

## Verfassungsbeschwerde gegen die „Datenhehlerei“

Vor diesem Hintergrund überrascht es auch nicht, dass das bestehende Immaterialgüterstrafrecht mit Ausnahme des § 17 Abs. 2 Nr. 2 UWG keine „Hehlerei-Tatbestände“ vorsieht. Während das Konzept der Hehlerei eng mit der Exklusivität des Besitzes von Sachen zusammenhängt, sind Daten nicht an einen Ort gebunden, können beliebig vervielfältigt werden und dem Zugriff verschiedener Personen gleichzeitig ausgesetzt sein (vgl. *Heinrich*, JZ 1994, 938, 942 f.). Der bestehende Schutz von Informationen wie Geheimnissen und Immaterialgütern macht die gesonderte Regelung von Hehlerei-Tatbeständen überflüssig, weil eine Weitergabe bzw. Verwendung dieser Güter schon nach den Grundtatbeständen strafbar sein kann.

Im Ergebnis erweist sich die Fassung des Tatbestands damit als grob verfehlt, weil sie sich durch eine Inkongruenz zwischen dem erklärten Ziel des Gesetzgebers und dem tatsächlich Erreichten auszeichnet: Das Ziel, die formelle Verfügungsbefugnis an verkörperten Informationen („Daten“) zu schützen, lässt sich durch einen Dreiecks-Tatbestand nicht erreichen, weil die neue Verkörperung der Daten durch den Vortäter denotwendig zu einer neuen formellen Verfügungsbefugnis führt, sodass der Datenhehler keine formelle Verfügungsbefugnis bricht bzw. keinen solchen Bruch „perpetuiert“. Tatsächlich schützt der Tatbestand daher völlig unspezifisch ein – zivilrechtlich aus gutem Grund nicht anerkanntes – Ausschließlichkeitsrecht an jeder beliebigen Kombination von Nullen und Einsen, was der Gesetzgeber selbst nicht intendierte.

### (2) Schädliche Wirkungen für den Schutz von Daten und Informationen

Da der Tatbestand der Datenhehlerei vor allem auf Mittelsmänner zielt, die Daten bzw. Informationen entgegennehmen, könnte seine Einführung der Vertraulichkeit von Daten bzw. Informationen in vielen Fällen sogar schaden. Journalisten und andere Treuhänder von Informationen stellen als Mittelsmänner

<https://freiheitsrechte.org/datenhehlerei/>

## Verfassungsbeschwerde gegen die „Datenhehlerei“

sicher, dass die Weitergabe oder Veröffentlichung von Informationen nicht unkontrolliert und auf schädigende Weise erfolgt. Dies haben nicht zuletzt die Snowden-Leaks und das Projekt „Panama Papers“ gezeigt, in denen sowohl die beteiligten Journalistinnen und Journalisten als auch die Techniker und anderen Experten die Informationsflüsse und Leaks kontrollierten und genau auswählten, welche Informationen veröffentlicht werden. Beispielsweise wurden Informationen über Privatpersonen, die nicht ohnehin im Licht der Öffentlichkeit stehen, auch nicht unter Namensnennung veröffentlicht. Sowohl die Leaks von Edward Snowden als auch die der Panama Papers lassen sich als „*responsible disclosures*“, als verantwortungsvolle Enthüllungen bezeichnen: Die Informationen wurden nicht einfach ins Internet gestellt, sondern an Journalisten übergeben, die genau prüften, welche Informationen veröffentlicht werden sollen. So wurden nur diejenigen Informationen öffentlich, die für die demokratische Debatte wesentlich waren, nicht aber personenbezogene Informationen, die nichts zur Diskussion beitragen, aber möglicherweise existenzbedrohende Konsequenzen für einzelne hätten haben können.

Demgegenüber ist kaum zu bestreiten, dass von unkontrollierten Leaks oder Whistleblower-Aktivitäten erhebliche Gefahren ausgehen können. Man denke nur an das Beispiel Wikileaks, wo typischerweise ohne Rücksicht auf Kollateralschäden veröffentlicht wird. Im Falle der US-amerikanischen „*diplomatic cables*“ sollen durch die nicht effektive Anonymisierung der „geleakten“ Depeschen von US-Auslandsvertretungen Einzelpersonen gefährdet worden sein, indem sie als Informanten der USA enttarnt wurden.

Vergleicht man die Kosten-Nutzen-Relation bei verantwortungsbewussten und „wilden“ Leaks, so wird unmittelbar deutlich, dass ein großes gesellschaftliches Interesse daran besteht, dass Whistleblower möglichst an die Presse „leaken“, anstatt ihre Daten einfach irgendwo ins Internet zu stellen. Daher ist es wichtig,

<https://freiheitsrechte.org/datenhehlerei/>

## Verfassungsbeschwerde gegen die „Datenhehlerei“

dass Anreize gesetzt werden, sich an Informationstrehänder wie etwa Journalisten zu wenden, statt Informationen unkontrolliert zu veröffentlichen.

Die Strafandrohung des § 202d Abs. 1 StGB führt jedoch zu einem Abschreckungseffekt für Mittelsmänner, für Journalisten und ihre Kooperationspartner. Kontrollierte, verantwortungsbewusste Leaks werden dadurch behindert, während fatale Anreize geschaffen werden, Informationen in unverantwortlicher Weise direkt und ungefiltert ins Netz zu stellen, etwa auf Wikileaks. Dieses Problem hat der Gesetzgeber bei der Konzeption des § 202d Abs. 1 StGB, der ursprünglich auf den Handel mit Kreditkartendaten und anderen Informationen über das „Darknet“ zielte, offenbar nicht erkannt.

### c) *Erforderlichkeit*

Auch wenn man unterstellt, dass die Regelung zur Förderung des verfolgten Zweckes geeignet ist, so ist sie hierfür jedenfalls nicht erforderlich. Die Frage nach der Erforderlichkeit strafrechtlicher Regelungen steht in einem engen Zusammenhang mit der *ultima ratio*-Funktion des Strafrechts und seiner Aufgabe subsidiären Rechtsgüterschutzes (vgl. hierzu *Jahn/Brodowski*, JZ 2016, 969 ff.). Demnach muss unter mehreren gleich wirksamen Mitteln das mildeste eingesetzt werden, um ein Rechtsgut zu schützen (BVerfGE 120, 224 <240>). Bei der Beurteilung der Erforderlichkeit steht dem Gesetzgeber ein Beurteilungsspielraum zu, „welcher vom Bundesverfassungsgericht je nach Eigenart des in Rede stehenden Sachbereichs, der auf dem Spiel stehenden Rechtsgüter und den Möglichkeiten, sich ein hinreichend sicheres Urteil zu bilden, nur in begrenztem Umfang überprüft werden kann (vgl. BVerfGE 90, 145 <172 f.> m.w.N.).“ (BVerfGE 120, 224 <240>).

Auch unter Anerkennung dieses weiten Einschätzungsspielraums erweist sich die Regelung des § 202d StGB für die Verfolgung des genannten Zweckes nicht als

<https://freiheitsrechte.org/datenhehlerei/>

## Verfassungsbeschwerde gegen die „Datenhehlerei“

erforderlich. Dies ergibt sich nicht nur daraus, dass sie den verfolgten Zweck – wie soeben ausgeführt – nicht erreichen kann. Zur Erreichung eines besseren Schutzes von Daten und Informationen vor einem illegalen Handel käme zunächst eine auf das spezifische Risiko zugeschnittene StGB-Norm als milderes Mittel in Betracht. So hätte der Gesetzgeber insbesondere einen Tatbestand mit einem enger zugeschnittenen Tatobjekt entwerfen können. Beispielsweise hätte der Kreis der erfassten Daten auf solche beschränkt werden können, an deren Nichtverwendung berechnigte Interessen bestehen oder die durch bestimmte, konkret benannte Vortaten erlangt wurden. Auch eine Verlagerung von §§ 44 Abs. 1 i.V.m. 43 BDSG in das Strafgesetzbuch unter Anpassung des Tatobjektes und ggf. der Tathandlungen wäre eine mildere Alternative gewesen (vgl. hierzu *Golla*, Die Straf- und Bußgeldtatbestände der Datenschutzgesetze, 2015, S. 235 ff.).

Der Schutz beliebiger Daten bzw. Informationen, die nicht allgemein zugänglich sind, mit Mitteln des Strafrechts ist überdies auch deswegen verfehlt, weil der Rechtsordnung ein derart weites Konzept eines „Dateneigentums“ unbekannt ist (vgl. *Berberich/Golla*, PinG 2016, 165 ff.). Eine faktische Regelung eines solch weitreichenden „Dateneigentums“ über den Hebel des Strafrechts erscheint ebenso rechtsdogmatisch wie auch praktisch als nicht haltbar. Vorrangig wäre zu diesem Zweck eine zivilrechtliche Schutzregelung zu erwägen.

### *d) Angemessenheit*

Schließlich ist der Eingriff durch die Regelung nicht angemessen. Denn § 202d StGB greift schwerwiegend in ein überragend wichtiges Rechtsgut ein (1). Die damit verfolgten Zwecke sind von geringem Gewicht (2), die Grenze des Zumutbaren ist überschritten (3). Dies gilt insbesondere, weil der Gesetzgeber naheliegende, weitaus weniger eingriffsintensive Alternativen nicht gewählt hat, mit denen er sein rechtspolitisches Ziel – die Bekämpfung des

<https://freiheitsrechte.org/datenhehlerei/>

## Verfassungsbeschwerde gegen die „Datenhehlerei“

„Identitätsdiebstahls“ sowie des Handels mit gestohlenen Kreditkartendaten – ebenso wirksam hätte erreichen können (4).

### (1) Schwerwiegender Eingriff in ein überragend wichtiges Rechtsgut

Der Eingriff in die Pressefreiheit durch § 202d StGB ist besonders schwerwiegend.

Die Pressefreiheit ist von herausragender Rolle und verfassungsrechtlich besonders verbürgt. So hat das angerufene Gericht festgestellt, dass eine freie Presse und ein freier Rundfunk von besonderer Bedeutung für den freiheitlichen Staat (sind) (vgl. BVerfGE 20, 162 <174>; 50, 234 <239 f.>; 77, 65 <74>; 117, 244 <258>). Die Gewährleistung der Pressefreiheit sei „konstituierend für die freiheitliche demokratische Grundordnung“ (vgl. BVerfGE 7, 198 <208>; 77, 65 <74>; 117, 244 <258>), weil die Presse „als ständiges Verbindungs- und Kontrollorgan zwischen dem Volk und seinen gewählten Vertretern in Parlament und Regierung“ fungiert (BVerfGE 20, 162 <175>).

Diese Kontroll- und Mittlerfunktion kann die Presse nur ausüben, wenn sie umfassenden Zugang und Zugriff auf Informationen, inklusive Quellen und Informanten, erhält (BVerfGE 103, 44 <59>). Dies schließt Informationen und Material ein, das rechtswidrig erlangt wurde. Das angerufene Gericht hat in diesem Zusammenhang ausgeführt, dass es „wenig folgerichtig (wäre), ein Aussageverweigerungsrecht aus der Pressefreiheit abzuleiten, wenn diese nicht auch die Veröffentlichung dessen umfaßte, was ein Informant auf rechtswidrige Weise erlangt und der Presse zugetragen hat. Zum anderen könnte die Kontrollaufgabe der Presse leiden, zu deren Funktion es gehört, auf Mißstände von öffentlicher Bedeutung hinzuweisen (vgl. BVerfGE 60, 234 <240f.> - Kredithaie).“ (BVerfGE 66, 116 <137>)

<https://freiheitsrechte.org/datenhehlerei/>

## Verfassungsbeschwerde gegen die „Datenhehlerei“

(2) Die Wahrnehmung der verfassungsrechtlich verbürgten Kontroll- und Mittlerfunktion als konkrete Ausprägung der Pressefreiheit wird durch § 202d StGB massiv beeinträchtigt und in Teilen unmöglich gemacht.

Die Beeinträchtigung ist unmittelbarer Natur. § 202d StGB sanktioniert Verhaltensweisen strafrechtlich, die vom Schutzbereich der Pressefreiheit erfasst und unentbehrlich sind für die Kontroll- und Mittlerfunktion der Presse (siehe bereits im Rahmen der Betroffenheit [oben Seite 37 ff.] sowie im Rahmen der Prüfung eines Eingriffs [oben Seite 61 ff.]). Die Kriminalisierung eines Verhaltens ist die denkbar schwerste Art der Beeinträchtigung. Wie bereits ausführlich dargelegt wurde, findet der Tatbestandsausschluss des § 202d Abs. 3 StGB in vielen Konstellationen, die in den Schutzbereich fallen, keine Anwendung. Darüber hinaus entsteht eine enorme Beeinträchtigung durch die mit der Regelung einhergehenden Einschüchterungseffekte (dazu oben Seite 83 ff.).

Diese ergeben sich zum einen aus dem Risiko der eigenen Strafbarkeit der Journalisten. Zwar sieht § 202d StGB Abs. 3 S. 2 Nr. 2 StGB einen Tatbestandsausschluss für gewisse journalistische Tätigkeiten vor. Dem steht allerdings die einschränkende Formulierung des § 202d Abs. 3 S. 1 StGB entgegen, nach dem diese Handlungen „ausschließlich der Erfüllung rechtmäßiger dienstlicher oder beruflicher Pflichten dienen“ müssen. Der Tatbestandsausschluss ist ausweislich der Gesetzesbegründung überaus eng auszulegen. Für den betreffenden Journalisten stellt sich oftmals erst nach der Handlung heraus, ob die Entgegennahme und Untersuchung der rechtswidrig erlangten Daten für eine konkrete Veröffentlichung oder anderweitige berufliche Handlung erforderlich war. Von dieser Frage hängt es aber ab, ob der Tatbestandsausschluss greift. In Anbetracht des neuen strafrechtlichen Risikos, das mit der Entgegennahme, Sichtung und Verifizierung von Daten, die

<https://freiheitsrechte.org/datenhehlerei/>

## Verfassungsbeschwerde gegen die „Datenhehlerei“

rechtswidrig erlangt wurden, einhergeht, werden Journalisten auf solche Handlungen zukünftig zum Teil verzichten oder sie doch wenigstens stark einschränken.

Hinzu kommen erhebliche Beeinträchtigungen durch die Einschüchterungseffekte durch das Risiko staatsanwaltlicher Ermittlungsmaßnahmen gegenüber Journalisten. Die Regelungstechnik des § 202d StGB – die Kombination aus extrem weitem Tatbestand (Abs. 1) und extrem engem Tatbestandsausschluss (Abs. 3) – macht die Norm zu einem idealen Türöffner für Ermittlungsmaßnahmen. Das Risiko, derartigen Maßnahmen ausgesetzt zu werden, beeinträchtigt die journalistische Tätigkeit in erheblichem Maße und führt dazu, dass die Nutzung von möglicherweise rechtswidrig erlangtem Material zukünftig unterbleiben könnte.

Dazu führt § 202d StGB zu massiven Beeinträchtigungen des von der Pressefreiheit geschützten Vertrauensverhältnisses zwischen den Journalisten und ihren Quellen. So riskieren Quellen, sich selbst strafbar zu machen. Zudem werden sie sich genau überlegen, sich einem Journalisten anzuvertrauen, der sich mit seiner Arbeit möglicherweise zum Objekt von Ermittlungsmaßnahmen macht. Quellen müssen also gewärtig sein, dass ihre Identität und ihr informationeller Beitrag bei einer etwaigen strafprozessualen Maßnahme aufgedeckt werden – der Quellenschutz wird dadurch faktisch aufgehoben.

§ 202d StGB stellt mithin einen Frontalangriff auf sämtliche journalistische Tätigkeiten dar, die auf dem Umgang mit möglicherweise rechtswidrig erlangten Daten basieren. Die Norm gefährdet die Pressefreiheit eklatant.

<https://freiheitsrechte.org/datenhehlerei/>

## Verfassungsbeschwerde gegen die „Datenhehlerei“

### (2) Schutzzwecke des § 202d StGB von geringem Gewicht

Dem schwerwiegenden Eingriff gegenüber stehen die angeblichen Schutzzwecke von § 202d StGB, die von geringem Gewicht sind. Für die strafrechtliche Sanktionierung der Verhaltensweisen ist erforderlich, dass ein „bestimmtes Verhalten über sein Verbotensein hinaus in besonderer Weise sozialschädlich und für das geordnete Zusammenleben der Menschen unerträglich, seine Verhinderung daher besonders dringlich ist. Wegen des in der Androhung, Verhängung und Vollziehung von Strafe zum Ausdruck kommenden sozialetischen Unwerturteils kommt dem Übermaßverbot als Maßstab für die Überprüfung einer Strafnorm besondere Bedeutung zu (vgl. BVerfGE 90, 145 <172>; 92, 277 <326>; 96, 10 <25>)“ (BVerfGE 120, 224 <240>). Insbesondere muss der den Eingriff rechtfertigende Grund von einigem Gewicht sein (vgl. zur Grundrechtsdogmatik allgemein BVerfGE 90, 145, <173>).

Diesen Anforderungen wird § 202d StGB nicht gerecht. Wie bei der Prüfung des legitimen Zweckes erörtert, ist bereits unklar, welchen Zweck § 202d StGB verfolgt, der den Eingriff rechtfertigen könnte. Möglicherweise wusste selbst der Gesetzgeber nicht genau, was er hier schützen wollte. Das formelle Datengeheimnis, das in der Gesetzesbegründung als Schutzzweck angegeben ist, vermag der Tatbestand jedenfalls nicht zu schützen (vgl. im Einzelnen oben Seite 96 ff.).

Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung wird durch die Norm ebenfalls nicht geschützt, da es im Tatbestand nicht verankert ist. So sind *alle* nicht allgemein zugänglichen Daten geschützt und nicht nur solche, die einen Personenbezug bzw. eine Personenbeziehbarkeit aufweisen; die informationelle Selbstbestimmung wird demnach allenfalls zufällig geschützt, ohne dass dies tatbestandliche Voraussetzung wäre.

<https://freiheitsrechte.org/datenhehlerei/>

## Verfassungsbeschwerde gegen die „Datenhehlerei“

Wenn die Norm letztlich *de facto* wohl den gedanklichen Inhalt beliebiger Daten schützt, so ist dies weder vom Gesetzgeber beabsichtigt, noch wäre ein solcher konturenloser und ausufernder Schutz beliebiger Daten ohne Rücksicht auf die zivilrechtliche Lage ein legitimer Zweck (vgl. hierzu oben Seite 93 ff.).

### (3) Abwägung

Bei der Abwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht und der Dringlichkeit der Gründe, die diesen Eingriff (mutmaßlich) rechtfertigen sollen, wird unmittelbar deutlich, dass die Grenze der Zumutbarkeit für die Adressaten des Verbotes überschritten ist, denn § 202d StGB belastet übermäßig.

Der Pressefreiheit ist bereits deswegen der Vorrang einzuräumen, weil die vom Gesetzgeber benannten Schutzzwecke ohne eine wesentliche Beeinträchtigung der Pressefreiheit geschützt werden könnten (vgl. zu den denkbaren Alternativen unten Seite 111 f.). Der Gesetzgeber hat den schwerwiegenden Eingriff in die Pressefreiheit bei Schaffung der Norm offenbar nicht bedacht. Nur so ist zu erklären, dass die ursprüngliche Fassung des § 202d StGB keinerlei Tatbestandsausschluss für die Belange der Pressefreiheit vorsah, sondern nur ein „Steuerfahnder-Privileg“ für den Umgang mit sogenannten „Steuer-CDs“ (Daten über mögliche Steuerhinterziehungen).

Dieses Versäumnis wollte der Gesetzgeber ausbügeln, als er den Tatbestandsausschluss in § 202d Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 StGB eingefügt hat. Allerdings hat er sich dafür den Tatbestandsausschluss des § 184b Abs. 5 StGB zum Vorbild genommen und dabei übersehen, dass zwischen dem Handel mit kinderpornografischem Material und dem Umgang mit rechtswidrig erlangten Daten erhebliche Unterschiede bestehen:

Eine grundrechtlich verbürgte Freiheit zu Besitz und Umgang mit kinderpornografischem Material kann höchstens in extremen Ausnahmefällen

<https://freiheitsrechte.org/datenhehlerei/>

## Verfassungsbeschwerde gegen die „Datenhehlerei“

in Betracht kommen; § 184b StGB soll denn auch nachvollziehbarerweise den Markt für derartiges Material vollständig austrocknen. Eine Beschränkung des § 184b Abs. 5 StGB auf Fälle, in denen der Umgang mit dem Material für die Erfüllung beruflicher oder dienstlicher Pflichten unerlässlich ist, ist mithin legitim.

§ 202d StGB hingegen verfügt über kein Wertungsfundament, das eine derart enge Auslegung rechtfertigen würde. Der Umgang mit rechtswidrig erlangten Daten ist nicht per se sozial zu ächten, sondern je nach Fallkonstellation von der verfassungsrechtlich verbürgten Pressefreiheit oder der Rundfunkfreiheit erfasst (vgl. BVerfGE 66, 116 <137 f.>). Erlangung, Verarbeitung und Verbreitung solcher Daten sind unerlässlich, damit die Presse ihre Kontrollfunktion ausüben kann. Der Tatbestandsausschluss des § 202d Abs. 3 StGB vermag daher die bezweckte und grundrechtlich gebotene Begrenzung der Strafbarkeit nicht so sicherzustellen, wie es die Pressefreiheit gebietet.

Auch ein etwaiger Schutz des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung würde den schwerwiegenden Eingriff in die Pressefreiheit nicht legitimieren. Bezweckt wäre dann etwa der Schutz vor „Identitätsdiebstahl“; § 202d StGB soll den „Handel mit rechtswidrig erlangten digitalen Identitäten“ wie „Kreditkartendaten oder Zugangsdaten zu Online-Banking, E-Mail-Diensten oder sozialen Netzwerken“ unterbinden (BT-Drucks. 17/14362, S. 7). Der Schutz vor „Identitätsdiebstahl“ und der Schutz der Pressefreiheit stehen aber in keinem Spannungsverhältnis. „Identitätsdiebstahl“ ließe sich unschwer verbieten, ohne die Pressefreiheit zu tangieren (siehe sogleich unter (4)). Wenn Mitglieder der Presse einschließlich ihre Hilfs- und Unterstützerpersonen sowie Mittlerpersonen und Informanten mit rechtswidrig erlangten Daten umgehen, droht keine Gefahr, dass Personen ihre Identität „gestohlen“ wird. Hinzu kommt

<https://freiheitsrechte.org/datenhehlerei/>

## Verfassungsbeschwerde gegen die „Datenhehlerei“

das Fehlen einer Strafbarkeitslücke, da zahlreiche andere Tatbestände des StGB und des BDSG Fälle eines möglichen „Identitätsdiebstahls“ erfassen.

Auch wenn der Schutz des gedanklichen Inhalts an beliebigen Daten in die Abwägung eingestellt wird, ergibt sich nichts anderes. Der Schutz von nicht sensiblen Daten hat keinen hohen Stellenwert; vieles spricht dafür, dass es vielmehr rechtspolitisch verfehlt ist, auch solche Formen des Umgangs mit Daten überhaupt zu kriminalisieren, die zivilrechtlich zulässig sind (abgesehen von §§ 823 Abs. 2, 1004 BGB in Verbindung mit § 202d StGB). Dieser Schutz führt aber zu einer schwerwiegenden Beeinträchtigung eines überragend wichtigen Grundrechtes.

Sofern § 202d StGB dem Schutz der formellen Verfügungsbefugnis an Daten zu dienen bestimmt ist und vor einer Perpetuierung deren Verletzung schützen soll, steht dem Regelungszweck – zusätzlich zu dem Umstand, dass ein solcher Perpetuierungsschutz bei Daten denklogisch ausscheidet (vgl. oben Seite 97 ff.) – eine fehlerhafte gesetzgeberische Grundentscheidung entgegen. § 202d StGB ist nicht nur terminologisch, sondern auch konstruktiv angelehnt an die Sachhehlerei gem. § 259 StGB. Dieses Konzept ist indes so verfehlt, dass es aus der grundrechtlichen Perspektive zu nicht überwindlichen Verwerfungen führt: Bei der Sachhehlerei ist es sachgerecht, die Perpetuierung der rechtswidrigen Vermögenslage bei jeder rechtswidrigen Vortat unter Strafe zu stellen, da sich der Eigentümer gegenüber jedem Besitzer auf seinen Herausgabeanspruch berufen kann, dessen Durchsetzung aber durch jede Proliferation des Diebesguts erschwert wird. Bei der Datenhehlerei hingegen dienen strafbare Handlungen, die Informanten bei der Beschaffung und Weiterleitung von Daten vornehmen, oftmals sehr wohl einem legitimen Interesse. Die „Datenhehlerei“ dem Tatbestand des § 259 StGB in aller Pauschalität nachzuempfinden, ist nicht zu rechtfertigen.

<https://freiheitsrechte.org/datenhehlerei/>

## Verfassungsbeschwerde gegen die „Datenhehlerei“

### (4) Naheliegende mildere Alternativen

Der Gesetzgeber hätte unter Berücksichtigung der Auswirkungen auf die Pressefreiheit bereits auf Tatbestandsebene einschränkende Tatbestandsmerkmale vorsehen müssen. So hätte er beispielsweise entsprechend dem ursprünglichen Gesetzeszweck des Schutzes von Handel mit Zahlungsdaten sowie des Schutzes vor Identitätsdiebstahl Kategorien besonders schützenswerter Daten tatbestandlich definieren können (etwa „Zahlungsinformationen“ oder „Zugangsdaten“). Zudem hätte er – entsprechend der verfassungskonformen Reduktion des § 202c StGB durch das angerufene Gericht (2 BvR 2233/07, Beschluss vom 18. Mai 2009) – Anforderungen an die Intention des Täters (also eine kriminelle Motivation) formulieren können.

Die massiven Unzuträglichkeiten, die der Tatbestand des § 202d StGB mit sich bringt, sind also keineswegs einer besonders komplexen Materie oder gar einem rechtspolitischen Dilemma geschuldet, sondern fehlender Sorgfalt des Gesetzgebers: Er hat strafrechtliche Normen geschaffen, ohne sich die verfassungsrechtlichen Bindungen bei der Setzung bewusst zu machen. Die Materialien des BMJV zum Gesetzgebungsprozess lassen vermuten, dass die mangelnde Sorgfalt das Ergebnis großer Eile war: § 202d StGB sollte in einem Artikelgesetz mit der Neuauflage der Vorratsdatenspeicherung erlassen werden, vermutlich um eine Diskussion dieses „Anti-Whistleblower-Paragrafen“ zu vermeiden – ein Kalkül, das sich in den parlamentarischen Beratungen insofern erfüllte, als die Norm nicht erkennbar diskutiert wurde. Für gesetzgeberische Sorgfalt blieb in einem solchen rechtspolitischen Klima offenbar keine Zeit.

### 4. Verletzung durch § 97 Abs. 5 Satz 2 i.V.m. § 97 Abs. 2 Satz 3 StPO

<https://freiheitsrechte.org/datenhehlerei/>

## Verfassungsbeschwerde gegen die „Datenhehlerei“

Auch die Änderung von § 97 Abs. 2 Satz 3 StPO verletzt Artikel 5 Abs. 1 Satz 2 GG.

§ 97 Abs. 2 Satz 3 StPO gilt über den Verweis in § 97 Abs. 5 Satz 2 StPO für die nach § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 StPO zeugnisverweigerungsberechtigten Personen. Nach § 97 Abs. 2 Satz 3 StPO ist die Beschlagnahme von Gegenständen bei Personen, die nach § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 StPO zur Verweigerung des Zeugnisses berechtigt sind, gestattet, wenn der dringende Verdacht einer Datenhehlerei besteht. Dies gilt, obwohl die wesentlichen beruflichen Handlungen dieser Personen nach § 202d Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 StGB vom Tatbestand der Datenhehlerei ausgeschlossen sind: Nach § 202d Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 StGB sind „solche beruflichen Handlungen der in § 53 Absatz 1 Satz 1 Nummer 5 der Strafprozessordnung genannten Personen, mit denen Daten entgegengenommen, ausgewertet oder veröffentlicht werden“, vom Tatbestand des § 202d Abs. 1 StGB ausgenommen. Ein dringender Tatverdacht der Datenhehlerei sollte also unmöglich sein, wenn die verdächtige Person nach § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 StPO zeugnisverweigerungsberechtigt ist, zumal das Zeugnisverweigerungsrecht aus § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 StPO eine berufsmäßige Mitwirkung „bei der Vorbereitung, Herstellung oder Verbreitung von Druckwerken, Rundfunksendungen, Filmberichten oder der Unterrichtung oder Meinungsbildung dienenden Informations- und Kommunikationsdiensten“ voraussetzt.

Das angerufene Gericht hat bereits geurteilt, dass § 97 Abs. 5 Satz 2 i.V.m. Abs. 2 Satz 3 StPO *alter Fassung* mit der Pressefreiheit vereinbar ist; die Regelung stelle „jedenfalls im Grundsatz einen tragfähigen Ausgleich zwischen dem Schutz der Institution einer freien Presse und eines freien Rundfunks auf der einen Seite und dem legitimen Strafverfolgungsinteresse auf der anderen Seite“ dar (BVerfG, Beschluss – 1 BvR 1739/04, Rn. 17 = NJW 2011, 1859, 1860).

<https://freiheitsrechte.org/datenhehlerei/>

## Verfassungsbeschwerde gegen die „Datenhehlerei“

Ein derartiges legitimes Interesse an einer Ausnahme vom Beschlagnahmeverbot für eine Beteiligung an einer Datenhehlerei besteht aber nicht, weil die Begehung dieses Deliktes bereits wegen § 202d Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 StGB ausgeschlossen ist.

Die Regelung des § 97 Abs. 5 Satz 2 in Verbindung mit § 97 Abs. 2 Satz 3 StPO ist auch nicht unschädlich, nur weil sie praktisch leerläuft. Sie birgt nämlich die Gefahr unzulässiger Ermittlungsmaßnahmen, indem sie suggeriert, dass bei dem Verdacht einer Teilnahme an einer Datenhehlerei auch bei Personen im Sinne des § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 StPO Beschlagnahmen ausnahmsweise zulässig sind, selbst wenn diese Personen berufliche Pflichten im Sinne des § 202d Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 StGB erfüllen. Dies kann zu schwerwiegenden Beeinträchtigungen von Grundrechtsträgern führen.

Das angerufene Gericht führte dazu aus: „Bei Durchsuchungen und Beschlagnahmen in Presseunternehmen fällt zusätzlich der mögliche oder wahrscheinliche Eingriff in die Pressefreiheit ins Gewicht. Dies betrifft zunächst die Behinderung in der Ausübung des Grundrechts, die infolge der Untersuchung und Beschlagnahme – z.B. durch Sperre von notwendigen Arbeitsräumen oder durch die Vorenthaltung von für die laufende Arbeit erforderlichem Material – eintreten kann, mehr noch aber den Einbruch in das Redaktionsgeheimnis, der regelmäßig mit diesen Zwangsmaßnahmen verbunden ist. Da das Vertrauensverhältnis zwischen der Presse und ihren Mitarbeitern und Informanten eine wesentliche Voraussetzung für die Funktionsfähigkeit eines Presseorgans bildet und eine Gefährdung dieses Vertrauensverhältnisses geeignet sein kann, über den vorliegenden Einzelfall hinaus nachteilige Auswirkungen auf andere Presseorgane und damit für die Pressefreiheit überhaupt nach sich zu ziehen, besteht hier zwangsläufig ein Konflikt zwischen dem Interesse an der Strafverfolgung und dem Schutz der Pressefreiheit, der mit Hilfe der in der oben

<https://freiheitsrechte.org/datenhehlerei/>

## Verfassungsbeschwerde gegen die „Datenhehlerei“

zitierten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts entwickelten Güterabwägung zu lösen ist.“ (BVerfGE 20, 162 <187>).

Auch die Subsidiaritätsregelung in § 97 Abs. 5 Satz 2 Halbsatz 2 StPO vermag die Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit der Regelung nicht zu beseitigen. So stellt die Regelung im Wesentlichen nur klar, was ohnehin schon gilt – nämlich dass bei staatlichen Eingriffen Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG sowie das Verhältnismäßigkeitsprinzip zu beachten sind. Nur das strenge Subsidiaritätserfordernis („aussichtslos oder wesentlich erschwert“) stellt eine besondere zusätzliche Einschränkung dar.

<https://freiheitsrechte.org/datenhehlerei/>

## Verfassungsbeschwerde gegen die „Datenhehlerei“

### II. Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG (Rundfunkfreiheit)

§ 202d StGB verletzt die nach Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG verbürgte Rundfunkfreiheit der Beschwerdeführer zu 5 und zu 10.

#### 1. Schutzbereich

Ein freier Rundfunk ist „von besonderer Bedeutung für den freiheitlichen Staat (vgl. BVerfGE 20, 162 <174>; 50, 234 <239 f.>; 77, 65 <74>)“ (BVerfGE 117, 244 <258>). „Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG schützt die Freiheit der Berichterstattung durch Rundfunk. Zu der Rundfunkfreiheit gehört ebenso wie zu der Pressefreiheit des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG der Schutz der Berichterstattung von der Beschaffung der Information bis zur Verbreitung der Nachricht und der Meinung (vgl. BVerfGE 10, 118, <121>; 91, 125 <134>; stRspr). Erst der prinzipiell ungehinderte Zugang zur Information versetzt die Medien in den Stand, die ihnen in der freiheitlichen Demokratie zukommende Funktion wahrzunehmen.“ (BVerfGE 103, 44 <59>). Der von Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG geschützte Rundfunk umfasst dabei „jede an eine unbestimmte Vielzahl von Personen gerichtete drahtlose oder drahtgebundene Übermittlung von Gedankeninhalten mit Hilfe elektrischer Schwingungen (AK-GG/Hoffmann-Riem, Art. 5 Abs. 1 u. 2 Rn. 151; Dreier/Schulze-Fielitz, Art. 5 Abs. 1 u. 2 Rn. 99)“ (Beck-OK GG/Schemmer, Art. 5 Abs. 1 S. 2 Var. 2 Rn. 66). Insbesondere davon umfasst sind dabei der herkömmliche Hörfunk und das „klassische“ Fernsehen (vgl. BVerfGE 12, 205 <226>); BVerfGE 114, 371 <387>).

„Klassisches“ Fernsehen, wie es etwa der Beschwerdeführer zu 10 für die ARD produziert, ist paradigmatischer Rundfunk. Geschützt sind die „Beschaffung der Information bis zur Verbreitung der Nachricht und der Meinung“ (vgl. BVerfGE 10, 118 <121>; 91, 125 <134>; stRspr). Aufgrund der mit der Pressefreiheit insoweit identischen Kontroll- und Mittlerfunktion (vgl. nur BVerfGE 35, 202 <222>) erstreckt sich der Schutzbereich grundsätzlich auch auf die „Verbreitung

<https://freiheitsrechte.org/datenhehlerei/>

## Verfassungsbeschwerde gegen die „Datenhehlerei“

rechtswidrig erlangter Informationen [...]“ (BVerfGE 66, 116, <137>). Die Entgegennahme und Auswertung von rechtswidrig erlangtem Material, für die Aufdeckung des russischen Dopingskandals unerlässlich, ist daher ebenso von der Rundfunkfreiheit erfasst.

Der rundfunkfreiheitliche Schutz beschränkt sich nicht auf diejenigen Personen und diejenigen Tätigkeiten, die unmittelbar auf die Produktion und Veröffentlichung des Rundfunkproduktes gerichtet ist: „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. Dazu gehören unter anderem die Geheimhaltung der Informationsquellen und das Vertrauensverhältnis zwischen Presse beziehungsweise Rundfunk zu ihren Informanten (vgl. BVerfGE 20, 162 <176, 187>; 36, 193 <204>; 117, 244 <258 f.>) sowie die Vertraulichkeit der Redaktionsarbeit (vgl. BVerfGE 66, 116 <133 ff.>; 77, 65 <75>; 100, 313 <365>; 107, 299 <330>; 117, 244 <258>).“ (BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 10. Dezember 2010 - 1 BvR 1739/04 - Rn. 14).

Sofern das angerufene Gericht die ausschließlich elektronische publizistische Tätigkeit der Beschwerdeführer zu 1, zu 2, zu 8 und zu 11 nicht als von dem weiten und entwicklungsoffenen Pressebegriff umfasst ansieht, wäre die Tätigkeit von der Rundfunkfreiheit umfasst und in gleichem Umfange geschützt.

### **2. Eingriff**

In Parallelität zur Pressefreiheit greift § 202d StGB in zweierlei Hinsicht in den Schutzbereich der Rundfunkfreiheit ein. Zunächst besteht ein Eingriff darin, dass § 202d StGB den Umgang mit rechtswidrig erlangtem Datenmaterial strafrechtlich ahndet. Weiterhin greift die Norm in die Rundfunkfreiheit ein,

<https://freiheitsrechte.org/datenhehlerei/>

## Verfassungsbeschwerde gegen die „Datenhehlerei“

indem sie erhebliche Einschüchterungseffekte produziert. So kann beispielsweise der Beschwerdeführer zu 10 seine Recherchetätigkeit nach Einführung des § 202d StGB nicht mehr in gleichem Maße betreiben, da er gewärtig sein muss, sich Ermittlungsverfahren sowie damit möglicherweise einhergehenden strafprozessualen Maßnahmen auszusetzen. Dieses Szenario ist insbesondere im Rahmen einer Recherche- und Veröffentlichungstätigkeit, die rechtswidrige und teils strafrechtlich relevante Vorgänge ausländischer Stellen, hoher Staatsbediensteter sowie in hochrelevanten Bereichen aufdeckt, besonders naheliegend. Zudem steigt das Risiko der Enttarnung und strafrechtlichen Verfolgung für die dem Beschwerdeführer zu 10 bisher bekannten sowie zukünftigen Informanten, was die Beschaffung und Auswertung von tatbestandlich relevantem Material erheblich erschweren wird. Investigative Dokumentationen wie die genannten Beiträge über das russische Dopingprogramm (s.o. Zulässigkeit) könnte etwa der Beschwerdeführer zu 10 nicht mehr erstellen.

### **3. Rechtfertigung**

§ 202d StGB greift in unverhältnismäßiger Weise in die von der Rundfunkfreiheit erfassten Verhaltensweisen ein und ist verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt. Wegen der Einzelheiten wird auf die Ausführungen im Rahmen der Prüfung des Eingriffs in die Pressefreiheit verwiesen.

## Verfassungsbeschwerde gegen die „Datenhehlerei“

### III. Art. 12 GG (Berufsfreiheit)

#### 1. Verletzung durch § 202d StGB

§ 202d StGB verletzt darüber hinaus die Beschwerdeführer zu 5 und zu 6 in ihrer Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG als Journalisten-Ausbilder und als Rechtsanwalt.

##### a) *Schutzbereich*

Unter einem Beruf ist jede auf Erwerb gerichtete Tätigkeit zu verstehen, die auf Dauer angelegt ist und der Schaffung und Aufrechterhaltung einer Lebensgrundlage dient (vgl. nur BVerfGE 105, 252, <265> m.w.N.). Keinen Unterschied macht es dabei, ob ein Beruf selbständig oder unselbständig ausgeübt wird (BVerfGE 7, 377, <398>). Weiterhin ist anerkannt, dass Art. 12 Abs. 1 GG die Berufsfreiheit – trotz der missverständlichen Formulierung – als einheitliches Grundrecht schützt und sich der Regelungsvorbehalt aus Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG sowohl auf die Berufswahl als auch auf die Berufsausübung bezieht (vgl. BVerfGE 7, 377, <402>).

Die anwaltliche Tätigkeit des Beschwerdeführers zu 6 ist mithin von Art. 12 GG geschützt. Dies betrifft zunächst die anwaltliche Beratung von Mandanten in medienrechtlichen Fragen, insbesondere im Bereich der Presse- und Rundfunkfreiheit, im Rahmen derer er auch Material, das nach § 202d StGB tatbestandlich relevant ist, juristisch prüft. Geschützt ist er aber auch, wenn der Beschwerdeführer (aufgrund seiner hohen Bekanntheit und Vernetzung in der Szene) als Mittelsmann zwischen Journalisten und ihren Quellen fungiert.

Dasselbe gilt für den Beschwerdeführer zu 5, der im Rahmen seiner nebenberuflichen Tätigkeit junge Journalistinnen und Journalisten ausbildet.

<https://freiheitsrechte.org/datenhehlerei/>

## Verfassungsbeschwerde gegen die „Datenhehlerei“

### b) *Eingriff in den Schutzbereich*

Grundsätzlich schützt Art. 12 GG nur vor Beeinträchtigungen, die auf die berufliche Betätigung bezogen sind. Es genügt also nicht, dass eine Rechtsnorm oder ihre Anwendung unter bestimmten Umständen Rückwirkungen auf die Berufstätigkeit entfaltet. Ein Eingriff in das Grundrecht der Berufsfreiheit liegt vielmehr erst dann vor, wenn die Norm, auf welche die Maßnahme gestützt ist, berufsregelnde Tendenz hat (BVerfGE 95, 267, <302>).

Dies bedeutet aber nicht, dass die Berufstätigkeit unmittelbar betroffen sein muss. Neben „klassischen“ finalen Grundrechtseingriffen stellen auch Maßnahmen Grundrechtseingriffe dar, die trotz berufsneutraler Zielsetzung mittelbare Auswirkungen auf die Berufswahl entfalten (BVerfGE 13, 181, <185 f.>) oder mittelbar ein Verhalten sanktionieren, das der Berufsausübung zuzurechnen ist (BVerfGE 13, 181, <187>; 111, 366, <373>).

§ 202d StGB verändert die Rahmenbedingungen der Berufsausübung und weist damit eine berufsregelnde Tendenz auf. Obwohl die Zielsetzung der Norm berufsneutral ist, greift die Norm aufgrund ihrer tatsächlichen Auswirkungen in den Schutzbereich von Art. 12 Abs. 1 GG ein.

Ein Eingriff besteht unter zwei Gesichtspunkten: Zunächst erfasst und pönalisiert die Norm Verhaltensweisen, die dem Schutzbereich der Berufsfreiheit unterfallen (aa). Darüber hinaus übt die Norm Einschüchterungseffekte (*chilling effects*) auf die Inanspruchnahme der beruflich geschützten Freiheit aus; hierin liegt ein weiterer, eigenständiger Grundrechtseingriff (bb).

## Verfassungsbeschwerde gegen die „Datenhehlerei“

### (1) Eingriff wegen eigener Strafbarkeit

#### (a) Strafbarkeit nach § 202d Abs. 1 StGB

Ähnlich wie Personen, die technische Hilfsleistungen erbringen, machen sich auch Rechtsanwälte nach § 202d StGB strafbar, wenn sie von Journalisten rechtswidrig erlangte Daten annehmen, um diese gegen Entgelt rechtlich zu prüfen. Derartige Daten sind, wenn sie nicht allgemein zugänglich sind, Tatobjekt im Sinne des § 202d StGB. Diese Daten wurden auch durch eine rechtswidrige Tat erlangt. Durch die Entgegennahme verschaffen Rechtsanwälte sich diese Daten. Auch der subjektive Tatbestand wird in aller Regel erfüllt sein: Bereits aus der Qualität der Daten wird sich regelmäßig ergeben, dass diese rechtswidrig erlangt wurden, wenn der Mandant dies dem Rechtsanwalt nicht ohnehin offenbart. Auch die erforderliche Bereicherungsabsicht ist gegeben, wenn Rechtsanwälte ein Honorar für ihre Leistungen in Anspruch nehmen. Rechtsfertigungs- und Entschuldigungsgründe werden regelmäßig nicht in Betracht kommen.

#### (b) Kein Entfallen des Eingriffs wegen § 202d Abs. 3 StGB

Die Strafbarkeit entfällt auch nicht aufgrund des Tatbestandsausschlusses des § 202d Abs. 3 StGB.

#### (i) Kein Regelbeispiel des § 202d Abs. 3 Satz 2 StGB

Rechtsanwälte gehören nicht zu dem nach § 202d Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 StGB i.V.m. § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 StPO privilegierten Personenkreis.

§ 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 StPO erfasst nur Personen, „die bei der Vorbereitung, Herstellung oder Verbreitung von Druckwerken, Rundfunksendungen, Filmberichten oder der Unterrichtung oder Meinungsbildung dienenden Informations- und Kommunikationsdiensten berufsmäßig mitwirken oder

<https://freiheitsrechte.org/datenhehlerei/>

## Verfassungsbeschwerde gegen die „Datenhehlerei“

mitgewirkt haben“. Der freiberuflich tätige Rechtsanwalt fällt nicht darunter. Er kann sein Zeugnisverweigerungsrecht auf § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 StPO stützen.

### (ii) Kein Tatbestandsausschluss durch § 202d Abs. 2 Satz 1

Der Umgang eines Rechtsanwalts mit tatbestandlichem Material ist auch nicht gem. § 202d Abs. 3 Satz 1 StGB von der Strafbarkeit ausgeschlossen, da er nicht ausschließlich der Erfüllung beruflicher Pflichten dient.

Rechtsanwälte unterliegen keiner „beruflichen Pflicht“, Material, das taugliches Tatobjekt im Sinne des § 202d Abs. 1 StGB darstellt, entgegenzunehmen, rechtlich zu würdigen oder an Journalisten weiterzuleiten. Die Rechtsprechung legt das Tatbestandsmerkmal der „beruflichen Pflichten“ im Rahmen des § 184b StGB sehr eng aus; laut Gesetzesbegründung ist diese Auslegung auch im Rahmen des § 202d Abs. 3 Satz 1 StGB zu berücksichtigen (vgl. im Einzelnen oben Seite 77 ff.). „Indem die Erlaubnisnorm von ‚rechtmäßigen beruflichen Pflichten‘ spricht, nimmt sie zur Bestimmung der Berufspflichten die allgemeine Rechtslage in Bezug; mithin das gesamte Prozessrecht und die dort dem Verteidiger gewährten Rechte und Pflichten (OLG Frankfurt, Beschluss vom 02. November 2012, 2 Ws 114/12, Rn. 22). Eine anwaltliche Pflicht, Daten, die durch eine rechtswidrige Tat erlangt wurden, anzunehmen und rechtlich zu würdigen oder von einer Quelle an einen Journalisten weiterzuleiten, lässt sich weder der StPO, der BRAO noch anderweitigen Rechtsquellen entnehmen.

Der tatbestandlich relevante Umgang mit rechtswidrig erlangten Daten würde überdies nicht der beruflichen Pflichterfüllung „dienen“, weil er für die Erfüllung beruflicher Pflichten nicht erforderlich wäre (a.a.O.). Journalisten könnten Rechtsanwälten den Inhalt des zu prüfenden Materials so schildern, dass das relevante rechtliche Problem verständlich werden würde. Eine Prüfung des Materials selbst wäre dafür nicht erforderlich. Auch Quellen könnten den

<https://freiheitsrechte.org/datenhehlerei/>

## Verfassungsbeschwerde gegen die „Datenhehlerei“

betreffenden Sachverhalt schildern; der Rechtsanwalt könnte dann diese Schilderung an Journalisten weiterleiten. Dass dies das Verhältnis von Rechtsanwälten und Mandanten erheblich belasten würde und eine präzise rechtliche Prüfung erheblich erschweren würde, versteht sich von selbst.

### (2) Eingriff wegen Einschüchterungseffekten

§ 202d StGB greift auch deswegen in die Berufsfreiheit ein, weil von der Norm erhebliche Einschüchterungseffekte ausgehen. So muss die tatbestandliche Handlung ausschließlich der Erfüllung beruflicher Pflichten dienen, damit eine Strafbarkeit gem. § 202d Abs. 3 S. 1 StGB ausgeschlossen ist. Ob diese Voraussetzung im Einzelfall vorliegt, können Strafverfolgungsbehörden regelmäßig erst nach Durchführung von Ermittlungsmaßnahmen beurteilen.

Rechtsanwälte werden daher aus Sorge, zum Subjekt von Ermittlungsmaßnahmen zu werden, darauf verzichten, Journalisten beratend zu unterstützen oder zwischen Journalisten und ihren Quellen zu vermitteln. Die Sorge vor Ermittlungsmaßnahmen entfaltet insbesondere für Strafverteidiger insofern einen besonders abschreckenden Effekt, als ihre berufliche Tätigkeit essentiell davon abhängt, einen geschützten Raum für ihre Mandanten bieten zu können. So hat das angerufene Gericht festgestellt: „Voraussetzung für die Erfüllung dieser Aufgabe ist ein Vertrauensverhältnis zwischen Rechtsanwalt und Mandant. Integrität und Zuverlässigkeit des einzelnen Berufsangehörigen (vgl. BVerfGE 63, 266, <286>; 87, 287, <320>; 93, 213, <236>) sowie das Recht und die Pflicht zur Verschwiegenheit (vgl. BVerfGE 76, 171, <190>; 76, 196, <209 f.>) sind die Grundbedingungen dafür, dass dieses Vertrauen entstehen kann (BVerfGE 110, 226, <252>)“. Es ist schwer vorstellbar, dass Mandanten ein Vertrauensverhältnis zu einem Anwalt aufbauen werden, der im Mittelpunkt von staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsmaßnahmen steht.

<https://freiheitsrechte.org/datenhehlerei/>

## Verfassungsbeschwerde gegen die „Datenhehlerei“

### c) *Rechtfertigung des Eingriffs*

Der Eingriff entbehrt einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung. Nach der Rechtsprechung des angerufenen Gerichts kann „die Freiheit der Berufsausübung [...] im Wege der ‚Regelung‘ beschränkt werden, soweit vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls es zweckmäßig erscheinen lassen. Die Freiheit der Berufswahl darf dagegen nur eingeschränkt werden, soweit der Schutz besonders wichtiger (überragender) Gemeinschaftsgüter es zwingend erfordert“ (BVerfGE 3, 377, <405>). Am freiesten ist der Gesetzgeber daher, wenn „er eine reine Ausübungsregelung trifft, die auf die Freiheit der Berufswahl nicht zurückwirkt, vielmehr nur bestimmt, in welcher Art und Weise die Berufsangehörigen ihre Berufstätigkeit im einzelnen zu gestalten haben“ (BVerfGE 7, 377, <405 f.>).

Bei § 202d StGB handelt es sich zwar um eine Berufsausübungsregelung. Die Norm beschränkt nicht den Zugang zu einem bestimmten Beruf durch objektive oder subjektive Zulassungsregelungen, sondern verbietet (unter Strafandrohung) eine bestimmte Art und Weise der Berufsausübung. Die Norm tut dies aber, ohne für die Erreichung eines legitimen Zweckes geeignet zu sein (vgl. die Ausführungen zur Pressefreiheit).

Selbst wenn man die vom Gesetzgeber genannten oder gar die faktisch einschlägigen Zwecke als legitim anerkennt und die Regelung für geeignet hält, diese Zwecke zu erreichen, wäre § 202d StGB hierfür nicht erforderlich. Diese Zwecke könnten auch ohne eine so wesentliche Beeinträchtigung der Berufsfreiheit erreicht werden (vgl. die Vorschläge oben Seite 111 f.).

In jedem Fall ist die Beeinträchtigung der Berufsfreiheit durch Art. 12 Abs. 1 GG aber nicht angemessen. So muss „[b]ei einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht und der Dringlichkeit der ihn

<https://freiheitsrechte.org/datenhehlerei/>

## Verfassungsbeschwerde gegen die „Datenhehlerei“

rechtfertigenden Gründe [...] die Grenze der Zumutbarkeit noch gewahrt sein. Je empfindlicher die Berufsausübenden in ihrer Berufsfreiheit beeinträchtigt werden, desto stärker müssen die Interessen des Gemeinwohls sein, denen diese Regelung zu dienen bestimmt ist“ (BVerfGE 30, 292, <316>).

§ 202d StGB greift erheblich in die Berufsausübung von Rechtsanwälten ein. Die Norm beschneidet die Möglichkeit von Rechtsanwälten, direkt mit tatbestandlichem Material zu arbeiten – Rechtsanwälte können nicht mehr legal als Mittelsmänner zwischen Quellen und Angehörigen der Presse tätig sein. Auch können sie tatbestandliches Material nicht mehr rechtlich prüfen und demnach ihre berufliche Kernaufgabe der rechtlichen Beratung nicht mehr sachgerecht wahrnehmen. Diese Beeinträchtigungen stehen außer Verhältnis zu der Bedeutung der genannten von Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Tätigkeiten von Rechtsanwälten als Organen der Rechtspflege im Rechtssystem.

### **2. Verletzung durch § 97 Abs. 3 Satz 2 StPO**

Die Änderung von § 97 Abs. 2 Satz 3 StPO verletzt Art. 12 GG. § 97 Abs. 2 Satz 3 StPO gilt für Berufsgeheimnisträger nach § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 bis 3b StPO. Die Einschränkung des § 97 Abs. 5 Satz 2 StPO ist hier also nicht anwendbar, so dass ein einfacher Tatverdacht der Teilnahme an einer Datenhehlerei genügt, um das Beschlagnahmeverbot entfallen zu lassen.

Die Möglichkeit, aufgrund eines Teilnahmeverdacht an dem überaus weiten Tatbestand der Datenhehlerei einer Beschlagnahme in dem grundsätzlich geschützten Bereich ausgesetzt zu sein, greift unverhältnismäßig in die Berufsausübung von Berufsgeheimnisträgern wie insbesondere Strafverteidigern und Rechtsanwälten ein.

<https://freiheitsrechte.org/datenhehlerei/>

## Verfassungsbeschwerde gegen die „Datenhehlerei“

Gerade bei einem Mandanten, der der Datenhehlerei verdächtig ist, wird eine Beratung oder Verteidigung praktisch oftmals nicht möglich sein, ohne als Geheimnisträger selbst mit den rechtswidrig erlangten Informationen in Berührung zu kommen. Aufgrund der Ubiquität und leichten Verkehrsfähigkeit von Daten liegt bei der Datenhehlerei die Schwelle der Tatbestandsmäßigkeit viel niedriger als etwas beim Tatbestand der Sachhehlerei. Schon wenn ein Anwalt sich die Daten, die Gegenstand eines Verdachtes sind, auf seinem Computer ansieht, läuft er Gefahr, sich nach § 202d StGB oder einer Beihilfe der Tat des Beschuldigten verdächtig zu machen.

§ 97 Abs. 2 Satz 3 StPO begründet auch dadurch eine Missbrauchsgefahr, als Strafverfolgungsbehörden versuchen könnten, die Herausgabe von Dokumentationen des Strafverteidigers, die dieser zu Verteidigungszwecken angefertigt hat, unter Berufung auf den einfachen Verdacht einer illegalen Datenerlangung zu erzwingen. Dies würde das Vertrauensverhältnis zwischen Verteidiger und Mandant erheblich belasten.

<https://freiheitsrechte.org/datenhehlerei/>

## Verfassungsbeschwerde gegen die „Datenhehlerei“

### IV. Art. 2 Abs. 1 GG (allgemeine Handlungsfreiheit)

§ 202d StGB verletzt auch die allgemeine Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG.

#### 1. Schutzbereich von Art. 2 Abs. 1 GG

Art. 2 Abs. 1 GG schützt die allgemeine Handlungsfreiheit (st. Rspr., vgl. nur BVerfGE 6, 32 <36>, aus jüngerer Zeit etwa BVerfGE 128, 193 <206>) unabhängig davon, ob die in Rede stehende Handlung einen besonderen Bezug zur Persönlichkeitsbildung aufweist. Art. 2 Abs. 1 GG erfasst jegliche Form menschlichen Handelns (BVerfGE 80, 137 <152>). Im Verhältnis zu anderen Freiheitsgrundrechten ist Art. 2 Abs. 1 GG subsidiär; die allgemeine Handlungsfreiheit wird also nur dann zum Prüfungsmaßstab für Eingriffe der öffentlichen Gewalt, wenn im jeweiligen Fall nicht speziellere Grundrechtsbestimmungen einschlägig sind (BVerfGE 6, 32 <37>), es sei denn, dass für die Verletzung von Art. 2 Abs. 1 GG ein anderer sachlicher Gesichtspunkt in Betracht kommt als für die besondere Grundrechtsnorm (BVerfGE 19, 206 <225>).

#### 2. Verletzung durch § 202d StGB

Soweit die Beschwerdeführer nicht in speziellen Freiheitsgrundrechten (Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG, Art. 12 Abs. 1 GG) verletzt sind, ist jedenfalls eine Verletzung von Art. 2 Abs. 1 GG gegeben. § 202d StGB greift in die allgemeine Handlungsfreiheit von Personen wie dem Beschwerdeführer zu 4 und zu 7 ein, die Journalisten unterstützen, ohne dabei beruflich oder selbst journalistisch tätig zu sein. Zum einen drohen sie sich selber strafbar zu machen. Zum anderen gehen von der Norm erhebliche Einschüchterungseffekte auf Verhalten aus, das in den Schutzbereich der allgemeinen Handlungsfreiheit fällt. Dieser Eingriff ist

<https://freiheitsrechte.org/datenhehlerei/>

## **Verfassungsbeschwerde gegen die „Datenhehlerei“**

auch nicht gerechtfertigt. Wegen der Einzelheiten wird auf die ausführlichen Ausführungen am Beispiel der Pressefreiheit verwiesen.

<https://freiheitsrechte.org/datenhehlerei/>

## Verfassungsbeschwerde gegen die „Datenhehlerei“

### V. Art. 3 Abs. 1 GG (Allgemeiner Gleichheitssatz)

Durch § 202d StGB wird außerdem der allgemeine Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG verletzt.

#### 1. Schutzbereich von Art. 3 Abs. 1 GG

Art. 3 Abs. 1 GG gebietet es, wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches entsprechend seiner Eigenart verschieden zu behandeln (BVerfGE 110, 141 <167>). Dieser Grundgedanke stellt eines der tragenden Konstitutionsprinzipien der freiheitlich-demokratischen Verfassung dar (BVerfGE 6, 257 <265>), enthält er doch den für einen Rechtsstaat elementaren Gedanken des Willkürverbots. Ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG wurde demgemäß zunächst nur angenommen, „wenn sich ein vernünftiger, sich aus der Natur der Sache ergebender oder sonstwie sachlich einleuchtender Grund für die gesetzliche Differenzierung oder Gleichbehandlung nicht finden läßt, kurzum, wenn die Bestimmung als willkürlich bezeichnet werden muß“ (BVerfGE 1, 14 <52>).

Mittlerweile ist die Gleichheitsprüfung flexibler: Eine Verletzung von Art. 3 Abs. 1 GG ist bei personenbezogener Ungleichbehandlung anzunehmen, wenn diese Ungleichbehandlung einer Verhältnismäßigkeitsprüfung nicht standhält (BVerfGE 138, 136 <180 f.> m.w.N.). Der Gesetzgeber darf also sehr wohl zwischen Personengruppen differenzieren. Diese Differenzierungen „bedürfen jedoch stets der Rechtfertigung durch Sachgründe, die dem Ziel und dem Ausmaß der Ungleichbehandlung angemessen sind. Dabei gilt ein stufenloser am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit orientierter verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab, dessen Inhalt und Grenzen sich nicht abstrakt, sondern nur nach den jeweils betroffenen unterschiedlichen Sach- und Regelungsbereichen bestimmen lassen“ (BVerfGE 138, 136 <180>).

<https://freiheitsrechte.org/datenhehlerei/>

## Verfassungsbeschwerde gegen die „Datenhehlerei“

### 2. Verletzung durch § 202d StGB

§ 202d StGB enthält im Ausnahmetatbestand des Abs. 3 Satz ein schlechthin untaugliches Differenzierungskriterium, nämlich der „Handlungen, die ausschließlich der Erfüllung rechtmäßiger dienstlicher oder beruflicher Pflichten dienen“. Dies führt zur willkürlichen Versagung der strafrechtlichen Privilegierung für bestimmte nicht (ausschließlich) beruflich ausgeübte Formen des Umgangs mit Daten im Sinne des § 202d Abs. 1 StGB.

Insbesondere auf drei Konstellationen sei hier hingewiesen:

#### a) *Diskriminierung von Bürgerjournalisten*

Die Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichem besteht zum einen darin, dass der Ausnahmetatbestand des § 202d Abs. 3 StGB Bürgerjournalisten, anders als beruflich tätige Journalisten, nicht privilegiert: Da sie nicht in Erfüllung „beruflicher Pflichten“ handeln machen sie sich – anders als berufsmäßige Journalisten – stets strafbar, wenn sie den Tatbestand des § 202d Abs. 1 StGB erfüllen, selbst wenn ihr Verhalten in den Schutzbereich der Pressefreiheit fällt.

Für diese Ungleichbehandlung gibt es keinen verfassungsrechtlich tragfähigen Grund: Sowohl beruflich ausgeübter Journalismus als auch Bürgerjournalismus kann in den persönlichen und sachlichen Schutzbereich der Pressefreiheit fallen (vgl. oben Seite 56 ff.); schon diese Wertung des Grundgesetzes weist darauf hin, dass es sich um „wesentlich Gleiches“ handelt. Bürgerjournalisten erfüllen gleichermaßen eine Informationsaufgabe, die – auch in ihrer Bedeutung für den öffentlichen Diskurs und die Gewährleistung der Meinungsbildungsfreiheit – jener klassischer Medien entspricht, wenngleich ihre Stärken häufig andere sein mögen als die der klassischen Presse.

<https://freiheitsrechte.org/datenhehlerei/>

## Verfassungsbeschwerde gegen die „Datenhehlerei“

### *b) Diskriminierung von nicht berufsmäßig handelnden Hilfspersonen*

Überdies besteht eine ungerechtfertigte Gleichbehandlung darin, dass § 202d Abs. 3 StGB solche Hilfspersonen der Presse, die nicht berufsmäßig tätig werden, nicht erfasst. So machen sich ehrenamtliche IT-Experten wie der Beschwerdeführer zu 7 strafbar, wenn sie beispielsweise den Beschwerdeführer zu 11 bei der Analyse von „geleaktem“ Material unterstützen und sich dieses dazu „verschaffen“ (müssen). Auch in einer nicht-berufsmäßigen Unterstützung kann ein für die Verwirklichung der Presetätigkeiten wesentlicher Beitrag liegen, der nach Art. 5 Abs. 1 Satz Alternative 2 GG zu schützen ist.

### *c) Diskriminierung von auch aus persönlichem Interesse handelnden Berufsjournalisten*

Aufgrund des Kriteriums des Handelns „ausschließlich“ in Erfüllung beruflicher Pflichten erfasst der Tatbestandsausschluss selbst Handlungen von berufsmäßigen Journalisten nicht, denen auch ein persönliches Interesse an der Berichterstattung zugrunde liegt, wie es insbesondere bei den Beschwerdeführern zu 1 und zu 8 von netzpolitik.org sowie bei dem Beschwerdeführer zu 9 typischerweise der Fall ist. Auch für diese Beschränkung gibt es keinerlei nachvollziehbare Erklärung.

### **3. Keine verfassungsrechtliche Rechtfertigung**

Selbst der Gesetzgeber führt keine Gründe für die fernliegende Differenzierung nach (ausschließlich) beruflichem oder ehrenamtlichem Handeln in den oben genannten Konstellationen an. Es sind auch sonst keinerlei Sachgründe ersichtlich, die diese Ungleichbehandlung angemessen erscheinen lassen können. Die Gesetz gewordene Fassung des § 202d Abs. 3 StGB dürfte hingegen wie bereits ausgeführt auf unreflektiertes „copy & paste“ aus § 184b Abs. 5 StGB zurückgehen. So verschloss sich der historische Gesetzgeber indes der eigentlich naheliegenden Erkenntnis, dass durchaus nicht alle durch eine rechtswidrige Tat

<https://freiheitsrechte.org/datenhehlerei/>

## **Verfassungsbeschwerde gegen die „Datenhehlerei“**

erlangten Daten in gleichem Maße wie „Kinderpornos“ ein nahezu vollständiges Verbot des Umgangs mit ihnen rechtfertigen. § 202d StGB führt mithin zu einer sachlich nicht zu rechtfertigenden Überkriminalisierung, indem er in seinem Abs. 3 in willkürlicher Weise Handlungen nicht von der Strafbarkeit ausnimmt, die aus Sachgründen ebenso privilegiert werden müssten wie die tatsächlich privilegierten Handlungen.

Die Ungleichbehandlung ist daher verfassungswidrig.

<https://freiheitsrechte.org/datenhehlerei/>

## Verfassungsbeschwerde gegen die „Datenhehlerei“

### VI. Art. 103 Abs. 2 GG (Strafrechtliches Bestimmtheitsgebot)

§ 202d StGB verletzt schließlich das strafrechtliche Bestimmtheitsgebot aus Art. 103 Abs. 2 GG in Verbindung mit Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG.

#### 1. Schutzgehalt des grundrechtsgleiches Rechts aus Art. 103 Abs. 2 GG in Verbindung mit Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG

Art. 103 Abs. 2 GG gewährleistet, dass eine Tat nur bestraft werden kann, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde (BVerfG, Beschluss vom 21. September 2016 - 2 BvL 1/15 – „Rindfleischetikettierung“, Rn. 34). Die Bedeutung des Art. 103 Abs. 2 GG erschöpft sich aber nicht im Verbot der gewohnheitsrechtlichen oder rückwirkenden Strafbegründung. Art. 103 Abs. 2 GG enthält für die Gesetzgebung ein striktes Bestimmtheitsgebot sowie ein damit korrespondierendes, an die Rechtsprechung gerichtetes Verbot strafbegründender Analogie (st. Rspr.; vgl. BVerfGE 14, 174 <185>; 73, 206 <234>; 75, 329 <340>; 126, 170 <194>; 130, 1 <43>; BVerfG, Beschluss vom 21. September 2016 - 2 BvL 1/15 – „Rindfleischetikettierung“, Rn. 35).

Das verfassungsrechtliche Bestimmtheitsgebot verpflichtet den Gesetzgeber, „die Voraussetzungen der Strafbarkeit so konkret zu umschreiben, dass Tragweite und Anwendungsbereich der Straftatbestände zu erkennen sind und sich durch Auslegung ermitteln lassen“ (BVerfGE 47, 109 <120>; 126, 170 <195>; BVerfG, Beschluss vom 21. September 2016 - 2 BvL 1/15 – „Rindfleischetikettierung“, Rn. 38). Wann ein Verhalten mit Strafe bedroht ist, muss für den Normadressaten vorhersehbar sein (BVerfGE 92, 1 <12>). Funktion des Bestimmtheitsgebotes ist es, „dass der betroffene Bürger sich auf mögliche belastende Maßnahmen einstellen kann“ (BVerfGE 120, 378 <407>). Dabei hat der Gesetzgeber „Anlass, Zweck und Grenzen des Eingriffs hinreichend bereichsspezifisch, präzise und normenklar festzulegen“ (BVerfGE 120, 378 <407 f.>).

<https://freiheitsrechte.org/datenhehlerei/>

## Verfassungsbeschwerde gegen die „Datenhehlerei“

Außerdem hat Art. 103 Abs. 2 GG auch eine freiheitsgewährleistende Funktion (vgl. BVerfGE 75, 329 37 <341> m.w.N.; 126, 170 <194 f.>; BVerfG, Beschluss vom 21. September 2016 - 2 BvL 1/15 – „Rindfleischetikettierung“, Rn. 36): Jeder Teilnehmer am Rechtsverkehr soll vorhersehen können, welches Verhalten verboten und mit Strafe bedroht ist. Denn nur so kann er erkennen, bei welchem Verhalten er „auf der sicheren Seite ist“ und kein Risiko eingeht, sich ungewollt strafbar zu machen. Das Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG verlangt daher, den Wortlaut von Strafnormen so zu fassen, dass der Normadressat im Regelfall bereits anhand des Wortlauts der gesetzlichen Vorschrift voraussehen kann, ob ein Verhalten strafbar ist oder nicht (vgl. BVerfGE 126, 170 <195> m.w.N.; BVerfG, Beschluss vom 21. September 2016 - 2 BvL 1/15 – „Rindfleischetikettierung“, Rn. 38).

Hierbei gilt: „Die konkreten Anforderungen an die Bestimmtheit und Klarheit der Ermächtigung richten sich nach der Art und Schwere des Eingriffs“ (BVerfGE 120, 378 <408>). Auch der Adressatenkreis eines Straftatbestandes ist zu berücksichtigen (BVerfGE 126, 170 <196>). Zwar ist nicht jede abstrakte Gestaltung von Strafnormen und insbesondere nicht die Verwendung von normativen Begriffen ausgeschlossen (BVerfGE 75, 329 <341>; 126, 170 <195 f.>). Die Normadressaten müssen jedoch „im Regelfall bereits anhand des Wortlauts der gesetzlichen Vorschrift voraussehen können, ob ein Verhalten strafbar ist oder nicht“ (BVerfGE 126, 170 <195>). Hierdurch soll der Bürger vor staatlicher Willkür geschützt sowie die Gewaltenteilung und die Effektivität des Strafrechts gewahrt werden (vgl. BVerfGE 75, 329 <341>).

Die Bestimmtheit einer Strafnorm ist auch im Zusammenhang mit dem Schutzzweck der Norm bzw. dem von der Norm geschützten Rechtsgut zu beurteilen. Erstens ist eine inhaltlich unbestimmte Norm keine wirksame

<https://freiheitsrechte.org/datenhehlerei/>

## Verfassungsbeschwerde gegen die „Datenhehlerei“

Handlungsanweisung und ist daher strukturell bereits untauglich, effektiven Rechtsgüterschutz zu gewährleisten. Zweitens hängen die Anforderungen an die Bestimmtheit einer Norm davon ab, wie klar das von ihr geschützte Rechtsgut bzw. ihr Schutzzweck ist. Wenn Schutzzweck oder Rechtsgut feststehen, können sich Tragweite und Anwendungsbereich eines an sich unbestimmten Tatbestandes zumindest durch Auslegung ermitteln lassen. Denn bei der Auslegung ist das geschützte Rechtsgut heranzuziehen (vgl. BVerfGE 126, 170 <200>). Auf der anderen Seite gilt: Wo ein Straftatbestand gleichzeitig weit gefasst ist und keinen klaren Schutzzweck bzw. ein geschütztes Rechtsgut erkennen lässt, besteht von vornherein die erhöhte Gefahr einer Unvereinbarkeit mit dem strafrechtlichen Bestimmtheitsgebot. Weil eine klare Schutzrichtung nicht erkennbar ist, ist die Möglichkeit, die Norm nach ihrem Zweck einschränkend auszulegen, erheblich eingeschränkt.

### 2. Verletzung durch § 202d StGB

Der Tatbestand des § 202d Abs. 1 StGB verletzt das Bestimmtheitsgebot gemäß Art. 103 Abs. 2 GG. Die Norm ist so gefasst, dass die Adressaten der Norm nicht imstande sind, den Regelungsgehalt von § 202d Abs. 1 StGB auch nur ansatzweise nachzuvollziehen und die Grenzen der Strafbarkeit zu bestimmen.

#### a) *Unbestimmter Adressatenkreis*

Der Tatbestand der Datenhehlerei richtet sich nicht an einen eng begrenzten Adressatenkreis, wie beispielsweise fachlich geschulte Akteure, sondern an jedermann. Dies ist bei den konkreten Anforderungen, die an die Bestimmtheit zu stellen sind, zu berücksichtigen (BVerfGE 126, 170 <196>). Für diesen überaus weiten Adressatenkreis stellt § 202d Abs. 1 StGB praktisch jeden Umgang mit den als Tatobjekt erfassten Daten unter Strafe, wenn ein Handeln mit Schädigungs- oder Bereicherungsabsicht vorliegt.

<https://freiheitsrechte.org/datenhehlerei/>

## Verfassungsbeschwerde gegen die „Datenhehlerei“

### *b) Uferloser Tatbestand des § 202d Abs. 1 StGB*

Die Weite des Tatbestandes ist dabei in erster Linie dem Tatobjekt von § 202d StGB geschuldet. Umfasst sind alle erdenklichen Informationen in Datenform, die nicht bereits ohnehin als allgemein zugänglich der Öffentlichkeit zur Nutzung frei stehen. Auf eine bestimmte Qualität oder Schutzwürdigkeit dieser Informationen kommt es dabei nicht an. Angesichts der Allgegenwart der elektronischen Datenverarbeitung im Alltagsleben sind verkörperte Daten denkbar weit verbreitet; demgemäß handelt es sich um einen Straftatbestand den buchstäblich jedermann jeden Tag begehen kann, und zwar mit besten Absichten.

Die Daten müssen zwar durch eine rechtswidrige Vortat erlangt sein. Hier kommt nach dem Wortlaut von § 202d Abs. 1 StGB indes jedes beliebige Delikt in Betracht, auch wenn es sich tatbestandlich nicht auf den Umgang mit Informationen bezieht. Aus der Vielzahl der in Betracht kommenden Delikte seien hier als Beispiele nur genannt die Vorbereitung der Fälschung von Geld und Wertzeichen (§ 149 StGB), die Nötigung (§ 240 StGB), Diebstahl (§ 242 StGB) und Unterschlagung (§ 246 StGB) sowie die unerlaubte Verwertung urheberrechtlich geschützter Werke (§ 106 UrhG).

### *c) Keine Kompensation der Unschärfe durch klaren Normzweck*

Die Weite eines Tatbestandes kann sich zwar dadurch kompensieren lassen, dass dieser ein klares Regelungsziel hat bzw. ein bestimmtes Rechtsgut schützt, aus dem die Adressaten eine Handlungsmaxime ableiten und Rechtsanwender eine einschränkende Auslegung entwickeln können. Wie oben auf den Seiten 91 ff. bereits erörtert, lässt § 202d StGB ein solches klares Regelungsziel aber gerade nicht erkennen. Insbesondere dient der Tatbestand nicht den in der

<https://freiheitsrechte.org/datenhehlerei/>

## Verfassungsbeschwerde gegen die „Datenhehlerei“

Gesetzesbegründung genannten Zielen. Ein Schutz der formellen Verfügungsbefugnis an Daten ist durch § 202d StGB logisch nicht möglich (siehe oben Seite 97 ff.). Dem Schutz der informationellen Selbstbestimmung dient § 202d StGB erkennbar nicht, da sich der Tatbestand nicht auf personenbezogene Daten beschränkt. Hinzu kommt, dass das Recht auf informationelle Selbstbestimmung aufgrund seiner abstrakten Natur und seines weiten Schutzzumfanges selbst dann keine klare Leitlinie zur Auslegung des Tatbestandes geben könnte, wenn sein Schutz das ausgemachte Ziel der Datenhehlerei wäre (Golla, Die Straf- und Bußgeldtatbestände der Datenschutzgesetze, 2015, S. 102 f.). Ein ähnliches Problem besteht auch hinsichtlich des zwar nicht vom Gesetzgeber, aber von der Norm letztlich verfolgten Zwecks der Vorschrift – dem Schutz des gedanklichen Inhalts völlig beliebiger Daten. Der Schutz eines „Rechts am gedanklichen Inhalt“ beliebiger Daten ist indes kein schlüssiges Konzept, das den Adressaten oder Anwendern der Vorschrift zur Bestimmung strafbaren Verhaltens praktisch behilflich wäre (vgl. *Stuckenberg*, ZIS 2016, 526, 530 f.).

*d) Keine Kompensation der Unschärfe durch Ausschlusstatbestand aufgrund verwirrender Formulierung und weiterer Verweisung*

Schließlich zeichnet sich die Norm neben dem sehr weiten, nicht durch den verfolgten Zweck weiter konkretisierten Tatbestand durch eine komplexe Regelungstechnik bei dem den Tatbestand nachträglich wieder einschränkenden Absatz 3 aus, der indes neben einem eng gefassten Ausnahmetatbestand zwei Regelbeispiele mit weiterem Verweis auf § 53 StPO enthält. Dies ist das Gegenteil regelungstechnischer Klarheit: Wie sich auch aus der umfangreichen Subsumtion der beiden Beispielsfälle oben (siehe Seite 67 ff.) ergibt, lässt sich der genaue Regelungsgehalt der angegriffenen Norm gerade nicht mit einiger Sicherheit erschließen. Damit verfehlt der Gesetzgeber indes die zwingende Vorgabe des grundrechtsgleichen Rechts aus Art. 103 Abs. 2 in Verbindung mit

<https://freiheitsrechte.org/datenhehlerei/>

## Verfassungsbeschwerde gegen die „Datenhehlerei“

Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG, dass bereits aus der Fassung des Tatbestands alleine deutlich werden muss, welches Verhalten strafbar sein soll und welches nicht.

### 3. Ergebnis

Für den Adressaten ist im Einzelfall kaum erkennbar, wann er eine Datenhehlerei begeht. So sind auch scheinbar banale Sachverhalte wie der folgende, von *Singelstein*, ZIS 2016, 432, 433) geschilderte Fall von der Strafbarkeit nach § 202d Abs. 1 StGB erfasst:

„O verliert seinen USB-Stick. Dies bemerkt T, der den Stick an sich nimmt, um ihn für sich zu behalten. Das auf dem Stick gespeicherte Spezialrezept für Omas Apfelkuchen, das O längst vergessen hatte, verkauft T für € 5,- an den Bäcker B, der mit dem leckeren Gebäck seinen Umsatz steigern möchte.“

Bäcker B macht sich hier durch den Ankauf des USB-Sticks nach § 202d Abs. 1 strafbar (so auch *Singelstein*, ZIS 2016, 432, 438): Es liegen Daten im Sinne von § 202a StGB sowie eine taugliche Vortat des T in Gestalt einer Unterschlagung vor. Durch den Ankauf verschafft sich B die Daten mit Bereicherungsabsicht. Eine derart weite Strafbarkeit ist aus dem Wortlaut von § 202d Abs. 1 StGB ohne juristische Vorkenntnisse nicht ablesbar – ganz abgesehen davon, dass nicht im Ansatz zu erkennen ist, warum der Bäcker überhaupt bestraft werden sollte.

Die Unschärfe des Tatbestandes rückt ihn letztlich in den Bereich der Willkür, sodass die Norm nicht mehr der sozialen Steuerung dient, sondern lediglich zur zufälligen Kriminalisierung banalen Alltagsverhaltens führt. An einem solchen Tatbestand kann niemand sein Verhalten ausrichten, um sich rechtstreu zu verhalten. Genau diese Unklarheit, die zu überschießendem Vermeidungsverhalten und damit zu unnötiger Unfreiheit führt, will indes das

<https://freiheitsrechte.org/datenhehlerei/>

## Verfassungsbeschwerde gegen die „Datenhehlerei“

verfassungsrechtliche Bestimmtheitsgebot im Strafrecht in seiner freiheitsgewährleistenden Funktion verhindern (vgl. BVerfG, Beschluss vom 21. September 2016 - 2 BvL 1/15 – „Rindfleischetikettierung“, Rn. 36).

§ 202d StGB ist daher auch wegen Verstoßes gegen Art. 103 Abs. 2 GG in Verbindung mit Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG verfassungswidrig.

<https://freiheitsrechte.org/datenhehlerei/>

## Verfassungsbeschwerde gegen die „Datenhehlerei“

### VII. Zusammenfassung

Die „Datenhehlerei“ und die sie begleitenden Änderungen der Strafprozessordnung zeichnen sich durch eine große Zahl an Verstößen gegen Grundrechte sowie gegen das grundrechtsgleiche Recht aus Art. 103 Abs. 2 GG aus. Ihre tatbestandliche Fassung setzt den in den Motiven niedergelegten Zweck des Gesetzes nicht um. Dieser Zweck wiederum deckt sich nicht mit den rechtspolitischen Zielen, die das Gesetz erklärtermaßen verfolgt; zu diesem Zweck sind die Normen auch nicht notwendig. Gleichzeitig rücken sie ganze Arbeitsfelder des investigativen Journalismus ins Visier der Strafverfolgungsbehörden.

Das Bundesverfassungsgericht sollte hier einen Kontrapunkt setzen: Ein Strafgesetz, das keinem klaren Zweck dient, sich jeder eindeutigen Auslegung entzieht, aber mannigfaltiges sozial erwünschtes Verhalten – insbesondere den Dienst am demokratischen Gemeinwesen durch investigativen Journalismus – kriminalisiert, kann gemessen am Maßstab des Grundgesetzes keinen Bestand haben. Es sollte aus dem Strafgesetzbuch gestrichen werden (§ 31 Abs. 2 BVerfGG).

---

Prof. Dr. Katharina de la Durantaye

---

Dr. Nikolaos Gazeas

<https://freiheitsrechte.org/datenhehlerei/>