

Schriftleitung

Prof. Dr. Hans-Werner Rengeling (Hauptschriftleitung; Abhandlungs- und Rezensionsteil),
Rechtsanwalt und Notar Prof. Dr. Bernhard Stür (Abhandlungen und Berichte)

**■ 32. Schadenersatz wegen Beschattung eines
Journalisten durch den BND**

Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1, Art. 5 Abs. 1 Satz 2, Art. 73
Abs. 1 Nrn. 1, 9 a und 10 GG; § 2 Abs. 1 Nr. 1, § 3
BNDG; § 8 Abs. 2 BVerfSchG

1. Dem journalistischen Informantenschutz kommt kein genereller Vorrang vor dem Bedürfnis des BND auf Eigensicherung zu, sodass sich insoweit aus der Wertentscheidung der Pressefreiheit nach Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG keine Einschränkungen der Befugnisse aus dem § 2 Abs. 1 Nr. 1 BNDG ergeben.

2. Der Einsatz nachrichtendienstlicher Mittel, (hier: V-Mann-Einsatz) ohne näher definierten Gefahrverdacht verletzt jedoch das Grundrecht der Pressefreiheit. (Nichtamtl.Leitsätze)

LG Berlin, Urteil vom 2. 12. 2009 – 23 O 68/09 –

**Anmerkung zum Urteil des LG Berlin vom 2. 12. 2009
– 23 O 68/09 –**

1. Sachverhalt

Streitgegenständlich war ein Schadenersatzbegehren eines Berliner Journalisten gegen den BND. Gestützt wurde dieses auf eine nach der Meinung des Kl. erfolgten Persön-

15 Vgl. *Dierlamm* in Münchener Kommentar zum StGB, 2006, § 266 Rdnr. 129 ff. m. w. N.

16 Näher dazu *Achenbach* in Achenbach/Ransiek (Fußn. 9), I 3 Rdnr. 24 ff.; *Fischer*, StGB, 57. Aufl. 2010, § 13 Rdnr. 38 m. w. N.

lichkeitsverletzung infolge eines von ihm behaupteten ungerechtfertigten Eingriffes in die Pressefreiheit. Im Nachgang zu Veröffentlichungen in dem Nachrichtenmagazin »Der Spiegel« sowie in der Tageszeitung »Süddeutsche Zeitung« in Betreff zu einem als »Lichtensteinpapier« bezeichneten Dossier des BND zur internationalen Geldwäsche startete Letzterer eine Aufklärungsinitiative unter dem Codenamen »Operation M« mit dem Ziel, unautorisierte Informationsabflüsse aus der Innensphäre auf Leitungsebene des BND unter Nutzung nachrichtendienstlicher Verbindungen künftig zu unterbinden. Der Kl. wurde hierbei vom BND als Observationsobjekt definiert, weil er seit Jahren durch intensive Recherchen und hintergründige Veröffentlichungen im Zusammenhang mit als sensibel eingestuften Vorgängen in Bezug auf das Innenleben des BND in Erscheinung getreten war. Zudem war dieser Journalist dem BND als ehemaliger Mitarbeiter des »Ministeriums für Staatssicherheit« der ehemaligen DDR bekannt, wobei es nach Einschätzung des BND auch Anhaltspunkte für belastbare Kontakte zur ehemaligen UdSSR gegeben haben soll.

2. Die drei Stufen informationeller Eingriffshandlung

Die 23. Zivilkammer des LG Berlin differenziert zunächst nach den aus dem Fundus zum Persönlichkeitsrecht bekannten Persönlichkeitssphären, in der der streitgegenständliche informationelle Grundrechtseingriff erfolgt sein soll. Dabei stellte sie fest, dass die betreffenden Aufklärungsmaßnahmen des BND nur die Sozialsphäre des von diesen betroffenen Observationsobjektes berührt haben und nicht die Privat- oder gar Intimsphäre. Weiterhin wurde von der Kammer eine Differenzierung nach der Art der informationellen Eingriffshandlung vorgenommen, sodass es diese nach ihrer Eingriffsintensität und der damit einhergehenden Grundrechtsrelevanz in drei Stufen unterteilte: Erstens in die Observation im Wege der Katalogisierung, Archivierung und Auswertung von journalistischen Veröffentlichungen des Observationsobjektes: Erste Eingriffskategorie. Zweitens in die Observation durch passive Nachrichten-, Informations- und Datenbeschaffung, unter Nutzung nichtöffentlicher Quellen ohne des Einsatzes nachrichtendienstlicher Methoden: Zweite Eingriffskategorie. Drittens durch eine gezielte Observation zu den soeben genannten Zwecken unter Einsatz von nachrichtendienstlichen Methoden, wie vor allem des Einsatzes eines Vertrauensmannes, der unter einer Legende am journalistischen Nachrichtenhandelsverkehr teilnahm: Dritte Eingriffskategorie.

3. Verfassungsrechtliche Anknüpfungspunkte

Da von der betreffenden Observation ausschließlich die beruflichen Aktivitäten des Observationsobjektes betroffen waren, geht die Kammer davon aus, dass alleine die im Verhältnis zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht nach Art. 2 Abs. 1 i. V. mit Art. 1 Abs. 1 GG speziellere und damit vorrangige Pressefreiheit nach dem Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG den einschlägigen Bewertungsmaßstab bildet. Sie sieht nach ihren Ausführungen vorliegend vor allem das journalistische Rechercherecht sowie den journalistischen Informantenschutz als schutzbereichsrelevante Parameter an. Diese Bereiche des Schutzbereiches der Pressefreiheit wer-

den durch das besagte informationelle und datenrechtliche Hoheitshandeln nach der einschlägigen richterlichen Würdigung hier betroffen.

4. Einschlägige Befugnisnorm

Nach den § 2 Abs. 1 Nr. 1 BNDG i. V. mit § 3 BNDG, § 8 Abs. 2 BVerfSchG steht dem BND auch nach der Einschätzung des LG Berlin die Befugnis zu, zu Zwecken der so genannten Eigensicherung Observationsmaßnahmen wie die oben Genannten grundsätzlich zu ergreifen. Unter diese Befugnisnorm fällt vor allem auch die Befugnis des BND zur Informations- und Datenerhebung, -speicherung, -auswertung und -nutzung auch unter Einsatz nachrichtendienstlicher Mittel zu folgenden Zwecken: Schutz seiner Mitarbeiter, von Einrichtungen, Gegenständen und Quellen zur Abwehr sicherheitsgefährdender oder geheimdienstlicher Tätigkeiten, sofern und soweit diese die Funktions- oder Arbeitsfähigkeit des BND beeinträchtigen können. Das Tatbestandsmerkmal der sicherheitsgefährdenden Tätigkeit erfasst auch die unautorisierte Weitergabe von geheimen oder vertraulichen Interna des BND an Journalisten.

5. Anwendung der Wechselwirkungslehre

Bei der rechtlichen Bewertung des Gesamtgeschehens nach den oben dargestellten Differenzierungen zieht die Kammer durchgehend die vom BVerfG zur äußerungsrechtlichen Grundrechtsabwägung der widerstreitenden Grundrechte des Persönlichkeitsrechts nach den Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG einerseits und der Pressefreiheit nach dem Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG andererseits entwickelte Wechselwirkungslehre¹ heran. Diese richterliche Bewertungsmethode wird bei der dritten Intensitätskategorie noch eingehend zu erörtern sein, auf der das Gericht eine Verletzung der Pressefreiheit in Gestalt eines nicht mehr rechtfertigbaren Grundrechtseingriffes angenommen hat.

Für die vorgenannten informationellen Hoheitsmaßnahmen der ersten Intensitätskategorie hat die Zivilkammer schon die Eröffnung des Schutzbereiches des Grundrechts der Pressefreiheit verneint, soweit lediglich, die von dem Observationsobjekt in dessen beruflicher Eigenschaft als Journalist in Massenmedien veröffentlichte, Zeitungsartikel katalogisiert, archiviert und ausgewertet wurden. Zur Begründung wird hierbei auf das urheberrechtliche Zitationsrecht abgestellt, das im Umkehrschluss auch die betreffenden Maßnahmen als für den Urheber zu dulden enthielte. Die Möglichkeit im Wege der Auswertung solcher Quellen Rückschlüsse auf den journalistischen Informanten ziehen zu können, wäre denknotwendige Folge der selbstverantworteten Veröffentlichung und als solche ebenfalls vom Observationsobjekt zu dulden, da die Gewährung seines Quellenschutzes seine eigene journalistische Pflicht wäre.

6. Schutzbereich der Pressefreiheit

Die informationellen Hoheitshandlungen der zweiten Intensitätsstufe subsumiert die Kammer hingegen unter den Schutzbereich der Pressefreiheit nach Art. 5 Abs. 1 Satz 2

1 Ständige Rechtsprechung des BVerfG seit BVerfGE 7, 198, 208, NJW 1958, 257 – Lüth.

GG, und zwar unter den durch diesen gewährten journalistischen Informantenschutz: Da dem BND ein konkreter Verdacht hinsichtlich einer Innenquelle des Observationsobjektes vorgelegen hat, wurde diese Art der informationellen Hoheitsmaßnahme für gerechtfertigt befunden. Begründet wurde dies damit, dass dem journalistischen Informantenschutz kein genereller Vorrang vor dem Bedürfnis des BND auf Eigensicherung zukommen könne, sodass sich insoweit aus der Wertentscheidung der Pressefreiheit nach Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG keine Einschränkungen der Befugnisse aus dem § 2 Abs. 1 Nr. 1 BNDG ergäben. Entscheidend für diese rechtliche Bewertung war insoweit der Umstand, dass die betreffenden Daten und Informationen vom Observationsobjekt – wiederum selbstverantwortet – so aus seinem persönlichen Machtbereich entlassen wurden, dass eine bewusste Offenbarung gegeben war. Die Möglichkeit zur Kenntnisnahme durch den BND hatte hier das Observationsobjekt selber zu verantworten, weil dem BND insoweit kein Bruch eines Vertrauensverhältnisses zuzurechnen war. Vor allem war auch ein von der Kammer hier für erforderlich gehaltener »Anfangsverdacht« zur Eröffnung der betreffenden Befugnisse gegeben, für den Verdachtsmomente und Indizien aus nach dem aus dem Polizei- und Sicherheitsrecht her bekannten Maßstab der ex-ante-ex-situations-Perspektive ausreichend seien.

7. Einsatz nachrichtendienstlicher Mittel nur bei ausreichendem Gefahrverdacht zulässig

Für im konkreten Einzelfall nicht mehr rechtfertigbar wurde jedoch der Einsatz nachrichtendienstlicher Mittel, nämlich in Gestalt eines V-Mann-Einsatzes, befunden, sodass im Hinblick auf die dritte Intensitätskategorie des betreffenden informationellen Hoheitshandelns eine Verletzung des Grundrechts der Pressefreiheit nach Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG angenommen wurde. Die Kammer stellt hier auf das Schutzgut der freiheitlichen journalistischen Betätigung vor staatlichem Zwang ab, das nach Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG dem Grundrechtsschutz der Pressefreiheit unterfällt. Hierunter ist auch ein effektiver Informantenschutz zu verstehen. Die Aufklärungsbemühungen des BND zum Zwecke der Eigensicherung kollidieren insoweit mit dieser Schutzgewährung, da sie genau auf die Enttarnung des journalistischen Informanten abzielen. Demzufolge müssen die dem BND über den § 2 Abs. 1 Nr. 2 BNDG eingeräumten Befugnisse im Lichte der verfassungsrechtlichen Grundrechtsgewährung des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG entsprechend der Wechselwirkungslehre einschränkend ausgelegt werden. Hieraus leitet das Gericht zunächst einmal ab, dass es zumindest nachprüfbar Anhaltspunkte für eine konkrete Gefahr der Beseitigung der Funktionsfähigkeit des BND als Folge der journalistischen Tätigkeiten des Observationsobjektes geben muss.

Ebenso wie im Polizei- und Sicherheitsrecht wird daher zur Eröffnung der Befugnis ein Mindestmaß an einem näher definierten Gefahrverdacht gefordert. In diesem Zusammenhang wird auf die Rechtsprechung des BVerfG zur Frage der Durchsuchung und Beschlagnahme im repressiven Bereich der Strafverfolgung im redaktionellen Bereich abgestellt. Danach ist die Umgehung sowie das Unter-

laufen des presserechtlichen Informantenschutzes durch Anwendung dieser strafprozessualen Maßnahmen verfassungswidrig, was dann der Fall ist, wenn diese zumindest vorwiegend den Zweck haben, einen journalistischen Informanten aufzudecken.² Insoweit konzidiert das Gericht jedoch, dass der Grundrechtsschutz im repressiven Bereich der Strafverfolgung, wo es um die nachträgliche Bestrafung des Verfolgten geht, nicht identisch mit der Interessenlage im präventiven Bereich der Gefahrabwehr sei, deren Zweck vorliegend die künftige Verhinderung von unautorisierten und potenziell sicherheitsgefährdenden Informationsabflüssen ist. Aber auch nach diesem als verringert schutzwürdig eingestuftem Bereich der vorbeugenden Gefahrabwehr sei der Einsatz nachrichtendienstlicher Mittel gegen ein journalistisch tätiges Observationsobjekt verfassungswidrig, wenn vom Befugnisinhaber kein ausreichender Gefahrverdacht zur Heranziehung solcher Befugnisse dargelegt werden könnte. Daher wurde der Einsatz zur gezielten Ausspähung des Observationsobjektes im Wege eines V-Mann-Einsatzes im konkret zu entscheidenden Einzelfall für unvereinbar mit dem grundrechtlich geschützten journalistischen Informantenschutz befunden.

8. Eigene Würdigung

Zunächst wird man nachvollziehen können, dass der präventive Bereich der Gefahrabwehr ein Weniger an Schutz genießen soll, als der repressive Bereich der Strafverfolgung, wie er im Cicero-Fall verfahrensgegenständlich war: Diese Unterscheidung findet sich in der Sache auch in den BVerfG-Entscheidungen »IM-Sekretär«³ und »Babycaust«⁴, wo im Hinblick auf das Äußerungsrecht eine Unterscheidung danach getroffen wurde, ob ein zukünftiges Unterlassen oder ein nachträgliches Bestrafen angestrebt wird. Auch wenn es dort um anderweitige Fragestellungen geht, so gibt es doch eine augenfällige Parallele zur hiesigen Konstellation. Auch ist die ausschlaggebende Überlegung des BVerfG für die dortige Unterscheidung im Kern zumindest von der Logik her dieselbe: Der höher und intensiver ausgestaltete verfassungsrechtliche Schutz des strafrechtlich im Nachhinein Verfolgten resultiert hier aus der Überlegung, dass sich aus einer solchen ein übergebührlicher Abschreckungseffekt in Hinblick auf die Grundrechtsausübung betreffend der Pressefreiheit ergäbe. Der deutlich niedrigere und weniger intensiv ausgestaltete verfassungsrechtliche Schutz für in die Zukunft gerichtete Unterlassungsbegehren folgt der wertenden Erwägung, dass dort der besagte Abschreckungseffekt geringer ist. Nach den Gesetzen der Logik wird man diese Qualifizierungen auch auf die Differenzierung zwischen repressivem Bestrafen und präventiver Gefahr-

2 Grundlegend hierzu: BVerfG – BVerfGE 117, 244, NJW 2007, 1117 – Cicero.

3 BVerfG, Beschluss vom 25. 10. 2005 – 1 BvR 1696/98 – NJW 2006, 207 – IM Sekretär.

4 BVerfG, Beschluss vom 24. 5. 2006 – 1 BvR 49/00; 1 BvR 55/00; 1 BvR 2031/00 – NJW 2006, 3769 – Babycaust; s. auch: BVerfG, Urteil vom 9. 12. 2008 – 2 BvL 1/07; 2 BvL 2/07; 2 BvL 1/08 –

abwehr übertragen können, was im Endeffekt auch im hier thematisierten Urteil so vorgenommen wurde.

Die Heranziehung der vom BVerfG ursprünglich zur Anwendung des § 185 StGB entwickelte Wechselwirkungslehre wird man ebenfalls für zutreffend halten dürfen. Da es sich bei der Befugnisnorm des § 2 Abs. 1 Nr. 1 BNDG ebenfalls um eine vorliegend einen Eingriff in die Pressefreiheit zu rechtfertigende Norm handelt. Fraglich könnte hier jedoch sein, ob in die Abwägung der widerstreitenden Rechtspositionen jedoch nicht auch der verfassungsrechtliche Hintergrund zu berücksichtigen wäre, der hinter der Befugnisnorm steht.

Im Gegensatz zu der Strafvorschrift des § 185 StGB bezweckt der § 2 Abs. 1 Nr. 1 BNDG ja die Aufrechterhaltung der Funktionstüchtigkeit des BND, damit dieser seine Aufgaben erfüllen kann, die ebenfalls einen sehr hohen Verfassungsrang einnehmen: So wird man davon ausgehen können, dass das BNDG auf den Wertentscheidungen des Art. 73 Abs. 1 Nrn. 1, 9 a und 10 GG fußt⁵, wobei auch noch andere Nummern dieser Kompetenznorm einschlägig erscheinen. Nach § 1 Abs. 1 Satz 1 BNDG ist es die Aufgabe des BND außen- und sicherheitspolitisch relevante Informationen für das Bundeskanzleramt zu sammeln und auszuwerten, wobei man den internationalen Terrorismus hierunter gewiss einordnen wird können. Die aus diesen Auswertungen gewonnenen Erkenntnisse liefern nicht weniger als die Entscheidungsgrundlagen des Bundeskanzleramtes für derartige Fragestellungen. Damit handelt es sich um die überlebenswichtigen Kernelemente des staatspolitischen Handelns des Staates in seiner Gesamtheit, wobei der Schutz des Staatsvolkes gegenüber äußeren Gefahren eine der beiden wesentlichen Legitimationsgrundlagen für den Staat selbst ist.

5 Epping/Hillgruber/Seiler, zu Art. 73 GG, Rdnrn. 2 ff., 43 f. [explizit zum Bereich des BKA] und 51 f. Kernkompetenznorm ist die Nr. 1, wobei das BNDG auch Elemente der beiden anderen Nummern, wie auch noch weiterer Nummern enthält, was sich auch aus den Veröffentlichungen zu den Aufklärungsbereichen des BND ergibt.

Nach meiner Einschätzung kommt dieses Bewusstsein hier zu kurz, da von der Kammer so verfahren wird, als handele es sich um einen gewöhnlichen presserechtlichen Standardfall. Obschon die Pressefreiheit für die freiheitlich-demokratische Grundordnung gar nicht hoch genug eingeschätzt werden kann, darf man andererseits nicht vergessen, dass der diese Freiheiten gewährende Staat gerade hierfür der Bestandssicherung in Bezug zu äußeren Feinden bedarf. Auch dieser verfassungs- und staatspolitischen Wertung sollte man sich bewusst sein.

Ausgangspunkt für die verfahrensgegenständliche Observation war die unbefugte Offenbarung geheimer Erkenntnisse in Bezug auf die internationale Geldwäsche. Diese dient nicht zuletzt auch der Finanzierung des internationalen Terrorismus, sodass zu außen- und sicherheitspolitisch hochrangigen Interessen ein konkreter Bezug gegeben ist. Wer einen solchen Lebensnerv der staatlichen Schutzmacht illegal gefährdet, der muss von einem Nachrichtendienst auch mit nachrichtendienstlichen Mitteln zu Aufklärungszwecken observiert werden können, weil sonst der Sinn einer solchen Sicherheitseinrichtung ad absurdum geführt würde. Der gewiss notwendige Bürgerrechtsschutz muss daher durch das Regularium der Befugnisöffnung gewährleistet werden, wie es im vorliegenden Urteil auch erfolgt ist. Nur bei der Beschneidung der Befugnis durch die Forderung nach einem ausreichenden Gefahrverdacht verkennt das betreffende Urteil die Realität: In dem vorgenannten Aufgabenbereich dürfen die Anforderungen an einen zur Befugnisöffnung erforderlichen Gefahrverdacht nicht überspannt werden, weil Observationsobjekte regelmäßig danach trachten, sich perfekt zu tarnen, sodass es einer niedrigen Eingriffsschwelle bedarf, damit dem BND überhaupt seine Aufgabenerfüllung möglich wird. Dafür sind nachrichtendienstliche Mittel – schon dem Namen nach – schlichtweg kennzeichnend. Wenn der BND Vorgänge wie den vorliegenden nicht mit nachrichtendienstlichen Mitteln aufklären durfte, wie das LG Berlin erstinstanzlich urteilte, fragt es sich, warum der Gesetzgeber den BND überhaupt mit der Befugnis zum Einsatz gerade solcher Mittel ausgestattet hat.

Rechtsanwalt Andreas Wisuschil, Rosenheim