

Entscheidungsanmerkung

Kernbereichsschutz und Verwertungsdogmatik

Ein in einem Kraftfahrzeug mittels akustischer Überwachung aufgezeichnetes Selbstgespräch eines sich unbeobachtet fühlenden Beschuldigten ist im Strafverfahren – auch gegen Mitbeschuldigte – unverwertbar, da es dem durch Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 1 GG absolut geschützten Kernbereich der Persönlichkeit zuzurechnen ist (im Anschluss an BGH, Urt. v. 10. August 2005 – 1 StR 140/05, BGHSt 50, 206). (Amtlicher Leitsatz)

GG Art. 1 Abs. 1; 2 Abs. 1
StPO § 100f

BGH, Urt. v. 22.12.2011 – 2 StR 509/10¹

I. Verfassungsrechtlicher Kontext

1. Dass das Menschenwürdeargument des Art. 1 Abs. 1 GG und die daraus erwachsenen Freiheitsgarantien Grund und Grenze staatlichen Eingriffs- und Strafhandelns bestimmen, ist heute unbestritten.² Ebenso unbestritten ist aber auch – das Bundesverfassungsgericht hat darauf immer wieder hingewiesen – dass die damit angesprochenen Standards der Rechtsgewährleistung in den einfachgesetzlichen Materien und mit Blick auf die jeweiligen Konfliktgestaltungen zu konkretisieren sind.³ Das hier in Rede stehende Programm des strafrechtlichen Kernbereichsschutzes beruht auf der Anerkennung eines „allgemeinen Persönlichkeitsrechts“ als eines die speziellen Grundrechte ergänzenden „unbenannten Freiheitsrechts“ und wird aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG hergeleitet.⁴ Betont wird insoweit nicht nur der Achtungsanspruch und die Eigenverantwortlichkeit des Einzelnen innerhalb der bestehenden Rechts- und Werteordnung, sondern auch der Respekt vor einem unantastbaren Bereich privater Lebensgestaltung.⁵ Als Schutzgüter des allgemeinen Persönlichkeitsrechts kommen deshalb die Privat-, Geheim- und Intimsphäre, darüber hinaus die persönliche Ehre, das Verfügungsrecht über die Darstellung der eigenen Person, das Recht am eigenen Bild oder am gesprochenen Wort sowie unter bestimmten Umständen das Recht in Betracht, von der Unterschiebung nicht getaner Äußerungen verschont zu

¹ Abrufbar unter:

<http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=c120c089f593e61728273301799f7079&nr=59317&pos=0&anz=1&Blank=1.pdf> (4.7.2012).

² Dazu etwa Hassemer, ZStW 121 (2009), 829; Schild, in: Eser (Hrsg.), Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag, 1998, S. 287, und Wolter, NStZ 1993, 1.

³ Ständige Rspr., vgl. nur BVerfGE 80, 367 (374); 109, 279.

⁴ Zu diesem Begründungsmuster BVerfGE 54, 148 (153) und Duttge, Der Staat 36 (1997), 281 (286 ff.).

⁵ Vgl. bereits BVerfGE 6, 389 (433).

bleiben.⁶ Gerade im Rahmen der prozessualen Sachverhalts- und Verdachtsermittlung besteht nun aber die Gefahr, dass durch den Zugriff auf bzw. die Verwertung von diversen Beschuldigteninformationen und individuellem Organisationswissen die erwähnten Rechtspositionen tangiert oder verletzt werden.⁷ Das Bundesverfassungsgericht hat zur Beurteilung und Prozeduralisierung solcher Konfliktkonstellationen die sogenannte Dreisphärentheorie entwickelt.⁸ Danach lassen sich im Wechselspiel von allgemeinem Persönlichkeitsrecht und Eingriffsintensität unterschiedliche Schutzbereiche ausmachen. Im Mittelpunkt steht die Behauptung einer Sphäre, die jeder Einwirkung der öffentlichen Gewalt entzogen ist – eben der Kernbereich des Persönlichen –; hierin einzugreifen, könnten – vor allem unter Berücksichtigung der absoluten Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG – „selbst überwiegende Interessen der Allgemeinheit [...] nicht rechtfertigen“.⁹ Davon zu unterscheiden sind zwei weitere Sphären: nämlich eine Privatsphäre im weiteren Sinne, bei der die Rechtmäßigkeit staatlicher Eingriffe durch eine Abwägung des Persönlichkeitsrechts mit den Interessen der Allgemeinheit, namentlich mit den Interessen einer funktionsfähigen Rechtspflege, zu ermitteln ist. Die dritte Sphäre umfasst schließlich den gesamten, darüber hinausgehenden Sozialbereich, in dem „in aller Regel das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit [...] noch nicht betroffen ist“.¹⁰ Damit stellt sich aber das intrikate Problem der konfliktangemessenen Abgrenzung.

2. Verfahrensrechtlich relevant ist vor allem die Abgrenzung des Kernbereichs von einem nur einfach verfassungsrechtlich geschützten Raum privater Lebensgestaltung.¹¹ Abwägungsresistent und von der Menschenwürdegarantie umfasst sollen solche Sachverhalte sein, die „innere Vorgänge wie Empfindungen und Gefühle sowie Überlegungen, Ansichten und Erlebnisse höchstpersönlicher Art zum Ausdruck bringen, und zwar ohne Angst, dass staatliche Stellen dies überwachen“, was „Gefühlsäußerungen, Äußerungen des unbewussten Erlebens sowie Ausdrucksformen der Sexualität“ einschließt.¹² Gleichzeitig greift das Bundesverfassungs-

⁶ BVerfGE 54, 148 (153 f.).

⁷ Lesenswert zu dieser Problematik Amelung, Informationsbeherrschungsrechte im Strafprozess, 1990, passim, und Rogall, Informationseingriff und Gesetzesvorbehalt im Strafprozess, 1992, passim, jeweils m.w.N.

⁸ Vgl. nur Beulke, Strafprozessrecht, 11. Aufl. 2010, Rn. 470 f.; Degenhart, JuS 1992, 361; Jäger, Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote, 2003, S. 215 f., und Jahn, NStZ 2000, 383; klassisch hierzu die Elfes-Entscheidung des BVerfG (BVerfGE 6, 32 [41]).

⁹ BVerfGE 34, 238 (245); außerdem BVerfGE 119, 1 (29 f.), m. Anm. Enders, JZ 2008, 581 ff.; vgl. auch BGHSt 54, 69 (96 ff.).

¹⁰ BVerfGE 34, 238 (249).

¹¹ Zur Abgrenzung des geschützten Bereichs privater Lebensgestaltung von einem darüber hinausgehenden und durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht nicht mehr eigens geschützten Sozialbereich vgl. OLG Schleswig JZ 1979, 816.

¹² BVerfGE 109, 279 (313).

gerichtet auf das Kriterium der sozialen Bedeutung, des sozialen Bezuges individuellen Verhaltens zurück.¹³ Weil nämlich „der Mensch als Person auch im Kernbereich seiner Persönlichkeit [...] sich notwendig in sozialen Bezügen“ verwirklichte, könne „die Zuordnung eines Sachverhalts zum unantastbaren Bereich privater Lebensgestaltung oder – soweit dieser nicht betroffen ist – zum Sozialbereich, der unter bestimmten Voraussetzungen dem staatlichen Zugriff offen steht, [...] daher nicht danach vorgenommen werden, ob eine soziale Bedeutung oder Beziehung überhaupt besteht; entscheidend ist vielmehr, welcher Art und wie intensiv sie im konkreten Fall ist“. Insofern kommt es, neben dem Geheimhaltungswillen des Betroffenen (formales Element), nicht zuletzt darauf an, in welcher Weise der jeweilige Sachverhalt „aus sich heraus die Sphäre anderer oder die Belange der Gemeinschaft“ tangiere (inhaltliches Element).¹⁴ Auch wenn die „pragmatische Offenheit“ der verfassungsgerichtlichen Prozeduralisierung, gerade unter Berücksichtigung des Einzelfalls und der Zunahme *geheimer* Ermittlungsmethoden, nachvollziehbar scheint, so werden doch die erheblichen Spannungen deutlich, die sie erzeugt. Ob in der „Tagebuch-Entscheidung“, der Rechtsprechung zum „Großen Lauschangriff“, zur „Telekommunikationsüberwachung“ oder zur „Online-Durchsuchung“: selten wird klar, wo – dogmatisch und rechtsprinzipiell – die Demarkationslinie zwischen einem „abgeschirmten“ und einem, für hoheitliches Eingriffshandeln (schon) „durchlässigen“ und deshalb einer Abwägung zugänglichen Organisationskreis genau verlaufen soll.¹⁵ Kann sich der Betroffene bereits dann nicht mehr auf den Kernbereichsschutz berufen, wenn er, wie in der Tagebuch-Entscheidung angenommen, seine Gedanken schriftlich niedergelegt und damit einem nicht nur inneren Organisationskreis überantwortet hat? Würde das nicht bedeuten, dass der Schutz auf Gedanken und Gefühle beschränkt bliebe, auf die sowieso kein Dritter ohne weiteres zugreifen könnte?¹⁶ Soweit das Selbstgespräch höchstpersönlichen Charakter hat, soll es auch aus der Warte des Bundesverfassungsgerichts dem Kernbereichsschutz unterfallen. Gleiches gilt wohl für Zwiegespräche, soweit sie nicht dem „typischen“ Sozialbezug, sondern der vertraulichen Kommunikation, etwa zwischen Eheleuten, oder dem Bereich seelsorgerischer Tätigkeiten zuzurechnen sind.¹⁷ Allerdings soll auch bei der Mündlichkeit höchstpersönlicher Äußerungen der Kernbereichsschutz zur Disposition stehen, d.h. Beschränkungen personaler Freiheit möglich sein, wenn Gegenstand der aufgezeichneten Gespräche (begegangene) Straftaten sind.¹⁸ Hier wird die Crux augenschein-

lich, die durch die pragmatische Handhabung der Menschenwürdegarantie forciert wird. Denn eigentlich geht es gar nicht mehr um einen unantastbaren Kernbereichsschutz als vielmehr um die Frage, wie die Antastbarkeit des Höchstpersönlichen rechtsstaatlich begrenzt und für den Betroffenen, verfahrensrechtlich beherrschbar, formalisiert werden kann. Entscheidend ist aber, dass diese Relativierung oder – positiv gewendet – Kontextualisierung des Kernbereichsschutzes keineswegs zu mehr, sondern zu einem Weniger an Rechtsgewährleistungssicherheit, und zwar für alle Verfahrensbeteiligten, zu führen droht.¹⁹ Es ist deshalb umso erfreulicher, dass sich die jüngste Rechtsprechung des BGH – zumindest in einigen Konstellationen – um eine schärfere Konturierung des Kernbereichsschutzes und eine entsprechende Anwendung der Beweis(-verbots-)lehre bemüht.²⁰ Vor allem die aktuelle Entscheidung des 2. *Strafsenats* verdeutlicht das. Ihr wenden wir uns, nach einer kurzen Darstellung des Sachverhalts (II.) und der damit einher gehenden strafprozessualen Probleme (III.) etwas genauer zu.

II. Sachverhalt

Nach den Feststellungen des Tatgerichts, des Landgerichts Köln, tötete der Angeklagte (S) seine Ehefrau (L), die sich bereits von ihm getrennt hatte. Mit der Tötung wollte S verhindern, dass L das gemeinsame Kind seiner Einflussosphäre entzieht. Zwar wurde dem Angeklagten S durch das Familiengericht ein Umgangsrecht zugesprochen, nach dem Willen des S sollte das Kind jedoch im Haushalt der mitangeklagten Schwester (I) und des ebenfalls angeklagten Schwagers (K) aufwachsen. Beide hatten sich seit der Geburt immer wieder um das Kind gekümmert, was allerdings von dem späteren Opfer als Einmischung empfunden wurde. I und K hatten ihrerseits den Wunsch, das Kind aufzunehmen und großzuziehen. Nach den Erkenntnissen des Tatgerichts waren I und K maßgeblich an der Vorbereitung der durch S ausgeführten Tötung beteiligt. Konkrete Feststellungen zu den einzelnen Tatbeiträgen der Angeklagten konnten nicht getroffen werden; ebenso wenig konnte die Leiche des Tatopfers gefunden

Inhalt nach nicht dem unantastbaren Kernbereich privater Lebensgestaltung an (vgl. BVerfGE 80, 367, 375). Daraus folgt jedoch nicht, dass bereits jedwede Verknüpfung zwischen dem Verdacht einer begangenen Straftat und den Äußerungen des Beschuldigten zur Bejahung des Sozialbezugs ausreicht. Aufzeichnungen oder Äußerungen im Zwiegespräch, die zum Beispiel ausschließlich innere Eindrücke und Gefühle wiedergeben und keine Hinweise auf konkrete Straftaten enthalten, gewinnen nicht schon dadurch einen Gemeinschaftsbezug, dass sie Ursachen oder Beweggründe eines strafbaren Verhaltens freizulegen vermögen. Ein hinreichender Sozialbezug besteht demgegenüber bei Äußerungen, die sich unmittelbar auf eine konkrete Straftat beziehen.“

¹⁹ Vgl. insbesondere zur Marginalisierung der „negativen Kernbereichsprognose“ das Sondervotum der Richterinnen Jaeger und Hohmann-Dennhardt zum Telekommunikationsüberwachungsurteil des BVerfGE 109, 279 (383 f.).

²⁰ Vgl. BGHSt 50, 206 und hier BGH NJW 2012, 945 = NStZ 2012, 277; zur älteren Judikatur etwa BGHSt 31, 296.

¹³ Zum Ganzen: *Gössel*, in: Erb u.a. (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 1, 26. Aufl. 2006, Einl. Abschn. L Rn. 86 ff.

¹⁴ BVerfGE 80, 367 (374).

¹⁵ In der Reihenfolge ihrer Erwähnung: BVerfGE 80, 367 (dazu auch die Anm. v. *Amelung*, NJW 1990, 1753); 109, 279; 120, 274 und BVerfG NJW 2012, 833.

¹⁶ Vgl. dazu *Ellbogen*, NStZ 2001, 460 (463).

¹⁷ BVerfGE 109, 279 (319).

¹⁸ BVerfGE 109, 279 (319), dort heißt es: „Gespräche, die Angaben über begangene Straftaten enthalten, gehören ihrem

werden. Die Verurteilung des S stützte sich deshalb auf Indizien. Als ein geständnisgleiches Indiz wertete das Landgericht die im Rahmen eines Selbstgesprächs geäußerten Selbstbeichtigungen des Angeklagten, die durch eine verdeckte Ermittlungsmaßnahme (elektronische Überwachung des Autos) aufgezeichnet worden waren. Dabei fielen Bemerkungen wie: „[...] oho I kill her [...] oh yes, oh yes [...] and this is my problem“; „wir haben sie tot gemacht [...]“ usw. Das Landgericht hat die Angeklagten wegen Mordes aus niedrigen Beweggründen verurteilt und dabei die Selbstgespräche des S wegen ihres inhaltlichen Bezuges zu dem Tötungsverbrechen als verwertbar angesehen. Die gegen die Entscheidung der Schwurgerichtskammer eingelegte Revision hatte Erfolg.

III. Strafprozessuale Probleme

Die strafprozessualen Probleme sind bereits umrissen worden. Konkret handelt es sich bei der akustischen Überwachung des Autos um eine ermittlungsrichterlich angeordnete Maßnahme gemäß § 100f StPO in Verbindung mit §§ 100b Abs. 1 und 100d Abs. 2 StPO.²¹ Insofern können nicht nur Gespräche innerhalb einer Wohnung abgehört – sog. „Großer Lauschangriff“ (§ 100c StPO) –, sondern auch solche außerhalb derselben aufgezeichnet werden. Mit dem abgehörten Selbstgespräch des S stellt sich zunächst das Problem der Kernbereichsrelevanz und, soweit diese zu bejahen ist, die Frage nach einem Beweisverwertungsverbot.

IV. Entscheidung des BGH

1. Die Entscheidung des 2. Strafsenats liegt ganz auf der Linie der bereits vom 1. Strafsenat in BGHSt 50, 206 formulierten Grundsätze, entwickelt diese aber gleichzeitig fort.²²

In BGHSt 50, 206 hatte der 1. Strafsenat darüber zu entscheiden, ob ein in einem Krankenzimmer mittels akustischer Wohnraumüberwachung aufgezeichnetes Selbstgespräch des Angeklagten zu Beweis Zwecken verwertbar war. Der Senat hat dies zutreffend verneint. Begründet wurde die Entscheidung damit, dass sich der erforderliche Geheimhaltungswil-

len für die getätigten Äußerungen aus dem Aufenthalt des Angeklagten in einem Krankenzimmer ergebe. Zwar handelte es sich bei einem Krankenzimmer nicht um eine Wohnung im engeren Sinne. Allerdings, so der Senat im Anschluss an die Rechtsprechung des BVerfG, sei der Begriff der Wohnung weit auszulegen, denn nur dann könne das durch Art. 13 Abs. 1 GG geschützte Recht auf Gewährleistung eines abgeschirmten Lebensraums realisiert werden. Letzteres müsse auch für ein Krankenzimmer gelten, das von der Art seiner „Widmung“ wie ein Hotelzimmer zu werten sei. Der Angeklagte befand sich freiwillig in der Klinik (weshalb auch eine Parallele zu den Hafträumen einer JVA ausschied), in der die Betretungsrechte des Personals nur zum Schutz des Patienten bestehen und – jedenfalls in der Regel – nicht gegen dessen Willen ausgeübt werden. Nach Überzeugung des Senats gehörte das Selbstgespräch somit zum unantastbaren Kernbereich privater Lebensgestaltung, weshalb ein Beweisverwertungsverbot gemäß § 100c Abs. 5 S. 3 StPO anzunehmen war.²³

Der Senat bejaht, anders als die Vorinstanz, das Vorliegen eines absolut geschützten Kernbereichs der Persönlichkeitsentfaltung. Erfreulich klar werden die Kriterien herauspräpariert, die diese Annahme rechtfertigen. Wesentlichen Anteil daran hat ein vorgeschaltetes Zuordnungsmodell, das eine Art Fünf-Punkte-Prüfungsprogramm benennt. Im Zentrum der Prüfung stehen die Eindimensionalität der Selbstkommunikation, die Nichtöffentlichkeit der Äußerungssituation, die mögliche Unbewusstheit der Äußerungen im Selbstgespräch, die Identität der Äußerung mit den inneren Gedanken beim Selbstgespräch und die Flüchtigkeit des gesprochen Wortes.²⁴ Alle Aspekte wird der Senat in seine Argumentation einspeisen. Für die inhaltliche Bestimmung des Selbstgesprächs wird eingangs auf die überkommene Rechtsprechung Bezug genommen, so wenn von einem letzten Rückzugsraum die Rede ist, der – ohne Angst vor staatlicher Überwachung – der Befassung mit dem eigenen Ich verbleiben müsse; gerade weil Denken für den Menschen eine Existenzberechtigung darstelle.²⁵ Damit ist aber nur der Ausgangspunkt erreicht, um den Grund des Kernbereichschutzes noch schärfer konturieren zu können. Mit Blick auf die Dreisphärentheorie betont der Senat die „fehlende Gemeinschaftsbezogenheit“ der Gedanken und weist dieses Charakteristikum der Äußerung im nicht öffentlich geführten Selbstgespräch zu. Denken und Sprache seien untrennbar miteinander verbunden. Auf diese Weise, so der Senat weiter, treten die Gedankeninhalte des inneren Sprechens vor allem in Situationen, „in denen der Sprechende sich unbeobachtet fühlt, durch Aussprechen hervor. Das möglicherweise unbewusste ‚laute Denken‘ beim nicht öffentlich geführten Selbstgespräch nimmt sodann an der Gedankenfreiheit teil“.²⁶

2. Diese Einordnung des Selbstgesprächs in den Kontext von Menschenwürdegarantie und Persönlichkeitsschutz wird durch das formale Element des individuellen Geheimhal-

²¹ Benannt auch als „Kleiner Lauschangriff“. Neben diesem „Kleinen Lauschangriff“ kennt die StPO allerdings eine Vielzahl weiterer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen, so etwa die Überwachung der Telekommunikation gemäß §§ 100a, 100b StPO, die Auskunft über Telekommunikationsverbindungen nach § 100g StPO, die Überwachung von Mobilfunkendgeräten gemäß § 100i StPO, die Herstellung heimlicher Bildaufnahmen und die Verwendung technischer Mittel für besondere Observationszwecke i.S.v. § 100h StPO sowie die längerfristige Observation gemäß § 163 StPO. Instrukтив zur gesetzlichen Systematik, der verfahrensrechtlichen Bedeutung und den dogmatischen Problemen verdeckter Ermittlungsmaßnahmen Sachs, JuS 2012, 374; Wolter, in: Heinrich u.a. (Hrsg.), Strafrecht als Scientia Universalis, Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011, Bd. 2, 2011, S. 1245. Zur gestuften Prüfung bei verdeckten Ermittlungsmaßnahmen vgl. BVerfGE 120, 274.

²² Vgl. die Bespr. v. Heintschel-Heinegg, JA 2012, 395; Jahn/Geck, JZ 2012, 561, und Mitsch, NJW 2012, 1486.

²³ Zum Ganzen Ellbogen, NSZ 2006, 179.

²⁴ Zur Kernbereichszuordnung vgl. BVerfGE 34, 238 (248).

²⁵ Mit Verweis auf BGHSt 31, 296 (299) und BVerfGE 80, 367 (381).

²⁶ BGH NJW 2012, 945 (946).

tungswillens („Nichtöffentlichkeit der Äußerungssituation“), vor allem aber durch die Konkretisierung des Sphärenmodells, noch zusätzlich stabilisiert.²⁷ Konnte sich der *1. Strafsenat* noch im Wesentlichen auf das typische Argumentationsmuster zur „Unverletzlichkeit der Wohnung“ gemäß Art. 13 Abs. 1 GG beziehen, so nutzt der *2. Strafsenat* die vorliegenden Sachverhaltsumstände, um die „sozialen Ermöglichungsbedingungen des Kernbereichsschutzes“ zu präzisieren. So könne zwar das Selbstgespräch in einem Auto keine Vermutung der Kernbereichsrelevanz für sich reklamieren. „Hieraus ist aber nicht zu schließen, dass der Schutz des Kernbereichs der Persönlichkeit in Bezug auf Äußerungen sich ausschließlich auf den räumlichen Bereich von Wohnung beschränke. Vielmehr“, so der *Senat*, „kann auch das ‚Alleinsein mit sich selbst‘ in einem PKW diesen Schutz begründen.“ So lag es im vorliegenden Fall. Der grundrechtlich herab gestufte Schutz eines Ortes außerhalb der Wohnung, wie hier des Autos, wurde dadurch kompensiert, dass – im Sinne einer sozialen Handlungssituation – ein gleichwertiger Abschirmungseffekt erreicht werden sollte und konnte, weshalb der Zugriff auf das Beschuldigtenwissen auch nur mittels einer heimlichen Abhörmaßnahme realisierbar war. Der sich dadurch ergebende Argumentationsspielraum ist beträchtlich. Er forciert zunächst den Abschied von einem statischen Raum- und Sphärenmodell und macht, wie auch *Jahn/Geck* hervorheben,²⁸ den Weg frei für ein am Organisationskreis des Betroffenen orientiertes Informationsbeherrschungskonzept.²⁹ Letzteres ist nicht subjektivistisch zu deuten, sondern als Ausprägung einer flexibel handhabbaren, kommunikativen Freiheit zu verstehen; ein Verständnis, dass seit der Tagebuch-Entscheidung immer wieder demontiert oder marginalisiert wurde. Die Schlussfolgerung des *Senats* ist insofern nur konsequent: „Die Nichtöffentlichkeit der Gesprächssituation war daher bei einer Gesamtbewertung der Umstände des Einzelfalls derjenigen einer Wohnung gleichzustellen.“³⁰ Allerdings hätte es des Rekurses auf die Wohnung gar nicht mehr bedurft, denn normativ war die Gleichstellung bereits hergestellt.³¹

3. Damit ist aber der argumentative Spielraum noch nicht erschöpft. So bemüht sich der *Senat* nach Kräften, die Differenzen zur Tagebuch-Entscheidung nicht zu augenscheinlich werden zu lassen. Dementsprechend werden auch die Besonderheiten betont: weder sei in der Tagebuch-Entscheidung die Frage des Raumes von Belang gewesen, da die Notizen freiwillig preisgegeben worden waren, noch spielte dort die „Flüchtigkeit des gesprochenen Wortes“ eine Rolle.³² Schließt man jedoch das erwähnte Organisationskreis- und Informationsbeherrschungskonzept mit dem „Flüchtigkeitsargument“ zusammen, so wird ersichtlich, dass aus der verbalen Abgrenzung der Sachverhaltskonstellationen kritisches Potential

erwächst. Erkennt man nämlich auch der höchstpersönlichen Gedankenäußerung die Qualität einer flexibel handhabbaren kommunikativen Freiheit zu und macht man außerdem geltend, dass die Flüchtigkeit des gesprochenen Wortes nur *eine*, wenngleich eminent wichtige Ausdrucksform des Höchstpersönlichen darstellt, so lässt sich eine rechtlich belastbare Unterscheidung zwischen einer – nur für den Betroffenen erstellten – Tagebuchaufzeichnung und einem nichtöffentlichen Selbstgespräch kaum noch rechtfertigen. Jedenfalls scheint es äußerst fraglich zu sein, von einer freiwilligen Preisgabe durch die schriftliche Fixierung der Gedanken auszugehen, wenn man mit dem *Senat* gleichzeitig konzedieren müsste, dass es sich bei den Gedanken um „Auseinandersetzungen mit dem eigenen Ich“ handelt, die in ihrer Form gerade nicht für die Öffentlichkeit bestimmt waren. Die schriftliche Fixierung ist dann ebenso wie das Gespräch in einem Auto oder Krankenzimmer als (variable) Ausdrucksform kommunikativer Freiheit zu nehmen, die dann aber auch dem absoluten Kernbereichsschutz unterfallen muss.

4. Verdienstvoll ist zudem, dass der *Senat* in der Frage der Kommunikation kriminellen Wissens eindeutig Position bezieht. Brauchte der *1. Strafsenat* nicht zu entscheiden, ob Selbstgespräche schlechthin unverwertbar waren, so lässt der erkennende *Senat* keinen Zweifel daran, dass jedenfalls die Kommunikation begangener Straftaten eine Zuordnung zum absolut geschützten Kernbereich nicht hindert. Anders als Stimmen in der Literatur hält der BGH § 100c Abs. 4 S. 3 StPO offenbar nur bei Zwiegesprächen für einschlägig.³³ Dem liegt eine restriktive Auslegung der Norm zugrunde. In der Gesetzesbegründung heißt es dazu: „Sofern man [...] den Gedanken des Sozialbezuges entsprechender Äußerungen zugrunde legt [...], werden in der Regel auch Äußerungen eines Beschuldigten, die dieser tätigt, wenn er sich allein in der überwachten Wohnung aufhält [...], dem absolut geschützten Kernbereich unterfallen.“³⁴ Wenn also, wie der *Senat* zutreffend annimmt, der Kernbereichsschutz Kommunikationsformen des Höchstpersönlichen und damit auch Techniken der Selbstbehauptung umfasst, dann ist nicht zu sehen, warum strafrechtlich relevante Kommunikationen, insbesondere Selbstgespräche, davon ausgenommen werden sollten. Dem widerspricht keineswegs die Formulierung „in der Regel“, wie etwa *Roxin* behauptet, denn diese ist dann „nur“ auf die (fehlende) Qualifizierung des Nichtöffentlichen zu beziehen. Der Inhalt kann jedenfalls nicht den Ausschlag geben.³⁵ Ob das in gleicher Weise für bevorstehende Straftaten gilt, lässt der *Senat* allerdings offen.

5. Ist damit im vorliegenden Fall die Zuordnung des Selbstgesprächs – auch und besonders anhand der oben erwähnten

²⁷ BGH NJW 2012, 945 (946).

²⁸ *Jahn/Geck*, JZ 2012, 561 (564 f.).

²⁹ Vgl. dazu auch *Amelung* (Fn. 7), S. 30 ff.

³⁰ BGH NJW 2012, 945 (946).

³¹ Dass ein solches Verständnis noch nicht selbstverständlich ist, zeigt freilich die Regelung des § 201a StGB.

³² BGH NJW 2012, 945 (946).

³³ Zur gegenteiligen Auffassung etwa *Kolz*, NJW 2005, 3248 (3249); *Rogall*, in: Weßlau (Hrsg.), Festschrift für Gerhard Fezer zum 70. Geburtstag am 29. Oktober 2008, 2008, S. 61; darüber hinaus *Roxin*, in: Schöch u.a. (Hrsg.), Recht gestalten, dem Recht dienen, Festschrift für Reinhard Böttcher zum 70. Geburtstag am 29. Juli 2007, 2007, S. 159 (S. 167 ff.).

³⁴ BT-Drs. 15/4533, S. 14.

³⁵ *Roxin* (Fn. 33), S. 159 (S. 167 ff.); zum Ganzen vgl. auch *Mitsch*, NJW 2012, 1486 (1488).

Kriterien – zu bejahen, stellt sich noch die Frage des Beweisverwertungsverbotes. Da § 100f StPO, im Unterschied zu den §§ 100a Abs. 4 S. 2, 100c Abs. 5 S. 3 StPO, über keine explizite Kernbereichsregelung verfügt, kann die Unverwertbarkeit des abgehörten Selbstgesprächs nicht auf eine entsprechende Regelung gestützt werden.³⁶ Der *Senat* greift deshalb auf die Dogmatik der ungeschriebenen, selbständigen Verwertungsverbote mit der Folge zurück,³⁷ dass die Unverwertbarkeit unmittelbar aus der Verfassung abgeleitet, der Kernbereichsschutz also direkt Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG unterstellt wird.³⁸ Gleiches soll wegen der Absolutheit des Verwertungsverbots auch für die Mitangeklagten I und K gelten.³⁹ Das ist freilich umstritten. Während der *Senat* und ein Teil der Literatur davon ausgehen, dass eine Differenzierung zwischen Entlastungs- und Belastungsbeweis unzulässig ist, hält die Gegenauffassung einen Grundrechtsausübungsverzicht des Betroffenen durchaus für möglich. Für beide Positionen lassen sich gute Argumente anführen; so für die erstere das Bestreben, in der Verwertungsphase die Prozessstruktur so zu choreographieren, als wäre der Eingriff in den Kernbereich nicht geschehen, für die letztere das Ansinnen, es in das autonome Organisationsinteresse des Betroffenen zu stellen, in welcher Form er staatlichen verfahrensrechtlichen Schutz in Anspruch nehmen will (jeweils mit den daran geknüpften Konsequenzen).⁴⁰ Der Streit braucht hier aber auch nicht entschieden zu werden, da er für die Beurteilung des Falles keine Relevanz besaß.⁴¹

V. Zusammenfassung

Überblickt man die Argumentation und Wertungen des *Senats*, so können wir in den hier besprochenen Konstellationen durchaus von einer Innovation in der Kernbereichsdogmatik sprechen. Der BGH emanzipiert sich zunehmend von dem restriktiv-statischen, nicht selten an der Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege orientierten Verständnis der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung. Der moderne, auf der Grundlage einer kommunikativen Freiheit entwickelte Persönlichkeitsschutz entspricht nicht nur den komplexen sozialen Gegebenheiten und individuellen Bedürfnissen; er wird auch den inzwischen weit ausgefächerten Ermittlungsmethoden, namentlich den Möglichkeiten elektronischer Telekommunikationsüberwachung, gerecht. Damit sind, auch das ist deutlich geworden, nicht alle dogmatischen Probleme vom Tisch; wir dürfen nur an die Frage der Kernbereichsrelevanz kriminellen Wissens bei bevorstehenden Straftaten oder an die kohärente Begründung und Anwendung der Beweisverwertungsverbote erinnern. Der progressiven Tendenz der Rechtsprechung tut das freilich keinen Abbruch.

Akad. Rat Dr. Benno Zabel B.A., Leipzig

³⁶ Auf die Problematik des gesetzlich nicht normierten Kernbereichsschutzes verweist *Wolter*, in: *Wolter* (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 2, 4. Aufl. 2010, § 100f Rn. 30 ff. m.w.N.; der dort eine Dreiteilung des Menschenwürdeschutzes und, daran anknüpfend, ein differenziertes Überwachungs- und Beweisverwertungsverbot vorschlägt.

³⁷ Zur aktuellen Entwicklung vgl. nur *Jahn*, Verhandlungen des 67. Deutschen Juristentages Erfurt 2008, Bd. 1, Gutachten, 2008, Teil C S. 31 ff.

³⁸ BGH NJW 2012, 945 (946)

³⁹ BGH NJW 2012, 945 (946 f.). Angesprochen ist damit die sog. Überkreuzverwertung und die Frage nach deren dogmatischen Begründung (etwa im Wege einer *analogen* Anwendung von § 100a Abs. 4 S. 2 StPO); dazu wiederum *Jahn* (Fn. 37), S. 114 f.

⁴⁰ Zum Streitstand einerseits *Meyer-Goßner*, Strafprozessordnung, Kommentar, 55. Aufl. 2012, Einl. Rn. 55a; außerdem *Dallmeyer*, Beweisführung im Strengbeweisverfahren, 2. Aufl. 2008, S. 171 f.; krit. *Jahn/Geck*, JZ 2012, 566; *Gössel* (Fn. 13), Einl. Abschn. L Rn. 33, 170, sowie *Nack*, in: Griesbaum (Hrsg.), Strafrecht und Justizgewährung, Festschrift für Kay Nehm zum 65. Geburtstag, 2006, S. 310 (S. 323).

⁴¹ Mit Blick auf das weitere Verfahren sei nur angemerkt, dass das OLG Köln für alle drei Angeklagten die Haftfortdauer angeordnet und insofern, trotz des ausgesprochenen Verwertungsverbots, das Fortbestehen des dringenden Tatverdachts bejaht hat.