

Jun.-Prof. Dr. iur. Olaf Muthorst\*

## Das heimlich aufgezeichnete Selbstgespräch im Strafverfahren

– Anmerkung zum BGH Urteil vom 22.12.2011 –  
2 StR 509/10 –

### Abstract

Ein Selbstgespräch des Beschuldigten, das bei der akustischen Überwachung seines Pkw aufgezeichnet worden ist, darf im Strafverfahren nicht verwertet werden, auch nicht gegen Mitbeschuldigte. Aus diesem Grund hat der *Bundesgerichtshof* Ende vergangenen Jahres drei Verurteilungen wegen Mordes aufgehoben. Der folgende Beitrag führt in die mit dieser Entscheidung angerissenen Probleme ein und nimmt zum methodischen Ansatz kritisch Stellung.

---

\* Der Autor ist Juniorprofessor für Bürgerliches Recht und Zivilprozessrecht an der Universität Hamburg. Abschluss des Manuskripts: 31.5.2012; später Erschienenes ist nur teilweise berücksichtigt.

## I. Das Problem

Jede Rechtsanwendung setzt die Kenntnis des Sachverhalts voraus.<sup>1</sup> Das gilt in der Klausur ebenso wie im Rechtsleben. Das Verfahrensrecht kennt unterschiedliche Arten, die Verantwortung für die Sachverhaltskenntnis zwischen den zur Entscheidung berufenen Gerichten und Behörden und den Verfahrensbeteiligten zu verteilen.<sup>2</sup> Während es im Zivilprozess Kläger und Beklagter in der Hand haben, dem Gericht den Sachverhalt darzulegen und unter Beweis zu stellen, auf dessen Grundlage das Urteil ergeht (Beibringungsgrundsatz, Verhandlungsgrundsatz)<sup>3</sup>, ist das Strafverfahren in jedem seiner Stadien vom Grundsatz der Amtsermittlung (Untersuchungsgrundsatz, Inquisitionsmaxime) beherrscht.<sup>4</sup> Er kommt für das Gericht vor allem in § 244 Abs. 2 StPO zum Ausdruck: Das Gericht „hat zur Erforschung der Wahrheit die Beweisaufnahme von Amts wegen auf alle Tatsachen und Beweismittel zu erstrecken, die für die Entscheidung von Bedeutung sind“ (§ 244 Abs. 2 StPO), es ermittelt also den Sachverhalt selbst und ist dabei an Anträge und Erklärungen der Beteiligten nicht gebunden. Nichts anderes gilt im Ermittlungsverfahren: Nach § 160 Abs. 1 StPO hat die Staatsanwaltschaft den Sachverhalt zu erforschen, um über die Anklageerhebung entscheiden zu können. Damit die Staatsanwaltschaft dieser Aufgabe<sup>5</sup> nachkommen kann, hat der Gesetzgeber der Strafprozessordnung sie mit etlichen Befugnissen zu Ermittlungsmaßnahmen ausgestattet. Zu ihnen gehört auch die Befugnis, unter bestimmten Voraussetzungen ohne Wissen des Betroffenen außerhalb von Wohnungen das nichtöffentlich gesprochene Wort mit technischen Mitteln abzu hören und aufzuzeichnen (§ 100 f. Abs. 1 StPO).

Wenn das nichtöffentlich gesprochene Wort heimlich mit technischen Mitteln abgehört und aufgezeichnet wird, ist das ein Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 1 GG)<sup>6</sup>. Es gewährleistet unter anderem die engere persönliche Lebenssphäre und die Erhaltung ihrer Grundbedingungen, vor allem durch Abschirmung eines privaten Bereichs und durch Sicherung der Vertraulichkeit von Kommunikation und Interaktion.<sup>7</sup> Eingriffe müssen auf der Grundlage

1 *Larenz Methodenlehre der Rechtswissenschaft* 6. Aufl. (1991), S. 307 ff.; *Verf. Grundlagen der Rechtswissenschaft* 2011, § 6 Rn. 1 ff.

2 *Rauscher* in *MünchKomm ZPO I* 4. Aufl. (2013), Einl. Rn. 306.

3 *Saenger* in *Hk-ZPO* 4. Aufl. (2011), Einf. Rn. 66; *Rauscher* in *MünchKomm ZPO I* 4. Aufl. (2013), Einl. Rn. 306, 310; *Schilken* *Zivilprozessrecht* 6. Aufl. (2010), Rn. 345.

4 *Roxin/Schünemann* *Strafverfahrensrecht* 27. Aufl. (2012) § 15 Rn. 3 ff.; *Erb* in *Löwe-Rosenberg* 26. Aufl. (2008), § 160 Rn. 1; *Becker* in *Löwe-Rosenberg* 26. Aufl. (2008), vor §§ 226 ff. Rn. 10.

5 § 160 Abs. 1 StPO selbst ist eine reine Aufgabenzuweisung, vgl. *Erb*, in: *Löwe-Rosenberg* 26. Aufl. (2008), § 160 Rn. 3–9.

6 BVerfGE 6, 32 (41); 27, 1 (6); 32, 373 (378 f.); 34, 238 (245); 114, 339 (346); *Schäfer* in *Löwe-Rosenberg* 25. Aufl. (2003), vor § 94 Rn. 1; *Graf* in *BeckOK-StPO* 13. Ed. (2012), § 100a Rn. 3; *Di Fabio*, in: *Maunz/Dürig*, 66. Erg. (2012), Art. 2 Abs. 6 Rn. 151 und 166.

7 BVerfGE 27, 1 (6); 34, 238 (246); 35, 202 (220); 80, 367 (373); 106, 28 (40); 114, 339 (346); *Dreier* in *Dreier* 2. Aufl. (2004), Art. 2 I Rn. 69.

eines förmlichen Gesetzes erfolgen und die Grenzen der Verhältnismäßigkeit wahren.<sup>8</sup> Da das allgemeine Persönlichkeitsrecht aber im engen Zusammenhang steht zur Unverletzlichkeit der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG), ist ein unantastbarer Bereich (Kernbereich) privater Lebensgestaltung anzuerkennen<sup>9</sup>, in dem eine Abwägung nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nicht stattfindet.<sup>10</sup> In diesen Kernbereich darf also auch eine staatsanwaltschaftliche Ermittlungsmaßnahme nicht eingreifen.

Die Strafprozessordnung trägt dem etwa dort Rechnung, wo es um heimliche Überwachung der Telekommunikation geht: Sie ist nach § 100a StPO unter bestimmten Voraussetzungen zulässig, nicht aber, wenn anzunehmen ist, dass allein Erkenntnisse aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung erlangt werden würden (Abs. 4 S. 1). Würden Erkenntnisse aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung erlangt, dürfen sie nicht verwertet werden (Abs. 4 S. 2). Vergleichbares gilt für die akustische Wohnraumüberwachung nach § 100c Abs. 4 und 5 StPO. In diesen Regelungen kommen immanente Grenzen des Untersuchungsgrundsatzes zum Ausdruck.<sup>11</sup>

Für den Fall der akustischen Überwachung **außerhalb** von Wohnungen (§ 100 f. StPO) sieht das Gesetz allerdings keine solche Ausnahme vor. Das wirft die Frage auf, ob außerhalb von Wohnungen durch akustische Überwachung gewonnene Beweismittel auch dann verwendet werden dürfen, wenn sie den Kernbereich privater Lebensgestaltung berühren, oder ob sich das Fehlen einer gesetzlichen Regelung schlicht damit erklärt, dass bei einer Überwachung außerhalb von Wohnungen niemals der Kernbereich privater Lebensgestaltung betroffen sein kann.

## II. Sachverhalt

Lebenspraktischer Anlass für den *Bundesgerichtshof*, sich mit diesen Fragen in dem hier zu besprechenden Urteil zu befassen, war eine Familientragödie, in deren Mittelpunkt das fünf Jahre alte Kind des SK und seiner Ehefrau L stand. Die Ehe scheiterte, und SK fürchtete, die Mutter werde mit dem Kind weit wegziehen und so sein Umgangsrecht vereiteln. Als die L tot aufgefunden wurde, gerieten SK sowie seine Schwester IK und sein Schwager WK unter Verdacht. Die Staatsanwaltschaft ließ verschiedene verdeckte Überwachungsmaßnahmen durchführen. Unter anderem überwachte sie den Pkw des SK. Dabei wurden, während sich SK allein im Fahrzeug befand, Selbstgespräche aufgezeichnet: „... die L ist schon lange tot, die wird

8 BVerfGE 92, 191 (197); *Nack*, in: KK-StPO 6. Aufl. (2008), vor § 94 Rn. 6; *Di Fabio* in Maunz/Dürig, 66. Erg. (2012), Art. 2 Abs. 1 Rn. 157.

9 BVerfGE 6, 32 (41); 80, 367 (373); 109, 279 (325, 328); *Di Fabio* in Maunz/Dürig, 66. Erg. (2012), Art. 2 Abs. 1 Rn. 158; *Starck*, in: von Mangoldt/Klein/Starck 16. Aufl. (2010), Art. 2 Abs. 1 Rn. 88 f.

10 BVerfGE 34, 238 (245); 80, 367 (373).

11 *Verf.* Das Beweisverbot 2009, S. 198.

auch nicht wieder ... kannst natürlich nicht sagen.“ „nö I, wir haben sie tot gemacht ...“ Diese Äußerungen hat die Schwurgerichtskammer als geständnisgleiches Indiz für die Tötung durch SK, IK und WK als Mittäter („wir“) angesehen. Die Angeklagten haben dagegen Revision eingelegt und ein Beweisverwertungsverbot geltend gemacht.

### III. Das Gleichgewicht der Freiheit

Die Staatsanwaltschaft hatte noch weitere Indizien ermittelt, auf die die Schwurgerichtskammer die Verurteilungen stützte. Man kann aber nicht ausschließen, dass nur die Gesamtschau aller Indizien unter Einschluss der aufgezeichneten Selbstgespräche eine Verurteilung trägt.<sup>12</sup> Dürfen die Selbstgespräche infolge eines Beweisverwertungsverbot nicht verwendet werden, hat das also möglicherweise zur Folge, dass die drei Angeklagten nicht als Täter überführt werden können, mehr noch: dass sie freigesprochen werden müssen, weil die **verwertbaren** Indizien nicht ausreichen, obwohl die **vorhandenen** Indizien ergeben, dass sie die Tat begangen haben. Diese Konsequenz trifft das Rechtsgefühl vieler Menschen hart und erlegt dem Strafprozessrecht eine hohe Begründungslast auf.<sup>13</sup>

Im Ausgangspunkt ist das Argument aber recht einfach: Rechtsanwendung ist immer nur im Rahmen eines rechtlich geregelten – und damit auch: rechtlich begrenzten – Verfahrens möglich. Deshalb ist auch der Beweis immer an rechtliche Grenzen gebunden. Diese rechtlichen Grenzen legen fest, wann ein Beweis unzulässig ist. Das kann beispielsweise auf der Unzulässigkeit eines Beweismittels beruhen, etwa weil die im Beweismittel verkörperten Informationen aufgrund ihrer besonderen Schutzbedürftigkeit weder zwangsweise noch heimlich verwendet werden dürfen.<sup>14</sup>

Übertragen auf den konkreten Sachverhalt, würde das bedeuten: Was SK in seinem Fahrzeug vor sich hingesagt hat, wäre als Information derart schutzbedürftig, dass ein Beweis mit dem heimlich hergestellten Überwachungsmitschnitt jenseits derjenigen rechtlichen Grenze läge, die dem Beweis deshalb gezogen ist, weil er Teil eines rechtlich geregelten Verfahrens sein soll. Diese Gleichung enthält nun allerdings mehrere Unbekannte. Wo liegt die rechtliche Grenze, die jedem Beweis als Teil eines rechtlich geregelten Verfahrens gezogen ist? Wann ist eine Information so schutzbedürftig, dass mit einem Beweismittel, das diese Information verkörpert, diese Grenze verletzt werden würde?

Im gewaltenteilten Rechtsstaat ist diese Entscheidung nicht der Rechtsanwendung im Einzelfall überlassen, sondern in erster Linie dem Gesetzgeber anvertraut. Er muss bei der Ausgestaltung des Verfahrensrechts die Bindungen beachten, die

12 *BGH NJW* 2012, 945 (Rn. 22).

13 Zum Zusammenhang *Kühne* Strafprozessrecht 8. Aufl. (2010), Rn. 880.

14 *Verf. Das Beweisverbot* 2009, S. 125 ff., 140 ff.

ihm von der Verfassung auferlegt sind. Der Rechtsanwender muss diese Wertungen bei der Auslegung beachten.<sup>15</sup>

Die Verfassung ist allerdings ein Wegweiser in zwei Richtungen: Sie garantiert einerseits, von staatlicher Strafverfolgungsgewalt nur in bestimmten Grenzen betroffen zu werden.<sup>16</sup> Sie verlangt beispielsweise, dass Ermittlungsmaßnahmen auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen.<sup>17</sup> Die Verfassung garantiert aber andererseits auch, dass der Staat überhaupt durch staatliche Strafverfolgung die Menschen vor einander schützt und zur Erfüllung dieser Schutzpflicht geeignete Maßnahmen ergreift.<sup>18</sup> Keine der beiden Tendenzen hat einen prinzipiellen Vorrang.<sup>19</sup> In einem Staat ohne Strafverfolgung ist Freiheit ebenso wenig denkbar wie in einem Staat, in dem Ermittlungsmaßnahmen „um jeden Preis“ hingenommen werden müssen. Freiheit setzt voraus, dass die Rechtsordnung zwischen beiden Polen ein Gleichgewicht findet.

Dabei ist indessen hervorzuheben, dass sich dieses Gleichgewichtspostulat an die Rechtsordnung insgesamt richtet. Im konkreten Einzelfall kann es kein Gleichgewicht geben: Entweder setzt sich im Einzelfallergebnis der Schutz vor staatlichen Ermittlungsmaßnahmen durch (das Abwehrrecht) oder der Strafverfolgungsanspruch (die staatliche Schutzpflicht). So konflikthaft es also im Einzelfall sein mag, einen mutmaßlichen Straftäter freizusprechen, so wenig ist damit über die rechtliche Richtigkeit dieses Freispruchs gesagt. Sie hängt vielmehr davon ab, ob das Strafverfahrensrecht **grundsätzlich** einen angemessenen Ausgleich zwischen beiden Tendenzen gewährleistet.

Formuliert man als allgemeinen Rechtssatz, dass ein Beweismittel aus dem unantastbaren Kernbereich privater Lebensgestaltung unzulässig ist, und will man beurteilen, ob dieser Rechtssatz das Gleichgewicht der Freiheit wahrt oder nicht, ist also zu erörtern, was man unter dem „Kernbereich privater Lebensgestaltung“ zu verstehen hat (dazu sogleich) und welche Konsequenzen sich für das Beweismittel ergeben (dazu unter V.). Dabei soll jeweils die Argumentation des *Bundesgerichtshofs* aufgegriffen werden, mit der er – das sei als Ergebnis vorweggenommen – die Verurteilung der Angeklagten zu Recht aufgehoben und die Sache an eine andere Schwurgerichtskammer zurückverwiesen hat.

#### IV. Kernbereich privater Lebensgestaltung

Der *Bundesgerichtshof* versteht unter dem Kernbereich privater Lebensgestaltung die Möglichkeit, „sich in einem letzten Rückzugsraum mit dem eigenen Ich befassen zu können, ohne Angst davor haben zu müssen, dass staatliche Stellen dies

15 *Verf.* Das Beweisverbot 2009, S. 144 f.

16 *Verf.* Das Beweisverbot 2009, S. 151 ff.

17 Wohlers in SK-StPO III 4. Aufl. (2010), § 160 Rn. 45.

18 *Roxin/Schünemann* Strafverfahrensrecht 27. Aufl. (2012) § 14 Rn. 2; *Kühne*, in: Löwe-Rosenberg 26. Aufl. (2006), Einl. H Rn. 10 ff.; *Verf.* Das Beweisverbot 2009, S. 149 f.; vgl. differenzierend *BVerfG* EuGRZ 2010, 145 (147).

19 *Verf.* Das Beweisverbot 2009, S. 122 f.

überwachen.<sup>20</sup> An der Gedankenfreiheit nehme auch das Selbstgespräch teil, das zwar außerhalb einer Wohnung, aber in einer nichtöffentlichen Situation geführt werde, die derjenigen in einer Wohnung gleichzusetzen sei.<sup>21</sup> Weil hier die Flüchtigkeit des im „Alleinsein mit sich selbst“ gesprochenen Wortes im Vordergrund stehe, komme es auf Inhalt der Gedankenäußerung und Sozialbezug nicht entscheidend an, anders als wenn es etwa um die Verwertung beschlagnahmter Tagebücher, also gerade schriftlich fixierter Gedanken, gehe.<sup>22</sup>

Diese Argumentation ist schlüssig, und sie liegt auf der Linie der gesetzgeberischen Wertungen<sup>23</sup> und der bisherigen Rechtsprechung. So hat der 1. Senat des *Bundesgerichtshofs* in der sog. Krankenzimmerentscheidung den höchstpersönlichen Charakter des Selbstgesprächs hervorgehoben.<sup>24</sup> Es kommt nicht darauf an, ob das Selbstgespräch innerhalb oder außerhalb einer Wohnung geführt wird, wenn nur ein vergleichbarer räumlicher Rückzug in einen geschützten Raum stattgefunden hat. Kritisch zu kommentieren ist die Entscheidungsbegründung des *Bundesgerichtshofs* nur in zwei Punkten: Unter der herausgearbeiteten Prämisse ist der Sozialbezug der Gedankenäußerung nicht etwa irrelevant<sup>25</sup>, sondern er ist schlicht nicht gegeben: Ein Selbstgespräch berührt **aus sich heraus** nicht die Sphäre anderer oder der Gemeinschaft.<sup>26</sup> Anders gewendet: Auch wenn man über Dinge, die andere betreffen oder berühren, mit sich selbst oder zu sich selbst spricht – mit sich selbst und zu sich selbst zu sprechen, liegt immer im Kernbereich privater Lebensgestaltung. Das höchstpersönliche Selbstgespräch im Kernbereich privater Lebensgestaltung anzusiedeln, ist damit – das ist der zweite Punkt – auch keineswegs das Ergebnis einer einzelfallbezogenen Gesamtbewertung, wie es der *Bundesgerichtshof* eingangs herausstreicht.<sup>27</sup> Einzelfallbezogen festzustellen ist allenfalls, ob es sich bei der Verlautbarung tatsächlich um ein höchstpersönliches Selbstgespräch handelt oder aber um Äußerungen, die gleichsam in der und für die Öffentlichkeit kommuniziert worden sind.

## V. Das unzulässige Beweismittel

Ist der Überwachungsmitschnitt ein Beweismittel aus dem unantastbaren Kernbereich privater Lebensgestaltung, so stellt sich die weitere Frage nach den beweisrechtlichen Konsequenzen.

---

20 *BGH NJW* 2012, 945 (Rn. 15).

21 *BGH NJW* 2012, 945 (Rn. 15).

22 *BGH NJW* 2012, 945 (Rn. 16 f.).

23 Vgl. BT-Drs 15/4533, S. 14, li. Sp.

24 BGHSt 50, 206 (213 ff.) = NJW 2005, 3295 (3297) = JuS 2006, 91 (*Jahn*). Dazu Kolz Das Selbstgespräch im Krankenzimmer und der „Große Lauschangriff“ NJW 2005, 3248.

25 So jedoch *BGH NJW* 2012, 945 (Rn. 16).

26 BGHSt 50, 206 (213).

27 *BGH NJW* 2012, 945 (Rn. 14).

## 1. Aus den Gründen

Sie beantwortet der *Bundesgerichtshof* nur teilweise, im Wesentlichen setzt er sie bereits mit dem ersten Satz seiner Begründung voraus: „Das nichtöffentlich geführte Selbstgespräch unterliegt einem selbstständigen Beweisverwertungsverbot von Verfassungen wegen.“<sup>28</sup> Näher thematisiert wird nur noch, ob dieses Beweisverwertungsverbot auch im Verhältnis zu den von der akustischen Überwachung nicht unmittelbar betroffenen Mitangeklagten gilt. Dazu verweist der *Bundesgerichtshof* erstens auf die entsprechende Regelung in den §§ 100a Abs. 4 S. 2, 100c Abs. 5 S. 3 StPO und zweitens auf Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG, also auf Achtung und Schutz der Menschenwürde als Auftrag aller staatlichen Gewalt, „weil insoweit ein selbstständiges Beweisverwertungsverbot begründet wird.“<sup>29</sup>

Es ist richtig, beide Aspekte zu trennen: die Frage der Beweisverwertung im Strafverfahren gegen denjenigen, der das Selbstgespräch geführt hat (dazu sogleich 2. und 3.), von der Frage nach den Auswirkungen auf gegen Dritte geführte Strafverfahren (dazu unten 4.).

## 2. Zum Meinungsstand

Eine Beweisverwertung – genauer: die Berücksichtigung von Beweisergebnissen bei der einer Entscheidung vorausgehenden Beweiswürdigung<sup>30</sup> – kann deshalb unzulässig sein, weil das Beweisergebnis aus einer rechtswidrigen Beweiserhebung stammt; man spricht dann von einem unselbstständigen Beweisverwertungsverbot.<sup>31</sup> Wann eine rechtswidrige Beweiserhebung ein Beweisverwertungsverbot nach sich zieht und anhand welcher Kriterien darüber zu entscheiden ist, wird allerdings nicht einheitlich beurteilt.<sup>32</sup>

Während ein unselbstständiges Beweisverwertungsverbot also als Sanktion für eine rechtswidrige Beweiserhebung in Betracht kommen soll, spielt die Frage der Beweiserhebung bei selbstständigen Beweisverwertungsverboten keine Rolle.<sup>33</sup> Selbststän-

28 *BGH NJW* 2012, 945 (Rn. 13).

29 *BGH NJW* 2012, 945 (Rn. 21).

30 *Fezer Grundfragen der Beweisverwertungsverbote* 1995 S. 2; *Verf. Das Beweisverbot* 2009, S. 187 ff.

31 Zur Terminologie vgl. nur *Prütting*, in: MünchKomm ZPO I 4. Aufl. (2013), § 284 Rn. 62; *Roxin/Schünemann Strafverfahrensrecht* 27. Aufl. (2012) § 24 Rn. 13 ff.; *Kopp/Schenke*, 18. Aufl. (2012), § 98 Rn. 4, ferner *Verf. Das Beweisverbot* 2009, S. 6 ff.

32 Vgl. *BVerfG NStZ* 2006, 46 (47); *BGHSt* 19, 325 (331); 38, 214 (219); *Meyer-Gößner StPO* 55. Aufl. (2012), Einl. Rn. 55 ff.; *Roxin/Schünemann Strafverfahrensrecht* 27. Aufl. (2012) § 24 Rn. 23 ff.; *Jahn Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbote im Spannungsfeld zwischen den Garantien des Rechtsstaates und der effektiven Bekämpfung von Kriminalität und Terrorismus* 67. DJT 2008, S. C 33 ff. Zum Ganzen *Verf. Das Beweisverbot* 2009, S. 13-81.

33 *Fezer Grundfragen der Beweisverwertungsverbote* 1995 S. 7 f.; *Hofmann Beweisverbote im Strafprozess – Beweiserhebungsverbote und Beweisverwertungsverbote* JuS 1992, 587 (587); *Rogall Gegenwärtiger Stand und Entwicklungstendenzen der Lehre von den strafprozessualen Beweisverboten* ZStW 91 (1979), 1 (3 f.).

dige Beweisverwertungsverbote werden allgemein auf subjektive Rechte gestützt, insbesondere auf Grundrechte, d. h. es wird angenommen, die Beweisverwertung müsse unterlassen werden, um nicht Grundrechte zu verletzen.<sup>34</sup>

Dieser Ausgangspunkt verdient in zweifacher Hinsicht Kritik. Er läuft darauf hinaus, über die Frage der Beweisverwertung im Rahmen der Reichweite des subjektiven Rechts zu entscheiden. Die Frage, ob eine Beweisverwertung zulässig ist oder nicht, wird umformuliert in die Frage, ob eine Beweisverwertung ein Grundrecht verletzt oder nicht. Ein Erkenntnisgewinn ist damit nicht verbunden. Benannt werden müsste vielmehr, weshalb die Zuordnung einer Information zum Kernbereich privater Lebensgestaltung es zur Konsequenz hat, dass die Beweisverwertung eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts darstellen würde.<sup>35</sup>

Kritik verdient aber auch der methodische Ansatz auf Ebene der Grundrechte, denn er vernachlässigt den Anwendungsvorrang des einfachen Rechts. Dieser zweite Aspekt soll im Folgenden vertieft werden.

### 3. Beweisverbote aus Grundrechten?

Ob ein Beweismittel im Strafverfahren verwertet werden darf oder nicht, ist der Strafprozessordnung – in gegebenenfalls verfassungskonformer Auslegung sowie mit den anerkannten Methoden der Rechtsfortbildung – zu entnehmen. Der methodisch vorzugswürdige Weg wäre also, nach einer anlogenen Anwendbarkeit von §§ 100a Abs. 4 S. 2, 100c Abs. 5 S. 3 StPO im Fall der akustischen Überwachung außerhalb von Wohnungen zu fragen und diese Frage im Lichte verfassungsrechtlicher Wertentscheidungen zu beantworten.<sup>36</sup>

Eine planwidrige Regelungslücke liegt vor. Es ist nicht ersichtlich, dass der Gesetzgeber den Kernbereich privater Lebensgestaltung bei akustischer Überwachung außerhalb von Wohnungen ungeschützt lassen wollte, dass das Fehlen einer Regelung zur Verwertung von kernbereichsbezogenen Überwachungskenntnissen in § 100 f. StPO also ein Fall berechten Schweigens wäre. Dass der Gesetzgeber in § 100 f. StPO weder eine §§ 100a Abs. 4 S. 2, 100c Abs. 5 S. 3 StPO entsprechende Regelung vorgesehen noch in Abs. 4 auf eine dieser Regelungen verwiesen hat, beruht nicht darauf, dass der Gesetzgeber im Fall des § 100 f. StPO die Verwertung von Erkenntnissen über kernbereichsbezogene Äußerungen ermöglichen wollte. Naheliegend ist vielmehr die Annahme, dass dem Gesetzgeber die Möglichkeit einer Kernbereichsberührung bei Überwachung **außerhalb** von Wohnungen überhaupt nicht vor Augen stand. Der Gesetzgeber ist davon ausgegangen, in § 100 f. StPO eine Ermittlungsmaßnahme mit im Vergleich zur Telefon- und Wohnraumüberwachung größerer

34 Vgl. BVerfGE 109, 279 (331 f.); BGHSt 14, 358 (364 f.); 50, 206 (209 f.); Rogall Gegenwärtiger Stand und Entwicklungstendenzen der Lehre von den strafprozessualen Beweisverboten ZStW 91 (1979), 1 (22); Schroth Beweisverwertungsverbote im Strafverfahren JuS 1998, 969 (978 f.).

35 Zur Kritik an subjektivrechtlichen Ansätzen allgemein *Verf. Das Beweisverbot 2009*, S. 66 ff.

36 *Verf. Das Beweisverbot 2009*, S. 311 f.; zu den Voraussetzungen der analogen Anwendung *Verf. Grundlagen der Rechtswissenschaft 2011*, § 8 Rn. 14 ff., 22 ff.



Streubreite, aber vergleichsweise unerheblicher Tiefe zu normieren.<sup>37</sup> Für die typischen Fälle der Überwachung außerhalb von Wohnungen trifft das durchaus zu.

In den atypischen Fällen, in denen es ausnahmsweise zu einer Kernbereichsberührung kommt, spricht jedoch alles dafür, § 100a Abs. 4 StPO analog anzuwenden. Die dieser Norm zugrunde liegende Interessenbewertung ist auf § 100 f. StPO ohne Weiteres übertragbar. Nach § 100a Abs. 4 S. 1 StPO ist eine Telefonüberwachung unzulässig, wenn tatsächliche Anhaltspunkte für die Annahme vorliegen, dass durch die Überwachung und Aufzeichnung allein Erkenntnisse aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung erlangt würden. Durch eine Überwachung und Aufzeichnung erlangte Erkenntnisse aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung dürfen nach Abs. 4 S. 2 nicht verwertet werden. Wenn dieses Verwertungsverbot daran anknüpft, dass Erkenntnisse durch „eine Maßnahme nach [§ 100a] Absatz 1 [StPO] erlangt wurden“, so liegt die Betonung auf „erlangt“, denn nur hinsichtlich erlangter Erkenntnisse stellt sich die Frage eines Verwertungsverbotes. Diese Rechtsfolge des § 100a Abs. 4 S. 2 StPO wird nicht erst dadurch einsichtig, dass es eine Maßnahme nach § 100a Abs. 1 StPO gewesen ist, durch die die unverwertbaren Erkenntnisse erlangt wurden.<sup>38</sup> Entsprechend betrifft § 100c Abs. 5 S. 3 StPO zwar Erkenntnisse, die durch eine nach S. 1 zu unterbrechen gewesene Wohnraumüberwachung und -aufzeichnung erlangt worden sind. Die Rechtsfolge wird aber allein von dem Umstand getragen, dass es sich dabei um Erkenntnisse über Äußerungen handelt, die dem Kernbereich privater Lebensgestaltung zuzurechnen sind.<sup>39</sup> § 100a Abs. 4 S. 2 und § 100c Abs. 5 S. 3 StPO lassen sich also dahingehend verallgemeinern, dass Beweismittel aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung nicht verwertet werden dürfen.<sup>40</sup> Mit anderen Worten: Die Art der Ermittlungsmaßnahme, die ein Beweismittel aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung verfügbar gemacht hat, ist kein taugliches Kriterium, um über die Verwertbarkeit dieses Beweismittels zu entscheiden. Ein Beweismittel aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung ist unverwertbar, unabhängig davon, durch was für eine Ermittlungsmaßnahme es zu Tage gefördert wurde. Diese Bewertung konkretisiert eine grundrechtliche Gewährleistung, wonach Beweismittel unzulässig sind, wenn sich in ihnen Informationen aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung verkörpern. Denn dieser Kernbereich soll staatlicher Überwachung, Kenntnisnahme oder Bewertung entzogen sein. In ihm soll jeder nur sich selbst gehören.<sup>41</sup> Verkörpert ein Beweismittel solche Informationen, liegt es in der **Konsequenz** dieser verfassungsrechtlichen Wertung<sup>42</sup>, dass es als unzulässig auszuschließen ist. Metho-

37 BR-Drs. 275/07, S. 133 f.; vgl. aber auch BT-Drs. 16/5846, S. 91 „von der Eingriffsintensität gleichgestellt“.

38 Vgl. Wolter in SK-StPO II 4. Aufl. (2010), § 100a Rn. 58.

39 Vgl. Wolter in SK-StPO II 4. Aufl. (2010), § 100c Rn. 67 ff.

40 Dazu Schäfer, in: Löwe-Rosenberg 25. Aufl. (2003), § 94 Rn. 74 ff.; Verf. Das Beweisverbot 2009, S. 311 f.

41 BVerfGE 27, 1 (6).

42 Zu ihr kritisch *Jahn* Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbote im Spannungsfeld zwischen den Garantien des Rechtsstaates und der effektiven Bekämpfung von Kriminalität und Terrorismus 67. DJT 2008, S. C 83 f.; Gössel, in: Löwe-Rosenberg 26. Aufl. (2006), Einl. L Rn. 89 ff.

dische Grundlage für den Ausschluss des Beweismittels ist aber eben nicht die Verfassung oder ein Grundrecht, sondern eine verfassungskonforme oder verfassungskonkretisierende Auslegung und Fortbildung des einfachen Rechts.

Dabei ist zu beachten, dass sich die Regelungen in § 100a Abs. 4 und in § 100c Abs. 4 und 5 StPO im Vorfeld der Beweisverwertung durchaus unterscheiden: Im Fall der Wohnraumüberwachung nach § 100c StPO ist nach Absatz 4 die Prognose Anordnungsvoraussetzung, dass mit einer Kernbereichsverletzung nicht zu rechnen ist. Umgekehrt ist eine Telefonüberwachung grundsätzlich zulässig, wenn die allgemeinen Anordnungsvoraussetzungen vorliegen. Unzulässig ist sie nach § 100a Abs. 4 S. 1 StPO nur dann, wenn eine Prognose ergibt, dass allein Erkenntnisse aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung zu erwarten sind. Diese unterschiedliche Ausgestaltung, durch die eine Wohnraumüberwachung eher erschwert und eine Telefonüberwachung im Verhältnis dazu erleichtert wird, beruht darauf, dass bei einer Telefonüberwachung kaum jemals auszuschließen ist, dass nicht auch Erkenntnisse über kernbereichsrelevante Äußerungen erlangt werden.<sup>43</sup> Umgekehrt lässt sich die Kernbereichsrelevanz einer Wohnraumüberwachung in Abhängigkeit des überwachten Raums sehr wohl im Voraus abschätzen. Vor diesem Hintergrund scheidet eine analoge Anwendung von § 100c Abs. 4 und 5 StPO aus, während die des § 100a Abs. 4 StPO den Vorzug verdient: Typologisch entspricht die Überwachung außerhalb von Wohnungen nach § 100 f. StPO insoweit der Telefonüberwachung, bei der die Kernbereichsrelevanz nur ausnahmsweise im Voraus erkennbar ist, und weniger der Wohnraumüberwachung.

#### 4. Absolutes Beweisverwertungsverbot

Es liegt in der weiteren Konsequenz dieser Wertung, dass dieses Beweisverbot ohne Rücksicht darauf gilt, gegen wen die Beweisverwertung erfolgen soll. Die Privilegierung des Beweismittels beruht auf dem Schutz desjenigen, dessen private Lebensgestaltung in ihrem Kernbereich betroffen ist. Deshalb ist es im Ergebnis zutreffend, wenn der *Bundesgerichtshof* die Frage, ob das Beweisverwertungsverbot auch hinsichtlich der Mitangeklagten IK und WK Wirkung entfaltet, bejaht hat. Das folgt aber nicht unmittelbar aus der entsprechenden Regelung in §§ 100a Abs. 4 S. 2, 100c Abs. 5 S. 3 StPO. Es folgt auch nicht erst aus Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG. Der Grund, aus dem das Beweismittel auch im Verfahren gegen IK und WK nicht verwertet werden darf, ist vielmehr, dass § 100a Abs. 4 S. 2 StPO in analoger Anwendung zum Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung das Beweismittel nicht bloß einer Zweckbindung<sup>44</sup> unterwirft – gleichsam als Verbot, es gegen den Kernbereichsinhaber zu richten –, sondern das Beweismittel als solches unzulässig macht, also jede Form seiner Verwendung kontextunabhängig ausschließt.

43 BR-Drs. 275/07, S. 96 f.

44 Dazu *Verf.* Das Beweisverbot 2009, S. 341 f., 345 ff.

## VI. Fazit

Damit hat sich gezeigt: Auch außerhalb von Wohnungen durch Überwachung des nichtöffentlich gesprochenen Wortes gewonnene Beweismittel sind im Strafverfahren unzulässig, wenn sie Informationen aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung verkörpern. Solche Beweismittel unterliegen einem Beweisverwertungsverbot (§ 100a Abs. 4 S. 2 StPO analog). Dieses Beweisverwertungsverbot gilt unabhängig davon, ob das Strafverfahren gegen den von der Überwachung Betroffenen oder gegen einen Dritten geführt wird. Im Beweisverwertungsverbot kommt eine immanente Grenze des Untersuchungsgrundsatzes zum Ausdruck, weil dieser nicht mehr als die Sachverhaltsermittlung in den Grenzen des Rechts fordern kann. Das Beweisverwertungsverbot konkretisiert das grundrechtlich gewährleistete Allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 GG, denn auch außerhalb von Wohnungen kann eine Äußerung dem Kernbereich privater Lebensgestaltung zuzuordnen sein. Das heimlich aufgezeichnete Selbstgespräch mit höchstpersönlichem Charakter kann daher im Strafverfahren nicht verwertet werden.