

Anmerkung

Tagebücher - und kein Ende. Der vorstehend abgedruckte Beschluß des 3. Strafsenats ist ein neuerliches Indiz dafür, daß sich die oft gehörte programmatische Bekundung des Gerichts, nach der es im Strafprozeß keine Wahrheitserforschung um jeden Preis geben darf¹, in der Praxis zu einem weitgehend unverbindlichen Programmsatz verflüchtigt. Während der 3. Senat² die Anordnung der Maßnahme in einem Ermittlungsverfahren wegen geheimdienstlicher Agententätigkeit noch 1994 mit dem Argument aufhob, daß es sich bei dem Tatbestand des § 99 I StGB nur um ein Vergehen handelt, wurde die Beschlagnahme eines Tagebuchblatts wegen des Verdachts der Wahlfälschung trotz der identischen Strafandrohung des § 107a I StGB vom LG Berlin³ bestätigt. Und während das LG Aschaffenburg⁴ für „außerordentlich schwere Vergehen nach dem BtMG“ von der grundsätzlichen Verwertbarkeit eines Tagebuchs ausgeht, wird dies jüngst vom OLG Schleswig⁵ beim Handelreiben mit Kokain in 56 Fällen verneint, weil das darin liegende strafrechtliche Unrecht „nicht so gewichtig“ sei, „daß es das Zurücktreten des Grundrechtsschutzes der Persönlichkeitssphäre zwingend gebieten würde“. Die widerspruchsvolle Kasuistik belegt den Bedarf nach einer Präzisierung der maßgeblichen Rechtsgrundsätze für die Bedürfnisse der Praxis (I.). Anschließend ist zeigen, daß die nun vorliegende sechste Tagebuchentscheidung des BGH⁶ die Maßstäbe für diese Abwägung - macht man mit ihnen Ernst - auf Ebene der Erforderlichkeit (II.) und Angemessenheit (III.) immer noch verfehlt.

I. Bekanntlich erkennt das BVerfG⁷ als Ausdruck seiner Sphärentheorie zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht in Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG einen unantastbaren Bereich privater Lebensgestaltung an, welcher der öffentlichen Gewalt schlechthin entzogen ist. Ob ein Sachverhalt im Einzelfall diesem Bereich zugeordnet werden könne, hänge u.a. davon ab, ob er nach seinem Inhalt höchstpersönlichen Charakters ist und in welcher Art und Intensität er aus sich heraus die Sphäre anderer oder die Belange der Gemeinschaft berührt. Die Verfassung gebiete es danach nicht, Tagebücher oder ähnliche private Aufzeichnungen wie Briefe oder Testamente schlechthin von der Verwertung im Strafverfahren auszunehmen, wenn sie in ihrem konkreten Inhalt einen Bezug zur Außenwelt enthielten, etwa, wenn

¹ Erst unlängst vom 3. Senat in BGHSt 44, 243 (249) m. Bespr. Fezer JZ 1999, 526; Starkgraff NSZ 1999, 470; Verf. JA 1999, 455 wieder betont.

² BGH NJW 1994, 1970.

³ Beschl. v. 29.3.1999 (520 Qs 39/99). Der Verf. war Verteidiger in diesem - mittlerweile eingestellten - Verfahren.

⁴ StV 1989, 244 (245).

⁵ Beschl. v. 11.10.1999 (2 Ws 345/99). Unverständlicherweise wird dort direkter Bezug auf die Entscheidung des LG Aschaffenburg genommen, ohne auf die Frage einzugehen, warum hier *kein* besonders schweres Vergehen nach dem BtMG vorliegen soll.

⁶ In chronologischer Reihenfolge: BGHR § 261 Verwertungsverbot 11; NJW 1994, 1970; BGHR § 344 Abs. 2 S. 2 Verwertungsverbot 2; BGHSt 34, 397; 19, 325.

⁷ BVerfGE 80, 367 (373); 34, 238 (248).

es um Eintragungen „des Verbrechers über seine Verbrechen“⁸ gehe. In der Literatur⁹ und von der Minderheit der seinerzeit unterlegenen vier Verfassungsrichter¹⁰ wurde eingewandt, daß bei diesem dogmatischen Ansatz nur noch nichtschriftliche Gedanken der unantastbaren Intimsphäre zuzurechnen seien. Bei diesen stelle sich das Problem der Beschlagnahme aber naturgemäß nicht. An dieser Kritik ist ungeachtet der Spruchpraxis, die sie seit mehr als einer Dekade - wie auch jetzt im Beschluß des *Senats* - souverän ignoriert, festzuhalten. Der Systematik des Verfassungstextes in Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG entspricht die Differenzierung zwischen *forum internum* und *forum externum* - anders als in Art. 4 GG¹¹ - nicht. Dies hat seinen guten Grund, denn der kupierte Schutz für schriftlich Fixiertes läuft auf staatlich verordneten Autismus hinaus. Es entspricht auch nicht dem umfassenden Schutzzweck des Menschenwürdesatzes, nur noch vor Gehirnwäsche und Folter zur Geständniserpresung absolut zu schützen, dies aber nur noch relativ zu leisten, wenn das zu erpressende Geständnis bereits als schriftliche Aufzeichnung vorliegt. Überzeugender ist es daher, alle *höchstpersönlichen* Aufzeichnungen, wenn sie inhaltlich unmittelbarer Ausdruck der „Auseinandersetzung mit dem eigenen Ich“¹² sind, ausnahmslos und ohne weitere Abwägung von der Beschlagnahme auszunehmen¹³. Die damit notwendige Überprüfung des Urkundsinhalts sollte wegen der vergleichbaren Interessenlage analog der Regelung über die Postbeschlagnahme in § 100 III 1 StPO nur durch den Richter erfolgen. § 110 I StPO ist auf Grundlage der hier vertretenen materiellen Theorie unanwendbar, da es sich nicht um schlichte »Papiere«, sondern um den Ausdruck eines konstituierenden Elements der Persönlichkeitsentfaltung handelt¹⁴. Mit der hier vorgeschlagenen Analogie ist auch die verfassungsrechtlich legitime Forderung¹⁵ nach Wiedereinführung des § 110 StPO a.F., der die Durchsicht jener »Papiere« als Ausdruck des Grundrechtsschutzes durch Verfahren dem Untersuchungsrichter anvertraut hatte, erledigt. Legt man diese Ansicht zugrunde, ist die Argumentation des 3. *Senats* im Ergebnis noch zutreffend. In dem Ermittlungsverfahren wurden Notiz- und Taschenkalender beschlagnahmt, in denen nur „Ereignisse und Termine“ eingetragen waren, die möglicherweise einen Bezug zu strafbaren Handlungen haben. Sie sind der Intimsphäre nicht zuzurechnen. Die Zweifel des Gerichts, ob es sich dabei überhaupt um schützenswerte „Eintragungen

⁸ So die plakative Formulierung bei L/R²⁴-Schäfer, § 94 StPO, Rdnr. 56.

⁹ *Schroth* JuS 1998, 969 (979); *R. Schmidt* Jura 1993, 591 (593); *Geis* JZ 1991, 112 (115); *Amelung* NJW 1990, 1753 (1756); *Kleb-Braun* CR 1990, 344 (346); *Gössel* NJW 1981, 649 (656).

¹⁰ *BVerfGE* 80, 367 (381).

¹¹ Dazu *Lorenz* GA 1992, 254 (272 ff.); *Amelung* NJW 1988, 1002 (1004).

¹² *BVerfGE* 80, 367 (381).

¹³ So auch *LG Arnsberg* wistra 1993, 199; *LG Saarbrücken* NStZ 1988, 424; *Störmer* Jura 1991, 17 (24); *Wolter* StV 1990, 175 (177); *Geppert* JR 1988, 471 (474); *Gössel* (Fn. 9).

¹⁴ A.A. *OLG Schleswig* (Fn. 5), S. 3; *LG Saarbrücken* (Fn. 13); L/R²⁴-Schäfer, § 110 StPO, Rdnr. 3; *Kleinknecht/Meyer-Goßner*⁴⁴, § 110 StPO, Rdnr. 1.

¹⁵ *Lorenz* JR 1994, 430 (433); *R. Schmidt* Jura 1993, 591 (594); *Störmer* NStZ 1990, 397 (398); *Wolter* (Fn. 13); *Amelung* NJW 1990, 1753 (1759 f.).

persönlicher Art“ handelt, mögen indes auf sich beruhen. Der Schutz privater Aufzeichnungen durch die Privatsphäre muß wegen ihrer Verwurzelung in der allgemeinen Handlungsfreiheit denkbar weit ausgedehnt werden¹⁶. Wenn gegen diese Auslegung von der bislang wohl h.M.¹⁷ eingewandt wird, die Aufzeichnungen müßten stets der Selbstbeobachtung und Selbstfindung dienen, um überhaupt den Schutz der Verfassung zu genießen, entspricht dies nicht der begrüßenswerten Tendenz, den Schutzbereich von Grundrechten rein formal zu interpretieren. Freiheit von staatlicher Ingerenz heißt dabei gerade auch inhaltlicher *judicial self-restraint*. Es ist es nicht geboten, den Schutz privater Aufzeichnungen „durch verbindliche Regeln oder Wertungen zu beschränken“¹⁸. Im übrigen ist die gegenteilige Typologie auch literaturwissenschaftlich nicht auf der Höhe, denn die Kulturtradition des Tagebuchs hat ihren Ursprung gerade im Notieren von alltäglichen Vorgängen¹⁹. Die Grenze für Banales, Alltägliches, Geschäftliches und Mißbräuchliches bei den *einfachen persönlichen* Aufzeichnungen der Privatsphäre markieren erst die weitgefaßten Schranken des Art. 2 I GG. Für die Sozialsphäre bleibt damit nur noch bei »offener« Kommunikation Raum (z.B. der von der Sekretärin geführte Terminkalender oder das Gästebuch einer Kunstaussstellung).

II. Gehören private Aufzeichnungen nicht zum absolut geschützten Kernbereich, so bedarf ihre Verwertung im Strafverfahren nach der Rechtsprechung der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung durch ein überwiegendes Interesse der Allgemeinheit, wobei das Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit mit den Bedürfnissen einer wirksamen Strafverfolgung und dem öffentlichen Interesse an einer möglichst vollständigen Wahrheitsermittlung im Strafverfahren abzuwägen ist. Innerhalb dieser Abwägung ist daher zunächst zu fragen, ob der Eingriffsakt „im Blick auf die gegebene Beweislage“²⁰ im Einzelfall „zwingend erforderlich“²¹ ist. Weil aber der Tatverdacht gegen die Beschuldigten, denen der Vorwurf militanter Aktionen gegen »Castor«-Transporte gemacht wurde²², gerade auch durch zahlreiche Überführungsstücke (Steck- und Maulschlüssel in Übergröße, Teile von Schienen) untermauert werden konnte, war es wohl schon nicht „unabweisbar“ geboten, auch noch Urkunden zu beschlagnahmen. Doch jene Unabweisbarkeit hat der 3. Senat

¹⁶ BVerfGE 6, 32 (36 f.); 79, 256 (268); Degenhart JuS 1992, 361. Dogmatisch liegt zugrunde, daß Art. 2 I GG die „primäre Grundlage“ des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ist (Jarass NJW 1989, 857).

¹⁷ BGHSt 19, 325 (331); Schroth (Fn. 9); Ost wistra 1993, 177 (178); Lorenz GA 1992, 254 (274 f.); D. Plagemann NSTZ 1987, 570.

¹⁸ BVerfGE 30, 173 (190). Zu dieser Maxime, die sich insbesondere an Art. 5 GG etabliert hat, auch BVerfGE 34, 269 (283), 35, 79 (113); 67, 213 (226 ff.).

¹⁹ Dünnebier MDR 1964, 965 (968); vgl. auch Müller-Dietz NJW 1989, 329 f.

²⁰ BVerfGE 80, 367 (380) sowie BGHR § 261 Verwertungsverbot 11.

²¹ OLG Schleswig (Fn. 5), S. 2.

²² Die hier zu besprechende Entscheidung gehört zu einem größeren Ermittlungskomplex und hat den Senat auch noch in zwei weiteren Beschlüssen (StB 7 u. 8/99 sowie StB 9/99) beschäftigt.

noch 1994 selbst eingefordert²³. Jetzt weist das Gericht nur einsilbig darauf hin, daß die Kalender „für die Untersuchung von erheblicher Bedeutung sind“. Diesen apodiktischen Textbaustein kann selbst der Gutwillige nicht mehr als strikte Verhältnismäßigkeitsprüfung bezeichnen. Legte man wirklich nur jenes Maß an, ist kaum ein Strafverfahren vorstellbar, in dem tagebuchartige Aufzeichnungen des Angeklagten nicht von erheblicher Bedeutung sein könnten. Nimmt man die Entscheidung beim Wort, markiert sie ein höchstrichterliches Inhibitorium für private Aufzeichnungen. Der Verteidiger wird seinen Mandanten in geeigneten Fällen daher zukünftig darüber aufzuklären haben, daß er sich weiterer Niederschriften tunlichst enthalten sollte. Auch die Rückausnahme dieses Beratungsgrundsatzes hat wiederum der 3. Senat maßgeblich initiiert: Nur diejenigen Unterlagen, welche unmittelbar der Selbstverteidigung im laufenden Strafverfahren dienen, unterliegen analog § 97 I StPO einem verfassungsrechtlich inspirierten Beschlagnahmeverbot²⁴.

III. Als letztes Korrektiv der Verhältnismäßigkeitsprüfung dient nun die Frage nach der Angemessenheit des Eingriffs, bei der die Wertigkeit der betroffenen Rechtsgüter im Einzelfall austariert werden muß. Dabei ist zunächst klarzustellen, daß wegen der prozessualen Unschuldsvermutung das im Einzelfall verschuldete Tatunrecht nur im Urteil, nicht aber im Beschwerdebeschluß berücksichtigt werden darf²⁵. Um der eingangs beschriebenen Rechtsunsicherheit bei der Abwägung Herr zu werden, muß also vor allem die Großformel von der »Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege« konkretisiert werden, denn es handelt sich dabei um ein begrifflich unscharfes Verfassungsprinzip²⁶. Dieses Feld ist von der Wissenschaft bisher erstaunlicherweise kaum bestellt worden. Die Verwertung von Tagebüchern steht dabei m.E. nur dann nicht außer Verhältnis zum Eingriff in die Privatsphäre, wenn die Straftat, um deren Erforschung es geht, ihrerseits zum Kernbereich der Strafrechtspflege gehört. Dies ergibt sich zwar nicht unmittelbar aus *BVerfGE* 80, 367, wo für einen Vorrang der staatlichen Interessen unter erheblicher begrifflicher Verwirrung an zwei Stellen eine „schwere“ Straftat²⁷, dann eine „außerordentlich schwerwiegende(n) strafbare(n) Handlung“²⁸ und zuletzt ein Fall „schwerer Kriminalität“²⁹ gefordert wird. Es ergibt sich vielmehr aus der Überlegung, daß die verfassungsrechtliche Abwägung zwischen der Persönlichkeitssphäre und dem Rechtsstaatsprinzip nur dann in sich stimmig bleibt, wenn bei der praktischen Konkordanz zwischen beiden

²³ *BGH* NJW 1994, 1970 (1971): „Im Hinblick darauf, daß drei Zeugen zur Verfügung stehen, wäre ein staatlicher Eingriff zur möglichen weiteren Beweismittelbeschaffung für ein Strafverfahren in diesen Bereich privater Lebensgestaltung nicht gerechtfertigt“.

²⁴ *BGHSt* 44, 46; *BGHR* § 97 Verteidigungsunterlagen 2.

²⁵ A.A. *LG Aschaffenburg* (Fn. 4).

²⁶ *BGHSt* 40, 211 (217 f.); *Verf.* »Konfliktverteidigung« und Inquisitionsmaxime, 1998, S. 192 ff.

²⁷ *BVerfGE* 80, 367 (377 u. 379).

²⁸ *BVerfGE* 80, 367 (377).

²⁹ *BVerfGE* 80, 367 (379).

Funktionsbestimmungen weder der Wesensgehalt des Grundrechts (Art. 19 II i.V.m. Art. 79 III GG) noch jener des Strukturprinzips (Art. 20 III i.V.m. Art. 79 III GG) kassiert wird. Will man diesen Kernbereich bestimmen, wird man alle Vergehenstatbestände von vornherein auszuschneiden haben. Die Differenzierung in § 12 StGB hat nicht nur technische Bedeutung, sondern drückt den grundsätzlichen Schweregrad der Tat aus³⁰. Versucht man dann, dem Gesetz weitere Anhaltspunkte zu entnehmen, wäre im Rahmen einer *materiell-rechtlichen* Lösung³¹ an den Katalog des § 138 StGB zu denken, im Rahmen einer *prozeßrechtlichen* Lösung vor allem an den Eingriffskatalog für den Großen Lauschangriff in § 100c I Nr. 3 StPO, weil der Gesetzgeber hier versucht hat, das Merkmal »besonders schwere Straftat« (Art. 13 III 1 GG) zu konkretisieren³². Indes: Da es sich letztlich um ein prozeßrechtliches Problem handelt, ist der Katalog des § 138 StGB zur Lösung ungeeignet. Dies gilt auch deshalb, weil § 138 StGB nicht nur die Interessen der Rechtspflege, sondern nach ganz h.M.³³ zumindest auch noch zusätzlich das Rechtsgut der jeweiligen Katalogtat schützt. Für § 100c I Nr. 3 StPO würde immerhin sprechen, daß er die oben³⁴ abgeleitete Beschlagnahmebeschränkung auf Ebene der Erforderlichkeit quasi vertatbestandlicht (»und die Erforschung des Sachverhalts auf andere Weise unverhältnismäßig erschwert oder aussichtslos wäre«). Aber der Deliktskatalog des § 100c I Nr. 3 StPO ist viel zu weit geraten³⁵. Richtig erscheint daher ein gemischter Ansatz, der darauf abstellt, ob es sich um ein materiell-strafrechtliches Delikt von so außerordentlicher Schwere handelt, daß auch prozessual ein überragendes Durchsetzungsinteresse für den Sanktionenanspruch besteht. Genau diese gemischte Theorie entspricht nun aber dem wohl vorherrschenden Verständnis der Vorschriften über die Verfolgungsverjährung³⁶. Sie können also zur Bestimmung des »Kernbereichs der Strafrechtspflege« herangezogen werden. Handelt es sich danach um eine Tat, bei der die Verfolgungsverjährung wegen zumindest eines Delikts nach § 78 II oder III Nrn. 1 oder 2 StGB zu bestimmen ist, weil es um lebenslange oder die höchstmögliche zeitige Freiheitsstrafe geht, wird bei der Abwägung das Strafverfolgungsinteresse regelmäßig überwiegen³⁷. Danach gehört aber das Organisationsdelikt des § 129a StGB ebensowenig zu diesem Kernbereich wie alle Delikte des BtMG. In beiden Fällen ist die Beschlagnahme persönlicher Aufzeichnungen verfassungswidrig.

Wiss. Mitarb. Rechtsanwalt Dr. Matthias Jahn, Frankfurt a. M.

³⁰ Tröndle/Fischer⁴⁹, § 12 StGB, Rdnr. 2. A.A. für „schwere Vergehen“ Heinitz JR 1964, 441 (445).

³¹ Für die Gefahrenabwehr durch Verwertung privater Aufzeichnungen vertritt dies Wolter StV 1990, 175 (180).

³² Insofern ist der Ansatz über § 100a StPO (Ost [Fn. 17]) überholt.

³³ Statt vieler LK¹¹-Hanack, § 138 StGB, Rdnr. 1.

³⁴ Unter II.

³⁵ So auch KK⁴-Nack, § 100c StPO, Rdnr. 44; Dittrich NStZ 1998, 336 (337 f.); Momsen ZRP 1998, 459 (460); Denninger StV 1998, 401 (404).

³⁶ Tröndle/Fischer⁴⁹, vor § 78 StGB, Rdnr. 4; Rudolphi NStZ 1997, 489 f. m.w.N.

³⁷ Zu diesem Deliktskatalog LK¹⁰-Tröndle, § 38 StGB, Rdnr. 4. Er fällt - nicht zufällig - weitgehend mit dem Inhalt des Topos »Kernstrafrecht« zusammen (vgl. Hassemer ZRP 1997, 316 [320]; 1992, 378 [383]).