

§ 5 Verwertbarkeit

Nach einem erfolgten Datenzugriff ist in einem zweiten Schritt zu fragen, ob diese im Strafprozess zur Urteilsfindung als Beweis herangezogen werden können. Dies kann aus verschiedensten Gründen problematisch sein. Möglicherweise wurde bereits während des staatlichen Zugriffs gegen Rechtsvorschriften verstößen, sodass die Beweismittel nicht vollständig rechtmäßig erlangt wurden. Ebenso ist es möglich, dass die Strafverfolgungsbehörden nicht durch einen eigens durchgeführten Zugriff in den Besitz entsprechender Informationen gelangt sind, sondern sie die Informationen von Privatpersonen übermittelt bekommen haben. Sodann kann für die Frage nach der Verwertbarkeit nicht außer Acht bleiben, wie diese Personen an die relevanten Informationen gelangt ist. Auch bei ordnungsgemäßer Beweiserhebung können beispielsweise verfassungsrechtliche Gründe gegen eine Verwertbarkeit der erlangten Informationen sprechen. Rund um die Frage der Existenz eines Beweisverbotes tritt erneut der Grundsatz, dass es keine Wahrheitsfindung um jeden Preis geben dürfe, in den Vordergrund. Der grundsätzliche geltende Untersuchungsgrundsatz aus § 244 Abs. 2 StPO und die freie richterliche Beweiswürdigung dürfen zur Wahrung eines rechtsstaatlichen Verfahrens nicht ohne Beachtung der Interessen und Rechte des Betroffenen durchgesetzt werden.⁷⁸⁰

A. Beweiserhebungsverbote

Bereits vor dem eigentlichen Prozess der Verwertung können im Rahmen der Beweisbeschaffung Verstöße gegen die Art und Weise der Beweisgewinnung, eine Beweisgewinnung über bestimmte Tatsachen oder eine Beweisgewinnung mittels bestimmter Mittel oder Methoden ein Beweisverbot nach sich ziehen. In diesen Fällen wird daher an den Akt der Beweiserhebung angeknüpft, der in der stattgefundenen Art und Weise hätte unterbleiben müssen. Im Rahmen möglicher Beweiserhebungsverbote wird regelmäßig zwischen Beweisthemaverbote, Beweismittelverbote

⁷⁸⁰ Beulke/Swoboda, Strafprozessrecht, Rn. 51; vgl. im Übrigen die Ausführungen in § 3.

te und Beweismethodenverbote unterschieden.⁷⁸¹ Ein Beweisthemaverbot kann dann vorliegen, wenn über Tatsachen Beweis erhoben wurde, die nicht zum Gegenstand einer späteren Beweisführung gemacht werden dürfen.⁷⁸² Beispielhaft hierfür ist die Aufzeichnung von Gesprächen, die dem absolut geschützten Kernbereich zuzuordnen sind, vgl. § 100d Abs. 4 S. 2 StPO. Von Beweismittelverboten wird gemeinhin gesprochen, wenn das Beweisstück als Beweismittel im Strafverfahren ausgeschlossen ist. Dies gilt exemplarisch für zeugnisverweigerungsberechtigte Personen nach den §§ 52–55 StPO oder die Untersuchung respektive Blutabnahme bei Personen, die wiederum selbst berechtigt wären das Zeugnis zu verweigern, § 81c Abs. 3 StPO.⁷⁸³ Unter ein Beweismethodenverbot fällt die Anwendung bestimmter verbotener Methoden zur Beweisgewinnung.⁷⁸⁴ Hier ist insbesondere § 136a StPO zu nennen, der es verbietet, die Willensent-schließung und Willensbetätigung des Verdächtigen durch die dort aufgezählten Methoden zu beeinträchtigen. Diese dreiteilige Differenzierung ermöglicht zwar eine systematische Unterteilung, kann aber keinen praktischen Mehrwert liefern. Wird trotz eines solchen Beweiserhebungsverbot der Beweis erhoben, so ist stets fraglich, ob hieraus auch ein Beweisverwertungsverbot entsteht.⁷⁸⁵ Aus einem Beweiserhebungsverbot muss sich daher zunächst ein Beweisverwertungsverbot entwickeln, um von der Unverwertbarkeit des entsprechenden Beweismittels und mithin von einem Beweisverbot auszugehen.⁷⁸⁶ Zu klären ist, inwiefern diese Punkte bei der Nutzung eines Sprachassistenten von Relevanz sein könnten.

I) Beweisthemaverbot

Von großer Bedeutung im Zusammenhang mit der Überwachung mittels eines Smart Speakers ist das den absoluten Kernbereich schützende Beweiserhebungsverbot des § 100d Abs. 4 S. 2 StPO bezüglich Maßnahmen nach § 100c StPO. Danach dürfen Maßnahmen nur dann angeordnet werden, soweit auf Grund tatsächlicher Anhaltspunkte anzunehmen ist, dass durch die Überwachung Äußerungen, die dem Kernbereich privater Le-

781 Kudlich in: MüKo-StPO, Einl., Rn. 440.

782 Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, § 24, Rn. 15; Volk/Engländer, GK StPO, § 28, Rn. 1.

783 Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, § 24, Rn. 17.

784 Eisenberg, Beweisrecht der StPO, Rn. 347.

785 Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, § 24, Rn. 21.

786 Schmitt in: Meyer-Goßner/Schmitt, Einl., Rn. 55.

bensgestaltung zuzurechnen sind, nicht erfasst werden. Der Kernbereichsschutz umfasst nicht nur den Schutz einzelner bestimmter Äußerungen, die wegen ihres Inhalts zum Schutz der Menschenwürde staatlicher Kenntnisnahme entzogen sein müssen, sondern zielt auf einen generellen Schutz der privaten Persönlichkeitsentfaltung ab. Zur praktischen Aufrechterhaltung der Menschenwürde muss es einen Bereich geben, der frei von jeder staatlichen Kenntnisnahme bleibt.⁷⁸⁷ Das anordnende Gericht muss sich daher die Frage stellen, ob eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür besteht, dass es zu einem Eingriff in den Kernbereich kommen würde und daher ein Beweiserhebungsverbot besteht.⁷⁸⁸ Hierzu müssten tatsächliche Anhaltspunkte gegeben sein, aus denen jedenfalls typischerweise geschlossen werden kann, dass die abgehörte Kommunikation nicht den höchstpersönlichen Bereich betrifft.⁷⁸⁹ Problematisch ist dabei vielfach, dass diese Entscheidung erst nach der Erhebung der Daten und der Kenntnis des Inhalts getroffen werden kann. Bereits durch die staatliche Kenntnisnahme wird der Kernbereich jedoch gewissermaßen tangiert.⁷⁹⁰ Daher muss eine vor der Kommunikationserhebung durchzuführende negative Kernbereichsprägnose ergeben, dass das zu erwartende Gespräch nicht dem Kernbereich zuzuordnen ist.⁷⁹¹ Um diese Einordnung zu ermöglichen kann durch Vorermittlungen gesichert werden, dass die Maßnahme auf verfahrensrelevante Vorgänge begrenzt bleibt.⁷⁹²

Anders als bei der akustischen Wohnraumüberwachung für die § 100d Abs. 4 StPO neben dem Erfordernis einer negativen Kernbereichsprägnose auch eine Abbruchpflicht bei der Gefahr einer akuten Kernbereichsverletzung beinhaltet, ist für die §§ 100a und 100b StPO keine vergleichbare Echtzeitüberwachung vorgesehen.⁷⁹³ Kernbereichsverletzungen werden somit vielfach unvermeidbare Folgen einer solchen größtenteils automatisierten Überwachungsform.⁷⁹⁴ Diese „Schutzlücke“ kann im weiteren Ermittlungsverlauf erst auf Ebene der Beweisverwertung geschlossen werden. Insofern normiert § 100d Abs. 2 S. 1 StPO ein Beweisverwertungsverbot für alle nach § 100a StPO bis § 100c StPO erlangten Informationen, die dem Kernbereich privater Lebensgestaltung zuzuordnen sind.

787 Hoffmann-Riem, JZ 2008, 1009, 1020.

788 Bruns in: KK-StPO, § 100d StPO, Rn. 11.

789 BVerfGE 109, 279, 320.

790 Kutscha, NJW 2007, 1169, 1171; Hoffmann-Riem, JZ 2008, 1009, 1020.

791 BVerfGE 109, 279, 320 f.

792 Bruns in: KK-StPO, StPO § 100d StPO, Rn. 12.

793 Großmann, JA 2019, 241, 246.

794 Eschelbach in: SSW-StPO, § 100d StPO, Rn. 16, 24.

1) Der Kernbereichsschutz auf Erhebungsebene

a) Entwicklung des Kernbereichsschutzes

Der Kernbereich nahm seinen Ursprung im Elfes-Urteil⁷⁹⁵ des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahre 1957. Bis dato fiel die Entscheidung bei theoretisch kernbereichsrelevanten Inhalten stets im Wege einer Abwägung zwischen Individualschutz und Gemeinwohlinteresse nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes für oder gegen den Betroffenen. Mit der dem Elfes-Urteil zugrunde liegenden Verfassungsbeschwerde hatte erstmals eine solche deshalb Erfolg, weil das Gericht einen Eingriff in diesen unantastbaren, absolut geschützten Bereich bejahte.⁷⁹⁶ In der die Rechtsprechung der kommenden Jahrzehnte prägenden Entscheidung, stellte das Gericht fest, dass sich aus der Menschenwürde eine dem Bürger zuzugestehende Sphäre privater Lebensgestaltung als unantastbarer Bereich menschlicher Freiheit ergeben müsse, die der Einwirkung öffentlicher Gewalt vollständig entzogen ist.⁷⁹⁷ Während der Kernbereich in der Elfes-Entscheidung noch als „forum internum“ verstanden wurde, das nur solche Vorgänge umfasste, die keinen Akt der Kommunikation darstellen, sondern lediglich Teil der Auseinandersetzung mit sich selbst waren⁷⁹⁸, stellte das Bundesverfassungsgericht sodann im Tonbandaufnahmbeschluss fest, dass auch kommunikative Sachverhalte zum Kernbereich der privaten Lebensgestaltung gehören können.⁷⁹⁹ Im Zuge der zweiten Tagebuchentscheidung erhielten schließlich auch solche Vorgänge Zugang zum Kernbereich, die einen Sozialbezug zu Dritten aufweisen, da sich die menschliche Persönlichkeit notwendigerweise im Zusammenspiel mit sozialen Bezügen verwirkliche.⁸⁰⁰ Das Bundesverfassungsgericht monierte sodann im Urteil zum BKA-Gesetz am 20. April 2016, dass die dem BKA eingeräumten Überwachungsbefugnisse zur Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus keine ausreichenden Vorkehrungen zum Schutz des Kernbereichs enthielten⁸⁰¹ und verpflichtete den Gesetzgeber dazu, immer dann wirksame Schutzregelungen zu schaffen, wenn die Überwa-

795 BVerfGE 6, 32 ff.

796 BVerfGE 6, 32 ff.; Denninger, ZRP 2004, 101.

797 BVerfGE 6, 32, 41; st. Rspr. Vgl. BVerfGE 109, 279, 313; BVerfGE 141, 220, 276; BVerfG, NJW 2020, 2235, Rn. 200.

798 Gercke, GA 2015, 339, 342.

799 BVerfGE 34, 238, 245 f.

800 BVerfGE 80, 367, 374.

801 BVerfGE 141, 220, Rn. 145 ff.

chungsmaßnahmen typischerweise kernbereichsspezifische Informationen erfassen könnten.⁸⁰² Gewährleistet werden müsse der Kernbereichsschutz durchgehend sowohl auf der Erhebungsebene als auch der Auswertungs- und Verwertungsebene.⁸⁰³ Die genauen Regelungen können für verschiedene Überwachungsmaßnahmen sodann aber je nach Art der Maßnahme sowie ihrer Eignung, kernbereichsspezifische Daten zu erfassen differierend ausgestaltet werden.⁸⁰⁴

b) Verfassungsrechtliche Grundlage

Verfassungsrechtlich entstammt der unantastbare Kernbereich der privaten Lebensgestaltung der Wesensgehaltsgarantie der Grundrechte aus Art. 19 Abs. 2 GG, dem aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG abgeleiteten allgemeinen Persönlichkeitsrecht und der Menschenwürdegarantie des Art. 1 GG.⁸⁰⁵ Ausgangspunkt der inhaltlichen Ausgestaltung des unantastbaren Kernbereichs stellt sodann primär der Menschenwürdegehalt des Freiheitsrechts aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG dar.⁸⁰⁶ Das allgemeine Persönlichkeitsrecht soll neben den spezielleren Freiheitsrechten den Schutz und die Erhaltung der allgemeinen Persönlichkeitstafaltung sowie der „engeren persönlichen Lebensgestaltung“ gewährleisten.⁸⁰⁷ Dabei wird zwischen dem hieraus entspringenden absolut geschützten Kernbereich privater Lebensgestaltung und dem um ihn herum liegenden Bereich privater Lebensgestaltung unterschieden. Zweiterer kann bei einem überwiegenden Interesse der Öffentlichkeit unter strikter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgebots eingeschränkt werden.⁸⁰⁸ Bei einer Kernbereichsbetroffenheit wiederum haben selbst überragend wichtige Interessen der Allgemeinheit zurückzustehen und können einen Eingriff in die-

802 BVerfGE 141, 220, Rn. 123.

803 BVerfGE 120, 274, 337; BVerfGE 129, 208, 247; BVerfGE 141, 220, Rn. 200; BVerfG, NJW 2020, 2235, Rn. 205.

804 BVerfGE 120, 274, 337; BVerfGE 129, 208, 245.

805 BGHSt 31, 296, 299 f. mit Verweis auf BVerfGE 27, 1, 6; BVerfGE 34, 238, 245; Dammann, Der Kernbereich der privaten Lebensgestaltung, S. 143 f.; Kutscha, NJW 2005, 20, 21.

806 Eisenberg, Beweisrecht der StPO, Rn. 387; Lindemann, JR 2006, 191, 192.

807 Barrot, Der Kernbereich, S. 25.

808 BVerfGE 27, 344, 351; BVerfGE 32, 373, 379; BVerfGE 33, 367, 376 f.; BVerfGE 65, 1, 43 f.

sen absolut geschützten Bereich nicht legitimieren.⁸⁰⁹ Dabei können speziellere Grundrechte wie Art. 13 GG, Art. 4 GG oder Art. 6 GG den Kernbereichsschutz weiter konkretisieren und dessen Schutzbedürfnisses weiter erhöhen.⁸¹⁰ Seit jeher enthält das Grundgesetz im Rahmen des Geheimnisschutzes aus Art. 10 Abs. 1 GG, der Unverletzlichkeit der Wohnung in Art. 13 GG oder dem Schutz der Ehe und Familie in Art. 6 Abs. 1 GG, Schutzvorschriften zur Wahrung der Persönlichkeitsentfaltung.

c) Negative Kernbereichsprognose

Das Bundesverfassungsgericht zieht zur Bestimmung des Kernbereichs sowohl formale als auch inhaltliche Kriterien heran. Grundlegende Voraussetzung für die Einschlägigkeit des Kernbereich sind ein höchstpersönlicher Akt, mithin die Frage in welcher Art und Intensität ein Sachverhalt die Sphäre anderer oder die Belange der Gemeinschaft berührt sowie ein subjektiver Geheimhaltungswille.⁸¹¹

Hinsichtlich der inhaltlichen Ausgestaltung des Kernbereichsschutzes ist zwischen den Indikatoren im Sinne der negativen Kernbereichsprognose auf der Erhebungsebene nach § 100d Abs. 4 S. 1 StPO und den tatsächlichen Definitionsmerkmalen des Kernbereichs zu differenzieren. Lediglich die Definitionsmerkmale (Höchstpersönlichkeit und Geheimhaltungswille) wiederum würden auf der Verwertungsebene bestimmen, ob eine Äußerung tatsächlich dem Kernbereich zuzuordnen ist.⁸¹² Die durchzuführende Kernbereichsprognose fußt dagegen im Schwerpunkt auf der zu erwartenden Thematik der Kommunikation, dem Vertrauensverhältnis der miteinander Kommunizierenden, der Anzahl der Kommunizierenden und der räumlichen Situation.⁸¹³

809 BVerfGE 109, 279, 313; BVerfGE 141, 220, Rn. 120.

810 BVerfGE 109, 279, 326; vgl. auch Weißer, GA 2006, 148, 161.

811 BVerfGE 80, 367, 374; BVerfG, Beschluss vom 26. Juni 2008 – 2 BvR 219/08 -, Rn. 18 = BVerfGK 14, 20, 24; BVerfG, Beschluss vom 18. April 2018 – 2 BvR 883/17 -, Rn. 27; Beulke/Swoboda, Strafprozessrecht, Rn. 415; Ameling, NJW 1990, 1753, 1755.

812 Rottmeier, Kernbereich privater Lebensgestaltung und strafprozessuale Lauschangriffe, S. 77.

813 BVerfGE 109, 279, 320; BVerfG, NJW 2007, 2753, 2754 f.

aa) Indikatoren der negativen Kernbereichsprognose

Im Rahmen der Entscheidungen zur Wohnraumüberwachung mittels eines großen Lauschangriffs⁸¹⁴ entwickelten das Gericht erstmals Indikatoren zur Frage, wie wahrscheinlich eine Kernbereichsbetroffenheit während der Datenerhebung ist.

(1) Räumliche Situation

Die räumliche Situation des Überwachten betrachtend, leuchtet es ein, dass für Gespräche an Orten, die typischerweise oder im Einzelfall als Rückzugsbereich der privaten Lebensgestaltung dienen, eine starke Vermutung für die Zuordnung zum Kernbereich besteht.⁸¹⁵ Dabei ist eine Unterscheidung nach einzelnen Räumen innerhalb einer Privatwohnung nicht angezeigt, da der Betroffene jeden Raum seiner Wohnung als gleich überschaubar betrachten wird und sich vor allen Dingen auch überall gleich unbeobachtet fühlt.⁸¹⁶ Dagegen soll zu Arbeits- und Geschäftsräumen abzugrenzen sein. Die in solchen Räumen ablaufende Kommunikation deute auf einen Sozialbezug hin.⁸¹⁷ Allerdings sei zu beachten, dass das Charakteristikum als Arbeits- oder Geschäftsräume alleine nicht ausreiche, um einen Sozialbezug zu begründen.⁸¹⁸ Sind die Geschäftsräume für den Publikumsverkehr beispielsweise geschlossen oder handelt es sich um einen abgetrennten Arbeitsraum im eigenen Wohnhaus, so könne auch die an diesen Orten ablaufende Kommunikation schützenswert sein.⁸¹⁹ Aus der neusten Entscheidung des Bundesverfassungsgericht zur Verfassungsmäßigkeit des BKAG lässt sich darüber hinaus eine Ausweitung der räumlichen Komponente des Kernbereichs feststellen.⁸²⁰ Hinsichtlich § 20g BKAG, der diverse Überwachungsmöglichkeiten außerhalb der Wohnung beinhaltet, verneinte der erste Senat die Verfassungsmäßigkeit der Vorschrift, da diese keine Regelungen zum Kernbereichsschutz enthielt.⁸²¹ Daraus ist zu folgern, dass der Senat nunmehr davon ausgeht,

814 BVerfGE 109, 279.

815 BVerfGE 109, 279, 321; *Baldus*, JZ 2008, 218, 220.

816 BVerfGE 109, 279, 321.

817 *Bludovsky*, Rechtliche Probleme beim Lauschangriff, S. 79.

818 BT-Drs. 18/12785, S. 57.

819 Vgl. zu Art. 13 GG, § 5, B., II), 1) a).

820 *Dürr*, JA 2019, 432, 435.

821 BVerfGE 141, 220, Rn. 175.

dass es auch außerhalb der Wohnung typischerweise zu kernbereichsrelevanten Gesprächen kommen kann. Es stehe danach außer Frage, dass höchstvertrauliche Situationen, die dem Kernbereich privater Lebensgestaltung zuzuordnen sein könnten auch im Auto, abseits in einem Restaurant, oder bei einem zurückgezogenen Spaziergang erfasst werden können.⁸²² Gleichwohl wurde diese Erweiterung in den Sondervoten der Richter *Eichberger* und *Schluckebier* kritisiert. Während *Eichberger* es jedenfalls für nicht typischerweise gegeben erachtet, dass es bei Überwachungsmaßnahmen im öffentlichen Raum zur Erfassung kernbereichsspezifischer Situationen kommt, hält *Schluckebier* Gespräche außerhalb von Wohnungen für grundsätzlich nicht schutzwürdig.⁸²³ Gerade angesichts dessen, dass eine Vielzahl an Themen vorstellbar sind, die sich möglicherweise gerade nicht in der Wohnung besprechen lassen, weil dort die Privatsphäre gegenüber anderen Familienmitgliedern nicht gewahrt sein könnte, ist diese Erweiterung allerdings notwendig.⁸²⁴ Insbesondere wäre ansonsten auch eine Benachteiligung derer zu befürchten, die mit ihren Familien in räumlich beengten Verhältnissen leben oder weitergehend über keine Wohnung verfügen. Ein auf die Wohnung beschränkter Schutz, würde diese Menschen grundlos vom Kernbereichsschutz ausschließen.⁸²⁵

(2) Vertrauensverhältnis der Kommunizierenden

Daneben spricht auch eine Kommunikation zwischen Personen des höchstpersönlichen Vertrauens für eine Zuordnung zum Kernbereichsschutz. Bei Gesprächen zwischen solchen Personen besteht eine widerlegbare Vermutung, dass die in einem solchen Gespräch entstammenden Informationen dem Kernbereich höchstpersönlicher Lebensführung angehören.⁸²⁶ Insbesondere Art. 6 GG bringt zum Ausdruck, dass sowohl die Ehe als auch die Familie im Allgemeinen für die Kommunikation im höchstpersönlichen Bereich eine besondere Bedeutung haben. Die Mög-

822 BVerfGE 141, 220, Rn. 176.

823 BVerfGE 141, 220, 359 (abw. Meinung *Eichberger*); BVerfGE 141, 220, 367 f. (abw. Meinung *Schluckebier*); *Starck*, NdsVbl 2008, 145, 148.

824 Bereits vor dem Urteil des BVerfG mit eindeutigem Votum *Poscher*, JZ 2009, S. 269, 271; *Weißer*, GA 2006, 148, 161; *Kretschmer*, HRRS 2010, 551, 557; *Schwa-benbauer*, Heimliche Grundrechtseingriffe, S. 260, *Zimmermann*, GA 2013, 162, 169.

825 *Poscher*, JZ 2009, S. 269, 271.

826 BVerfGE 141, 220, Rn. 128.

lichkeit der thematisch unbegrenzten, da vertrauenswürdigen Kommunikation, mit dem Ehepartner gründet nicht zuletzt auf der Annahme, dass der Vorgang nicht von Dritten erfasst werden kann.⁸²⁷ Hinsichtlich des zwischen den Kommunizierenden möglicherweise bestehenden Vertrauensverhältnisses stellt sich die Frage, anhand welcher Maßstäbe ein solches zu klassifizieren ist. Eine mögliche Orientierung soll die Aufzählung in den §§ 52, 53 StPO bieten.⁸²⁸ Damit wäre bei sämtlichen zeugnisverweigerungsberechtigten Personen, seien es auch nur entfernte Verwandte oder in § 53 StPO genannte Berufsgeheimnisträger, von einer erhöhten Kernbereichswahrscheinlichkeit auszugehen.⁸²⁹ Dem wird entgegengehalten, dass Sinn und Zweck der §§ 52 ff. StPO nicht der Schutz des Vertrauensverhältnisses zwischen den dort genannten Angehörigen und Beschuldigten sei, sondern vielmehr der Zwangslage der Zeugen, die einer Wahrheitspflicht unterliegen und befürchten müssen einen Angehörigen zu belasten.⁸³⁰ Dem wird entgegnet, dass § 52 StPO mittelbar sehr wohl auch das Vertrauensverhältnis zwischen den Gesprächspartner schütze.⁸³¹ Der Betroffene dürfe sich in der Kommunikation darauf verlassen, dass sein Gesprächspartner die ihm zugetragenen Informationen nicht preisgeben müsse, wodurch er sich womöglich eher zu einem vertraulichen Gespräch bereit fühle.⁸³² Somit komme § 52 StPO durchaus eine unmittelbare Auswirkung auf das innerhalb zwischenmenschlicher Beziehungen bestehende Vertrauensverhältnis zu, indem die Norm die freie und unbesorgte Kommunikation garantieren wolle.⁸³³ Diesem Verständnis folgend wäre der im Rahmen des § 52 StPO vielzitierte „Schutz der Familienbande“⁸³⁴ nicht lediglich dahingehend zu verstehen, den Zeugen innerhalb einer Familie vor Konfliktsituationen zu schützen, sondern ein umfassendes Biotop zu schaffen, in welchem familiäre Vertrauensbeziehung auch aktiv durch vertrauliche Gespräche gelebt werden können.

Dies missachtet aber, dass es schlicht nicht abschließend und vor allen Dingen abstrakt nicht möglich ist, zu kodifizieren, zwischen welchen

827 BVerfGE 109, 279, 322.

828 so Warntjen, Heimliche Zwangsmaßnahmen und der Kernbereich, S. 99 ff., anders ders., KJ 2005, 276, 280.

829 Warntjen, Heimliche Zwangsmaßnahmen und der Kernbereich, S. 99 ff.

830 BVerfGE 109, 279, 322.

831 Son, Heimliche Polizeieingriffe, S. 200 f.

832 Warntjen, Heimliche Zwangsmaßnahmen und der Kernbereich, S. 101; Son, Heimliche Polizeieingriffe, S. 200 f.

833 Weißer, GA 2006, 148, 154.

834 BGHSt 11, 213, 216; BGHSt 38, 96, 99.

Personen ein besonderes Vertrauensverhältnis besteht. Dass ein solches schließlich auch zwischen nicht in § 52 StPO normierten Personen bestehen kann, ist ureigenste Konsequenz des individuellen Persönlichkeitsrechts, welches es durch die Normierung des Kernbereichs gerade zu schützen gilt. Insofern könnte § 52 StPO lediglich eine widerlegbare Vermutung zugunsten der Betroffenheit des Kernbereichs aufstellen. Dabei gilt es zu beachten, dass es gleichfalls denkbar ist, dass mit anderen Personen als den in § 52 StPO genannten, beispielsweise einem engen Freund, ein vertrauensvolles Gespräch geführt wird.⁸³⁵ Nicht selten werden solche nicht in den §§ 52 ff. StPO aufgeführten Personen – wie beispielsweise ein jahrelanger Freund – womöglich gar erster Ansprechpartner für eine höchstpersönliche Angelegenheit darstellen. Ob ein solches besonderes Vertrauensverhältnis vorliegt, muss daher stets am konkreten Einzelfall entschieden werden.⁸³⁶ Es obliegt nicht dem Staat, den Einzelnen für eine vertrauensvolle Kommunikation an die eigene Familie zu verweisen, sondern ein jeder muss das Recht haben, sich frei an die Personen wenden zu können, denen der Betroffene tatsächlich uneingeschränkt vertraut.⁸³⁷ Ebenso sind Gespräche innerhalb einer zerrütteten Familie oder schlicht in Familien vorstellbar, die zueinander ein distanziertes Verhältnis pflegen. Bei sämtlichen Familienangehörigen, noch dazu bei entfernten Verwandten, von einem solch engen Vertrauensverhältnis auszugehen, würde in dieser Pauschalität das in der Realität zu erwartende Familienbild übersteigen.⁸³⁸ Unabhängig dieser faktischen Umstände, überzeugt es in der Tat auch nicht, dass einfache Gesetzesrecht zur inhaltlichen Ausgestaltung des Verfassungsrechts heranzuziehen. Gleich ob dies mit der Normenhierarchie⁸³⁹ oder der ansonsten bestehenden Möglichkeit mittels einer Änderung des einfachen Rechts eine Beeinflussung des Verfassungsrechts zu erzielen⁸⁴⁰, begründet wird, müssen verfassungsrechtliche Grundsätze wie

835 BVerfGE 109, 279, 322; *Bludovsky*, Rechtliche Probleme beim Lauschangriff, S. 87; *Gusy*, JuS 2004, 457, 460.

836 *Gercke*, GA 2015, 339, 343; a.A.: *Warnijnen*, Heimliche Zwangsmaßnahmen und der Kernbereich, S. 104, der unter Berücksichtigung ansonsten entstehender Abgrenzungsschwierigkeiten für eine abschließende Heranziehung der §§ 52, 53 StPO plädiert.

837 *Fink*, Intimsphäre und Zeugenpflicht S. 174.

838 *Hauck*, Heimliche Strafverfolgung, S. 473; *Fink*, Intimsphäre und Zeugenpflicht S. 174.

839 *Rottmeier*, Kernbereich privater Lebensgestaltung und strafprozessuale Lauschangriffe, S. 144.

840 *Bludovsky*, Rechtliche Probleme beim Lauschangriff, S. 85.

der höchstpersönlichen Kernbereich ihren Inhalt aus der Verfassung selbst beziehen. Im Gesamten kann der Kernbereichsschutz in personeller Hinsicht weiter gehen als es durch § 52 ff. StPO den Anschein hätte, gleichfalls aber auch enger sein, als es bei einer schablonenartigen Übertragung des § 52 StPO der Fall wäre. Einen tatsächlichen Anhaltspunkt kann § 52 StPO für diese Einordnung nicht liefern.

(3) Anzahl der Kommunizierenden

Teilweise wird angenommen, dass auch die Anzahl der an der Kommunikation beteiligten ein Parameter für die Beurteilung der Kernbereichsrelevanz sei.⁸⁴¹ Angesichts dessen, dass die Interaktion mit anderen Menschen gerade Ausfluss des Bedürfnisses eines einzelnen Menschen ist, in sozialen Bezügen existieren zu wollen,⁸⁴² kann sich die Höchstpersönlichkeit einer Äußerung nicht bereits dadurch verringern, dass diese in Gegenwart dritter Personen getätigter wird. Durch das Hinzukommen weiterer Menschen wird daher der Schutzkreis der Höchstpersönlichkeit nicht automatisch peu à peu verlassen.⁸⁴³ Gleichwohl steigt mit der Anzahl der Kommunikationspartner jedenfalls abstrakt das Risiko, dass Teile der Kommunikation nach außen dringen. Sind mehrere Personen an einer Kommunikation beteiligt, liegt es in der Natur der Sache, dass der Betroffene nicht zu allen die gleich enge Vertrauensbeziehung innehaltet. Gelangt eine vertrauliche Information schließlich nach Außen, ist für den Betroffenen beispielsweise bereits nicht mehr nachzuvollziehen, über welchen Weg dies geschah. Gleichsam reduzieren mehrere Gesprächspartner das Risiko für den Einzelnen als „Maulwurf“ enttarnt zu werden. Die Gesprächssituation, in welcher der Kommunizierende trotz der Interaktion mit einem Dritten die vermeintlich sicherste Position innehaltet, wird daher in der Regel das klassische „vier Augen“ Gespräch bleiben. Davon ausgehend, dass dies dem Betroffenen bewusst sein muss, erscheint es gemessen an der allgemeinen Lebenserfahrung korrekt, eine höhere Anzahl an Gesprächsteilnehmern als Indiz für eine nicht vorhandene Kernbereichsrelevanz anzusehen. Eine größere, zuweilen nicht sofort überschaubare, Personenanzahl steigert die

841 *Warnfjen*, Heimliche Zwangsmaßnahmen und der Kernbereich, S. 92; *Gercke*, GA 2015, 339, 344.

842 BVerfGE 80, 367, 374; BVerfGE 109, 279, 319; BVerfGE 125, 175, 223; BVerfGE 132, 134, Rn. 64.

843 *Warnfjen*, Heimliche Zwangsmaßnahmen und der Kernbereich, S. 92.

Gefahr, dass höchstpersönliche Vorgänge trotz eines möglicherweise entgegenstehenden Willens nach außen dringen.⁸⁴⁴

(4) Thematik

Hinsichtlich des Inhalts eines Gesprächs ist für eine Zuordnung zum Kernbereich entscheidend, inwiefern innerste Gefühle oder Thematiken, die üblicherweise aus Sicht eines objektiven Betrachters exklusiv im Kreis engster Vertrauter besprochen werden, Gegenstand der Kommunikation sind. Die genaue Zuordnung erfolgt jedoch undurchsichtig und wenig trennscharf.⁸⁴⁵ Dies verdeutlicht die erste Tagebuchentscheidung des BVerfG vom 14. September 1989, in welcher vier der acht Richter des zweiten Senats die Inhalte rund um das dem Fall zugrunde liegenden Tagebuch dem höchstpersönlichen Kernbereich zuordneten und damit von einer Unverwertbarkeit ausgingen, während die restlichen vier Richter den Inhalt der Aufzeichnungen für verwertbar erachteten.⁸⁴⁶ Es wird deutlich, dass entscheidend letztlich eine bloße Gewichtung ist, ob dem Strafverfolgungsanspruch des Staates oder dem Persönlichkeitsrecht des Einzelnen der Vorrang zu geben ist. So wird ausgeführt, dass eine Verletzung der Menschenwürde nicht in Betracht komme, wenn die Auswertung Aufschluss über Ursachen und Hintergründe der Straftat geben könne und dazu der Verfasser seine Gedanken aus seinem Inneren entlässe und schriftlich manifestiert habe.⁸⁴⁷ Die die Verwertung ablehnenden Verfassungsrichter stellen dagegen in den Vordergrund, dass die Aufzeichnungen aufgrund ihrer Art und Weise der geheimen Aufbewahrung und ihres höchstpersönlichen Charakters von der Verwertung ausgenommen bleiben müssen.⁸⁴⁸ Aufgrund dieser Stimmgleichheit konnte nicht festgestellt werden, ob die Verwertung der Aufzeichnungen des Beschwerdeführers in dem gegen diesen laufenden Strafverfahren gegen das Grundgesetz verstößt, sodass die durch die Strafgerichte vorgenommene Beweiswürdigung nicht beanstandet wurde.⁸⁴⁹ Zu einer erhöhten Rechtsunsicherheit führt dabei, dass das Urteil deutlich vor Augen führt, dass die entschei-

844 *Warntjen*, Heimliche Zwangsmaßnahmen und der Kernbereich, S. 93.

845 *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, Rn. 389; *Lucke*, HRRS 527, 531.

846 BVerfGE 80, 367.

847 BVerfGE 80, 367, 376 f.

848 BVerfGE 80, 367, 381.

849 BVerfGE 80, 367, 376.

dende Abwägung hinsichtlich einer Zuordnung zum höchstpersönlichen Kernbereich mehr von persönlichem Dafürhalten als von handfesten juristischen Grundsätzen geprägt ist.⁸⁵⁰ Es ist der Einordnung eines persönlichen Vorgangs in verschiedene Sphären zwar immanent, dass verschiedene Vorgänge von verschiedenen Personen unterschiedlich stark gewichtet werden und folglich auch in unterschiedliche Sphären eingeordnet werden (sog. Relativität der Sphären).⁸⁵¹ Einen solch subjektiven Einschlag in einer grundlegenden Frage der Beweisverwertbarkeit und damit im Zweifelsfall in einer entscheidenden der Verurteilung vorgelagerten Frage ist mit dem Rechtsstaatlichkeitsprinzip nur schwerlich zu vereinbaren.

bb) Verhältnis der Indikatoren

Offen bleibt bisweilen das Verhältnis dieser Indikatoren zueinander. Dabei ist gerade die Gewichtung der einzelnen Parameter zentraler Bestandteil zur Einordnung des zu überwachenden Verhaltens und damit zur Definition der Kernbereichsprgnose i.S.d. § 100d Abs. 1 StPO. Trennscharfe Abgrenzungskriterien, inwiefern ein Verhalten im Lichte dieser Indikatoren als ein solches des höchstpersönlichen Kernbereichs einzuordnen wäre, bestehen nicht. In der Literatur heißt es zuteilen, dass während die Kriterien der räumlichen Situation, des Vertrauensverhältnisses und der Anzahl der Kommunizierenden eine bloße Indizwirkung zur Kernbereichszugehörigkeit geben können, vor allen Dingen die Thematik des Gesprächs das entscheidende Merkmal darstelle.⁸⁵² Problematisch daran ist allerdings, dass die Thematik der ablaufenden Kommunikation gleichfalls den am schwersten vorherzusehenden Indikator darstellen wird. Zum Zeitpunkt der Anordnung der Überwachungsmaßnahme und damit zum Zeitpunkt, zu dem die negative Kernbereichsprgnose getroffen werden muss, wird eher feststehen in welchem Vertrauensverhältnis sich die in der überwachten Räumlichkeit aufhaltenden Personen befinden. Sofern die polizeilichen Ermittlungen daher keine Anhaltspunkte zur erwartbaren Gesprächsinhalten hervorbrachten, müssen vor allem die bekannten Indikatoren des Vertrauensverhältnisses und des räumlichen Ortes im Rahmen

⁸⁵⁰ Ameling, NJW 1990, 1753, 1755; ähnlich auch Martini, JA 2009, 839, 844; Kleb-Braun, CR 1990, 344, 346.

⁸⁵¹ Desoi/Knirim, DÖV 2011, 398, 400; Hufen, Jus 2010, 1, 9; Albers, informationelle Selbstbestimmung, S. 211.

⁸⁵² FS-Fischer/Kudlich, 723, 729.

der negativen Kernbereichsprognose gewichtet werden. Eine Maßnahme wird eher zu unterbleiben haben, wenn sich der Beschuldigte, gemeinsam mit einer Person, zu der er aufgrund konkreter Anhaltspunkte eine höchst vertrauensvolle Beziehung pflegt, an einem geschützten Ort wie der Privatwohnung aufhält. Den gegenteiligen Fall wird die Situation darstellen, in welcher sich der Tatverdächtige in einem Geschäftsraum mit einer ihm nicht nahestehenden Person treffen wird. Neben diesen Fallkonstellationen werden die Ermittlungsbehörden jedoch auch mit Fällen konfrontiert werden, in welchen in einer Privatwohnung ein Treffen zwischen zwei Geschäftspartnern stattfindet, die zueinander in keiner Vertrauensbeziehung stehen. Während die räumliche Komponente für eine Kernbereichsbetroffenheit spricht, ist von einer solchen bei Betrachtung personellen Umstände nicht auszugehen.

Daher stellt sich nun die Frage, welcher der Komponenten das höhere Gewicht beizumessen ist. Das Bundesverfassungsgericht spricht hinsichtlich des räumlichen Parameters von einer Funktion als Rückzugsbereich der privaten Lebensgestaltung, die der Privatwohnung aufgrund ihrer Vertrautheit und Geborgenheit zukommt.⁸⁵³ Daran anknüpfend wird angenommen, dass diese Vertrautheit und Geborgenheit aufgehoben sei, wenn der Betroffene seinen privaten Rückzugsbereich für fremde Personen öffnet.⁸⁵⁴ Dies wird damit begründet, dass, sofern sich ein Arbeitskollege oder flüchtiger Bekannter in der Wohnung aufhält, nicht mit höchstpersönlichen Handlungen zu rechnen sei. Zu solchen hierzu zu zählenden Handlungen oder Äußerungen würde es gerade nicht kommen, wenn auch Personen anwesend sind, die nicht zum Kreis des engsten Vertrauens zählen.⁸⁵⁵ Zwar ist dem durch Art. 13 GG gebotenen Schutz eine Einstufung anhand der sich in der Wohnung befindlichen Personen fremd, dennoch erscheint es im Lichte der negativen Kernbereichsprognose zielführend, mittels des von Fall zu Fall individuell ausgestalteten Indikators der Vertrauensbeziehung die lediglich typisierende Indizwirkung der räumlichen Komponente einzuschränken. Durch eine höhere Gewichtung der individuellen Komponenten kann dem Kernbereichsschutz daher im jeweiligen Einzelfall besser entsprochen werden. In die gleiche Richtung tendiert auch das Bundesverfassungsgericht, das anmerkt, dass die Wahrscheinlich-

853 BVerfGE 109, 279, 321.

854 Rottmeier, Kernbereich privater Lebensgestaltung und strafprozessuale Lauschangriffe, S. 150 f.

855 Rottmeier, Kernbereich privater Lebensgestaltung und strafprozessuale Lauschangriffe, S. 150 f.

§ 5 Verwertbarkeit

keit durch Überwachungsmaßnahmen in den Kernbereich einzudringen, davon abhängt, welche Personen sich in der überwachten Wohnung aufhalten.⁸⁵⁶ Sofern der zu erwartende Gesprächsinhalt zum Zeitpunkt des Aufstellens einer Kernbereichsprognose nicht bekannt ist, ist primär das Verhältnis der sich in einer Wohnung aufhaltenden Personen entscheidend, während dem Umstand, dass sich diese Personen dabei in einer Privatwohnung aufhalten nur sekundäre indizielle Wirkung zukommt.⁸⁵⁷

d) Einschränkungen des Kernbereichs

Selbst bei einer Kommunikation, die grundsätzlich für eine Zuordnung zum Kernbereich in Frage kommt, wird dessen tatsächliche Reichweite zu Gunsten einer effektiven Strafverfolgung eingeschränkt.⁸⁵⁸ Erstmals wurde dies deutlich als das BVerfG in der Tagebuchentscheidung dem Kernbereich nicht gemeinhin sämtliche persönlich preisgegebenen Informationen zuordnete.⁸⁵⁹ Denn die Verfassung erfordert es nicht, Tagebücher und andere private Aufzeichnungen schlechthin der Verwertung zu entziehen. Maßgeblich ist für diese Entscheidung der Charakter und die Bedeutung des entsprechenden Inhalts.⁸⁶⁰ Je deutlicher eine getätigte Äußerung folglich Sozialbezug aufweist, desto weniger erscheint es möglich diese Äußerung noch dem Kernbereich zuzuordnen.⁸⁶¹ Die Intensität des Sozialbezugs kann dabei durch unterschiedliche, im Folgenden zu betrachtende, Punkte zum Ausdruck kommen.

aa) Art des Gesprächs

Insofern wird bereits differenziert, ob der Betroffene ein Zwie- oder Selbstgespräch führt. Das Zwiegespräch unterscheidet sich vom Selbstgespräch dadurch, dass nur die Äußerungen im Rahmen eines Selbstgespräches dazu bestimmt sind, von anderen nicht zur Kenntnis genommen zu werden.⁸⁶² Dieser Unterschied führt dazu, dass die in einem Zwiegespräch

⁸⁵⁶ BVerfGE 109, 279, 321.

⁸⁵⁷ Wolter in: SK-StPO, § 100c StPO, Rn. 61.

⁸⁵⁸ Vgl. BVerfGE 80, 367, 374f.

⁸⁵⁹ BVerfGE 80, 367, 374f.

⁸⁶⁰ BVerfGE 80, 367, 374f.

⁸⁶¹ BVerfGE 80, 367, 374; BVerfGE 109, 279, 314.

⁸⁶² BGH, NJW 2005, 3295, 3297.

getroffenen Äußerungen weniger schützenswert seien.⁸⁶³ Dass das Selbstgespräch prägende Kriterium der Unbewusstheit einer Äußerung wird im Rahmen eines Zwiegesprächs – sei es auch in der eigenen Wohnung – nicht mehr gegeben sein, da der sich Äußernde überlegen wird, ob er eine Information aus seinem „forum internum“ einer dritten Person zugänglich machen will. Dabei kann allerdings auch eine bewusst vorgenommene Äußerung sehr wohl dem Kernbereich zuzuordnen sein. Es wäre mit der Menschenwürde nicht vereinbar, wenn der Einzelne sich keiner weiteren Person derart vertrauen könnte wie sich selbst. Auch an dieser Stelle ist abermals darauf zu verweisen, dass sich der Mensch gerade in seinen sozialen Bezügen verwirklicht.⁸⁶⁴ Diese Aussage des Bundesverfassungsgerichts ernstnehmend, muss es sodann möglich sein, mit einem auserwählten Dritten ebenso offen wie mit sich selbst sprechen zu können.⁸⁶⁵

Umso bedeutender als die Art des Gespräches ist daher die Frage nach dem Gesprächspartner und die zwischen den Beteiligten bestehenden Vertrauensverhältnisses. Gerade der Ehepartner hat für die Kommunikation im höchstpersönlichen Bereich eine herausragende Bedeutung. Gleichermaßen gilt für Gespräche mit anderen engsten Familienangehörigen, etwa Geschwistern und Verwandten in gerader Linie oder anderen Personen, zu denen eine vergleichbare Vertrauensbeziehung besteht.⁸⁶⁶ In solchen Situation wird es vielfach der Fall sein, dass der Betroffene seinem Gegenüber sprichwörtlich „die Seele ausschüttet“. Ferner ist es vorstellbar, dass in einem hochemotionalen Gespräch das Kriterium der Unbewusstheit einer Äußerung wieder in den Vordergrund rückt. Es leuchtet nicht ein, weshalb ein Einblick in das Seelenleben einer Person in einem Selbstgespräch, jedoch nicht auch in einem Zwiegespräch erfolgen kann.⁸⁶⁷ Die Möglichkeit, Einblicke in das Innere einer Person zu erhalten, ist in einem Zwiegespräch möglicherweise sogar bedeutend höher, gerade dann, wenn der Kommunizierende möglicherweise das Gefühl hat, sich durch das Offenbaren seiner Gefühlswelt von Ballast zu befreien. Allein die Art eines Gesprächs als Zwiegespräch führt daher nicht zur Begründung eines der-

863 Ernst/Sturm, HRRS 2012, 374, 380.

864 BVerfGE 80, 367, 374; BVerfGE 109, 279, 319; BVerfGE 125, 175, 223; BVerfGE 132, 134, Rn. 64.

865 Vgl. GS-Lisken/Bergemann, 69, 74.

866 BVerfGE 109, 279, 322; BVerfGE 141, 220, Rn. 121.

867 Zutreffend Rottmeier, Kernbereich privater Lebensgestaltung und strafprozessuale Lauschangriffe, S. 89; a.A.: Traub, Verwertbarkeit von Selbstgesprächen, S. 122.

§ 5 Verwertbarkeit

artigen Sozialbezug, der die Kommunikation als weniger schützenswert erscheinen ließe.

bb) Inhalt: Straftatvorbehalt

Regelmäßig ist es der Bezug einer Äußerung zu Straftaten, weshalb ein Gespräch mit potentieller Kernbereichsrelevanz letztlich nicht als absolut schutzwürdig eingestuft wird. Sofern die Strafverfolgungsbehörden aufgrund Vorfeldermittlungen davon ausgehen dürfen, dass ihre Überwachungsmaßnahmen Angaben zu Straftaten enthalten könnten, soll der Kernbereichsschutz zurücktreten, da durch dessen grundrechtliche Ausprägung schließlich „*die Entfaltung, nicht der Verfall der Persönlichkeit [geschützt werden soll]*“⁸⁶⁸. Mit dem sog. Straftatvorbehalt berücksichtigen die Gerichte das Allgemeininteresse an einer wirksamen Strafverfolgung bereits bei der Definition des Kernbereichs. Im Einzelfall muss daher auch der Kernbereichsschutz diesen entgegenstehenden Gemeinwohlinteressen weichen. Vor allem Tagebuchaufzeichnungen, Zwiegespräche, aber auch Selbstgespräche waren unter diesem Gesichtspunkt regelmäßig Gegenstand vergangener Entscheidungen.

(1) Im Rahmen der Tagebuchaufzeichnung

(1.1) Tagebuchentscheidungen des BGH 1964 und 1988

Schon im zurückliegenden Jahrhundert beschäftigte die Gerichte der beisrechtliche Umgang mit Tagebuchaufzeichnungen. In der ersten Tagebuchentscheidung des BGH aus dem Jahre 1964 konnte der Verfasser aufgrund seiner Tagebuchaufzeichnungen der Lüge vor Gericht überführt werden, was aufgrund der Vereidigung des Betroffenen in strafrechtlicher Hinsicht einen Meineid darstellte.⁸⁶⁹ Bereits damals wurde hinsichtlich einer schriftlichen Aufzeichnung festgestellt, dass mit einer solchen – im Unterschied zu Gesprächen – gerade kein Kundgebungsziel gegenüber den Gesprächspartnern einhergeht. Vielmehr seien Aufzeichnungen intimer Art regelmäßig von vornherein nicht zur Kenntnis anderer bestimmt. Es müsse jedermann freistehen ohne die Befürchtung, dass solche Auf-

868 Bereits BGH, NJW 1964, 1139, 1143.

869 BGH, NJW 1964, 1139 ff.

zeichnungen unbefugterweise verwertet werden, Empfindungen, Gefühle, Ansichten und Erlebnisse beliebig für sich festzuhalten.⁸⁷⁰ Dementsprechend ordneten die Richter die aus der Aufzeichnungen entspringenden Informationen zwar einem „Geheimbereich“ zu; dieser war jedoch noch nicht gleichbedeutend mit dem heutigen Kernbereich. So nahmen die Richter gleichwohl der Zuordnung zum „Geheimbereich“ eine Abwägung mit den widerstreitenden Interessen der Strafverfolgung im Einzelfall vor.⁸⁷¹ In der zweiten Tagebuchentscheidung des BGH im Jahr 1988 wurde zwar festgestellt, dass die Notizen des sich mit seinen Frauenproblemen auseinandersetzenen Beschuldigten höchstpersönlichen Inhalt haben, dies jedoch in Fällen schwerster Kriminalität gleichwohl keinen Kernbereichsschutz begründen könne.⁸⁷²

(1.2) Erste Tagebuchentscheidung des BVerfG vom 14.09.1989 – 2 BvR
1062/87

Mit der durch den BGH daher bestätigten Verurteilung aufgrund eines Heimtückemordes musste sich sodann der zweite Senat des BVerfG im Rahmen seiner ersten Tagebuchentscheidung befassen. Der Senat bestätigte die BGH-Rechtsprechung dahingehend, dass eine Zuordnung zum Kernbereich aufgrund der schriftlichen Fixierung der Gedanken, jedenfalls aber, da die Aufzeichnungen über die Rechtssphäre des Verfassers hinaus die Sphäre Dritter tangiere, nicht in Betracht komme.⁸⁷³ Da sich die Schilderungen des Betroffenen allerdings lediglich mit der zur Straftat führenden Vorgeschichte mitsamt den hierfür ursächlichen Hintergründen befasste, gab es zwischen den acht Richtern keinen Konsens, ob der geforderte „unmittelbare Straftatbezug“ im hiesigen Fall auch tatsächlich vorlag. Unter Bezug darauf, dass auch die Ursachen und Hintergründe zur Straftat „die Wurzeln der Tat“ darlegen und somit Erkenntnisse über die Persönlichkeit des Täters liefern würde, hielten die vier Richter der obsiegenden Auffassung dies für einen unmittelbaren Tatbezug ausreichend.⁸⁷⁴ Vom Bundesverfassungsgericht wurde damit erstmalig bestätigt, dass letztlich auch in Fällen eines nur „mittelbaren Straftatenbezuges“, trotz eines

870 BGH, NJW 1964, 1139, 1142.

871 BGH, NJW 1964, 1139, 1143 f.

872 BGH, NJW 1988, 1037, 1038.

873 BVerfGE 80, 367, 374.

874 BVerfGE 80, 367, 377.

an sich höchstpersönlichen Vorgangs, der Kernbereich nicht einschlägig ist und stattdessen im Wege einer Abwägung über die Verwertbarkeit der Informationen zu entscheiden sei.

Die die Entscheidung tragende Rechtauffassung überzeugt dabei nicht volumnäßiglich. Richtig ist zweifelsfrei, dass der Betroffene durch das Niederschreiben der Informationen diese aus seinem innersten Gedankenkreis entließ und dies im Rahmen der Kernbereichseingrenzung zu berücksichtigen ist. Die Zugehörigkeit zum Kernbereich auf Grund dessen eingerender zu problematisieren, erscheint daher angemessen. Problematisch werden die Ausführungen der tragenden Auffassung allerdings, wenn im Sinne des rechtsstaatlichen Auftrags der Wahrheitserforschung sich die Ermittlungen auch „auf die Persönlichkeit des Tatverdächtigen, sein Vorleben und sein Verhalten nach der Tat“ beziehen müsse, „um dem Schuldgrundsatz umfassend Rechnung tragen zu können“.⁸⁷⁵ Ohne dabei in Abrede zu stellen, dass selbstverständlich die Persönlichkeit und das Verhalten nach der Tat schuld- und strafzumessungsrelevante Umstände darstellen, so ist dennoch zu beachten, dass es gerade Ziel und Auftrag des Kernbereichs ist, gewisse Teile der Persönlichkeit nicht Teil eines Strafverfahrens werden zu lassen. Dies würde allerdings unterlaufen, wenn bereits die bloße Möglichkeit, Erkenntnisse über die Persönlichkeitsstruktur des Tatverdächtigen zu gewinnen ausreichend ist, um privaten Aufzeichnungen den Kernbereichsschutz zu versagen. Der Kernbereichsschutz wäre für das Strafverfahren dann praktisch nicht mehr von Relevanz, da eine Unterscheidung zwischen einem unantastbaren Kernbereich und einem Bereich der Abwägung wäre schlicht nicht mehr vorhanden wäre.⁸⁷⁶ Denn schließlich gibt jede Erkenntnis über den psychischen Zustand, mithin über die Persönlichkeit eines Verdächtigen, neue Hinweise sowohl über die Schuldfähigkeit als auch darüber, ob er die Tat begangen haben könnte. Die Hürde zur Verwertbarkeit höchstpersönlicher Informationen wäre derart gering, dass der bloße Verdacht hinsichtlich einer Straftat geeignet wäre den Schutz des Kernbereichs zu beseitigen.⁸⁷⁷

875 BVerfGE 80, 367, 378.

876 BVerfGE 80, 367, 382 (abw. Meinung).

877 BVerfGE 80, 367, 382 (abw. Meinung).

(2) Im Rahmen eines Zwiegesprächs

- (2.1) Urteil zum Großen Lauschangriff des BVerfG vom 03.03.2004 –
1 BvR 2378/98, 1 BvR 1084/99

Nicht nur im Rahmen eines Tagebucheintrages, sondern auch bei der zwischen Menschen ablaufenden Kommunikation stellt sich regelmäßig die Frage, inwiefern die hier ablaufende Kommunikation dem Kernbereich zuzuordnen ist. Die Frage nach der Reichweite des Straftatvorbehalts steht auch hierbei häufig im Zentrum der Diskussion. Zu Recht folgte der erste Senat des BVerfG im Urteil zum Großen Lauschangriff diesbezüglich der nicht tragenden Auffassung aus der ersten Tagebuchentscheidung des BVerfG: Es soll gerade nicht jede Verknüpfung einer Äußerung und Verdacht einer begangenen Straftat zu einem derartigen Sozialbezug führen, dass der Schutz des Kernbereichs zu versagen wäre. Äußerungen, die ausschließlich innere Gefühle wiedergeben und keine Hinweise auf konkrete Straftaten enthalten, schließen den Kernbereichsschutz nicht bereits deshalb aus, da sie die Beweggründe für ein strafbares Verhalten offenbaren.⁸⁷⁸ Wenngleich das Gericht für konkrete Hinweise auf Straftaten weiter einen Kernbereichsausschluss für angezeigt erachtete, so versteht es dieses Kriterium aber jedenfalls deutlich restriktiver. Angesichts dieses Urteils dürfte davon ausgegangen werden, dass die erste Tagebuchentscheidung des BVerfG aus dem Jahre 1989, gemessen an diesem Maßstab, mit der Bejahung des Kernbereichsschutzes geendet hätte. Schließlich befassten sich die damaligen Aufzeichnungen weder mit der konkreten Straftat noch mit Schilderungen der in Rede stehenden Straftat.⁸⁷⁹

(2.2) Zweite Tagebuchentscheidung des BVerfG vom 26.06.2008 – 2 BvR
219/08

Anstelle dieser Rechtsprechung im Rahmen der Zwiegespräche zu folgen, entschied wiederum der zweite Senat des BVerfG im Rahmen seiner zweiten Tagebuchentscheidung im Jahr 2008, dass auch Notizen des Betroffenen, die sich nicht auf die konkrete Straftat beziehen, sondern lediglich „konkrete Hinweise auf die Persönlichkeitsstruktur“ enthielten, vom Kern-

878 BVerfGE 109, 279, 319.

879 BVerfGE 80, 367 ff.; Rottmeier, Kernbereich privater Lebensgestaltung und strafprozessuale Lauschangriffe, S. 45.

bereichsschutz auszunehmen seien.⁸⁸⁰ Ohne auf das abweichende Votum der Richter in der ersten Tagebuchentscheidung einzugehen, argumentierte der Senat erneut mit der Verpflichtung zur umfassenden Wahrheitsermittlung, die sich auf alle Merkmale erstrecke, die für die Beurteilung der strafrechtlichen Schuld und die Strafzumessung von Bedeutung seien.⁸⁸¹ Der zweite Senat trug dabei trotz Kenntnis des abweichenden Sondervotums des eigenen Senats aus dem Jahre 1989 und der Rechtsauffassung des ersten Senats aus dem Jahre 2004 nichts zu einer Vereinheitlichung der Rechtsprechung bei. Wünschenswert wäre wenigstens eine kritische Ausinandersetzung mit der differierenden Rechtsprechung gewesen.

(2.3) Neuere Rechtsprechung des BVerfG

Der erste Senat des BVerfG fasste im Jahre 2016 im Urteil zur Verfassungsmäßigkeit des Bundeskriminalamtsgesetzes die Rechtslage zum Straftatvorbehalt bei verkörperten Nachrichten sowie Gesprächen dem Grunde nach entsprechend der engeren Linie des ersten Senats aus der Entscheidung zum großen Lauschangriff zusammen. Zwar bleibt die höchstpersönliche Kommunikation unmittelbar über Straftaten nicht geschützt, da die Befreiung und Planung von Straftaten ihrem Inhalt nach Sozialbezug aufweise und folglich nicht zum Kernbereich privater Lebensgestaltung gehören könne.⁸⁸² Insoweit befindet sich der erste Senat noch auf der Rechtsprechungslinie des zweiten Senats aus der Tagebuchentscheidung, was er durch eine entsprechende Zitation der beschriebenen Urteile des zweiten Senats auch deutlich macht. Im Folgenden wird sodann aber ersichtlich, dass der Kernbereich dennoch unter keinem generellen Abwägungsvorbehalt zugunsten der öffentlichen Sicherheitsinteressen steht.⁸⁸³ So sollen sowohl Aufzeichnungen als auch Äußerungen im Zwiegespräch, die beispielsweise innere Eindrücke und Gefühle ausdrücken aber keine Hinweise auf konkrete Straftaten enthalten, nicht schon dadurch dem Kernbereich entzogen sein, da sie die Ursachen oder Beweggründe eines

880 BVerfG, Beschluss vom 26. Juni 2008 – 2 BvR 219/08, Rn. 21 = BVerfGK 14, 20, 25.

881 BVerfG, Beschluss vom 26. Juni 2008 – 2 BvR 219/08, Rn. 21 = BVerfGK 14, 20, 25.

882 BVerfGE 109, 279, 319; BVerfGE 141, 220, Rn. 122; neulich ebenso BVerfG, NJW 2020, 2235, Rn. 202.

883 So auch BVerfG, NJW 2020, 2235, Rn. 202.

strafbaren Verhaltens offenbaren.⁸⁸⁴ Die Konsequenz hieraus bleibt damit, dass höchstpersönliche Informationen in diesen Fällen auch dann als dem Kernbereich zugehörig betrachtet werden müssen, wenn sie für Aufklärung von Straftaten oder Gefahren hilfreiche Aufschlüsse geben könnten. Schließlich müsste es – so lange diese Gespräche nicht unmittelbar Straftaten zum Gegenstand haben – die Möglichkeit geben, sich Vertrauenspersonen zu offenbaren. Es müsste dem Einzelnen möglich bleiben, ein Fehlverhalten einzustehen oder sich auf dessen Folgen einzurichten, wie dies etwa in Form eines Beichtgespräches oder vertraulichen Gespräche mit einem Psychotherapeuten oder einem Strafverteidiger erfolgen kann.⁸⁸⁵ Diese höchstpersönliche Privatsphäre müsste dem Staat absolut entzogen bleiben.⁸⁸⁶ Allerdings werden gerade diese Gespräche häufig sogar einen unmittelbaren Bezug zu Straftaten aufweisen. Entgegen der allgemeinen höchstrichterlichen Leitlinie, dass in einem solchen Fall der Kernbereich nicht eröffnet ist, wird für diese Fälle der Straftatvorbehalt praktisch ausgesetzt.⁸⁸⁷ Dies ist zutreffend, schließlich würde der Mandant oder Patient seine sensiblen Informationen ansonsten nicht ohne Schutz vor staatlicher Überwachung offenbaren können. Nicht zuletzt hätte dies zur Folge, dass eine zielführende Strafverteidigung oder Psychotherapie nicht möglich wäre. Gerade im Falle der Strafverteidigung wäre dies wiederum nicht mit dem Rechtsstaatsprinzip und daran anknüpfend dem Recht des Betroffenen auf eine wirksame Strafverteidigung zu vereinbaren. In der nunmehr aktuellsten Entscheidung zum Straftatvorbehalt aus dem Jahr 2018 hielt sich der zweite Senat des BVerfG mit Ausführungen zum Unmittelbarkeitskriterium zurück. Lediglich pauschal wurde dargelegt, dass der Charakter und die Bedeutung des Inhalts entscheidend seien. Dabei sei ein unmittelbarer Bezug zu Straftaten gegeben, wenn Angaben über deren Planung oder Berichte über begangene Straftaten in Rede stehen.⁸⁸⁸

884 BVerfGE 141, 220, Rn. 122; BVerfG, NJW 2020, 2235, Rn. 202.

885 BVerfGE 141, 220, Rn. 122.

886 BVerfGE 141, 220, Rn. 122.

887 BVerfGE 141, 220, Rn. 122; *Reichert*, Der Schutz des Kernbereichs, S. 51.

888 BVerfG, Beschluss vom 18. April 2018 – 2 BvR 883/17 -, Rn. 28, mit Verweis jedoch ausschließlich auf die Entscheidung des 2. Senats vom 14. September 1989 in BVerfGE 80, 367.

(2.4) Auffassung Roxins

Einen abweichenden Weg zum Umgang mit dem Straftatvorbehalt schlägt *Roxin* vor, der hinsichtlich der Frage, ob ein Zwiegespräch über Straftaten einen Sozialbezug aufweist und daher aus dem Kernbereich herauszunehmen ist, danach differenzieren will, ob es sich um sachliche Deliktsbesprechungen unter Straftatbeteiligten bzw. Mitwissern handelt oder ein Straftäter beispielsweise unter Tränen seiner Ehefrau die Tat beichtet.⁸⁸⁹ Im letzten Fall würde der Kernbereichsschutz bestehen bleiben.⁸⁹⁰ Diesem von *Roxin* gegangenen Weg innerhalb eines Zwiegespräches zwischen der Art des Zwiegespräches zu differenzieren ist durchaus positiv zu beurteilen. So macht es in der Tat einen Unterschied, ob eine planvoll agierende Familienbande sich über vergangene oder zukünftige Verbrechen unterhält oder ein Ehepartner dem anderen in einer emotionalen Ausnahmesituation eine begangene Straftat gesteht. Während das Ganovengespräch über begangene Straftaten, einzig den Zweck verfolgt, vergangene Straftaten zu besprechen oder neue zu planen, tatsächlich mit einem Verfall der schützenswerten Persönlichkeit assoziiert werden kann, kann dies für die emotionalen Beichte nicht gelten. In dieser Situation geht es keineswegs um den Verfall der Persönlichkeit, sondern womöglich gar um deren Widerherstellung. Der mit der Beichte einhergehende Einblick in das tiefste Innere der Persönlichkeit des Betroffenen scheint prädestiniert für eine endgültige Zuordnung zum Kernbereich. Anders ist dies freilich, wenn der Betroffene seiner Ehefrau nüchtern von seinen in der Vergangenheit begangenen Straftat erzählt um, diese hierüber aufzuklären oder vor dieser mit den begangenen Taten zu prahlen.⁸⁹¹ Eine nüchterne, sachliche Bilanz in Form einer „sachlichen Deliktsbesprechung“⁸⁹² kann, gleich wie eng das zwischen den Personen stehende Vertrauensverhältnis auch sein mag, nicht zum absolut geschützten Kernbereich gehören. Dennoch wird angenommen, dass auch solche bloß berichtenden Äußerungen im Zwiegespräch zum Kernbereich zu zählen ist.⁸⁹³ Diese Sichtweise vergisst allerdings den Kernzweck des Kernbereichsschutzes. Der höchstpersönliche Kernbereich will keinen Freischuss hinsichtlich jeglicher Art von Kommunikation erteilen, sondern diese vielmehr nur dann dem staatlichen Zu-

889 FS-Wolter/*Roxin*, 1057, 1069.

890 FS-Wolter/*Roxin*, 1057, 1069.

891 *Schwabenbauer*, Heimliche Grundrechtseingriffe, S. 268.

892 FS-Wolter/*Roxin*, 1057, 1069.

893 *Wolter*, StV 1990, 175, 179; *Fink*, Intimsphäre und Zeugenpflicht, S. 173, 178.

griff entziehen, wenn sich die Kommunikation als das Ergebnis menschlichen Verlangens nach Öffnung und dem Zeigen innerer Eindrücke und Gefühle darstellt. In dem Fall des nüchternen Besprechens einer Straftat steht nicht mehr die Verarbeitung der eigenen Gefühle als Teil der Selbstreflexion im Vordergrund, sondern die Straftat selbst.⁸⁹⁴ Insofern könnte zu fragen sein, wie dieser Sichtweise folgend mit der Situation umzugehen wäre, in der der Täter seine Ehefrau unter Tränen gesteht, eine Straftat begehen zu wollen, um beispielsweise auch in Zukunft für die Familie sorgen zu können. Da der Täter die Straftat hier erst zu begehen plant, könnte dies nicht als vermeintlicher Akt der Wiederherstellung der verfallenen Persönlichkeit anzusehen sein. Womöglich ist also auch hinsichtlich des beichtenden Zwiegespräches zwischen vergangenen und zukünftigen geplanten Straftaten zu unterscheiden. Sofern allerdings durch das Geständnis gegenüber der Ehefrau zum Ausdruck gebracht wird, dass der Betroffene beispielsweise keinen anderen Ausweg sieht und sich nicht anders als durch die Begehung einer Straftat zu helfen weiß, muss konsequenterweise auch dieses Gespräch als Ausfluss der Verarbeitung eigener Empfindungen als dem Kernbereich zugehörend gewertet werden. Es kann sodann keinen Unterschied hinsichtlich der Verwertbarkeit erlangter Informationen machen, ob das aufgezeichnete Zwiegespräch vor oder nach der begangenen Straftat stattfand.

(3) Im Rahmen eines Selbstgespräches

(3.1) Die BGH-Rechtsprechung

Hingegen soll der vom Bundesverfassungsgericht vorgenommene Kernbereichsausschluss im Hinblick auf geäußerte Straftaten nicht auf ein abgehörtes Selbstgespräch übertragen werden können. Dies folgerte der BGH erstmals, als er im Jahr 2005 die Verwertbarkeit eines in einem Krankenzimmer aufgezeichneten Selbstgespräches mit den Worten: „*Sehr aggressiv, sehr aggressiv, sehr aggressiv! In Kopf hätt i eam schießen sollen, in Kopf hätt i eam schießen sollen, selber umgebracht ... in Kopf hätt i eam schießen sollen*“ von der Verwertbarkeit ausschloss, da es dem unantastbaren Kernbereich zuzurechnen sei.⁸⁹⁵ Die durch das Bundesverfassungsgericht aufgestellte

⁸⁹⁴ Diesbezüglich zutreffend Rottmeier, Kernbereich privater Lebensgestaltung und strafprozessuale Lauschangriffe, S. 92.

⁸⁹⁵ BGH, NJW 2005, 3295, 3296.

Regelvermutung, wonach bei einem Gespräch über Straftaten ein Sozialbezug gegeben sei, sei auf Selbstgespräche bereits nicht anwendbar, weil es sich dabei nicht um eine Kommunikation mit der Außenwelt, sondern um eine Selbstauseinandersetzung handle.⁸⁹⁶ Einem Selbstgespräch fehle es nach den Ausführungen des Bundesgerichtshofes stets an einem Sozialbezug. Dies soll darauf gründen, dass die Rechtsprechung des BVerfG zum fehlenden Sozialbezug von vorn herein nur für die Fälle eines (Zwie-)Gespräches gelte, nicht jedoch für eine bloße Äußerung im Rahmen eines Selbstgespräches.⁸⁹⁷ Bei einem Selbstgespräch trete die Eindimensionalität der ablaufenden Kommunikation, die Nichtöffentlichkeit, die mögliche Unbewusstheit der Äußerungen im Selbstgespräch, die Identität der Äußerung mit den inneren Gedanken und „die Flüchtigkeit des gesprochenen Wortes“ in den Vordergrund.⁸⁹⁸ Das Strafverfolgungsinteresse müsse dann zurücktreten.⁸⁹⁹ Diese Rechtsprechung behielt der BGH auch in seiner zweiten Entscheidung zur Verwertbarkeit eines Selbstgespräches bei. Dieser Entscheidung aus dem Jahr 2011 lag die Frage nach der Verwertbarkeit eines in einem PKW aufgezeichneten Selbstgespräches zugrunde. An die Entscheidung aus dem Jahr 2005 anknüpfend zählte der Bundesgerichtshof das „laute Denken“ zur Existenzbedingung des Menschen, womit dieses Verhalten stets dem Kernbereich unterfallen müsse.⁹⁰⁰ Exemplarisch zeigte das Gericht die aus seiner Sicht entscheidenden Unterschiede zur ergangenen Rechtsprechung hinsichtlich Tagebuchaufzeichnungen und Zwiegesprächen auf. Während in der Tagebuchentscheidung die Flüchtigkeit des gesprochenen Wortes nicht von Bedeutung war, da der Betroffene seine Gedanken in einem Tagebuch fixiert hatte, erlangt die Flüchtigkeit des gesprochenen Wortes als Abgrenzungskriterium im Falle eines Selbstgespräches besonderes Gewicht. Ferner hätten in der Tagebuchentscheidung des BVerfG auch präventive Überlegungen der Annahme der Verwertbarkeit zugrunde gelegen, weil die dortigen Tagebuchaufzeichnungen

896 Wolter in: SK-StPO, § 100c StPO, Rn. 63; Gercke in: HK-StPO, § 100f StPO, Rn. 12; FS-Wolter/Roxin, 1057, 1070 ff.; FS-Geppert/Roxin, 549, 565.

897 BGH, NJW 2005, 3295, 3297; zweifelnd Reichert, Der Schutz des Kernbereichs, S. 54; Barrot, Der Kernbereich, S. 119 f.

898 BGHSt 57, 71, 75.; Zabel, ZJS 2012, 563, 565; als Fünf-Kriterien-Prüfprogramm bezeichnend Jahn/Geck, JZ 2012, 561, 564; kritisch hinsichtlich dieser Kriterien Wohlers, JR 2012, 389.

899 BGH, NJW 2005, 3295, 3296; Mitsch, NJW 2012, 1486, 1488; Deiters/Albrecht, ZJS 2008, 319, 322.

900 BGHSt 57, 71, 75, Rn. 15; zustimmend Mitsch, NJW 2012, 1486, 1488; Muthorst, StudZR 2013, 169, 174.

vor der Tatbegehung gemacht worden waren und so im Rahmen der Gefahrenabwehr auch zur Verhinderung der Tat hätten genutzt werden können.⁹⁰¹ Dagegen spielt die Möglichkeit der Prävention zu Gunsten anderer Grundrechtsträger im Falle einer bereits begangenen Straftat keine Rolle. Es komme daher nicht zu einer Grundrechtskollision, die durch eine Abwägung aufzulösen wäre.⁹⁰² Zudem kann das Selbstgespräch auch deshalb nicht mit einem Zwiegespräch gleichgesetzt werden, da die Äußerungen in einem Selbstgespräch gerade nicht auf Verständlichkeit angelegt sind und zudem durch unwillkürlich auftretende Bewusstseinsinhalte gekennzeichnet seien.⁹⁰³ Im Gesamten sei der Inhalt der Gedankenäußerung bei Selbstgesprächen im Unterschied zur Fixierung von Gedanken in einem Tagebuch oder eines Gesprächs mit Dritten – überhaupt nicht mehr entscheidend.⁹⁰⁴

(3.2) Kritik

Diese Rechtsprechungslinie sah sich deutlicher Kritik der Literatur ausgesetzt. Aus § 100c Abs. 4 S. 3 StPO a.F. ergebe sich, dass Gespräche über begangene Straftaten nicht dem Kernbereich angehören könnten, unabhängig um was für eine Art von Gespräch es sich dabei handle.⁹⁰⁵ Ferner enthalte § 100c Abs. 4 S. 3 StPO a.F. auch keine Anhaltspunkte für die von der höchstrichterlichen Rechtsprechung vorgenommenen Differenzierung zwischen „Äußerung“ im Sinne eines Selbstgespräches und „Gespräch“ im Sinne eines Zwiegespräches.⁹⁰⁶ Fraglich ist darüber hinaus, ob die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts tatsächlich, wie vom Bundesgerichtshof angenommen, eine inhaltliche Differenzierung zwischen Selbst-

901 BGHSt 57, 71, 76 f., Rn. 17.

902 BGHSt 57, 71, 76 f., Rn. 17.

903 BGHSt 57, 71, 77, Rn. 18.

904 BGHSt 57, 71, 75, Rn. 15 f.; zustimmend Eisenberg, Beweisrecht StPO, Rn. 2527a; Lindemann/Reichling, StV 2005, 650, 652; Ellbogen, NStZ 2006, 180; Zabel, ZJS 2012, 563, 565; Habetha, ZWH 2012, 165; von Heintschel-Heinegg, JA 2012, 395, 396; Ladiges, StV 2012, 517; Mitsch, NJW 2012, 1486, 1488; Woblers, JR 2012, 389; Valerius, JA 2006, 15, 16; Jahn, JuS 2006, 91, 92; ders. StraFo 2011, 117, 119; Renka, Verwertbarkeit von Selbstkommunikation, S. 191; Dalakouras, Beweisverbote und Intimsphäre, S. 265; ablehnend vor allem Warg, NStZ 2012, 237, 240; im Ergebnis auch Fleischmann, NJ 2012, 218f.

905 Fezer-FS/Rogall, S. 61, 70.

906 Warg, NStZ 2012, 237, 240; Zimmermann, GA 2013, 162, 172 f.; Löffelmann, ZIS 2006, 87, 92.

und Zwiegespräch beinhalten sollten. In der Entscheidung zum großen Lauschangriff habe das Verfassungsgericht schließlich durch die Formulierung „*wenn sich jemand allein oder ausschließlich mit Personen in der Wohnung aufhält [...] und es keine konkreten Anhaltspunkte gibt, dass die zu erwartenden Gespräche nach ihrem Inhalt einen unmittelbaren Bezug zu Straftätern aufweisen*“⁹⁰⁷, zum Ausdruck gebracht, dass die Terminologie „Gespräch“ im Lichte der Entscheidung auch dann zutreffend sei, wenn ein bloßes Selbstgespräch stattfinde. Dies sei daraus zu schließen, dass das Gericht die beiden Fälle eines Zwiegesprächs und eines Selbstgesprächs in einem Satz zusammenfasste und im Folgenden als Gespräch einordnete.⁹⁰⁸ Da das Bundesverfassungsgericht zur Verwertbarkeit von Selbstgesprächen bislang ausdrücklich keine von der Tagebuch-Judikatur abweichenden Maßstäbe formulierte, sei anzunehmen, dass diese auf die übrigen Fälle mit Kernbereichsrelevanz zu übertragen sind.⁹⁰⁹ Hinzu komme die Intension des Gesetzgebers, der zwar die Vermutung aufstellte, dass Selbstgespräche in der Regel in den absolut geschützten Kernbereich fallen werden, jedoch gerade nicht die Aussage traf, dass solche Selbstgespräche niemals einen Sozialbezug aufweisen können.⁹¹⁰ Es sei daher mit der Rechtssicherheit nicht zu vereinbaren nichtöffentliche Selbstgespräche ausnahmslos dem Kernbereich zuzuordnen. Vielmehr sei der Straftatvorbehalt auch auf Selbstgespräche zu erstrecken.⁹¹¹

(3.3) Einschränkung auf beichtende Selbstgespräche

Ferner wird vorgeschlagen lediglich das „sachlich berichtende“ Selbstgespräch aus dem Kernbereich auszunehmen.⁹¹² Dies begründet Rottmeier mit dem Ziel einer einheitlichen Kernbereichsbestimmung sowohl für Tagebucheinträge, Zwie- als auch Selbstgespräche. Anhand dessen, ob der Schwerpunkt des Selbstgesprächs einen selbstreflektierenden oder berichtenden Charakter besitze, könne sodann losgelöst von der formalen Sonderdogmatik des BGH entschieden werden, ob das Selbstgespräch tatsäch-

907 BVerfGE 109, 279, 319.

908 Kolz, NJW 2005, 3248, 3249; Traub, Verwertbarkeit von Selbstgesprächen, S. 83.

909 Allgayer, NStZ 2012, 399.

910 Fezer-FS/Rogall, S. 61, 70; Löffelmann, ZIS 2006, 87, 92.

911 Zimmermann, GA 2013, 162, 173; Haverkamp, Jura 2010, 492, 495.

912 Rottmeier, Kernbereich privater Lebensgestaltung und strafprozessuale Lauschangriffe, S. 93.

lich noch dem Kernbereich zuzuordnen ist.⁹¹³ Dem Bestreben nach Vereinheitlichung ist zwar grundsätzlich zuzustimmen, im Falle der Selbstgespräche, sind diese aufgrund ihres speziellen Charakters jedoch symptomatisch für die Einschlägigkeit des höchstpersönlichen Kernbereichs. Das Selbstgespräch als „kleiner Bruder“ des stillen Denkens muss stets – unabhängig seines Inhalts – dem Kernbereich zugeordnet werden. Hieraus gewonnene Informationen dürfen nicht auf repressiver Ebene gegen den Betroffenen verwendet werden. Das laute Denken zum Gegenstand eines Strafprozesses zu machen, darf genauso wenig der Fall sein, wie mittels moderner Technik versucht werden darf, in die Gedankenwelt des Betroffenen einzudringen.⁹¹⁴ Zu nahe liegen stilles und lautes Denken in Form eines Selbstgespräches – an einem Ort, der zudem unter der vollständigen Beherrschbarkeit des Betroffenen steht – beisammen. Im Übrigen darf der Drang nach Vereinheitlichung nicht dazu führen, letztlich ungleiches nach gleichen Maßstäben zu behandeln. Für eine umfassende Zuordnung jedenfalls des Selbstgespräches zum Kernbereich spricht zuletzt auch, dass der Gesetzgeber im Rahmen der Neufassung des § 100d StPO auf einen Straftatvorbehalt verzichtete. In § 100d StPO – als Nachfolger des früheren § 100c StPO a.F. – wurde der die entsprechende Vorschrift enthaltene Satz 3 aus § 100c Abs. 4 StPO a.F. nicht übernommen. Die Frage nach der Betroffenheit des Kernbereichs soll, auf Grund tatsächlicher Anhaltspunkte jeweils konkret unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles ermittelt werden.⁹¹⁵ Dies muss als Abkehr des Gesetzgebers davon verstanden werden, bei sämtlichen Gesprächen über Straftaten von einem generellen Kernbereichsausschluss auszugehen.

2) Stellungnahme

a) Allgemeines

Es ist unumstößlich, dass ein Bereich existieren muss, der dem staatlichen Zugriff entzogen ist. Die Daseinsberechtigung eines solchen „Kernbereiches höchstpersönlicher Lebensgestaltung“ kann nicht in Zweifel gezogen werden. Entscheidend bleibt dessen inhaltliche Ausgestaltung. Die Indi-

913 Rottmeier, Kernbereich privater Lebensgestaltung und strafprozessuale Lauschangriffe, S. 93 f.

914 FS-Wolter/Roxin, 1057, 1070.

915 BT-Drs. 18/12785, S. 57.

katoren, die maßgeblich auf Ebene der Beweiserhebung zum Vorschein treten, stellen dabei eine Art „äußere Hülle“ der Höchstpersönlichkeit dar. Aus der Rechtsprechung lässt sich derweil folgern, dass vor allem auf den gesprochenen Inhalt zur Einordnung abgestellt wird. Mit dieser Situation geht ein vergleichsweiser großer Spielraum einher, der den Gerichten bei der Frage nach der Verwertbarkeit einer Information zukommt. Während dies unter dem vermeintlichen Deckmantel einer möglichst hohen Einzelfallgerechtigkeit im Lichte des konkreten Falles für positiv empfunden werden könnte, stellt sich dennoch die Frage, ob dies den Maßstäben an ein faires Strafverfahren noch genügen kann.⁹¹⁶ Naturgemäß kann mittels des Gesprächsinhalts am zielpunktesten eine Gesprächszuordnung zum höchstpersönlichen Lebensbereich erfolgen. Gleichwohl bleibt die Definition, wann der Gesprächsinhalt als ein den Kernbereichsschutz auslösender höchstpersönlicher Inhalt einzuordnen ist, überaus vage. In der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts wird das Inhaltskriterium in verschiedenen Formen umschrieben. So seien hiervon das zum Ausdruck bringen „innerer Vorgänge wie Empfindungen und Gefühle sowie Überlegungen, Ansichten und Erlebnisse höchstpersönlicher Art“ oder auch „Gefühlsäußerungen, Äußerungen des unbewussten Erlebens sowie Ausdrucksformen der Sexualität“ erfasst.⁹¹⁷ Demnach lassen sich verschiedene Fallgruppen als Akt höchstpersönlicher Natur herausarbeiten. Hierzu zählen beispielsweise Reflexionen des Verfassers über seine Persönlichkeitsstruktur, wie etwa über seine Gefühle, Sehnsüchte, Sympathien- und Antipathien, Glücksmomente, Wünsche, Fehler, Schwächen, Ängste, Nöte, Zwänge, Triebe oder Spannungen. Daneben kommen als Bezugspunkte der enge Familienkreis, enge Freundschafts- und Liebesverhältnisse, schwere Krankheiten, Sexualität und Religion in Betracht.⁹¹⁸ Insofern ist zwar korrekt, dass durchaus eine Umschreibung des Höchstpersönlichen vorgenommen werden kann und so eine Grenzziehung zwischen Kernbereich und Privatsphäre möglich erscheint. In der praktischen Umsetzung darf jedoch bezweifelt werden, ob dies zu eindeutigen Ergebnissen führt. Die oben dargelegte Stimmengleichheit im zweiten Senat des Bundesverfassungsgerichts hinsichtlich der Zuordnung eines Sachverhalts zum höchstpersönlichen Kernbereich stammt zwar bereits aus dem Jahr 1989, mithin aus einer Zeit vor der Entscheidung zum Lauschangriff aus dem Jahr 2004, in welcher das Kriterium der Höchstpersönlichkeit erstmals näher beleuchtet

916 ähnlich *Berkemann*, JR 1990, 226, 227.

917 BVerfGE 109, 279, 313.

918 Vgl. die Beispiele bei *Ellbogen*, NStZ 2001, 460, 463.

wurde. Dennoch zeigt die Argumentation der Verfassungsrichter aus dem Jahr 1989, dass sich diese im Kern bereits mit den gleichen Fragen zur Höchstpersönlichkeit wie auch die Richter im Jahr 2004 beschäftigten. So argumentierten die Richter der nicht tragenden Entscheidung mit der Wiedergabe bestimmter Gemütszustände, Reflexionen über die eigene Persönlichkeitsstruktur, der schonungslosen Darstellung seiner Gefühlswelt und quälenden Problemen des Betroffenen, mit welchen dieser ins Reine kommen wollte.⁹¹⁹ Dies zugrunde gelegt wäre bereits die 1989 ergangene Tagebuchentscheidung überaus geeinigt gewesen, unter Beweis zu stellen, dass es sich bei dem höchstpersönlichen Kernbereichs nicht lediglich um ein auf seltenste Einzelfälle beschränktes Konstrukt handelt. Stattdessen gewinnt man den Eindruck, dass die Gerichte darauf bedacht sind, der Konsequenz zu entgehen, einen abgrenzbaren Kernbereich zu erhalten, der in letzter Konsequenz sodann auch in Fällen schwerster Kriminalität zu einem Beweismittelverlust führen könnte. Hiermit steht in Einklang, dass in der höchstrichterlichen Rechtsprechung bislang in keinem Fall angenommen wurde, dass beispielsweise tagebuchartige Aufzeichnungen dem unantastbaren Kernbereich angehören. Vielmehr kommt es in der BGH-Rechtsprechung unmittelbar zu einer Interessensabwägung, die so dann in Fällen der Schwerstcriminalität zwangsläufig zu einer Bejahung der Verwertbarkeit führen wird.⁹²⁰ Dies geht teilweise gar soweit, dass alleine aufgrund des Vorliegens einer der „schwersten Straftaten“ der Persönlichkeitsrelevante Hintergrund der Aufzeichnung keiner Würdigung mehr unterzogen wird, sondern schlicht mit dem Überwiegen der Interessen der Strafrechtspflege eine Verwertbarkeit etwaiger Aufzeichnungen bejaht wird.⁹²¹

Es muss um den Schutz des Kernbereichs willen daher einer Linie gefolgt werden, die garantiert, dass das Ergebnis eines für den Beschuldigten massive Einschnitte mit sich bringende Strafverfahrens nicht von der Besetzung des Senats und den persönlichen Wertungen der Richter abhängig ist. Hierfür muss eine mutigere Zuordnung eines hierfür qualifizierten Sachverhalts zum persönlichen Kernbereich erfolgen und sodann konsequent auf jegliche weitere Abwägung verzichtet werden. Korrespondierend hiermit ist in ausnahmslos allen Selbstgesprächen, welche der Betroffene in einer abgeschlossenen Räumlichkeit in dem Gefühl von Abgeschiedenheit führt, ein mit Geheimhaltungswillen vorgenommener

919 BVerfGE 80, 367, 381 (abw. Meinung).

920 Ellbogen, NStZ 2001, 460, 463.

921 Vgl. BGHSt 34, 397, 401.

§ 5 Verwertbarkeit

höchstpersönlicher Akt zu sehen. Daneben sind Zwiegespräche nicht ausnahmslos dem Kernbereich zuzuordnen, sondern müssen in Anbetracht der Umstände des Einzelfalls untersucht werden. Zuvörderst ist dabei die Thematik der Kommunikation zu beurteilen, zu der jedoch, um von einer Kernbereichsbetroffenheit ausgehen zu können, weitere typische Merkmal hinzutreten müssen. Das entsprechende Gespräch müsste an einem Ort geführt werden, der dem Herrschaftsbereich des Betroffenen zuordnen ist oder es müsste sich aus objektivierbaren Kriterien ein Vertrauensverhältnis zwischen den Kommunizierenden Personen herleiten lassen. Eine jahrelange Freundschaft oder eine partnerschaftliche Beziehung deuten in diesem Zusammenhang auf ein erhöhtes Vertrauensverhältnis hin. Ein solches wird nicht zu Bekannten des letzten Kneipenbesuches oder Personen, zu denen nur ein sporadischer Kontakt gepflegt wird, bestehen. Die Anzahl, der in ein Gespräch verwickelten Personen, ist lediglich als subsidiäres Indiz einzuordnen. Jedenfalls so lange die Anzahl der Personen für den Betroffenen überschaubar ist und zu diesen ein enges Vertrauensverhältnis besteht, spricht auch eine höhere Anzahl involvierter Personen nicht gegen eine Kernbereichsrelevanz.

b) Der Sozialbezug

Ferner muss hinsichtlich des von einem Straftatengespräch ausgehenden Sozialbezug differenziert werden. Ein unmittelbarer Sozialbezug der unumstößlich zum Ausschluss des Kernbereichs führt, kann nur in einer solchen Situation vorliegen, in der die Überwachung des Betroffenen unmittelbar eine verübte Straftat offenbart. Diese Straftat betrifft in diesen Fällen unmittelbar die Selbstbestimmungsfreiheit Dritter und weist sodann einen unmittelbaren Sozialbezug auf. Im Falle der Vergewaltigung beispielsweise mag das sexuelle Bedürfnis des Täters zwar ein innerstes Empfinden sein, sofern durch die Aufzeichnung dagegen unmittelbar der Ablauf der Tat nachvollzogen wird, besteht zum Zeitpunkt der Aufzeichnung ein unmittelbarer Sozialbezug. Dieser Sozialbezug ist durch das Kriterium der Unmittelbarkeit der Straftat, die mit der „Live-Überwachung“ der Tat einhergeht, auch wesentlich höher einzuordnen als der Sozialbezug eines Selbstgespräches oder einer Tagebuchaufzeichnung über die gleiche, in der Vergangenheit liegende, Tat.⁹²² Entscheidend für das Vorliegen des Sozialbezuges ist daher nicht, ob ein solcher besteht, sondern von welcher Art

922 Vgl. auch Metz, NStZ 2020, 9, 10.

und Intensität dieser ist.⁹²³ Insoweit ist dem durch das Bundesverfassungsgericht im ersten Tagebuchurteil aufgestellten Maßstab zu folgen. Bei Tagebucheinträgen oder Selbstgesprächen lässt sich sodann aber kein derartiger Sozialbezug herleiten, der den Kernbereichsschutz pauschal entfallen ließe, da allein die Existenz oder der Inhalt einer Tagebuchaufzeichnung oder eines Selbstgespräches die Sphäre Dritter gerade nicht berührt.⁹²⁴

c) Umgang mit einem Selbstgespräch

Hinsichtlich eines Selbstgespräches kann – im Übrigen auch nach alter Rechtslage – nur eine pauschale, abwägungsresistente Zuordnung zum Kernbereich, dass einem Selbstgespräch anhaftende „Mehr“ im Vergleich zu einem Zwiegespräch verdeutlichen. Es stellt freilich nochmals einen Unterschied dar, ob der Betroffene das Zwiegespräch sucht und damit Informationen seiner Kontrolle preisgibt oder dieses nur mit sich selbst führt. Hinzu kommt, dass die nach zutreffender Ansicht bestehende Möglichkeit nach § 100c StPO auf einen Smart Speaker zuzugreifen mit einem weiter fortschreitenden Kontrollverlust des Betroffenen hinsichtlich seiner eigenen Wohnung einhergeht. Während der Wohnungsbesitzer seine eigene Wohnung theoretisch permanent videoüberwachen könnte, um mögliche Eindringlinge (auch Ermittlungsbeamte beim Anbringen der Wanzen) zu entdecken, ist dem Betroffenen diese Möglichkeit beim „Anzapfen“ eines Endgerätes (Smart Speaker) genommen. Umso wichtiger ist daher, dass diesem in dem Gefühl vollkommener Abgeschiedenheit ein „letztes Refugium“⁹²⁵ ohne staatlichen Zugriff verbleibt und er an diesem Ort seinen Gedanken freien Lauf lassen kann.

Auch wenn die Kritik an der pauschalen Zuordnung eines Selbstgesprächs zum Kernbereich angesichts dessen, dass so im „worst case“ eine erhebliche Straftat nicht abgeurteilt werden könnte, eine vor allem moralische Berechtigung erfahren mag, so ist der konsequenten und ausnahmslosen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Anbetracht der unantastbaren Menschenwürde dennoch zuzustimmen. Die unterschiedlichen Schutzwürdigkeit von im Zwie- oder im Selbstgespräch geäußerten Informationen ist unmittelbar aus der Menschenwürde ableitbar. Bei einem nichtöffentlichen Selbstgespräch handelt es sich um das Aussprechen inne-

923 BVerfGE 80, 367, 374.

924 Zutreffend Kleb-Braun, CR 1990, 344, 346, Ellbogen, NStZ 2001, 460, 463.

925 BVerfGE 109, 279, 314.

rer Gedankenvorgänge zur eigenen, zurückgezogenen Verarbeitung des Erlebten und nicht zwecks Mitteilung an eine dritte Person. Dieser unterschiedliche Umgang des Betroffenen mit Informationen aus seinem Innersten darf auch im Strafverfahren nicht unberücksichtigt bleiben.⁹²⁶ Ob bewusst oder unbewusst entscheidet sich der Täter gerade nicht für ein Zwiegespräch oder das Niederschreiben seiner Gedanken, die er daher offensichtlich nicht einmal manifestiert wissen möchte. Auch anhand einer stringenten Subsumtion unter der gerichtlichen Voraussetzung der Gemeinschaftsbezogenheit bleibt es bei der Unverwertbarkeit eines Selbstgespräches. Ebenso wie Gedanken im Inneren verbleiben und folglich keine Gemeinschaftsbezogenheit aufweisen, gilt dies aufgrund des zu diesen Gedanken bestehenden untrennbar Zusammenhangs auch für das laute Denken in Form eines Selbstgespräches. Dieses ist ebenso wenig an einen Kommunikationspartner gerichtet sondern als laute Äußerung bloßer Gedanken dem Kernbereich zuzuordnen. Daher ist das Selbstgespräch auf einer noch höheren Stufe der Schutzwürdigkeit anzusiedeln als das Zwiegespräch oder der Tagebucheintrag. Die aus einem Selbstgespräch an einem besonders geschützten Ort gewonnenen Inhalte sind weder als solche noch als sog. Spurenansatz im Prozess zuzulassen. Dies stellt mithin einen rechtsstaatlich gangbaren Mittelweg dar, der lautes Denken und eine effektive Strafverfolgung versucht zu vereinbaren.⁹²⁷ Dieses Ergebnis bleibt auch dann unberührt, wenn man sich die Frage stellt, ob das Selbstgespräch im Beisein eines Smart Speakers mithin in einer zunehmend digital erfassten Welt noch als solches angesehen werden kann und ob der Betroffene in diesem Zusammenhang tatsächlich noch auf die Flüchtigkeit des gesprochenen Wortes vertrauen kann.⁹²⁸ Allein die abstrakte Möglichkeit, dass sich der Betroffene gemeinsam mit einem informationstechnischen System in einer Räumlichkeit aufhält, kann nicht dazu führen, dass dem Selbstgespräch die Vertraulichkeit und darauffolgend die Schutzwürdigkeit abzusprechen ist. Auch in einer zunehmend digitalisierten Welt ist ein informationstechnologisches System vor dem Hintergrund dessen eigentlicher Zwecksetzung und Aufgabenzuordnung nicht als „anwesende zweite Person“ einzuordnen, die dem Selbstgespräch dessen Charakter als absolut schutzwürdig zu nehmen vermöge. Das verfassungsrechtlich statuierte Recht des Bürgers sich private Rückzugsräume zu erhalten, gilt unabhängig davon, ob in diesen auch digitalisierte Systeme integriert sind.

926 *Hohmann-Dennhardt*, NJW 2006, 545, 546.

927 So auch *Mitsch*, NJW 2012, 1486, 1488; *Wohlers*, JR 2012, 389, 390.

928 Zweifelnd *Gless*, StV 2018, 671, 677.

Dabei kann die Frage gestellt werden, ob diese abwägungsresistente Zuordnung auch für Konstellationen gelten muss, in denen der „Gesprächspartner“ – beispielsweise ein Kleinkind oder eine komatöse Patientin – nicht in der Lage ist, am Gespräch teilzunehmen. Auf den ersten Blick würde man in einer solchen Konstellation ein Zwiegespräch erblicken, weshalb nicht die für ein Selbstgespräch geltenden Maßstäbe herangezogen werden dürften. Angesichts dessen, dass ein Kleinkind jedoch nicht aktiv am Gespräch teilnehmen kann und der Betroffene die physische Anwesenheit dieser Person womöglich zum „Selbstgespräch“ nutzt, könnte gleichwohl ein Abstellen auf den Grundsatz abwägungsfreien Zuordnung eines Selbstgesprächs zum Kernbereich zu erwägen sein. Entscheidend und gleichfalls problematisch wäre dann allerdings, wann die an eine solche Person gerichtete Kommunikation aufgrund der besonderen Umstände noch als „Selbstgespräch“ eingeordnet werden könnte und wann von einem Zwiegespräch ausgegangen werden müsste. Es müsste beispielsweise beurteilt werden, in welchen Fällen der „Gesprächspartner“ als Kleinkind anzusehen wäre, sodass die Aussagen des Betroffenen noch als Selbstgespräch einzuordnen wären. Ein Abstellen auf das Alter des Kindes ist an dieser Stelle nicht zielführend. Weder ein Orientieren an der Deliktsfähigkeit des § 828 Abs. 1 BGB (7 Jahre), noch an der Strafmündigkeit des § 19 StGB (14 Jahre) können eine generelle Regelung bilden. Auf das Alter des Kindes rekurrierend, wäre ohnehin nicht ein pauschales Alter, sondern die Einsichtsfähigkeit des Kleinkindes im konkreten Fall, welche bekanntermaßen je nach Einzelfall erheblich divergieren kann, maßgeblich. In Anbetracht des umfassenden Schutzes eines Selbstgesprächs – selbst, wenn dies erhebliche Straftaten zum Gegenstand hat – darf der unter ein solches Selbstgespräch fallende Sachverhalt, nicht zuletzt aus Verhältnismäßigkeiterwägungen, nicht zu sehr ausgeweitet werden. Wenn der Betroffene sein scheinbares Selbstgespräch in Gegenwart eines menschlichen Individuums führt, muss ihm stets bewusst sein, dass sein Gegenüber – selbst wenn dieser nach Auffassung des Betroffenen dazu subjektiv gar nicht in der Lage ist – einzelne Gesprächsfetzen auffasst und vor anderen Personen erneut von sich gibt. So hört man beispielsweise hin und wieder bezüglich komatöser Personen, dass diese ihr Umfeld durchaus wahrnehmen und verstehen können. Aufgrund der zweiten vorhandenen Person befindet sich der Betroffene in einer Situation, in der er nicht mehr vollkommen zurückgezogen, nur für sich ist. Die engen, aber notwendigen Voraussetzungen für die Annahme eines echten Selbstgesprächs sind dann nicht mehr gegeben. Anders kann dies lediglich sein, wenn der „Gesprächspartner“ nach festen wissenschaftlichen Erkenntnis-

sen nicht in der Lage ist eine Information aufzunehmen oder widerzugeben, wobei beispielsweise an Tiere oder Tote zu denken wäre. In allen anderen Fällen muss auf die für ein Zwiegespräch geltenden Grundsätze abgestellt werden.

d) Umgang mit einem Zwiegespräch

Ferner darf es aber auch bei konkreten Hinweisen auf Straftaten innerhalb eines Zwiegesprächs oder einer Tagebuchaufzeichnung keinen pauschalen Kernbereichsausschluss geben. Zwar führen in diesen Konstellationen unmittelbare und konkrete Anhaltspunkte zu Straftaten zu einem weniger schützenswerten Gesprächsinhalt. Gleichwohl kann dieser Umstand nicht ausschließen, dass es sich dabei um einen Höchstpersönlichen Akt handelt, der dem Kernbereich zuzuordnen ist.⁹²⁹ Insofern würde es sich anbieten, dass auch sofern in einem Tagebucheintrag oder einem Gespräch ein Bezug zu Straftaten besteht unterschieden wird, ob das ablaufende Gespräch oder die Aufzeichnungen einen nüchtern berichtenden bzw. planenden oder einen beichtenden Schwerpunkt besitzen. Schließlich wird nur der Beichtende eine Situation schaffen, die tiefere Rückschlüsse auf seine Persönlichkeit zulässt und damit die Basis für eine Zugehörigkeit zum höchstpersönlichen Kernbereich legt. Für eine solche Differenzierung streitet insbesondere, dass der Mensch – wie auch das Bundesverfassungsgericht fortlaufend betont – notwendigerweise in sozialen Bezügen existiere.⁹³⁰ Dies ernstnehmend muss sodann dem menschlichen Individuum auch ein Bereich zuerkannt werden, in welchem er diesen sozialen Bezug ohne staatliche Überwachung in der Kommunikation mit anderen Individuen ausleben kann. Würde dem Individuum dieser Bereich genommen, sofern ein konkreter Bezug zu Straftaten bestünde, würde verkannt, dass gerade auch Straftaten die Persönlichkeit des Täters erheblich belasten können und das daher gerade in solchen Situationen die Möglichkeit der Interaktion in sozialen Bezügen mit einer weiteren Person existieren muss. Dem Bürger diesen Bereich ohne Beachtung der Intension eines

929 Vgl. auch Küpper, JZ 1990, 416, 420, der sich dafür ausspricht, die Schwere einer Straftat erst im Rahmen der Abwägung zu berücksichtigen, in die freilich erst dann eingetreten werden kann, wenn der eigentliche Gesprächsinhalt nicht dem Kernbereich zugehörig ist; a.A.: Jäger, GA 2008, 473, 491.

930 BVerfGE 80, 367, 374; BVerfGE 109, 279, 319; BVerfGE 125, 175, 223; BVerfGE 132, 134, Rn. 64.

Zwiegespräches pauschal bei jeglichem konkreten Straftatenbezug zu nehmen, würde die verfassungsrechtliche garantierte Existenz des Menschen in sozialen Bezügen einseitig zugunsten des staatlichen Strafverfolgungsinteresses opfern. Anders ausgedrückt würde dieses Verständnis den Straftatvorbehalt als absolutes Ausschlusskriterium gegen die Zuordnung zum höchstpersönlichen Kernbereich verstehen und dem zugrunde legen, dass die Verfassung das Staatsverfolgungsinteresse stets höher gewichtet als das Recht des einzelnen in einem engen Kreis in sozialen Bezügen existieren zu dürfen. Ein solches generelles Überwiegen des staatlichen Sicherheitsinteresses gegenüber der aus Menschenwürdegarantie folgenden „Existenz in sozialen Bezügen“ ist der Verfassung jedoch nicht einmal im Ansatz zu entnehmen. Der Differenzierung in beichtende sowie nüchtern berichtende Gespräche oder Aufzeichnungen kann auch nicht das Argument etwaiger Zuordnungsprobleme entgegengehalten werden. Zum einen folgt aus dieser Differenzierung bereits eine Vereinfachung der bestehenden Zuordnungsproblematik. Bei sämtlichen Zwiegesprächen oder Tagebucheinträgen müsste lediglich der typusprägende Charakter bestimmt werden, wohingegen weder eine Abgrenzung zwischen „konkreten Anhaltspunkten für Straftaten“ und lediglich „mittelbaren Neigungen, die auf eine Straftat hindeuten“ noch eine schwammige Zuordnung zur Höchstpersönlichkeit vorgenommen werden müsste, da einer beichtenden Erzählung über Straftaten dieser Punkt stets immanent wäre. Zudem stellen die zu präferierenden Kriterien solche dar, die zum einen subjektiv geprägt sind, zum anderen aber auch objektivierbar sind, wodurch ein Gespräch oder eine Aufzeichnung – auch für einen psychologischen Laien – eindeutig zuzuordnen sein wird.

e) Zusammenfassung

Nach alledem ist die unterschiedliche Behandlung eines Selbstgesprächs im Vergleich zu Zwiegesprächen oder Tagebuchaufzeichnungen gerechtfertigt. Dadurch wird zum einen der absoluten Schutzwürdigkeit des Selbstgesprächs als Kopie der Gedanken Rechnung getragen und zum anderen anerkannt, dass Zwiegespräche aufgrund der Interaktion mit Dritten und Tagebuchaufzeichnungen aufgrund der Manifestation der Gedanken nicht auf der gleichen Ebene der Schutzwürdigkeit anzusiedeln sind und mithin nicht ausnahmslos dem Kernbereich zugeordnet werden können. Die Differenzierung zwischen beichtenden / reflektierenden und nüchtern berichtenden Zwiegesprächen und Tagebuchaufzeichnungen ge-

währleistet hingegen, dass der Kernbereich bei solchen hochpersönlichen Vorgängen nicht zur inhaltsleeren Hülle verkommt.

Für die Strafverfolgungsbehörden bedeutet dies, dass sofern es zu einem solchen (Beicht-)Gespräch kommen wird, die Beweiserhebung auch hinsichtlich eines Zwiegespräches unzulässig ist. Da es in den meisten Fällen an einer solchen Kenntnis fehlen wird, spricht im Sinne eines umfassenden Schutzes der Menschenwürde eine Vermutung dafür, dass alle Gespräche, die der Betroffene mit seinen engsten Vertrauten in der Wohnung führt zum Kernbereich privater Lebensgestaltung zu zählen sind.⁹³¹ In diesem Sinne müssen die Strafverfolgungsbehörde daher entsprechende konkrete Anhaltspunkte vorlegen, (beispielsweise durch die Kenntnis, dass die Familienbande zur Besprechung möglicher Straftaten zusammenkommt), um eine negative Kernbereichsprognose zu stellen und mithin eine rechtmäßige Beweiserhebung vornehmen zu können.⁹³² Die durch dieses Verständnis geschaffene Kernbereichsgarantie nimmt die dissentierenden Meinungen der Richterinnen Jaeger und Hohmann-Dennhardt im Rahmen des Urteils zum Großen Lauschangriff ernst, welche in ihrer abweichenden Meinung zum Urteil des ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts zutreffend formulierten: „*wenn aber selbst die persönliche Intimsphäre, manifestiert in den eigenen vier Wänden, kein Tabu mehr ist, vor dem das Sicherheitsbedürfnis Halt zu machen hat, stellt sich auch verfassungsrechtlich die Frage, ob das Menschenbild, das solche Vorgehensweise erzeugt, noch einer freiheitlich-rechtsstaatlichen Demokratie entspricht*“.⁹³³

3) Umgang mit Mischgesprächen

Mit der Auslegung des § 100d Abs. 4 S. 1 StPO⁹³⁴ geht ferner die überaus praxisrelevante Frage einher, wie zu verfahren ist, wenn die zu überwachenden Gesprächsinhalte mit hoher Wahrscheinlichkeit nur teilweise dem Kernbereich zuzuordnen sein werden (sog. Mischgespräche⁹³⁵). Die bis heute nicht abschließend geklärte Frage ringt vordergründig um das zutreffende Verständnis des § 100d Abs. 4 S. 1 StPO. Danach dürfen Maßnahmen nach § 100c StPO nur angeordnet werden, wenn tatsächliche

931 BVerfGE 109, 279, 319.

932 OLG Düsseldorf, StV 2008, 181; Löffelmann, ZIS 2006, 87, 91.

933 BVerfGE (abw. Meinung) 109, 279, 391.

934 Entspricht seinem Wortlaut nach dem § 100c Abs. 4 S. 1 StPO a.F.

935 Vgl. Wolter in: SK-StPO, § 100c StPO, Rn. 55 m.w.N.

Anhaltspunkte die Annahme rechtfertigen, dass durch die Überwachung Äußerungen, die dem Kernbereich privater Lebensgestaltung zuzurechnen sind, nicht erfasst werden. Da nach zutreffender Ansicht bereits bei zu erwartenden „beichtenden Zwiegesprächen“ keine negative Kernbereichsprognose gestellt werden kann, erlangt diese Frage besondere Bedeutung, wenn die Strafverfolgungsbehörden davon ausgehen dürfen, dass es zwar zu nüchternen Deliktsbesprechung kommt, diese aber beispielsweise mit der Besprechung einer Krankheit einhergeht oder mit anderen intimen Vorgängen zu rechnen ist.

a) Weites Verständnis

Der Vorschrift ein weites Verständnis zugrunde gelegt, soll die Anordnung einer Maßnahme auch dann zulässig, wenn neben kernbereichsrelevanten Äußerungen auch mit solchen zu rechnen ist, die nicht dem Kernbereich zuzurechnen sind. Bei zu erwartenden Mischgesprächen könnte daher im Ergebnis eine negative Kernbereichsprognose gestellt werden und die Maßnahme angeordnet werden.⁹³⁶ Mit diesem weiten Verständnis sympathisiert auch der BGH, der aufgrund der Erwartung, dass der Beschuldigte mit seiner Ehefrau über die Tat sprechen werde und zu erwarten war, dass dieses Gespräch nicht ausschließlich privaten Charakter, sondern auch Verdunklungshandlungen zum Gegenstand habe, von einer negativen Kernbereichsprognose ausging.⁹³⁷ Dass es der BGH für eine rechtmäßige Beweiserhebung als offensichtlich genügend erachtet, wenn zumindest auch Äußerungen mit entsprechendem Sozialbezug erfasst werden, wird umso deutlicher angesichts dessen, dass er trotz des Wissens, dass der Betroffene mit seiner Ehefrau auch seine außereheliche Affäre zum Tatopfer besprechen werde, kein Erhebungsverbot für notwendig erachtete.⁹³⁸

936 noch zum mit § 100d Abs. 4 S. 1 StPO inhaltsgleichen § 100c Abs. 4 S. 1 StPO a.F.: FS-Fezer/Rogall, S. 61, 81 ff.; Leutheusser-Schnarrenberger, ZRP 2005, 1, 2 f.; Zöller, StraFo 2008, 15, 22; bereits zu § 100d Abs. 4 S. 1 StPO: Eschelbach in: SSW-StPO, § 100d StPO, Rn. 15; Großmann, JA 2019, 241, 247; Bruns in: KK-StPO, § 100d StPO Rn. 6.

937 BGHSt 53, 294, Rn. 27.

938 BGHSt 53, 294, Rn. 44.

§ 5 Verwertbarkeit

b) Enges Verständnis

Die gegenteilige Auffassung will § 100d Abs. 4 S. 1 StPO derart verstanden wissen, dass auch bei zu erwartenden Mischgesprächen eine Überwachung unterbleiben muss.⁹³⁹ In diese Richtung tendierte auch das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung zum großen Lauschangriff, als es zu bedenken gab, dass es den verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht genüge, wenn die akustischen Wohnraumüberwachung nur in dem Fall unzulässig ist, in dem sämtliche Erkenntnisse einem Verwertungsverbot unterliegen.⁹⁴⁰ Sofern anzunehmen ist, dass auch zum Kernbereich gehörende Äußerungen aufgezeichnet werden, fehle es schlicht an den notwendigen gesetzlichen Voraussetzungen für eine negative Kernbereichsprognose.⁹⁴¹

c) Stellungnahme

Aus der vor dem 24.08.2017 geltenden Rechtslage, nach der die Telekommunikationsüberwachung gem. § 100a Abs. 4 S. 1 StPO a.F. lediglich dann unzulässig war, wenn *allein* Äußerungen aus dem Kernbereich zu erwarten waren, wurde gefolgert, dass der im Vergleich hierzu strengere § 100c Abs. 4 S. 1 StPO a.F. (mangels der Einschränkung auf allein kernbereichsrelevante Gespräche) auch bereits für Mischgespräche ein Abhörgebot beinhalten müsse.⁹⁴² Seit dem 24.08.2017 normiert § 100d Abs. 1 StPO nunmehr, dass alle Maßnahmen nach § 100a StPO bis § 100c StPO (erst) dann unzulässig seien, wenn *allein* (im Sinne von ausschließlich) Erkenntnisse aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung erlangt werden. Hieraus könnte zu schließen sein, dass es dem gesetzgeberischen Willen entspricht, sodann im umgekehrten Fall eines Mischgesprächs, das eben nicht ausschließlich kernbereichsrelevante Inhalte zum Gegenstand hat,

939 Insofern allesamt noch zum mit § 100d Abs. 4 S. 1 StPO inhaltsgleichen § 100c Abs. 4 S. 1 StPO a.F. *Klesczewski*, StV 2010, 458, 463; *Puschke/Singelnstein*, NJW 2008, 113, 114; FS-Böttcher/Roxin, S. 159, 170 f.; FS-Wolter/Roxin, 1057, 1068; FS-Küper/Wolter, S. 707, 718 f.; Walter in: Europäisierung des Rechts, S. 291, 295 f.; GS-Lisken/Denninger, 13, 19.

940 BVerfGE 109, 279, 330, zustimmend *Bergemann*, DuD 2007, 581, 584.

941 *Klesczewski*, StV 2010, 458, 463.

942 *Klesczewski*, StV 2010, 458, 463.

eine Beweiserhebung zuzulassen.⁹⁴³ Andererseits normiert der für die Wohnraumüberwachung speziellere § 100d Abs. 4 S. 1 StPO, der analog zum früheren § 100c Abs. 4 StPO a.F. ausgestaltet ist, wiederum, dass eine Wohnraumüberwachung nur angeordnet werden darf, soweit auf Grund tatsächlicher Anhaltspunkte anzunehmen ist, dass durch die Überwachung Äußerungen, die dem Kernbereich privater Lebensgestaltung zuzurechnen sind, nicht erfasst werden. Dies könnte wiederum derart zu interpretieren sein, dass mangels einer Beschränkung des Erhebungsverbots für den Fall ausschließlicher Kernbereichsbetroffenheit, ein solches bereits bei Mischgesprächen besteht. Die Neuregelung der Vorschriften zum Kernbereich haben daher nicht zu einer Klärung der Frage der zulässigen Überwachung von Mischgesprächen im Rahmen der Wohnraumüberwachung geführt, sondern diese Frage lediglich auf dem Papier von § 100c Abs. 4 StPO a.F. in § 100d Abs. 4 StPO verlagert. Die Aussagen des Bundesverfassungsgerichts aus dem BKAG Urteil werden jedoch in Richtung eines weiten Verständnisses des § 100d Abs. 4 StPO zu deuten sein. Hinsichtlich der mit § 100d Abs. 4 StPO im Kern inhaltsgleichen Formulierung aus § 20h Abs. 5 BKAG entschied das Gericht, dass der dadurch normierte Kernbereichsschutz auf der Erhebungsebene den verfassungsrechtlichen Notwendigkeiten genüge.⁹⁴⁴ Dabei stelle es eine verfassungsmäßige Anwendung der Norm dar, die Vermutung für den Kernbereich als widerlegt zu erachten, wenn Gespräche zwar mit „*höchstpersönlichen Inhalten durchsetzt sind*“ aber gleichwohl auch konkrete Anhaltspunkte über Straftaten enthalten.⁹⁴⁵ In Anbetracht des hier vorgeschlagenen weiteren unabwägbaren Einzugsbereich des Kernbereichs, der auch beichtende Zwiegespräche oder Tagebucheinträge umfasst, erscheint es angemessen, solche Mischgespräche, die nüchtern berichtend, konkrete Anhaltspunkte zu Straftaten wiedergeben, auch dann überwachen zu dürfen, wenn diese Gespräche auch durch Höchstpersönliches flankiert werden. Insbesondere wäre die Wohnraumüberwachung ansonsten praktisch wertlos, da es kaum strafatenbezogene Gespräche geben wird, die ausschließlich Straftaten zum Inhalt haben.⁹⁴⁶ Würde zwischen den Gesprächsbeteiligten ein enges Vertrauens-

943 Insofern bereits kritisch hinsichtlich der in § 100a Abs. 4 StPO a.F. enthaltenen Regelung von der Betroffenheit des Kernbereichs im Gesamten nur bei ausschließlicher Kernbereichsbetroffenheit anzunehmen, *Roggan*, StV 2011, 762, 764; *Kleib*, Die strafprozessuale Überwachung der Telekommunikation, S. 245; *Nöding*, StraFo 2007, 456, 458.

944 BverfGE 141, 220, Rn. 202.

945 BverfGE 141, 220, Rn. 198.

946 Vgl. *Zöller*, StraFo 2008, 15, 22.

verhältnis bestehen, könnte beinahe nie ausgeschlossen werden, dass auch über höchstpersönliches gesprochen wird. Die Maßnahme könnte dann nie im Bereich engster Vertrauensverhältnisse angeordnet werden, was dem Zweck der Maßnahme zuwiderliefe und eine effektive Strafverfolgung einseitig beschneiden würde.

4) Nachgelagerter Kernbereichsschutz

Eine den Kernbereich ebenfalls bereits auf Erhebungsebene schützende Funktion fällt der Unterbrechungspflicht gem. § 100d Abs. 4 S. 2 StPO zu. Wurde eine Maßnahme aufgrund einer negativen Kernbereichsprognose angeordnet, kommt es sodann aber im Rahmen der Überwachung zu Äußerungen, die dem Kernbereich angehören, ist die Überwachung zu unterbrechen. Sofern während einer Echtzeit-Überwachung eine Zuordnung zum Kernbereich nicht zweifelsfrei möglich erscheint, ist die Überwachung in Form einer automatisierten Aufzeichnung fortzuführen.⁹⁴⁷ Durch das Fortführen der Maßnahme in Form einer automatisierten Aufzeichnung wird gleichfalls einem Hauptproblem der Echtzeit-Überwachung abgeholfen. Im Rahmen der Echtzeit-Überwachung müsste der mithörende Beamte in Sekunden entscheiden, ob eine Maßnahme dem streng geschützten Kernbereich zuzuordnen ist. Eine solche ad hoc Beurteilung wird diesen nicht selten vor erhebliche Schwierigkeiten stellen.⁹⁴⁸ Erschwernisse stellen dabei fremde Sprachen, die Benutzung von Geheimcodes, Hintergrundrauschen oder Verbindungsproblemen dar, die das Gesprochene ohne technische Aufbereitung kaum unmittelbar verständlich verstehen lassen. Hinzu kommt, dass selbst bei klar zu vernehmenden Gesprächen die Zuordnung einer Stimme beim Mithören in Echtzeit nicht immer möglich ist, was eine Einschätzung der zwischen den Gesprächspartner bestehenden persönlichen Beziehungen erschwert.⁹⁴⁹

Eine fälschlicherweise vorgenommene Unterbrechung der Aufzeichnung könnte bedeuten, dass der entscheidende Tathinweis nicht aufge-

947 BverfGE 141, 220, Rn. 199, a.A.: *Rottmeier*, Kernbereich privater Lebensgestaltung und strafprozessuale Lauschangriffe, S. 167; zurückhaltender, gar mit der Tendenz sodann gänzlich auf die Wohnraumüberwachung zu verzichten noch BverfGE 109, 279, 324; BVerfG, NJW 2007, 2753, 2757.

948 *Büddorf*, Kriminalistik 2015, 204, 206; *Brocke/Zartmann*, DriZ 2005, 108, 109, *Kötter*, DÖV 2005, 225, 230.

949 BverfGE 129, 208, 248; BverfGE 120, 274, 338; *Käß*, BayVBl 2008, 225, 232; *Haas*, NJW 2004, 3082, 3083.

zeichnet wird. Würde eine Live-Überwachung wiederum falschlicherweise fortgesetzt, obwohl kernbereichsspezifische Inhalte thematisiert werden, würde es zu einer Kenntnisnahme dieser Informationen unmittelbar durch die Ermittlungsbeamten kommen. Unter diesen Aspekten erscheint mittels der automatisierten Aufzeichnung sowohl dem Interesse der Strafverfolgung, einer möglichst umfassenden Aufzeichnung sämtlicher verwertbarer Informationen als auch dem Interesse des Beschuldigten, eine Kenntnisnahme kernbereichszugehöriger Informationen durch die Ermittlungsbeamten zu verhindern, gedient. Bei der automatisierten Überwachung, die sämtliche Gespräche im gewünschten Zeitraum ununterbrochen aufzeichnet, kommt es schließlich erst auf Ebene der Verwertbarkeit zur Kontrolle und zur Löschung kernbereichsspezifischer Informationen. Eine staatliche Kenntnisnahme der aufgezeichneten Informationen ist dann unumgänglich, wird allerdings wenigstens nicht – wie im Falle der Echtzeit-Überwachung – durch den eingesetzten Ermittlungsbeamten, sondern durch eine externe Kontrollbehörde vorgenommen. Ist ein effektiver Kernbereichsschutz damit einmal nicht bereits auf Erhebungsebene gewährleistet, muss durch einen nachgelagerten Kernbereichsschutz sichergestellt werden, dass mögliche kernbereichsrelevante Informationen vor der Kenntnisnahme der aufgezeichneten Informationen durch die Strafverfolgungsbehörden herausgefiltert werden.⁹⁵⁰

a) Umfang nachgelagerter Kontrollen

Im Detail unterscheidet sich der Umfang nachgelagerter Kontrollen je nach angeordneter Überwachungsmethode, der Art deren Durchführung und der damit typischerweise einhergehenden Gefahr kernbereichsrelevante Inhalte aufzugreifen.⁹⁵¹ Hinsichtlich der Durchführungsart kann jede heimliche Überwachungsmethode im Wege einer Echtzeit-Überwachung oder als automatisierte Überwachung erfolgen. Die Echtzeit-Überwachung stellt dabei die flexiblere Überwachungsmethode dar, da sie die Möglichkeit beinhaltet, die Aufzeichnung zu unterbrechen, wenn während der Überwachung kernbereichsrelevante Informationen hervortreten. Daher wird sie gerade dann zum Einsatz kommen, wenn die Eigenart der Überwachung die Erhebung kernbereichsspezifischer Daten kaum ausschließen kann und daher ein menschliches Eingreifen öfters von Nö-

950 BverfGE 141, 220, Rn. 128 f., 220 ff.

951 BverfGE 141, 220, Rn. 129.

ten sein wird.⁹⁵² Dies macht die Echtzeit-Überwachung zur grundsätzlich eingriffsmilderen Maßnahme, da eindeutig kernbereichsrelevante Inhalte von vornherein nicht aufgezeichnet werden.⁹⁵³ Ferner beeinflussen die Charakteristika der angeordneten Maßnahme die Notwendigkeit einer nachgeordneten Verwertbarkeitskontrolle. Wenn beispielsweise eine Maßnahme wie die Telekommunikationsüberwachung vorliegt, die in ihrem Gesamtcharakter nicht in gleicher Weise wie die Wohnraumüberwachung oder auch die Online-Durchsuchung durch ein Eindringen in die Privatsphäre geprägt ist, wird sich eine Sichtung durch eine unabhängige Stelle auf Zweifelsfälle beschränken können.⁹⁵⁴ Bei der Wohnraumüberwachung hingegen muss eine vollständige Vorlage der erlangten Informationen – gleich ob diesen eine automatisierte Überwachung oder eine solche in Echtzeit zugrunde lag – an eine externe Stelle erfolgen.⁹⁵⁵ Eine Beschränkung auf Zweifelsfälle genügt aufgrund der größeren Kernbereichsnähe einer Wohnraumüberwachung nicht.⁹⁵⁶

Die generelle Verwertbarkeitskontrolle solcher Informationen, die durch eine Wohnraumüberwachung gewonnen wurden, wird als zu eng und Verkomplizierung der Effektivität dieser Maßnahme, kritisiert.⁹⁵⁷ Diese Kritik muss allerdings im Lichte der dem Urteil zugrunde liegenden Thematik betrachtet werden. Angesichts der Aufgabe des BKAG in Form der Gefahrenabwehr wird oftmals eine unverzügliche Reaktion auf neue Erkenntnisse erforderlich sein, wobei diesem Ziel ein weiterer Prüfungsschritt tatsächlich in gewisser Weise entgegenstehen könnte.⁹⁵⁸ Bei der Verfolgung repressiver Zwecke anhand der StPO kann die durch einen weiteren Kontrollschritt entstehende Verkomplizierung durch die damit einhergehende möglichst umfassende Wahrung der Grundrechte des Betroffenen, dagegen legitimiert werden. Schließlich ist der Strafverfolgung – im Unterschied zur Gefahrenabwehr – ein dringliches und sofortiges Handeln gerade nicht immanent.

952 BT-Drs. 15/4533, S. 15; BverfGE 109, 279, 324.

953 Rottmeier, Kernbereich privater Lebensgestaltung und strafprozessuale Lauschangriffe, S. 167.

954 BverfGE 141, 220, Rn. 238, 241.

955 BverfGE 141, 220, Rn. 204.

956 BverfGE 109, 279, 334; BVerfG, BverfGE 141, 220, Rn. 244 f.

957 BverfGE 141, 220, 370 f. (abw. Meinung *Schluckebier*).

958 BverfGE 141, 220, 370 (abw. Meinung *Schluckebier*); die Herausfilterung kernbereichsrelevanter Informationen durch eine unabhängige Behörde als „lebensfremd“ und in jedem Falle als erhebliche Verzögerung der Vorgänge bezeichnend, Wiemers, NVwZ 2016, 839, 841.

b) Zusammenspiel der praktischen Möglichkeiten zum Schutz des Kernbereichs

Insgesamt besteht zwischen der Verpflichtung zur nachgelagerten Kontrolle und der Kontrolle bereits auf Erhebungsebene eine Art Wechselwirkung. Wird zum einen die Prognose hinsichtlich der Kernbereichsbetroffenheit auf der Erhebungsstufe bereits sehr eng verstanden, werden Zweifelsfälle weitgehend ausgeschlossen sein. Generell gilt, dass eine Prüfung durch eine unabhängige Stelle umso eher unterbleiben kann, je zuverlässiger bereits im Rahmen der Beweiserhebung die Erfassung kernbereichsrelevanter Sachverhalte vermieden wird.⁹⁵⁹ Ist ein verlässlicher Stopp der Überwachung auf Erhebungsebene dabei aufgrund einer automatisierten Überwachung nicht möglich, könnte und müsse der verfassungsrechtliche garantierte Kernbereichsschutz auf die Auswertungsebene verlagert werden.⁹⁶⁰ Aus der Entscheidung des Bundesverfassungsgericht zum BKAG wird dabei teilweise gefolgt, dass die Rechtsprechung dazu über gehen könnte, dem Kernbereichsschutz zukünftig allgemein vermehrt durch nachgelagerte Verwertbarkeitskontrollen Rechnung zu tragen und Eingriffe auf der Erhebungsebene zunächst zu tolerieren.⁹⁶¹ Ob sich dies tatsächlich bewahrheiten wird bleibt abzuwarten, schließlich gab das Gericht im selben Urteil ebenso zu bedenken, dass der Staat selbst bei überragenden Interessen der Allgemeinheit nicht in den aus Art. 1 Abs. 1 GG abgeleiteten absolut geschützten Bereich privater Lebensgestaltung eingreifen dürfe.⁹⁶² Zu einer Beeinträchtigung des Kernbereichs würde es bei einer automatisiert ablaufenden Überwachung mangels Stoppmöglichkeiten allerdings unweigerlich kommen. Aus dem Umstand, dass beim Zugriff auf informationstechnische Systeme, beispielsweise im Rahmen einer Online-Durchsuchung, die automatisierte Überwachung als gängige Methode anerkannt ist,⁹⁶³ darf ferner nicht geschlossen werden, dass das Gericht diese Vorgehensweise zukünftig auch für die Wohnraumüberwachung als gangbaren Weg erachten wird. Dass das Bundesverfassungsgericht im Rahmen der Online-Durchsuchung den Kernbereichsschutz auf Erhebungsebene etwas zurücknimmt, ist vielmehr dem spezifischen Charakter des

959 BverfGE 141, 220, Rn. 129, 241.

960 Hoffmann-Riem, JZ 2008, 1009, 1021; Dammann, Der Kernbereich der privaten Lebensgestaltung, S. 42.

961 Dürr, JA 2019, 432, 436.

962 BverfGE 141, 220, Rn. 120.

963 BverfGE 120, 274, 337; BverfGE 141, 220, Rn. 218.

Zugriffs auf informationstechnische Systeme geschuldet. Zum einen zielt der Kernbereichsschutz bei der Online-Durchsuchung im Unterschied zur Wohnraumüberwachung nicht vordergründig auf die Verhinderung des Aufzeichnens eines nur flüchtigen, höchstvertraulichen Moments ab, sondern soll verhindern, dass höchstvertrauliche Informationen aus einem ohnehin nur digital vorliegenden Datenbestand herausgelesen werden.⁹⁶⁴ Zum anderen bringt der erforderliche Zugriff mittels eines Ausforschungsprogramms mit sich, dass auf Erhebungsebene lediglich ein vollständiger Datenzugriff oder überhaupt kein Datenzugriff möglich ist.⁹⁶⁵ Dadurch wird offensichtlich, dass die schnell fortschreitende technologische Entwicklung und bestimmte daran anknüpfende automatisierte und vorprogrammierte Ermittlungseingriffe den neu gefassten § 100d StPO zunehmend leerlaufen lassen. Diesem Umstand könnte nur dadurch abgeholfen werden, wenn es möglich wäre, auch bei automatisierten Überwachungen zu verhindern, dass Erkenntnisse aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung gewonnen werden. Doch ist es technisch nach heutigen Stand kaum umsetzbar, die Spähsoftware derart einzuschränken, dass solche Daten nicht erhoben werden.⁹⁶⁶ Zwar gilt der Schutz des Kernbereichs formal selbstredend gerade dann, wenn mit wachsenden Überwachungsmöglichkeiten, der Kernbereich bei Ermittlungen auf informationstechnische Systeme zunehmend gefährdet wird.⁹⁶⁷ Praktisch zeichnet sich hierbei aufgrund der eingeschränkten technischen Möglichkeiten jedoch ein anderes Bild, sodass regelmäßig lediglich die nachträgliche Kernbereichskontrolle und damit die nachträgliche Möglichkeit bleibt, festzulegen was noch und was nicht zum Kernbereich gehört. Hinzu kommt, dass, selbst bei einer unterstellten technischen Einschränkbarkeit der Spähsoftware, weder die Kriterien normiert wurden, anhand derer eine Einschränkung der Spähsoftware vorgenommen werden könnte, noch – wie bereits gesehen – der Versuch unternommen wurde, die vagen Definitionsansätze des Kernbereichs weiter zu konkretisieren.⁹⁶⁸

964 BverfGE 141, 220, Rn. 218.

965 BverfGE 141, 220, Rn. 218; vgl. auch Gless, StV 2018, 671, 676.

966 Gless, StV 2018, 71, 675.

967 BverfGE 120, 378, 429.

968 Gless, StV 2018, 71, 675; vgl. § 5, A), I), 1), c).

c) Stellungnahme

Generell bleibt die dem nachgelagerten Kernbereichsschutz zugrunde liegende automatisierte Überwachung daher kritisch zu betrachten und muss auf das absolut notwendige Minimum begrenzt bleiben. Schließlich muss bei einer erstmal erfolgten staatlichen Kenntnisnahme kernbereichsrelevanter Informationen – sei es auch durch eine externe Behörde – stets die Gefahr eines Missbrauchs dieser Informationen, im Gefühl effektiver Strafverfolgung einen Straftäter seiner Strafe zuzuführen, bedacht werden. Hinzu kommt, dass der Mensch solche Informationen, die er einmal gehört oder gelesen hat, nicht einfach aus seinem Gedächtnis streichen kann. Gerade wenn (erhebliche) Straftaten im Raum stehen, wäre es letztlich wohl gar verständlich, wenngleich rechtswidrig, wenn diese Informationen unterbewusst Eingang in das Handeln der entsprechenden Personen finden würden.⁹⁶⁹

Priorisiert werden sollte daher stets, sofern (technisch) umsetzbar, die Durchführung einer Live-Überwachung, mit der Möglichkeit der Unterbrechung, sodass entsprechende Informationen von vornherein nicht vernommen werden. Anzuregen ist in solchen Fällen ebenso eine nachgeordnete Durchsicht der Daten dahingehend vorzunehmen, ob die Behörden im Rahmen der Live-Überwachung sorgfältig gearbeitet haben und der Kernbereichsschutz umfassend gewährleistet wurde.⁹⁷⁰ Vor dem Hintergrund der grundrechtsintensiven Wohnraumüberwachung kann dies nicht an Kapazitätsgründen scheitern, zumal es Aufgabe des Staates ist, ein die Grundrechte des Betroffenen wahrenes Ermittlungsverfahren zu garantieren.⁹⁷¹ Vor dem Hintergrund der vergleichsweise geringen Anzahl an angeordneten Wohnraumüberwachung erscheint die daraus resultierende Mehrbelastung auch vertretbar.⁹⁷² Angesichts der Prognoseunsicherheiten, unter denen Strafverfolgungsbehörden arbeiten, kann zwar nicht jedes unbeabsichtigte Eindringen in den Kernbereich auf Erhebungsebene ausgeschlossen und daher auch nicht jede tatsächliche Erfassung von höchstpersönlichen Informationen einen Verfassungsverstoß begründen.⁹⁷³ Den-

969 Vgl. m.w.N. Löffelmann, JR 2009, 10, Fn. 3; Geipel, Handbuch der Beweiswürdigung, § 25, Rn. 55.

970 So auch Dürr, JA 2019, 432, 437.

971 Vgl. Roggan, StV 2011, 762, 764 wonach letztlich bloße fiskalische Belange über kein überragendes verfassungsrechtliches Gewicht verfügen.

972 Büddorf, Kriministik 2015, 204, 206.

973 BVerfGE 141, 220, 278, vgl. dazu auch Rottmeier, Kernbereich privater Lebensgestaltung und strafprozessuale Lauschangriffe, S. 245, der vorschlägt angesichts

§ 5 Verwertbarkeit

noch würde es den durch das Bundesverfassungsgericht aufgestellten Maßstäben zum Schutz Kernbereiches nicht genügen, einen staatlichen Eingriff in den Kernbereich auf Erhebungsebene, unabhängig bestehender Möglichkeiten dieses Risiko zu minimieren, zunächst stets hinzunehmen und sodann erst auf Verwertungsebene durch die Datenlöschung final zu „korrigieren“.

5) Der Kernbereichsschutz bei übrigen Maßnahmen

Naturgemäß kommt dem Kernbereichsschutz bei der Wohnraumüberwachung als grundrechtsintensivster Überwachungsmethode die größte Relevanz zu. Dies macht einen entsprechenden Kernbereichsschutz bei anderen Ermittlungsmaßnahmen allerdings nicht entbehrlich. Bereits § 100d Abs. 1 StPO erklärt neben § 100c StPO auch Maßnahmen nach § 100a und § 100b StPO bei einer zu erwartenden Betroffenheit des Kernbereichs für unzulässig. Im Unterschied zur Wohnraumüberwachung wird der Kernbereichsschutz wie bereits angedeutet bei der Online-Durchsuchung, sofern keine Live-Online-Überwachung stattfindet, primär auf Verwertungsebene verwirklicht.⁹⁷⁴ Dies liegt darin begründet, dass bei der Durchführung einer Online-Durchsuchung in der Regel kaum vorhersehbar ist, welchen Inhalt die erhobenen Daten haben werden.⁹⁷⁵ Eine Kernbereichsprognose anhand der Indikatoren, die das Bundesverfassungsgericht im Rahmen der Wohnraumüberwachung aufgestellt hat, ist lediglich auf den Fall einer Live-Online-Überwachung übertragbar; nicht jedoch auf die offline Durchsuchung der sich auf der Festplatte des Computers befindlichen Daten. Diese werden daher automatisiert erhoben und anschließend auf Verwertungsebene auf eine Kernbereichsbetroffenheit untersucht.

Durch den Gesetzgeber geklärt wurde die bis in das Jahr 2019 offene Frage eines Kernbereichsschutz im Rahmen des § 100f StPO. Seit dem 26.11.2019 verweist § 100f Abs. 4 StPO auf die kernbereichsschützenden

dieses auch im Rahmen einer Live-Überwachung teilweise unvermeidlichen Umstandes, nicht mehr von einem „absolut geschützten Kernbereich privater Lebensführung“, sondern stattdessen von der „absolut geschützten Achtung des Kernbereichs der privater Lebensgestaltung“ zu sprechen.

⁹⁷⁴ BverfGE 120, 274, 337 f.; Schmidt-Bleibtreu/*Hofmann*, Art. 2 GG, Rn. 39.

⁹⁷⁵ BverfGE 120, 274, 337 f.

Vorschriften des 100d Abs. 1 und 2 StPO.⁹⁷⁶ Vorausgegangen war dem die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum BKA-Gesetz, in welcher das Gericht für den § 20g BKAG – das Pendant zum repressiven § 100f StPO – explizit forderte, dass zur Verfassungsmäßigkeit einer solchen Vorschrift, diese auch Regelungen zum Kernbereichsschutz enthalten müsse.⁹⁷⁷ Auch außerhalb von Wohnungen sind Überwachungsmaßnahmen möglich, die typischerweise tief in die Privatsphäre eindringen.⁹⁷⁸

Während der Kernbereichsschutz für die verdeckten Ermittlungsmaßnahmen der §§ 100a, 100b, 100c sowie § 100f StPO gesetzlich kodifiziert ist und mit Ausnahme der automatisiert ablaufenden Online-Durchsuchung bereits auf Erhebungsebene zum Tragen kommt, stellt sich die Frage, wie der Kernbereichsschutz bei den offenen Ermittlungsbefugnissen verwirklicht wird. Obwohl auch durch offene Ermittlungsmaßnahmen entdeckte Beweismittel eine Kernbereichsrelevanz aufweisen können, finden sich für die Durchsuchung oder die Beschlagnahme keine entsprechenden Regelungen.⁹⁷⁹ Dies bedeutet gleichfalls nicht, dass der Kernbereichsschutz bei solchen Maßnahmen keine Bedeutung zukommt. Da offene Maßnahmen in der Regel mit einem weniger intensiven Eingriff in die Grundrechte des Betroffenen einhergehen und in der Regel keine Kernbereichsrelevanz aufweisen, genügt es den Kernbereichsschutz auf Verwertbarkeitsebene – beispielsweise im Falle eines beschlagnahmten Tagebuchs – zu berücksichtigen.

6) Übertragung der Maßstäbe auf die Nutzung eines Smart Speaker zur Strafverfolgung

Zu klären ist, wie die über das Endgerät des Sprachassistenten generierte Informationen im Hinblick auf eine etwaige Kernbereichsrelevanz bzw.

976 Im Zuge des Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680 im Strafverfahren sowie zur Anpassung datenschutzrechtlicher Bestimmungen an die Verordnung (EU) 2016/679.

977 BverfGE 141, 220, Rn. 175; bereits vor dieser Entscheidung diesfordernd *Bergemann*, DuD 2007, 581, 583, *Reiß*, StV 2008, 539, 542; *Paa*, Der Zugriff der Strafverfolgungsbehörden auf das Private, S. 188, *Bode*, Verdeckte strafprozessuale Ermittlungsmaßnahmen, S. 382.

978 BverfGE 141, 220, Rn. 176; *Paa*, Der Zugriff der Strafverfolgungsbehörden auf das Private, S. 188.

979 *Kretschmer*, HRRS 2010, 551, 557; *Zöller*, StraFo 2008, 15, 22; *Warg*, NStZ 2012, 237, 238 f.

§ 5 Verwertbarkeit

im Vorfeld der Maßnahme zu stellende negative Kernbereichsprognose einzuordnen sind.

a) Überwachung mündlicher Informationsabfragen während aktiver Nutzung des Smart Speaker

Zu denken ist dabei an den Fall, in dem eine aktive und bewusste Informationsabfrage an den Sprachassistenten § 100b StPO im Rahmen einer Live-Online-Überwachung oder im Zuge einer Maßnahme nach § 100c StPO aufgezeichnet wird. Handelt es sich bei der Informationsabfrage um eine Art Selbstgespräch, sodass die Erhebung und anschließende Verwertbarkeit gänzlich ausgeschlossen wäre oder sind die Maßstäbe, die auf Zwiegespräche und Tagebucheinträge Anwendung finden auch hier in Ansatz zu bringen, sodass die Erhebung einer Informationsabfrage nicht generell unterbleiben muss bzw. zu stoppen ist.

Das Surfen im Internet – das letztlich auch der Nutzung eines Sprachassistenten zugrunde liegt – und dessen Überwachung durch die Strafverfolgungsbehörden war erstmals Gegenstand der höchstrichterlichen im Rahmen einer BGH-Entscheidung, die sich mit Überwachung eines Terrorverdächtigen aus dem möglichen Umfeld von Al-Quaida beschäftigte.⁹⁸⁰ Der Beschluss lässt jedoch eine tiefergehende Auseinandersetzung mit der verfassungsrechtlichen und strafprozessualen Bewertung des Surfverhaltens vermissen.⁹⁸¹ Der zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts äußerte sich schließlich in der „Surfen im Internet“ Entscheidung⁹⁸² im Jahr 2016 zu der Frage, inwieweit der Kernbereichsschutz einer Überwachung des Surfverhaltens im Internet nach § 100a StPO entgegenstehen könnte. Dabei gab es zwar zu, dass sich bei der Überwachung aufgerufener HTML-Seiten „ein quantitatives Mehr“ an überwachter Kommunikation als bei der Telefonüberwachung ergebe.⁹⁸³ Dieser Masse stehe dennoch der lediglich „fragmentarische Inhalt“ der einzelnen Informationsrecherche gegenüber.⁹⁸⁴ Dabei geht das Bundesverfassungsgericht davon aus, dass die Strafverfol-

980 BGH, NStZ-RR 2011, 148.

981 Albrecht/Braun, HRRS 2013, 500, 502.

982 BVerfG, Beschluss vom 06. Juli 2016 – 2 BvR 1454/13 = teilweise in NJW 2016, 3508 ff.

983 BVerfG, Beschluss vom 06. Juli 2016 – 2 BvR 1454/13 -, Rn. 47 = teilweise in NJW 2016, 3508 ff.

984 BVerfG, Beschluss vom 06. Juli 2016 – 2 BvR 1454/13 -, Rn. 47 = teilweise in NJW 2016, 3508 ff.

gungsbehörden bei einer Überwachung des Surfverhaltens lediglich sehr kurze Einzelakte zur Kenntnis nehmen können, da gerade beim Surfen im Internet lediglich eine oberflächliche Kommunikation stattfinde.⁹⁸⁵ Ohnehin betreffe der Aufruf einer einzelnen Web-Seite häufig überhaupt nicht den Kernbereich der Persönlichkeit.⁹⁸⁶ Das Gericht kommt daher zu dem Schluss, dass Akte der höchstvertraulichen Lebensführung letztlich nur einen kleinen Teil des Surfverhaltens darstellen. Selbst wenn dieser kleine Teil bei der Überwachung erfasst werden könnte, sei er nicht – wie die Überwachung des Rückzugsbereichs der Wohnung – „typusprägend“ für die Persönlichkeit des Betroffenen.⁹⁸⁷ Diese im Kontext des § 100a StPO getroffene Entscheidung verdeutlicht, dass das Gericht beim bloßen Surfen und der damit verbundenen Informationsabfrage keine Veranlassung sah, diesem Verhalten den besonderen Kernbereichsschutz zuzusprechen.⁹⁸⁸ Wenngleich sich die einschlägige Ermächtigungsgrundlage für eine Überwachung eines Sprachassistenten vom in der zitierten Entscheidung maßgeblichen § 100a StPO unterscheidet, so handelt es sich bei dem Zugriff auf eine konkrete Informationsabfrage, dennoch um eine mit der Überwachung des Surfverhaltens nach § 100a StPO inhaltlich vergleichbaren Sachverhalt. Für den Inhalt und damit die strafprozessuale Bedeutung der getätigten Informationsabfrage macht es keinen Unterschied, ob diese analog über eine Computertastatur oder auditiv über einen Sprachassistenten erfolgt.

Der erste Senat des BVerfG stellt dagegen in der Entscheidung zum BKA-Gesetz klar, dass die Telekommunikationsüberwachung gemessen an ihrem Gesamtcharakter nicht in gleicher Weise in die Privatsphäre eindringt, wie dies bei der Wohnraumüberwachung oder auch der Online-Durchsuchung der Fall ist.⁹⁸⁹ Typischerweise sei der Teil der höchstpersönlichen Kommunikation lediglich ein kleiner Teil des Verhaltens, das bei der Telekommunikationsüberwachung miterfasst zu werden droht.⁹⁹⁰ Allerdings ließ sich das Gericht dabei von der Grundvorstellung leiten, dass sich die Telekommunikationsüberwachung in der Regel auf einzelne

985 BVerfG, Beschluss vom 06. Juli 2016 – 2 BvR 1454/13 -, Rn. 47 = teilweise in NJW 2016, 3508 ff.

986 BVerfG, Beschluss vom 06. Juli 2016 – 2 BvR 1454/13 -, Rn. 47 = teilweise in NJW 2016, 3508 ff.

987 BVerfG, Beschluss vom 06. Juli 2016 – 2 BvR 1454/13 -, Rn. 47 = teilweise in NJW 2016, 3508 ff.

988 Zustimmend Bär, ZD 2017, 132, 137.

989 BVerfGE 141, 220, Rn. 238.

990 BVerfGE 141, 220, Rn. 238.

Akte unmittelbarer Kommunikation bezieht und nicht wie beispielsweise eine Online-Durchsuchung, das Nach- oder Mitverfolgen der Aktivitäten im Internet über einen längeren Zeitraum ermöglicht und so auf geheime Schwächen oder Neigungen schließen lässt.⁹⁹¹ Durch die Überwachung der Nutzung eines Sprachassistenten wird jedoch gerade das Nachverfolgen der Bewegungen im Internet ermöglicht. Den Maßstab des ersten Senats zugrunde gelegt, könnte daher zu schlussfolgern sein, dass die Eingriffsintensität des Nachverfolgens des Surfverhaltens der einer Online-Durchsuchung durchaus gleichkommt. Die Online-Durchsuchung wiederum ist ihrem Gesamtcharakter nach aber durch ein erhebliches Eindringen in die Privatsphäre geprägt. Daher könnte anzunehmen sein, dass der erste Senat im Unterschied zum zweiten Senat bei der Überwachung des Surfens im Internet, insbesondere aufgrund der Möglichkeit infolge einer systematischen Auswertung des Surfverhaltens und der daran anknüpfenden Möglichkeit im Rahmen einer Gesamtschau ein Persönlichkeitsprofil zu erstellen, diesem Vorgang die Kernbereichsrelevanz nicht abgesprochen hätte.

Der Karlsruher Einschätzung im Rahmen der „Surfen im Internet“ Entscheidung ist jedenfalls zu entgegen, dass diese in ihrer Pauschalität der Sensibilität der Internetnutzung vieler Menschen nicht gerecht wird.⁹⁹² Die Bandbreite und Intensität der Internetnutzung umfasst heute Themengebiete aller Lebensbereiche. Von persönlichen Neigungen über Fragen der Gesundheit bis hin zur bloßen Unterhaltung dient die Nutzung des Internet all diesen Bedürfnissen. Aufgrund der scheinbaren Anonymität und Abgeschiedenheit wird der Betroffene über das Internet Antworten auf Bedürfnisse suchen, denen nachzugehen er sich ansonsten scheut. Im Unterschied zu einem Zwiegespräch vor Ort, via Telefon, E-Mail oder per Chat, gibt der Betroffene bei der Nutzung eines Sprachassistenten gerade nicht bewusst und freiwillig Wissen gegenüber einem Dritten preis. Er ist damit nicht bereit, sich des Schutzes der Privatsphäre zu ergeben. Hinzu kommt, dass der sich des Internets bedienende Nutzer keineswegs seine Daten dem Zugriff anderer preisgeben will. Im Gegenteil versucht sich der Nutzer vor „Hacker“-Angriffen durch die Installation diverser Firewalls zu schützen.⁹⁹³ Mit der Nutzung des Internets wird daher stets ein persönlicher Geheimhaltungswille einhergehen. Aus diesen Umständen wird teilweise gefolgert, dass die fehlende Interaktion mit Dritten die Informa-

991 BverfGE 141, 220, Rn. 238.

992 *Hieramente*, HRRS 2016, 448, 451.

993 *Kutsch*, NJW 2007, 1169, 1170.

tionsabfrage gar näher in Verbindung zu einem Selbstgespräch oder Tagebucheintrag als einem Zwiesgespräch bringe.⁹⁹⁴ In jedem Fall erscheint es die Realität der Internetnutzung nicht sachgerecht widerzuspiegeln, wenn die hierdurch hinterlassenen Spuren unproblematisch keine Kernbereichsrelevanz aufweisen sollen. Gleichsam muss beachtet werden, dass einer strikten Übernahme der zu den Selbstgesprächen ergangenen Rechtsprechung entgegensteht, dass sich bereits der durchschnittliche Internetnutzer darüber im Klaren sein muss, dass er bei dessen Nutzung Spuren hinterlässt. Sowie bereits bei der Vornahme eines klassischen Telefongesprächs bedacht werden musste, dass womöglich Dritte mithören,⁹⁹⁵ so steigt auch bei der Nutzung eines Sprachassistenten über das Internet das Bewusstsein der Bevölkerung, dass möglicherweise Dritte ihre Aussagen mithören könnten. Hinzu kommt, dass die Speicherung der Audiodateien in der Cloud des Dienstleistungsanbieters zu einer Manifestation dieser Daten führt, die so lange bestehen bleibt, bis sich der Betroffene zur Löschung seiner Aufzeichnungen aus der Cloud entscheidet. In der Konsequenz kann eine Informationsabfrage daher kaum die gleiche Stufe der Schutzwürdigkeit wie ein tatsächliches Selbstgespräch erreichen.⁹⁹⁶ In Kenntnis des Hinterlassens von Spuren und der damit einhergehenden Manifestation der vollzogenen Abfragen kann eine mündliche Informationsabfrage nicht mit der Vornahme eines Selbstgesprächs verglichen werden. Zwar wird der Betroffene die Handlung in der Annahme der Vertraulichkeit vornehmen, wohingegen ihm aber gleichwohl bewusst sein muss, dass seine Informationsabfragen konserviert werden. Die vielzitierte Flüchtigkeit des gesprochenen Wortes kommt einer solchen Informationsabfrage daher gerade nicht zu. Es handelt sich bei der Informationsabfrage über einen Sprachassistenten daher nicht generell um ein ohne Rücksicht auf die Gegebenheiten des Einzelfalls der Beweiserhebung grundlegend entzogenes Selbstgespräch. Im Unterschied zum Verfassen eines Tagebuchs wiederum wird es sich im Falle der Informationsbeschaffung oder Befehlausführung mittels des Sprachassistenten in der Regel nicht um ein „Diktat des Gewissens“⁹⁹⁷ handeln. Vielmehr wird der Nutzer den Sprachassistenten auffordern, ihm Informationen zu bestimmten Themengebieten zu übermitteln. Auch wenn diese Aufforderung ihren Ursprung im Inneren

994 *Hieramente*, HRSS 2016, 448, 451.

995 Hirsch in: Zwiehoff, Der große Lauschangriff, XII.

996 *Hieramente*, StraFo 2013, 96, 101.

997 Amelung, NJW 1990, 1753, 1759.

§ 5 Verwertbarkeit

der Persönlichkeit haben kann,⁹⁹⁸ werden einzelne Informationsabfragen selten einen solch umfassenden Einblick in die Persönlichkeit gewähren, wie dies ein kompletter Tagebucheintrag, der Gefühle und Empfindungen des Verfassers zum Ausdruck bringt, ermöglicht. Kommt es folglich im Rahmen einer Echtzeitüberwachung zur Nutzung eines Sprachassistenten, wird diese regelmäßig nicht aufgrund einer zu erwartenden Kernbereichsbetroffenheit unterbrochen werden müssen.

b) Einsatz eines Sprachassistenten als Wanze

Sofern der Sprachassistent als Wanze im Sinne des § 100c StPO eingesetzt wird und unabhängig von einer aktiven Nutzung des Sprachassistenten eine Überwachung stattfindet, ergibt sich keine neue Situation im Vergleich zur klassischen Wohnraumüberwachung. Während das Abhören eines Selbstgespräches über den Sprachassistenten in sämtlichen Fällen unterbleiben muss, gilt für ein über dieses Medium überwachtes Zwiegespräch, dass ein hierbei erwarteter Straftatenbezug noch nicht per se die Annahme einer negativen Kernbereichsprgnose rechtfertigt. Entscheidend ist die Frage, inwiefern das ablaufende Gespräch durch die Äußerung von Gefühlen, Empfindungen, und Ansichten eine Art der Selbstreflexion darstellt, die für das ablaufende Gespräch prägend ist. Sofern dies der Fall ist, kann der Straftatenbezug dem erwarteten Zwiegespräch den Kernbereichsschutz nicht entziehen.

II) Beweismittelverbote und Beweismethodenverbote

Die Relevanz der Beweismittelverbote sowie der Beweismethodenverbote im Zusammenspiel mit dem Zugriff auf Sprachassistenten ist gering. Selbstredend sind auch in diesem Zusammenhang die untersagten Methoden der Beweisgewinnung wie sie insbesondere in § 136a Abs. 1, 2 StPO aufgezählt sind, zu beachten.

998 Vgl. *Hiéramente*, StraFo 2013, 96, 101 „man ist was man googelt“.

B. Beweisverwertungsverbote

Bei der Beurteilung eines Beweisverwertungsverbots ist zunächst zwischen selbstständigen und unselbstständigen Beweisverwertungsverboten zu unterscheiden.⁹⁹⁹ Steht bereits ein Verstoß im Rahmen der Beweiserhebung im Raum und ist die Frage, ob sich hieraus ein Beweisverwertungsverbot entwickelt, so ist von einem unselbstständigen Beweisverwertungsverbot die Rede.¹⁰⁰⁰ Unselbstständige Beweisverwertungsverbote bestehen in Form geschriebener und ungeschriebener Beweisverwertungsverbote.¹⁰⁰¹ Mit Blick auf die geschriebenen Beweisverwertungsverbote ist beispielsweise § 136a Abs. 3 S. 2 StPO zu nennen, der ein Verstoß gegen ein Beweiserhebungsverbot in Form eines Beweismethodenverbots mit einem unselbstständigen geschriebenen Beweisverwertungsverbot belegt. Ferner § 100d Abs. 2 S. 2 StPO für Fälle eines Beweisthemaverbotes betreffend den streng geschützten Kernbereich oder § 257c Abs. 4 S. 3 StPO hinsichtlich des Geständnisses des Angeklagten beim Entfall der Bindungswirkung einer erfolgten Verständigung. Da es für den Gesetzgeber nicht möglich war, sämtliche möglichen Konstellationen gesetzlich zu verankern, werden die unselbstständigen geschriebenen Beweisverwertungsverbote durch unselbstständige ungeschriebene Beweisverwertungsverbote ergänzt. Ob ein solches Beweisverwertungsverbot vorliegt, folgt sodann nicht mehr aus einer an die rechtswidrige Beweiserhebung anknüpfenden Vorschrift. Vielmehr ist die Entstehung eines Beweisverwertungsverbotes in einem solchen Fall seit Jahren unter Heranziehung verschiedenster Begründungsansätze streitig.¹⁰⁰²

Bei einem selbstständigen Beweisverwertungsverbot war die Beweiserhebung als solche hingegen rechtmäßig. Ein selbstständiges Beweiserhebungsverbot kann sich daher nicht aus den Verfahrensvorschriften der StPO ergeben (der Akt der Beweiserhebung ist schließlich nicht zu beanstanden), jedoch aus anderen übergeordneten Gründen, die beispielsweise der Verfassung entstammen können.¹⁰⁰³

999 Rogall, ZStW 1979, 1, 3 f.; Jahn, JuS 2012, 85, 86.

1000 Beulke/Swoboda, Strafprozessrecht, Rn. 704.

1001 Finger, JA 2006, 529, 530.

1002 Vgl. Schmitt in: Meyer-Goßner/Schmitt, Einl., Rn. 55 ff.

1003 Kudlich in: MüKo-StPO, Einl., Rn. 450; Paul, NStZ 2013, 489, 490; Beulke/Swoboda, Strafprozessrecht, Rn. 704; Finger, JA 2006, 529, 530.

I) Unselbstständige Beweisverwertungsverbote

Erfolgt daher die Beweiserhebung, obwohl diese hätte unterbleiben müssen, so ist zu klären, wie mit den nun einmal vorhandenen, den Täter möglicherweise belastenden, Informationen umgegangen werden muss.

1) Geschriebene Beweisverwertungsverbote

Bei unselbstständigen geschriebenen Beweisverwertungsverboten muss stets zwischen absoluten und relativen Beweisverwertungsverboten unterschieden werden. Bei absoluten Beweisverwertungsverboten besteht für eine Gewichtung hinsichtlich Für und Wider einer Verwertung kein Raum.¹⁰⁰⁴ Die Unverwertbarkeit wird durch den Gesetzgeber final festgelegt. Bei relativen Beweisverwertungsverboten wird durch den Gesetzgeber nicht das Ergebnis, sondern lediglich die hierbei zu gewichtenden Kriterien bestimmt.¹⁰⁰⁵ So unterliegen beispielsweise den Kernbereich betreffende Informationen einem unselbstständigen geschriebenen absoluten Beweisverwertungsverbot nach § 100d Abs. 2 StPO. Das gleiche gilt nach § 100d Abs. 5 S. 1 StPO für Informationen, die durch Maßnahmen nach § 100b oder § 100c StPO aus einem Vertrauensverhältnis zu einer nach § 53 StPO geschützten Berufsgruppe entstammen. Im Unterschied hierzu sieht dagegen beispielsweise § 100d Abs. 5 S. 2 StPO für Informationen, die aus dem Verhältnis zu einer nach § 52 und § 53a StPO zeugnisverweigerungsberechtigten Person herrühren, nur ein relatives Beweisverwertungsverbot vor. Den gesetzgeberischen Vorstellungen nach besteht im Unterschied zu einem Gespräch mit einem Berufgeheimnisträger kein absoluter Vorrang des Geheimhaltungsinteresses im Hinblick auf die in §§ 52, 53a StPO genannten Personen, sodass auch die in einem solchem Verhältnis offenbarten Informationen verwertet werden dürfen, wenn die Verwertbarkeit unter Berücksichtigung der Bedeutung des zugrunde liegenden Vertrauensverhältnisses nicht außer Verhältnis zum Strafverfolgungsinteresse steht, § 100d Abs. 5 S. 2 StPO.

1004 Vgl. insofern § 160a Abs. 1 S. 2 StPO; sowie die im Zusammenhang dieser Arbeit weniger relevanten §§ 136a Abs. 3 S. 2, 81a Abs. 3, 81c Abs. 3 S. 5, 108 Abs. 2 StPO, sowie außerhalb der StPO § 393 Abs. 2 AO oder § 97 Abs. 1 S. 3 InsO.

1005 Vgl. hinsichtlich weiterer unselbstständiger geschriebener relativer Beweisverwertungsverbote bspw. § 160a Abs. 2 S. 1, 3 StPO.

2) Der Kernbereich als Auslöser eines absoluten Verwertungsverbot

Sofern eine nachgeordnete Prüfung ergibt, dass eine nach den §§ 100a-100c StPO erlangte Information dem Kernbereich zuzuordnen gewesen ist, normiert § 100d Abs. 2 StPO ein unselbstständiges geschriebenes Beweisverwertungsverbot. An dem hierdurch durch den Gesetzgeber normierten Ergebnis kann in keiner Weise durch entgegenstehende Interessen gerüttelt werden. Kernbereichsrelevante Daten sind nicht verwertbar.

a) Der Sozialbezug

Ob einem Sachverhalt ein höchstpersönlicher Charakter beizumessen ist, soll primär davon abhängen, in welcher Art und Intensität er die Sphäre anderer oder Belange der Gemeinschaft berührt.¹⁰⁰⁶ Je stärker der Sachverhalt dabei die Sphäre anderer oder die Belange der Gemeinschaft tangiert, desto eher erscheint eine Kernbereichsbetroffenheit ausgeschlossen. Dies würde bedeuten, dass der Kernbereich an dieser Stelle weniger von der betroffenen Person ausgehend, sondern vielmehr von bestehenden Berührungspunkten mit Dritten abhängig gemacht wird. Wieso allerdings an dieser Stelle zur Bestimmung des Kernbereichs nicht die formalen Kriterien, die das Bundesverfassungsgericht zur Bestimmung der negativen Kernbereichspronose bemüht, herangezogen werden, ist nicht nachvollziehbar. Es greift zu kurz, wenn teilweise lediglich anhand dessen, in welcher Art und Intensität eine Information aus sich heraus die Sphäre anderer oder Belange der Gemeinschaft berührt¹⁰⁰⁷, abgeschätzt werden soll, ob diese dem Kernbereich zuzuordnen ist. Bei dieser Maßstabsbildung wird lediglich auf die Betroffenheit Dritter abgestellt. Die Frage nach der Höchstpersönlichkeit eines Verhaltens kann nicht an der Betroffenheit Dritter festgemacht werden, sondern muss sich primär aus dem Verhalten des Betroffenen ergeben. Dass durch das Abstellen auf die Betroffenheit Dritter an dieser Stelle eine Art Perspektivenwechsel vorgenommen wird überzeugt nicht. Daher ist sowohl hinsichtlich der Kernbereichspronose im Rahmen der Beweiserhebung als auch hinsichtlich der Frage, ob der Kernbereich tatbeständliche eröffnet ist, maßgeblich die Thematik der Kommunikation, das Vertrauensverhältnis der miteinander Kommunizie-

1006 BverfGE 80, 367, 374; BverfGE 109, 279, 314.

1007 BverfGE 80, 367, 374; BverfGE 109, 279, 314 f.; BverfGE 113, 348, 391; BverfGE 124, 43, 69 f.; BverfGE 130, 1, 22.

renden, die Anzahl der Kommunizierenden oder auch auf die räumliche Situation des Gesprächs abzustellen.¹⁰⁰⁸ Aus einer Gesamtschau dieser Kriterien ergibt sich, ob die Kommunikation auch nach objektiven Kriterien einen derartigen Sozialbezug aufweist, dass diese womöglich nicht mehr als „höchstpersönliche“ anzusehen ist. Insbesondere ist an dieser Stelle nochmals zu betonen, dass ein Straftatenbezug nicht generell einen derartigen Sozialbezug begründen kann, dass die Zuordnung zum Kernbereich nicht mehr möglich wäre.¹⁰⁰⁹

b) Geheimhaltungswille

Neben der Höchstpersönlichkeit stellt der Wille des Betroffenen zur Geheimhaltung den zweiten Pfeiler der Kernbereichsdefinition dar.¹⁰¹⁰ Dieser ist nicht berührt, wenn der Betroffene auf Geheimhaltung selbst „keinen Wert legt“.¹⁰¹¹ Dies zeigt sich beispielsweise in der Art der Aufbewahrung einer Information oder der Wahl des Kommunikationspartners.¹⁰¹² Auch bei fahrlässig geringer Sicherung von vertraulichen Sachverhalten kann jedoch durchaus der Kernbereich einschlägig sein, weil eine fahrlässige Preisgabe des Grundrechtsschutzes und damit auch des Kernbereichsschutzes dem Grundgesetz fremd ist.¹⁰¹³ Entsprechend hatte der BGH den Geheimhaltungswillen bejaht, obwohl die Beschuldigte zunächst die Wegnahme der Aufzeichnungen durch einen Dritten hingenommen hatte.¹⁰¹⁴ In einem anderen Fall bewahrte der Beschuldigte die Notizen mit höchstpersönlichem Inhalt in einem unverschlossenen Raum auf. Hier sah der *BGH* dennoch einen Geheimhaltungswillen als gegeben an, da die Notizblätter erst nach gezielter Suche gefunden werden konnten.¹⁰¹⁵ Im Rahmen der Bestimmung des Geheimhaltungswillens muss daher pri-

1008 *Gercke*, GA 2015, 339, 343 f.

1009 Vgl. § 5, A, I), 1), 2).

1010 BVerfG, Beschluss vom 10. Juni 2009 – 1 BvR 1107/09 -, Rn. 25 = teilweise in NJW 2009, 3357 ff.; BVerfG, Beschluss vom 18. April 2018 – 2 BvR 883/17 -, Rn. 38.

1011 BverfGE 80, 367, 374.

1012 *Dalakouras*, Beweisverbote und Intimsphäre, S. 204; *Delius*, Tagebücher als Beweismittel, S. 13.

1013 *Dammann*, Der Kernbereich der privaten Lebensgestaltung, S. 45; *Lorenz*, GA 1992, S. 254, 265; *Kamlah*, DÖV 1970, S. 361, 362.

1014 BGHSt 19, 325, 333.

1015 BGHSt 34, 397, 399.

mär darauf geachtet werden, ob die Aufzeichnungen frei zugänglich oder vor dem Zugriff besonders geschützt waren. Im Grundsatz wird davon auszugehen sein, dass je sorgloser die Art der Aufbewahrung oder die Auswahl des Gesprächsumfelds erfolgt, je geringer wird der feststellbare Geheimhaltungswille sein.¹⁰¹⁶ Ein Sachverhalt gehört mangels Geheimhaltungswillens lediglich dann nicht zum Kernbereich, wenn der Betroffene ihn wissentlich und willentlich offenlegt und die Offenlegung nicht gegenüber einer Person des persönlichen Vertrauens geschieht. Letztlich ist das Kriterium des Geheimhaltungswillen jedoch eher als zusätzliches Kriterium neben der Intensität des Sozialbezuges heranzuziehen. Die Bedeutung dieses Kriteriums ist daher nicht zu hoch einzuordnen. Zwar ist der Geheimhaltungswille für die Eröffnung des Kernbereichs eine notwendige Bedingung, die jedoch in seiner praktischen Erfüllbarkeit keine hohen Maßstäbe verlangt. Praktisch wird die Eröffnung des Kernbereichs daher wohl kaum an einem fehlenden Geheimhaltungswillen scheitern.

3) Ungeschriebene Beweisverwertungsverbote

Soweit der Gesetzgeber keinerlei Regelungen geschaffen hat, wie mit einem Verstoß gegen eine Strafverfahrensnorm im Rahmen der Beweiserhebung umzugehen ist (zu denken wäre hier an einen Zugriff ohne Vorliegen der Voraussetzungen einer einschlägigen Ermächtigungsgrundlage, das Missachten der richterlichen Anordnungsbefugnis einer Eingriffsmaßnahme, das Unterbleiben einer Belehrung nach § 52 Abs. 3 StPO bzw. § 55 Abs. 2 StPO oder die Beschlagnahme trotz eines Beschlagnaheverbots nach § 97 StPO), hat dies weder ein automatisches Verwertungsverbot für die nicht rechtmäßig gewonnenen Beweisergebnisse zur Folge noch sind die hierzu heranzuziehenden Kriterien abschließend normiert. Heute herrscht dabei jedenfalls insoweit Einigkeit, dass nicht jede Verletzung einer Beweiserhebungsvorschrift zu einem Verwertungsverbot führe. Vielmehr sei die Frage der Verwertbarkeit eines fehlerhaft gewonnenen Beweismittels gesondert zu überprüfen.¹⁰¹⁷

1016 *Ellbogen*, NStZ 2001, 460, 464.

1017 BVerfGE 122, 248, 272 f.; BVerfG, NJW 2011, 2417, 2418, Rn. 43 f.; BGHSt 44, 243, 249; BGHSt 51, 285, 289 f.; OLG Zweibrücken, StV 2019, 826, 828.

a) Rechtskreistheorie

Diese Überprüfung geschah in den Anfängen der Beweisverbotttheematik anhand der sog. Rechtskreistheorie deren Bezeichnung sich im Nachgang an die Grundsatzentscheidung des BGH zur Revisibilität eines Verstoßes gegen § 55 StPO¹⁰¹⁸ in der Literatur abzeichnete.¹⁰¹⁹ Der BGH hat seinen Ansatz ursprünglich gar nicht als Beweisverbotttheorie verstanden wollen wissen, sondern wollte damit lediglich eine Grenzziehung der Rügemöglichkeiten des Angeklagten im Rahmen der Revision leisten.¹⁰²⁰ Wohl auch, weil sich das Gericht insgeheim dennoch die Frage gestellt haben wird, ob ein Verwertungsverbott bestand und ob dessen Missachtung zu einem Verwertungsverbott führen könnte, wurde dieser durch den BGH gegründete Ansatz durch die Literatur zur Rechtskreistheorie fortentwickelt und so zu einem festen Bestandteil der Diskussion um die Entstehung eines unselbstständigen Beweisverwertungsverbotes.¹⁰²¹ Inhaltlich soll dabei die „natürliche Stufung“ unterschiedlicher Verfahrensnormen berücksichtigt werden. Handle es sich um eine übergeordnete, daher auf einer höheren Stufe stehende, Norm, die die rechtsstaatlichen Grundlagen des Verfahrens garantiere (u.a. § 169 GVG; §§ 22–27, 136a, 140, 338 StPO), komme es bei deren Missachtung nicht auf eine Verletzung des Rechtskreises des Beschuldigten an und es entstehe unabhängig davon ein Beweisverwertungsverbott.¹⁰²² Erst auf der nächst tieferen Stufe soll untersucht werden, ob die Missachtung einer einfachen Beweiserhebungsvorschrift den Rechtskreis des Beschuldigten wesentlich tangiere oder ob sie für ihn nur von untergeordneter bzw. gar keiner Bedeutung ist.¹⁰²³ Ausgehend von dem Beweisverwertungsverbott als subjektives Recht des Beschuldigten soll stets zu fragen sein, ob lediglich das Recht des Staates oder das etwaiiger Dritten beeinträchtigt ist oder der Verfahrensverstoß tatsächlich ein dem Rechtskreis des Beschuldigten zugehörendes Recht beeinträchtige. Im Ersten Fall bleibe das Ziel der Wahrheitserforschung vorrangig, während lediglich im zweiten Fall von einem Beweisverwertungsverbott ausgegangen werden soll.¹⁰²⁴

1018 BGH, NJW 1958, 557, 558.

1019 Dencker, StV 1995, 232.

1020 Rogall, JZ 2008, 818, 823.

1021 Dencker, StV 1995, 232, 234.

1022 BGH, NJW 1958, 557, 558.

1023 BGH, NJW 1958, 557, 558.

1024 Trüg/Habetha, NStZ 2008, 481, 483.

Kritisiert wird dieser Ansatz, da er nicht berücksichtige, dass der Zweck sämtlicher strafprozessualer Regelungen darin bestehe, dem Beschuldigten ein justizförmiges Verfahren und die Bindung des „strafenden Staates“ an die StPO als Regelbuch der Strafverfolgung und Wahrheitsfindung zu garantieren.¹⁰²⁵ Eine Differenzierung strafprozessualer Vorschriften zwischen solchen, die dem Rechtskreis des Beschuldigten zuzuordnen sind und solchen, die seinem Rechtskreis nicht angehören, werde dem verfassungsrechtlich verankerten Anspruch des Beschuldigten auf ein gesetzmäßiges und justizförmiges Strafverfahren nicht gerecht.¹⁰²⁶ Wenn der Große Senat des BGH in seiner damaligen Grundsatzentscheidung zur Rechtskreistheorie jedoch der Überzeugung war, in § 55 StPO eine Vorschrift ausgemacht zu haben, die den Rechtskreis des Angeklagten nicht berührt, ist dem zwar zuzugestehen, dass das Auskunftsverweigerungsrecht aus § 55 StPO im Kern auf der Achtung der Persönlichkeit des Zeugen beruht. Nicht ganz von der Hand zu weisen, ist jedoch, dass der Zeuge in dem Fall, in welchem er von seinem Recht aus § 55 StPO nicht in Kenntnis gesetzt wurde, womöglich versucht sich oder nahe Angehörige mit einer wahrheitswidrigen Belastung des Angeklagten zu retten.¹⁰²⁷ Selbst wenn verschiedene Regelungen der StPO im Schwerpunkt nicht im Interesse des Angeklagten erlassen sind, sondern zum Schutze dritter Personen, welche in verschiedener Weise, bspw. als Zeuge, an der Wahrheitsfindung mitwirken,¹⁰²⁸ verdeutliche dies, dass jedenfalls mittelbar sämtliche Normen in ihrer Gesamtheit die Rechtsstaatlichkeit eines Verfahrens prägen und deren Einhaltung daher stets auch zum Zwecke der Wahrung der Rechte des Angeklagten geschehen muss. Wenngleich unter Zuhilfenahme der Rechtskreistheorie der klassische Fall einer unterbliebenen Belehrung des Zeugen nach § 55 StPO sachgerecht gelöst werden kann, so erscheint dennoch die kaum rechtssicher eingrenzbare und bestimmbare Weite des Rechtskreises des Beschuldigten problematisch. Für eine generelle Heranziehung zur Ermittlung eines unselbstständigen ungeschriebenen Beweisverwertungsverbotes ist die im Lichte der Revisibilität eines Verstoßes gegen § 55 StPO entwickelte Theorie folglich ungeeignet.¹⁰²⁹

1025 Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, § 24, Rn. 24; Schmidt, JZ 1958, 596, 597; Hanack, JZ 1971, 126, 127; Dencker, StV 1995, 232, 234.

1026 Park, Durchsuchung und Beschlagnahme, Rn. 388.

1027 Hamm, Die Revision in Strafsachen, S. 111.

1028 Knauer/Kudlich in: MüKo-StPO, § 337 StPO, Rn. 28.

1029 Finger, JA 2006, 529 531 f.; optimistischer Bauer, NStZ 1993, 2530, 2531.

b) Schutzzwecktheorie

Als Fortentwicklung der Rechtskreistheorie betrachtet auch die Schutzzwecklehre zunächst die verletzte Beweiserhebungsvorschrift.¹⁰³⁰ In der Literatur finden sich daran anknüpfend vor allem die auf *Grünwald* und *Rudolphi* zurückgehenden Ausgestaltungen. So soll für ein Verwertungsverbot Voraussetzung sein, dass trotz des Verfahrensverstoßes der durch die Norm intendierte Schutzzweck noch erreicht werden kann, sprich erst die nachfolgende Verwertung die Verletzung vollenden oder vertiefen würde.¹⁰³¹ *Rudolphi* fordert, dass die Aufgabe der verletzten Verfahrensnorm gerade darin bestehe, den Einfluss bestimmter Beweismittel oder sonstiger Umstände auf das Urteil zu verhindern.¹⁰³² Hierauf bezugnehmend gehen weitere Teile der Literatur davon aus, dass die Verwertung einer unter Verstoß gegen eine Beweiserhebungsvorschrift erlangten Erkenntnis ausscheide, wenn eine Verwertung nicht mit dem Schutzzweck der verletzten Norm zu vereinbaren ist. Denn der Schutzzweckgedanke will gerade ein solches verbotswidrig erlangtes Beweisergebnis von der Verwertung ausschließen.¹⁰³³ Insofern kann der maßgeblich von *Rudolphi* geprägte Maßstab, als der bei den Vertretern dieser Meinung herrschende angesehen werden. Kritiker bringen der Schutzzwecktheorie dagegen die gleichen Vorbehalte wie der Rechtskreistheorie entgegen.¹⁰³⁴ Auch sie beachte nicht hinreichend, dass der Angeklagte Anspruch auf ein prozessordnungsgemäßes und justizförmiges Verfahren habe und insofern auch ein Verstoß gegen Vorschriften, die nach der gesetzgeberischen Intension nicht dessen Schutz dienen ein Beweisverwertungsverbot nach sich ziehen können.¹⁰³⁵ Auch der BGH folgte, nachdem er sich 1974 von der Rechtskreistheorie abgewandt hatte, einem Ansatz, der der Schutzzwecklehre inhaltlich durchaus nahestand.¹⁰³⁶

1030 Als „verbesserte Form der Rechtskreistheorie“ bezeichnend *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 24, Rn. 25.

1031 *Grünwald*, JZ 1966, 489, 492.

1032 *Rudolphi*, MDR 1970, 93, 99.

1033 *Beulke/Swoboda*, Strafprozessrecht, Rn. 705; *Paul*, NStZ 2013, 489, 490; *Beulke*, JURA 2008, 653, 656; *Jäger*, GA 2008, 473, 486.

1034 *Kühne*, Strafprozessrecht, Rn. 908.1.

1035 *Meyer-Mews*, JuS 2004, 126, 128.

1036 BGHSt 25, 325, 329 ff.

c) Abwägungslehre

Heute ist in der Rechtsprechung¹⁰³⁷ und Teilen der Lehre die Abwägungslehre herrschend¹⁰³⁸. Mangels allgemeinverbindlicher Kriterien soll im Einzelfall durch eine umfassende Würdigung der widerstreitenden Interessen über die Verwertbarkeit entschieden werden. Ausgangspunkt ist die verfassungsrechtliche Pflicht des Rechtsstaates eine funktionstüchtige Strafrechtflege zu gewährleisten.¹⁰³⁹ Zur Verwirklichung der rechtsstaatlichen Pflichten müssten ausreichende Vorkehrungen vorhanden sein, dass Straftäter nach Maßgabe der aktuellen Gesetzeslage verfolgt, abgeurteilt und tat- und schuldangemessenen Bestrafung zugeführt werden können.¹⁰⁴⁰ Ein Beweisverwertungsverbot bedeute folglich eine Ausnahme von diesem Grundsatz, zu der es – ein absolutes Beweisverwertungsverbot ausgenommen – nur aus übergeordneten wichtigen Gründen im Einzelfall kommen darf.¹⁰⁴¹ Ein solcher Grund liege vor, wenn ein nach rechtsstaatlichen Grundsätzen geordnetes Ermittlungsverfahren durch einen Rechtsverstoß nachhaltig geschädigt wird.¹⁰⁴² Im Kern stehen sich somit primär das Interesse des Staates an der Tataufklärung sowie das Interesse des Betroffenen an der Wahrung seiner Individualrechtsgüter gegenüber, wobei dem staatlichen Strafverfolgungsinteresse augenscheinlich ein „Vorsprung“ eingeräumt werden soll. Konkrete Anhaltspunkte für die bezeichnete Schädigung des rechtsstaatlichen Verfahrens können ein bewusst oder grob fahrlässiges Handeln der Ermittlungsbehörden entgegen der Verfahrensvorschriften,¹⁰⁴³ die Bedeutung der verletzten Verfahrensvorschrift für die Wahrung der Rechte des Beschuldigten,¹⁰⁴⁴ die (fehlende) Fairness des Verfahrens¹⁰⁴⁵ oder das besondere Gewicht des in Rede stehenden Rechts-

1037 Erstmals nahm der Senat im sog. Medizinalassistentenfall eine Abwägung vor, die letztlich zu Gunsten des Strafverfolgungsinteresse ausfiel, vgl. BGHSt 24, 125, 130; OLG Zweibrücken, StV 2019, 826, 828.

1038 Greven in: KK-StPO, vor § 94 StPO, Rn. 10; Rebbein, Verwertbarkeit von nachrichtendienstlichen Erkenntnissen, S. 160 ff.; Rogall, ZStW 191979, 1, 31; Meurer, JR 1990, 389, 392.

1039 BVerfGE 33, 367, 383; BVerfGE 130, 1, 26; BVerfG, NJW 2009, 3225, Rn. 16.

1040 BVerfGE 33, 367, 383; BVerfGE 46, 214, 222; BVerfG, NJW 2009, 1469, 1474, Rn. 72.

1041 BGHSt 44, 243, 249, BGHSt 51, 285, 290, Rn. 20.

1042 BGHSt 51, 285, Rn. 21.

1043 BGHSt 51, 285, Rn. 28 f.; OLG Dresden, NJW 2009, 2149.

1044 BGH, NJW 2002, 975, 976; OLG Hamm, NStZ-RR 2006, 47.

1045 BGH, NStZ 2009, 519, Rn. 32 ff.; BGH NJW 2007, 3138, Rn. 30.

verstoßes sein¹⁰⁴⁶. Gegen die Annahme eines Beweisverwertungsverbotes spreche insbesondere die Bedeutung der aufzuklärenden Straftat¹⁰⁴⁷ sowie die hypothetische Möglichkeit, dass die Ermittlungsbehörden das fragliche Beweismittel auch rechtmäßig hätten erlangen können (sog. hypothetischer rechtmäßiger Ersatzeingriff).¹⁰⁴⁸ Im Laufe der Jahre entwickelte sich in der höchstrichterlichen Rechtsprechung ein immer restriktiveres Verständnis hinsichtlich der Bejahung eines Beweisverwertungsverbotes. Ein solches soll erst dann angenommen werden, wenn eine Abwägung des öffentlichen Interesses an der Wahrheitsfindung mit den Beschuldigteninteressen einen nicht hinnehmbaren Eingriff in die Interessen des Betroffenen darstelle.¹⁰⁴⁹ Dieses restriktivere Verständnis – zu Lasten des Beschuldigten – begründet der BGH damit, dass das Anerkennen eines Beweisverwertungsverbotes schließlich eine „Korrektur der Strafprozessordnung“¹⁰⁵⁰ darstelle. Im Ergebnis bedeutet dies, dass gewissermaßen nur noch ein qualifizierter Verstoß zu einem Verwertungsverbot führen kann.¹⁰⁵¹ Während die Flexibilität bei der Ermittlung eines Beweisverwertungsverbotes anhand der Abwägungslehre insbesondere von der Rechtsprechung sowie Teilen der Literatur als zielführendste Möglichkeit betrachtet wird¹⁰⁵², kritisieren andere daran die fehlende Schärfe der Abwägungskriterien. Die Kritik gewinnt ferner an Brisanz, da individuelle Vorstellungen der die Abwägung vornehmenden Richter, einheitliche und vorhersehbare Ergebnisse kaum zu gewährleisten vermögen.¹⁰⁵³ Es bestünde stets die Gefahr, mittels der „Abwägungslehre“ Verfahrensverstöße im Sinne kriminalpolitisch wünschenswert erachteter Ergebnisse zu heilen.¹⁰⁵⁴

1046 BGH, NJW 1986, 2261, 2264; OLG Hamm NStZ 2007, 355, Rn. 7.

1047 BGHSt 47, 172, 179; BGH, NStZ 2006, 236, Rn. 5.

1048 BVerfG, NStZ 2004, 216, 216.

1049 BGHSt 42, 170, 172; BGHSt 47, 172, 180.

1050 BGHSt 42, 170, 172.

1051 *Trüg*, Lösungskonvergenzen trotz Systemdivergenzen, S. 257 f.; *Trüg/Habetha*, NStZ 2008, 481, 485.

1052 *Rogall*, JZ 2008, 818, 824; *Rebbein*, Verwertbarkeit von nachrichtendienstlichen Erkenntnissen, S. 163.

1053 *Grüner*, Revisibilität und Beweisverwertungsverbote, S. 39; *Dallmeyer*, Beweisführung im Strengbeweisverfahren, S. 216; *Müssig*, GA 1999, 119, 139 ff.; *Gade*, JR 2009, 493, 502; *Grasnick*, NStZ 2010, 158, 159; *Neuber*, NStZ 2019, 113; *Löffelmann*, JR 2009, 10, 12; *FS-Bemmern/Ameling*, 505, 521 f.; diese Schwäche eingestehend auch *Rogall*, ZStW 1979, 1, 35.

1054 *Koch*, K&R 2004, 137, 138.

e) Stellungnahme

aa) Problematik der Abwägungslehre

Wenngleich den Strafgerichten zur Aufrechterhaltung einer effektiven Strafverfolgung darin zuzustimmen ist, dass nicht jeder Verstoß gegen Beweiserhebungsvorschriften ein strafprozessuale Verwertungsverbot nach sich ziehen kann, so muss dennoch sorgsam beachtet werden, nicht vorschnell auf die dargestellten Theorien zur Ermittlung eines Beweisverwertungsverbotes zurückzugreifen.¹⁰⁵⁵ Gerade bei absolut normierten Beweisverwertungsverboten ist die ein Beweisverwertungsverbot begründende Entscheidung bereits abschließend durch den Gesetzgeber getroffen. Würde an dieser Stelle dennoch in den Theorienstreit zur Ermittlung eines Beweisverwertungsverbotes eingestiegen, würde dies im Widerspruch zum freilich auch im Strafprozess geltenden Grundsatz der Gewaltenteilung aus Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG stehen. Daher ist es auch nicht folgerichtig, eine mögliche Kernbereichsverletzung als „Abwägungsaspekt“ im Rahmen der Abwägungslehre aufzufassen.¹⁰⁵⁶ Auf eine Einbeziehung einer Kernbereichsverletzung innerhalb der Abwägung, kann es überhaupt nicht mehr ankommen, da eine Kernbereichsverletzung bereits ein geschriebenes absolutes Beweisverwertungsverbot nach § 100d Abs. 2 StPO nach sich ziehen muss.

Allgemein fällt auf, dass mit der Abwägungslehre nicht die Begründung für die Verwertung eines rechtswidrig erlangten Beweismittels im Vordergrund steht, sondern trotz eines Rechtsverstoßes primär von der Verwertbarkeit ausgegangen wird und sodann lediglich sekundär nach einer möglichen Rechtfertigung für dessen Unverwertbarkeit gesucht wird.¹⁰⁵⁷ Damit wird nicht demjenigen dessen Handeln einen Verstoß gegen eine Beweiserhebungspflicht darstellt, das Begründungserfordernis einer notwendigen Verwertbarkeit des Beweistückes auferlegt, sondern es soll eine Rechtfertigung für die Unverwertbarkeit geliefert werden,¹⁰⁵⁸ die eigentlich bereits in dem Verstoß gegen die Beweiserhebungsvorschrift gesehen

1055 Beulke, ZStW 1991, 657, 663 f.

1056 Insofern ist die Einordnung dieses Kriteriums in den Abwägungskanon abwegig, so gleichwohl Hombrecher, JA 2016, 457, 459.

1057 Trüg/Habetha, NStZ 2008, 481, 482.

1058 BVerfG, NJW 2011, 2417, Rn. 44; BGHSt 40, 211, 217; BGHSt 44, 243, 249; BGHSt 51, 285, Rn. 20; Jahn, Gutachten dt. Juristentag, C 68 (auf Grundlage seiner auf § 244 Abs. 2 StPO gründenden Beweisbefugnislehre, vgl. a.a.O.); König/Harrendorf, AnwBl. 2008, 566, 568.

werden könnte. Vergegenwärtigt man sich, dass sämtliche Vorschriften der StPO (deren Missachtung hier zu einem Beweisverwertungsverbot führen) ihren Ursprung in den Verfassungsprinzipien wie der Menschenwürde, dem Rechtsstaatsprinzip oder dem europarechtlichen Fair-Trial Grundsatz haben, so entspräche es lediglich verfassungsrechtlicher Grunddogmatik, dass der Staat, als dieses Recht verletzende Institution, gegenüber dem Betroffenen die Rechtfertigungslast zur Nutzung der hieraus gezogenen Früchte trägt. Mithin müsste primär von einer Unverwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweismittel ausgegangen werden und sodann untersucht werden, ob dies auch im konkreten Fall zu gelten hat.¹⁰⁵⁹

Unabhängig davon darf die Abhängigkeit des Abwägungsergebnisses von den abwägenden Personen und damit zwangsläufig auch von rechtspolitischen Argumenten niemals die Lösung einer am Rechtsstaatsprinzip orientierten Beweisverbotslehre sein. Schon aus diesen Gründen müssen klare Maßstäbe und nicht eine Einzelfallabwägung den Ausschlag zur Verwertbarkeit oder Unverwertbarkeit eines Beweises geben.¹⁰⁶⁰ Es fragt sich, wie dieser Problematik Abhilfe geboten werden kann, ohne die stets unterschiedliche Bedeutung des konkreten Einzelfalles gänzlich aus den Augen zu verlieren. Möglicherweise könnte eine anderweitige Gewichtung der zu berücksichtigen Aspekte innerhalb der Abwägungslehre zu forcieren sein. Sollte ein rechtswidriges Beweismittel Eingang in das Urteil finden, so geschieht dies regelmäßig primär unter Verweis auf das hohe Strafverfolgungsinteresse.¹⁰⁶¹ Die enorme Gewichtung dieses Kriteriums mag aus rechtspolitischen und gesellschaftspolitischen Gründen nachvollziehbar sein, da es einhellige Bestätigung finden dürfte, Straftäter einer das Unrecht derer Taten widerspiegelnden Strafen zuzuführen. Die starke Berücksichtigung der Tatschwere im Rahmen der Abwägung bringt jedoch mit sich, dass bei gewichtigen Straftaten diese stets zu Gunsten der Verwertbarkeit ausfällt. Die tatsächliche Abwägung verkommt regelmäßig zu einer bereits vorentschiedenen pro forma Abwägung.¹⁰⁶² In letzter Konsequenz bedeutet dies gewissermaßen, dass – überspitzt formuliert – je schwerwiegender sich ein Delikt darstellt, je „unwichtiger“ die Einhaltung der Verfahrensvorschriften ist.¹⁰⁶³ Allerdings kann sich unmittelbar aus

1059 Vgl. auch Lucke, HRSS 2011, 527, 531; FS-Wolter/Kudlich, 995, 1003 f.

1060 Zutreffend Jugl, Fair trial als Grundlage im Strafverfahren, S. 75.

1061 Vgl. etwa BGH, NJW 2003, 2034, 2035.

1062 Ähnlich auch Fezer, NStZ 2003, 625, 629.

1063 Dencker, Verwertungsverbote im Strafprozess, S. 97; Jahn, Gutachten dt. Juristentag, C1, C 61; a.A. Rehbein, Verwertbarkeit von nachrichtendienstlichen Erkenntnissen, S. 167.

der Würde des Menschen tatsächlich nur das exakte Gegenteil ergeben: Je gewichtiger der dem Angeklagten gemachte Vorwurf (je höher daher die Strafandrohung ausfällt) desto wichtiger stellt sich Einhaltung der das gesamte Verfahren auszeichnenden Vorschriften dar. Schließlich wird der mit der Vollstreckung des Urteils einhergehende Eingriff in die Freiheitsrechte des Beschuldigten mit zunehmender Dauer der Freiheitsentziehung ebenso umso gewichtiger. Je gewichtiger aber der Eingriff in die (Freiheits-)Rechte des Betroffenen ausfällt, desto wichtiger ist, dass dieser auf einem rechtmäßig erlangten Fundament, in Form der dem Schulterspruch zugrunde liegenden Beweise, aufbaut.

bb) Ansatz Rehbeins

Einen neuen Weg schlägt *Rehbein* vor, die, wenn die Eingriffsbefugnis als solche bereits an der Schwere der Straftat anknüpft und daher bereits bestimmte Eingriffsschwellen normiert, auf das Kriterium der Schwere der Tat im Rahmen der Abwägung verzichten will.¹⁰⁶⁴ Würde die Schwere der Tat neben der Rechtfertigung des ursprünglichen Eingriffs auch maßgeblich zur Rechtfertigung der Verwertbarkeit herangezogen, würde dies eine Art der „Doppelverwertung“ darstellen, die es entsprechend dem materiellen Recht nach § 46 Abs. 3 StGB auch prozessual nicht zu Lasten des Verdächtigen geben darf.¹⁰⁶⁵ Die Schwere der Straftat soll für die Verwertbarkeit nur dann von Relevanz sein, wenn eine bestimmte Schwere nicht bereits in der Beweiserhebungsvorschrift ihren Niederschlag gefunden hat.¹⁰⁶⁶ Erfreulich daran ist, dass mit diesem Vorschlag die mit der Gewichtung der Tatschwere als Hauptindikator des Strafverfolgungsinteresses einhergehende Problematik erkannt wurde. Die eingeschlagene Differenzierung vermag jedoch nicht gänzlich zu überzeugen. Der Umstand, dass eine Ermittlungsmaßnahme nicht auf Tatschwere rekuriert, vermag nicht auszuschließen, dass auch mittels einer solchen anlässlich einer erheblichen Straftat ermittelt wird. Im Rahmen der Abwägung käme man dann allerdings aufgrund unterschiedlicher zu berücksichtigender Kriterien zu einem fragwürdigen Auseinanderfallen der Abwägungsergebnisse. Ein Beweismittel das unter Missachtung der Anordnungsbefugnis beispielsweise nach § 100b StPO erlangt wurde, wäre womöglich nicht

1064 *Rehbein*, Verwertbarkeit von nachrichtendienstlichen Erkenntnissen, S. 166.

1065 *Rehbein*, Verwertbarkeit von nachrichtendienstlichen Erkenntnissen, S. 166 f.

1066 *Rehbein*, Verwertbarkeit von nachrichtendienstlichen Erkenntnissen, S. 167.

verwertbar, da die Schwere der Tat außen vor zu bleiben habe, während das gleiche nach §§ 102, 110 Abs. 3, 94 StPO beschlagnahmte Beweismittel unter Berücksichtigung der erheblichen Straftat verwertbar wäre.¹⁰⁶⁷

cc) Kriteriengewichtung im Rahmen der Abwägungslösung

Geboten erscheint es daher im Rahmen der gegen ein Verwertungsverbot sprechenden Kriterien die von der Rechtsprechung hervorgehobene Bedeutung der konkreten Straftat erheblich weniger stark zu gewichten.¹⁰⁶⁸ Stattdessen könnte das Kriterium eines hypothetisch-rechtmäßigen Ermittlungsverlaufes, dem im Rahmen der ständigen Rechtsprechung im Kanon der Abwägungsparameter eine verhältnismäßig geringe Bedeutung zukommt,¹⁰⁶⁹ stärker gewichtet werden. Dadurch würden den Umständen der rechtswidrigen Beweiserlangung im konkreten Fall besser Rechnung getragen werden, da die Verwertbarkeit nicht aufgrund einer schwe-

1067 Vgl. auch *Kelnhofers*, Hypothetische Ermittlungsverläufe, S. 182 f.

1068 Zutreffend auch *Kassing*, JuS 2004, 675, 677 mit dem Verweis darauf, dass ein jeder Beschuldigter unabhängig von der Schwere des Tatvorwurfs unmittelbar aus dem Rechtsstaatsprinzip einen Anspruch auf Einhaltung der Verfahrensvorschriften hat; vgl. zu dieser Problematik auch das knappe bejahende Abstimmungsergebnis hinsichtlich einer Berücksichtigung des Schuldvorwurfs, Beschlüsse des 67. Dt. Juristentages, Band II, L. 66; den Umstand, dass die Rechtsprechung das Strafverfolgungsinteresse sehr stark in den Vordergrund rückt ebenfalls kritisch betrachtend, *Eder*, Beweisverbote, S. 89; FS-Roxin/Wohlers, 1245, 1265.

1069 *Mayer*, jurisPR-StrafR 19/2018 Anm. 3; *Jäger*, JA 2016, 710, weisen darauf hin, dass in der Literatur umstritten sei, ob diese Rechtsfigur (neben der ihrer Heranziehung im Rahmen der Fernwirkung) auch bei unmittelbar erlangten Beweisen Anwendung finden kann. Tatsächlich beziehen sich die von diesen zitierten ablehnenden Stimmen in der Literatur jedoch ausschließlich auf die Frage, ob diese Figur auch im Falle der Verkennung des Richtervorbehalts zum Tragen kommen soll, vgl. *Ransiek*, StV 2002, 565, 570; *Krehl*, NStZ 2003, 461, 463 f.; *Mosbacher*, NJW 2007, 3686, 3687. Damit wird das Kriterium zur Entscheidungsfindung über die Verwertbarkeit eines unmittelbar erlangten Beweismittels jedoch nicht gänzlich abgelehnt. Vielmehr nennt *Wohlers*, StV 2008, 434, 440, Fn. 85, der durch *Jäger* als Gegner des hypothetischen Ersatz-eingriffes im Rahmen der Ermittlung eines unselbstständigen Beweisverwertungsverbotes zitiert wurde, explizit den Gedanken an ein solches Vorgehen. Generell ablehnend gegenüber jeglicher Hypothesenbildung im Strafprozess dagegen jedenfalls *Jahn/Dallmeyer*, NStZ 2005, 297, 304; *Jahn*, Gutachten dt. Juristentag, C 77; die Zulässigkeit im Ergebnis von der Kategorie der Verfahrensvorschrift abhängig machend FS-Fezer/Wohlers, 311, 326.

ren Straftat gewissermaßen vorentschieden wäre, sondern entscheidend von möglichen alternativen rechtmäßigen Ermittlungsmöglichkeiten abhinge.¹⁰⁷⁰ Gleichzeitig würde die verfassungsrechtliche Forderung einer wirksamen Strafverfolgung im Verhältnis zu den Rechten des Betroffenen dadurch ausreichend priorisiert, dass in den Fällen, in denen die Strafverfolgungsbehörden ein Beweismittel auch auf legalem Wege hätten beschaffen können – solange es sich nicht um einen krassen Verstoß gegen die Menschenwürde handelt – kein Verwertungsverbot vorliegen würde. Auch im Übrigen sind der StPO hypothetische Erwägungen bekannt, wie die §§ 108, 161 Abs. 2 StPO belegen.¹⁰⁷¹ Allerdings ist zuzugeben, dass sich so dann weitere schwierige Fragen der Bildung des Hypothesenmaßstabes stellen.¹⁰⁷² Ferner ist zu beachten, dass es dem Kriterium des hypothetisch-rechtmäßigen Kausalverlauf an einer anerkannten einheitlichen dogmatischen Herleitung fehlt,¹⁰⁷³ womit es schwer fallen dürfte, dieses Kriterium zu einem tragenden im Rahmen der Abwägung zu bestimmen. Das Potential dieses Kriteriums im Kanons der Abwägungskriterien erscheint im Sinne einer am konkreten Einzelfall ausgerichteten Abwägung gleichwohl besser geeignet als der stetige Rekurs auf die besondere Schwere der Tat.

dd) Lösung

Um eine „Abwägung“ anhand schwammiger Kriterien, die in Ermangelung klarer Leitlinien nicht einmal abschließend klären kann, welche Abwägungskriterien in welcher Gewichtung in den vorzunehmenden Abwägungsvorgang einzubeziehen sind,¹⁰⁷⁴ zu vermeiden, ist daher die Schutzzwecklehre gänzlich gegenüber der Abwägungslehre vorzuziehen. Zwar wird diese bereits teilweise als Kriterium im Rahmen der Abwägungslehre berücksichtigt, sofern sie sich jedoch einer schwereren Straftat gegenüber sieht, wird sich ihre Wertung regelmäßig nicht durchsetzen können. Das Heranziehen der Schutzzwecklehre ermöglicht selbst bei einem ungeschriebenen unselbstständigen Beweisverwertungsverbot die Frage nach einem Beweisverwertungsverbot anhand des gesetzgeberischen

1070 *Schröder*, Beweisverwertungsverbote und die Hypothese rechtmäßiger Beweiserlangung, S. 105.

1071 *Rehbein*, Verwertbarkeit von nachrichtendienstlichen Erkenntnissen, S. 170.

1072 *Jahn/Dallmeyer*, NStZ 2005, 297, 301; *Fezer*, NStZ 2003, 625, 629.

1073 verschiedene Möglichkeiten der Herleitung, vgl. *Abraham*, ZIS 2020, 120 ff.

1074 *Trüg/Habetha*, NStZ 2008, 481, 491; *Neuber*, Beweisverwertungsverbote im Strafprozess, S. 3.

Willens – der nicht zuletzt aus Gründen der Gewaltenteilung – Leitmotiv für sämtliche gerichtliche Entscheidungen sein muss, zu beantworten.¹⁰⁷⁵ Ein entscheidendes Merkmal der Schutzzwecklehre besteht darin, dass die ansonsten übliche Abwägung zwischen Verwertbarkeit und Unverwertbarkeit entfallen würde, da diese letztlich auch bei nicht absolut geschriebenen Beweisverwertungsverboten bereits durch den Gesetzgeber vorgenommen wurde.¹⁰⁷⁶ Würde die Abwägungslehre auch im gesamten Bereich der unselbstständigen Beweisverwertungsverbote gelten, so würde die Entscheidung des Gesetzgebers, der in der Normierung einer Beweiserhebungsvorschrift und der darin normierten Pflichten zur Begrenzung des Strafverfahrens, die jeweils in Frage stehenden gegenläufigen Interessen bereits abgewogen (und sich infolge dessen schließlich gerade für die Normierung einer allgemeinverbindlichen Begrenzung entschied) zum „bloßen Verhaltensvorschlag“ zurückgestuft und damit „die Idee der Kodifikation als solche ad absurdum“ geführt.¹⁰⁷⁷ Sofern der Schutzzweck bestimmt wurde, lässt sich somit ohne weitergehende Abwägung durch einen Blick, auf den durch den Gesetzgeber mittels der Kodifizierung verfolgten Zweck entscheiden, ob der vorliegende Verstoß im Rahmen der Beweiserhebung ein Beweisverwertungsverbot zur Folge haben muss. Hierdurch werden auch der Rechtsunsicherheit Vorschub leistenden Situationen vermieden¹⁰⁷⁸, in denen ansonsten womöglich derselbe Verfahrensverstoß bei der Beweisgewinnung hinsichtlich eines Betrugsverdacht zu einem Verwertungsverbot führen könnte, während bei Mordverdacht eine Verwertung zulässig wäre.¹⁰⁷⁹ Insbesondere kann mittels der Schutzzwecklehre eine Justizfähigkeit des Verfahrens gewährleistet werden, die auch bei erheblicheren Straftaten bestand hat. Indem die Schutzzwecklehre ferner ausschließlich anhand des Gesetzeszweckes zu ihren Ergebnissen kommt, wird zudem der anhaftenden Beliebigkeit der Ergebnisse abgeholfen.

Hier soll folglich vorgeschlagen werden, primär auf die Schutzzwecktheorie abzustellen, diese jedoch unter strengen Voraussetzungen – sofern mit dem Sinn des Schutzzweckes vereinbar – um die Figur des rechtmäßigen-hypothetischen Kausalverlauf zu ergänzen.¹⁰⁸⁰ Besteht die Möglichkeit

1075 Beulke, ZStW 1991, 657, 671 f.; ders., Jura 2008, 653, 656.

1076 Trüg/Habetha, NStZ 2008, 481, 483.

1077 Wohlers, StV, 2008, 434, 435; Beulke, Jura 2008, 653, 656.

1078 Traub, Verwertbarkeit von Selbstgesprächen, S. 33.

1079 Fezer, StV 1989, 290, 294.

1080 Ablehnend hinsichtlich hypothetischer Erwägungen im Rahmen der Schutzzweckzwecklehre, Beulke, ZStW 1991, 657, 674.

eines alternativen rechtmäßigen Ermittlungsverlaufes, der das entsprechende Beweismittel rechtmäßig hervorgebracht hätte, wird die normative Verknüpfung zwischen dem tatsächlich geschehenen, die Rechtswidrigkeit begründenden, (Verfahrens-)Fehler und dem Beweisergebnis aufgehoben, wodurch ein Beweisverwertungsverbot aus Schutzzweckgesichtspunkten nicht mehr erforderlich ist.¹⁰⁸¹ Vorteilhaft im Vergleich zur bloßen Nutzung der Schutzzwecktheorie ist dies deshalb, da so ausgeschlossen wird, dass dem Betroffenen ein „Geschenk des Himmels“ zuteilwerden könnte, indem das ihn belastende Beweismittel aus seiner Sicht glücklicherweise rechtswidrig erlangt wurde, obwohl es ohnehin auch auf rechtmäßigem Wege erlangt worden wäre.¹⁰⁸² Zur Kombination dieser Figur mit der Schutzzwecklehre, soll jedoch für die Einhaltung dreier Weichenstellungen plädiert werden. Bezugspunkt des hypothetischen Alternativverlaufs muss stets die Erlangung des konkreten Beweismittels sein. An zweiter Stelle ist der Konkretisierungsgrad der Verlaufshypothese abschließend zu klären, bevor als dritte Weiche das Maß der Wahrscheinlichkeit der Beweismittelerlangung eingrenzt werden muss. Anhand des Bezugspunktes, dem Konkretisierungsgrad und dem Wahrscheinlichkeitsgrad, kann die Figur des hypothetischen Ersatzeingriffs rechtsstaatlich in einer Weise begrenzt werden¹⁰⁸³, die diese Figur sodann auch zum tauglichen Korrektiv im Rahmen der Schutzzwecklehre befähigt.

Erforderlich hierfür ist eine konkrete Hypothese anhand der Umstände des konkreten Falles.¹⁰⁸⁴ Gerade der BGH setzt aber, soweit er auf die hypothetisch rechtmäßigen Kausalverläufe zurückgreift, die Kriterien – ganz im Interesse einer Strafverfolgung – sehr niedrig an. Regelmäßig soll bereits die bloße abstrakt bestehende Möglichkeit, das entsprechende Beweismittel nach der Gesetzeslage auch legal erlangen zu können, genügen.¹⁰⁸⁵ Dem ist zu widersprechen. Es kann nicht maßgeblich sein, was nach dem Prozessrecht generell und abstrakt möglich gewesen wäre, sondern nur, was im Einzelfall angesichts der konkreten Sachlage als mög-

1081 Wolter, NStZ 1984, 275, 277; Reichert-Hammer, JuS 1989, 446, 450; Schlüchter, JR 1984, 517, 520; Rogall, NStZ 1988, 385, 388.

1082 Vgl. Eisenberg, Beweisrecht der StPO, Rn. 409.

1083 Abraham, ZfS 2020, 120, 126.

1084 Flöhr, Jura 1995, 131, 133; Pelz, Beweisverwertungsverbote und hypothetische Ermittlungsverläufe, S. 147 f.; Roxin, NStZ 1989, 376, 379.

1085 BGHSt 24, 125, 130; BGH, NStZ 1989, 375, 376; BGH, 1997, 294, 295; BGHSt 44, 243, 250; OLG Zweibrücken, NJW 1994, 810, 811; Hegemanns, ZfS 2016, 404, 410.

licher rechtmäßiger Ermittlungsverlauf tatsächlich in Frage kam.¹⁰⁸⁶ Demnach kann die der Hypothese zugrunde liegende Fragestellung nur lauten, ob zum Zeitpunkt des Rechtsverstoßes das entsprechende Beweismittel im konkreten Fall auch auf rechtmäßigem Wege noch erlangt worden wäre. Für die Praxis bedeutet dies, dass der fehlerhafte Kausalfaktor nicht schlicht durch eine theoretisch nach der Strafprozessordnung mögliche rechtmäßige Handlung ersetzt werden kann. Vielmehr muss die alternative rechtmäßige Handlung zum Zeitpunkt der rechtswidrigen Maßnahme bereits im konkreten Ermittlungsverfahren, daher aus den Ermittlungsakten erkennbar, angelegt gewesen sein.¹⁰⁸⁷ Dass es bereits dadurch – wie noch zu sehen sein wird – nur in seltenen Fällen zu einer Korrektur des Verwertbarkeitsergebnisses kommen wird, ist angesichts der Ausnahmefunktion dieses Korrektivs gerade wünschenswert. Daran anknüpfend ist zudem hinsichtlich des Beweismaßstabs innerhalb der konkreten Hypothesenbildung zu verlangen, dass die rechtmäßige Beweiserhebung sodann mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit erfolgt wäre.¹⁰⁸⁸ Andere verlangen dagegen nur eine einfache Möglichkeit der erfolgreichen Beweiserhebung¹⁰⁸⁹ oder, dass das rechtmäßige Auffinden des Beweismittels wahrscheinlicher gewesen wäre als das Gegenteil¹⁰⁹⁰. Bezieht man in die Entscheidung mit ein, dass die Folge der Berücksichtigung eines hypothetisch-rechtmäßigen Kausalverlaufs die Verwertbarkeit eines im Sinne der Schutzzwecktheorie durch die gesetzgeberische Wertung als eigentlich unverwertbar eingeordneten Beweismittels ist, so kann die bloße Möglichkeit einer rechtmäßig Beweiserlangung nicht genügen.¹⁰⁹¹ Wenn dieses

1086 Rogall, NStZ 1988, 385, 392.

1087 Rogall, NStZ 1988, 385, 392; Reichert-Hammer, JuS 1989, 446, 450; Roxin in: Jauernig/Roxin. Die Rechtsprechung des BGH, S. 97, mit Verweis auf die amerikanische inevitable discovery exception Rechtsprechung, die in dieser Frage in der Tat einen angemessen Weg weist, indem nur solche hypothetischen Kausalverläufe berücksichtigt werden, die in den Ermittlungen bereits angelegt waren; a.A.: Pelz, Beweisverwertungsverbote und hypothetische Ermittlungsverläufe, S. 154 f.

1088 Roxin, NStZ 1989, 376, 379; Eisenberg, Beweisrecht der StPO, Rn. 410; Rogall, NStZ 1988, 385, 392; Wolter, NStZ 1984, 276, 277; Fezer, JR 1991, 84, 87; Eder, Beweisverbote, S. 119; Kasiske, Jura 2017, 16, 22; Pelz, Beweisverwertungsverbote und hypothetische Ermittlungsverläufe, S. 153 f.; im Rahmen der Abwägungstheorie dazu auch BGH, NStZ 2016, 551, 552.

1089 BGHSt 32, 68, 71; BGHSt 34, 362, 364 f.

1090 Schlüchter, JR 1984, 517, 520; Hegemanns, ZIS 2016, 404, 411.

1091 Schröder, Beweisverwertungsverbote und die Hypothese rechtmäßiger Beweiserlangung, S. 118.

Korrektiv zur Verhinderung einer zu starken Beschneidung des Strafverfolgungsinteresse in Ausnahmefällen angewandt werden soll, darf jedoch auch bei Berücksichtigung der hypothetisch gesetzmäßigen Alternative der Schutz des Beschuldigten nicht einseitig vernachlässigt werden, weshalb entsprechend hohe Anforderungen an den Wahrscheinlichkeitsmaßstab zu stellen sind.¹⁰⁹² Diesen hohen Anforderungen kann nur durch das Erfordernis einer mit an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit genüge getan werden. Zusammenfassend sollte daher zur Ermittlung eines unselbstständigen ungeschriebenen Beweisverwertungsverbotes im Grundsatz auf die Schutzzwecklehre zurückgegriffen werden. Um allerdings „glückliche Fügungen“ nicht zugunsten des Beschuldigten ausfallen zu lassen, soll – sofern mit der Eigenart der verletzten Norm vereinbar – auf einer zweiten Stufe unter Zuhilfenahme einer restriktiven Anwendung der Figur vom hypothetischen-rechtmäßigen Kausalverlauf ein Korrektiv angesetzt werden. Voraussetzung hierfür ist, dass bei einer konkreten Hypothese das konkrete Beweismittel zum damaligen Zeitpunkt unter Beachtung der bisher erlangten Erkenntnisse der Strafverfolgungsbehörden mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit auch rechtmäßig erlangt worden wäre. Unanwendbar bleibt das Korrektiv stets bei einem vorsätzlichen oder bewussten Missachten der Beweiserhebungsvorschriften durch die Strafverfolgungsbehörden.¹⁰⁹³ Solche eklatanten Rechtsverstöße durch Ermittlungsbeamte dürfen in einem Rechtsstaat nicht zuletzt deshalb nicht geduldet werden, um Umgehungsstrategien der Strafverfolgungsbehörden zu vermeiden.¹⁰⁹⁴ Nicht die Unverwertbarkeit eines in Folge eines solchen Verstoßes erlangten Beweismittels sondern der mit der Verwertung eines solchen kontaminierten Beweismittels einhergehende Vertrauensverlust in das rechtsstaatliche Ermittlungsverfahrens würde ein Effektivitätsverlust der Strafverfolgung befürchten lassen.¹⁰⁹⁵

Dass der BGH aller Voraussicht nach das Entstehens eines unselbstständigen ungeschriebenen Beweisverwertungsverbotes weiter von der Abwägungsdoktrin abhängig machen wird, bleibt daher überaus kritisch zu betrachten. Insbesondere wäre eine Rückkehr des BGH zu einer von Schutz-

1092 Schröder, Beweisverwertungsverbote und die Hypothese rechtmäßiger Beweiserlangung, S. 121.

1093 So auch Roxin, NStZ 1989, 376, 379; FS-Roxin 2001/Wolter, 1141, 1161, Fn. 51; Schneider, NStZ – Sonderheft 2009, 46, 47.

1094 Park, Durchsuchung und Beschlagnahme, Rn. 393; Schneider, NStZ 2016, 553, 555.

1095 BGHSt 51, 285, 297; Voßkuble in: Handbuch der Grundrechte, § 131, Rn. 114, Fn. 493.

§ 5 Verwertbarkeit

zweckerwägungen getragen Entscheidung auch eine Rückkehr zu seiner eigentlichen Aufgabe, die zweifelsohne nicht in undurchsichtigen kasuistischen – vielmals rechtspolitisch geprägten – Abwägungsentscheidungen, sondern in der rechtskonformen Umsetzung und Aufrechterhaltung des gesetzgeberischen Willens zu sehen ist.

4) Konsequenzen für mögliche Konstellationen beim Zugriff auf einen Sprachassistenten¹⁰⁹⁶

Die dargestellten Ansätze zur Entstehung eines unselbstständigen Beweisverwertungsverbotes erlangen in verschiedenen Szenarien schließlich auch im Rahmen der mithilfe von Smart Speakern und den hiermit verknüpften Sprachassistenten gewonnenen Informationen Relevanz.

a) Fehlende richterliche Anordnung

Sowohl im Rahmen der Anordnung einer Maßnahme gem. §§ 100a ff. StPO als auch bei einer offenen Maßnahme gem. §§ 94 ff. StPO haben die Ermittlungsbehörden grundsätzlich eine richterliche Anordnung einzuholen, §§ 100e Abs. 1, 2, 105 Abs. 1 StPO. Im Falle der Aufzeichnung eines Telefongesprächs, die bewusst ohne Einschaltung des zuständigen Richters erfolgte, ging der BGH von der Unverwertbarkeit der dadurch erlangten Beweise aus.¹⁰⁹⁷ Auch bei einem bewussten Zuwarten der Strafverfolgungsbehörden bis zu einem Zeitpunkt, zu dem eine richterliche Anordnung nicht mehr rechtzeitig zu erreichen war und sodann auf die Ausnahmeregelung „Gefahr im Verzug“ abgestellt wurde, nahm der BGH eine Unverwertbarkeit der Beweise an, da die Voraussetzung zu Annahme von Gefahr im Verzug vorsätzlich herbeigeführt wurden und damit die richterliche Anordnungskompetenz untergraben werden sollte.¹⁰⁹⁸ Zur Korrektur soll in solchen Fällen der groben Verkennung der vorgeschriebenen Anordnungskompetenz auch ein Rekurs auf die Figur des hypothetisch rechtmäßigen Kausalverlaufs selbst dann nicht in Betracht kommen, wenn ein mit der Sache befasster Richter einen entspre-

1096 Bzgl. diverser Anwendungsbeispiele vgl. *Hombrecher*, JA 2016, 457 ff.

1097 BGHSt 31, 304, 306.

1098 BGHSt 51, 285, 292, Rn. 24, m.w.N.

chenden Beschluss erlassen hätte.¹⁰⁹⁹ Der Richtervorbehalt wäre sinnlos, wenn er vorsätzlich umgangen werden könnte und dies anschließend unter Zuhilfenahme der Figur des hypothetischen Ermittlungsverlaufs korrigiert würde. Vielmehr entstünde dann sogar ein Ansporn, die Ermittlungen, ohne die Einschaltung des Richters effizienter zu gestalten.¹¹⁰⁰ Eine solche grobe Verkennung des Richtervorbehalts ist regelmäßig dann anzunehmen, wenn die Strafverfolgungsbehörden die Einholung einer richterlichen Anordnung nicht einmal erwogen haben oder die Strafverfolgungsorgane rechtsmissbräuchlich untätig zugewartet haben, bis die Voraussetzungen von Gefahr im Verzug tatsächlich vorlagen.¹¹⁰¹ Fraglich bleibt aber, wie mit einer aufgrund von Fahrlässigkeit fehlenden richterlichen Anordnung umgegangen werden soll.

Folgt man – wie hier vorgeschlagen – der Schutzzwecktheorie, ist in dem einen wie dem anderen Fall entscheidend, worin der Schutzzweck des Erfordernisses einer richterlichen Anordnung zu sehen ist. Dieser gründet auf dem Schutz der jedem Beschuldigten zustehenden Rechte, deren Einhaltung und Gewährleistung nicht allein dem die Maßnahme vornehmenden Beamten überlassen sein darf. Bereits an dieser Stelle müssen die durchgeführte Maßnahme von vornherein richterlich in einer angemessenen Weise begrenzt und kontrolliert werden.¹¹⁰² Mithin liegt der Sinn des Richtervorbehalts in einer präventiven richterlichen Kontrolle in Form eines gewissermaßen vorbeugenden Rechtsschutzes.¹¹⁰³ Dieser Schutzzweck gilt gleich, ob es sich um einen vorsätzlichen oder nur fahrlässigen Verstoß gegen die Anordnungsvoraussetzung handelt. Unter Zugrundelegung der oben genannten Lösung muss daher auch das aus einem nur leichten Verstoß gegen die Anordnungskompetenz resultierende Beweisstück auf der ersten Ebene unverwertbar bleiben. Anschließend wäre allenfalls denkbar, mittels der Figur des rechtmäßigen-hypothetischen Ermittlungsverlaufs zu einer Unbeachtlichkeit des nur leichten Verfahrensverstoßes zu gelangen.¹¹⁰⁴ Dabei ist jedoch zu bedenken, dass schwer vorstellbar ist, wie die hypothetisch mögliche Einhaltung von formellen Verfahrensvorschriften bereits im Ermittlungsverfahren angelegt gewesen sein soll. Hinzukommt, dass ohnehin nicht lediglich der fehlerhafte Kausalfaktor in Form der

1099 BGHSt 31, 304, 306.

1100 BGHSt 51, 285, 295 f., Rn. 29.

1101 Brüning, HRRS 2007, 250, 253 f.

1102 BVerfGE 42, 212, 220.

1103 A.A.: Brüning, HRRS 2007, 250, 252 f.; Ameling/Mittag, NStZ 2005, 614, 616.

1104 So Roxin, NStZ 1989, 376, 379, a.A.: Jahn/Dallmeyer, NStZ 2005, 297, 304.

unterbliebenen Anordnung durch ein rechtmäßiges Handeln ausgetauscht werden kann. Neben diesen Umständen ist angesichts der ebenfalls zu fordernden Höchstwahrscheinlichkeit einer hypothetisch rechtmäßigen Beweiserlangung zu beachten, dass mangels eindeutiger Prognostizierbarkeit richterlicher Entscheidungen auch diese nicht zu erreichen wäre.¹¹⁰⁵ Schließlich kann eine richterliche Entscheidung nicht durch allgemeine Erfahrungssätze ersetzt werden.¹¹⁰⁶ Aufgrund des Grundsatzes des gesetzlichen Richters aus Art. 101 Abs. 1 GG müsste die Hypothese ausschließlich auf dem Urteil des damals zuständigen Ermittlungsrichters beruhen. Da her müsste der damals zuständige Ermittlungsrichter notwendigerweise im entsprechenden Hauptverfahren als Zeuge gehört werden. Es werden jedoch berechtigten Zweifeln bestehen, inwiefern dieser nach teilweise mehreren Jahren zwischen Ermittlungsverfahren und Hauptverhandlung noch eine belastbare Aussage darüber treffen kann, wie er unter ausschließlicher Beachtung der damals bekannten Informationen entschieden hätte. Hinzu kommt, dass der gerichtlichen Anordnung insbesondere bei Maßnahmen, die den Schutzbereich des Art. 13 GG tangieren, gem. Art. 13 Abs. 2, 3, 4 GG eine ausdrücklich normierte verfassungsrechtliche Notwendigkeit zukommt, die keinen nachträglichen Korrekturen zugänglich ist^{1107, 1108}. Die Figur des hypothetisch-rechtmäßigen Kausalverlaufs ist nach dem Wesen des Richtervorbehalts daher auf diesen ohnehin nicht anwendbar. Insofern muss ein ohne Beachtung des Richtervorbehalts erlangtes Beweisstück – sofern nicht die Voraussetzungen der Gefahr im Verzug vorlagen – im Hinblick auf den stets zu beachtenden Verstoß gegen die richterliche Anordnungskompetenz unverwertbar sein.¹¹⁰⁹ Indem der BGH ein

1105 *Beulke*, ZStW 1991, 657, 674.

1106 Mit *Ransiek*, StV 2002, 565, 570 könnte darüber lediglich dann diskutiert werden, wenn die Anordnung der Maßnahme die einzige rechtmäßige Entscheidung des Richters gewesen wäre, da sein Ermessen gewissermaßen auf Null reduziert war.

1107 *Park*, Durchsuchung und Beschlagnahme, § 2, Rn. 405; *Krekeler*, NStZ 1993, 263, 264.

1108 Letztlich muss jedoch auch einem lediglich einfachgesetzlich geregelten Richtervorbehalten bspw. nach § 100f Abs. 4, 100e Abs. 1, 3 StPO dieselbe grundrechtssichernde Wirkung wie den in Art. 13 GG verfassungsrechtlich normierten Richtervorbehalten zukommen. Insofern gilt folglich auch hinsichtlich deren Missachtung der gleiche strenge Maßstab, vgl. BVerfG, NJW 2007, 1345, Rn. 13; *Hüls*, ZIS 2009, 160, 167.

1109 Wolter in: SK-StPO, § 105 StPO, Rn. 79; *Fezer*, StV 1989, 290, 295; *Krehl*, JR 2001, 491, 494; ders., NStZ 2003, 461, 463 f.; *Mosbacher*, NJW 2007, 3686, 3687; *Asbrock*, StV 2001, 322, 324; *Ransiek*, StV 2002, 565, 570; *Hüls*, ZIS 2009, 160,

solches Verwertungsverbot auf „Sonderfälle schwerwiegender Rechtsverletzungen“ beschränkt, wird dieser im Rahmen seiner Abwägungslehre bei nicht vorsätzlichen oder willkürlichen Verstößen entgegen dem Schutzzweck der Norm weiterhin zu einer Verwertbarkeit der so erlangten Informationen gelangen.¹¹¹⁰

Gleichsam ist an dieser Stelle zu beachten, dass die in der Cloud gespeicherten Aufzeichnungen nicht nur durch eine Durchsuchung beim Betroffenen, sondern auch durch eine Beschlagnahme beim Dienstleistungsanbieter zu erlangen sind. Daher wäre zwar eine Verwertung der beim Betroffenen beschlagnahmten Audioaufzeichnungen nicht möglich, gleichwohl, wäre eine Verwertbarkeit der identischen Aufzeichnungen dann möglich, wenn zum Zeitpunkt der fehlerhaften Durchsuchung beim Betroffenen bereits eine Beschlagnahme der Audioaufzeichnungen unmittelbar beim Dienstleistungsanbieter konkret geplant war und folglich im Ermittlungsverfahren angelegt war. Sodann sind die zunächst beim Betroffenen beschlagnahmten Audioaufzeichnungen durch den begangenen Rechtsverstoß für den Prozess nicht „verbrannt“, sondern sind verwertbar, wenn die Audioaufzeichnungen alternativ durch die Beschlagnahme beim Dienstleistungsanbieter mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit erlangt worden wären. Dabei ist auch nicht zu befürchten, dass die Strafverfolgungsbehörden sich durch das Vorbehalten alternativer Ermittlungsvorgänge im Ermittlungsverfahren ein Sicherheitsnetzes hinsichtlich möglicher Verstöße spinnen könnten. Zum einen werden die Strafverfolgungsbehörden von der Rechtmäßigkeit ihres Vorgehens überzeugt sein und folglich die Notwendigkeit eines solchen doppelten Sicherheitsnetzes gar nicht für erforderlich halten. Zum anderen käme dieses Korrektiv ohnehin bereits nicht zur Anwendung, wenn die Ermittlungsbeamten wider Erwarten den Rechtsverstoß bei der Beweiserhebung in der vermeintlichen Sicherheit auf hypothetische, die Verwertbarkeit sichernde, Erwägungen bewusst in Kauf nähmen. Ferner müssen die alternativen Ermittlungsansätze

169; im Grunde auch *Wohlers*, StV 2008, 434, 440, der in Fn. 85 jedoch erwägt, ob eine Heilung durch den hypothetischen Ersatzeingriff erfolgen könnte.

1110 BGHSt 51, 285, 291; hierfür spricht auch, dass der BGH ausführt, dass „dem Aspekt eines möglichen hypothetisch rechtmäßigen Ermittlungsverlaufs [...] bei [...] solcher Verkennung des Richtervorbehalts keine Bedeutung zukommen [kann]“ (Hervorhebung durch Verfasser), wobei er sich auf eine bewusste und willkürliche Verkennung des Richtervorbehalts bezog und daher anzunehmen ist, dass dies bei einem bloß fahrlässigen Verstoß unterschiedlich zu bewerten wäre, BGHSt 51, 285, 296; BGH, StV 2016, 539, 540; in die gleiche Richtung tendiert *Amelung*, NJW 1991, 2533, 2536 f.

im Zeitpunkt des Rechtsverstoßes hinreichend konkret im Ermittlungsverfahren angelegt sein, sodass beispielsweise der bloße in der Ermittlungsakte festgehaltene Gedanke einer solchen Alternative nicht genügt.

b) Fehlende Ermächtigungsgrundlage

Denkbar erscheint auch, dass der Zugriff angesichts der dargestellten potenziellen Möglichkeiten auf eine falsche Ermächtigungsgrundlage gestützt wird. Zu erinnern ist an § 100a StPO, der – nach der hier vertretenen Auffassung – keinen tauglichen Gesetzesvorbehalt normiert. Es bleibt zu fragen, inwiefern dies die Verwertbarkeit der dadurch erlangten Informationen hindert. Dass jedenfalls eine fehlende Ermächtigungsgrundlage zu einem Beweisverwertungsverbot führt, entschied der BGH im Entführungsfall „Schleyer“, indem er die heimliche Aufnahme eines Gespräches außerhalb der förmlichen Vernehmung zwecks Stimmenvergleich mangels strafprozessualer Ermächtigungsgrundlage als unverwertbar einordnete.¹¹¹¹ Auch bei Zugrundelegung der Schutzzwecktheorie wäre in diesem Fall zu konstatieren gewesen, dass das Erfordernis einer einschlägigen Ermächtigungsgrundlage gerade schrankenlose Eingriffe in die Rechte des Betroffenen verhindern soll. Ohne einschlägigen Gesetzesvorbehalt erlangte Informationen müssen daher unverwertbar sein. Kennt die StPO bereits keine wenigstens theoretisch einschlägige Ermächtigungsgrundlage, kann folglich von vornherein auch nicht die Möglichkeit einer hypothetisch rechtmäßigen Beweiserlangung auf zweiter Stufe zum Zeitpunkt der Verwertung in Betracht gezogen werden.

c) Falsche Ermächtigungsgrundlage

Daran anknüpfend stellt sich die Frage, wie zu verfahren ist, wenn die Überwachung der aktiven Nutzung eines Sprachassistenten, nach hier vertretener Auffassung, zwar nicht nach § 100a StPO erfolgen kann, stattdessen aber – wie festgestellt – rechtmäßig im Zuge einer Live-Online-Überwachung nach § 100b StPO. Das gleiche Problem stellt sich bei einer Durchsuchung, die fälschlicherweise auf die falsche Eingriffsnorm (§ 102 StPO oder § 103 StPO) gestützt wurde. Im Unterschied zum Fall einer gänzlich fehlenden Ermächtigungsgrundlage kennt die StPO in die-

1111 BGHSt 34, 39, 43.

sen Fällen eine Ermächtigungsgrundlage, auf die die Ermittlungsmaßnahme hätte gestützt werden können. Ob der Fall einer tatbestandlich nicht einschlägigen Ermächtigungsgrundlage analog zum Fall einer gänzlich fehlenden Ermächtigungsgrundlage behandelt werden muss, hängt maßgeblich vom Verhältnis und den Voraussetzungen der entsprechenden alternativen Ermittlungsmöglichkeiten ab.

aa) §§ 102, 103 StPO

Sofern bei einer Durchsuchung nach § 102 StPO, die eigentlich auf § 103 StPO zu stützen gewesen wäre, ein Beweismittel erlangt wird, soll dieses nicht verwertet werden dürfen, da ansonsten die strengeren Maßstäbe des § 103 StPO missachtet würden.¹¹¹² Praktisch relevant wird dies beispielsweise dann, wenn gegen eine Person fälschlicherweise ein Anfangsverdacht i.S.d. § 102 StPO bejaht wird, obwohl ein solcher nicht vorlag und die Durchsuchung folglich nur unter den strengeren Voraussetzungen des § 103 StPO hätte erfolgen dürfen.¹¹¹³ Insofern soll das Erfordernis bestimmter tatbestandlicher Voraussetzungen den betroffenen Dritten davor bewahren, dass der ihm grundrechtliche gewährte Schutz nicht ohne das Vorliegen tatsächlicher Anhaltspunkte eingeschränkt wird. Erfolgt diese Einschränkung obwohl tatbestandliche Voraussetzungen nicht vorlagen, läuft dies dem von § 103 StPO ausgehenden Schutz entgegen, womit die erlangten Informationen nicht verwertbar wären.

Zu denken ist erneut an eine Unbedeutlichkeit aufgrund eines rechtmäßigen hypothetischen Ermittlungsverlaufes. Es ist abermals zu fragen, ob die Durchsuchung im konkreten Fall ihre Rechtsgrundlage in § 103 StPO hätte finden können, deren Voraussetzungen vor ihrer Durchführung vorgelegen hätten und folglich mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit auch eine solche Anordnung ergangen wäre.¹¹¹⁴ Da die §§ 102, 103 StPO im Kern die gleiche Maßnahme zu Gegenstand haben, würde in diesem Fall ein hypothetischer Wechsel der Ermächtigungsgrundlage nicht zu einem identitätsverändernden Austausch der Ermittlungsmaßnahme führen. Entscheidend ist somit, ob die zum Zeitpunkt der Durchsuchung beim vermeintlichen Verdächtigen vorliegenden Tatsachen, auch

1112 *Ciolek-Krepold*, Durchsuchung und Beschlagnahme im Wirtschaftsstrafverfahren, Rn. 101.

1113 *Krekeler*, NStZ 1993, 263, 265.

1114 So *Krekeler*, NStZ 1993, 263, 265.

eine Durchsuchung bei einem Dritten nach § 103 StPO legitimiert hätten und insofern auch diese Durchsuchung bereits im Ermittlungsverfahren angelegt war. Einfacher ist die Lösung im umgekehrten Fall, in dem eine Anordnung auf § 103 StPO gestützt wurde, obwohl diese auch nach § 102 StPO hätte ergehen können. In diesem Fall wird mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit davon ausgegangen werden können, dass bei einer durchgeföhrten Durchsuchung gem. § 103 StPO erst Recht die Möglichkeit der geringeren Voraussetzungen unterworfenen Durchsuchung nach § 102 StPO bereits im Ermittlungsverfahren angelegt war.¹¹¹⁵

bb) § 100a StPO

Anders stellt sich dies bei einer Überwachung der Sprachassistenznutzung auf Grundlage des § 100a StPO dar. Der dem Vorbehalt des Gesetzes in solchen Fällen immanente Schutzzweck würde eine Unverwertbarkeit auf diese Weise erlangter Informationen erfordern. Zwar gäbe es in Form des § 100b StPO auch hier eine alternative Ermächtigungsbefugnis, doch vermag dies an der Beachtlichkeit des rechtswidrigen Beweiserhebung nicht zu ändern. Zum Zeitpunkt der rechtswidrigen Aufzeichnung der belastenden Audioaufzeichnung war es aus faktischen Gründen nicht mehr möglich, diesen flüchtigen Gesprächsausschnitt hypothetisch noch auf andere Weise zu erlangen. Das Korrektiv des hypothetisch rechtmäßigen Ermittlungsverlaufes soll die Strafverfolgungsbehörden gerade nicht in die Vergangenheit zurückversetzen, um einen hypothetischen, die Identität der Ermittlungsmaßnahme ändernden Austausch der Ermächtigungsgrundlage zu ermöglichen, sondern lediglich fragen, ob die rechtswidrig erhobene Audioaufzeichnung – hätte es die rechtswidrige Maßnahme nicht gegeben – auch auf einem alternativen rechtmäßigen Wege noch erlangt worden wäre. Dies ist aufgrund der Flüchtigkeit der Aussage zu verneinen. Selbst wenn man einen solchen hypothetischen Austausch der Ermächtigungsgrundlage aber mit einer abstrakten Sichtweise zulassen wollte, könnte nicht mit der notwendigen „an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit“ davon ausgegangen werden, dass eine alternative Anordnung nach § 100b StPO ergangen wäre und so die entsprechende Audioaufzeichnung auch rechtmäßig erlangt worden wäre. Schließlich ist der über die Anord-

1115 Vgl. im Ergebnis auch BGHSt 28, 57, 60; KK/Brunns § 103 StPO, Rn. 3; Köhler in: Meyer-Goßner/Schmitt, § 103 StPO, Rn. 1; Ciolek-Krepold, Durchsuchung und Beschlagnahme im Wirtschaftsstrafverfahren, Rn. 102.

nung im Ermittlungsverfahren entscheidende gesetzliche Richter bei einer Maßnahme nach § 100a StPO im Vergleich zu § 100b StPO personenverschieden. Während gem. § 100eAbs. 1 StPO n.F. über eine Anordnung nach § 100a StPO der zuständige Ermittlungsrichter entscheidend,¹¹¹⁶ obliegt diese Entscheidung bei einer Online-Durchsuchung gem. § 100e Abs. 2 StPO einer in § 74a Abs. 4 GVG genannten Kammer des Landgerichts. Die hierfür zuständige Staatsschutzkammer entscheidet regelmäßig in der Besetzung mit drei Berufsrichtern, sodass der gesetzliche Richter des Beschuldigten bei einer Anordnung nach § 100b StPO im Unterschied zu einer Anordnung nach § 100a StPO aus drei Richtern besteht.¹¹¹⁷ Aufgrund der unterschiedlichen Zuständigkeit kann die mit an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit einer entsprechenden Anordnung – ungeachtet der ohnehin erheblich größeren Eingriffsintensität einer Anordnung nach § 100b StPO – nicht dadurch hergeleitet werden, dass wenn bereits eine Maßnahme nach § 100a StPO angeordnet wurde, auch eine solche nach § 100b StPO angeordnet worden wäre. Bei einem Zugriff auf einen Sprachassistenten nach § 100a StPO sind die dabei gewonnenen Beweismittel daher unverwertbar.

II) Selbstständige Beweisverwertungsverbote

Selbst wenn die Beweiserhebung schließlich im Einklang mit den strafprozessualen Ermächtigungsvorschriften erfolgte, bleibt möglich, dass faktisch Informationen vernommen wurden, die aus rechtsstaatlichen Gründen der Verwertung entzogen bleiben müssen. Bezuglich der selbstständige Beweisverwertungsverbote besteht Einigkeit dahingehend, dass diese aus den Grundrechten herzuleiten sind.¹¹¹⁸ Ebenfalls hinsichtlich selbstständiger Beweisverwertungsverbote relevant sind die Situationen, in denen es gänzlich an einer staatlichen Beweiserhebung fehlt, da die einschlägigen Beweise überhaupt nicht durch den Staat selbst, sondern durch Private erlangt wurden.¹¹¹⁹

1116 *Graf* in: BeckOK-StPO, § 100e StPO, Rn. 4.

1117 *Huber* in: BeckOK-GVG, § 74a GVG, Rn. 6.

1118 *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, Rn. 362, m.w.N.

1119 *Dautert*, Beweisverwertungsverbote und ihre Drittirkung, S. 11; *Volk/Engländer*, GK StPO, § 28, Rn. 35.

§ 5 Verwertbarkeit

1) Grundrechtsbeeinträchtigungen beim Zugriff auf Sprachassistenten

Voraussetzung für ein selbstständiges Beweisverwertungsverbot ist eine mit der Verwertung einhergehende, jedoch durch die mit der Verwertung verfolgten Ziele, nicht zu rechtfertigende Grundrechtsbeeinträchtigung. Insofern stellt sich die vorgelagerte Frage, inwiefern die Nutzung eines Sprachassistenten durch die Verfassung überhaupt geschützt ist.

a) Art. 13 GG

Art. 13 GG tritt insbesondere dann in den Vordergrund, wenn es im Rahmen einer Maßnahme gem. § 100c StPO zu einer Überwachung des Beschuldigten kommt. Daneben könnte Art. 13 GG jedoch auch bei einer Live-Überwachung gem. § 100b StPO zum Tragen kommen. Maßgeblich abhängig ist dies vom durch Art. 13 GG gewährten Schutzmfang.

aa) Schutzbereich Art. 13 GG

Der Schutzbereich aus Art. 13 Abs. 1 GG umfasst die Wohnung als Raum der individuellen Persönlichkeitsentfaltung sowie in ihrer fundamentalen Funktion dem Einzelnen ein Heim zu bieten.¹¹²⁰ Mittels dieser gewährleisteten Rückzugsmöglichkeit soll der Grundstein für ein persönliches und – dies wird noch zu klären sein – möglicherweise auch geschäftliches Verhalten gelegt werden. Schutzauftrag des Art. 13 Abs. 1 GG ist es dabei das fremde – zuvörderst staatliche – Eindringen in diesen Bereich zu verhindern. Dem Bürger soll und muss ein Recht zustehen, alleine und in Ruhe gelassen zu werden.¹¹²¹ Der Grundrechtsträger muss darüber entscheiden können, welche Informationen aus seinem persönlichen Rückzugsbereich Dritten Personen zugänglich sein sollen.¹¹²² Entscheidend für die Dispositionsbefugnis und damit auch für die Hürde eines staatlichen Zugriffs ist, welche Bereiche unter den Wohnungsbegriff des Art. 13 GG fallen.

¹¹²⁰ BVerfGE 120, 274, 309 f.; *Papier* in: Maunz/Dürig-GG, Art. 13 GG, Rn. 1; *Hufen*, Grundrechte, § 15, Rn. 3.

¹¹²¹ BVerfGE 32, 54, 75; BVerfGE 42, 212, 219; BVerfGE 51, 97, 110; BVerfGE 103, 142, 150 f.; *Kingreen/Poscher*, Grundrechte, Rn. 1004.

¹¹²² *Hermes* in: Dreier-GG, Art. 13 GG, Rn. 12.

(1) Weite Auslegung

Im Anschluss an eine richtungsweisende Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vertritt die Rechtsprechung und sich daran anschließend ein Großteil der Literatur eine sehr weite Auslegung des Wohnungsbumsfes.¹¹²³ Daraus folge, dass auch Arbeits-, Betriebs- und Geschäftsräume von Art. 13 GG umfasst seien. Zur Begründung wird zum einen ein historischer Rekurs bemüht, da bereits Art. 6 der preußischen Verfassung von 1850 und Art. 115 WRV von einem weiten Wohnungsbumsfiff ausgegangen sind.¹¹²⁴ Ferner spreche der Sinn und Zweck die Privatsphäre, die freie Entfaltung der Persönlichkeit umfassend zu schützen für eine weite Auslegung. Ein persönlichkeitsrelevantes Verhalten wird ebenso in Arbeits- oder Geschäftsräumen vorkommen.¹¹²⁵ Der teilweise unternommene Versuch einer Begrenzung des Schutzbereiches hin zu einem engen Wohnungsbumsfiff, der der umgangssprachlichen Bedeutung des Begriffes „Wohnung“ folgend lediglich Räume zum privaten Rückzug schützen wolle¹¹²⁶, fuße auf einer fehlerhaften Priorisierung des Wortlauts.¹¹²⁷ Insofern würde sowohl die seit mehr als einem Jahrhundert unverändert gebliebene weite Auslegung als auch die geschichtlichen Erfahrungen, die die Anfälligkeit gerade dieses Lebensbereichs gegenüber Eingriffen der öffentlichen Gewalt zeige, verkannt.¹¹²⁸ Ein Blick in die Entwicklung der Rechtsprechung zeigt zudem, dass zwischen dem Schutzmfang als solchem und der Intensität und Qualität dieses Schutzmanges zu differenzieren ist. Die Weite des Schutzbereiches hat zur Folge, dass an die Zulässigkeit von Eingriffen unterschiedlich hohe Anforderungen zu stellen sind. In Abhängigkeit der Nähe eines Ortes zur räumlichen Privatsphäre, werde lediglich bei Räumen, in denen sich das Privatleben im engeren Sinn abspielt, das Schutzbedürfnis vollumfänglich zum Tragen kommen. Wohingegen für reine Betriebs-, Geschäfts- oder Arbeitsräumen der staatlich zuerkannte Schutz in Abhängigkeit, von der nach außen gewährten Offenheit zurückgeht.¹¹²⁹ Auch bei Zugrundelegung eines weiten Begriffsverständnis wird für den Schutz des Art. 13 GG jedenfalls ein Mindestmaß an physischer

1123 BVerfGE 32, 54; Gornig in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 13 GG, Rn. 34.

1124 BVerfGE 32, 54, 69.

1125 BVerfGE 32, 54, 70 f.

1126 Stein/Frank, Staatsrecht, S. 293; Battis, JuS 1973, 25, 29 f., Behr, NJW 1992, 2125, 2126.

1127 BVerfGE 32, 54, 71 f.

1128 BVerfGE 32, 54, 71 f.

1129 BVerfGE 97, 228, 266.

und informationeller Abschottung aufweisender Bereich privaten Lebens und Wirkens gefordert.¹¹³⁰ Dennoch werden unter einem solch weiten Begriffsverständnis selbst Einkaufszentren oder gar Sportstadien als Wohnung i.S.d. Art. 13 GG angesehen.¹¹³¹

(2) Enge Auslegung

Einer strikten Wortlautorientierung entsprechend sollen bereits all jene Bereiche nicht vom Schutzbereich umfasst werden, die keine Wohnung im klassischen Sinne darstellen, mithin nicht zum dauerhaften Aufenthalt von Menschen bestimmt sind und daher nicht der privaten Lebensführung dienen. Geschäftsräume wie Banken oder Supermärkten fehle es an dieser Eigenschaft ebenso wie einem einfachen Besprechungszimmer.¹¹³² Sodann bliebe für sämtliche Betriebs- und Geschäftsräume allein der Schutz des Art. 2 Abs. 1 GG.

(3) Vermittelnde Ansichten

Vermittelnde Autoren wollen zwar grundsätzlich einen weiten Schutzbereich anerkennen, diesen jedoch im konkreten Fall von weiteren Voraussetzungen abhängig machen. So soll der Schutzbereich des Art. 13 GG nicht für Räumlichkeiten gelten, wenn über den Zugang zu diesen Räumen nicht individuell entschieden werden kann.¹¹³³ Der Art. 13 GG zugrunde liegende Schutz der räumlichen Privatsphäre bestehe jedenfalls dann, wenn Räume der Öffentlichkeit durch physische Grenzen entzogen sind. Der Grundrechtsträger muss die nach außen abgeschlossene Räumlichkeit faktisch gegenüber der Öffentlichkeit beherrschen.¹¹³⁴ Danach wäre beispielsweise ein Angestellter in seinem Büro oder etwa der Besprechungsraum einer Bank oder Kanzlei, die nicht ohne individuelle Prüfung dem Publikumsverkehr geöffnet sind, vom Schutzbereich umfasst. Im Unterschied zur weiten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

1130 So die Kasuistik des BVerfG zum Wohnungsbumpriff zusammenfassend *Gornig* in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 13 GG, Rn. 20; *Koranyi*, JA 2014, 241, 242.

1131 Vgl. BVerfGE 97, 228, 265; *Epping*, Grundrechte, Rn. 666.

1132 *Stein/Frank*, Staatsrecht, S. 293; *Battis*, JuS 1973, 25, 29 f., *Behr*, NJW 1992, 2125, 2126.

1133 *Ruthig*, JuS 1998, 506, 510; *Epping*, Grundrechte, Rn. 668.

1134 *Bode*, Verdeckte strafprozessuale Ermittlungsmaßnahmen, S. 186.

wäre dagegen die Schalterhalle der Bank oder der Einkaufsbereich des Supermarktes, die einem freien Zugang unterliegen und folglich nicht die Atmosphäre von Vertraulichkeit vermitteln, nicht geschützt.¹¹³⁵ Diese zusätzlichen Voraussetzungen stellen sicher, dass die grundrechtlich geschützten Räumlichkeiten entweder durch ein Vertraulichkeitsverhältnis zwischen Beschäftigten und Publikum oder dem persönlichem Rückzug geprägt sind. Derjenige der Geschäftsräume ohne Differenzierung öffnet, kann schlussendlich nicht einwenden, dass der Staat dort keinen Zugang haben dürfe.¹¹³⁶

(4) Stellungnahme

Betrachtet man Art. 13 GG im Lichte der gängigen Auslegungsmethoden, so stehen die Wortlautauslegung, die für ein enges Verständnis streitet, und die historische Auslegung, welche einem weiten Verständnis folgt, in einem offensichtlichen Widerspruch. Daneben wird allerdings sowohl eine systematische als auch eine teleologische Betrachtungsweise für eine weitere Auslegung streiten. Im Gesamtkonzept der Grundrechte sind diese grundsätzlich nicht anhand des gewöhnlichen Sprachgebrauchs, sondern anhand des durch sie verfolgten Zweckes auszulegen. Dieser liegt im weitesten Sinne bei einem jedem Grundrechte in der Wahrung der Persönlichkeit des Bürgers durch die Gewährung eines Bereiches frei von staatlicher Einflussnahme.¹¹³⁷ Sei dies durch das Recht offen seine Meinung zu äußern, frei seine Religion auszuüben oder seine Meinung im Rahmen einer Versammlung kundzugeben, so ist dies im Rahmen des Art. 13 GG das Recht an bestimmten Örtlichkeiten frei von der Beobachtung durch Dritte zu sein. Dieses zeitgleich ein Verlangen des Einzelnen darstellendes Recht kann nicht abrupt mit dem Verlassen der Wohnung im engsten Sinne enden. Gerade angesichts dessen, dass viele Berufstätige teilweise mehr als die Hälfte des Tages außerhalb der Wohnung im klassischen Sinne verbringen, muss auch das eigene Büro in einer Bank, Kanzlei oder einem Unternehmen oder das für ein vertrauliches Gespräch aufgesuchte Besprechungszimmer unter den Schutz des Art. 13 GG fallen. Letztlich werden dabei aber sowohl die weite Ansicht des Bundesverfassungsgerichts als auch die vermittelnden Ansichten in der Regel zu identischen Ergebnis-

1135 *Bode*, Verdeckte strafprozessuale Ermittlungsmaßnahmen, S. 186.

1136 *Bode*, Verdeckte strafprozessuale Ermittlungsmaßnahmen, S. 187.

1137 Vgl. zum Schutzzweck der Grundrechte, § 4, B), I), 2), b), cc), (2).

sen kommen. Während die weite Auffassung zwar nicht auf Ebene des Schutzbereichs, jedoch unmittelbar danach im Rahmen des tatsächlich bestehenden Gewährleistungsumfang ein Korrektiv in Form der unterschiedlich Intensität des Gewährleistungsumfangs ansetzt, will die vermittelnde Ansicht Räume die Grundrechtsträger gegenüber der Öffentlichkeit nicht beherrscht oder zu deren Zutritt er nicht individuell die Erlaubnis erteilt, von Beginn an vom Wohnungsbummel ausklammern. In der Tat erscheint es allerdings – auch unter dem Verweis auf die historische Rechtsprechung – den Wortlaut überzustrapazieren, wenn die weiteste Ansicht beispielsweise auch Supermärkte vom Schutzbereich umfasst wissen will. Ein aus Art. 13 GG folgender Kernbereichsschutz kann daher nur an solchen Orten (auch außerhalb der Wohnung im engen Sinne) bestehen, die der Grundrechtsträger unter seiner Herrschaft weiß und zu dem er die Eintretenden Personen individuell „einladen“ kann.

bb) Beeinträchtigung

(1) Im Rahmen einer Wohnraumüberwachung nach § 100c StPO

Werden die Sensoren eines Sprachassistenten im Rahmen einer Wohnraumüberwachung nach § 100c StPO manipulativ zur Überwachung der in einem Wohnraum stattfindenden Gespräche aktiviert, stellt dies auch im Hinblick auf eine potentielle Grundrechtsbeeinträchtigung einen analog zum „großen Lauschangriff“ zu beurteilenden Sachverhalt dar. Zwar handelt es sich beim hierzu notwendigen Aufspielen eines Abhörprogrammes über das Datennetz auf das Endgerät eines Sprachassistenten mangels physischer staatlicher Anwesenheit, noch nicht um eine Beeinträchtigung des Art. 13 GG. Dies ändert sich jedoch, wenn durch die Überwachung in der Wohnung ablaufende Vorgänge offenbart werden. Sodann werden aus den durch Art. 13 GG geschützten Wohnräumen Informationen gewonnen, die in diesem Bereich entstanden sind.¹¹³⁸ Eine besondere Bedeutung kommt an dieser Stelle Art. 13 Abs. 3 GG zu, der dahingehend zu verstehen ist, dass er die Erhebung von Informationen im Rahmen der akustischen Wohnraumüberwachung erst dann nicht mehr rechtfertigen kann, wenn durch die Ermittlungsmaßnahme in den durch Art. 13 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG geschützten unantastbaren Bereich der

1138 *Schlegel*, GA 2007, 648, 656.

privaten Lebensgestaltung eingegriffen würde.¹¹³⁹ Dies ist nach den oben aufgestellten Maßstäben zu beurteilen.

(2) Im Rahmen eines Zugriffs über § 100b StPO

Hinsichtlich der Aktivierung sensorischer Systeme des Sprachassistenten seitens der Strafverfolgungsbehörden wurde bereits ausgeführt, dass diese nicht auf Grundlage des § 100b StPO vorgenommen werden kann.¹¹⁴⁰ Anders stellt sich die Situation dar, wenn ein infiltriertes Gerät durch den Nutzer selbst aktiviert wird und das Mikrofon sodann eine Informationsabfrage zur Weiterleitung an die Server des Sprachassistenten aufzeichnet. Insofern ist zu fragen, ob die heimliche Ausleitung eines solchen Sprachbefehls im Rahmen einer Live-Online-Überwachung ebenfalls ein Eingriff in den Schutzgehalt des Art. 13 GG darstellen würde. Zunächst ist diesbezüglich festzustellen, dass es an einem Eingriff in den Schutzbereich des Art. 13 GG nicht bereits deshalb fehlt, da die Wohnung der Zielperson zur Durchführung dieser Maßnahme nicht betreten werden muss. Denn Art. 13 GG soll nicht nur die räumliche Privatsphäre schützen, sondern dem Einzelnen ebenso einen Bereich innerhalb seiner eigenen vier Wände zusichern, in welchem dieser in Ruhe gelassen wird.¹¹⁴¹ Notwendig um einen Eingriff in Art. 13 GG in Erwägung zu ziehen ist allerdings, dass sich das informationstechnische System in einem vom Schutzbereich des Art. 13 Abs. 1 GG erfassten Raum befindet.¹¹⁴² Diese Voraussetzung erachtet das BVerfG bei der Durchsuchung von Datenträgern mittels einer Spionagesoftware als problematisch. Es begründet dies damit, dass ein solcher Zugriff unabhängig vom Standort des betroffenen Systems innerhalb einer Wohnung erfolgen könne.¹¹⁴³ Insbesondere bei mobilen informationstechnischen Systemen wie Laptops, Personal Digital Assistants oder Mobiltelefonen sei der genaue Standort des infiltrierten Systems für die Ermittlungsmaßnahme ohne Bedeutung und darüber hinaus oftmals für die Behörden auch nicht erkennbar.¹¹⁴⁴ Vergleicht man nun diesem mit dem der Live-

1139 BVerfGE 109, 279, 318.

1140 Vgl. § 4, B) V), 2), e).

1141 BVerfGE 51, 97, 107; 103, 142, 150; 115, 166, 196.

1142 Kutsch, NJW 2007, 1169, 1170 f.

1143 BVerfGE 120, 274, 310 f.

1144 BVerfGE 120, 274, 310 f.; Gercke, CR 2007, 245, 250, der ferner darauf hinweist, dass in diesen Fällen auch keine „räumliche Barriere“ überwunden werden müsse.

Überwachung der Sprachassistentennutzung zugrunde liegende Sachverhalt, könnte daraus zu folgern sein, dass auch Sprachassistenten aufgrund ihrer Mobilität (sei es der mit dem Smartphone verbundene Sprachassistent Siri oder der mobile Sprachassistent Alexa) nicht vom Schutzbereich des Art. 13 GG umfasst seien. Dies ist für die Fälle, in welchen beispielsweise das komplette Smartphone des Betroffenen durchleuchtet werden soll, auch zutreffend. Sofern allerdings mittels einer Live-Online-Überwachung das Ziel verfolgt wird, die zwischen dem Betroffenen und seinem Sprachassistenten zukünftig ablaufenden Kommunikation zu erfassen, ist dieser, für die offline Durchsuchung des kompletten informationstechnischen Systems geltende Maßstab, nicht übertragbar. Im Unterschied zur offline Durchsuchung eines informationstechnischen Systems – für die der Standort des Systems tatsächlich ohne Belang ist – wird es zur Kommunikation mit dem Sprachassistenten grundsätzlich nur dann kommen, wenn der Betroffene sich an einem zurückgezogenen Ort aufhält, der in vielen Fällen dem weiten Wohnungsbummel des Art. 13 GG entsprechen wird. Dies nicht bereits deswegen, da zum einen zu beobachten ist, dass sich viele Bürger in der Öffentlichkeit vor der Kommunikation mit einem Sprachassistenten scheuen und zum anderen die für die Strafverfolgungsbehörden bedeutenden Informationsabfragen selten dann besprochen werden, während der Betroffene sich an einem öffentlichen Ort befindet. Aufgrund dieser, zur klassischen offline Durchsuchung eines Datenträgers mit gespeicherten Inhalten, unterschiedlichen Situation, wird die Live-Überwachung der Sprachbefehle – solange sich der Betroffene in einer durch Art. 13 GG geschützten Räumlichkeit aufhält – eine Überwachung von Vorgängen innerhalb der Wohnung darstellen.¹¹⁴⁵ Denn im Unterschied zur offline Online-Durchsuchung wird im Falle der Live-Online-Überwachung der private Rückzugsraum wie bei einer Durchsuchung oder einem Lauschangriff umfassend zur Informationserlangung genutzt.¹¹⁴⁶ Eine Verwertbarkeit der auf diesem Wege erlangten Informationen wird sich daher auch an Art. 13 GG messen lassen müssen.

1145 Vgl. BVerfGE 120, 274, 310; *Rux*, JZ 2007, 285, 292; *Guttenberg*, NJW 1993, 567, 569; *Becker*, NVwZ 2015, 1335, 1136; *Huber*, NVwZ 2007, 880, 883; *Sachs/Krings*, JuS 2008, 481, 483.

1146 Vgl. *Schlegel*, GA 2007, 648, 659.

(3) Im Rahmen einer Maßnahme nach § 110 Abs. 3 StPO

Fraglich könnte der Schutz des Art. 13 GG sein, wenn die Strafverfolgungsbehörden in Kenntnis der Cloudzugangsdaten gem. § 110 Abs. 3 StPO eine Sicherungskopie der in der Cloud gespeicherten Audioaufzeichnungen anfertigen. Hierzu wird vertreten, dass es für die Gewährleistung des Grundrechtsschutzes keinen Unterschied mache, ob unmittelbar eine Durchsuchung der Wohnung¹¹⁴⁷ und dabei auch eine Durchsicht der sich in dieser befindlichen informationstechnischen Systeme vorgenommen wird oder, ob über ein informationstechnisches System lediglich ein Zugriff auf ein externes Speichermedium erfolgt. Dieser Unterschied betreffe nur die Form der Datenübertragung und -speicherung, nicht die gespeicherten Daten selbst.¹¹⁴⁸ Bei dieser Betrachtung kommt allerdings zu kurz, dass im Falle eines staatlichen Zugriffs, der die Verbindung des betroffenen Systems zu einem Rechnernetzwerk ausnutzt, die durch die räumliche Abgeschlossenheit der Wohnung vermittelte Privatsphäre unberührt bleibt.¹¹⁴⁹ Der virtuelle Raum der Datenspeicherung ist faktisch kein Wohnraum i.S.d. Art. 13 GG.¹¹⁵⁰ Auch hinsichtlich der übrigen sich in der Wohnung befindlichen Gegenstände ist anzumerken, dass deren Schutz durch das Wohnungsgrundrecht nicht darauf gründet, dass sich diese Gegenstände in einer Wohnung befinden, sondern diese lediglich reflexartig deshalb geschützt sind, da ein physischer Zugriff auf diese Gegenstände (Aktenordner, externe Festplatte) nur durch einen Eingriff in das Wohnungsgrundrecht ermöglicht werden kann. Bei virtuell gespeicherten Daten ist dies gerade nicht der Fall, da diese auch durch einen entsprechenden Fernzugriff erlangt werden können.¹¹⁵¹ Es fehlt dem Wohnungsgrundrecht folglich an einem Bezug zu elektronischen Beweismitteln, die auf einem externen Server gespeichert sind. Sofern es um die Sicherstellung, die Beschlagnahme oder die Durchsicht von solchen Daten geht, ist Art. 13 GG selbst dann nicht betroffen, wenn auf den virtuellen Datenraum mittels eines Gerätes innerhalb der Wohnung des Betroffenen zugegriffen wird oder sich das Zielgerät im Bereich einer Wohnung befindet.

1147 Vgl. BVerfGE 103, 142, 150 f., wonach die physische Durchsuchung einer Wohnung mit einem erheblichen Eingriff in Art. 13 GG einhergeht.

1148 Buermeyer, HRRS 2007, 329, 333; Rux, JZ 2007, 285, 292 f.; Schaar/Landwehr, K&R 2007, 203, 204.

1149 Vgl. BVerfGE 120, 274, 310.

1150 Brodowski/Eisenmenger, ZD 2014, 119, 121.

1151 Schlegel, GA 2007, 648, 657.

§ 5 Verwertbarkeit

det.¹¹⁵² Die Eingriffswirkung beschränkt sich vielmehr auf die Dauer eines womöglich eintretenden Sachentzugs und ist folglich an Art. 14 GG zu messen. Davon ausgehend, dass auf dem Sprachassistenten die gewünschten Audioaufzeichnungen ohnehin nicht gespeichert sind, wird ein solcher Sachentzug durch eine förmliche Beschlagnahme des Endgeräts vor Ort regelmäßig entbehrlich sein. Das Anfertigen einer bloßen Sicherungskopie der auf der Cloud vorgefundenen Audioaufzeichnungen stellt daher sowohl unter praktischen Gesichtspunkten als auch unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten das mildestes Mittel und damit die zu präferierende Vorgehensweise dar. Eine Beeinträchtigung der Eigentumsgarantie aus Art. 14 GG erfolgt sodann ebenfalls nicht.

b) Art. 10 GG

Dass die Nutzung eines Sprachassistenten sowohl während des Übertragungsweges als auch nach Speicherung der Nachrichten in der Cloud durch Art. 10 GG geschützt ist, wurde bereits dargelegt.¹¹⁵³ Hingegen befinden sich die Audioaufzeichnungen vor dem Start eines Übertragungsvorganges ausschließlich auf dem Endgerät des Nutzers und damit noch in dessen alleiniger Herrschaftssphäre, sodass Art. 10 GG in diesem Stadium noch nicht einschlägig ist.

c) Computergrundrecht

Das Computergrundrecht stellt kein neues selbständiges Grundrecht dar, sondern wie das Recht auf informationelle Selbstbestimmung eine vom Bundesverfassungsgericht geschaffene konkretisierende Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts.¹¹⁵⁴ Es gewährleistet die Vertraulichkeit und Integrität der informationstechnischen Systeme, die „*Daten des Betroffenen in einem Umfang und in einer Vielfalt enthalten können, dass ein Zugriff auf dieses System es dem Staat [ermöglichen würde], einen Einblick in wesentliche Teile der Lebensgestaltung einer Person zu gewinnen oder gar*

¹¹⁵² BVerfG, NJW 2020, 384, Rn. 37; in die gleiche Richtung Beulke/Meininghaus, StV 2007, 63, 64; Schlegel, GA 2007, 648, 654 ff.

¹¹⁵³ Vgl. § 4, B), I), 2), b) cc); § 4, B), I), 2), c).

¹¹⁵⁴ Dreier in: Dreier-GG, Art. 2 Abs. 1 GG, Rn. 82.

ein aussagekräftiges Bild der Persönlichkeit zu erhalten“.¹¹⁵⁵ Im Lichte des IT-Grundrechts stellen sowohl das Endgerät des Benutzers vor Ort als auch der Sprachassistent in Form der Cloud des Dienstleistungsanbieters informationstechnische Systeme dar. Bei einer funktionalen Betrachtung verschmelzen das Endgerät sowie die durch den Dienstleistungsanbieter zu Verfügung gestellte Cloud zu einem einheitlichen informationstechnischen System im Sinne des IT-Grundrechts.¹¹⁵⁶

aa) Im Rahmen einer Wohnraumüberwachung nach § 100c StPO

Wie bereits dargestellt, kommt es bei der Infiltration eines Sprachassistenten zur Wohnraumüberwachung nach § 100c StPO mangels Berührungs punkten mit (bereits nicht vorhandenen) Daten auf dem Sprachassistenten zu keinem Eingriff in das IT-Grundrecht.¹¹⁵⁷

bb) Im Rahmen eines Zugriffs über § 100b StPO

Fraglich bleibt, ob in Fällen einer Live-Online-Überwachung nach § 100b StPO, in denen lediglich die durch den Sprachassistenten zur Weiterleitung an die Server aufgenommene Nachrichten, ausgeleitet werden, eine Beeinträchtigung des Computergrundrechts zu sehen ist. Im Unterschied zur Wohnraumüberwachung wird in einem solchen Fall der Sprachassistent nicht losgelöst von seiner eigentlichen Funktion als Wanze eingesetzt, sondern es werden konkret die Informationen ausgeleitet, die das informationstechnische System in seiner Funktion als Sprachassistent aufzeichnet hat. Zwar lässt sich während eines Zugriffs auf den Übertragungsweg nur eine deutlich geringere Menge an Daten abgreifen als dies bei einer umfassenden Durchsuchung eines kompletten Datenträgers der Fall wäre. Der Umstand, dass sich so nur aktuelle Daten erheben lassen und hingegen solche, die in der Vergangenheit, vor Beginn der eingreifenden Maßnahme generiert worden unberücksichtigt bleiben, bedeutet nicht, dass ein Zugriff auf den Übertragungsweg zwischen Endgerät und Cloud keinen Eingriff in den Schutzbereich des IT-Grundrechts dar-

1155 BVerfGE 120, 274, 314.

1156 Grözinger, Die Überwachung von Cloud-Storage, S. 160.

1157 Vgl. oben § 4, B), VI.

stellen kann.¹¹⁵⁸ Gestützt wird dies auch durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, das betont, dass auch nur flüchtige Dateien dem Schutzbereich des IT-Grundrechts unterfallen.¹¹⁵⁹ Ein Zugriff auf den Übertragungsweg zwischen dem durch den Nutzer benutzten Endgerät und der Sprachassistentenzcloud erfüllt daher grundsätzlich die Voraussetzungen eines Eingriff in den Schutzbereich des IT-Grundrechts.

Insofern ist allerdings zu beachten, dass das Ausfiltern der an den Sprachassistenten gerichteten Sprachbefehle und der darauf erhaltenen Antworten eine Überwachung des Beschuldigten darstellt, die ebenso durch Art. 10 GG geschützt ist.¹¹⁶⁰ Da der gleiche Sachverhalt sodann allerdings zwei unterschiedlichen grundrechtlichen Schutzbereichen unterfallen würde, ist deren Verhältnis zueinander zu klären. Der erste Senat ging in seiner Entscheidung zur Online-Durchsuchung von einem grundsätzlichen Vorrang des Telekommunikationsgeheimnisses aus, das den alleinigen grundrechtlichen Maßstab darstellt, sofern ein Vorgang laufender Fernmeldekommunikation vorliege.¹¹⁶¹ Dem schloss sich auch der zweite Senat an, der betont, dass der Schutz des IT-Grundrechts nur dann besteht, soweit andere Grundrechte, insbesondere Art. 10 GG, kein ausreichendes Schutzniveau gewährleisten können.¹¹⁶² In der BKAG-Entscheidung bestätigte das BVerfG schließlich nochmals seine aktuelle Rechtsprechung, dass ein Zugriff auf ein informationstechnisches System bei welchem durch rechtliche Vorgaben und technische Vorkehrungen sichergestellt ist, dass sich der Zugriff auf die Erfassung der laufenden Telekommunikation beschränkt, ausschließlich in das Telekommunikationsgeheimnis eingreift.¹¹⁶³ Dagegen betont das Gericht in einer nur unwesentlich späteren Entscheidung, dass es sich bei Art. 10 GG im Vergleich zum IT-Grundrecht regelmäßig um die „speziellere Garantie“ handelt.¹¹⁶⁴ Damit distanzierte sich das Bundesverfassungsgericht von der bestehenden Ansicht, dass das IT-Grundrecht sowie Art. 10 GG in einem Exklusivitätsverhältnis

1158 So auch Grözinger, Die Überwachung von Cloud-Storage, S. 161.

1159 BVerfGE 120, 274, 324.

1160 Vgl. § 4, B), I), 2), b) cc); § 4 B), I), 2), c).

1161 BVerfGE 120, 274, 309; Bantlin, JuS 2019, 669, 670.

1162 BVerfGE 124, 43, 57.

1163 BVerfGE 141, 220, Rn. 228.

1164 BVerfG, Beschluss vom 06. Juli 2016 – 2 BvR 1454/13 -, Rn. 42 = teilweise in NJW 2016, 3508 ff.

stunden¹¹⁶⁵ und bejahte die bloße Subsidiarität des IT-Grundrechts. Somit können zwar beide Schutzbereiche eröffnet sein, wobei das IT-Grundrecht allerdings durch das Telekommunikationsgeheimnis verdrängt wird und das staatliche Verhalten lediglich in den Schutzbereich des spezielleren Grundrechts einen zu rechtfertigenden Eingriff darstellt.

Wenn teilweise auch bei der Überwachung der Aktivitäten des Beschuldigten über das Internet eine Beeinträchtigung des Grundrechts auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme angenommen wird,¹¹⁶⁶ so kann dies unterschiedliche Gründe haben. Zum einen kann ein divergierendes Schutzbereichsverständnis des Art. 10 GG¹¹⁶⁷ zu der Situation führen, dass in der hier zugrunde liegenden Sachverhaltskonstellation bereits der Schutzbereich des Art. 10 GG nicht als eröffnet angesehen wird.

Zum anderen ist denkbar, dass außer Acht gelassen wird, dass der subsidiäre Schutz des IT-Grundrechts nur dann greift, wenn auf ein informationstechnisches System zugegriffen wird und dabei abgelegte Daten ohne Bezug zu einer telekommunikativen Nutzung des Systems erlangt werden.¹¹⁶⁸ Kommt es wie bei der Live-Überwachung der Nutzung des Sprachassistenten zu einer Überwachung der hierüber ablaufenden Internetkommunikation, wird ohne Zugriff auf den Sprachassistenten nur die während des Übermittlungsvorgangs vom Benutzer an den Server sowie die anschließend vom Server an den Nutzer übertragenen Daten in Kopie an die Strafverfolgungsbehörden ausgeleitet.¹¹⁶⁹ Die Situation stellt sich nicht derart dar, dass eine staatliche Stelle die Nutzung eines informationstechnischen Systems (daher die Erzeugung, Verarbeitung und Speicherung von Daten direkt auf dem informationstechnischen System)¹¹⁷⁰ als solche überwacht oder die Speichermedien des Systems durchsucht. Nur dann würde es sich um die Erfassung der Inhalte oder Umstände außerhalb der laufenden Telekommunikation handeln und das IT-Grundrecht wäre

1165 *Buermeyer*, StV 2013, 470, 475, der bei laufender Kommunikation eine Ausnahme vom Schutzbereich des IT-Grundrechts sieht und daher wohl von einem Exklusivitätsverhältnis ausgeht.

1166 LG Ellwangen, ZD 2014, 33, 36.

1167 *Grözinger*, Die Überwachung von Cloud-Storage, S. 171 f.; vgl. insofern die unterschiedlichen Ansichten zum Schutzbereich des Art. 10 GG, § 4, B), I), 2), b), cc).

1168 Zutreffend *Bär*, ZD 2014, 36, 38.

1169 Vgl. *Bär*, ZD 2014, 36, 38.

1170 BVerfGE 120, 274, 305.

§ 5 Verwertbarkeit

anstelle des Art. 10 Abs. 1 GG einschlägig.¹¹⁷¹ Da dies bei der hier vorliegenden Fallkonstellation jedoch nicht der Fall ist, wäre nach der hier vertretenen Auffassung zum Schutzbereichsverständnis des Art. 10 GG der durch diesen gewährte Schutz vorrangig.

cc) Im Rahmen einer Maßnahme nach § 110 Abs. 3 StPO

Anders könnte dies erneut im Rahmen eines Vorgehens der Ermittlungsbehörden gem. § 110 Abs. 3 StPO zu beurteilen sein. Bei der sodann erfolgten Datenerhebung aus der Cloud als komplexes informationstechnisches System besteht aufgrund der Vielzahl dort abgespeicherter Audioaufzeichnungen Potential für die Ausforschung der Persönlichkeit des Betroffenen.¹¹⁷² Allerdings soll das IT-Grundrecht bereits tatbestandlich nicht einschlägig sein, wenn eine staatliche Stelle aus einem informationstechnischen System die Daten auf einem technisch dafür vorgesehenen Weg erhebt.¹¹⁷³ Auch wenn sich die Strafverfolgungsbehörden im Wege des Keyloggings in Kenntnis der Zugangsdaten versetzen, um auf den zugangsgeschützten Cloud-Speicher des Betroffenen Webseite zuzugreifen, würden die Behörden die Inhalte in Form der Audioaufzeichnungen auf dem dafür vorgesehenen Weg durch einen Login zur Cloud zur Kenntnis nehmen.¹¹⁷⁴ Ferner wäre auch in diesem Fall der speziellere Schutz des Art. 10 GG zu beachten, der die infolge der Nutzung eines Sprachassistenten gespeicherten Nachrichten auch dann schützt, wenn die Nachrichten auf dem Server des Betreibers ruhen.¹¹⁷⁵ Selbst bei einer tatbestandlichen Einschlägigkeit würde das IT-Grundrecht hinter der Garantie des Art. 10 GG zurücktreten.¹¹⁷⁶

d) Das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung

Gewissermaßen als „Auffanggrundrecht“ hinter den dargestellten speziellen Schutzbereichen steht das allgemeine Grundrecht auf informationel-

1171 Vgl. BVerfGE 120, 274, 308.

1172 Vgl. BVerfGE 120, 274, 322.

1173 BVerfGE 120, 274, 341.

1174 BVerfGE 120, 274, 341.

1175 Vgl. § 4, B), I), 2), c).

1176 vgl. zur subsidiären Schutzfunktion des IT-Grundrechts, BVerfGE 120, 274, 302; BVerfGE 124, 43, 57; Gercke in: HK-StPO, § 100b StPO, Rn. 2.

le Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG. Dieses schützt personenbezogene Daten vor staatlichem Zugriff jedweder Form unabhängig von einem bestimmten Kommunikations- oder Lebensbereich.¹¹⁷⁷ In verschiedenen Ausgestaltungen beinhaltet es beispielsweise das Recht am eigenen Wort, dem eigenen Bild oder den Schutz der personalen Entfaltung.¹¹⁷⁸ Von besonderer Relevanz ist im Zusammenspiel mit dem Zugriff auf Sprachassistenten freilich das Recht am gesprochenen Wort des Betroffenen. Der hierdurch verbürgte Schutz hat primär die Garantie einer ungestörten Teilnahme am zwischenmenschlichen Kommunikationsprozess zum Inhalt.¹¹⁷⁹ Dadurch soll gewährleistet werden, dass der Grundrechtsträger im sozialen Leben unbefangen mit Dritten kommunizieren kann, ohne zu befürchten, dass seine vertraulichen, unbedachten oder spontanen Äußerungen aufgenommen und womöglich veröffentlicht oder gar in gerichtlichen Verfahren verwertet werden.¹¹⁸⁰ Der Einzelnen soll stets das Verfügungsrrecht über sein nicht öffentlich gesprochenes Wort in den Händen behalten, um selbst zu bestimmen, ob und wem seine privat gesprochenen Worte zugänglich sein sollen.¹¹⁸¹ Dies vermittelt dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht eine Ergänzungsfunktion gegenüber Art. 10 und Art. 13 GG, die die kommunikative Persönlichkeitsphäre nur bei Vermittlung über bestimmte Informationsträger oder innerhalb geschützter Räumlichkeiten erfassen.¹¹⁸² Entsprechend kann das gesprochene Wort außerhalb des Gewährleistungsumfangs von Art. 13 Abs. 1 GG alleine über Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG einem umfassenden grundrechtlichen Schutz unterliegen. Entscheidend ist insofern, dass aus Sicht des Betroffenen nicht die Gefahr besteht, dass andere Personen außer der von ihm bedachten den Inhalt seiner Äußerungen erfassen können. Hält sich der Betroffene in seinem PKW für vollkommen alleine und abgeschnitten von der Außenwelt, ist die Nichtöffentlichkeit dieser Situation einer solchen in einer Wohnung gleichzusetzen, sodass auch die Aufzeichnung des gesprochenen Wortes an diesen Stellen eine rechtfertigungsbedürftige Grundrechtsverletzung des Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG darstellt.¹¹⁸³ Der grundrechtliche Schutz des Betroffenen

1177 Pieper, JA 2018, 598, 602.

1178 Epping, Grundrechte, Rn. 631 ff.

1179 Di Fabio in: Maunz/Dürig-GG, Art. 2 Abs. 1 GG, Rn. 196.

1180 Di Fabio in: Maunz/Dürig-GG, Art. 2 Abs. 1 GG, Rn. 196; Kleib, Die strafprozessuale Überwachung der Telekommunikation, S. 54.

1181 BGH, NJW 1983, 1569, 1570; BVerfG, NJW 2020, 2699, Rn. 92.

1182 Di Fabio in: Maunz/Dürig-GG, Art. 2 Abs. 1 GG, Rn. 197.

1183 BGH, NJW 2012, 945, 946.

wird sich jedoch nur in solchen Fällen über Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG verwirklichen, in denen der Betroffene außerhalb des Art. 13 GG gem. § 100f StPO abgehört wird. Kommt es zum Ausleiten der Sprachbefehle während der aktiven Nutzung eines Sprachassistenten ist auch im Verhältnis zu Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG der speziellere Schutz des Art. 10 GG vorrangig.¹¹⁸⁴

2) Die Drei-Sphären-Theorie

Entscheidende Bedeutung im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung zur Rechtfertigung eines Grundrechtseingriffes und damit auch der Entstehung eines selbstständigen Beweisverwertungsverbotes kommt der drei-Sphären Theorie zu. Die These, dass das Bundesverfassungsgericht im Volkszählungsurteil seine „Sphären-Rechtsprechung“ aufgab,¹¹⁸⁵ hat sich bei Betrachtung diverser Urteile der neueren Rechtsprechung nicht bestätigt.¹¹⁸⁶ Die drei Sphären-Theorie unterscheidet zwischen Sozial-/ Privats- und Intimsphäre. Von der Betroffenheit der Sozialsphäre als „äußerste“ dieser drei Sphären wird gemeinhin gesprochen, wenn der Einzelne im Rahmen des öffentlichen Lebens mit anderen Gesellschaftsmitgliedern interagiert.¹¹⁸⁷ Hinsichtlich des durch diese Sphäre vermittelnden Grundrechtsschutzes ist festzuhalten, dass keine erhöhten Rechtfertigungsanforderungen zu stellen sind. Ein in einem formalen Gesetz zum Ausdruck kommendes öffentliches Interesse wird die Beschränkung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts in diesem Bereich regelmäßig rechtfertigen.¹¹⁸⁸ Im Unterschied hierzu reicht die Privatsphäre deutlich weiter in den Bereich der privaten autonomen Lebensgestaltung, in dem der Einzelne seine Individualität entwickeln und wahren kann. Damit werden typischerweise solche Handlungen erfasst, die öffentlich als unschicklich oder peinlich gelten und dadurch nachteilige Reaktionen der Mitmenschen auslösen würde.¹¹⁸⁹ Auch wenn sich ein entsprechendes Verhalten regelmäßig in den häuslichen Rückzugsraum verlagern wird, ist der Schutzbereich der

1184 BVerfGE 100, 313, 358; *Martini* in: v. Münch/Kunig, Art. 10 GG, Rn. 232.

1185 *Desoi/Knierim*, DÖV 2011, 398, 401; *Hornung*, MMR 2004, 3.

1186 Vgl. zum Caroline-von-Monaco-Urteil, BVerfGE 101, 361; zum Fall Esra BVerfGE 119, 1; Auskunft nach Vaterschaftsanfechtung vgl. BVerfGE 138, 377.

1187 BVerfG, NJW 2003, 1109, 1100; BGH, NJW 1991, 1532, 1533; *Starck/Paulus* in: v. Mangoldt/Klein/Stark, Art. 5 GG, Rn. 331.

1188 *Starck/Paulus* in: v. Mangoldt/Klein/Stark, Art. 5 GG, Rn. 331.

1189 BVerfGE 101, 361, 382.

Privatsphäre nicht ortsgebunden, sondern erstreckt sich auf all diejenigen Örtlichkeiten und Situationen, in denen objektiv erkennbar davon ausgegangen werden darf, dass man der Öffentlichkeit nicht ausgesetzt ist.¹¹⁹⁰ Entsprechend der sensibleren Inhalte, die der Privatsphäre zugeordnet werden, darf hier nur unter strikter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsprinzips eingegriffen werden. Wobei allerdings zu beachten ist, dass aufgrund der Disponibilität der einzelnen Sphären der Schutz entfallen wird, wenn der Betroffene freiwillig private Angelegenheiten der Öffentlichkeit zugänglich macht.¹¹⁹¹ Der Übergang der Betroffenheit der Privatsphäre hin zur Betroffenheit der Intimsphäre gestaltet sich bisweilen fließend. Dass eine Zuordnung hierbei nicht zweifelsfrei erfolgen kann, zeigt bereits, dass das Bundesverfassungsgericht Auseinandersetzungen mit sich selbst in Tagebüchern, die vertrauliche Kommunikation unter Eheleuten, sozial abweichendes Verhalten, den Sexualbereich oder Krankheiten grundsätzlich der Privatsphäre zuordnet.¹¹⁹² Für andere wiederum ist die Betroffenheit der inneren Gedanken- und Gefühlswelt sowie des Sexualbereichs grundsätzlich so eng mit der Menschenwürde verbunden, dass solche Vorgänge unter die unabwägbare Intimsphäre fallen müssten.¹¹⁹³ In einer neueren Entscheidung trennt schließlich das Bundesverfassungsgericht selbst nicht mehr zwischen Privat- und Intimsphäre, sondern verwendet die Begriffe scheinbar synonym.¹¹⁹⁴ Zurecht wirft Gless die Frage

1190 BVerfGE 101, 361, 383 f.

1191 BVerfGE 101, 361, 384 f.

1192 Vgl. m.w.N. BVerfGE 101, 361, 382.

1193 Starck/Paulus in: v. Mangoldt/Klein/Stark, Art. 5 GG, Rn. 329.

1194 BVerfGE 138, 377, Rn. 29; Dreier in: Dreier-GG, Art. 2 GG, Rn. 71; Hinsichtlich der terminologischen Abgrenzung zwischen dem Kernbereich und der Intimsphäre sprach das Bundesverfassungsgericht gerade in seiner älteren Rechtsprechung kaum vom Schutz des Kernbereiches, sondern zog stets die Sphärentheorie heran. In den letzten Jahren ist zunehmend auch vom Schutz des Kernbereichs die Rede. In die gleiche Richtung geht eine Gesetzesbegründung aus dem Jahre 2004, die den Begriff des „Kernbereichs“ gegenüber dem der Intimsphäre zu präferieren versucht, da dem Begriff der Intimsphäre eine nicht gewollte Enge anhaftet, die den Begriff im natürlichen Sprachgebrauch auf die Bereiche Sexualität und Nacktheit reduziere, vgl. BS-Drs. 15/2466, S. 4. Hinzu kommt, dass der Begriff der Intimsphäre weniger mit einer im Kern strafprozessualen, als vielmehr mit einer rein grundrechtlichen bzw. verfassungsrechtlichen Fallgestaltung assoziiert wird. Nicht zuletzt durch die Kodifizierung des Begriffs „Kernbereich“ in § 100d StPO wird dieser Begriff mit dem Strafprozessrecht in Verbindung gebracht. Letztlich führen sämtliche Versuche einer Abgrenzung jedoch nicht zu einem relevanten Mehrwert. Überhaupt gehen die Begrifflichkeiten der Intimsphären und des Kernbereichs

auf, ob die Drei-Sphären-Theorie als theoretisches Fundament für Beweisverbote auch in einer zunehmend digitalen Lebenswelt noch zeitgemäß ist.¹¹⁹⁵ Und in der Tat ist es zutreffend, dass die Kernunterteilung im Rahmen dieser Theorie in sozial-privat-intim auch zukünftig in den Entscheidungen des BVerfG fortentwickelt werden muss, um Schritt mit den Veränderungen des tatsächlichen Lebens halten zu können.¹¹⁹⁶ Zutreffend wurde in diesem Zusammenhang in der Entscheidung zur Online-Durchsuchung angedeutet, dass mit einer fortschreitenden elektronischen Erfassung Vernetzung der Daten die Unterscheidung zwischen sozial-privat-intim aufgrund Weiterentwicklung der Datenauslesbarkeit verwischt.¹¹⁹⁷ Es ist dadurch auch möglich aus sozialen Daten Persönliches zu rekonstruieren (z.B. ein Bewegungs- oder Persönlichkeitsprofil des Betroffenen).¹¹⁹⁸

3) Zwischenergebnis

Bei der Prüfung der Grundrechtsbetroffenheit im Rahmen der staatlichen Überwachung der Nutzung eines Smart Speakers sowie des dahinterstehenden Sprachassistenten, ist hinsichtlich der heimlichen Ermittlungsmaßnahmen primär zwischen der Überwachung nach der Aktivierung des Sprachassistenten durch den Betroffenen sowie der unabhängig davon erfolgten Überwachung zu unterscheiden. Erfolgt eine Live-Überwachung nach § 100b StPO im Rahmen derer die aufgezeichneten Sprachbefehle mitgehört werden, handelt es sich dabei um einen an Art. 10 GG zu messenden Eingriff. Eine Aufzeichnung, die unabhängig von der Aktivie-

auf dasselbe Konzept, mit dem übergeordneten Ziel, das aus der Menschenwürde entspringende allgemeine Persönlichkeitsrecht zu schützen, zurück. Bereits dies macht eine finale Abgrenzung entbehrlich. Will man dennoch möglicherweise bestehenden begrifflichen Missverständnissen vorbeugen, so ist anzuregen, im Rahmen der strafprozessualen Beweiserhebung, die sich an den Normen der StPO orientiert, auf die drei-Sphären-Theorie zu verzichten und in Übereinstimmung mit § 100d StPO stets vom Schutz des Kernbereiches zu sprechen, der inhaltlich freilich Parallelen zur Intimsphäre aufweisen wird und aufweisen darf, vgl. auch Rottmeier, Kernbereich privater Lebensgestaltung und strafprozessuale Lauschangriffe, S. 32. Die Untergliederung in verschiedene Sphären sollte bei der verfassungsrechtlichen Abwägung (bspw. beim Entstehen eines selbstständigen Beweisverwertungsverbotes) verbleiben.

1195 Gless, StV 2018, 671, 677.

1196 Gless, StV 2018, 671, 677.

1197 Gless, StV 2018, 671, 677.

1198 Hilgendorf/Valerius, Internetstrafrecht, Rn 766.

rung des Sprachassistenten ablaufende Gespräche gem. § 100c StPO oder § 100f StPO überwacht, bleibt im Falle der Wohnraumüberwachung naturgemäß an den Voraussetzungen des Art. 13 GG zu messen. Erfolgt die Überwachung dagegen beispielsweise während einer Wanderung sind Art. 13 GG mangels örtlichen Bezugspunktes sowie Art. 10 GG mangels aktiv eingeleiteter Telekommunikation mit dem Sprachassistenten nicht einschlägig. Es tritt daher die subsidiäre Gewährleistung der informationellen Selbstbestimmung in den Vordergrund, die auch in dieser Situation das Recht am eigenen Wort grundrechtlich sichert. Bedacht werden muss, dass die staatliche Infiltration eines informationstechnischen Systems zur Überwachung nicht pauschal mit einem Eingriff in das IT-Grundrecht gleichgesetzt werden darf. Vielfach wird ein ausreichendes Schutzniveau durch die spezielleren Grundrechte in Form der Art. 13 GG und 10 GG gewährleistet sein. Selbst wenn diese – wie im Falle des Spaziergangs – nicht einschlägig sind, kann das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, sofern es sich nicht um einem Zugriff auf gespeicherte ruhende Daten handelt, ein ausreichendes Schutzniveau für das gesprochene Wort bieten. Im Unterschied zum staatlichen Zugriff auf die Festplatten eines Computers, Smartphones und Notebooks oder zum Zugriff auf Cloud-Storage in Form einer Dropbox, kommt dem IT-Grundrecht bei der heimlichen Überwachung der Sprachassistentenzüberwachung in Echtzeit eine untergeordnete Rolle zu. Schließlich liegt der Schwerpunkt während der Sprachassistentenüberwachung eindeutig in der Überwachung des „Jetzt“ und nicht wie bei einem Zugriff auf einen physisch oder virtuelle Datenspeicher in der Vergangenheit.

Das IT-Grundrecht könnte lediglich dann Bedeutung erlangen, wenn im Rahmen eines umfassenden Zugriffs auf die in einer Cloud gespeicherten Audioaufzeichnungen – gleich ob im Wege einer Online-Durchsuchung des mit der Cloud verknüpften Computers oder einer offenen Durchsuchung mit anschließender Sichtung und Beschlagnahme beim Verdächtigen – auf sämtliche in der Cloud gespeicherten Audioaufzeichnungen zugegriffen würde. Sodann wird der Zugriff auf eine Sammlung ruhender Daten ermöglicht, die in ihrer Gesamtheit in der Lage sind, einen Einblick in die Lebensführung des Betroffenen zu gewähren. Die in der Cloud abgelegten Daten fallen folglich unbestritten unter den Schutzbereich des IT-Grundrechts.¹¹⁹⁹ Allerdings ist damit nicht gesagt, dass das IT-Grundrecht das einzige Grundrecht zum Schutze der in einer Cloud gespeicherten Audioaufzeichnungen darstellt. Auch das BVerfG ging in

1199 BVerfGE 141, 220, 303, Rn. 209; Gähler, HRRS 2016, 340, 345.

seiner Entscheidung zur Online-Durchsuchung nur deshalb von einem notwendigen Schutz durch das IT-Grundrecht aus, da sich die abgegriffenen Daten lediglich auf einem heimischen Rechner befanden und die Ermittlungsmaßnahme dadurch nicht an Art. 10 Abs. 1 Var. 3 GG zu messen war, womit ansonsten eine Schutzlücke bestanden hätte.¹²⁰⁰ Folglich muss stets am konkreten Sachverhalt geprüft werden, ob auch bei einem Zugriff auf vermeintliche ruhende Daten nicht der vorrangige Schutz durch das Fernmeldegeheimnis einschlägig sein könnte. Insofern wurde bereits festgestellt, dass der durch Art. 10 GG gewährte Schutz auch nach der Speicherung der Audioaufzeichnungen in der Cloud fortbesteht.¹²⁰¹ Es bleibt daher festzuhalten, dass der grundrechtliche Schutz der Nutzung eines Sprachassistenten, je nach den Gegebenheiten des Einzelfalls vollständig über die Art. 10 GG und Art. 13 GG sowie subsidiär über das Recht am eigenen Wort gewährleistet werden kann. Der grundrechtliche Schutz durch das IT-Grundrecht würde erst bei einer Schutzlücke, mithin soweit der Schutz nicht durch andere Grundrechte, wie Art. 10 GG, Art. 13 GG oder das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung gewährleistet werden kann, greifen.¹²⁰² Diese Schutzlücke wird regelmäßig erst erreicht sein, wenn Art. 10 GG mangels einer aktiv durchgeföhrten Telekommunikation, Art. 13 GG mangels dem fest zuzuordnenden Aufenthalt in einer hierdurch geschützten Räumlichkeit und das Recht auf informationelle Selbstbestimmung aufgrund eines Zugriffs auf einen ruhenden Datenbestand von erheblicher Bedeutung, keinen ausreichenden Schutz mehr gewährleisten kann.

4) Sonderkonstellation: Beweiserlangung durch Private

Von besonderer Brisanz in diesem Zusammenhang sind Situationen, in welchen die Beweismittel nicht primär durch einen Zugriff der Strafverfolgungsbehörden generiert werden, sondern diese sich lediglich die durch den Dienstleistungsanbieter erfolgten Aufzeichnungen zu Nutze machen. Denkbar sind hier die verschiedensten – im Folgenden zu beleuchtenden – Szenarien. Zu denken ist an den „klassischen“ Fall, in dem die Strafverfolgungsbehörden auf den Dienstleistungsanbieter zugehen und bei diesem die Audioaufzeichnungen aus der Cloud des Beschuldigten beschlagnah-

1200 BVerfGE 120, 274, 307 f.

1201 Vgl. § 4, B), I), 2), c).

1202 BVerfGE 120, 274, 302.

men. Eine weitere Fallgestaltung läge darin, dass ein zur Verbesserung der Sprachassistentensysteme angestellter Mitarbeiter des Dienstleistungsanbieters im Rahmen des Abhörens einer Audioaufzeichnung eine Straftat vermutet. Sodann stellt sich die Frage, ob diese Audioaufzeichnung, sofern sie vom Dienstleistungsanbieter den Strafverfolgungsbehörden unaufgefordert zur Verfügung gestellt wird, verwertbar ist. Daneben sind Situationen denkbar in denen der Sprachassistent, dass in der Wohnung gesprochene Wort ohne Wissen, mithin ohne Aktivierung durch die Nutzer aufgrund eines technischen Fehlers oder einer missverständlichen Aktivierung durch Raumgespräche oder Hintergrundgeräusche aufzeichnet.

a) Beschlagnahme aufgrund eines Anfangsverdachts

Unproblematisch gestaltet sich der Fall, in dem die Strafverfolgungsbehörden aufgrund eines Anfangsverdacht die in der Cloud gespeicherten Aufzeichnungen beim Betroffenen oder direkt beim Dienstleistungsanbieter beschlagnahmen. Sofern die Daten in der Cloud aufgrund einer aktiven Nutzung durch den Betroffenen gespeichert wurden entstehen keine weitergehenden Problematiken. Hinsichtlich des besonderen Inhalts der Audioaufzeichnungen, insbesondere sofern es sich dabei um Selbst- oder auch Zwiegespräche handelt, kann auf die obigen Ausführungen verwiesen werden. Eine Besonderheit stellt es hier einzig dar, dass das Beweisverwertungsverbot seine Grundlage sodann nicht in § 100d Abs. 2 StPO findet, da sich dieser lediglich auf Informationen bezieht, die durch Maßnahmen nach den § 100a StPO bis 100c StPO erlangt wurden. Stattdessen wird das den Kernbereich schützende Beweisverwertungsverbot in diesen Fällen unmittelbar aus den die Nutzung eines Sprachassistenten schützenden Grundrechte mithin der Verfassung abgeleitet (selbstständiges Beweisverwertungsverbot). An seiner Absolutheit vermag dies freilich nichts zu ändern.

b) Übermittlung einer autorisierten Aufzeichnung durch Dienstleistungsanbieter an die Strafverfolgungsbehörden

Problematischer stellt sich der Sachverhalt dar, wenn die Strafverfolgungsbehörden noch keinen Verdacht hinsichtlich einer bestimmten Person hatten und sodann ein mithörender Arbeitnehmer des Dienstleistungsanbieters diese Aufzeichnung der Polizei übermittelt. Die Beweisgewinnung

folglich nicht durch die Strafverfolgungsbehörden, sondern durch private (Wirtschaftsunternehmen) erfolgte. Wie eine solche „Beweisgewinnung durch Private“ zu behandeln ist, ist seit Jahren streitig und erreichte im Jahre 2008 im Zuge der Lichtensteiner Steueraffäre ihren wohl vorzeitigen Höhepunkt.¹²⁰³ In der Regel findet sich zu diesem Themenfeld in Rechtsprechung und Literatur der floskelartige Hinweis, dass sich die Normen der StPO nur an die staatlichen Strafverfolgungsorgane, nicht aber an Privatpersonen richten.¹²⁰⁴ Hieraus wird sodann gefolgert, dass rechtswidrig durch Private beschaffene Beweismittel verwertbar seien.¹²⁰⁵ Von diesem Grundsatz weicht die herrschende Meinung in drei Konstellationen ab: Erstens wenn die Erlangung des Beweismittels in krasser oder extremer Weise menschenrechtswidrig erfolgte, zweitens bei einem Eingriff in die Intimsphäre und drittens sofern der Staat durch die gezielte Beauftragung Privater Vorschriften der StPO umgehen wollte.¹²⁰⁶ Dieser Rechtsprechung wird durch Teile der Literatur entgegengehalten, sie verkenne durch ihr Abstellen auf den bloßen Adressatenkreis der StPO den eigentlich relevanten Anknüpfungspunkt der Entstehung eines selbstständigen Beweisverwertungsverbotes. Das für den Beschuldigten nachteilige, liege aus Sicht des im Zentrum stehenden Strafverfahrens weniger in der rechtswidrigen Beweisgewinnung, als vielmehr in dem den Beschuldigten eigentlich belastenden Akt der Verwertung, der wiederum unstreitig einen solchen hoheitlicher Natur darstelle.¹²⁰⁷ Diese Thematik würde im skizzierten

1203 Vgl. dazu im Detail ausführlich *Trüg/Habetha*, NStZ 2008, 481; *dies.* NJW 2008, 887.

1204 BGHSt 27, 355, 357; BGHSt 36, 167, 173; *Bader* in: KK-StPO, Vor. § 48 StPO, Rn. 52; *Diemer* in: KK-StPO, § 136a StPO, Rn 3; *Schmitt* in: Meyer-Goßner/Schmitt, § 136a StPO, Rn. 3; *Schneider*, NStZ 2001, 8, 12.

1205 BGHSt 27, 355, 357; BGHSt 36, 167, 173; *Schmitt* in: Meyer-Goßner/Schmitt, § 136a StPO, Rn. 3; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 24, Rn. 65; *Beulke/Swoboda*, Strafprozessrecht, Rn. 730; FS-Kleinknecht/Otto, 319, 338; FS-Spendel/Ranft, S. 719, 736; *Kaspar*, GA 2013, 206, 207.

1206 *Bader* in: KK-StPO, vor § 48 StPO, Rn. 52; *Wolter* in: SK-StPO, § 136a StPO, Rn 15; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 24, Rn. 65; *Beulke/Swoboda*, Strafprozessrecht, Rn. 730 ff.; *Kindhäuser*, StPO, § 23, Rn. 34 ff.; *Schmitt* in: Meyer-Goßner/Schmitt, § 136a StPO, Rn 3; vgl. zu möglichen Fällen der staatlichen Veranlassung auch *Stoffer*, Privatisierung des strafprozessualen Ermittlungsverfahren, S. 321 ff.; für eine ausführliche Darstellung der Thematik vgl. *Zeyher*, Strafprozessuale Beweisverwertung von privatem Videomaterial, S. 110 ff.

1207 *Trüg*, Lösungskonvergenzen trotz Systemdivergenzen, S. 311 f.; *Gropp*, StV 1989, 216, 220; *Dencker*, Verwertungsverbote im Strafprozess, S. 109; *Brunthöber*, GA 2010, 571, 587; *Dalakouras*, Beweisverbote und Intimsphäre, S. 272.

ten Fall allerdings nur dann von tragender Relevanz, wenn in der Art der Beweisgewinnung durch den Dienstleistungsanbieter ein rechtswidriger Akt zu sehen wäre. Der hierauf zu untersuchende Vorgang liegt in der auditiven und verschriftlichten Speicherung der Audioaufzeichnung in der eigenen Cloud. Sofern dieses Verhalten gar strafrechtlich relevant wäre, würde es sich in jedem Fall um eine rechtswidrige Beweisgewinnung durch Private handeln.

aa) § 201 Abs. 1 Nr. 1 StGB

Relevant wird hier § 201 Abs. 1 Nr. 1 StGB, der als Rechtsgut das gesprochene Wort schützt. Tatbestandlich erfordert § 201 StGB die Unbefugtheit der Aufzeichnung. Ohne weitergehende Auseinandersetzung mit diesem Tatbestandsmerkmal wird in der herkömmlichen Konstellation der bewussten Nutzung eines Sprachassistenten jedoch ein konkludentes Einverständnis mit der Speicherung der Aufzeichnungen in der Cloud zu sehen sein. Amazon weist seine Kunden beispielweise in den Nutzungsbedingungen ihrer Sprachassistenten drauf hin, dass zur Verarbeitung der Sprachbefehle eine Weiterleitung und Speicherung der Audioaufzeichnungen in der Cloud erfolgt.¹²⁰⁸ Wenn der Nutzer sodann trotz dieser Kenntnis in einen Informationsaustausch tritt, obwohl er dies ohne Konsequenzen auch unterlassen könnte, ist darin ein konkludentes Einverständnis zu sehen.¹²⁰⁹ Strafrechtlich ist in der Aufzeichnung des gesprochenen Wortes im Falle der bewussten Aktivierung aufgrund eines tatbestandsausschließenden Einverständnisses daher keine unbefugte Aufzeichnung zu sehen.¹²¹⁰ Mangels eines rechtswidrigen Beweisgewinnungsakts kommt der Thematik der rechtswidrigen Beweisgewinnung durch Private (hier durch Unternehmensangestellte) in diesem Fall keine Bedeutung zu.

1208 Vgl. <https://www.amazon.de/gp/help/customer/display.html?nodeId=201602230> (zuletzt abgerufen am 31.10.2021).

1209 Vgl. *Kühl* in: Lackner/Kühl, § 201 StGB, Rn. 11.

1210 Vgl. *Eisele* in: Schönke/Schröder, § 201 StGB, Rn. 13; *Graf* in: MüKo-StGB, § 201 StGB, Rn. 22; *Schünemann* in: LK-StGB, § 201 StGB, Rn. 9; andere gehen dagegen von einer rechtfertigenden Einwilligung aus *Fischer*-StGB, § 201, Rn. 10.

bb) § 206 StGB

Daneben könnte die Weitergabe der im Rahmen einer Anfrage an den Sprachassistenten aufgezeichneten Audiodateien durch Mitarbeiter der Dienstleistungsanbieter den Straftatbestand des § 206 Abs. 1 StGB erfüllen. Danach wird bestraft wer, unbefugt einer anderen Person eine Mitteilung über Tatsachen macht, die dem Post- oder Fernmeldegeheimnis unterliegen und die ihm als Inhaber oder Beschäftigtem eines Unternehmens bekanntgeworden sind, das geschäftsmäßig Post- oder Telekommunikationsdienste erbringt. Gem. § 206 Abs. 5 S. 2 StGB unterfällt dem Fernmeldegeheimnis der Inhalt der Telekommunikation und ihre näheren Umstände. Die entsprechenden Audioaufzeichnungen eines Sprachassistenten stellen damit ein taugliches Tatobjekt dar.¹²¹¹ Von der Strafnorm werden jedoch ausschließlich Unternehmen erfasst, die geschäftsmäßig Post- oder Telekommunikationsdienste erbringen. Dies liegt darin begründet, dass der Schutzzweck des § 206 StGB nicht der Schutz vor Indiskretion seitens des Kommunikationspartners (hier des Telemedienanbieters) ist, sondern der Schutz vor besonderen Gefahren im Rahmen der Übermittlung einer Nachricht.¹²¹² Auch wenn die Daten durch die alleinige Speicherung im Herrschaftsbereich des Telemediendienstleisters fortlaufend von Art. 10 GG gegen fremden Zugriff geschützt sind, liegt die Situation in dem Fall, in dem der Telemediendienstleistungsanbieter Nutzer- oder Inhaltsdaten bewusst an die Strafverfolgungsbehörden weitergibt so, dass dadurch lediglich das in den Telemedienanbieter gesetzte Vertrauen in einen ordnungsgemäßen Umgang mit den ihm übertragenen Inhaltsdaten enttäuscht wird.¹²¹³ Bei den Anbietern von Cloud Dienstleistungen zur Nutzung eines Sprachassistenten handelt es sich wie gesehen um Telemediendienstleister, die gem. § 1 TMG gerade nicht als Telekommunikationsdienstleister eingestuft werden können.¹²¹⁴ Eine Strafbarkeit der Mitarbeiter eines solchen Unternehmens scheidet im Fall der Übergabe entsprechender Informationen an die Strafverfolgungsbehörden ohne amtlich Anordnung de lege lata aus.

1211 Vgl. auch oben § 4, B., I), 2), b), cc).

1212 *Eisele* in: Schönke/Schröder, § 206 StGB, Rn. 6b; *Heger* in: Lackner/Kühl, § 206 StGB, Rn. 13; *Kargl*, in: NK-StGB, § 206 StGB, Rn. 17.

1213 *Müller*, Cloud Computing, S. 198.

1214 *Altenhain* in: MüKo-StGB, § 206 StGB, Rn. 21; vgl. oben § 4, B., IX), 2), b), cc), (2).

- c) Übermittlung einer nicht autorisierten Aufzeichnung an die Strafverfolgungsbehörden

Weit diffiziler stellt sich dies jedoch dar, wenn die Sprachaufzeichnung und damit die Speicherung der Audioaufzeichnungen in der Cloud ohne die bewusste Aktivierung des Sprachassistenten erfolgt. Dabei sind verschiedene Konstellationen denkbar. So ist denkbar, dass sich der Sprachassistent Alexa bei dem Rufen einer ähnlich heißen Person (bspw. Alexander oder Alexandra) oder durch Wahrnehmung der übrigen Aktivierungsworte „Computer“ und „Echo“ – beispielsweise durch Hintergrundgeräusche – aktiviert. In diesen Fällen fehlt es folglich an einer bewussten Aktivierung des Sprachassistenten durch den Betroffenen. Es ist zu fragen, ob dies auch etwas an der strafrechtlichen Wertung i.S.d. § 201 Abs. 1 Nr. 1 StGB zu ändern vermag.

aa) § 201 Abs. 1 Nr. 1 StGB

Tatbestandlich wird das gesprochene Wort unabhängig von der Art und Weise der Äußerung geschützt, solange es sich um eine unmittelbare, akustisch wahrnehmbare Äußerung von Gedankeninhalten mittels lautbarer Zeichen handelt.¹²¹⁵ Unter das gesprochene Wort fallen in diesem Sinne nicht nur das bewusst Gesprochene, sondern auch unbewusste Äußerungen im Rahmen eines Selbstgespräches.¹²¹⁶ Nichtöffentlich sind die Äußerungen, wenn sie nicht für einen größeren, nach Zahl und Individualität unbestimmten oder nicht durch persönliche Beziehungen miteinander verbundenen Personenkreis bestimmt oder durch diesen unmittelbar wahrnehmbar sind.¹²¹⁷ Dabei ist das gesprochene Wort auf einem Tonträger aufgenommen, wenn eine akustische Wiedergabe möglich ist.¹²¹⁸

Insoweit wäre die Nutzung eines Sprachassistenten – wie auch im obigen Beispiel – unter der Norm subsumierbar. Die Nutzung des Sprachassistenten an einem zurückgezogenen Ort erschafft eine Audiodatei, deren akustische Wiedergabe unproblematisch durch ein einfaches Abspielen

1215 Fischer-StGB, § 201 StGB, Rn. 3.

1216 Heuchemer in: BeckOK-StGB, § 201 StGB, Rn. 3.

1217 OLG Frankfurt a. M., NJW 1977, 1547; Schünemann in: LK-StGB, § 201 StGB, Rn. 8; Heuchemer in: BeckOK-StGB, § 201 StGB, Rn. 4.

1218 Eisele in: Schönke/Schröder, § 201 StGB, Rn. 11; Joecks-Studienkommentar, § 201 StGB, Rn. 5; Kargl in: NK-StGB, § 201 StGB, Rn. 10.

möglich ist. Entscheidend ist aber, ob die Aufzeichnung auch in diesem Fallbeispiel unbefugt erfolgt. Auf den in der Literatur herrschenden Streit zur dogmatischen Einordnung dieses Merkmals, soll hier, ob der vorliegenden Ergebnisgleichheit, nicht näher eingegangen werden: Zum einen könnte man dem Merkmal „unbefugt“ eine doppelfunktionelle Funktion einerseits zur Einschränkung des Tatbestands bei Aufnahmen mit Einverständnis und andererseits zur Bezeichnung des allgemeinen Deliktsmerkmals der Rechtswidrigkeit zuweisen.¹²¹⁹ Dem folgend könnte gegen ein die Unbefugtheit ausschließendes Einverständnis eingewandt werden, dass der Betroffene, sofern er sich einen smarten Assistenten kauft, mit dem Risiko einer unautorisierten Aufzeichnung rechnen muss. Insbesondere deshalb, da dieses Risiko auch in den Nutzungsbedingungen des Sprachassistenten Alexa explizit erwähnt wird.¹²²⁰ Eine solche Betrachtungsweise würde aber auf ein automatisches Abbedingen des Rechts auf informativelle Selbstbestimmung allein durch den Besitz eines Sprachassistenten hinauslaufen. Die Unbefugtheit kann damit erst bei einem Einverständnis im Sinne eines tatsächlich zustimmenden Willens des Sprechenden aufgehoben sein.¹²²¹ Ein solcher zustimmender Wille kann lediglich dann angenommen werden, wenn der Betroffene die Speicherung zur Bearbeitung seines Sprachbefehls als notwendigen Zwischenschritt in Kauf nimmt. Da der Betroffene in den beschriebenen Situationen allerdings nicht einmal Kenntnis von der gerade stattfindenden Aufnahme haben wird, kann ein solcher Wille bereits nicht vorliegen. Vielmehr ähnelt die Situation der einer heimlichen Tonbandaufnahme. Heimlich auch deswegen, da der Betroffene mangels Kenntnis der Aufnahme, auch keine Veranlassung sehen wird, bestimmte Audiodateien wieder aus der Cloud löschen zu wollen. Die nicht durch bewusste Aufforderung autorisierte Aufzeichnung seitens eines Smart-Home Geräts stellt damit diesen Literaturströmen folgend mangels Einverständnisses eine unbefugte Handlung i.S.d. § 201 StGB dar.

Zum anderen könnte man das Merkmal dagegen rechtfertigungstechnisch verstehen, sodass unbefugt handelt, wer ohne Rechtfertigungsgrund die Tathandlung begeht.¹²²² Auch bei dieser Sichtweise ergibt sich jedoch kein anderes Ergebnis. Sämtliche denkbaren Rechtfertigungsgründe schei-

1219 Vgl. *Eisele* in: Schönke/Schröder, § 201 StGB, Rn. 13.

1220 Vgl. <https://www.amazon.de/gp/help/customer/display.html?nodeId=201602230> (zuletzt abgerufen am 31.10.2021).

1221 *Eisele* in: Schönke/Schröder, § 201 StGB, Rn. 13; *Kargl* in: NK-StGB, § 201 StGB, Rn. 23; *Kühl* in: Lackner/Kühl, § 201 StGB, Rn. 11; *Wessels/Hettinger/Engländer*, Strafrecht BT I, Rn. 494; Baumann-FS/*Lenckner*, 135, 147 f.

1222 *Fischer-StGB*, § 201 StGB, Rn. 9; *Hoyer* in: SK-StGB, § 201 StGB, Rn. 34.

den in jedem Fall aus, da die Aufzeichnung durch den Dienstleistungsanbieter ohne subjektives Rechtfertigungselement erfolgt. Diesem war im entscheidenden Zeitpunkt der unautorisierten Aufnahme nicht bewusst, dass diese Aufzeichnung strafrechtlich relevante Inhalte zum Gegenstand haben könnte. Auch an eine rechtfertigende Einwilligung, die diese Ansicht im Falle der aktiven Nutzung des Sprachassistenten annehmen würde, ist in dieser Fallkonstellation nicht zu denken.

Gleichwohl wird in diesen Fällen keine Strafbarkeit der verantwortlichen Angestellten des Dienstleistungsanbieters vorliegen. Die Aufzeichnung wird regelmäßig nicht auf deren vorsätzliches Verhalten, sondern schlicht auf eine technisch (noch) nicht ausschließbare Fehlinterpretation seitens des technischen Endgeräts zurückzuführen sein. Dabei würde es auch zu weit gehen, diesen Personen einen Eventualvorsatz dahingehend zu unterstellen, solche nicht gewollten Aufzeichnungen billigend in Kauf nehmen. Daher ist zwar keine Strafbarkeit gegeben, gleichwohl indiziert die Vollendung des objektiven Tatbestands, dass die so erlangten Aufzeichnungen nicht im Einklang mit der Rechtsordnung entstanden sind.

bb) Voraussetzungen und Folgen einer rechtswidrigen Beweisgewinnung durch Private

Daher ist zu fragen, wann von einer rechtswidrigen Beweisgewinnung mit den skizzierten Folgeproblemen auszugehen ist. Bedarf es hierfür eines aktiven Beweisbesorgungsvorgangs durch Privatpersonen oder genügt es bereits, wenn die Beweise durch Privatpersonen beiläufig beschafft werden? Daran anknüpfend stellt sich die Frage, ob eine rechtswidrige Beweisgewinnung zwangsläufig mit einer strafbaren Beweisgewinnung einhergehen muss.

Bei einem Blick auf die hierzu bisher ergangene Rechtsprechung, die größtenteils zweckgerichtete Beweisbeschaffungsakte zu bewerten hatte,¹²²³ könnte man anzunehmen, dass ohne eine solche Zweckgerichtetheit bereits keine zu problematisierende rechtswidrige Beweisgewinnung durch Private vorläge. Dass die durch Privatpersonen generierten Beweise

1223 BVerfG, NStZ 2011, 103 (Zusammenstellung von Steuerdaten CDs); BGHSt 31, 304 (Aufzeichnung eines Gesprächs durch V-Mann); BGHSt 34, 362 (Ausfragen des Beschuldigten durch Mitgefängenen); BGHSt 52, 11 (Drängen eines verdeckten Ermittlers auf Aussage); BGH NStZ 2011, 596 (private Tonaufnahme durch Informantin; LG Düsseldorf, NStZ-RR 2011, 84 (Datendiebstahl).

aber auch bei fehlender Zweckgerichtetheit zum Ziel der Beweisgewinnung nicht losgelöst von der hier genannten Problematik verwertet werden können, zeigt eine Entscheidung, in welcher die von einer mit dem Angeklagten befreundeten Zeugin gefertigten Handy-Aufzeichnung der Tat gegen den Angeklagten verwertet werden sollte und im Zusammenhang hiermit ebenfalls die rechtswidrige Beweisgewinnung durch Privatpersonen thematisiert wurde.¹²²⁴ Dessen Freundin hatte die Videoaufzeichnung selbstredend nicht zum Zwecke der Beweisgewinnung für ein späteres Strafverfahren gegen ihren Bekannten angefertigt. Es ist daher für die Diskussion über eine möglicherweise die Verwertbarkeit ausschließende Beweisgewinnung durch Private nicht erforderlich, dass der Private (hier die handelnden Personen hinter dem Dienstleistungsanbieter) die Beweise zielgerichtet zum Zwecke der Strafverfolgung generieren wollte.

Ferner ergibt sich aus Rechtsprechung auch nicht, dass eine rechtswidrige Beweisgewinnung gleichbedeutend mit einer materiellen Strafbarkeit sein muss. Vielmehr bedeutet rechtswidrig einen generellen Verstoß gegen gesetzliche Vorschriften.¹²²⁵ Entscheidend ist an dieser Stelle, dass die verletzte Norm gerade dem Grundrechtsschutz des Betroffenen dient.¹²²⁶ Eine Aufzeichnung des gesprochenen Wortes ohne Autorisierung durch den Nutzer verletzt diesen daher grundsätzlich in seinem informationellen Selbstbestimmungsrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG.¹²²⁷ Diese Verletzung würde sich an anderer Stelle auch in einem zivilrechtlichen Unterlassungs- und Löschungsanspruch analog § 823 Abs. 1 BGB i.V.m. § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB widerspiegeln. Bekanntmaßen garantiert das aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG folgende allgemeine Persönlichkeitsrecht dem Einzelne grundsätzlich die alleinige Verfügungsgewalt, wer Besitz von den sein gesprochenes Wort manifestierenden Audioaufzeichnungen erlangen darf. Die Eigenschaft des allgemeinen Persönlichkeitsrechts als Rahmenrecht bringt zwar mit sich, dass nicht jede Beeinträchtigung eines solchen Rahmenrechte die Rechtswidrigkeit der Handlung indiziert, sondern diese von einer Güter- und Interessenabwägung im Einzelfall abhängig ist.¹²²⁸ Im Falle der unautorisierten Aufzeichnung, nicht für die Verarbeitung durch den Sprachassistenten bestimm-

1224 BGH, JR 2016, 542, 542.

1225 Vgl. Niehaus, NZV 2016, 551, 552.

1226 Niehaus, NZV 2016, 551, 552 f.; Bachmeier, DAR 2014, 15, 20.

1227 BVerfGE 34, 238, 246.

1228 Klass in: Erman-BGB, Anhang zu § 12, Rn. 11; Slizyk in: Slyzik, Handbuch Schmerzensgeld, Rn. 174.

ter Gespräche, sind jedoch – insbesondere, wenn diese Aufzeichnung in einem privaten Rückzugsort erfolgt – keine Gründe ersichtlich, wieso die Rechtswidrigkeit solcher Aufzeichnungen entfallen sollte. Die auf diesem Wege generierten Beweismittel stehen folglich in einem Widerspruch zu gesetzlichen Vorschriften und sind damit auch rechtswidrig erlangt. Der Umstand, dass mangels Vorsatzes keine Strafbarkeit vorliegt, kann im Rahmen der von der Rechtsprechung zur Ermittlung eines selbstständigen Beweisverwertungsverbotes herangezogen Abwägung maximal „verwertungsfördernd“ berücksichtigt werden, vermag aber an der rechtswidrigen Beweiserlangung nichts zu ändern.

(1) Lösung der Rechtsprechung und Teilen der Literatur

Von einem rechtswidrig gewonnenen Beweismittel ausgehend, würde die Rechtsprechung und sich ihr anschließend Teile der Literatur, sofern keine der ohnehin für ein Verwertungsverbot sprechenden Ausnahmen erfüllt sind, im Rahmen einer Abwägung entscheiden, ob ein Beweisverwertungsverbot angenommen wird.¹²²⁹ Für eine menschenrechtswidrige Beweisgewinnung fehlt es im hiesigen Beispiel an der erforderlichen Rechtsverletzungsqualität, weil die – zudem unbeabsichtigte Aufzeichnung von Gesprächen – in keiner Weise an die eklatanten Extremübergriffe wie Folter heranreichen kann. Ferner wurde die Aufzeichnung nicht staatlich veranlasst oder ein Privater gezielt mit der Beweisbeschaffung beauftragt, um die im Falle eines eigenen staatlichen Tätigwerdens bestehenden grundrechtlichen Verpflichtungen zu umgehen. Hieran könnte allenfalls zu denken sein, wenn der Dienstleistungsanbieter wiederholt oder dauerhaft eigenmächtig mittels nicht durch den Nutzer in Gang gesetzten Aufzeichnungen Beweismittel für staatliche Stellen generieren möchte und sich so zu einem selbsternannten „Hilfssheriff“ aufschwänge und dies durch die Behörden hingenommen würde.¹²³⁰ Die Rechtsprechung würde daher in der Regel nur über den Weg, dass die Verwertung des Materials einen

1229 Vgl. BGHSt 36, 167, 174; BGH, Beschluss vom 18.08.2020 – 5 StR 175/20; BGH, Beschluss vom 18.08.2021 – 5 StR 217/21; BVerfGE 34, 238, 242; auch der EGMR sieht in der Verwertbarkeit eines rechtswidrig durch eine Privatperson aufgezeichneten Gespräch kein Verstoß gegen den Grundsatz auf ein faires Verfahren, sofern die Rechte der Verteidigung gewahrt wurden und die Verurteilung nicht ausschließlich auf dem rechtswidrig erlangten Beweismittel beruht, vgl. EGMR, NJW 1989, 654, 656; Kohlhaas, DRiZ 1966, 286, 289.

1230 OLG Stuttgart, NJW 2016, 2280, 2282.

eigenen und ungerechtfertigten, da die Intimsphäre betreffenden, Grundrechtseingriff darstellt, zu einem Beweisverwertungsverbot gelangen. Von einer Betroffenheit der Intimsphäre würde die Rechtsprechung jedoch erneut nur bei einem Selbstgespräch ausgehen.¹²³¹ Gleichwohl entschied das Bundesverfassungsgericht, dass der mit der Verwertung einhergehende Eingriff in das Persönlichkeitsrecht beim Abspielen von rechtswidrig durch eine Privatperson aufgenommenen Tonbandaufnahmen, die einen Betrug und eine Steuerhinterziehung beweisen sollten, nicht im Rahmen der Verhältnismäßigkeit gerechtfertigt werden kann.¹²³² Dennoch – und dies betont das Gericht selbst, kann in anderen Fällen eine Abwägung unter Heranziehung des Strafverfolgungsinteresses in Form der Tatschwere und dem Umstand einer womöglich materiell nicht strafbewährten Beweisgewinnung zu einer Verwertbarkeit der auf diesem Wege erlangten Informationen führen.¹²³³

(2) Literaturstimmen

Kritisch zu beachten sei diese Rechtsprechung, da die einzige Schranke, die sie einer Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Informationen durch Private gegenüberstellt in den drei genannten Fallgruppen zu sehen ist. Tatsächlich stellen die Fälle der Menschenrechtsverletzung, Intimsphärenverletzung oder die bewusste Umgehung der Beweiserhebungsvorschriften durch die Einschaltung Privater krasse Ausnahmefälle dar. In einem Großteil der durch Private erlangten Beweismittel würde die damit möglicherweise einhergehende Rechtswidrigkeit aber schlicht übergangen. Daher wird teilweise gefordert, dass ein Beweisverwertungsverbot bei einer rechtswidrigen Beweisgewinnung durch Private dann vorliege, wenn dies auch nach der bei einer staatlichen Beweisgewinnung geltenden Rechtslage der Fall gewesen wäre.¹²³⁴ Wäre die Aufzeichnung entsprechend durch die staatlichen Strafverfolgungsbehörden erfolgt, stünde hierfür zwar eine hypothetische Ermächtigungsgrundlage in Form des § 100b StPO und § 100c StPO zur Verfügung, allerdings hatten die Behörden gerade keinen entsprechenden Anfangsverdacht, sodass eine entsprechende Beweiserhe-

1231 Vgl. § 5, A., I), 1), d), bb), (3).

1232 BVerfGE 34, 238, 249 ff.; vgl. auch FS-Jescheck/Herrmann, 1291, 1305; Jescheck, 46. DJT, Bd. I, 1, 48.

1233 BVerfGE 34, 238, 249 ff.

1234 Niehaus, NZV 2016, 551, 552; Rogall, ZStW 1979, 1, 42.

bung durch den Staat auf keine einschlägige Ermächtigungsgrundlage hätte gestützt werden können. Selbst wenn man mit der Rechtsprechung die Annahme eines Beweisverwertungsverbots auf der Basis von „Abwägungen“ bestimmen würde, wäre in dem Fall einer solchen anlasslosen, da ohne Anfangsverdacht, durchgeführten Überwachung ein Fall des willkürlichen Eingriffs in Grundrechte zu erblicken und die Annahme eines Verwertungsverbotes zwingend.¹²³⁵ Zur weiteren Kritik an der großzügigen Zulassung der Verwertbarkeit rechtswidrig durch Private erlangter Informationen wird in Teilen der Literatur auf das „Hehlereiargument“ zurückgegriffen: Im dortigen Kontext hat der Hehler dem Eigentümer die Sache zwar nicht selbst entwendet, dennoch wird die durch den Hehler geschaffene Perpetuierung der rechtswidrigen Situation durch die Rechtsordnung nicht milder bewertet als die entsprechende Vortat.¹²³⁶ Übertragen auf die hiesige Situation liegt in der Audioaufzeichnung zwar keine Straftat, gleichwohl kann die Quintessenz des Hehlereiarguments auf die hiesige Situation übertragen werden: Zwar hat der Staat die beweisgegenständliche Audioaufzeichnung nicht selbst generiert, dennoch perpetuiert dieser durch die Verwendung, die den Betroffenen in seinen Rechten verletzende Situation. Daran anknüpfend wollen vor allem die Vertreter der sog. Einheitsthese in Fällen der strafbewährten privaten Beweisgewinnung von einem Beweisverwertungsverbot ausgehen.¹²³⁷ Darüber hinaus finden sich in der Literatur eine Reihe an unterschiedlichen Ausgestaltungen zum Umgang mit rechtswidrig durch Private erlangten Beweismitteln. Während manche in der Verwertung solcher Informationen einen Verstoß gegen die Notwendigkeit eines fairen Verfahrens sehen,¹²³⁸ wollen andere analog § 136a StPO jedenfalls dann, wenn die private Geständniserlangung gegen § 136a StPO verstößt, von einem Beweisverbot ausgehen.¹²³⁹ Unabhängig der Qualität des für ein Beweisverbot geforderten Verhaltens

1235 Vgl. Niehaus, NZV 2016, 551, 552 zur anlasslosen Videoüberwachung des Straßenverkehrs; ders. DAR 2009, 632, 634.

1236 *Grundlach* in: AK-StPO, § 136a StPO, Rn. 13; *Schmidt-Leichner*, 46. DJT, Bd. 2, F 137, 139; *Schroeder/Verrel*, Strafprozessrecht, § 17, Rn. 132; *Hassemer/Matussek*, Das Opfer als Verfolger, S. 77; *Joerden*, JuS 1993, 927, 928; *Mende*, Grenzen privater Ermittlungen, S. 204 ff.; *Koriath*, Beweisverbote im Strafprozess, S. 102; *Sydow*, Kritik der Lehre von den Beweisverboten, S. 116.

1237 *Schmidt-Leichner*, 46. DJT, Bd. 2, F 137, 139; *Müssig*, GA 1999, 119, 138 f.; *Stoffer*, Privatisierung des strafprozessualen Ermittlungsverfahren, S. 479 f.

1238 *Kargl* in: NK-StGB, § 201 StGB, Rn. 28.

1239 *Eckhardt*, Private Ermittlungsbeiträge, S. 12 ff.; *Lesch*, GA 2000, 355, 369 ff.; FS-Stöckel/Jahn, 259, 280; *Gaede*, StV 2004, 46, 52; *Bung*, ZStW 2013, 536, 547.

Privater gehen die Vertreter einer Unverwertbarkeit – sofern die Voraussetzungen, die diese hierfür aufstellen erfüllt sind – davon aus, dass der Staat durch die Verwertung solcher rechtswidrig erlangter Beweismittel seine eigene Straflegitimation desavouieren würde.¹²⁴⁰

Ebenso finden sich auch in der Literatur Stimmen, die die großzügige Beweisverwertung rechtswidrig gewonnener Beweismittel durch Private nicht beanstanden wollen.¹²⁴¹ So sei es nicht Aufgabe des Verfahrensrechts Verfehlungen Privater zu ahnden.¹²⁴² Diesbezüglich erfülle der Staat seine (Schutz-) Pflicht durch das Durchsetzen des gegen den Beweisbeschaffenden entstandenen Strafanspruchs.¹²⁴³ Da jedoch die materiellen Strafgesetze gegen die der Private womöglich verstößt, keinen beweisrechtlich relevanten Schutzzweck verfolgen, könne sich daraus auch kein staatliches Verwertungsverbot ergeben.¹²⁴⁴ Im Übrigen würde eine Relevanz des privaten Rechtsverstoßes theoretisch dazu führen können, dass eine Privatperson ein Beweismittel unter Inkaufnahme einer eigenen Strafbarkeit gerade deshalb rechtswidrig beschafft, um dessen Unverwertbarkeit im Strafprozess zu bezwecken.¹²⁴⁵

cc) Strafbarkeit gem. § 201 Abs. 2 Nr. 1 StGB

Abschließend ist drauf hinzuweisen, dass die Aufzeichnung einer nicht autorisierten Audioaufzeichnung regelmäßig keine Strafbarkeit gem. § 201 Abs. 2 Nr. 1 StGB begründen wird. Auf Grundlage der im Gesetzgebungs-

1240 Vgl. *Stoffer*, Privatisierung des strafprozessualen Ermittlungsverfahren, S. 440.

1241 *Löffelmann*, Grenzen der Wahrheitserforschung, S. 221 f.; *Reeb*, Internal Investigations, S. 130; *Jäger*, GA 2008, 471, 493; *Kleinknecht*, NJW 1966, 1537, 1542; *Kaspar*, GA 2013, 206, 223.

1242 *Löffelmann*, Grenzen der Wahrheitserforschung, S. 221 f.; *Jäger*, GA 2008, 471, 493; *Kleinknecht*, NJW 1966, 1537, 1542; *Kramer*, Jura 1988, 520, 522; wenngleich die Fragwürdigkeit des Ergebnisses erkennend, dass die entsprechenden Informationen durch die Strafverfolgungsbehörden selbst nicht hätten erlangt werden können *Haffke*, GA 1973, 65, 83.

1243 *Jäger*, Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote, S. 223 f.; *Kaspar*, GA 2013, 206, 223.

1244 *Jäger*, Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote, S. 225; *ders.*, GA 2008, 471, 493; *Reeb*, Internal Investigations, S. 130; differenzierend mit dem Hinweis auf die leidende Rechtsstaatlichkeit, wenn Beweisergebnisse in die Hauptverhandlung eingeführt werden, die durch Straftaten gewonnen wurden, vgl. *Klug*, 46. DJT, Bd. 2, F 30, F 47.

1245 *Godenzi*, GA 2008, 500, 509.

verfahren verwendeten Definition eines Abhörgerätes, als besonderes Hilfsmittel, mit welchem „das gesprochene Wort über dessen Klangbereich hinaus durch Verstärkung oder Übertragung unmittelbar wahrnehmbar“ ist,¹²⁴⁶ ist das Endgerät des Betroffenen aufgrund der dadurch initiierten Übertragung der Aufzeichnung in die Cloud des Dienstleistungsanbieters, als Abhörgerät anzusehen. Dagegen verstand der BGH den Begriff des Abhörgerätes in einer älteren Entscheidung scheinbar enger und fasst hierunter den Einsatz verbotener technischer Mittel wie beispielsweise versteckt angebrachte Mikrofone, Richtmikrofone, drahtlose Kleinstsender sowie Vorrichtungen zum „Anzapfen“ von Telefonleitungen.¹²⁴⁷ Angeichts des stetigen technischen Fortschritts widerspräche es jedoch dem § 201 StGB immanenten Schutzzweck, Angriffe auf den geschützten Bereich der Persönlichkeit zu verhindern und die Kontrolle des Sprechenden über die Reichweite seiner Äußerungen zu gewährleisten¹²⁴⁸, wenn der Tatbestand auf bestimmte Gattungen technischer Geräte begrenzt würde.¹²⁴⁹ Vielmehr ist es erforderlich auch alltagsübliche Gegenstände, die beispielsweise mittels eines Mikrofons oder einer Kamera entsprechende Audioaufzeichnungen erzeugen können, als Abhörgerät i.S.d. § 201 Abs. 2 Nr. 1 StGB anzusehen.¹²⁵⁰ Jedenfalls erfordert die Tathandlung des Abhörens ein willensgesteuertes, gezieltes Verhalten.¹²⁵¹ Ein „zufälliges Mithören“ eines Gesprächs kann somit allenfalls dann tatbestandsmäßig sein, wenn der Zuhörende für das Abhörgerät entweder verantwortlich ist oder es (versehentlich) eingeschaltet hat.¹²⁵² An einem solchen Verhalten fehlt es in den hier zugrunde liegenden Fällen regelmäßig. Weder ist

1246 BT-Drs. IV/650, S. 332.

1247 BGHSt 39, 335, 343; BGHZ, NJW 1982, 1397, 1398.

1248 BGHSt 39, 335, 343.

1249 Fischer-StGB, § 201 StGB, Rn. 7a.

1250 Graf in: MüKo-StGB, § 201 StGB, Rn. 32; Eisele in: Schönke/Schröder, § 201 StGB, Rn. 19; Kargl in: NK-StGB, § 201 StGB Rn. 17; a.A.: Kühl in: Lackner/Kühl, § 201 StGB, Rn. 5; Hilgendorf/Valerius, Internetstrafrecht, Rn. 426, die unter Rekurs auf die Besonderheit des technischen Mittels, Gegenstände die zur „Standardausstattung“, daher alltagsüblich sind nicht als Abhörgerät einstuften wollen. Einig ist man sich insofern jedenfalls, dass Telefone in ihrer normalen Verwendung keine Abhöreinrichtungen darstellen, selbst wenn infolge einer Fehlschaltung oder einer anderen technischen Störung ein Mithören fremder Gespräche möglich ist, vgl. Graf in: MüKo-StGB, § 201 StGB, Rn. 33.

1251 Graf in: MüKo-StGB, § 201 StGB, Rn. 31; Wormer, Der strafrechtliche Schutz der Privatsphäre, S. 199 f.; Kargl in: NK-StGB, § 201 StGB, Rn. 16; Eisele in: Schönke/Schröder, § 201 StGB, Rn. 20.

1252 Graf in: MüKo-StGB, § 201 StGB, Rn. 31.

„der Dienstleistungsanbieter“ oder der die Audioaufzeichnung abhörende Angestellte für das sich in der ausschließlichen Verfügungsgewalt des Betroffenen befindlichen Endgerät verantwortlich noch haben Angestellte des Dienstleistungsanbieter das Endgerät durch eine aktive Handlung (verschentlich) aktiviert. Zur Aktivierung des Sprachassistenten kam es erst durch das Zusammenspiel einer aus der Sphäre des Betroffenen herrührenden Signal, das durch den Sprachassistenten auf technischer Grundlage missverständlich gedeutet wurde.

dd) Stellungnahme

Zuzustimmen ist der Rechtsprechung an dieser Stelle in einem übergeordneten, grundsätzlicheren Punkt. Im Unterschied zur Ermittlung eines unselbstständigen Beweisverwertungsverbotes ist es bei der Ermittlung eines selbstständigen Beweisverwertungsverbotes – mangels anderweitiger, den gesetzgeberischen Willen unmittelbar zum Ausdruck bringender Vorschriften – grundsätzlich sachgemäß, auf die Abwägungsdoktrin zurückzugreifen.¹²⁵³ Gleichwohl ist auch in dieser Abwägung die überproportionale Gewichtung des Kriteriums der Tatschwere zur Ermittlung des Strafverfolgungsinteresses kritisch zu sehen. Ohne für ein vollständiges Außenvorlassen dieses Kriteriums streiten zu wollen,¹²⁵⁴ darf es auch im Rahmen der selbstständigen Beweisverwertungsverbote nicht angehen, dass dieses zum alleinentscheidenden Kriterium zugunsten einer Verwertbarkeit manipuliert wird.

Im Grunde zutreffend ist ferner, dass die Beweiserhebungsvorschriften der StPO sich nicht an Private, sondern lediglich an die Strafverfolgungsbehörden richten.¹²⁵⁵ Folglich kann der eigentliche Akt der rechtswidrigen und dadurch im Widerspruch zu der StPO stehenden privaten Beweisgewinnung nicht Anknüpfungspunkt etwaiger Beweisverwertungsverbote sein. Gerade sofern mangels staatlicher Beweiserhebung ohnehin ein selbstständiges Beweisverwertungsverbot im Raum steht, welches sich nur aus Verfassung ergeben kann, kann der rechtswidrige Beweiserhebungsakt hierauf keinen unmittelbaren Einfluss haben. Auch wenn die rechtswidrige private Beweisgewinnung folglich als unmittelbarer Anknüpfungspunkt für das Entstehen eines solchen Beweisverwertungsverbots

1253 Beulke, ZStW 1991, 657, 678 f.

1254 so aber Kassing, JuS 2004, 675, 677.

1255 BGHSt 27, 355, 357; BGHSt 34, 39, 52; BVerfG, NJW 2011, 2417, Rn. 58.

tes ausscheidet, bedeutet dies nicht, dass dieser Makel nicht im Verfahren fortwirkt. Zu denken ist dabei an den hoheitlichen Akt der Verwertung eines solchen Beweismittels im Strafprozess, beispielsweise durch Abspielen der Audioaufzeichnung. Im Rahmen der hoheitlichen Verwertung eines rechtswidrig gewonnenen Beweismittels kann nicht außer Acht bleiben, dass sich der Staat durch die Verwertung dieses Beweismittel dieses zwangsläufig zu eigen macht und die mit der Beweisgewinnung einhergehende Rechtsverletzung des Betroffenen perpetuiert. Eine vollständige Trennung zwischen der Beweiserhebung und der anschließenden Beweisverwertung ist auch an dieser Stelle schlicht nicht möglich.¹²⁵⁶ Hinzukommend stellt es sich in der hier vorliegenden Situation nicht nur dar, dass der Staat eine rechtswidrige Situation lediglich aufrecht erhält (dem Betroffenen stünde ein zivilrechtlicher Löschungsanspruch hinsichtlich der rechtswidrig aufgezeichneten Datei zu), d.h. den rechtswidrigen Zustand nicht beseitigt, sondern durch die staatliche Verwertung des Beweismittels gar auf dem durch die rechtswidrige Beweisgewinnung entstandenen Unrecht durch die Verwertung weiter aufbaut. Das Vorspielen der Audioaufzeichnung in der Verhandlung stellt daher einen neuen, nicht lediglich privaten, sondern staatlichen Eingriff in die grundrechtlich geschützten Rechte des Betroffenen dar.¹²⁵⁷ Es erscheint überdies inkonsequent, wenn sich der Staat dabei gewissermaßen das Beweisergebnis „herauspickt“, während er mögliche damit durch die rechtswidrige Beweisgewinnung zusammenhängenden Rechtsverstöße schlicht ignorieren können soll.¹²⁵⁸ Dies gerade vor dem Hintergrund, dass die verfassungsrechtliche staatliche Pflicht der Wahrung der Rechtsordnung nicht nur das Verfolgen von Straftaten erfordert, sondern diese Pflicht auch die Gewährleistung eines effektiven Grundrechtsschutzes – der freilich auch dem Angeklagten Straftäter zu steht – umfasst. Diese auch gegenüber Zugriffen Privater bestehende staatliche Schutzpflicht wäre unvollständig, wenn Rechtsverstöße Privater prozessrechtlich gebilligt würden.¹²⁵⁹ Zur Vermeidung dessen ist der Makel der Beweiserlangung, deren Ergebnisse sich der Staat nun zu Nutze macht, im Rahmen der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung des mit der Verwer-

1256 Vgl. FS-Beulke/Bung/Huber, 655, 666.

1257 Beulke in: SSW-StPO, Einleitung, Rn. 321; vgl. Wölfel, Verwertbarkeit heimlicher privater Ton- und Bildaufnahmen, S. 108; Cornelius, NJW 2016, 2282, 2283.

1258 So auch Niehaus, NZV 2016, 551, 552, a.A.: Jansen, StV 2019, 578, 584.

1259 Wolter in: SK-StPO, § 136a StPO, Rn 13.

tung des bemerkten Beweismittels einhergehenden Grundrechtseingriff zu berücksichtigen.¹²⁶⁰

Sollte sodann die hoheitliche Verwendung eines rechtswidrig durch Private hervorgebrachte Beweismittels mit einem Beweisverwertungsverbot belegt sein, hat dies auch nichts mit einem – dem deutschen Strafprozessrecht in der Tat fremden – Disziplinierungsgedanken zu tun,¹²⁶¹ sondern verhindert schlicht, dass das mit der Beweisgewinnung begonnene private Unrecht sich in einem staatlichen Urteil zum Nachteil des Beschuldigten manifestiert. Die Möglichkeit, den strafrechtswidrig Beweismittel Beschaffenden selbst zu sanktionieren, vermag hieran nichts zu ändern,¹²⁶² denn dadurch würde lediglich das durch den Beweisbeschaffenden begangene Unrecht bestraft, nicht jedoch verhindert, dass dieses Unrecht in der hoheitlichen Beweisaufnahme erneut zu Tage tritt.

Anknüpfend daran soll der Umgang mit zielgerichtet rechtswidrig durch Private gewonnenen Beweismittel dahingehend modifiziert werden, dass zur Rechtfertigung des durch die Verwertung eines solchen Beweismittels erfolgten Grundrechtseingriffes und der damit korrespondierenden Entstehung eines (aus dem nicht zu rechtfertigenden Grundrechtseingriff folgenden) selbstständigen Beweisverwertungsverbotes erst auf einer „dritten Stufe“ auf eine Abwägung zurückgegriffen wird. Ausgehend von der drei-Sphären Theorie muss dabei erstens analog zum Kernbereich bei der Betroffenheit der Intimsphäre eine Rechtfertigung des mit der Verwertung einhergehenden Grundrechtseingriffes in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung stets abgelehnt werden und folglich ein selbstständiges Beweisverwertungsverbot angenommen werden.¹²⁶³ Bringen die privat erlangten Beweismittel mithin Informationen hervor, die in diese Sphäre einzuordnen sind, scheidet eine staatliche Verwertung in jedem Falle aus. Auch hier ist unter Einbeziehung der obigen Ausführungen zu beachten, dass ein Straftatenbezug in bestimmten Fällen (Selbstgespräch, beichtende / reflektierende Zwiegespräche) nichts an einer Zuordnung

1260 *Grünwald*, Das Beweisrecht, S. 163; *Götting*, Beweisverwertungsverbote in Fällen nicht geregelter Ermittlungstätigkeit, S. 298.

1261 *Gropp*, StV 1989, 216, 218, der unter einem Verweis darauf, dass die Disziplinierung der staatlichen Strafverfolgungsorgane nicht primäres Anliegen, sondern allenfalls Reflex der Verwertungsverbote ist, folgert, dass auch bei einer rechtswidrigen Beweisgewinnung durch Private kaum Lockerungen hinsichtlich der Verwertbarkeit anerkannt sind.

1262 So aber *Störmer*, Grundlagen der Verwertungsverbote, S. 118.

1263 *Müssig*, GA 1999, 119, 138, Fn. 67; *Gless* in: LR-StPO, § 136a StPO, Rn. 12; *Bockemühl*, Private Ermittlungen im Strafprozess, S. 125 ff.

zur Intimsphäre zu ändern vermag. Während die Rechtsprechung sodann in jeglichen Fällen, die lediglich die Privatsphäre betreffen, in eine Abwägung zwischen dem Strafverfolgungsinteresse und der Intensität des Grundrechtseingriffs eintreten würde, soll dies – nach der hier vorgeschlagenen Lösung – erst nach einem weiteren Zwischenschritt geschehen. Hinsichtlich der Beweiserlangung durch Private sind zwei Fälle zu unterscheiden.

Zum einen die strafbare Beweiserlangung durch Private und zum anderen die lediglich rechtswidrige, aber nicht strafbewährte Beweiserlangung durch Private. Während im ersten Fall eine Verwertbarkeit des so erlangten Beweismittels ebenfalls abwägungsresistent ausscheiden muss (mithin also der durch die staatliche Verwertung eines solchen Beweismittels ausgelöste Grundrechtseingriff nicht gerechtfertigt werden kann und damit erneut ein selbstständiges Beweisverwertungsverbot entstehen muss), kann lediglich im Falle einer einfach rechtswidrigen Beweiserlangung durch Private auf die Abwägungslehre zur Rechtfertigung des Grundrechtseintriffs zurückgegriffen werden.¹²⁶⁴ Für die Unabwägbarkeit im Falle der strafrechtswidrigen Beweiserlangung¹²⁶⁵ spricht, dass wenn der Staat mittels seines schärfsten Schwertes, des Strafrechts, strafrechtswidriges Ver-

-
- 1264 In diese Richtung geht auch die Abstimmung des 67. Dt. Juristentages (2008) in welcher sich eine klare Mehrheit der Teilnehmer für ein Beweisverwertungsverbot aussprachen, wenn die Erkenntnisse von Privatpersonen mit strafbaren Mitteln erlangt wurden. Für den Fall, in dem die Beweise durch Private mit sonstigen rechtswidrigen Mitteln erlangt wurden, sprach sich dagegen eine knappe Mehrheit gegen ein Beweisverwertungsverbot aus, vgl. Beschlüsse des 67. Dt. Juristentages, Band II, L. 70; Niehaus, NZV 2016, 551, Fn. 22; Müsing, GA 1999, 119, 138 f.; Stoffer, Privatisierung des strafprozessualen Ermittlungsverfahren, S. 479 f.; a.A.: Traub, Verwertbarkeit von Selbstgesprächen, S. 165; Jäger, GA 2008, 473, 493; Kaspar, GA 2013, 206, 211; Rogall, JZ 2008, 818, 828; Löffelmann, Grenzen der Wahrheitserforschung, S. 221 f.
- 1265 Von einer strafrechtswidrigen Beweiserlangung durch Private soll nach dem hier zugrunde gelegten Verständnis nur dann ausgegangen werden, wenn der Private das spätere Beweismittel tatsächlich unter einem Verstoß gegen strafrechtliche Normen *erlangt*. Keine strafrechtswidrige *Erlangung* des Beweismittels liegt der Verwertung einer Zeugenaussage zugrunde, die unter Verstoß gegen eine materiell-rechtliche Schweigepflicht (§ 203 StGB) getätigt worden ist. Somit ist über die Verwertbarkeit losgelöst von der Thematik der rechtswidrigen Beweisgewinnung durch Private und vielmehr am Maßstab des § 53 StPO zu entscheiden. Es handelt sich nicht um ein durch Private strafrechtswidrig erlangtes Beweismittel, sondern um eine (rechtswidrige) Offenlegung von rechtmäßig erlangtem Wissen, ähnlich auch Freund, GA 1993, 49, 56; a.A.: Rogall, JZ 2008, 818, 828, Neuber, Beweisverwertungsverbote im Strafprozess, S. 157. Über die Verwertung des unter Verstoß gegen §§ 53 StPO, 203 StGB zu-

halten sanktioniert, er sich nicht ebenfalls strafrechtswidrig erlangtes Beweismittel zu Nutze machen darf. Wer die Strafverfolgung – zu Recht – als eines der obersten Verfassungsziele betrachtet, darf zu dessen Durchsetzung nicht selbst auf solche, dieses Verfassungsziel erst notwendig machende strafrechtswidrige Handlungen, zurückgreifen. Die Verwertung solcher Beweismittel würde darüber hinaus einer Privatjustiz in Form privater Beweisermittlungen erheblich Vorschub leisten. Die Begrenzung der Unverwertbarkeit auf die skizzierten kraschen Ausnahmefälle kann der kriminalpolitisch und verfassungsrechtlich unerwünschten Situation privater Ermittlungen heute nicht mehr sachgerecht Einhalt gebieten. Da die Ermittlungsarbeit ausschließlich in der Hand des Staates liegt, muss eindeutig geregelt sein, dass strafrechtswidrig erlangte Beweismittel keine prozessuale Berücksichtigung finden. Ein Rückgriff auf das durch das StGB als strafbar normierte Verhalten berücksichtigt dabei dahingehend den gesetzgeberischen Willen, der durch die Pönalisierung verschiedener Verhaltensweisen zum Ausdruck bringt, dass ein solches Verhalten in einem Rechtsstaat nicht geduldet werden darf. Insofern entschied sich der Gesetzgeber bewusst dazu verschiedene Handlungen als Straftat, bloße Ordnungswidrigkeit oder lediglich mit zivilrechtlichen Unterlassungsansprüchen einzuordnen. Dies darf durch die staatliche Verwertung im Widerspruch hierzu generierter Beweismittel nicht missachtet werden. Erst auf einer dritten Stufe ist sodann im Falle eines nicht strafrechtswidrig erlangten Beweismittels in eine Abwägung zwischen den kollidierenden Interessen einzutreten.

Der hier gebildete Fall wäre demnach mangels eines strafrechtswidrig erlangten Beweismittels auf der dritten Stufe im Rahmen einer Abwägung zu entscheiden. Durch das Vorschalten zweier weiterer, der Abwägung entzogenen Stufen, wird ferner erreicht, dass das Kriterium der Tatschwere in diesen Fällen nicht per se zur Verwertbarkeit führen kann. Auf der dritten Stufe erscheint es sodann sachgerecht, bei gravierenden, im Prozess zu beurteilenden Straftaten nicht strafrechtswidrig erlangte Beweismittel zur Verwertung zuzulassen. Rechtsicherer Anhaltspunkt könnte an dieser Stelle der Straftatenkatalog nach den §§ 100c Abs. 1 Nr. 1, 100b Abs. 2 StPO bieten, da der Gesetzgeber solche Straftaten als gewichtig genug einordnete, um rechtmäßig innerhalb eines Wohnraums das durch Art. 13 GG und durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht geschützte Wort abzuhören. Liegt ein solcher Fall vor, wäre der mit der Verwertung einhergehende

stande gekommenen Beweismittels ist daher unter Schutzzweckgesichtspunkten zu entscheiden, vgl. Beulke/Swoboda, Strafprozessrecht, Rn. 710.

neue staatliche Grundrechtseingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht gerechtfertigt. Ein selbstständiges Beweisverwertungsverbot würde in diesem Fall folglich nicht entstehen.

- d) Übermittlung etwaiger Hintergrundäußerungen Dritter während autorisierter Aufzeichnung

Fraglich ist zudem, wie sich die Verwertbarkeit in der Situation darstellt, in der die durch den Dienstleistungsanbieter übermittelten Aufzeichnungen Hintergrundgespräche Dritter im Rahmen autorisierter Aufzeichnungen durch den Nutzer beinhalten. So ist vorstellbar, dass während der Nutzer den Sprachassistenten bittet, gewisse Nahrungsmittel auf den Einkaufszettel zu schreiben, eine weitere sich im Raum befindliche Person erzählt, wie ihr Ehemann seit Jahren Steuern hinterzieht. Die Rechtsprechung geht bei der Aufzeichnung etwaiger Hintergrundgespräche im Kontext einer Überwachung gem. § 100a StPO von einer Verwertbarkeit der so erlangten Informationen aus.¹²⁶⁶ Da bereits Hintergrundgespräche im Rahmen der Telefonüberwachung, die eigentlich nur die abgehörte Telefonverbindung umfasst, verwertbar sein sollen, ist anzunehmen, dass dies erst Recht für Hintergrundgeräusche gilt, die ein Sprachassistent aufzeichnete. Denn der Sprachassistent zeichnet nach seiner Aktivierung bekanntermaßen sämtliche ablaufende Gespräche auf und ermöglicht damit bereits seiner Funktion nach, eine breiter gestreute Aufnahme. Dennoch eignet sich die Entscheidung nicht zur Übertragung auf die hiesige Situation. Während im Falle der Hintergrundgeräusche im Rahmen des § 100a StPO durchaus diskutiert werden kann, ob die Verwertbarkeit solcher Informationen die richterlich angeordnete Telekommunikationsüberwachung nach § 100a StPO, „zum großen Lauschangriff gem. § 100c StPO mutieren“ lässt,¹²⁶⁷ ist diese Diskussion hier nicht zielführend. Schließlich handelt es sich um eine Aufzeichnung, die vollkommen losgelöst etwaiger staatlich angeordneter Überwachungsmaßnahmen stattfindet. Vor dem Hintergrund einer möglicherweise rechtswidrigen Beweisgewinnung durch Private ist daher auch in diesem Beispielsfall zur weiteren Beurteilung entscheidend, ob insofern ein Einverständnis zur Aufzeichnung vorliegt. Das Einverständnis muss, sofern mehrere Personen von einer Auf-

1266 BGH, NStZ 2008, 473; BGH NStZ 2018, 550, 551.

1267 vgl. Prittitz, StV 2009, 437.

§ 5 Verwertbarkeit

zeichnung betroffen sind, stets von sämtlichen Personen erteilt werden.¹²⁶⁸ Dabei könnte in dem lauten Sprechen einer dritten Person, während sich eine weitere Person in einer Interaktion mit einen Sprachassistenten befindet, eine konkludente Inkaufnahme des Risikos der Aufzeichnung des eigenen Wortes und mithin ein konkludent erteiltes Einverständnis zu erblicken sein. Zwar ist korrekt, dass nicht jede Kenntnis des Sprechers von einer Aufnahme automatisch bedeutet, dass dieser mit derselben einverstanden ist.¹²⁶⁹ Jedenfalls aber, wenn dem Betroffenen ohne nachteilige Konsequenzen die Möglichkeit offensteht, seine verbale Artikulation aufgrund der Gefahr einer Aufzeichnung zu unterbrechen, kann von einer Gleichgültigkeit im Sinne eines Einverständnisses auszugehen sein.¹²⁷⁰

Problematisch ist jedoch, wie sich die Situation darstellt, wenn die Dritte Person nicht weiß, dass ein aktiver Sprachassistent auch etwaige, während einer Spracheingabe im Raum vernommene, Hintergrundgespräche aufzeichnet. Sofern keine Kenntnis einer ablaufenden Aufzeichnung vorliegt, kann logischerweise auch keine, ein konkludentes Einverständnis begründende, Gleichgültigkeit vorliegen. Entscheidend ist in der vorliegenden Situation folglich, ob die Dritte Person Kenntnis von der technisch erfolgten Aufzeichnung bei der Nutzung eines Sprachassistenten hatte. Sofern dies zu bejahen ist, wird hierin regelmäßig ein konkludentes Einverständnis zu erblicken sein, womit die Situation analog zu der unter b) dargestellten Situation zu behandeln ist. Fehlt es an dieser Kenntnis, handelt es sich um eine unbefugte Aufzeichnung i.S.d. § 201 Abs. 1 Nr. 1 StGB, womit die Situation anhand der unter c) entwickelten Maßstäbe zu behandeln ist. Ob beim konkret Betroffenen letztlich von einer solchen Kenntnis auszugehen ist, muss der tatrichterlichen Entscheidung obliegen.

e) Exkurs: Richterliche Strafbarkeit durch Verwertung nach § 201 Abs. 1 Nr. 2 StGB

Nicht außen vor bleiben soll an dieser Stelle, dass das Vorspielen der Audioaufzeichnung im öffentlichen Strafprozess gar eine eigene Strafbarkeit begründen könnte, wenn es sich um – wie hier – gegen § 201 Abs. 1 Nr. 1 StGB verstößende Aufnahmen handelt und die Verwertung als Be-

1268 *Eisele* in: Schönke/Schröder, § 201 StGB, Rn. 13; *Graf* in: MüKo-StGB, § 201 StGB, Rn. 41; *Schünemann* in: LK-StGB, § 201 StGB, Rn. 10.

1269 *OLG Thüringen*, NStZ 1995, 502, 503.

1270 Vgl. *OLG Thüringen*, NStZ 1995, 502, 503.

weismittel im Strafverfahren als Gebrauchen i.S.d. § 201 Abs. 1 Nr. 2 StGB, einzuordnen wäre.¹²⁷¹ Dies erscheint allerdings aus zwei Punkten problematisch. Zum einen ist zu klären, ob es sich bei der „so hergestellten Aufnahme“ nach Nummer 1 um eine vorsätzlich hergestellte Aufnahme handeln muss und zum anderen, ob die staatliche Verwertung möglicherweise nicht unbefugt bzw. gerechtfertigt im Sinne derer die das Merkmal „unbefugt“ nicht zum Tatbestand zählen wollen,¹²⁷² geschieht. Mangels der Strafbarkeit nicht vorsätzlicher Audioaufzeichnungen und da eine solche Situation vor dem Einzug diverser Sprachassistenten in den Alltag der Bürger nur schwer vorstellbar war, findet sich hierzu naturgemäß keine Diskussion in Rechtsprechung und Literatur. Ausgehend vom Wortlaut des § 201 Abs. 1 Nr. 2 StGB der von einer „so hergestellten Aufnahme“ spricht, ist anzunehmen, dass dies die äußereren, daher objektiven Umstände, der Aufnahme meint. Die subjektive Sicht des Täters entscheidet zwar mit über dessen persönliche Strafbarkeit, dem Wortlaut nach ist für die Verwirklichung des § 201 Abs. 1 Nr. 2 StGB jedoch irrelevant, ob die Herstellung der i.S.d. § 201 Abs. 1 Nr. 2 StGB „gebrauchten“ Aufnahme vorsätzlich erfolgte. Entscheidend ist allein eine im objektiven Sinne rechtswidrig angefertigte Aufnahme.¹²⁷³ In systematischer Hinsicht spricht hierfür, dass es sich bei § 201 Abs. 1 Nr. 2 StGB im Verhältnis zu § 201 Abs. 1 Nr. 1 StGB um keine Qualifikation, sondern einen eigenen Straftatbestand handelt, der eine von § 201 Abs. 1 Nr. 1 StGB losgelöste Handlung unter Strafe stellt. Auch teleologische Gesichtspunkte sprechen dafür, für das Verwirklichen des § 201 Abs. 1 Nr. 2 StGB keine vorsätzlich hergestellte Aufzeichnung zu verlangen. Der Schutzzweck des § 201 Abs. 1 Nr. 2 StGB, das Gebrauchen jeglicher nichtöffentlicher Kommunikation durch Pönalisierung zu vermeiden,¹²⁷⁴ besteht unabhängig davon, ob die ursprüngliche Aufzeichnung vorsätzlich erfolgte oder nicht. In dem

1271 Vgl. BayObLG, NJW 1990, 197, 198; Kramer, NJW 1990, 1760; 1763, Wohlers, JR 2016, 509, 512; FS-Kleinknecht/Otto, 319, 338; Brunhöber, GA 2010, 571, 586.

1272 Vgl. Heuchemer/Paul, JA 2006, 616, 619 m.w.N.

1273 Vgl. Graf in: MüKo-StGB, § 201 StGB, Rn. 25 zum in der Literatur herrschenden Streit, ob sich das Merkmal einer „so hergestellte Aufnahme“ nur auf die näheren Umstände der Aufzeichnung gemäß Nr. 1 bezieht oder die Verweisung auch das vorangestellte Merkmal „unbefugt“ beinhaltet. Da die Aufnahme hier nach allen zur Lesart des Unbefugtheitsbegriff vertretenen Ansichten jedoch ohnehin unbefugt erfolgte, ist diese Auseinandersetzung nicht von Bedeutung.

1274 Graf in: MüKo-StGB, § 201 StGB, Rn. 3.

einen wie dem anderen Fall würde das Gebrauchen, einer unter Verwirklichung des objektiven Tatbestands des § 201 Abs. 1 Nr. 1 StGB hergestellten Aufzeichnung, schließlich auch eine Verletzung des zu schützenden Rechtsguts auf Seiten des Betroffenen darstellen. Der Strafbarkeit des Richters kann jedoch entgegenstehen, dass das Gebrauchen der Aufzeichnung durch Verwenden im Strafprozess befugt geschieht. Der Beantwortung dieser Frage werden im Ergebnis die gleichen Überlegungen zu Grunde liegen, wie der Frage, ob der mit dem Vorspielen eines rechtswidrig durch einen Privaten erlangten Beweismittels einhergehende staatlichen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Betroffenen gerechtfertigt werden kann.¹²⁷⁵ Letztlich wird es aber regelmäßig nicht dazu kommen, dass auf Grund eines staatlichen Verstoßes gegen § 201 Abs. 1 Nr. 2 StGB ein Beweisverwertungsverbot Bedeutung erlangen würde.¹²⁷⁶ Denn auch in diesem Fall kommt im hiesigen Kontext vorgeschaltet bereits die Frage nach dem Umgang mit der rechtswidrig durch einen Privaten erlangten Audioaufzeichnung auf. Ist die Audioaufzeichnung nicht mit einem Beweisverwertungsverbot belegt, so erfolgt das Abspielen der entsprechenden Audioaufzeichnung im Prozess befugt i.S.d. § 201 Abs. 1 Nr. 2 StGB. Mit anderen Worten ist die strafprozessuale Verwertung dann als im Einklang mit den Vorschriften der StPO stehend ohnehin nicht zu beanstanden. Erst wenn der Richter eine Audioaufzeichnung trotz eines offensichtlich bestehenden Beweisverbotes in den Prozess einführt, kommt § 201 Abs. 1 Nr. 2 StGB hinsichtlich dessen materieller Strafbarkeit Bedeutung zu. Für das Entstehen eines Beweisverbotes hat dies jedoch keine Bedeutung mehr, da sich dieses in den hier relevanten Fragestellungen – unabhängig von einer nochmaligen „staatlichen“ Strafbarkeit des Richters – bereits als Konsequenz aus dem (auf der strafrechtswidrigen privaten Beweiserlangung aufbauenden) nicht zu rechtfertigenden Grundrechtseingriffs in das allgemeine Persönlichkeitsrecht in Form der hoheitlichen Verwertung ergibt.¹²⁷⁷

¹²⁷⁵ vgl. BayObLG, NJW 1990, 197, 198, das ausführt, dass die Verwertung einer heimlich durch einen Privaten hergestellten Tonbandaufnahme gegen § 201 Abs. 1 Nr. 2 StGB sowie das allgemeine Persönlichkeitsrecht verstößen würde und eine Verwertung des Tonbandes im Wege eines Augenscheins daher nur unter strengen Verhältnismäßigkeitsvoraussetzungen in Betracht kommen könne; FS-Kleincknecht/Otto, 319, 338; Brünbäuer, GA 2010, 571, 587 f.

¹²⁷⁶ Wölfl, Verwertbarkeit heimlicher privater Ton- und Bildaufnahmen, S. 153.

¹²⁷⁷ Vgl. dazu BGHSt 36, 167, 174, der ebenfalls unterscheidet, ob aufgrund der rechtswidrigen Erlangung eines Beweismittels durch Private, bei aber rechtmäßiger Beweiserhebung durch den Staat (bspw. durch eine Beschlagnahme) ein

III) Zwischenergebnis

Sofern das Gesetz ein unselbstständiges geschriebenes absolutes Beweisverwertungsverbot normiert, hat der Gesetzgeber die Unverwertbarkeit entsprechender Informationen zu Lasten des Beschuldigten abschließend beantwortet. Ist dagegen entscheidend, ob aus einem Verfahrensverstoß ein unselbstständiges ungeschriebenes Beweisverwertungsverbot entsteht, sollte – entgegen der Rechtsprechung – nicht auf eine Abwägungsscheidung, sondern zur Wahrung des gesetzgeberischen Willens auf die Schutzzwecktheorie abgestellt werden. Zur Vermeidung glücklicher, ungerechtfertigter Fügungen zugunsten des Betroffenen kann gleich des dadurch hervorgebrachten Ergebnisses durch eine restriktive Anwendung der Grundsätze des hypothetisch rechtmäßigen Ermittlungsverlaufes, unter Beachtung des Normzwecks der missachteten Vorschrift, unter Umständen eine Verwertbarkeit zu bejahen sein.¹²⁷⁸ Hinsichtlich der Entstehung eines selbstständigen Beweisverwertungsverbotes ist zunächst zu sehen, dass beim Zugriff auf einen Sprachassistenten insbesondere die verfassungsrechtlichen Rechte aus Art. 10 GG, 13 GG und aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG vielfach betroffen sind. Sofern unter Zugrundelegung der 3-Sphären-Theorie ein Eingriff in die Intimsphäre erfolgt oder ein Eingriff in die Privat- oder Sozialsphäre nicht gerechtfertigt werden kann, hat dies ein selbstständiges Beweisverwertungsverbot zur Folge. Ein solches kann in bestimmten Fallkonstellationen insbesondere auch dann entstehen, wenn die Verwertung erst durch die unaufgeforderte Übermittlung der Audioaufzeichnungen durch den Dienstleistungsanbieter ermöglicht wird. Hier ist zu sehen, dass – auch wenn die Normen der StPO keine Bindungswirkung für Private entfalten – der durch diese im Rahmen der Beweisgewinnung begangene Verstoß gegen die Rechtsordnung durch die staatliche Verwertung im Strafprozess fortwirkt und dadurch zusätzlich eine staatliche Beeinträchtigung der Rechte des Angeklagten eintritt. Bei der Benutzung eines Sprachassistenten ist daher von besonderer Bedeutung, ob der Betroffene durch die Aktivierung des

Beweisverbot entstehen soll oder ob dies hinsichtlich eines von staatlichen Strafverfolgungsorganen rechtswidrig gewonnenes Beweismittel zu entscheiden ist. Zur Frage, ob ein *staatlicher* Verstoß gegen materiell-rechtliche Vorschriften im Rahmen der Beweisbeschaffung zu einem Beweisverbot führt, vgl. bejahend FS-Kleinknecht/Otto, 319, 338; Beulke/Swoboda, Strafprozessrecht, Rn. 733; Trüg/Habetha, NJW 2008, 887, 890 bei Straftaten, „die final angelegt sind auf die Beweismittelgewinnung“; ablehnend Kaspar, GA 2013, 206, 211.

1278 Vgl. auch Beulke, JURA 2008, 653, 661.

§ 5 Verwertbarkeit

Sprachassistenten sein Einverständnis mit der notwendigen Speicherung der Informationen erteilte. Fehlt es an dieser Aktivierung ist – die Kernbereichsrelevanz der Aufzeichnungen ausgenommen – entscheidend, ob die Privatperson, daher der Dienstleistungsanbieter, durch die Aufzeichnung strafrechtswidrig oder lediglich gemessen an der übrigen Rechtsordnung rechtswidrig in den Besitz der Audioaufzeichnung gelangt ist. Entgegen der Rechtsprechung kann sodann lediglich im Falle einer bloß rechtswidrigen Beweiserhebung durch Private mittels einer Abwägung über das Entstehen eines selbstständigen Beweisverwertungsverbotes entschieden werden. Dieser letztgenannte Fall wird, mangels einer vorsätzlichen entgegen dem Einverständnis des Nutzers erfolgten Aufzeichnung, bei der privaten Beweiserlangung über einen Sprachassistenten vorliegen.

IV) Die Disponibilität eines Beweisverwertungsverbotes

Die durch einen Sprachassistenten den Strafverfolgungsbehörden zugänglich gemachten Informationen, können neben belastenden Inhalten auch solche zur Entlastung des Betroffenen enthalten. Gerade ein über einen Smart Speaker abgehörtes Wohnraumgespräche, kann eine Vielzahl an Informationen enthalten, die für den Betroffenen der Abhörmaßnahme womöglich entlastend wirken können.

1) Verwertbarkeit des Beweismittels zur eigenen Entlastung

Ist nach dem Gesagten grundsätzlich ein Beweisverbot angezeigt, stellt sich die anschließende Frage nach dessen Absolutheit. Gerade sofern ein unselfständiges geschriebenes absolutes Beweisverwertungsverbot vorliegt, ist zu klären, ob dieses letztlich der Disposition des Angeklagten unterliegt. Dem liegt die Frage zu Grunde, ob ein solches Beweisverwertungsverbot auch die Verwertung als Entlastungsbeweis ausschließen soll. Um die Frage einer dogmatisch hinreichenden Antwort zuzuführen, muss dies im Lichte des konkret im Raum stehenden Beweisverbotes betrachtet werden. So erachtet die Rechtsprechung seit Jahren bei einem unselfständigen ungeschriebenen Beweisverwertungsverbot ein Widerspruch zur Entstehung eines Beweisverbotes für erforderlich.¹²⁷⁹ Dieses primär der Ver-

¹²⁷⁹ BGHSt 38, 214, 225 f. (fehlende Belehrung gem. § 136 Abs. 1 S. 2 StPO); BGHSt 42, 15, 23 (unterbliebener Hinweis auf das Recht zur Verteidigerkon-

fahrengörderung dienende Widerspruchserfordernis bringt als Kehrseite mit sich, dass der Angeklagte die Verwertung eines entsprechenden Beweismittels, in welchem er einen Entlastungsbeweis erblickt, durch einen Verzicht auf einen etwaigen Widerspruch in den eigenen Händen hält.¹²⁸⁰ Problematischer wird dies, sofern ein unselbstständiges geschriebenes absolutes Beweisverwertungsverbot (bspw. § 100d Abs. 2 oder auch § 136a Abs. 2 S. 2 StPO) im Raum steht. In diesen Fällen schließt der eindeutige Wortlaut die Notwendigkeit eines Widerspruchs durch den Beschuldigten aus.¹²⁸¹ Zu Recht wird damit dem in der Rechtsprechung anklingenden Gedanken, auch bei solchen geschriebenen absoluten Beweisverwertungsverboten die Widerspruchslösung für anwendbar zu erachten, entgegentreten.¹²⁸²

Fraglich ist allerdings die damit scheinbar einhergehende Konsequenz, dass dem Beschuldigten somit auch seine Dispositionsbefugnis über ein solches Beweismittel genommen ist. Gerade vor dem Hintergrund eines den Kernbereich schützenden absoluten Beweisverwertungsverbotes aus § 100d Abs. 2 StPO ist denkbar, dass in solchen dem Kernbereich zuzuordnenden Gesprächen, vielmals auch entlastende oder jedenfalls strafmildernde Inhalte zur Sprache kommen.¹²⁸³ In diese Richtung geht auch die Rechtsprechung des Ersten Senats des BGH. Während dieser noch im Falle des in einem Krankenzimmer erfolgten Selbstgesprächs bei der Betroffenheit des Kernbereichs eine Verwertung zu Lasten des Angeklagten explizit ausschloss, das Untersagen der Verwertung entlastender Hinweise jedoch als „schwerlich vorstellbar“ bezeichnete,¹²⁸⁴ entschied sich der Erste Senat in einer späteren Entscheidung ausdrücklich auch bei einer Berührung des Kernbereichs für die Disponibilität eines Verwertungsverbots¹²⁸⁵. Nicht gefolgt ist dieser Rechtsprechungslinie der Zweite Senat des BGH, der

sultation, §§ 136 Abs. 1 S. 2, 137 StPO); BGH NStZ 1996, 2020 (umgangene Belehrung durch das Einschalten eines V-Mannes); BGH, StV 2001, 545 (fehlende Katalogtat im Rahmen des § 100a StPO); BayObLG, StV 2002, 179 (unterbliebene Belehrung des früheren Zeugen und späteren Angeklagten bei Personenidentität nach § 55 Abs. 2 StPO).

1280 Zur Kritik an der höchstrichterlichen Widerspruchslösung, vgl. Roxin/Schüne-
mann, Strafverfahrensrecht, § 24, Rn. 34; Heinrich, ZStW 2000, 398, 412; Venz-
ke, StV 1997, 543, 547; Dornach, NStZ 1995, 57, 61; Widmaier, NStZ 1992, 519,
521.

1281 Fezer, StV 1997, 57 f.; Bruns in: KK-StPO, § 100d StPO, Rn. 46.

1282 BGH, NStZ 1996, 290.

1283 Vgl. BVerfGE 109, 279, 369.

1284 BGHSt 50, 206, 215.

1285 BGHSt 51, 1, 4, Rn. 10.

in seiner Entscheidung zur strafprozessualen Handhabung eines Selbstgespräches zwar auch von dessen ausnahmsloser Zugehörigkeit zum Kernbereich ausging, sich dabei allerdings für eine umfassende und absolute Geltung des hieraus folgenden Beweisverwertungsverbotes aussprach.¹²⁸⁶ Aus §§ 100a Abs. 4 S. 2, 100c Abs. 5 S. 3 StPO a.F. folge der gesetzgeberische Wille wonach ein aus der Kernbereichsbetroffenheit resultierendes Beweisverwertungsverbot nicht nur als Belastungsverbot, sondern als „*jede Verwendung [...] im Strafverfahren*“ ausschließendes Beweisverwertungsverbot und damit auch als Entlastungsverbot zu verstehen sei.¹²⁸⁷ Dies verdeutlicht das Bestrebens die Prozesslage so zu gestalten, als wäre der Eingriff in den privaten Kernbereich nie geschehen.¹²⁸⁸ Eine Unterscheidung zwischen Belastungs- und Entlastungsbeweis sei daher abzulehnen.¹²⁸⁹

Gegen eine solche Sichtweise spricht jedoch, dass der das Verwertungsverbot bei einer Kernbereichsbetroffenheit normierende § 100d StPO n.F. im Unterschied zu § 136a Abs. 3 StPO gerade nicht davon spricht, dass ein solches Beweismittel auch bei einer Einwilligung durch den Betroffenen nicht verwendet werden darf.¹²⁹⁰ Selbst wenn die Gesetzesbegründung § 100c Abs. 5 S. 3 StPO a.F. als „absolutes Verwertungsverbot“¹²⁹¹ einordnet, ist dies nicht gleichbedeutend damit, dass der Gesetzgeber die Verwertung auch in Form einer Entlastung des Angeklagten verbieten wollte. Vielmehr wird diese Absolutheit derart zu verstehen sein, dass die Unverwertbarkeit zu Belastungszwecken frei von etwaigen Abwägungsvorgängen sein soll und lediglich in diesem Sinne „absolut“ ist. Die Bezeichnung als absolutes Beweisverwertungsverbot sollte in diesem Zusammenhang den Unterschied zu einem in §§ 100d Abs. 5 S. 2, 160a Abs. 2 S. 1, 3 StPO normierten unselbstständigen relativen Beweisverwertungsverboten verdeutlichen. Und in der Tat würde es befremdlich erscheinen,

1286 BGHSt 57, 71, 78, Rn. 21.

1287 BGHSt 57, 71, 78, Rn. 21; zustimmend *Mitsch*, NJW 2012, 1486, 1488 f.

1288 *Mitsch*, NJW 2012, 1486, 1488 f.

1289 *Schmitt* in: Meyer-Goßner/Schmitt, Einl., Rn. 55a; *Radtke* in: Radtke/Hohmann, Einl., Rn. 85; *Wollweber*, wistra 2001, 182; *Küpper*, JZ 1990, 416, 418.

1290 *Ladiges*, StV StV 2012, 517 f.; teilweise wird sogar hinsichtlich § 136a Abs. 3 S. 2 StPO vertreten, dass im Wege einer teleologischen Reduktion auch in diesen Fällen die Verwertbarkeit in den Händen des Betroffenen liegen müsse, *Roxin//Schäfer/Widmaier*, StV 2006, 655, 656; *Roxin*, StV 2009, 113, 114; *Jahn/Geck*, JZ 2012, 561, 566; dies ablehnend *Monka* in: BeckOK-StPO, § 136a StPO, Rn. 29; *Wolter* in: SK-StPO, § 136a StPO, Rn. 99, 105; *Wesemann/Müller*, StraFo 1998, 113; mit der Tendenz diese Problematik wohl zu Gunsten einer Disponibilität neu zu überdenken *Gless* in: LR-StPO, § 136a StPO, Rn. 71.

1291 BT-Drs. 15/4533, S. 15.

wenn man dem Angeklagten den Nachweis seiner möglichen Entlastung mit dem Verweis auf ein bestehendes Beweisverbot versagen würden.¹²⁹² Korrekterweise muss dieser Begründungsansatz jedoch an einem tieferen Punkt ansetzen. Durch eine Zustimmung zur Verwertbarkeit würde der Betroffene auf den Schutz des Kernbereichs, der eine Ausprägung der allgemeinen Menschenwürde darstellt, verzichten. Somit muss die Frage geklärt werden, ob die Menschenwürde und damit auch der Kernbereich der Disposition des Betroffenen entzogen ist.¹²⁹³ Die Frage abstrakt beantwortend ist sich die herrschende Lehre und die höchstrichterliche Rechtsprechung einig, aus der „Unveräußerlichkeit“ der Menschenwürde in Art. 1 Abs. 2 GG deren Unverzichtbarkeit zu folgern.¹²⁹⁴ So wurde in Urteilen zum Zwergenweitwurf,¹²⁹⁵ Peep-Shows¹²⁹⁶ und bei den Laserdrohme-Fällen¹²⁹⁷ in der Menschenwürde ein objektiv unverzichtbarer Wert erblickt, auf welchen nicht verzichtet werden könne.¹²⁹⁸

Gleichwohl ist zu sehen, dass der Strafprozess eine besondere Situation darstellt und der in diesem Zusammenhang erfolgte Grundrechtsverzicht nicht mit den übrigen Fällen zu vergleichen ist. Würde man dem Betroffenen die Möglichkeit des Grundrechtsverzichtes nehmen und ihm so seine womöglich letzte Möglichkeit seine Unschuld zu beweisen verwehren, so entzöge man ihn damit sein Recht, seine Freiheit aus Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG, zu verteidigen.¹²⁹⁹ Insbesondere konkurriert im hiesigen Beispiel nicht ein beliebiges Recht mit der Menschenwürde, sondern diese steht im Konflikt mit sich selbst. Es würde einen unerklärlichen Widerspruch mit der durch den Kernbereich eigentlich zu schützenden Menschenwürde bedeuten, wenn sich die Einhaltung des Schuldprinzip, aufgrund der unterbliebenen Berücksichtigung eines entlastenden Beweises, zulasten des Angeklagten nicht im Urteil widerspiegeln würde. Das der Verzicht der Menschenwürde stets auch im Lichte der dadurch beförderten Interessen zu erblicken

1292 Wohlers, JR 2012, 389, 390 f.; Jahn, Gutachten dt. Juristentag, C1, C 113; FS-Strauda/Roxin/Schäfer/Widmaier, 435, 436 f.; Erb, GA 2017, 113, 126; Bruns in: KK-StPO, § 100d StPO, Rn. 40.

1293 Vgl. auch Dautert, Beweisverwertungsverbote und ihre Drittirkung, S. 147; Seifert, Jura 2007, 99, 103; Brandis, Beweisverbote als Belastungsverbote, S. 288 ff.

1294 Vgl. BGH, NJW 1976, 1883, 1885; BVerwG, NJW 1982, 664, 665; Hillgruber in: BeckOK-GG, Art. 1 GG, Rn. 74; Fischinger, JuS 2008, 808, 811.

1295 VG Neustadt, NVwZ 1993, 98, 99.

1296 BVerwG, NJW 1982, 664, 665.

1297 BVerwG, Urt. v. 13.12.2006 – 6 C 17/06.

1298 BVerfGE 45, 187, 229.

1299 Brandis, Beweisverbote als Belastungsverbote, S. 289.

ist, zeigt sich darin, dass auch das BVerwG in seinem Urteil zu Laserdrome-Spielen ausführte, dass die aus der Menschenwürde „herzuleitende Wertordnung der Verfassung nicht im Rahmen eines Unterhaltungsspiels zur Disposition steht“¹³⁰⁰. Von einem solchen mindergewichtigen Zweck wie der bloßen Belustigung kann im hiesigen Beispiel, in welchem zum Schutze der Menschenwürde auf diese verzichtet wird nicht gesprochen werden. Schließlich bewegt sich der Grundrechtsverzicht im Strafprozess im Spannungsfeld mit dem Erhalt anderer Grundrechte des Grundrechtsträgers.¹³⁰¹ Zurecht weist *Amelung* darauf hin, dass es sich bei einem derartigen Verzicht um eine „eingriffsmildernde Einwilligung“ handelt.¹³⁰² Schließlich geht es in diesem Fall darum, staatlichen Zwang zu mildern indem der Verzichtende sich dafür entscheidet, ein Rechtsgut preiszugeben, um ein anderes – das ihm wertvoller erscheint als das Aufgeopferte – vor dem staatlichen Zugriff zu retten.¹³⁰³ Ebenso ist zu berücksichtigen, dass im Falle der Aufzeichnung von dem Kernbereich zugehöriger Informationen, der Kernbereich und damit die Menschenwürde durch diese Aufzeichnung bereits erstmalig durch den Staat missachtet wurde. Der Verzicht auf den Kernbereich und damit auf Menschenwürde im Prozess stellt daher lediglich eine hierauf folgende Reaktion dar. Ausschlaggebend für diese Situation war ein Verfahrensfehler oder ein nicht zu rechtferdigender Grundrechtseingriff, der nun in eine zweite Benachteiligung des Angeklagten umschlagen würde, wenn dem Angeklagten diese Entlastungsmöglichkeiten zum Schutz seiner Rechte oder der Unverzichtbarkeit der Menschenwürde verwehrt bliebe.

Ferner steht dies auch nicht im Widerspruch zum mit der Unverwertbarkeit kernbereichsrelevanter Informationen verfolgten Zweck. Während bei einem unter Verstoß gegen § 136a StPO gewonnen Beweismittel möglicherweise auch von dessen inhaltlicher Fehlerhaftigkeit ausgegangen werden könnte,¹³⁰⁴ fußt das aus einer Kernbereichsverletzung erwachsende Verwertungsverbot nicht auf einer Unbrauchbarkeit des Beweismittels, sondern soll tatsächlich einzig dem Schutz des Betroffenen dienen.¹³⁰⁵ Hiergegen spricht auch nicht, dass das abweichende Votum in der Ta-

1300 BVerwG, Urt. v. 13.12.2006 – 6 C 17/06, Rn. 25.

1301 *Brandis*, Beweisverbote als Belastungsverbote, S. 290.

1302 *Amelung*, NStZ 1982, 38, 39.

1303 *Amelung*, NStZ 1982, 38, 39.

1304 Kudlich in: MüKo-StPO, Einl., Rn. 452; Joerden, JuS 1993, 927; Lesch, GA 2000, 355, 369.

1305 Ellbogen, NStZ 2006, 179, 180 f.; vgl. auch Greven in: KK-StPO, vor § 94 StPO, Rn. 12.

gebuchentscheidung des BVerfG ausführte, dass die strikte Unverwertbarkeit des kernbereichsrelevanter Informationen auch dann gelte, wenn die Verwertung ausschließlich zugunsten des Betroffenen erfolgen soll.¹³⁰⁶ Schließlich grenzen die Richter diesen Maßstab bereits im nächsten Satz dahingehend ein, dass der Betroffene davor geschützt werden müsse, „in einem Strafverfahren gegen seinen Willen mit einem seinen innersten Persönlichkeitsbereich betreffenden Lebenssachverhalt konfrontiert zu werden“.¹³⁰⁷ Sofern der Beschuldigte davon überzeugt ist, entsprechende Informationen würden zu seiner Entlastung beitragen, würde ihm sein Selbstbestimmungsrecht über seine Intimsphäre und sein eigenes Ich gerade nicht durch eine staatliche Erwägung entzogen, sondern durch den Beschuldigten selbstbestimmt preisgegeben. Will man diesem tatsächlich ein selbstbestimmtes Ich zugestehen, so ist es gerade die Pflicht des Rechtsstaates, dem Angeklagten diese Dispositionsmöglichkeit – in Anbetracht des dadurch verfolgten Zweckes – auch bei der Betroffenheit der Intimsphäre zu überlassen.¹³⁰⁸ Es ist daher richtig und notwendig die Verwertung eines Beweismittels als Entlastungsbeweis zugunsten des Betroffenen stets zuzulassen, während für die Verwertung als Belastungsbeweis die bekannten Grundsätze gelten.¹³⁰⁹ Hierfür streitet schlussendlich auch das pathosbehaftete, aber im Kern zutreffende Argument, dass es rechtsstaatlich unverantwortlich erscheinen würde, dass ein Gericht „sehenden Auges einen Unschuldigen oder weniger Schuldigen zum Opfer eines Fehlurteils machen muss“¹³¹⁰.

2) Teilweise Verwertbarkeit des Beweismittels zur eigenen Entlastung

Unbeantwortet bleibt damit aber die Frage, ob diese Disponibilität dem Angeklagten auch dann zuzugestehen ist, wenn dieser nur eine Verwertung bestimmter Teile eines Beweismittels wünscht.¹³¹¹ Bei einer Audioaufzeichnung, die bspw. ein Selbstgespräch beinhaltet, würde der Angeklagte sodann nicht entscheiden, diese – als komplettes Beweismittel zu-

1306 So versteht wohl *Ladiges*, StV StV 2012, 517 f. jenes Urteil aus BVerfGE 80, 367, 382.

1307 BVerfGE 80, 367, 382 f.

1308 Vgl. auch *Brandis*, Beweisverbote als Belastungsverbote, S. 291.

1309 *Reinecke*, Fernwirkung von Beweisverwertungsverbeten, S. 217 ff.; FS-Rehm/Nack, 310, 323.

1310 FS-Strauda/Roxin/Schäfer/Widmaier, 435, 441.

1311 Vgl. BGHSt 50, 206, 215; Habetha, ZWH 2012, 165, 166.

§ 5 Verwertbarkeit

lassen zu wollen – sondern lediglich einzelne sekündlich oder minütlich begrenzte Abschnitte.

a) ablehnende Position

Die, die eine solche Aufspaltung ablehnen, begründen dies damit, dass man einen solchen der Rosinenpickerei ähnelnden Dispositionsgrundsatz – im Unterschied zum Zivilprozess – im Strafprozess nicht zulassen könne.¹³¹² Folglich kann der Angeklagte der Verwertung entweder ganz oder gar nicht zustimmen. Hierfür spreche auch, dass der Beweiswert eines solchen Beweismittels (das als solches ein dynamisches Gesamtgeschehen zeige) nur dann zuverlässig beurteilt werden kann, wenn dessen Inhalt dem Gericht in Gänze bekannt sei.¹³¹³ Eine Teilung in verwertbare und nicht verwertbare Teile, scheitere sowohl an praktischen Schwierigkeiten als auch an der Ambivalenz von Detailaussagen.¹³¹⁴ So könnte der Trunkenheitsgrad bei Verkehrsdelikten im Lichte der §§ 20, 21 StGB einen entlastenden, im Rahmen der Straftaten aufgrund des alkoholisierten Fahrens gem. §§ 315c Abs. 1 Nr. 1a, 316 StGB wiederum einen belastenden Umstand darstellen.¹³¹⁵

b) Mühlenteichtheorie

Einen anderweitigen Ansatz, der zur Lösung dieses Problems fruchtbar gemacht werden kann, liefert die Mühlenteichtheorie¹³¹⁶, die auf Roxin, Schäfer und Widmaier zurückgeht.¹³¹⁷ Diese gehen im Grundsatz davon aus, dass ein Beweismittel soweit es Entlastendes enthält, zugunsten des Angeklagten berücksichtigt werden müsse.¹³¹⁸ In der Praxis soll dies (hinsichtlich sämtlicher Fälle, die die mögliche Disponibilität eines Be-

1312 Greven in: KK-StPO, vor § 94 StPO, Rn. 12; Nack, StraFo 1998, 366, 371.

1313 Greven in: KK-StPO, vor § 94 StPO, Rn. 12; Nack, StraFo 1998, 366, 371.

1314 Hamm, NJW 1996, 2185, 2187.

1315 Hamm, NJW 1996, 2185, 2187.

1316 Der Name dieser Theorie geht nicht auf deren Inhalt, sondern auf den Ort eines Fortbildungslehrganges im ehemaligen „Kurhaus am Mühlenteich“ zurück, vgl. Jahn, JuS 2008, 1122.

1317 Roxin//Schäfer/Widmaier, StV 2006, 655 ff.

1318 Roxin//Schäfer/Widmaier, StV 2006, 655, 658.

weisverbotes zum Gegenstand haben¹³¹⁹⁾ derart umgesetzt werden, dass das Gericht nach Aufforderungen durch den Angeklagten, entsprechende Sequenzen zu verwerten, erst dann auf das (komplette) kontaminierte Beweismittel zurückgreifen wird, wenn es aufgrund der sonstigen Beweismittel bereits zur Überzeugung von der Täterschaft des Angeklagten gekommen ist.¹³²⁰ Um das Urteil rechtsstaatlich abzusichern und keine möglicherweise entlastenden oder schuldmindernden Umstände außenvorzulassen, soll das Gericht in einem solchen Fall aus der Urteilsberatung in die Verhandlung zurückkehren und über das kontaminierte Beweismittel noch Beweis erheben.¹³²¹

c) Stellungnahme

Zuzugeben ist den Kritikern einer Aufspaltung eines Beweismittels, dass dadurch zu befürchten ist, dass sich der Angeklagte tatsächlich einzelne Gesprächsinhalte herausziehen könnte, die für sich betrachtet entlastend wirken, im Gesamtkontext der Audioaufzeichnung wiederum eine andere Deutung erzeugen würden. Damit es schlussendlich nicht der Angeklagte ist, der das Gericht auf diesem Wege „hinters Licht führen kann“, ist die Aufspaltung einer Audioaufzeichnung abzulehnen. Damit auch die möglicherweise entlastenden Sequenzen korrekt eingeordnet werden können, muss eine solche Audioaufzeichnung – sofern sie Einfluss in die endgültige Urteilsfindung finden soll – in ihrem Gesamtzusammenhang, mithin vollständig durch das Gericht zur Kenntnis genommen werden.¹³²² Mit diesem Erfordernis geht wiederum das Problem einher, dass wenn der Inhalt einer – eigentlich unverwertbaren – Audioaufzeichnung durch das Gericht bereits während der eigentlichen Beweisaufnahme zur Kenntnis genommen würde, bei aller Objektivität und Professionalität eines Richters bezweifelt werden darf, ob dieser auch unterbewusst in der Lage wäre von dieser Audioaufzeichnung, die womöglich auch belastende Inhalte enthält, nur die Entlastenden Inhalte zu berücksichtigen und zu gewichten. Zugespitzt wird diese Problematik durch die mögliche Anwesenheit zweier Schöffen, denen dies gar ohne juristische Ausbildung zugemutet

1319 Für die Widerspruchslösung ist dies gleichbedeutend mit einer deutlich geringeren Relevanz, vgl. Roxin, NStZ 2007, 616, 618.

1320 Roxin//Schäfer/Widmaier, StV 2006, 655, 659.

1321 Roxin//Schäfer/Widmaier, StV 2006, 655, 659.

1322 Vgl. auch Gössel in: LR-StPO, Einl., Rn. 36.

§ 5 Verwertbarkeit

würde. Um diesen „bösen Schein“ zu vermeiden, darf auf ein kontaminiertes Beweismittel, welches der Beschuldigte nur zu Teilen der Beweisaufnahme zugänglich machen will, erst zugegriffen werden, nachdem das Gericht aufgrund der vorliegenden Beweise von der Täterschaft und Schuld des Angeklagten überzeugt ist. Sodann kann, die Einwilligung des Angeklagten vorausgesetzt, auf das kontaminierte Beweismaterial – jedoch wie ausgeführt nur in Gänze – zurückgegriffen werden. Sofern die Richter nach der Beweisaufnahme ohnehin zu keiner Strafbarkeit gelangen würden, wäre es bereits nicht mehr notwendig, dass der Angeklagte zu seiner Verteidigung Teile seiner Intimsphäre im Prozess offenbaren müsste.

3) Disponibilität eines Beweismittels bei mehreren Mitangeklagten

a) Reichweite eines Beweisverwertungsverbotes

Hinsichtlich der grundsätzlichen Reichweite eines Beweisverwertungsverbotes geht die ständige höchstrichterliche Rechtsprechung davon aus, dass ein Verwertungsverbot nur zugunsten des Angeklagten wirkt, in dessen Interesse es entstanden ist.¹³²³ Im Zusammenhang mit einer unterbliebenen Beschuldigtenbelehrung gem. § 136 Abs. 1 S. 2 StPO¹³²⁴ und einer unterlassenen Benachrichtigung des Verteidigers gem. § 168c Abs. 5 S. 1 StPO¹³²⁵ entschied der BGH, dass diese Fehler die Verwertung der gewonnenen Informationen gegen Mitangeklagte nicht hindern, da die Vorschriften allein dem Schutz des betroffenen Beschuldigten dienen¹³²⁶.

Für die hiesige Fallkonstellationen fragt sich daher, ob unverwertbare, möglicherweise gar dem Kernbereich zugehörende, Audioaufzeichnungen gegen Mitangeklagte verwertbar sind. Hinsichtlich der Betroffenheit des Kernbereichs muss jedoch unabhängig von etwaigen Rechtskreisgedanken auch hinsichtlich aller Mitangeklagten von einer Unverwertbarkeit ausge-

1323 BGH, NStZ 1994, 595, 596; BGH, StV 2001, 545; BGH, NJW 2002, 1279, 1280; BayObLG, StV 1995, 237; Nack, StraFo 1998, 366, 373; a.A. Dencker, StV 1995, 232, 235; Hamm, NJW 1996, 2185, 2189.

1324 BGH, NJW 1994, 3364, 3366; BGH, NStZ-RR 2016, 377; ablehnend Jäger, JA 2017, 74, 76.

1325 BGHSt 53, 191, 194 ff., zustimmend Dautert, Beweisverwertungsverbote und ihre Drittirkung, S. 206 f.; von der Lippe, Die Widerspruchslösung der Rechtsprechung, S. 190 ff.; kritisch Gless, NStZ 2010, 98, 99 f.; Fezer, NStZ 2009, 524, 525; Kudlich, JA 2009, 660, 662.

1326 BGH, NJW 1994, 3364, 3366; BGHSt 47, 233, 234.

gangen werden. Schließlich soll die dem Kernbereich anhaftende Unverwertbarkeit den Betroffenen gerade auch davor schützen, dass der Kernbereich seiner Lebensführung der Öffentlichkeit zugänglich gemacht wird. Dies würde allerdings geschehen, wenn entsprechende Audioaufzeichnungen zur Belastung eines Mitangeklagten, in den gegen diesen anhängigen Strafprozess eingeführt werden. Selbstverständlich ist originärer Zweck des § 100d Abs. 2 StPO die Verwertbarkeit solcher Informationen gegen den Betroffenen zu verhindern. Gleichwohl ergibt sich aus Sinn und Zweck des Kernbereiches und der staatlichen Verpflichtung, diesen umfassend zu schützen, dass die dem Kernbereich zuzuordnenden Informationen auch nicht gegen diverse Mitangeklagte verwertet werden können, da das damit einhergehende Abspielen der entsprechenden Audioaufzeichnung in einem öffentlichen Prozess den Sinn und Zweck des Kernbereichs ad absurdum führen würde und dessen Schutzgehalt unvollkommen wäre.

Entsprechend der höchstrichterlichen Rechtsprechung könnte aber im Fall eines nicht auf den Kernbereich zurückzuführenden Beweisverwertungsverbotes hinsichtlich möglicher Mitangeklagter ein anderes Ergebnis vorliegen. Danach könnte ein fehlerhaft erlangtes Beweismittel gegen den jeweils anderen Mitangeklagten verwertet werden (sog. Überkreuzverwertung).¹³²⁷ Dies zu Ende gedacht, könnte der bei zwei Mitangeklagten vorliegende Rechtsverstoß (beispielsweise in Form der Missachtung des Richtervorbehals) gleichwohl jeweils zur Überführung des anderen oder der übrigen Mitangeklagten führen.¹³²⁸ Dass dies weder dem Rechtsgedanken des Richtervorbehals noch dem Gesetzesvorbehals entspräche, dürfte offensichtlich sein. Aus dem Sinn und Zweck des Richtervorbehals, eine vorbeugende richterliche Kontrolle im Ermittlungsverfahren zu statuieren, folgt, dass nur dann von einem rechtmäßig erlangten Beweismittel gesprochen werden kann, wenn dieses die richterliche Kontrolle derart durchlaufen hat, als dass es erst nach einer vorherigen richterlichen Anordnung erlangt wurde. Ist dies erfolgt, muss jeder Angeklagte, die bei einer rechtmäßigen Maßnahme gegen einen Dritten erlangten Beweismittel gegen sich gelten lassen. Im umgekehrten Fall muss dem Betroffenen dann aber auch das Recht zustehen, nur solche Beweismittel gegen sich gelten lassen zu müssen, die unter Einhaltung der grundlegenden Verfahrensprinzipien erlangt wurden. Es ist nicht ersichtlich und würde darüber hinaus auch nicht einleuchten, dass der Gesetzgeber gewollt hat, dass

1327 Vgl. hierzu *Dencker*, StV 1995, 232, 235.

1328 Die Überkreuzverwertung daher ablehnend *Jäger*, JA 2017, 74, 76; *Gless/Wennekers*, JR 2009, 383, 385; *Jahn*, Gutachten dt. Juristentag, C1, C 115.

§ 5 Verwertbarkeit

der Richtervorbehalt nur den unmittelbar vor der Maßnahme Betroffenen durch einen vorgelagerten Rechtsschutz schützen soll, sodann aber für den mittelbar Betroffenen diese Schutzworrichtungen nicht gelten. Überdies hat der BGH wenigstens bei einer Verletzung des § 136a StPO anerkannt, dass ein hiergegen verstoßendes Geständnis eines Angeklagten auch gegen einen Mitangeklagten nicht verwertet werden darf, da dieser auch durch das Geständnis eines Mitangeklagten belastet werden kann.¹³²⁹ Ebenso ist es aber möglich, dass ein Mitangeklagter durch die bei einer ohne richterliche Anordnung erfolgte Überwachung eines anderen Angeklagten erlangten Beweise belastet werden kann. Insofern spricht vieles dafür, dass bei einem schweren Verfahrensfehler wie der fehlenden richterlichen Anordnung einer Überwachung oder auch dem gänzlichen Fehlen einer tatbestandlichen Ermächtigungsgrundlage auch gegenüber dem Mitangeklagten grundsätzlich ein Verwertungsverbot besteht.

b) Disponibilität zugunsten der Verwertbarkeit

Daneben kann es jedoch vorkommen, dass ein Angeklagter ein zugunsten eines oder aller Mitangeklagten bestehendes Verwertungsverbot für sich als günstig erachtet und daher dessen Verwertung ausdrücklich wünscht, während die übrigen Mitangeklagten hierin nicht einwilligen. In dieser Konstellation sind zwei Fallgestaltungen zu unterscheiden. Zum einen der Fall, in welchem der der Verwertung widersprechende Angeklagte in einem Selbstgespräch den Mitangeklagten entlastenden, sich selbst aber belastende Inhalte offenbart. Und zum anderen den Fall eines zum Kernbereich gehörenden Zwiegespräches zweier Angeklagten bezüglich dessen lediglich einer der Angeklagten eine Verwertung wünscht.

aa) Eingriff in die Rechtssphäre nur eines Angeklagten

Bereits 1964 hat der BGH hinsichtlich der Verwertbarkeit unrechtmäßig erlangter Beweise zugunsten eines Mitangeklagten Stellung genommen und angemerkt, dass die Verwertung von Beweismitteln, die durch einen rechtswidrigen Eingriff in die Sphäre eines Angeklagten gewonnen wurden, dann zulässig sei, wenn dies die einzige Möglichkeit darstelle, einen Mitangeklagten von besonders schweren Anklagevorwürfen zu ent-

1329 Dallinger nach BGH, MDR 1971, 18.

lasten.¹³³⁰ In Fällen, die weniger starke Beschuldigungen zum Gegenstand haben, sei dies aufgrund des überwiegenden Persönlichkeitsrechts des durch die unrechtmäßige Beweiserhebung Betroffenen nicht möglich.¹³³¹ Insofern sieht es der BGH folglich als entscheidendes Merkmal an, wie stark die dem Mitangeklagten zur Last gelegten Straftaten ausfallen.

Der Annahme,¹³³² dass ein Beweisverwertungsverbot zugunsten eines Betroffenen, nicht verhindere, dass der Mitangeklagte diese Informationen zu seinen Gunsten nutzen könne, ist jedoch nur bedingt zu folgen. Aus dem Wesen eines Beweisverwertungsverbotes als Recht des Betroffenen, folge naturgemäß, dass jemand, der nicht Inhaber des Rechtes ist, aus diesem keine Ansprüche herleiten kann. Dies bedeutet, dass ein Mitgeklagter zu seinem eigenen Schutz nicht verlangen kann, dass sich ein anderer Mitangeklagter auf ein für ihn bestehendes Beweisverwertungsverbot i.S.d. Widerspruchslösung beruft.¹³³³ Andererseits folge daraus aber, dass ein Angeklagter nicht daran gehindert sei, die zum Schutze eines anderen Mitangeklagten kontaminierten Beweismittel zu seinen – des Angeklagten – Gunsten in das Verfahren einführen zu lassen.¹³³⁴ Insofern ist dieser Umkehrschluss jedoch inkonsistent. Wenn davon ausgegangen wird, dass der Rechteinhaber ausschließlich der tatsächlich Betroffene ist, leuchtet nicht ein, weshalb demjenigen der nicht Rechteinhaber ist, aus dieser ihm nicht zustehenden Rechtsposition das Recht zukommen soll, das durch den Betroffenen nicht freigegebene Beweismittel zu seinen Gunsten in den Prozess einzubeziehen. Für eine Verwertbarkeit entgegen der Einwilligung des Betroffenen kann – sofern dadurch der Kernbereich betroffen ist – auch nicht angeführt werden, dass auf Seiten des Mitangeklagten, der aus der Menschenwürde abgeleitete Grundsatz der Wahrung des Schuldprinzips im Urteil streitet. Schließlich würde die Verwertung ebenfalls die Menschenwürde desjenigen verletzen, dessen dem Kernbereich zuzuordnendes Selbstgespräch hierzu im Prozess abgespielt werden müsste.¹³³⁵ Diese Kollision sich diametral gegenüberstehender, beiderseits aus der Menschenwürde abgeleiteter Prinzipien, lässt sich nicht im Sinne des

1330 BGHSt 19, 325, 332; a.A. von der Lippe, Die Widerspruchslösung der Rechtsprechung, S. 105.

1331 BGHSt 19, 325, 332 f.

1332 So Güntge, StV 2005, 403, 405.

1333 Güntge, StV 2005, 403, 404 f.

1334 Güntge, StV 2005, 403, 404 f. mit Ausnahme eines Verstoßes gegen § 136a Abs. 3 S. 2 StPO.

1335 Wolter in: SK-StPO, Einl., Rn. 255.

§ 5 Verwertbarkeit

Mitbeschuldigten auflösen.¹³³⁶ Ansonsten hätte es dieser letztlich in der Hand über einen Kernbereichsverzicht des Betroffenen zu entscheiden. Willigt der Betroffene nicht in die Verwertung eines den Kernbereich betreffenden Beweismittels ein, so müssen sich auch übrige Mitbeschuldigte derart behandeln lassen, als sei dieses Beweismittel nicht existent. Unabhängig davon bleibt es dem Gericht vorbehalten, hieraus zugunsten eines Mitbeschuldigten entsprechende Schlüsse zu ziehen. Gleichsam verbietet es sich freilich aus der verweigerten Einwilligung zulasten des betroffenen Angeklagten negative Schlüsse zu ziehen.

Erst bei verfassungsrechtlich unterschiedlich stark gewichteten, zueinander in Kollision stehenden, Rechten, wenn also auf Seiten des Betroffenen zwar ein Beweisverwertungsverbot besteht, diesem jedoch nicht die absolute Schutzwürdigkeit des Kernbereichs zukommt, kann ein anderes Ergebnis gerechtfertigt sein. In diesen Fällen kann, um über die Verwendung des kontaminierten Beweismittels zu Entlastungszwecken zu entscheiden, die dem Mitangeklagten vorgeworfene Straftat berücksichtigt werden.¹³³⁷ Sind Beweismittel zulasten des Betroffenen nicht verwertbar, wird der Mitangeklagte jedenfalls bei Straftaten, bei denen eine Freiheitsstrafe und damit ein Eingriff in seine Freiheitsrechte zu erwarten ist, verlangen können, dass entsprechende, zugunsten des Betroffenen gesperrte Beweismittel, zu seinen Gunsten entlastend verwertet werden. Sein Recht, nicht wegen eines Sachverhaltes verurteilt zu werden, der den tatsächlichen Gegebenheiten nicht entspricht, wird sodann höher zu gewichten sein.¹³³⁸

bb) Eingriff in die Rechtsphäre sämtlicher Mitangeklagter

Anders könnte sich dies darstellen, wenn die Maßnahme, durch welche das gesperrte Beweismittel hervorgebracht wurde, unmittelbar die Rechtsphäre sämtlicher Mitangeklagter beeinträchtigte. Fordert sodann ein Mitangeklagter unter Verzicht auf seinen Kernbereichsschutz die Verwertung eines Beweismittels, würde dies immer noch bedeuten, dass sodann die weiteren Betroffenen gezwungen wären, auf ihren Kernbereichsschutz ebenfalls zu verzichten. Gleichwohl ist in dieser Konstellation zu sehen,

1336 So auch *Traub*, Verwertbarkeit von Selbstgesprächen, S. 148 f.; *Dautert*, Beweisverwertungsverbote und ihre Drittirkung, S. 153.

1337 Vgl. BGHSt 19, 325, 332 f.

1338 So auch *Meixner*, Das Widerspruchserfordernis, S. 245, jedoch ohne die Differenzierung in absolute und relative Beweisverwertungsverbote.

dass sämtliche sich in einem Gespräch befindlichen Personen damit rechnen müssen, dass die Beteiligten sensible Inhalte nicht geheim halten werden. Insofern wäre der betroffene Angeklagte auch nicht gehindert, über die besprochenen Inhalte vor Gericht frei zu sprechen. Darin, dass dieser Angeklagter zu seiner Entlastung darüberhinausgehend auf den Kernbereichsschutz verzichten möchte und die Verwertung eines kontaminierten Beweisstückes verlangt, verwirklicht sich lediglich das enttäuschte Vertrauen der übrigen Gesprächsteilnehmer in den Angeklagten, dem strafprozessual allerdings keine Bedeutung zukommt. Tatsächlich müssen dieses Risiko die übrigen Mitangeklagten tragen, die aus freien Stücken die entsprechende Unterredung mit dem betreffenden Angeklagten führen.¹³³⁹ Sofern ein Angeklagter folglich durch eine Maßnahme selbst betroffen ist, kann dieser ungeachtet eines entgegenstehen Willens der Mitangeklagten die Verwertung eines kontaminierten Beweismittels zu seiner Entlastung verlangen.¹³⁴⁰

cc) Problematik einer gesplitteten Tatsachenfeststellung

Zu beachten ist, dass, selbst wenn ein Mitangeklagter die Verwertung zu seiner Entlastung verlangt, dies nichts an der Unverwertbarkeit des Beweisgehalts zugunsten der übrigen Mitangeklagten ändert. Aufgrund der Einführung in den Prozess zugunsten des dies verlangenden Angeklagten, würde dasselbe Urteil – differenziert nach den Angeklagten – dann allerdings unterschiedliche Tatsachenfeststellungen enthalten.¹³⁴¹ Unter Verweis hierauf wird die Disponibilität über ein Beweismittel bei mehreren Angeklagten teilweise abgelehnt.¹³⁴² Schließlich hat sich auch der BGH in einer älteren Entscheidung gegen eine solche Tatsachenalternativität ausgesprochen.¹³⁴³ Es widerspreche dem in § 261 StPO verankerten Grundsatz der freien Beweiswürdigung, wenn das Gericht bei der Würdigung des Beweisergebnisses hinsichtlich eines Mitangeklagten einen Teil des zulässig eingeführten Verfahrensstoffes außer Betracht lassen müsse. Wegen des engen inneren Zusammenhangs der festzustellenden Vorgänge sei

1339 Bruns in: KK-StPO, § 100d StPO, Rn. 42.

1340 So auch Ameling, StraFo 1999, 181, 184, mit der Einschränkung das Beweismittel nur zugunsten des Freigabewilligen zu berücksichtigen.

1341 Gütge, StV 2005, 403, 404.

1342 Schwaben, Die personelle Reichweite von Beweisverwertungsverboten, S. 167.

1343 BGHSt 22, 372, 374.

nur eine einheitliche Tatsachenfeststellung hinsichtlich aller Angeklagten denkbar.¹³⁴⁴ Gerade wenn die beweisgegenständliche Audioaufzeichnung eine Interaktion zwischen den Angeklagten dokumentiere, könne diese – eben auch hinsichtlich des die Verwertungfordernden Angeklagten – nur dann sinnvoll gewürdigt werden, wenn das Verhalten aller Beteiligten an der Interaktion berücksichtigt wird.¹³⁴⁵ Andere sehen in der möglichen Konsequenz unterschiedlicher Tatsachenfeststellungen und -bewertungen ein Umstand der eben hinzunehmen sei.¹³⁴⁶ So seien differierende Sachverhaltsfeststellungen und -bewertungen dem Strafrecht – man denke an das Prinzip der Wahlfeststellung – nicht fremd.¹³⁴⁷ Dem widerspreche auch nicht das zitierte BGH-Urteil. Schließlich hatte dieses die Frage zum Gegenstand, ob bereits eine gesetzlich bestehende Beweiserhebungsmöglichkeit aufgrund des Interesses eines Mitangeklagten durch diese Beweiserhebung nicht belastet zu werden, eingeschränkt werden könne.¹³⁴⁸ Hier steht jedoch ein bereits bestehendes Beweisverwertungsverbot im Zentrum, das, ohne seine Wirkung für den begünstigten Angeklagten zu verlieren, als Entlastungsbeweis für einen Mitangeklagten dienen soll.¹³⁴⁹ Im Ergebnis ist das Verlangen nach einer möglichst für alle Angeklagten einheitlichen Tatsachengrundlage – sofern nach dem zuvor gesagten eine Disponibilität über ein Beweisverwertungsverbot bei mehreren Angeklagten möglich ist – nicht in der Lage, die Verurteilung eines eigentlich freizusprechenden Beschuldigten zu legitimieren.¹³⁵⁰

4) Zwischenergebnis

Während die Widerspruchslösung in vielen Fällen unselbstständiger relativer Beweisverwertungsverbote dem Betroffenen die Disponibilität über ein Beweisverbot ermöglicht, muss dies dem Betroffenen Angeklagten auch in Fällen möglich bleiben, in denen ein absolutes Beweisverwertungsverbot die Verwertung grundsätzlich hindern würde. Es verbleibt in sämtlichen Fällen in den Händen des Betroffenen darüber zu entscheiden, ob er

1344 BGHSt 22, 372, 374; *Schwaben*, Die personelle Reichweite von Beweisverwertungsverbeten, S. 167.

1345 Bruns in: KK-StPO, § 100d StPO, Rn. 42.

1346 Gündge, StV 2005, 403, 405; Amelung, StraFo 1999, 181, 185.

1347 Gündge, StV 2005, 403, 405.

1348 Gündge, StV 2005, 403, 405.

1349 Gündge, StV 2005, 403, 405.

1350 Wolter in: SK-StPO, Einl., Rn. 256; Weßlau, StV 2010, 41, 44.

ein kontaminiertes Beweismittel zur Entlastungszwecken im Prozess der Verwertung freigeben möchte. Nicht möglich ist für den betroffenen Angeklagten dagegen aus einem einheitlichen, für die Verwertung gesperrten, Beweismittel nur einzelne Teile für die Verwertung zuzulassen. Er kann nicht die für ihn vorteilhaften Sequenzen einer Audioaufzeichnung in den Prozess einführen, während das Abspielen der Aufzeichnung bei ihm möglicherweise belastenden Abschnitten gestoppt werden soll. Bei einem solchen, für den Angeklagten teilweise vorteilhaften Beweismittel, kann dieser jedoch – sofern das Gericht auf Grundlage der übrigen Beweismittel – zu einer Verurteilung kommen würde, die entsprechende Audioaufzeichnung volumnäßig einer nachträglich Beweiswürdigung zuführen lassen. Sodann obliegt es dem Gericht, inwiefern der darin enthaltene Inhalt die Auffassung des Gerichts in eine strafmildernde oder strafshärfende Richtung beeinflusst. Will ein Angeklagter in einem Prozess mit mehreren Mitangeklagten auf ein Beweisverwertungsverbot verzichten, so ist zuvörderst zu fragen, zum Schutz wessen Rechte das Beweismittel dem Prozess entzogen ist sowie welches Gewicht dem die Sperrung begründenden Recht zukommt. Fordert ein Angeklagter ein kontaminiertes Beweismittel, das aufgrund eines Eingriffs in die Rechtssphäre eines Mitangeklagten gesperrt ist, zu seiner Entlastung in den Prozess einzuführen, ist dies – kein Einverständnis durch den Betroffenen vorausgesetzt – nur möglich, wenn erstens das Beweisverwertungsverbot nicht zum Schutz des Kernbereichs der privaten Lebensführung des Betroffenen besteht und zweitens auf Seiten des die Verwertungfordernden Mitangeklagten ein berechtigtes Interesse in Form einer zu erwartenden Freiheitsstrafe vorliegt. Griff die rechtswidrige Maßnahme dagegen in die Rechtssphäre mehrerer Angeklagter ein, so kann jeder betroffene Angeklagte das kontaminierte Beweismittel zu Entlastungszwecken in den Prozess einführen. Dass dies möglicherweise mit einer gespaltenen Tatsachenfeststellung hinsichtlich desjenigen zu dessen Gunsten des Beweismittel verwertet werden soll und den übrigen Mitangeklagten, für deren strafrechtliche Beurteilung das Beweismittel weiterhin gesperrt bleibt, einhergeht, muss im Sinne einer möglichst umfassenden Wahrheitsermittlung hingenommen werden.

V) Fernwirkung

Analog zu den aus den bekannten Überwachungsmethoden herrührenden Informationen, können auch die aus einem Zugriff auf einen Sprachasistenten bzw. Smart Speaker in Form des Endgeräts entspringenden In-

formationen aufgrund einer Fernwirkung unverwertbar sein. Insofern ist dieses klassische strafprozessuale Problem auch im hiesigen Kontext von Relevanz.

1) Kernbereichsbetroffenheit

Es ist zu fragen, wie damit umzugehen ist, wenn die Strafverfolgungsbehörden durch das unverwertbare Beweismittel auf weitere Beweismittel stoßen. So, wenn beispielsweise der Betroffene in einem unverwertbaren (Selbst-)Gespräch den Leichenfundort offenbart. Es fragt sich dann, ob das hinsichtlich des Selbstgespräches bestehende Beweisverwertungsverbot eine sog. Fernwirkung entfaltet, die auch die Verwertung der Leiche und daran gefundener Spuren als Beweismittel verbietet. Die mit der Diskussion um das Anerkennen einer Fernwirkung einhergehende Problematik liegt darin, dass wenn sich die Unverwertbarkeit auf weitere Beweismittel erstreckt, das Prinzip der Wahrheitsermittlung und die Herstellung materieller Gerechtigkeit über das ohnehin bereits bestehende Beweisverwertungsverbot noch weiter eingeschränkt würde. Anderseits bestünde die Gefahr, dass das zum Schutze des Betroffenen entstandene Beweisverbot durch die Möglichkeit der Verwertung auf Grundlage des kontaminierten Beweismittels gefundener Beweise umgangen wird.¹³⁵¹

Jedenfalls dann, wenn ein aufgrund einer Kernbereichsbetroffenheit für den Prozess gesperrtes Beweismittel als Spurenansatz verwendet werden soll, ist sich Rechtsprechung und Literatur einig, dass sodann eine Fernwirkung besteht, die jegliche Verwendung des sekundär erlangten Beweismittels im weiteren Verfahren ausschließen muss.¹³⁵² Der absolute Kernbereichsschutz wäre unvollständig, wenn zwar nicht das Selbstgespräch als solches, jedoch sämtliche aus diesem in der Folge womöglich generierten Beweise verwertbar wären. Zur Gewährleistung dieses Schutzes ist es, wie das BVerfG in der Entscheidung zum großen Lauschangriff feststellte, da-

1351 *Trüg*, Lösungskonvergenzen trotz Systemdivergenzen, S. 304.

1352 BVerfGE 109, 279, 331; *Warntjen*, Heimliche Zwangsmaßnahmen und der Kernbereich, S. 69, 125; *Traub*, Verwertbarkeit von Selbstgesprächen, S. 151; *Eschelbach* in: SSW-StPO, § 100d StPO, Rn. 18; *Wolter* in: SK-StPO, § 100c StPO, Rn. 71; *Großmann*, JA 2019, 241, 246; *Gercke*, GA 2015, 339, 349; *Kretschmer*, HRRS 2010, 551, 552; *Ellbogen*, NStZ 2001, 460, 465; *Mitsch*, NJW 2012, 1486, 1488; hinsichtlich § 100c Abs. 5 S. 3 StPO a.F. vgl. BT-Drs. 15/4533, S. 15, wobei die Verweisung in BT-Drs 18/12785, S. 56 zeigt, dass diese Erwähnung auch nach Einführung des § 100d Abs. 2 StPO gelten soll.

her erforderlich, dass aus einem dem Kernbereich zuzuordnenden Beweisstück herührende Informationen „*insgesamt und ungeachtet ihres Inhalts im Strafverfahren nicht verwertet werden*“.¹³⁵³ Insbesondere schließe dies auch aus, solche Informationen im weiteren Ermittlungsverfahren als Spurenansätze heranzuziehen.¹³⁵⁴

2) Sonstige Fälle

Wesentlich umstrittener ist die Frage nach der Fernwirkung eines Beweisverbotes in sämtlichen übrigen Fällen.

a) Ablehnende Position

Allen voran die Rechtsprechung positionierte sich grundsätzlich gegen die Anerkennung einer Fernwirkung.¹³⁵⁵ So hat der BGH im Falle einer unzulässigen Telefonüberwachung nach § 100a StPO¹³⁵⁶ oder bei einem unter Verstoß gegen § 136a StPO erlangten Geständnis¹³⁵⁷ jegliche Fernwirkung abgelehnt. Hierfür sprächen vor allen Dingen Effektivitätsgedanken, da das Strafverfahren ansonsten durch jeden Verfahrensverstoß gelähmt würde.¹³⁵⁸ Ein weiteres Argument zur Begründung der Ablehnung der Fernwirkung sieht der BGH darin, dass sich kaum feststellen lasse, ob die Polizei das weitere Beweismittel nicht auch ohne den das primäre Beweismittel betreffenden Verstoß gefunden hätte.¹³⁵⁹ Einzig in einer Entscheidung aus dem Jahre 1980 nahm der BGH dagegen eine Fernwirkung an.¹³⁶⁰ In diesem Fall wurde wegen des Verdachts verfassungsfeindlicher Spionage, § 88 StGB und geheimdienstlicher Agententätigkeit, § 99 StGB eine Telefonüberwachung angeordnet, wobei sich schlussendlich allein eine Verletzung von Dienstgeheimnissen, § 353b StGB und Verwahrungsbruchs, § 133 StGB bewahrheitete. Da beide Taten keine Katalogtaten im Sinne des

1353 BVerfGE 109, 279, 331.

1354 BVerfGE 109, 279, 331.

1355 BGHSt 32, 68, 71; BGHSt 34, 362, 364; BGHSt 35, 32, 34; BGHSt 51, 1, 8; BGH, NStZ-RR 2016, 216; Löffelmann, JR 2019, 404, 405.

1356 BGHSt 32, 68, 71.

1357 BGHSt 34, 362, 364; kritisch Seebode, JR 1988, 427, 431.

1358 BGHSt 34, 362, 364; MüKo-StPO/Peters, § 152 StPO, Rn. 47.

1359 BGHSt 32, 68, 71.

1360 BGHSt 29, 244.

G 10 darstellten, war die durchgeführte Telefonüberwachung rechtswidrig. Unter Hervorhebung der hohen Bedeutung des Art. 10 GG und des Gesetzesvorbehalts kam der BGH unter teleologischen Gesichtspunkten zu dem Schluss, dass es für den grundrechtlichen Schutz des Betroffenen keinen Unterschied mache, ob die strafrechtliche Verfolgung aufgrund der unmittelbar durch die Telefonüberwachung oder nur der mittelbar erlangten Beweismittel erfolge.¹³⁶¹ Gleichwohl war diese Entscheidung nicht in der Lage die höchstrichterliche Rechtsprechung nachhaltig zu ändern. Stattdessen wies der BGH in seinen späteren Urteilen ausdrücklich darauf hin, dass dieses Ergebnis allein für das in § 7 Abs. 3 G 10 a.F. normierte Verwertungsverbot gelten könne.¹³⁶² Eine Begründung für diese Schlussfolgerung blieb der BGH jedoch stets schuldig. Dabei ist es vor dem Hintergrund durch die Verwertungsverbote die (Grund-)Rechte des Betroffenen zu wahren und ein faires Verfahren zu gewährleisten, in sämtlichen Fällen gleichgültig, ob der Betroffene unmittelbar durch die aus einer rechtswidrigen Maßnahme herrührenden Beweise oder „nur“ mittelbar aufgrund der daraufhin erlangten Beweismittel einer strafrechtlicher Verfolgung ausgesetzt wird. Weshalb dies jedoch nach der Rechtsprechung des BGH nur im Lichte eines Verwertungsverbotes nach § 7 Abs. 3 G 10 a.F. der Fall sein soll, ist nicht zu erklären.

b) Befürwortende Position

Nach einer weit verbreiteten Literaturauffassung soll der amerikanischen fruit of the poisonous tree doctrin folgend, ein bestehendes Beweisverwertungsverbot stets mit einer Fernwirkung einhergehen.¹³⁶³ Zutreffend weist Fezer darauf hin, dass die Reichweite eines Verwertungsverbotes sich nicht an der Notwendigkeit eines Beweismittels für den Fortgang des Verfahrens orientieren könne, da ansonsten die gesamte Dogmatik der

1361 BGHSt 29, 244, 251.

1362 BGHSt 32, 68, 71; BGHSt 34, 362, 365.

1363 Dencker, Verwertungsverbote im Strafprozess, S. 76 ff.; Koriath, Beweisverboten im Strafprozess, S. 103; Kübne, Strafprozessrecht, Rn. 912.1; Spendl, NJW 1966, 1102, 1105; Grünwald, StV 1987, 470, 472 f.; Otto, GA 1970, 289, 293 f.; Haffke, GA 1973, 65, 82; Riegel, JZ 1980, 757; Fezer, JZ 1987, 936, 938; Neuhaus, NJW 1990, 1221, 1222; Schroth, JuS 1998, 969, 970; Nüse, JR 1966, 281, 284; Benfer, NVwZ 1999, 237, 239; Klemke/Elbs, Einführung in die Praxis der Strafverteidigung, Rn. 336; Ameling, NJW 1991, 2533, 2538; Meyer-Mews, HRRS 2015, 398, 405 f.; Mende, Grenzen privater Ermittlungen, S. 232 f.

Verwertungsverbote obsolet wäre.¹³⁶⁴ Grünwald erachtet eine solche strenge Regelung – überspitzt formuliert – als erforderlich, um zu verhindern, dass die Ermittlungsbehörden durch den unsachgemäßen Einsatz von Ermittlungsbefugnissen die Unverwertbarkeit des dadurch erlangten Beweismittels in Kauf nähmen, da schließlich weitere verwertbare mittelbare Beweismittel entstünden.¹³⁶⁵ Teilweise lassen Anhänger dieser Auffassung unter Heranziehung eines rechtmäßig alternativen Ermittlungsverlaufes die Verwertbarkeit, der aufgrund des kontaminierten und unverwertbaren Beweismittels dann zu, wenn die Strafverfolgungsbehörden diese Beweise ohnehin auch bei einem ordnungsgemäßen Verhalten entdeckt hätten.¹³⁶⁶

c) Differenzierte Lösung

Andere wollen analog zur Begründung eines Beweisverwertungsverbotes auch das Bestehen einer Fernwirkung von einer Abwägung abhängig machen, in die wiederum auf der einen Seite die Schwere des zu dem Beweisverwertungsverbot führenden Rechtsverstoßes und auf der anderen Seite die Schwere der aufzuklärenden Straftat einzubeziehen ist.¹³⁶⁷ Gegen die generelle Annahme eines Beweisverwertungsverbotes nach amerikanischem Vorbild spreche, dass im dortigen Strafverfahren ein Beweisverwertungsverbot in erster Linie der Disziplinierung der Ermittlungsbeamten dienen, wohingegen dieser Zweck dem deutschen Strafverfahrensrecht fremd ist. Die vor diesem Hintergrund zu sehende Figur sei folglich nicht auf das deutsche Strafverfahrensrecht übertragbar.¹³⁶⁸

1364 Fezer, JZ 1987, 937, 938.

1365 Grünwald, StV 1987, 470, 472 f.

1366 Grünwald, JZ 1966, 500; Wolter, NStZ 1984, 275, 277; Ameling, NJW 1991, 2533, 2539; Schroth, JuS 1998, 969, 970; Beulke, ZStW 1991, 657, 669, Reinecke, Fernwirkung von Beweisverwertungsverboten, S. 210 ff.

1367 MüKo-StPO/Peters, § 152 StPO, Rn. 48; Schmitt in: Meyer-Goßner/Schmitt, Einl. Rn. 57; Bader in: KK-StPO, Vor., § 48, Rn. 45 ff.; Rogall, NStZ 1988, 385, 392; ders., ZStW 1979, 1, 39 f.; Wolter, NStZ 1984, 276, 277; Maiwald, JuS 1978, 379, 385; in diese Richtung auch BVerfG, NJW 2011, 2417, 2418, Rn. 42.

1368 Schmitt in: Meyer-Goßner/Schmitt, Einl, Rn. 57; FS-Beulke/Ransiek, 949, 949.

3) Stellungnahme

Unumstößlich ist, dass von Beweismitteln, die den Kernbereich oder die Intimsphäre des Betroffenen tangieren, grundsätzlich eine Fernwirkung ausgehen muss. In den übrigen Fällen verkennt das Argument, eine Fernwirkung führe zu einer Art der Verfahrenslähmung, dass es den Verfechtern einer Fernwirkung nicht darum geht, einen Verfahrensverstoß als Prozesshindernis zu behandeln, sondern um die Frage, ob Beweismaterial, das mittelbar auf Grund einer Verletzung von Verwertungsverboten erlangt wurde, verwertet werden darf.¹³⁶⁹ Vielmehr bleibt es selbstverständlich möglich, den Angeklagten mit Beweisen, die losgelöst vom Verstoß gegen die Rechte des Angeklagten erlangt wurden, zu überführen.¹³⁷⁰ Dagegen mutet es durchaus befremdlich an, wenn die Gerichte das vermeintliche Bedürfnis an solch makelbehafteten Beweisen mit der Notwendigkeit der Verhinderung einer Verfahrenslahmlegung begründen. Wenn die erst aufgrund der Rechtsverletzung aufgefundenen und daher mit diesem Verstoß bemerkten Beweise die einzigen sind, die die Verurteilung des Täters herbeiführen können, so stünde ein solches Verfahren auf wackeligen rechtsstaatlichen Beinen. In dem Fall, in dem ein solches Beweisstück eine Verurteilung wesentlich tragen würde, sollte noch viel mehr von dessen Unverwertbarkeit ausgegangen werden. Dass aber diejenigen, die in diesem Kontext erneut auf eine Abwägung zurückgreifen wollen, eine Fernwirkung zumeist gerade dann versagen, wenn dadurch ein entscheidendes Beweismittel betroffen ist, steht im Widerspruch zum Sinngehalt der Beweisverbote, der auch darin besteht, die Rechte des Betroffenen und die Rechtsstaatlichkeit des Strafverfahrens im Zweifel auch gegenüber kriminalpolitischen Zweckmäßigkeitserwägungen zu wahren.¹³⁷¹

Die oft bemühte Begründung, dass nicht jeder Verfahrensfehler das gesamte Strafverfahren lahmlegen dürfe,¹³⁷² ist daher lediglich bei einem engen Verständnis dahingehend zutreffend, dass in der Tat nicht die bloße Entdeckung der Identität eines möglichen Verdächtigen durch einen rechtswidrig erlangten Beweis zu dessen Immunität gegen eine Strafverfol-

1369 *Grünwald*, StV 1987, 470, 472.

1370 *Roxin* in: *Jauernig/Roxin*, Die Rechtsprechung des BGH, S. 96 f.; *Klemke/Elbs*, Einführung in die Praxis der Strafverteidigung, Rn. 336.

1371 *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, Rn. 406.

1372 BGHSt 27, 355, 358; BGHSt 32, 68, 71.

gung führen darf, wenn die eigentlichen Beweismittel, die seine Schuld nachweisen, einwandfrei erlangt worden sind.¹³⁷³

Insbesondere sprechen die gleichen Bedenken, die bereits hinsichtlich der Entstehung eines primären Beweisverwertungsverbotes durch die Heranziehung der Abwägungslehre geäußert wurden, auch dagegen die Erstreckung eines Beweisverwertungsverbotes in Form der Fernwirkung von solchen – rechtsunsicheren – Abwägungsentscheidungen abhängig zu machen.¹³⁷⁴ Zutreffend weist *Reinecke* darauf hin, dass jedenfalls der Umfang der Verwertbarkeit klar und eindeutig geregelt sein muss, wenn schon die vorangestellte Frage nach dem „Ob“ einer Beweisverwertung höchst umstritten ist.¹³⁷⁵

Demnach muss mit einer starken Literaturauffassung zunächst von einer Fernwirkung sämtlicher Beweisverwertungsverbote ausgegangen werden. Dem kann auch nicht mit dem Argument entgegnet werden, dass die dadurch herbeigeführte Disziplinierung der Strafverfolgungsbehörden dem deutschen Strafprozessrecht fremd ist. Denn tatsächlich steht ein solcher Disziplinierungsgedanken gar nicht im Zentrum dieser Betrachtungsweise, sondern vielmehr ein umfassender, nicht durch die Hintertür auszuhebender, Grundrechtsschutz. Dass womöglich dennoch ein Disziplinierungseffekt mit einer solchen Betrachtungsweise einhergeht, ist sodann ein bloßer Reflex, der aber nicht das eigentliche Ansinnen dieser restriktiven Sichtweise darstellt. Gleichwohl kann dieses Ergebnis keine ausnahmslose Geltung für sich beanspruchen. Analog zum Entstehen eines primären Beweisverwertungsverbots darf auch in diesem Zusammenhang dem Betroffenen kein ungerechtfertigter Vorteil in Form einer glücklichen Fügung zuteilwerden. Dies wäre dann der Fall, wenn das sekundäre Beweismittel mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit auch ohne das kontaminierte primäre Beweismittel erlangt worden wäre. Im Unterschied zur Anwendung der Figur des hypothetisch rechtmäßigen Ersatzeingriffes im Rahmen der Verwertbarkeit des primären Beweismittels ist Anhaltpunkt einer hypothetisch rechtmäßigen Beweismittelerlangung hier denklogisch nicht mehr das konkrete primäre Beweismittel (dieses ist, um überhaupt in die hiesige Situation zu gelangen, unverwertbar), sondern das mittelbare,

1373 *Harris*, StV 1991, 313, 320; vgl. *ders.* a.a.O. mit einer Analyse der Fernwirkung im amerikanischen Strafverfahren.

1374 *Jäger*, Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote, S. 116; *Reinecke*, Fernwirkung von Beweisverwertungsverboten, S. 232; *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, Rn. 408.

1375 *Reinecke*, Fernwirkung von Beweisverwertungsverboten, S. 232.

§ 5 Verwertbarkeit

d.h. sekundär durch die rechtswidrige Beweisgewinnung erlangte Beweisstück. An dem zu fordern den restriktiven Hypothesenmaßstab vermag der unterschiedliche Bezugspunkt jedoch nichts zu ändern. Insbesondere bedeutet dies auch im hiesigen Kontext, dass nicht auf einer abstrakten Ebene die rechtswidrige Handlung durch eine theoretisch rechtmäßige Handlung ersetzbar ist, sondern das im konkreten Fall im Zeitpunkt der rechtswidrigen Erlangung des primären Beweismittels bereits ein zukünftiges Vorgehen im Ermittlungsverfahren angelegt war, das mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit ebenfalls zur Erlangung des mittelbaren, sekundären Beweismittels geführt hätte.

Die der Anwendung dieses Korrektiv zugrunde liegenden unterschiedlichen Bezugspunkte,¹³⁷⁶ werden im Falle der Beeinträchtigung des Kernbereichs oder der Intimsphäre auch im Ergebnis sichtbar. Während dieses Korrektiv, wenn es darum geht, eine ausnahmsweise Verwertbarkeit des primären Beweismittels zu begründen, im Falle der Kernbereichsbetroffenheit keine Anwendung finden kann, ist dies im Falle einer auf diesem Wege möglicherweise aufgehobenen Fernwirkung anders. Veranschaulicht werden kann dies am klassischen Lehrbuchfall¹³⁷⁷ zur Fernwirkung: Offenbart der Betroffene im Rahmen eines Selbstgespräches den Fundort der Leiche, so ist die Audioaufzeichnung des Gespräches freilich nicht verwertbar. Ebenso geht von diesem Beweisverbot eine Fernwirkung aus, die auch das Verwerten der Leiche als Beweismittel gegen den Betroffenen verbietet. War hingegen die Aushebung des betroffenen Erdreichs bereits nachweisbar geplant und insofern im Ermittlungsverfahren angelegt, wäre also die Leiche auch ohne die neuen Erkenntnisse aus dem Selbstgespräch später entdeckt worden, so ist der Leichnam als Beweismittel freilich verwertbar. Die von der kontaminierten Aufzeichnung des Selbstgespräches grundsätzlich ausgehende Fernwirkung kann das mittelbare Beweismittel folglich nicht gegen jegliche Verwertbarkeit im Strafprozess immunisieren.¹³⁷⁸

1376 Zu nennen ist die Begründung der Verwertbarkeit eines primär rechtswidrig erlangten Beweismittel oder eine Ausnahme von einer bestehenden Fernwirkung hinsichtlich eines sekundären Beweismittels.

1377 Vgl. Kudlich in: MüKo-StPO, Einl., Rn. 488.

1378 Würde die Leiche gar ohne Kenntnis der Informationen aus dem Selbstgespräch, gewissermaßen zeitgleich mit dessen Aufzeichnung, ausgehoben, so wäre diese gar unproblematisch ohne Verknüpfung zur Problematik der Fernwirkung verwertbar.

4) Geltendmachung von Löschungsansprüchen

Um unabhängig von der Fernwirkung eine Konstellation zu verhindern, in welcher beispielsweise im Rahmen einer verdeckten Maßnahme Erkenntnisse erlangt wurden, aufgrund derer zu einem späteren Zeitpunkt eine an diese Erkenntnisse anknüpfenden Maßnahme durchgeführt werden könnte, ist es aus Sicht der Verteidigung ratsam, unmittelbar die dem Betroffenen zustehenden Löschungsansprüche geltend zu machen. Dies führt dazu, dass die Staatsanwaltschaft eine Einzelfallbearbeitung vorzunehmen hat, um dem konkreten Löschungsantrag des Betroffenen zu genügen.¹³⁷⁹ Auf die Löschung kann entweder im Dialog mit der Staatsanwaltschaft oder auf dem formalen Weg mittels gerichtlicher Überprüfung nach § 98 Abs. 2 S. 2 StPO bzw. im Wege der Beschwerde nach § 304 StPO hingewirkt werden.¹³⁸⁰

Das BVerfG stützte diese Löschungspflicht ursprünglich auf § 489 StPO. Es führt aus, dass der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zwar bereits den staatlichen Zugriff auf Daten begrenzt, dies allein jedoch nicht genügt unzulässige Eingriffe in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung zu verhindern. Vielmehr könne dies nur durch eine angemessene Verfahrensgestaltung erreicht werden.¹³⁸¹ Auf das Volkszählungsurteil¹³⁸² verweisend weist es darauf hin, dass gerade die Löschung aller nicht zur Zweckerreichung nicht erforderlichen Daten eine dieser verfahrensrechtlichen Schutzvorkehrungen darstellt.¹³⁸³ Über die strafprozessuale Vorschriften hinaus geben dem Betroffenen auch bereits die datenschutzrechtlichen Normen in Gestalt des § 75 Abs. 2 BDSG bzw. des hierzu korrespondierenden § 58 Abs. 2 BDSG ein Recht zur Datenlöschung, wenn die Verarbeitung der Daten unzulässig ist, sie zur Erfüllung einer rechtlichen Verpflichtung gelöscht werden müssen oder ihre Kenntnis für die Aufgabenerfüllung nicht mehr erforderlich ist.¹³⁸⁴ Die Anwendung des BDSG auch im Bereich des Strafprozessrechts ergibt sich mittlerweile unproblematisch aus § 500 Abs. 1 StPO.¹³⁸⁵ Nur auf diesem Weg ist es möglich manifestierte

1379 OLG Dresden, MMR 2003, 592, 593.

1380 *Grafsie/Hiéramente*, CB 2019, 191, 192.

1381 BVerfGE 113, 29, 57.

1382 BVerfGE 65, 1.

1383 BVerfGE 113, 29, 58.

1384 Vgl. *Basar/Hiéramente*, NStZ 2018, 681, 684.

1385 Vgl. BayObLG, ZD 2020, 359, das den Löschungsanspruch auf § 500 Abs. 1 StPO i.V.m. § 75 Abs. 2 BDSG, § 500 Abs. 2 Nr. 1 StPO i.V.m. § 489 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 S. 3 StPO stützt, dabei jedoch darauf hinweist, dass eine Löschung

§ 5 Verwertbarkeit

Erkenntnis aus Ermittlungsvorgängen endgültig aus der Ermittlungsakte zu verbannen. Besondere Bedeutung erlangt in diesem Zusammenhang der mit Wirkung für den 26.11.2019 eingeführte § 161 Abs. 2 S. 2 StPO, der § 58 Abs. 3 BDSG für unanwendbar erklärt. Das in § 58 Abs. 3 BDSG normierte Löschungssurrogat findet demnach keine Anwendung, wenn bereits die StPO eine Vorschrift für die Löschung personenbezogener Daten vorsieht. Dies ist in § 160a Abs. 1 S. 3 StPO, § 100e Abs. 6 Nr. 2 S. 3 StPO und § 101 Abs. 8 S. 1 StPO der Fall.¹³⁸⁶ Aus Sicht der Verteidigung führt dies zum erfreulichen Vorteil, dass die Strafverfolgungsbehörden den Betroffenen nicht lediglich mit dem Hinweis vertrösten können, die Verarbeitung der Daten einzuschränken, sondern diese unter den normierten Voraussetzungen tatsächlich unwiederbringlich zu löschen sind.

C. Nutzung der Daten zur Gefahrenabwehr

Nicht gesagt ist nach alle dem, dass die erlangten, aber letztlich im Strafprozess unverwertbaren Informationen, sofern darin entsprechende Anhaltspunkte vorkommen, nicht zu präventiven Zwecken, beispielsweise der Verhinderung einer geplanten Straftat genutzt werden dürfen.

I) Umwidmung repressiv erhobener Daten zu präventiven Zwecken

In der zweiten Tagebuchentscheidung des Bundesverfassungsgerichts kam die Bedeutung etwaiger Informationen für die präventive Sicherung Dritter und die Einschätzung der Gefahr weiterer Straftaten des Betroffenen bereits rudimentär zur Sprache.¹³⁸⁷ Die tragende Auffassung des Senats bejahte die Verwertbarkeit der Tagebuchaufzeichnungen unter anderem mit dem Argument, dass die Verwertung der Aufzeichnungen nicht nur der Ahndung der konkreten Straftat dienlich sei, sondern auch für die Einschätzung der Gefahr weiterer Straftaten des Beschwerdeführers wertvolle Hinweise liefere und insofern auch die Notwendigkeit einer präventiven

erst dann vorzunehmen ist, wenn das Ermittlungsverfahren erledigt ist, was regelmäßig erst bei einer Verfahrenseinstellung nach § 170 Abs. 2 StPO mit Eintritt der Verjährung gegeben sein wird.

1386 *Sackreuther* in: BeckOK-StPO, § 161 StPO, Rn. 15.

1387 BVerfGE 80, 367; *Wolter*, StV 1990, 175, 176.

Sicherung für das Überwiegen der Belange des Gemeinwohls spreche.¹³⁸⁸ Ungeklärt blieb damit allerdings die Frage, ob die Informationen zur präventiven Verwendung notwendigerweise überhaupt im Sinne eines represiven Strafverfahrens verwertbar sein müssen.¹³⁸⁹

Einfachgesetzlich ist an dieser Stelle § 479 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 StPO näher zu betrachten. Während die Norm für eine gar rechtmäßige Beweiserlangung keine Anhaltspunkte enthält, ist ihrem Wortlaut dagegen an verschiedenen Stellen das Erfordernis verwertbarer Daten zu entnehmen. So erlaubt die Verwendungsbeschränkung in § 479 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 StPO, dass *verwertbare* personenbezogene Daten, die durch eine Maßnahme erlangt worden sind, die nach der StPO nur bei Verdacht bestimmter Straftaten zulässig ist, „zur Abwehr einer Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit einer Person oder für die Sicherheit oder den Bestand des Bundes oder eines Landes oder für bedeutende Vermögenswerte, wenn sich aus den Daten im Einzelfall jeweils konkrete Ansätze zur Abwehr einer solchen Gefahr erkennen lassen“ verwendet werden dürfen. Für personenbezogene Daten aus den eingeschränkteren Maßnahmen nach § 100b StPO und § 100c StPO enthielt darüber hinaus § 479 Abs. 3 Nr. 1, 2 StPO a.F. eine speziellere Regelung. Durch das Gesetz zur Fortentwicklung der Strafprozessordnung und weiterer Vorschriften vom 25.06.2021 wurde § 479 Abs. 3 StPO a.F. jedoch wieder aufgehoben. Dem lag die Korrektur eines redaktionellen Versehens bei der Neufassung des § 479 StPO durch das Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680 im Strafverfahren sowie zur Anpassung datenschutzrechtlicher Bestimmungen an die Verordnung (EU) 2016/679 vom 20.11.2019 zu Grunde.¹³⁹⁰ Ursprünglich sollte die Regelung des 479 Abs. 3 StPO a.F. die (besonderen) Verwendungsbeschränkungen aus § 100e Abs. 6 StPO für personenbezogene erlangte Daten aus Maßnahmen nach den §§ 100a, 100b StPO sowie die für § 100g Abs. 2 StPO geltenden (besonderen) Verwendungsbeschränkungen aus § 101a Abs. 4 StPO in § 479 Abs. 3 StPO zusammenfassen.¹³⁹¹ Der Gesetzentwurf sah deshalb auch die Aufhebung der § 100e Abs. 6 StPO und des § 101a Abs. 4 StPO vor.¹³⁹² Trotz der Neufassung des Abs. 3 in § 479 StPO wurden die entsprechenden – weitgehend inhaltsgleichen – Vorschriften der § 100e Abs. 6 StPO und § 101a Abs. 4 StPO jedoch nie aufgehoben. Nunmehr

1388 BVerfGE 80, 367, 380.

1389 Vgl. Freiling/Safferling/Rückert, JR 2018, 9, 15.

1390 Wittig in: BeckOK-StPO, § 479 StPO, Rn. 2.1.

1391 vgl. BT-Drs. 19/4671, S. 61, 65.

1392 vgl. BT-Drs. 19/4671, S. 8 f.

wurde stattdessen § 479 Abs. 3 StPO a.F. korrigierender Weise wieder aufgehoben, sodass hinsichtlich etwaiger Verwendungbeschränkungen § 100e Abs. 6 StPO in den Blick zu nehmen ist.

Nach § 100e Abs. 6 Nr. 2 S. 1 StPO ist die Verwendung personenbezogenen Daten die durch Maßnahmen nach den §§ 100b und 100c StPO erlangt wurden nur „zur Abwehr einer im Einzelfall bestehenden Lebensgefahr, einer dringenden Gefahr für Leib oder Freiheit einer Person oder für die Sicherheit oder den Bestand des Bundes oder eines Landes oder einer dringenden Gefahr für Gegenstände von bedeutendem Wert, die der Versorgung der Bevölkerung dienen, die von kulturell herausragendem Wert sind oder die in § 305 Absatz 1 des Strafgesetzbuches genannt sind“ zulässig. § 100e Abs. 6 Nr. 2 S. 2 StPO lässt darüber hinaus die Verwendung neben den in Satz 1 genannten Zwecken auch zur Abwehr einer im Einzelfall bestehenden dringenden Gefahr für sonstige bedeutende Vermögenswerte zu.

§ 100e Abs. 6 Nr. 2 StPO folgte auf den im Zuge der Umsetzung des Gesetzes zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens vom 17.08.2017 veralteten § 100d Abs. 5 StPO a.F.¹³⁹³ Während noch in § 100d Abs. 5 StPO a.F. die Voraussetzung der „verwertbaren personenbezogenen Daten“ lediglich in § 100d Abs. 5 Nr. 1 und 3 StPO a.F. (Verwertbarkeit der Daten in anderen Strafverfahren und Umwidmung präventiv erlangter Daten zu repressiven Zwecken) normiert war, wurde dieser Passus in § 100e Abs. 6 StPO vor die Aufzählung der einzelnen tatbestandlichen Nummern gezogen und würde dadurch nun für sämtliche Anwendungsfälle des § 100e Abs. 6 StPO Geltung beanspruchen.¹³⁹⁴ So war noch hinsichtlich § 100d Abs. 5 Nr. 2 StPO a.F. anerkannt, dass mangels Normierung der Voraussetzung der „Verwertbarkeit“ auch die Verwendung strafprozessual nicht verwertbarer Daten zur Gefahrenabwehr zulässig ist.¹³⁹⁵ Der Gesetzgeber begründete dies damals äußerst zurückhaltend damit, „dass die schwierigen Fragen der strafprozessualen Verwertbarkeit der Daten im Zeitpunkt der Notwendigkeit der Gefahrenabwehr oftmals kaum verlässlich beantwortet werden können“.¹³⁹⁶ Dass der Gesetzgeber durch die Neufassung des § 100e Abs. 6 StPO von diesem Verständnis auch nicht abrücken wollte, wird an verschiedenen Stellen ersichtlich. Bereits der Telos einer Umwidmung repressiv erhobener Daten zu präventiven Zwecken der Gefahrenabwehr gemeinsam mit dem Sinn

1393 vgl. BT-Drs. 18/12785, S. 58.

1394 Freiling/Safferling/Rückert, JR 2018, 9, 15.

1395 Günther in: MüKo-StPO, § 100d StPO, Rn. 40.

1396 vgl. BT-Drs. 15/5486, S. 18.

eines Beweisverwertungsverbotes im repressiven Sinne, spricht für eine Verwendung auch unverwertbarer Daten. Die präventive Nutzung der Daten verfolgt einzig das Ziel noch nicht geschehenes Unrecht abzuwenden. Es geht mithin nicht um die Ahndung begangener Straftaten, sondern vielmehr um die Umsetzung staatlicher Schutzpflichten zum Schutz der Bürger.¹³⁹⁷ Im Unterschied zum Strafverfahren wird im Rahmen der Gefahrenabwehr aufgrund der erlangten Informationen keine Verurteilung des Täters verfolgt, sondern die Rechtsgüter möglicher Opfer präventiv geschützt. Somit führt die präventive Verwendung repressiv unverwertbarer Informationen, gerade nicht zu einem gleich intensivem Grundrechteingriff verglichen mit dem einer strafrechtlichen Verurteilung. Es wäre daher in der Tat nur schwer nachvollziehbar unter Verweis auf unverwertbare Daten, selbst wenn diese den höchstpersönlichen Kernbereich betreffen, die nun einmal bekannten Informationen nicht zur Verhinderung einer bevorstehenden Straftat einzusetzen.¹³⁹⁸ Dass der Gesetzgeber für eine präventive Verwendung der Daten nach § 100e Abs. 6 Nr. 2 StPO „verwertbare“ Daten fordert, muss vielmehr als bloßes Redaktionsverssehen eingeordnet werden.¹³⁹⁹ Insbesondere geben auch die Gesetzgebungsunterlagen keinen Aufschluss darüber, wieso im neugefassten § 100e Abs. 6 StPO das Erfordernis verwertbarer Daten nicht – analog zu § 100d Abs. 5 Nr. 1 und 3 StPO a.F. – auf die Anwendungsfälle des 100e Abs. 6 Nr. 1 und 3 StPO beschränkt blieb. Insofern musste bereits aus § 100e Abs. 6 Nr. 2 StPO gefolgert werden, dass die Umwidmung repressiver Daten zur Gefahrenabwehr auch für solche gilt, die im Strafprozess nicht verwertbar wären.¹⁴⁰⁰ Die teilweise vertretene Auffassung wonach der strikte Kernbereichsschutz auch hinsichtlich der Prävention gelten müsse und entsprechende Informationen auch nicht zur Gefahrenabwehr verwendet werden dürfe, ist damit ebenso wenig haltbar.¹⁴⁰¹ Erfahren die Behörden etwa wie jemand im Selbstgespräch einen Mordplan verrät, so müssen und werden die Behörden selbstverständlich Vorkehrungen treffen, um die

1397 Würtenberger/Heckmann/Tanneberger, Polizeirecht, § 6, Rn. 177.

1398 Zeitler/Turnit, Polizeirecht, Rn. 794.

1399 Als eine von drei möglichen Auslegungen diese Lösung auch bei Freiling/Safferling/Rückert, JR 2018, 9, 16.

1400 Zutreffend auch Graf in: BeckOK-StPO, § 100e StPO, Rn. 36; Bruns in: KK-StPO, § 100e StPO, Rn. 26 hinsichtlich § 100e Abs. 6 Nr. 2 S. 1 StPO.

1401 Dem Willen des Gesetzgebers folgend, sollen solche Daten, die zur präventiven Gefahrenabwehr von Nöten sind, bereits nicht zum Kernbereich zu zählen sein, vgl. BT-Drs. 15/5486, S. 18; a.A. Ellbogen, NStZ 2001, 460, 463, ders. NStZ 2006, 180.

Tat zu verhindern.¹⁴⁰² Im Übrigen sagt auch die zitierte Passage der Tagebuchentscheidung nichts über die Voraussetzung einer Umwidmung aus. Mit der Frage, inwiefern auf repressiver Grundlage rechtswidrig erlangte Daten, losgelöst von der Frage einer repressiven Verwertung, wenigstens zur Gefahrenabwehr genutzt werden dürfen, setzt sich das Urteil gerade nicht auseinander.¹⁴⁰³

Im Übrigen werden in § 100e Abs. 6 StPO die Vorgaben, die das BVerfG in seiner Entscheidung zum großen Lauschangriff hinsichtlich dem Umgang mit repressiv gewonnenen Daten zur Gefahrenabwehr aufstellte, beachtet.¹⁴⁰⁴ Im Sinne der Einheit der Rechtsordnung darf die Übermittlungsschwelle nicht unter diejenige absinken, die im Rahmen der Gefahrenabwehr für entsprechende Eingriffe in das entsprechende Grundrecht gilt.¹⁴⁰⁵ Im Fall einer Überwachung von Vorgängen innerhalb der Wohnung sind mithin die in Art. 13 Abs. 4 GG für den präventiven Primäreingriff getroffenen Maßgaben zu berücksichtigen.¹⁴⁰⁶ Insofern sind die von § 100e Abs. 6 Nr. 2 S. 1 StPO hinsichtlich der Gefahrenintensität der Schutzgüter aufgestellten Anforderungen vergleichbar mit den nach Art. 13 Abs. 4 GG bestehenden Voraussetzungen für eine präventiv-polizeiliche Wohnraumüberwachung. Mit den Tatbestandsmerkmalen "Abwehr" und "im Einzelfall" verdeutlicht § 100e Abs. 6 Nr. 2 S. 1 StPO, dass eine Übermittlung nur bei konkreten Gefahren im polizeirechtlichen Sinne erfolgen darf.¹⁴⁰⁷ Auch durch den Verweis auf die Tatbestandsmerkmale Leben, Leib oder Freiheit benennt § 100e Abs. 6 Nr. 2 S. 1 StPO Gefahren für Rechtsgüter, die hinreichend bedeutsam sind, um den Einsatz technischer Mittel zur Überwachung von Wohnungen nach Art. 13 Abs. 4 GG zu legitimieren.¹⁴⁰⁸ Auch soweit eine Gefahr für erhebliche Sach- und Vermögenswerte genügen soll, ist in den im Rahmen der abschließenden Aufzählung genannten Fällen (Gegenstände von bedeutendem Wert, die der Versorgung der Bevölkerung dienen, die von kulturell herausragendem Wert sind oder die in § 305 Absatz 1 des Strafgesetzbuches genannt sind) regelmäßig anzunehmen, dass die Vorgaben des Art. 13 Abs. 4 GG,

1402 FS-Wolter/Roxin, 1057, 1075.

1403 Vgl. BVerfGE 80, 367, 380.

1404 BVerfGE 109, 279, 378 f.

1405 BVerfGE 100, 313, 394; BVerfGE 109, 279, 378.

1406 BVerfGE 109, 279, 378.

1407 BVerfGE 109, 279, 379; vgl. hierzu auch GS-Lisken/Kutsch/Roggan, 25, 39 f.

1408 Vgl. BVerfGE 109, 279, 379.

hinsichtlich des für eine gemeine Gefahr typischen Gefahrenpotential, gegeben sein werden.¹⁴⁰⁹

Ist hingegen § 479 Abs. 2 StPO einschlägig (beispielsweise bei einer Maßnahme nach § 100a StPO) dürfen zu den in § 479 Abs. 2 S. 2 StPO genannten Zwecken nur verwertbare personenbezogene Daten verwendet werden. Der vor der Neufassung diesbezüglich geltende § 477 Abs. 2 S. 3 StPO a.F. enthielt eine solche Verwendungsbeschränkung dagegen noch nicht.¹⁴¹⁰ Angesichts der nach hiesigem Verständnis großzügigeren Auslegung der Regelung in § 100e Abs. 6 Nr. 2 StPO bei Informationen, die gar aus den eingriffsintensivsten Maßnahmen der StPO stammen, erscheint diese enge Regelung in § 479 Abs. 2 S. 2 StPO nicht vollumfänglich zutreffend. Wenn schon unverwertbare, nach §§ 100b, 100c StPO erlangte, Informationen unter bestimmten Voraussetzungen zur Gefahrenabwehr verwendet werden dürfen, bestehen keine sachgemäßen Gründe, weshalb dies sodann nicht auch bei weniger intensiven Eingriffsmaßnahmen gelten sollte. Daher sollte § 479 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 StPO derart einer teleologischen Extension zugeführt werden, dass Informationen aus Straftaten zur Gefahrenabwehr jedenfalls dann verwendet werden dürfen, wenn dies auch unter den in § 100e Abs. 6 Nr. 2 StPO normierten strengen Voraussetzungen zulässig wäre.

Die Möglichkeit bereits erlangte Informationen wenigstens zur präventiven Verbrechensverhütung zu nutzen, darf freilich nicht dazu führen, dass der Bürger durch eine grenzenlose Überwachung zum gläsernen Bürger wird. Angesichts dessen, dass die Anordnung einer Überwachungsmaßnahme ohnehin bereits den Anordnungsvoraussetzungen der §§ 100a ff. StPO genügen muss und ferner eine mögliche Umwidmung der erlangten Daten zur Gefahrenabwehr nur unter den zusätzlichen Voraussetzungen der §§ 100e Abs. 6, 479 StPO in Betracht kommen kann, wird dies auch nicht zu befürchten sein. Diese gesetzlichen Voraussetzungen stellen sicher, dass repressiv erlangte Daten nur in absoluten Ausnahmefällen, wenn das tatenlose Zusehen der Strafverfolgungsbehörden unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten schlechterdings unerträglich wäre, zur präventiven Gefahrenabwehr genutzt werden dürfen.

1409 BVerfGE 109, 279, 379.

1410 Wittig in: BeckOK-StPO, § 479 StPO, Rn. 9.

II) Möglichkeiten der praktischen Umsetzung

Bleibt die Frage, wie das aus den erlangten Daten vernommene Wissen praktisch zur Vermeidung einer geplanten Straftat eingesetzt werden kann. Eine Möglichkeit könnte es darstellen, den vermeintlichen zukünftigen Täter mit den bekannten Informationen zu konfrontieren. Auch wenn die Daten nicht auf repressiver Ebene verwertbar sind, wird der Täter das Gefühl haben, im Zusammenhang mit einer möglichen Straftat der Polizei bekannt zu sein. Die Wahrscheinlichkeit, dass die Strafverfolgungsbehörden sodann auf andere Weise belastende Inhalte gegen seine Person ermitteln, könnte den Täter sodann Abstand von der geplanten Tat nehmen lassen. Für den Täter würde dadurch das subjektiv wahrgenommene Entdeckungsrisiko deutlich steigen.¹⁴¹¹ Zwar ist aus kriminologischer Sicht durchaus anerkannt, dass das Entdeckungsrisiko mitursächlich für das Abstandnehmen eines tatabreiten Täters von der geplanten Straftat sein kann. Allerdings sollen diese Zusammenhänge primär im Bereich der Bagatellkriminalität gelten.¹⁴¹² Ebenso ist zu bedenken, dass je nach Natur eines potenziellen Tatverdächtigen, dieser sich selbst durch ein hohes Entdeckungsrisiko nicht von der geplanten Straftat abschrecken lassen wird. Ob diese Unsicherheit angesichts des eindeutigen Wissens einer geplanten Straftat hingenommen werden kann, ist fraglich. Stattdessen wird die Möglichkeit der Anordnung einer Maßregel der Besserung und Sicherung, §§ 62 ff. StGB oder ihre einstweilige Anordnung nach § 126a StPO vorgeschlagen.¹⁴¹³ Vor dem Hintergrund, dass die Gefahrenabwehrmaßnahme für den Betroffenen keine Strafe darstellen darf, da dieser gerade in keinem formalisierten Strafverfahren zu einer solchen verurteilt wurde und die betreffenden Informationen hierzu auch nicht verwertbar sind, muss dabei jedoch strikt beachtet werden, dass die damit einhergehende Freiheitsentziehung nicht gleichwohl zu einer verkappten Freiheitsstrafe wird. Angesicht der auch mit einer Sicherungsmaßregel einhergehenden Freiheitsentziehung, obgleich noch keine hierfür erforderliche Anlasstat vorliegt, hat der zuständige Ermittlungsrichter an die Verhältnismäßigkeitsprüfung gem. § 62 StGB besonders hohe Anforderungen zu stellen. Daneben erschiene auch ein auf ausschließlich präventivpolizeiliche Vorschriften gestütztes Tätigwerden möglich. Gem. § 39 Abs. 1 Nr. 3 BPolG kann zur Gefahrenabwehr, insbesondere wenn dies unerlässlich ist, um die

1411 Vgl. *Bock*, Kriminologie, Rn. 882; *Neubacher*, Kriminologie, § 8, Rn. 11 f.

1412 *Villmow* in: NK-StGB, Vor. § 38 ff., Rn. 79.

1413 *Wolter*, StV 1990, 175, 180.

unmittelbar bevorstehende Begehung oder Fortsetzung einer Straftat von erheblicher Bedeutung für die Allgemeinheit zu verhindern, der potenzielle Täter in Sicherungsgewahrsam genommen werden. Dieser ist in zeitlicher Hinsicht gem. § 42 Abs. 1 BPolG auf maximal vier Tage begrenzt. Ohne gegen den potenziellen Täter vorzugehen, verbleibt schließlich die Möglichkeit besondere Schutzvorkehrungen für das potenzielle Opfer zu treffen.

D. Ergebnis

Während der Einzug smarter Assistenten in den Alltag der Bürger und die damit einhergehenden Möglichkeiten der Strafverfolgung im Bereich des Zugriffs während des Ermittlungsverfahrens vielfach neue, kaum erörterte Fragestellungen aufwirft, rücken im Rahmen der Verwertbarkeit bereits seit Jahrzehnten im Zentrum der Rechtsprechung und Literatur stehende Themen erneut in den Vordergrund: Der Umfang des jedenfalls bei repressiver Zielrichtung absolut unverwertbaren Kernbereichs, die Bestimmung eines unselbstständigen ungeschriebenen Beweisverwertungsverbotes, der Umgang mit rechtswidriger Beweisgewinnung durch Private, die Disponibilität eines Beweisverwertungsverbotes zu Entlastungszwecken oder die Fernwirkungsproblematik beschäftigen Rechtsprechung und Literatur seit mehreren Jahren ununterbrochen. Wie sich zeigte, tendiert die Rechtsprechung in sämtlichen dieser Fragestellungen stets zu einer Effektivierung der Strafverfolgung und zeigt sich in der Anerkennung eines Beweisverwertungsverbotes zurückhaltend. Führt man sich daneben zudem vor Augen, dass den Strafverfolgungsbehörden mit jedem technischen Fortschritt stets neue Möglichkeiten der Beweismittelgewinnung zur Verfügung stehen, ist dies nicht zuletzt deshalb durchaus kritisch zu sehen. Ohne zu erkennen, dass eine effektive Strafjustiz elementarer Bestandteil eines funktionierenden Rechtsstaates ist, wäre eine mutigere Zuordnung entsprechender Inhalte zum Kernbereich wünschenswert. Wo dies für das Selbstgespräch erfreulicherweise bereits durch den BGH geschehen ist, müsste dies, um dem Betroffenen tatsächlich das Recht zuzugestehen in sozialen Bezügen zu existieren, auch für qualifizierte Zwiegespräche mit einem beichtenden / reflektierenden Charakter gelten.¹⁴¹⁴ Entgegen dem Bundesverfassungsgericht kann die Kernbereichszugehörigkeit nicht durch einen unmittelbaren oder mittelbaren Straftatenbezug pauschal verneint

1414 § 5, A., I), 1), d).

werden. Auch in Fällen, die keine Kernbereichsbetroffenheit zum Gegenstand haben, wäre es im Sinne rechtssicherer und vorhersehbarer Ergebnisse wünschenswert sich mit einer verbreiteten Literaturmeinung hinsichtlich der Entstehung eines unselbstständigen ungeschriebenen Beweisverwertungsverbotes auf den eigentlichen Schutzzweck der Norm zur Ermittlung eines Beweisverbotes zu beschränken. Insbesondere die überproportional starke Gewichtung des Kriteriums der Tatschwere im Rahmen der Abwägungsdoktrin führt in der Praxis – willkürliche Entscheidungen der Ermittlungsbehörden ausgenommen – stetig zu einer Verwertbarkeit der unter Verstoß gegen die Regeln der Beweiserhebung erlangten Informationen. Eine tatsächliche Abwägung nehmen folglich oftmals nicht einmal die Verfechter einer solchen Abwägungslösung vor. Bei Zugrundelegung einer schutzzweckbasierten Beantwortung der Verwertbarkeitsfrage, sollte die Figur des hypothetisch-rechtmäßigen Kausalverlaufs in engen Grenzen als Korrektiv zur Vermeidung einer ungerechtfertigten Bevorteilung des Beschuldigten lediglich dann zum Einsatz kommen, wenn die Strafverfolgungsbehörden im konkreten Fall – ohne das diese dadurch „in die Vergangenheit zurückversetzt“ werden und es lediglich zu einem hypothetischen Austausch des fehlerhaften Kausalfaktors kommt – das Beweismittel auch auf einem alternativen, bereits im Ermittlungsverfahren angelegten, Weg mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit erlangt hätten. Unter den gleichen engen Voraussetzungen ist auch eine Ausnahme von der von einem unverwertbaren Beweismittel grundsätzlich ausgehenden Fernwirkung hinsichtlich mittelbarer Beweismittel möglich.¹⁴¹⁵ Kritisch zu sehen ist abschließend auch, dass es den Strafverfolgungsbehörden mit der höchstrichterlichen Rechtsprechung erlaubt ist, sich von einer rechtswidrigen, gar strafrechtswidrigen Beweiserlangung durch Privatpersonen freizusprechen und dies keinen Einfluss auf die Verwertbarkeit des Beweismittels hat. Dabei setzt sich das im durch den Privaten begangenen Rechtsverstoß wurzelnde Unrecht im hoheitlichen Verwertungsakt fort und wird durch die Verwertung aufrechterhalten und manifestiert. Daher sollte neben den Ausnahmefällen eines Menschenwürdeverstoßes, einer bewussten Umgehung der Beweiserhebungsvorschriften durch den Einsatz Privater und den Fällen, in denen die Verwertung einen Eingriff in die Intimsphäre des Betroffenen begründen würde, auch für strafrechtswidrig erlangte Beweismittel ein abwägungsresistentes Beweisverbot gelten.¹⁴¹⁶ Zuletzt muss dem Betroffenen stets die umfassende Verfügungsgewalt über

1415 Vgl. § 5, B., I), 3).

1416 Vgl. § 5, B., II), 4).

ein zu seinem Schutz bestehendes Beweisverwertungsverbot verbleiben. Dies gilt jedenfalls so lange der Betroffene ein einheitliches Beweismittel nicht durch das Herauspicken einzelner, sodann aus dem Zusammenhang gerissener Audiosequenzen, verwertet wissen möchte. Sind in einem Prozess mehrere Personen angeklagt, ist hinsichtlich der Disponibilität entscheidend, in die Rechte welches Angeklagten durch die rechtswidrige Beweisgewinnung in welcher Intensität eingegriffen wurde.¹⁴¹⁷

1417 Vgl. § 5, B., IV), 3).