



Löwenstein & Banhegyi  
Rechtsanwälte

Altenritter Str.9 - 34225 Baunatal

Telefon: 0561 - 574 26 20

Telefax: 0561 – 574 26 22

www.recht21.com

**Gericht:** Bundesverfassungsgericht  
**Entscheidungsdatum:** 26.06.2008  
**Aktenzeichen:** 2 BvR 219/08 (StraFo 2008, 421)  
**Entscheidungsgegenstand:** Verwertung von Tagebüchern  
**Normen:** Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 GG

In dem Verfahren  
über die Verfassungsbeschwerde

des Herrn X

Bevollmächtigter: Rechtsanwalt Frank Löwenstein, Altenritter Straße 9, 34225  
Baunatal

gegen a) den Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 21. Dezember 2007 - 2  
StR 479/07 -,  
b) das Urteil des Landgerichts Kassel vom 23. Mai 2007 - 3 KIs -  
4820 Js 33856/04 –

hat die 2. Kammer des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts durch die  
Richter Broß, Di Fabio und Landau

gemäß § 93b in Verbindung mit § 93a BVerfGG in der Fassung der Bekanntmachung  
vom 11. August 1993 (BGBl I S. 1473) am 26. Juni 2008 einstimmig beschlossen:

Die Verfassungsbeschwerde wird nicht zur Entscheidung angenommen.

## **Gründe:**

Der Beschwerdeführer wendet sich gegen die Verwertung von tagebuchartigen Aufzeichnungen in einem Strafverfahren.

### **I.**

Anlässlich einer Wohnungsdurchsuchung bei dem Beschwerdeführer, der wegen sexuellen Missbrauchs eines Kindes bereits im Februar 2004 zu einer Bewährungsstrafe verurteilt worden war, stellte die Polizei im August 2004 drei Tagebücher sicher. Mit Beschluss vom 3. September 2004 entschied das Amtsgericht Kassel, dass die Durchsuchung nicht rechtswidrig sei, ordnete die Beschlagnahme der Tagebücher und deren Durchsicht an. Die hiergegen eingelegte Beschwerde wurde zurückgewiesen. Mit Beschluss vom 19. August 2005 stellte das Amtsgericht Kassel fest, das[s] weder die Durchsicht der zuvor beschlagnahmten Tagebücher durch die Polizei noch deren Vorhalt gegenüber einem Zeugen rechtswidrig gewesen sei. Das Landgericht Kassel wies die Beschwerde zurück.

Im Zuge der Zwangsräumung des Beschwerdeführers wurden am 28. Juni 2005 weitere 54 Tagebücher sichergestellt. Wegen Gefahr im Verzug ordnete die Staatsanwaltschaft deren Beschlagnahme an. Mit Beschluss vom 15. Juli 2005 erklärte das Amtsgericht Kassel die Durchsuchung für rechtswidrig, lehnte die richterliche Beschlagnahme der Tagebücher ab und verfügte deren Herausgabe an den Beschwerdeführer.

Nach Eröffnung des Hauptverfahrens vor dem Landgericht wegen sexuellen Missbrauchs in drei Fällen, wurden aufgrund eines Durchsuchungsbeschlusses die 56 Tagebücher, welche zuvor an den Beschwerdeführer zurückgegeben wurden<sup>1</sup>, erneut sichergestellt. Mit Beschluss vom 7. März 2006 half das Landgericht der Durchsuchungsbeschwerde nicht ab und beschlagnahmte die sichgestellten Tagebücher. Das Oberlandesgericht Frankfurt verwarf mit Beschluss vom 29. Mai

---

<sup>1</sup> richtig: "worden waren".

2006 die Beschwerde gegen den Eröffnungsbeschluss als unzulässig, diejenige gegen den Durchsuchungsbeschluss als unbegründet.

Mit Beschluss vom 27. November 2006 wurden die zwei bereits im Ermittlungsverfahren beschlagnahmten sowie neun weitere Tagebücher erneut beschlagnahmt. 48 Tagebücher wurden freigegeben. Die Beschwerde hiergegen wurde zurückgewiesen. In der Hauptverhandlung wurden zahlreiche Tagebuchaufzeichnungen verlesen.

Nach Anhörung eines Sachverständigen, wonach bei dem Beschwerdeführer eine sexuelle Störung in Form einer homosexuellen Pädophilie bestehe, verurteilte das Landgericht Kassel den Beschwerdeführer am 23. Mai 2007 wegen sexuellen Missbrauchs eines Kindes nach § 176 Abs. 1 StGB in einem Fall zu einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren und drei Monaten. Im Übrigen wurde der Beschwerdeführer freigesprochen. Das Landgericht führte unter anderem aus:

Die Feststellungen zu den sexuellen Handlungen zum Nachteil des ... beruhen auf den im Hauptverhandlungstermin vom 30.01.2007 verlesenen Auszügen aus den Tagebüchern des Angeklagten. Die Feststellungen zum Randgeschehen beruhen ebenfalls auf diesen Tagebuchaufzeichnungen. [...]

Ein Verwertungsverbot bestehe nicht. Der Schutz von Kindern und die Sicherstellung ihrer ungestörten sexuellen Entwicklung überwiege das Interesse des Angeklagten an der Unverletzlichkeit seiner Wohnung. Auch der Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts verbiete keine Verwertung der Tagebuchaufzeichnungen, da diese den unantastbaren Kernbereich der persönlichen Lebensführung des Angeklagten verließen und im Rahmen einer Abwägung das Interesse der Allgemeinheit an effektiver Strafverfolgung überwiege. Zwar führe der intime Charakter der Aufzeichnungen dazu, dass mit ihrer Verwertung ein besonders schwerer Eingriff in das Persönlichkeitsrecht verbunden sei. Aufgrund der Wertigkeit des betroffenen Rechtsguts, der Tatsache, dass weitere Beweismittel nicht zur Verfügung stehen - das von der Tat betroffene Kind sei aufgrund seiner leichten geistigen Behinderung zu einer strukturierten Wiedergabe eigener Erlebnisse nur sehr eingeschränkt in der Lage -

und aus Gesichtspunkten präventiver Sicherung sei ihre Verwertung dennoch geboten gewesen.

Die eingelegte Revision verwarf der Bundesgerichtshof mit Beschluss vom 21. Dezember 2007 als unbegründet.

## II.

Der Beschwerdeführer rügt eine Verletzung von Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG. Die Tagebuchaufzeichnungen gehörten zum absolut geschützten Kernbereich privater Lebensgestaltung, da sie nicht nur Tatsachenberichte, sondern überwiegend persönliche Reflexionen, Gedanken, Wünsche, Träume und Phantasien enthielten. Das Landgericht habe auch solche Aufzeichnungen verwertet, indem es sie mit Aufzeichnungen über vermeintliche Tatsachen verglichen und daraus Rückschlüsse auf den Wahrheitsgehalt der Tatsachenberichte gezogen habe.

Auch soweit in den Tagebüchern scheinbar tatsächliche Geschehensabläufe wiedergegeben würden, handele es sich nur um Phantasien, die er stilistisch in Form von tatsächlich Erlebtem in seinen Tagebüchern niedergelegt habe. Anders zu entscheiden würde bedeuten, dass ein Tagebuchschreiber, der nicht lediglich Gedanken aufzeichnet, sondern diesen die Form eines realen Geschehensablaufs gibt, sich nicht auf den Schutz des Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG berufen könnte. Ebenso wie Lügendektorentests seien Tagebuchaufzeichnungen daher von vornherein ungeeignet und damit unverwertbar.

Da es sich vorliegend um einen Vergehenstatbestand handele, überwiege das private Interesse an der Geheimhaltung der Aufzeichnungen. Maßstab im Rahmen der Abwägung mit den Belangen an einer wirksamen Strafverfolgung seien nicht sittliche oder moralische Aspekte, welche dem Straftatbestand zugrunde liegen, sondern das verwirklichte Handlungsunrecht und die drohende Strafe. Eine Freiheitsstrafe von "nur" zwei Jahren und drei Monaten, welche lediglich aufgrund einer Vorstrafe in

dieser Höhe verhängt worden sei, vermöge einen derart schwerwiegenden Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht nicht zu rechtfertigen.

Die Verwertung der Tagebücher zur Aufklärung einer bereits begangenen Tat könne auch nicht mit präventiven Überlegungen gerechtfertigt werden. Die seitens des Bundesverfassungsgerichts geforderte "größtmögliche Zurückhaltung" bei der Durchsicht von Tagebüchern sei nicht eingehalten worden.

### III.

Die Verfassungsbeschwerde war nicht zur Entscheidung anzunehmen, weil die Annahmenvoraussetzungen des § 93a Abs. 2 BVerfGG nicht vorliegen. Der Verfassungsbeschwerde kommt weder grundsätzliche verfassungsrechtliche Bedeutung zu, noch ist ihre Annahme zur Durchsetzung der in § 90 Abs. 1 BVerfGG genannten Rechte angezeigt (vgl. BVerfGE 90, 22 <24>; 96, 245 <248>). Sie hat keine hinreichende Aussicht auf Erfolg. Die Verfassungsbeschwerde ist unbegründet.

1. Durch die Verwertung von Tagebuchaufzeichnungen ist der Beschwerdeführer nicht in seinem allgemeinen Persönlichkeitsrecht (a) verletzt. Bei den der Urteilsfindung zugrunde gelegten Aufzeichnungen handelt es sich nicht um solche, die dem unantastbaren Kernbereich privater Lebensgestaltung zuzuordnen und damit staatlichem Zugriff von vornherein entzogen sind (b). Im Rahmen der hiernach anzustellenden Abwägung überwiegen die Belange einer effektiven Strafverfolgung vor dem Interesse des Beschwerdeführers an der Geheimhaltung persönlicher Niederschriften (c).

a) Das in Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG verbürgte allgemeine Persönlichkeitsrecht gewährleistet die aus dem Gedanken der Selbstbestimmung folgende Befugnis des Einzelnen, grundsätzlich selbst zu entscheiden, wann und innerhalb welcher Grenzen persönliche Lebenssachverhalte offenbart werden (vgl. BVerfGE 65, 1 <41 f.> m.w.N.). Dies gilt allerdings nicht schrankenlos. Einschränkungen können im überwiegenden Allgemeininteresse insbesondere dann

erforderlich sein, wenn der Einzelne als in der Gemeinschaft lebender Bürger in Kommunikation mit anderen tritt, durch sein Verhalten auf andere einwirkt und dadurch die persönliche Sphäre seiner Mitmenschen oder die Belange der Gemeinschaft berührt (vgl. BVerfGE 35, 35 <39>; 202 <220>).

b) Jedoch ist ein letzter unantastbarer Bereich privater Lebensgestaltung anzuerkennen, der der öffentlichen Gewalt schlechthin entzogen ist (vgl. BVerfGE 6, 32 <41>; 389 <433>; 54, 143 <146>; stRSpr). Selbst schwerwiegende Interessen der Allgemeinheit können Eingriffe in diesen Bereich nicht rechtfertigen; eine Abwägung nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes findet nicht statt (BVerfGE 34, 238 <245>).

Da der Mensch als Person, auch im Kern seiner Persönlichkeit, notwendig in sozialen Bezügen existiert, hängt die Zuordnung eines Sachverhalts zum unantastbaren Bereich privater Lebensgestaltung oder zu jenem Bereich des privaten Lebens, der unter bestimmten Voraussetzungen dem staatlichen Zugriff offen steht, nicht davon ab, ob eine soziale Bedeutung oder Beziehung überhaupt besteht, sondern welcher Art und wie intensiv sie ist. Dies lässt sich nicht abstrakt beschreiben; es kann befriedigend nur unter Berücksichtigung der Besonderheiten des einzelnen Falls beantwortet werden (vgl. BVerfGE 34, 238 <248>). Im Rahmen eines Strafverfahrens hängt der Umstand, ob ein Sachverhalt dem Kernbereich zugeordnet werden kann, neben dem subjektiven Willen des Betroffenen zur Geheimhaltung davon ab, ob er nach seinem Inhalt höchstpersönlichen Charakters ist und in welcher Art und Intensität er aus sich heraus die Sphäre anderer oder die Belange der Gemeinschaft berührt (vgl. BVerfGE 80, 367 <374>).

Daher gebietet es die Verfassung nicht, Tagebücher oder ähnliche private Aufzeichnungen schlechthin von der Verwertung im Strafverfahren auszunehmen. Allein die Aufnahme in ein Tagebuch entzieht Informationen noch nicht dem staatlichen Zugriff. Vielmehr hängt die Verwertbarkeit von Charakter und Bedeutung des Inhalts ab. Enthalten solche Aufzeichnungen etwa Angaben über die Planung bevorstehender oder Berichte über begangene Straftaten, stehen sie also in einem unmittelbaren Bezug zu konkreten strafbaren Handlungen, so gehören sie dem

unantastbaren Bereich privater Lebensgestaltung nicht an (vgl. BVerfGE 80, 367 <374 f.>).

Aufgrund ihres Inhalts unterfallen die im Strafverfahren verwerteten Tagebuchaufzeichnungen vorliegend nicht dem unantastbaren Kernbereich privater Lebensgestaltung. Diese weisen über die Rechtssphäre des Verfassers hinaus und berühren Belange der Allgemeinheit (vgl. BVerfGE 80, 367 <376>). In der, der Verurteilung zugrunde gelegten Aufzeichnung vom Tattag beschreibt der Beschwerdeführer in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang hierzu die zuvor erfolgte Begehung einer Straftat. Dabei kann vorliegend dahinstehen, ob derartige schriftliche Fixierungen nur dann einen unmittelbaren Bezug zu Straftaten haben, wenn sich aus ihnen direkte Hinweise auf konkrete Straftaten ergeben (vgl. die Ausführungen der vier im Ergebnis unterlegenen Richter in BVerfGE 80, 367 <382>; Störmer, NStZ 1990, S. 397 <399>). Aufgrund von Art und Inhalt der Schilderungen ergibt sich aus diesen vorliegend ein unmittelbarer Hinweis auf eine konkrete Straftat. Auch die übrigen Aufzeichnungen, welche nicht die der Verurteilung zugrunde liegende Tat betrafen, unterliegen keinem absoluten Verwertungsverbot. Da sich der rechtsstaatliche Auftrag zur möglichst umfassenden Wahrheitsermittlung im Strafverfahren nicht nur auf die Aufklärung des äußeren Tatgeschehens, sondern auf alle Merkmale erstreckt, die für die Beurteilung der strafrechtlichen Schuld und für die Strafzumessung von Bedeutung sind, muss auch die Persönlichkeit des Täters, sein Vorleben sowie sein Nachtatverhalten zum Gegenstand strafrechtlicher Untersuchungen gemacht werden (vgl. BVerfGE 80, 367 <378>). Auch die verwerteten weiteren Aufzeichnungen stehen in einem konkreten Bezug zu der begangenen Straftat, da sie im Einzelfall konkrete Hinweise auf die Persönlichkeitsstruktur des Beschwerdeführers im Zusammenhang mit sexuellen Handlungen zum Nachteil von Kindern boten.

c) Da die privaten Aufzeichnungen aufgrund dieses besonderen Zusammenhangs somit nicht zum absolut geschützten Kernbereich gehören, ist ihre Verwertung im Strafverfahren möglich, bedarf aber der Rechtfertigung durch ein überwiegendes Interesse der Allgemeinheit. Das Grundgesetz weist den Erfordernissen einer an rechtsstaatlichen Garantien ausgerichteten Rechtspflege, im Hinblick auf die Idee der

Gerechtigkeit einen hohen Rang zu. Die wirksame Aufklärung gerade schwerer Straftaten stellt einen wesentlichen Auftrag des rechtsstaatlichen Gemeinwesens dar (vgl. BVerfGE 77, 65 <76>; 109, 279 <336>). Ferner ist im Rahmen der Abwägung das unabweisbare Bedürfnis einer wirksamen Strafverfolgung und Verbrechensbekämpfung sowie das öffentliche Interesse an einer möglichst vollständigen Wahrheitsermittlung im Strafverfahren zu berücksichtigen, denn die Feststellung des wahren historischen Sachverhalts ist Voraussetzung der richtigen Anwendung des materiellen Rechts, eines gerechten Urteils und somit von materieller Strafrechtsgerechtigkeit (vgl. BVerfGE 33, 367 <383>; Schmidhäuser, in: Festschrift für Eberhard Schmidt [1961], S. 511 <512>; Neumann, ZStW 101 [1989], S. 52).

Ein gerechter Ausgleich des Spannungsverhältnisses zum ebenfalls weitreichenden Schutz der Persönlichkeitssphäre des Einzelnen lässt sich nur dadurch erreichen, dass jeweils zu ermitteln ist, welchem dieser beiden verfassungsrechtlich bedeutsamen Prinzipien das größere Gewicht zukommt (vgl. BVerfGE 34, 238 <249>). Es ist daher im konkreten Fall zu prüfen, ob die Verwertung im Strafverfahren für die Ermittlung der Straftat geeignet und erforderlich ist und ob der dadurch bedingte Eingriff in die Privatsphäre zum strafrechtlichen Aufklärungsziel nicht außer Verhältnis steht (vgl. BVerfGE 80, 367 <377 f.>; BGH, Beschluss vom 19. Juni 1998 - 2 StR 189/98 -, NStZ 1998, S. 635).

Ausgehend von diesen Maßstäben begegnet die Verwertung der Tagebuchaufzeichnungen des Beschwerdeführers in vorliegendem Fall keinen verfassungsrechtlichen Bedenken, da ein überwiegendes Interesse der Allgemeinheit an der Verwertung besteht. Dabei kann das Bundesverfassungsgericht die Entscheidungen nicht in allen Einzelheiten, sondern nur darauf überprüfen, ob eine Abwägung zwischen der besonderen Schutzbedürftigkeit intimer Aufzeichnungen und den Erfordernissen bei der Verfolgung des in Rede stehenden Tatvorwurfs stattgefunden hat und ob die hierbei zugrunde gelegten Bewertungsmaßstäbe der Verfassung entsprechen (vgl. BVerfGE 80, 367 <380>). Dies ist hier der Fall.

Dabei hat das Landgericht in nicht zu beanstandender Weise das Schutzgut des § 176 Abs. 1 StGB berücksichtigt. Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers wurde



dabei nicht allein auf die abstrakt mögliche Höchststrafe abgestellt, sondern das Schutzgut der ungestörten sexuellen Entwicklung eines Kindes als eine von mehreren Komponenten in die Abwägung eingestellt. Dabei kann bei Vergehen die Abwägung nicht stets zugunsten der Persönlichkeitsrechte des Angeklagten ausfallen. Eine derart schematische Betrachtungsweise verbietet sich. Allein der Umstand, dass ein Delikt nicht mit einer Mindeststrafe von einem Jahr Freiheitsstrafe bedroht ist, kann nicht von vornherein zu einer solchen Beschränkung von Aufklärungsmöglichkeiten führen. Das in einem Delikt gegen die sexuelle Selbstbestimmung gerade von Kindern liegende strafrechtliche Unrecht kann aufgrund seiner Auswirkungen bis in den Intimbereich eines Betroffenen im Einzelfall durchaus so bedeutsam sein, dass es - unabhängig von der Ausgestaltung des Delikts als Vergehen - das Zurücktreten des Grundrechtsschutzes der Persönlichkeitssphäre gebietet.

Auch der Umstand, dass vorliegend keine weiteren Beweismittel zur Verfügung standen - das Kind, zu dessen Nachteil die Tat begangen wurde, ist aussageuntüchtig -, wurde in nicht zu beanstandender Weise in die Abwägung eingestellt (vgl. BVerfGE 34, 238 <250>). Das Landgericht hat dabei auch nicht allein auf eine moralische Verwerflichkeit von Taten gegen die sexuelle Selbstbestimmung abgestellt, sondern das konkret verwirklichte Handlungsunrecht und die Begehungsformen in die Betrachtung mit einbezogen. Die Vornahme einer umfassenden Einzelfallbetrachtung durch das Landgericht zeigt sich auch daran, dass es für den im Raum stehenden Anklagepunkt eines Verstoßes gegen § 182 Abs. 2 Nr. 1 StGB eine Verwertung der diesbezüglichen Tagebuchaufzeichnungen mit Blick auf das Delikt sowie die qualitativ andere Tat abgelehnt hat.

2. Dadurch, dass das Landgericht die Tagebucheintragung hinsichtlich des Tattages als Schilderung einer wahren Begebenheit und nicht, wie vom Beschwerdeführer vorgetragen, als Wunschvorstellung oder Phantasie ansah, liegt kein, an den Grundsätzen fairen Verfahrens zu messender Verstoß vor. Voraussetzung für ein Eingreifen des Bundesverfassungsgerichts in Fällen gerügter Tatsachenfeststellung und Beweiswürdigung ist, dass sich das Tat- und gegebenenfalls das Revisionsgericht so weit von der Verpflichtung entfernt haben, in Wahrung der Unschuldsvermutung bei jeder als Täter in Betracht kommenden Person auch die Gründe, die gegen die

mögliche Täterschaft sprechen, wahrzunehmen, aufzuklären und zu erwägen, dass der rationale Charakter der Entscheidung verloren gegangen scheint und sie keine tragfähige Grundlage mehr für die mit einem Schuldspruch einhergehende Freiheitsentziehung sein kann (vgl. BVerfGK 1, 145 <152>).

Das Landgericht setzte sich jedoch intensiv mit der Abgrenzung von Sachverhaltsschilderungen und Phantasieausführungen auseinander und kam zu dem Ergebnis, dass die Argumentation des Beschwerdeführers, wonach er Wünsche so beschreibe, als seien sie tatsächlich passiert, unzutreffend sei. So greift es die Niederschrift über einen Anruf beim Jugendamt auf, welcher sich laut Zeugenaussage so zugetragen habe, wie ihn der Beschwerdeführer in seinem Tagebuch schildere. Zudem führt das Landgericht anhand mehrerer Formulierungen aus, dass der Beschwerdeführer Wunschvorstellungen gerade als solche gekennzeichnet habe.

Von einer weiteren Begründung der Entscheidung wird abgesehen (§ 93d Abs. 1 Satz 3 BVerfGG).

Diese Entscheidung ist unanfechtbar.

### **Anmerkungen:**

#### **I.**

Im Jahre 1989 hatte der 2. Senat des Bundesverfassungsgerichts in der vollen Besetzung mit 8 Richtern darüber zu befinden, ob die Grundrechte eines verurteilten Mörders dadurch verletzt sind, daß tagebuchartige Aufzeichnungen, die er gefertigt hatte, gegen ihn verwendet worden waren. Die Entscheidung in jener Sache erging mit 4:4 Stimmen (BVerfGE 80, 367).

Dem ausführlich begründeten Beschluß hatten die vier Richter, die gegen die Verwertung der Tagebuchaufzeichnungen gestimmt hatten, eine Begründung ihrer Auffassung angefügt. In der Folgezeit erfuhr die Entscheidung in der rechtswissen-

schaftlichen Literatur und in der Rechtsprechung ein großes Echo. Jene vier Richter, die sich für eine Verwertbarkeit der Tagebuchaufzeichnungen ausgesprochen hatten, sahen sich trotz der Schwere des Verbrechens, um das es ging, vielstimmiger Kritik ausgesetzt. Obgleich das Bundesverfassungsgericht aufgrund der Stimmgleichheit im Senat keine Verletzung der Grundrechte des Verurteilten feststellen konnte (§ 15 Abs. 4 Satz 3 BVerfGG n.F), bestand seit der Entscheidung weitgehend Einigkeit in Literatur und Rechtsprechung, daß eine Verwertung von Tagebüchern oder tagebuchartigen Aufzeichnungen nur in Fällen schwerster Kriminalität in Betracht kommt.

19 Jahre später benötigt die 2. Kammer des Zweiten Senats in der Besetzung mit drei Richtern lediglich einen Absatz, um einstimmig klarzustellen, daß auch bei Vergehenstatbeständen, also solchen Straftaten, die im Mindestmaß nicht mit einer Freiheitsstrafe von einem Jahr oder darüber bedroht sind (§ 12 StGB), eine Verwertung von Tagebüchern zulässig ist. Dies gilt nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts auch dann, wenn im Ergebnis lediglich eine vergleichsweise geringe Freiheitsstrafe von 2 Jahren und 3 Monaten verhängt worden ist. Ob die drei Richter der 2. Kammer in zulässiger Weise für den ganzen Senat gesprochen haben, erscheint fraglich (vgl. BGH, Urteil vom 07.02.2006, 3 StR 460/98).

## II.

Die Entscheidung vermag im Hinblick auf die bisherigen Maßgaben des Bundesverfassungsgerichts und den Diskussionsstand in Literatur und Rechtsprechung nicht zu überzeugen.

1. Inwieweit Tagebuchaufzeichnungen des Beschuldigten der Verwertung in einem Strafverfahren zugänglich sind, ist umstritten.

(vgl. zum Meinungsstand bis 1995: Laber, Die Verwertbarkeit von Tagebuch-aufzeichnungen im Strafverfahren, Diss., Köln 1995, Europäische Hochschulschriften, Reihe 2, Rechtswissenschaften, Bd. 1769).

a) Die Verwertung von sogenannten „echten“ Tagebüchern zur Aufklärung begangener Straftaten wird im Schrifttum, unabhängig von der Schwere der zu ermittelnden Tat, überwiegend für unzulässig gehalten.

(Eisenberg, Beweisrecht der StPO, 4. Auflage, Rn. 392; BVerfGE 80, 367, 380 [4 Richter des Senats]; Küpper, JZ 1990, 416, 419; Wolter, StV 1990, 175; Ellbogen, NStZ 2001, 460, 462; Julius in: Heidelberger Kommentar zur StPO, 3. Auflage, § 249 Rn.6; Sydow, Kritik der Lehre von den Beweisverboten, 1976, S. 107f.; Dencker, Verwertungsverbot im Strafprozeß, 1977, S. 125 ff.; Dalakouras, Beweisverbote bezüglich der Achtung der Intimsphäre, 1988, S. 104 ff; Otto in: Festschrift für Theodor Kleinknecht zum 75. Geburtstag, München 1985, S. 319, 328; Hermann in: Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag, 2. Halbband, Berlin 1985, S. 1291, 1294; Jahn, NStZ 2000, 383, 384; Fezer, Strafprozeßrecht II, München 1986, S. 150; Gramse, AnwBl. 1980, 433, 437; Rohlf, Der grundrechtliche Schutz der Privatsphäre, Berlin 1980, S. 227 Fn. 188; wohl auch Roxin, Strafverfahrensrecht, 25. Auflage, § 24 Rn. 42, Fn. 24; Störmer, NStZ 1990, 397 und Schroth, JuS 1998, 967, 979; vgl. auch LG Arnsberg wistra 1993, 199 und Neumann, ZStW 101 (1989), 52, 55; Schutz aus Art. 4 Abs. 1 GG: Amelung, NJW 1988, 1002, 1004; ders. NJW 1990, 1753, 1759; Lorenz, GA 1992, 276; Schutz aus Art. 13 Abs. 1: Kolz, NJW 2005, 3428, 3250).

Zur Begründung dieser Auffassung wird u.a. angeführt, bei den Eintragungen in einem Tagebuch handele es sich um ein schriftliches Selbstgespräch.

(so wohl erstmals Reichsgericht, Urteil vom 18.03.1937, RGSt 71, 159, 160; Eisenberg a.a.O., Rn. 391; BVerfGE 80, 367, 380 [vier Richter des Senats]; Ellbogen a.a.O.; Amelung, NJW 1990, 1753, 1758 sieht das Selbstgespräch als Ausübung der Gewissensbetätigung an).

Aus dem Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit (§ 136 Abs. 1 Satz 2 StPO) folge, daß auch geheime Aufzeichnungen, die nicht zur Kenntnisnahme Dritter bestimmt sind, nicht gegen den Beschuldigten verwendet werden dürften.

(vgl. Dünnebier, MDR 1964, 965, 967 unter Hinweis auf Krumme: Anmerkungen zu BGH Urt. v. 21.2.1964 – 4 StR 519/63 (LG Hagen) in: LM Anmerkung Nr. 9 zu Art. 2 GG).

Tagebücher seien grundsätzlich dem absoluten Kernbereich privater Lebensgestaltung zuzuordnen, berührten die Intimsphäre und seien in der Regel nicht zur Kenntnis anderer bestimmt

(Eisenberg a.a.O., LG Saarbrücken NStZ 1988, 424; vgl. auch LG Aschaffenburg StV 1989, 244; Reichsgericht, a.a.O.).

Müßte ihr Verfasser befürchten, daß sie gegen seinen Willen gelesen und gar benutzt werden, so könnte dies die freie Entfaltung der Persönlichkeit erheblich behindern. Es müsse jedermann freistehen, etwa Empfindungen, Gefühle, Ansichten und Erlebnisse beliebig für sich festzuhalten, ohne den Argwohn und die Befürchtung, daß solche Aufzeichnungen verwertet werden.

(vgl. BVerfG a.a.O. [4 Richter des Senats]; LG Aschaffenburg a.a.O.; Eisenberg a.a.O.; Wolter a.a.O., 178; BGHSt 19, 325, 327).

b) Nach anderer Auffassung soll das Erfordernis der effektiven Strafverfolgung grundsätzlich den Vorrang genießen und die Intimsphäre zurücktreten.

(Händel, NJW 1964, 1139, 1141; Kohlhaas, DRiZ 1966, 286, 289; Sax, JZ 1965, 1).

c) Daneben wird eine - ebenfalls nicht unumstrittene - vermittelnde Lösung vertreten.

Nach dieser Auffassung ist zu unterscheiden zwischen der ersten Durchsicht der Tagebücher und deren Auswertung (aa) und der Frage der Verwertbarkeit (bb). Die Verwertung sei ausgeschlossen, wenn die Durchsicht der Tagebücher ergebe, daß deren Inhalt zum absolut geschützten Kernbereich privater Lebensgestaltung gehöre. Sei dies nicht der Fall, komme die Verwertung nur in Betracht, wenn ein überwiegendes Interesse der Allgemeinheit vorliege.

aa) Die Verfassung gebiete es danach nicht, Tagebücher oder ähnliche Aufzeichnungen schlechthin von der Verwertung im Strafverfahren auszunehmen. Allein die Aufnahme in ein Tagebuch entziehe Informationen noch nicht dem staatlichen Zugriff. Daraus folge, daß im Rahmen der Strafverfolgung nicht von vornherein ein verfassungsrechtliches Hindernis bestehe, solche Schriftstücke daraufhin durchzusehen, ob sie der prozessualen Verwertung zugängliche Informationen enthalten. Hierbei sei allerdings die größtmögliche Zurückhaltung zu wahren.

(BVerfGE 80, 367, 375; Beschluß vom 01.02.2006, 2 BvR 147/06; Beschluß vom 17.11.2007, 2 BvR 518/07; Küpper, a.a.O.; Pfeiffer in: Karlsruher Kommentar zur StPO, 4. Auflage, Einl.

Rn. 121; Krehl in: Heidelberger Kommentar zur StPO, 3. Auflage, Einl. Rn. 20; Meyer-Gößner, StPO, 49. Auflage, Einl. Rn. 56a).

Diese Ansicht wird damit begründet, daß ein Verfasser anderenfalls lediglich seine Aufzeichnungen über die Planung von Straftaten oder den mit Drogenhandel erzielten Umsatz als „Tagebuch“ deklarieren müßte, um eine Verwertung auszuschließen.

(Küpper, a.a.O.; Störmer, NStZ 1990, 397, 398; a.A. wohl Dalakouras, a.a.O., S. 212; Hermann in Festschrift für Jescheck, Bd. II, 1975, S. 1291, 1294).

Es müsse daher zunächst über den Inhalt Klarheit gewonnen werden (vgl. BVerfG, Beschluß vom 01.02.2006, 2 BvR 147/06).

Das Erfordernis der größtmöglichen Zurückhaltung bei der Durchsicht und Auswertung der Aufzeichnungen ist vor dem Hintergrund des - zum Teil als verfassungswidrig angesehenen (Amelung, NJW 1988, 1002, 1006; ders. NJW 1990, 1753, 1759) - Wegfalls des Richtervorbehalts, der in § 110 Abs. 1 StPO a. F. für die Durchsicht persönlicher Papiere enthalten war, zu sehen (BVerfGE 80, 367, 374). Am 01.09.2004 ist sogar der staatsanwaltliche Vorbehalt in § 110 Abs. 1 StPO weggefallen. Hieraus schließt z.B. die Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Kassel, daß nunmehr die Auswertung von Tagebüchern der Polizei überlassen werden dürfe.

bb) Ergebe die Durchsicht der Aufzeichnungen sodann, daß es sich um sogenannte „echte“ Tagebücher handelt, in denen (anscheinend oder scheinbar) tatsächlich Erlebtes, Gedanken, innere Vorgänge, Überlegungen, Wünsche, Phantasien, Träume, Reflexionen, usw. niedergelegt sind, sei weiter zu prüfen:

(1) Gehörten die Aufzeichnungen dem absoluten Kernbereich privater Lebensführung an, sei eine Verwertung ausgeschlossen; eine Abwägung nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes finde nicht statt.

(BVerfGE 34, 238, 245; 80, 367, 372; vgl. auch BerlVerfGH NJW 2004, 593; BayObLG NJW 1992, 2370).

Für die Frage, wann ein Sachverhalt im Einzelfall dem Kernbereich privater Lebensführung zuzuordnen ist, wurden bislang keine allgemeingültigen Maßstäbe entwickelt.

(kritisch: Gössel, NJW 1981, 649, 656f.; Plagemann, NStZ 1987, 570; Volk, Strafprozeßrecht, 3. Auflage, § 28 Rn. 39).

Das Bundesverfassungsgericht meint, diese Frage könne nur schwer abstrakt umschrieben werden, sondern nur von Fall zu Fall unter Berücksichtigung seiner Besonderheiten beantwortet werden (BVerfGE 34, 239, 248; vgl. auch BVerfGE 80, 367, 374).

Der Bundesgerichtshof hat in seiner Entscheidung vom 09.07.1987 (BGHSt 34, 397) die Frage, ob der Kernbereich privater Lebensgestaltung betroffen ist, gar nicht erst thematisiert, sondern ist sogleich zur Güterabwägung übergegangen.

(kritisch zu diesem Vorgehen: Plagemann a.a.O.).

Die vorgenannte Entscheidung des Bundesgerichtshofs ist in der Literatur überwiegend auf Kritik gestoßen.

(Plagemann, a.a.O. – „dogmatisch unbefriedigend“; Dahs, Verwertungsverbote bei unzulässiger Beschlagnahme von Tagebuchaufzeichnungen, Verteidigungsunterlagen sowie bei unzulässiger Gesprächsaufzeichnung und Blutprobe, in: Wahrheitsfindung und ihre Schranken, II. Strafverteidiger-Frühjahrssymposium 1988 der Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des Deutschen Anwaltsvereins, Essen 1989, S. 122, 125f. – „grundrechtsdogmatisches Defizit“; Geppert, JR 1988, 471; Widmaier, Wahrheitsfindung zwischen Aufklärungspflicht und Beweisverboten, in: Wahrheitsfindung und ihre Schranken (a.a.O.), S. 29, 37; Herdegen, Bemerkungen zur Lehre von den Beweisverboten, in: Wahrheitsfindung und ihre Schranken (a.a.O.), S. 103, 114; Schmidt, Jura 1993, 591, 592; Wu, Rechtsfehler bei der Beweisgewinnung und ihr strafprozessuales Rechtsmittel, München 1990, S. 18 f.; Wolter, StV 1990, 175, 177; Roxin, 40 Jahre BGH, Heidelberg 1991, S. 80; Gössel, GA 1991, 483, 504).

(2) Gehörten private Aufzeichnungen nicht zum absolut geschützten Kernbereich, so bedürfe ihre Verwertung im Strafverfahren der Rechtfertigung durch eine überwiegendes Interesse der Allgemeinheit (BVerfGE 80, 367, 374). Es sei daher zu prüfen, ob die Verwertung im Strafverfahren für die Ermittlung der Straftat geeignet und erforderlich ist und ob der dadurch bedingte Eingriff in die Privatsphäre zum strafrechtlichen Aufklärungsziel nicht außer Verhältnis stehe (BVerfGE 80, 367, 375).

Die Abwägung müsse jeweils im Licht der Bedeutung des Grundrechts vorgenommen werden, wobei das verschuldete Tatunrecht, soweit es beurteilt werden kann, berücksichtigt werden muß (BGHSt 19, 325, 333). Bei der gebotenen Abwägung des Persönlichkeitsrechts gegen die Belange der Strafrechtspflege, die dabei nicht unterbewertet werden dürfen, sei nicht von dem allgemeinen Deliktsworwurf auszugehen, sondern von dem im Einzelfall in Betracht kommenden Tatunrecht (BGHSt 19, 325, 334).

Einigkeit bestand bislang in Rechtsprechung und Literatur, daß eine Abwägung zulasten der Persönlichkeitsrechte des Beschuldigten und zugunsten der Interessen einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege nur bei außerordentlich schwerwiegenden Straftaten (i.d.R. Tötungsdelikte) in Betracht kommt.

(Eisenberg a.a.O.; OLG Schleswig StV 2000, 11; BerlVerfGH a.a.O.; vgl. auch Schlüchter, Strafprozeßrecht, 2. Auflage, S. 183: nur bei Katalogtaten nach § 100a StPO).

Nicht einmal generell bei Verbrechenstatbeständen genießen die öffentlichen Interessen Vorrang.

(BGH NJW 1964, 1134 [Meineid in Bezug auf Unzucht mit Abhängigen]).

Bei Vergehenstatbeständen kann die Abwägung nur zugunsten der Persönlichkeitsrechte des Angeklagten ausfallen.

(vgl. schon BVerfGE 18, 146; BGH NStZ 1994, 350; BerlVerfGH a.a.O.; OLG Schleswig a.a.O.).

Es ist keine Gerichtsentscheidung ersichtlich, die im Falle eines Vergehenstatbestandes die Verwertung von „echten“ Tagebüchern für rechtmäßig erachtet hat.

Vielmehr wird die vorzitierte Entscheidung des Bundesgerichtshofs (BGH NStZ 1994, 350) als Anlehnung an die Stellungnahme der vier dissentierenden Richter im Tagebuchbeschluß des BVerfG (BVerfG 80, 367) angesehen.

(Laber, a.a.O., S. 47).



(3) Gelangt man zu der Auffassung, daß die Tagebücher einem Verwertungsverbot unterliegen, folgt hieraus, daß schon die Beschlagnahme unzulässig ist.

(Dünnebier MDR 1964, 965, 967; Pfeiffer, StPO, 4. Auflage, § 94 Rn. 4; OLG Schleswig a.a.O.; BGH a.a.O.; LG Saarbrücken a.a.O.; BerlVerfGH a.a.O.; Nack in: Karlsruher Kommentar zur StPO, a.a.O., § 97 Rn. 23; Laber, a.a.O., S. 90; a.A. z.B. BVerfG, Beschluß vom 17.11.2007, 2 BvR 518/07).

(4) Eine Senats(mehrheits)entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, die zu diesen Fragen abschließend Stellung nimmt, liegt bislang nicht vor. Es ist zu beachten, daß die „4:4 Entscheidung“ vom 14.09.1989, 2 BvR 1062/87, lediglich aus verfassungsprozessualen, mithin aus einfachgesetzlichen Gründen (§ 15 Abs. 4 Satz 3 BVerfGG n.F.) zur Zurückverweisung der Verfassungsbeschwerde führte, die Begründung der vier Richter, deren Erwägungen die Entscheidungen trugen, vielstimmiger Kritik ausgesetzt war und zwischenzeitlich angezweifelt wird, ob diese Auffassung vor dem Hintergrund des Urteils des Bundesverfassungsgerichts vom 03.03.2004, 1 BvR 2378/98 und 1 BvR 1084/99, noch aufrecht erhalten werden kann.

(vgl. Schäfer in: Löwe-Rosenberg, StPO, 25. Auflage, § 94 Rn. 83).

2. Unabhängig von der Frage, ob die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 14.09.1989 heute noch uneingeschränkt als Maßstab gelten kann (vgl. Schäfer, a.a.O.), wird man auch bei Anwendung der von vier Richtern des Zweiten Senats aufgestellten Grundsätze zu dem Ergebnis gelangen müssen, daß eine Verwertung der Tagebücher im konkreten Fall nicht in Betracht kam.

a) Absolut geschützter Kernbereich privater Lebensgestaltung.

aa) Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner den Beschwerdeführer betreffenden Entscheidung vom 17.11.2007, 2 BvR 518/07, in der es um die Frage der Beschlagnahmefähigkeit der Tagebücher ging, die Auffassung vertreten, daß die beschlagnahmten Tagebücher nicht zum absolut geschützten Kernbereich privater Lebensgestaltung gehörten.

Schon diese pauschale Unterstellung ist unrichtig. Die zuletzt noch 11 - von ursprünglich über 60 - beschlagnahmten Tagebücher hätten differenziert betrachtet

werden müssen. Der Beschwerdeführer hat sich über einen Zeitraum von mehr als 30 Jahren intensiv mit sich und seiner Umwelt auseinandergesetzt. Die Aufzeichnungen des seit vielen Jahren alleinstehenden Angeklagten enthalten, wie insoweit auch das Landgericht zutreffend feststellt, nicht nur Tatsachenberichte, sondern überwiegend persönliche Reflexionen, Gedanken, Wünsche, Träume und Phantasien. Der Bundesgerichtshof hat ähnliche Tagebücher wie folgt charakterisiert (BGH NJW 1994, 1970, 1971):

„Seine Tagebücher enthalten eine Reflexion aller dem Angeschuldigten persönlich in der Einsamkeit des schriftlich fixierten Selbstgesprächs, also geschützt vor fremden Augen und Ohren, verarbeitenswert erscheinende Erlebnisse seine Empfindungen, Einschätzungen und Ansichten, seine Gefühle zu anderen Menschen, u.a. auch die Entwicklung der Beziehung zu seiner späteren Ehefrau, Aufarbeitungen familiärer und beruflicher Probleme und von Erkrankungen.“

Gleiches gilt auch für die Tagebücher des Beschwerdeführers. Insofern begegnet es Bedenken, wenn der Senat in der Entscheidung vom 17.11.2007, 2 BvR 518/07, pauschal annimmt, sämtliche Eintragungen in allen beschlagnahmten Tagebüchern gehörten nicht zum Kernbereich privater Lebensgestaltung. Es ist nicht ersichtlich, welche Aufzeichnungen überhaupt noch dem absolut geschützten Kernbereich privater Lebensgestaltung zuzurechnen sein sollen, wenn auch solche Niederschriften, die dem Wortlaut nach eindeutig als Träume, Wünsche, Phantasien, Luftschlösser, Gedanken, usw. gekennzeichnet sind, nicht geschützt sind.

Das Landgericht hat Aufzeichnungen verwertet, die ausdrücklich als Wünsche, Gedanken, Phantasien, etc., gekennzeichnet sind, indem es sie mit den Aufzeichnungen über vermeintlich tatsächlich stattgefundenere Ereignisse verglichen und somit Rückschlüsse auf den Wahrheitsgehalt der Tatsachenberichte geschlossen hat. Insofern findet eine von vornherein unzulässige Verwertung der Tagebuchaufzeichnungen statt, da die aufgezeichneten Gedanken und Phantasien zumindest als „Vergleichsmaterial“ herangezogen und bewertet werden.

Dem kann nicht entgegengehalten werden, eine Zuordnung zum absolut geschützten Kernbereich privater Lebensgestaltung sei schon deshalb in Frage gestellt, weil der Beschwerdeführer seine Gedanken schriftlich niedergelegt hat und damit aus dem von

ihm beherrschbaren Innenbereich entlassen und der Gefahr eines Zugriffs preisgegeben hat (vgl. BVerfGE 80, 367, 375).

Diese Begründung beruht auf einem Zirkelschluß: Tagebuchartige Aufzeichnungen setzen per definitionem die schriftliche Fixierung voraus. Wenn sich hieraus bereits der mangelnde Geheimhaltungswille ergeben soll, dann kann dieses Kriterium nicht zur Abgrenzung taugen, oder aber tagebuchartige Aufzeichnungen fallen sofort aus dem grundrechtlich geschützten Bereich heraus.

(Laber, a.a.O., S. 41; vgl. auch Küpper, JZ 416, 420; Lorenz, GA 1992, 254, 268; Störmer, Jura 1991, 17, 23; Schmidt, Jura 1993, 591, 593; Hofmann, JuS 1992, 587, 592; Geis, JZ 1991, 112, 116; Wu, a.a.O., S. 76; Amelung, NJW 1990, 1753, 1755; Kleb-Braun, CR 1990, 344, 346; Lammer, Zeugenschutz versus Aufklärungspflicht in: Festschrift für Peter Rieb zum 70. Geburtstag, S. 292).

Gegen diese Auffassung wird weiter argumentiert, sie stütze sich ausschließlich auf eine bereits damals 25 Jahre als Fundstelle bei *Forsthoff* (DJT-FS, S. 41, 43), die grundrechtstheoretisch nicht zu überzeugen vermöge (Laber, a.a.O.).

bb) Auch das vom Landgericht aufgegriffene Argument aus der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 14.09.1989, die höchstpersönliche Sphäre des Einzelnen sei grundsätzlich dann überschritten, wenn in ihnen Straftaten beschrieben werden, ist in der Literatur als ergebnisorientiert und zirkelschlußartig kritisiert worden.

Die Verwertungsfrage wird sich im Strafprozeß nur stellen, wenn die fraglichen Aufzeichnungen in irgendeiner Weise Aufschluß über die aufzuklärende Straftat geben können; also wird ein irgendwie gearteter „Bezug“ zu einer Tat stets gegeben sein, denn ansonsten wären die Aufzeichnungen für die Strafverfolgungsorgane bereits uninteressant (Laber, a.a.O., S. 42). Denn nur dann, wenn ein Gegenstand als Beweismittel geeignet ist, also Informationen vermittelt, die für die Aufklärung der Tat von Belang sind, ist die Beschlagnahme zum Zwecke der Beweissicherung gestattet. Gegenstände, die keine für die Sachaufklärung relevanten Informationen zu vermitteln vermögen, können indessen schon aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht der Beschlagnahme unterliegen (Art. 2 Abs. 1, 14 Abs. 1, 20 Abs. 3 GG).

*Geis* (JZ 1991, 112, 116) hat die These der vier Richter, deren Erwägungen die Entscheidung vom 14.09.1989 tragen, auf die Formel gebracht:

„Weil das Tagebuch verwertet werden können muß, darf es verwertet werden.“

Dem Bundesverfassungsgericht wird eine ergebnisorientierte Argumentation vorgehalten; der Kernbereich solle durch das staatliche Interesse am Eingriff bestimmt werden. Das laufe auf eine Relativierung des ursprünglich vom Bundesverfassungsgericht postulierten Kernbereichsschutzes hinaus, da hiernach stets zunächst eine Abwägung vorzunehmen sei.

(Laber, a.a.O.; Störmer, Dogmatische Grundlagen der Verwertungsverbote, Marburg 1992, S. 33; ders., Jura 1991, 17, 23; Schmidt, Jura 1993, 591, 593).

Die Richter *Mahrenholz*, *Böckenförde*, *Grafhof*, und *Franßen* haben diesbezüglich eingewandt (BVerfGE 80, 367, 381):

„An die Aufzeichnungen würde damit im nachhinein und von außen her eine Beziehung zu Allgemeinbelangen herangetragen, die ihnen ursprünglich, also aus sich heraus, nicht eigen war. Erhielte ein intimes Selbstgespräch, in dem der Betroffene sich mit einer ihn ängstigenden Disponiertheit für eine Straftat auseinandersetzt, dann, wenn sein Versuch, seine Triebe zu überwinden, später mißlingt, einen Bezug zu einer Straftat und wäre damit - bezogen auf das Strafverfahren - seine Zuordnung zum absolut geschützten Bereich privater Lebensgestaltung ausgeschlossen, so bedeutete dies eine von dem Betroffenen weder vorhersehbare noch steuerbare Verfügbarkeit über sein eigenes Ich.

Ließe man die bloße Möglichkeit, Erkenntnisse über die Persönlichkeitsstruktur des Tatverdächtigen zu gewinnen, ausreichen, um privaten Aufzeichnungen im Strafverfahren den absoluten Schutz zu versagen, so wäre die Unterscheidung zwischen Kernbereich und Abwägungsbereich für das Strafverfahren praktisch aufgehoben. Da grundsätzlich jede Erkenntnis über den psychischen Zustand eines Verdächtigen geeignet ist, zusätzliche Hinweise sowohl auf seine Schuldfähigkeit als auch darauf zu geben, ob er die Tat begangen haben könnte oder nicht, wäre allein der Verdacht geeignet, den absoluten Schutz des Kernbereichs der Privatsphäre zu beseitigen.“

Diese Auffassung ist überzeugend.

cc) Soweit das Landgericht - und ihm folgend anscheinend nunmehr auch das Bundesverfassungsgericht - die Auffassung vertreten, aus der Entscheidung des

Bundesverfassungsgerichts vom 14.09.1989 ergebe sich, daß in Tagebüchern niedergelegte Gefühle und Gedanken ebenfalls verwertet werden könnten, wenn sie in einem konkreten Bezug zu der begangenen Straftat stünden und Hinweise auf die Persönlichkeit des Täters und die Vorgeschichte der Tat enthielten, wird selbst die umstrittene Auffassung der Richter *Träger, Klein, Kruis* und *Kirchhof* falsch interpretiert.

Jene vier Richter haben lediglich die Meinung geäußert, daß nicht nur Aufzeichnungen, die das der Anklage zugrundeliegende Tatgeschehen betreffen, verwertet werden dürfen, sondern auch solche, die das Vorleben des Täters und sein Verhalten nach der Tat betreffen (BVerfGE 80, 367, 377). Damit ist aber nichts darüber gesagt, ob auch solche Aufzeichnungen, die ausschließlich als Gedanken, Gefühle, Träume, Wünsche, Phantasien, usw. gekennzeichnet sind, ebenfalls verwertet werden dürfen, um sie zum Beispiel – wie vorliegend – als „Vergleichsmaterial“ heranzuziehen, damit Gedanken und Phantasien einerseits von vermeintlichen Tatsachenberichten andererseits abgegrenzt werden können. Dabei sei dahingestellt, ob dies überhaupt möglich ist und ob das Gericht dies - unter Ablehnung eines entsprechenden Beweisantrags auf Einholung eines Sachverständigengutachtens - selbst und ohne sachverständige Hilfe beurteilen konnte und durfte.

Die Begriffe „Vorleben“ und „Nachtatverhalten“ beziehen sich auf tatsächliche Umstände und nicht ohne weiteres auch auf Gedanken und Gefühle, die im Tagebuch ausdrücklich als solche gekennzeichnet sind.

dd) Neben den ausdrücklich als Gedanken, Wünsche, Träume, usw. gekennzeichneten Aufzeichnungen enthalten die Tagebücher darüber hinaus auch solche Passagen, die scheinbar ein tatsächliches Geschehen beschreiben. Insbesondere sind in den Tagebüchern Aufzeichnungen über angeblich sexuelle Handlungen enthalten.

Der Beschwerdeführer hatte sich indessen - von Beginn an - dahingehend eingelassen, auch soweit in den Tagebüchern scheinbar tatsächliche Geschehensabläufe wiedergegeben würden, handele es sich nur um Phantasien, die er stilistisch in Form von tatsächlichem Erlebtem in seinen Tagebüchern niederlege.

Darauf, ob die Einlassung des Beschwerdeführers zutreffend oder unrichtig ist, kommt es nicht an. Denn ebenso wie in dem vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fall (NJW

1964, 1139), in der sich die Angeklagte ebenfalls dahingehend eingelassen hatte, es handele sich bei den Aufzeichnungen über sexuelle Handlungen nur um Wünsche und Träume, wird deutlich, daß es - mangels anderer Beweise - unmöglich ist festzustellen, ob eine solche Einlassung eines Beschuldigten wahr oder unwahr ist.

Soweit das Landgericht meint, das Tagebuch enthalte - entgegen der Behauptung des Beschwerdeführers - nicht lediglich Aufzeichnungen über Phantasien und Gedanken, sondern auch über tatsächliche Begebenheiten, wird nicht hinreichend berücksichtigt, daß auch reine Phantasien und Träume in einem privaten Tagebuch in die Form scheinbar tatsächlicher Geschehensabläufe gegossen werden können und deshalb nicht unterstellt werden darf, alles, was ein phantasiebegabter Mensch niederschreibe, habe sich auch tatsächlich so zugetragen.

Die Kammer - und ihm folgend im Ergebnis auch das Bundesverfassungsgericht - unterstellen von vornherein, daß Tagebuchaufzeichnungen stets „wahr“ seien, daß das, was der Tagebuchautor niedergeschrieben hat, sich auch tatsächlich so abgespielt haben müsse.

Das Bundesverfassungsgericht weist in ständiger Rechtsprechung darauf hin, daß im Anwendungsbereich des Art. 5 Abs. 1, Abs. 3 GG von mehreren Deutungsmöglichkeiten einer Meinungsäußerung oder künstlerischen Ausdrucksform stets von der für den Urheber günstigsten Auslegungsmöglichkeit ausgegangen werden müsse, wenn die Meinung / das Kunstwerk z.B. als beleidigend angesehen wird. Auch ein Tagebuch, zumal in der Form wie es der Beschwerdeführer verfaßt hat, das nicht lediglich Platitüden enthält („Heute Kino, dann Pizza mit Mutti.“), sondern die Gedanken- und Gefühlswelt des Tagebuchautors intensiv widerspiegelt, fällt unter den weiten Anwendungsbereich des Art. 5 Abs. 1, Abs. 3 GG (vgl. Laber, a.a.O., S. 77 f.).

Da der Inhalt der Tagebücher belegt, daß der Beschwerdeführer gerne Ausflüge in Phantasiewelten unternimmt und ein Faible für Kinderliteratur und Märchen hat, wäre es geboten gewesen zu erwägen, ob auch Schilderungen, die scheinbar tatsächliche Geschehensabläufe wiedergeben, gleichwohl Phantasieprodukte sein können.

Der Hinweis, der Angeklagte differenziere klar hinsichtlich bloßer Wünsche und Gedanken auf der einen und der Beschreibung von tatsächlichem Erlebtem auf der anderen Seite, überzeugt schon deshalb nicht, weil dieses Argument die Unterstellung

beinhaltet, das Stilelement der Wiedergabe von (scheinbaren) tatsächlichen Geschehensabläufen lasse nur den Schluß zu, diese Ereignisse hätten sich tatsächlich zugetragen, der Tagebuchautor schreibe also nur Wahres nieder.

Eine solche Auffassung berücksichtigt indessen nicht die Erkenntnisse der quellenkritischen Forschung der Geschichts- und Literaturwissenschaft, die sich mit der Frage befaßt, inwieweit persönlichen Aufzeichnungen gefolgt werden kann. Die Ansicht, Tagebuchaufzeichnungen enthielten stets tatsächlich Erlebtes, hätte vor Historikern, Psychologen und Literaturwissenschaftlern keinen Bestand.

In der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 15.09.1989 (NJW 1990, 563, 565) haben die Richter *Mahrenholz*, *Böckenförde*, *Graßhof*, und *Franßen* zutreffend ausgeführt:

„So gewiß es ist, daß die Gedanken frei sind - und deshalb frei bleiben müssen von staatlichem Zwang und Zugriff, wenn nicht der Mensch im Kernbereich seiner Persönlichkeit getroffen werden soll -, so gewiß muß gleicher Schutz für das schriftlich mit sich selbst geführte Gespräch gelten, bei dem das andere Ich durch die Niederschrift zum Sprechen gebracht und damit als Gegenüber besser verstanden wird.“

Die Strafkammer hat sich zwar im Ansatz mit der Frage auseinandergesetzt, ob der Beschwerdeführer in den Tagebüchern möglicherweise „sein anderes Ich“ zum Sprechen gebracht haben könnte, um Gedanken, die er nicht ausleben darf, als scheinbar wahre Begebenheiten zu manifestieren.

(vgl. auch Ellbogen, NStZ 2001, 460 m.w.N.).

Indessen ist das Landgericht dabei davon ausgegangen, daß sie die als Gedanken, Wünsche, Gefühle, etc., gekennzeichneten Stellen als „Vergleichsmaterial“ heranziehen darf.

Wenn es sich sowohl nach der Einlassung des Beschwerdeführers als auch nach den zeugenschaftlichen Bekundungen eines der angeblichen Tatopfer bei den Aufzeichnungen lediglich um die Wiedergabe von Phantasien handelt, sind die Tagebücher auch dann dem absolut geschützten Kernbereich privater Lebensgestaltung zuzuordnen, wenn die aufgezeichneten Phantasien ein mögliches reales Geschehen

beschreiben. Wie sonst sollte die Grenze gezogen werden? Wer will entscheiden, ob die Aufzeichnungen in einem Tagebuch ein tatsächliches Geschehen wiedergeben und damit ggf. verwertbar sind oder nur die Phantasie eines tatsächlichen Geschehens beschreiben und damit dem Kernbereich privater Lebensgestaltung zuzuordnen sind?

Die Auffassung, daß Aufzeichnungen, die einen äußeren Geschehensablauf wiedergeben, nicht zum Kernbereich privater Lebensführung gehören, beinhaltet die Unterstellung, daß die Niederschriften ein tatsächliches Geschehen beschreiben, also inhaltlich richtig sind. Die Möglichkeit, daß es sich hierbei um Phantasien handelt, wird bei Zugrundelegung dieser Sichtweise von vornherein ausgeschlossen.

Die Annahme, daß Aufzeichnungen, die einen äußeren Geschehensablauf wiedergeben, eine wahre Begebenheit beschreiben und damit trotz des Bestreitens des Angeklagten und des angeblichen Opfers verwertbar seien, ist unzulässig, da zirkulär. Diese Annahme enthält bereits die Festlegung, daß die Einlassung des Angeklagten und die Aussage des Zeugen, es handele sich lediglich um Phantasien, unwahr sind, da Tagebücher „nicht lügen“. Der Inhalt einer Urkunde wird damit entgegen der Darstellung des Ausstellers und entgegen der Aussage der vom Inhalt der Aufzeichnung betroffenen Person von vornherein als richtig unterstellt. Der Einwand der Unrichtigkeit der Aufzeichnung wird dem Tagebuchautor damit abgeschnitten.

Damit liefe jedoch das entscheidende Argument für oder gegen die Verwertbarkeit von Tagebüchern leer. Ein Tagebuchschrreiber, der nicht lediglich Gedanken aufzeichnet, sondern diesen die Form eines möglichen realen Geschehensablaufs gibt, könnte sich auf den Schutz der Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG nicht berufen.

Schon deshalb sind Tagebücher – ebenso wie Lügendetektortests – zur Wahrheitsfindung von vornherein ungeeignet und damit beschlagnahmefrei und unverwertbar. Denn ob die Aufzeichnungen als Manifestation von Gedanken zum Kernbereich privater Lebensführung gehören oder einen tatsächlichen Geschehensablauf schildern, kann - sofern keine weiteren Beweise vorliegen, die dafür sprechen, daß der Tagebuchschrreiber tatsächlich Erlebtes und nicht lediglich Phantasien niedergeschrieben hat - objektiv nicht festgestellt werden.

(vgl. auch Kohlhaas, DRiZ 1966, 286, 289: „Kann man wirklich unterscheiden, ob Notizen Tatsachen oder Gefühlsausbrüche betreffen?“).



Denn Meinungen und Gefühle können beispielsweise auch in Dialogform festgehalten sein, um Spannungen zu lösen und mit sich ins Reine zu kommen.

(Ellbogen, a.a.O.; BGHSt 19, 325, 328).

Dies gilt um so mehr, wenn er Gelegenheit zur vertrauten Aussprache nicht hat oder nicht sucht (BGH, a.a.O.).

b) Abwägung zwischen privaten und öffentlichen Interessen.

aa) Bisher lag keine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vor, in der ausdrücklich die Frage beantwortet wird, ob eine Verwertung „echter“ Tagebuchaufzeichnungen bei Vergehenstatbeständen überhaupt in Betracht kommt (ablehnend wohl BVerfGE 18, 146) oder ob eine Verwertung grundsätzlich nur bei Verbrechenstatbeständen oder bei Kapitalstrafsachen denkbar ist. Auch hatte das Bundesverfassungsgericht, soweit ersichtlich, bisher nicht dazu Stellung genommen, ob die Grenze der Verhältnismäßigkeit anhand der absoluten Strafandrohung von Straftatbeständen gezogen werden kann, ob eine Verwertung beispielsweise nur bei gewissen „Katalogstraftaten“ (vgl. Schlüchter, a.a.O.) möglich ist oder ob unabhängig von der absoluten Strafandrohung des verletzten Tatbestandes, ungeachtet der Unterscheidung zwischen Verbrechen und Vergehen, stets nur eine Einzelfallabwägung möglich ist – wovon die angefochtenen Entscheidungen und nunmehr wohl auch das Bundesverfassungsgericht ausgehen.

bb) Der sexuelle Mißbrauch eines Kindes in der Variante des Grundtatbestandes des § 176 Abs. 1 StGB ist ein Vergehen, kein Verbrechen (§ 12 StGB). Die Strafandrohung entspricht exakt der des Tatbestandes der gefährlichen Körperverletzung, § 224 StGB.

Es erscheint schwer vorstellbar, daß ein Gericht beim Vorwurf der gefährlichen Körperverletzung auf den Gedanken gekommen wäre, sog. „echte“, höchstpersönliche Tagebücher zu verwerten, zumal dann, wenn – wie auch vorliegend – nicht festgestellt werden kann, daß das Tatopfer Schäden an Leib und Seele davon getragen hat.

Da die vom Landgericht gefundene Strafe von 2 Jahren und 3 Monaten – unter Berücksichtigung der Vorstrafe aus dem Urteil vom 11.02.2004 – noch im unteren

Bereich des durch § 176 Abs. 1 StGB eröffneten Strafrahmens liegt, ist die Vermutung gerechtfertigt, daß das Gericht in seine Entscheidung die Überlegung eingestellt haben könnte, daß der Vorwurf des sexuellen Mißbrauchs von Kindern und Jugendlichen - wie kaum eine andere Straftat - zugleich eine schwere sittliche und moralische Mißbilligung enthält. Bei dieser Überlegung handelte es sich zutreffendenfalls jedoch um eine sachfremde Erwägung. Alleiniger Maßstab für die Antwort auf die Frage, ob die Verwertung höchstpersönlicher Aufzeichnungen hinter den „unabweisbaren Bedürfnissen einer wirksamen Strafverfolgung“ zurückstehen müssen, sind nicht sittliche oder moralische Aspekte, sondern das verwirklichte Handlungsunrecht und die konkrete Strafe, die den Angeklagten erwarten könnte (BGHSt 19, 325, 334).

Die Strafkammer und das Oberlandesgericht Frankfurt am Main, sahen in ihren mit der Verfassungsbeschwerde vom 06.03.2007 (2 BvR 518/07) angegriffenen Zwischenentscheidungen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wegen des „hochrangigen Rechtsguts der sexuellen Selbstbestimmung“ als gewahrt an. Dem ist jedoch entgegenzuhalten, daß die Persönlichkeitsrechte des Angeklagten nicht abstrakt gegen ein Rechtsgut abgewogen werden dürfen, sondern zu fragen ist, wie schwer die Rechtsgutsverletzung bei Wahrunterstellung der Anklagevorwürfe im konkreten Fall wiegt.

Wägt man die verhängte Strafe gegen die Schwere des Eingriffs in die Grundrechte der Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG ab, ist die Annahme, der Eingriff sei noch verhältnismäßig, zweifelhaft. Denn eine Freiheitsstrafe von „nur“ 2 Jahren und 3 Monate, die auch lediglich aufgrund einer Vorstrafe in dieser Höhe verhängt worden ist, vermag einen derart schwerwiegenden Eingriff in die hochrangigen Grundrechte des Beschwerdeführers aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG nicht zu rechtfertigen.

Auch den Ausführungen der Richter *Träger, Klein, Kruis* und *Kirchhof* in der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 14.09.1989 ist zu entnehmen, daß die Verwertung der Tagebücher allein im Hinblick auf den schwerwiegenden Vorwurf des Mordes im Ergebnis gebilligt worden ist. Daß das Bundesverfassungsgericht damals auch eine Verwertung von Tagebüchern in einem Fall wie dem vorliegenden gestattet hätte, erscheint im Hinblick auf die damals offenbar kontrovers geführte Diskussion innerhalb des Senats mehr als unwahrscheinlich.

Die neue Haltung des Bundesverfassungsgericht eröffnet die Möglichkeit, bei jedem Delikt, schon aus dem Bereich der mittleren Kriminalität, höchstpersönliche Tagebücher zu beschlagnahmen und zu verwerten. Das Kriterium des absolut geschützten Kernbereichs privater Lebensgestaltung wird weitgehend entwertet, weil allenfalls noch heimlich aufgezeichnete Selbstgespräche (vgl. BGH, Urt. v. 10.08.2005, 1 StR 140/05) hierunter fallen, jede selbst veranlaßte körperliche Fixierung von Gedanken hingegen von vornherein nicht geschützt wird.

Tritt hinzu, daß bereits die Beweisnot der Strafverfolgungsorgane genügen soll, um schon bei einem Vergehen, das – ohne Vorstrafe – allenfalls zu einer Bewährungsstrafe führen kann, die Verwertung von höchstpersönlichen Tagebuchaufzeichnungen, einschließlich dort niedergelegter Gedanken, Träume, Wünsche, usw., zu rechtfertigen, wäre ein Beweisverbot in „Tagebuch-Fällen“ allenfalls noch im Bereich der sog. „kleinen“ Kriminalität in Betracht zu ziehen.

Für die Instanzgerichte ist die Billigung der Verwertung der Tagebücher des Beschwerdeführers das Signal, daß die Grenze der Verhältnismäßigkeit deutlich herabgesenkt worden ist und eine Verwertung und Beschlagnahme nicht mehr nur im Bereich der Schwerekriminalität, sondern auch bei Vergehenstatbeständen zulässig ist.

cc) Soweit das Landgericht im Rahmen der Abwägung meinte, der Strafrahmen des § 176 Abs. 1 StGB ermögliche eine ganz erhebliche Bestrafung des Angeklagten, ist hiergegen einzuwenden, daß es nicht auf die mögliche Höchststrafe, sondern auf das konkret verwirklichte Tatumrecht ankommt (BGHSt 19, 325, 334). Die Verwertung von Tagebüchern kann schlechterdings nicht mit der Begründung gerechtfertigt werden, der Angeklagte hätte die gesetzliche Höchststrafe verwirken können, wenn die Tat entsprechend schwer wöge. Wollte man – wie offenbar die Strafkammer – die Frage der Verhältnismäßigkeit entscheidend an den gesetzlichen Höchststrafen geltend machen, käme für die überwiegende Zahl der Straftatbestände eine Verwertung von Tagebüchern in Betracht. Im Hinblick darauf, daß die Urteilsgründe der Landgerichts der durch § 176 Abs. 1 StGB eröffneten Höchststrafe maßgebliches Gewicht im Rahmen der Verhältnismäßigkeitserwägungen beimessen, überzeugt die Annahme des Bundesverfassungsgerichts, die Strafkammer habe die mögliche Höchststrafe nur als eine von mehreren Komponenten in ihre Abwägung eingestellt, nicht. Vielmehr hatte die Strafkammer gerade deshalb entscheidend auf die mögliche Höchststrafe abgestellt, da das konkret verwirklichte Tatumrecht im Vergleich zu anderen Fällen nicht besonders

schwer wog. Dies ergibt sich bereits daraus, daß das Landgericht trotz einer einschlägigen Vorstrafe für drei Fälle des sexuellen Mißbrauchs eine Gesamtfreiheitsstrafe von „nur“ 2 Jahren und 3 Monaten verhängt hat.

dd) Das Landgericht durfte auch nicht abstrakt auf das Schutzgut des § 176 Abs. 1 StGB abstellen und ausführen, der festgestellte Eingriff sei „geeignet, erheblichen Einfluß auf die sexuelle Entwicklung eines Kindes“ zu nehmen, ohne festzustellen, ob es im konkreten Fall zu schädigenden Auswirkungen bei dem Tatopfer - das sich an den angeblichen Vorfall nicht erinnern konnte und den Beschwerdeführer auch nicht belastet hat - gekommen ist.

ee) Soweit das Landgericht mehrfach auf die Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 19.06.1998, 2 StR 189/98, abstellt und meint, aus diesem Beschluß ergäbe sich, daß die Verwertung von Tagebüchern insbesondere auch bei Delikten gegen das Individualrechtsgut der ungestörten sexuellen Entwicklung in Betracht komme, wobei im Rahmen der Abwägung auch das Fehlen anderer Beweismittel zu berücksichtigen sei, ist darauf hinzuweisen, daß es in dem durch den Bundesgerichtshof entschiedenen Fall nicht um Aufzeichnungen des Angeklagten, sondern um Niederschriften der mittlerweile verstorbenen Ehefrau ging, die in die Verwertung der Aufzeichnungen vor ihrem Tode ausdrücklich eingewilligt hatte (BGH, NStZ 1998, 635). Die sich aus dem Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit ergebenden Fragen stellten sich daher nicht.

Ferner hat der BGH in dem vorzitierten Fall hervorgehoben, bei den dem Angeklagten angelasteten Taten habe es sich um

„schwerwiegende Delikte gegen das Individualrechtsgut der ungestörten sexuellen Entwicklung, die mit einer Vielzahl weiterer sexueller Übergriffe einhergingen und beim Tatopfer zu erheblichen psychischen Folgeschäden geführt haben“

gehandelt.

Ein derart schwerwiegender Fall mit entsprechenden Folgen für das Tatopfer liegt hier nicht vor, weshalb es zumindest verwundern muß, daß das Bundesverfassungsgericht ohne nähere Auseinandersetzung mit dem aktuellen Diskussionsstand die Frage der Verhältnismäßigkeit äußerst kurz abhandelt, obgleich in wesentlich schwerwiegenderen Fällen die Frage der Verhältnismäßigkeit im Falle der Verwertung von Tagebüchern

eingehend thematisiert worden ist (vgl. z.B. BGHSt 19, 325; 34, 397; NStZ 1998, 635) und die strenge Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit vom Bundesverfassungsgericht stets angemahnt wird.

ff) Untauglich ist schließlich das Argument, eine Verwertung der Tagebücher müsse gestattet sein, weil keine anderen Beweismittel vorlägen. Auch diese Annahme beruht auf einem Zirkelschluß. Denn lägen andere Beweismittel vor, bedürfte es keines Rückgriffs auf die Tagebücher.

3. Allen in dieser Sache ergangenen Entscheidungen läßt sich entnehmen, daß die Gerichte bei der Abwägung nicht in erster Linie das konkret verwirklichte Tatunrecht oder die gesetzliche Strafandrohung im Blick hatten, sondern das verletzte Schutzgut (sexuelle Selbstbestimmung). Ein "Sonderrecht" für bestimmte Deliktgruppen wäre indessen ebenfalls ein Novum. Verdient die Privatsphäre des Kokaindealers generell mehr Schutz als die des "Kinderschänders", die des Wahlfälschers mehr als die des Mörders, die des Geheimagenten mehr als die des "Castor-Demonstranten"? Unabhängig vom jeweils konkret verwirklichten Tatunrecht und der individuellen Schuld des Täters? Hat derjenige, der durch seine Tat die Menschenwürde anderer verletzt hat, weniger Anspruch auf Achtung seiner Menschenwürde? Gilt dies insbesondere dann, wenn die Verletzung der Menschenwürde des Opfers durch den Tatverdächtigen erst aufgrund eines staatlicherseits veranlaßten Eingriffs in die Menschenwürde des Beschuldigten nachgewiesen werden kann? Ist die Menschenwürde insoweit der Abwägung zugänglich? Welchen Beweiswert haben Ermittlungsergebnisse, die durch die Verletzung der Menschenwürde des Tatverdächtigen gewonnen wurden (Geständnis aufgrund von Folter, Lügendetektortests)?

Im Hinblick darauf, daß der achtköpfige Senat sich im Jahre 1989 nur zu einer 4:4-Entscheidung bei der ihm vorgelegten Frage hatte durchringen können, ob die tagebuchartigen Aufzeichnungen eines Mörders gegen diesen verwendet werden können, wäre es angezeigt gewesen, auch den vorliegenden, in Art, Schwere und Folgen nicht annähernd vergleichbaren Fall, einer Senatsentscheidung zuzuführen, um im Interesse der Rechtssicherheit endgültig klare Maßstäbe zu entwickeln. Schon 1990 beklagte Berkemann (JR 1990, 226, 227): "Die abstrahierenden Leitlinien, die der Senat formuliert, sind erkennbar unzureichend, um zu einer gesicherten fachgerichtlichen

Anwendung hinführen zu können. [...] Die Uneinigkeit der Richter zeigt des weiteren auf, daß die Leitfunktion des BVerfG gegenüber den Fachgerichten unerfüllt bleibt."

Der Bundesgerichtshof meint gar, eine Kammer des Bundesverfassungsgerichts überschreite - zumindest im Falle der Stattgabe einer Verfassungsbeschwerde - die Grenzen ihrer Zuständigkeit, wenn es an in Senatsentscheidungen entwickelten, fortbildungsfähigen Maßstäben fehlt und sich die Kammern gleichsam ein neues Rechtsgebiet zur selbständigen verfassungsrechtlichen Durchdringung erschließen (Urteil vom 07.02.2006, 3 StR 460/98; zur Kritik an dieser Entscheidung vgl. Strate, NJW 2006, 1480). Ob dies auch für die Nichtannahme einer Verfassungsbeschwerde gemäß § 93b Satz 1 BVerfGG gelten soll, teilt der BGH nicht mit. Jedenfalls fehlt es aber bis heute an einer Senatsentscheidung des Bundesverfassungsgerichts - zumal an einer solchen, die von der Mehrheit der Senatsmitglieder getragen wird -, die die Verwertung von höchstpersönlichen Tagebüchern in Fällen der "kleinen" und "mittleren" Kriminalität billigt. Der Bundesgerichtshof hat in seiner Entscheidung vom 10.08.2005 (BGHSt 50, 206 - Verwertung eines belauschten Selbstgespräches) darauf hingewiesen, daß die Frage der Verwertbarkeit von Tagebuchaufzeichnungen aufgrund des gebliebenen Dissenses in dem Beschluß des Bundesverfassungsgerichts vom 14.09.1989 nicht abschließend verfassungsgerichtlich geklärt sei. Zudem stellt die nicht einmal von der Mehrheit der Senatsmitglieder getragene Entscheidung des BVerfG vom 14.09.1989 ausdrücklich nur auf Fälle "schwerer Kriminalität", im konkreten Fall auf den im Unrechtsgehalt nicht zu überbietenden Straftatbestand des Mordes ab. Ob drei Vergehen, die unter Berücksichtigung einer Vorbelastung eine Gesamtfreiheitsstrafe von "nur" 2 Jahren und 3 Monaten zur Folge haben, als "schwere Kriminalität" bezeichnet werden können, erscheint im Hinblick auf vergleichbare Fälle zweifelhaft.

Die Argumentation des Bundesverfassungsgerichts, die nur dem Anspruch auf ein gerechtes Urteil Menschenwürde zuweist, führt in ihrer Konsequenz zu einer völlig schrankenlosen Aufklärung eines Tatgeschehens unter uneingeschränkter Nutzung sämtlicher Erkenntnisquellen, was in deutlichem Widerspruch zu der Meinung steht, daß es keine Wahrheitserforschung zu jedem Preis geben dürfe (Lammer, a.a.O.).

In jüngerer Zeit hat *Kolz* (NJW 2005, 3248, 3250) angeregt, den Schutz von Tagebüchern, die in der eigenen Wohnung aufbewahrt werden, im Kernbereich des Art. 13 Abs. 1 GG anzusiedeln. *Kolz* hat im Hinblick auf die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 10.08.2005 (BGHSt 50, 206 - Verwertung eines belauschten

Selbstgesprächs) die Frage aufgeworfen, warum die Privatwohnung als "letztes Refugium" nur zu Gesprächen mit engen Vertrauten und zu Selbstgesprächen genutzt werden dürfe, nicht aber zum Führen und zur Aufbewahrung einer schriftlichen Auseinandersetzung mit sich selbst. Wenn das Selbstgespräch als Ausfluß intimer Gedanken in der eigenen Rückzugssphäre tabu ist, sollte dies auch für die schriftliche Fixierung von Gedanken des gleichen Inhalts gelten. In beiden Fällen wohnt der Äußerung kein Kommunikationszweck inne (Kolz, a.a.O.). Diesen überzeugenden Einwand haben weder der Bundesgerichtshof noch das Bundesverfassungsgericht aufgegriffen, das sich aufdrängende Problem und die aus der unterschiedlichen Bewertung sich ergebenden Widersprüche offenbar nicht einmal gesehen.

Das Argument der vier Verfassungsrichter, die Zugehörigkeit der Aufzeichnungen zum absolut geschützten Kernbereich privater Lebensgestaltung sei schon deshalb fraglich, weil der Tagebuchautor seine Gedanken aus dem ihm beherrschbaren Innenbereich entlassen und der Gefahr eines Zugriffs preisgegeben habe, konterte *Kleb-Braun* schon 1990 (CR 1990, 344, 346) mit der Bemerkung, "es [drängten] sich Fragen nach der intellektuellen Redlichkeit [auf]". Denn auch der heimlich in seiner Wohnung Belauschte, der ein Selbstgespräch führt, entläßt seine Gedanken aus dem ihm beherrschbaren Innenbereich, nämlich seinem Kopf. Gleichwohl soll diese Form der Selbstbelastung nicht verwertbar sein. Der Beschuldigte, der seine Gedanken in einem Tagebuch niederlegt, das er in einem verschlossenen Schrank in seiner durch das Grundgesetz geschützten Wohnung aufbewahrt, bringt zwar ebenfalls seinen Willen zum Ausdruck, daß seine privaten Gedanken nicht einmal engsten Vertrauten zugänglich gemacht werden sollen. Dieser Wunsch soll hingegen unbeachtlich sein.

Die Staatsanwaltschaft argumentierte in ihrem Schlußplädoyer: Es sei zwar denkbar, daß Tagebücher und Erinnerungen von Prominenten und Politikern nicht nur Tatsachen, sondern auch frei Erfundenes und Phantasien schilderten. Dies beruhe jedoch darauf, daß diese Niederschriften von vornherein für die Nachwelt bestimmt seien und dem Zweck dienten, die Öffentlichkeit zu beeinflussen. Der Angeklagte habe jedoch keinen Grund, Phantasien zu schildern. Denn er habe seine Tagebücher nur für sich selbst geschrieben. Eben!

Rechtsanwalt Frank Löwenstein