

CHRISTIAN ROTTMEIER

Kernbereich
privater Lebensgestaltung
und strafprozessuale
Lauschangriffe

*Studien und Beiträge
zum Strafrecht*

12

Mohr Siebeck

Studien und Beiträge
zum Strafrecht

Band 12



Christian Rottmeier

Kernbereich privater
Lebensgestaltung und
strafprozessuale Lauschangriffe

Mohr Siebeck

Christian Rottmeier, geboren 1985; Studium der Rechtswissenschaften an der Ludwig-Maximilians-Universität München; Erstes Staatsexamen 2011; Zweites Staatsexamen 2013; Promotion an der Universität Regensburg 2017; seit 2016 Staatsanwalt.

e-ISBN PDF 978-3-16-155563-3

ISBN 978-3-16-155562-6

ISSN 2364-267X (Studien und Beiträge zum Strafrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2017 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen aus der Times New Roman gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Vorwort

Diese Arbeit wurde im Sommersemester 2017 von der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Regensburg als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur befinden sich auf dem Stand von April 2016.

Mein besonderer Dank gilt meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. *Tonio Walter*, der meine Arbeit stets mit Interesse begleitet und mit wertvollen Ratschlägen zu ihrem Gelingen beigetragen hat. Zugleich hat er mir dabei die wissenschaftliche Freiheit gelassen, eigenständige Positionen zu entwickeln und zu vertreten. Bedanken möchte ich mich auch bei Herrn Prof. Dr. *Jan Bockemühl* für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Ganz herzlich bedanke ich mich außerdem bei all meinen Freunden, die mir stets mit Geduld und Zuspruch zur Seite standen. In besonderem Maße danke ich meiner Lebensgefährtin, Frau Dr. *Stephanie Hiltmann*, die nicht nur in der Promotionsphase mein größter Rückhalt gewesen ist und mir stets liebe- und verständnisvoll beigestanden hat. Ohne sie wäre diese Arbeit nicht möglich gewesen. Schließlich danke ich von ganzem Herzen auch meiner Mutter *Erika Rottmeier* und meinem Vater *Herbert Rottmeier*, die während meiner gesamten Ausbildung immer an mich geglaubt und mich stets uneingeschränkt unterstützt haben. Ihnen ist diese Arbeit gewidmet.

Landshut, im Mai 2017

Christian Rottmeier

Inhaltsverzeichnis

Einführung	1
Gang der Untersuchung	5

1. Teil

Die historische Entwicklung der Kernbereichsrechtsprechung des BVerfG	7
--	---

§ 1 Rechtsprechungsentwicklung	7
A. Anfangsentscheidungen	8
B. Leitentscheidungen	14
I. Der zweite Tagebuchbeschluss vom 14. September 1989	15
II. Das Urteil zum Großen Lauschangriff vom 3. März 2004	17
C. Folgeentscheidungen	20
D. Das Urteil zum BKA-Gesetz vom 20. April 2016	24
§ 2 Resümee	30
A. Ableitung aus dem Grundgesetz	31
B. Kernbereich und Intimsphäre	31

2. Teil

Die Bestimmung des Kernbereichs privater Lebensgestaltung	37
---	----

§ 1 Ansatz des BVerfG	37
A. Kernbereichsbestimmung durch das BVerfG	37
I. Formale Voraussetzungen	38
II. Inhaltliche Voraussetzungen	40
1. Höchstpersönlichkeit und Sozialbezug	40
2. Sozialbezug durch Straftatbezug	42
a) „unmittelbarer Bezug ...“	43
b) „... zu konkreten ...“	47
c) „... strafbaren Handlungen“	48

d) Rechtsfolge und Reichweite	48
B. Kritische Würdigung	54
I. Kernbereichsbestimmung durch Abwägung	54
II. Kernbereichsbestimmung im Einzelnen	58
1. Höchstpersönlichkeit und Sozialbezug	58
2. Straftatvorbehalt	61
a) Einschränkung für mittelbaren Tatbezug	62
aa) Auslegung	62
bb) Bewertung	68
b) Einschränkung für Bagatelle	71
aa) Auslegung	71
bb) Bewertung	72
c) Einschränkung für Selbstgespräche	74
aa) Selbstgespräch im Krankenzimmer	74
bb) Selbstgespräch im Pkw	80
d) Einschränkung für Selbstreflexion	87
aa) Selbstreflexiver Charakter	87
bb) Berichtender Charakter	91
e) Resümee zum Straftatvorbehalt	97
C. Ergebnis	99
§ 2 Ansätze aus der Rechtswissenschaft	100
A. Abweichende Kernbereichsbestimmungen	101
I. Kernbereichskonzept von Dirk Lammer	101
1. Höchstpersönlichkeitsmanifestationen und -potentiale	101
2. Stellungnahme	102
II. Kernbereichskonzept von Maximilian Warntjen	105
1. Typologisches Merkmalsprofil	105
2. Stellungnahme	106
III. Kernbereichskonzept von Johannes M. Barrot	109
1. Autonome und heteronome Bedingungen der Willensfreiheit	109
2. Stellungnahme	110
B. Exkurs: Alternativen zum Kernbereichskonzept	112
C. Ergebnis	114

3. Teil

Der Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung	115
§ 1 Allgemeines	115
A. Das zweistufige Schutzkonzept	116
I. Überblick	117
II. Kritische Würdigung	119
1. Widersprüche in der bisherigen Rechtsprechung	119
2. Das neue Urteil des BVerfG zum BKA-Gesetz vom 20. April 2016	123
3. Bewertung und Folgerungen	125
a) Absolut geschützte Informationen?	125
b) Absolut geschützter Achtungsanspruch	127
c) Ergebnis und Folgerungen	130
B. Das Verhältnis zu Zeugnisschutz und Rundumüberwachung	132
I. Verhältnis zum Schutz der Zeugnisverweigerungsrechte	132
II. Verhältnis zum Verbot der Rundumüberwachung	136
C. Ergebnis	138
§ 2 Die akustische Wohnraumüberwachung	139
A. Betrachtung de lege lata	140
I. Erhebungsphase	140
1. Unterlassungspflicht	140
a) Kernbereichsvermutung	140
aa) Räumliche Indikatoren	141
bb) Personelle Indikatoren	142
(1) Gleich oder ungleich §§ 52, 53 StPO?	143
(2) Personenkreis im Einzelnen	146
cc) Verhältnis der Indikatoren zueinander	149
b) Widerlegung der Kernbereichsvermutung	152
aa) Die weite Auslegung	154
bb) Die enge Auslegung	155
cc) Stellungnahme	157
2. Unterbrechungspflicht	164
a) Echtzeitüberwachung	164
b) Unterbrechung	167
c) Fortführung	170
II. Auswertungsphase	173
1. Beweisverwertungsverbote	173
a) Selbständiges Verwertungsverbot	173

b) Unselbständiges Verwertungsverbot	176
2. Löschung, Dokumentation und Einschaltung des Gerichts	178
III. Ergebnis	181
B. Überlegungen de lege ferenda	182
I. Überlegungen zum Erhebungsverbot	183
II. Überlegungen zu den sonstigen Schutzvorkehrungen	187
1. Vorteile eines Richterbandes	188
2. Verfassungsrechtliche Würdigung	189
III. Ergebnis	193
§ 3 Die Überwachung der Telekommunikation	194
A. Vorüberlegungen	194
I. Kernbereich und Telekommunikation	195
II. Stufenverhältnis des Kernbereichsschutzes	196
B. Betrachtung de lege lata	199
I. Erhebungsphase	200
1. Unterlassungspflicht	200
a) Gesetzliche Regelung	200
b) Auslegung durch das BVerfG	202
aa) Verbindungsbezogenes Erhebungsverbot	202
bb) Bewertung und Folgerungen	205
c) Ergebnis	210
2. Unterbrechungspflicht	210
a) Gesetzliche Regelung	210
b) Echtzeitüberwachung	211
II. Auswertungsphase	215
1. Beweisverwertungsverbote	215
2. Löschung, Dokumentation und Einschaltung des Gerichts	216
III. Ergebnis	219
C. Überlegungen de lege ferenda	220
I. Überlegungen zum Erhebungsverbot	220
II. Überlegungen zu den sonstigen Schutzvorkehrungen	223
III. Ergebnis	228
§ 4 Die akustische Überwachung außerhalb von Wohnungen	229
A. Vorüberlegungen	230
B. Betrachtung de lege lata	233
I. Planwidrige Regelungslücke	233
II. Vergleichbare Interessenlage	235

Inhaltsverzeichnis

XI

III. Ergebnis und Fazit	239
C. Überlegungen de lege ferenda	240

4. Teil

Schlussbetrachtung und Regelungsvorschläge	243
Literaturverzeichnis	249
Sachregister	271

Einführung

„Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt.“¹ Mit diesen pathetischen Worten garantiert Art. 1 Abs. 1 GG den „höchsten Rechtswert“² des Grundgesetzes, nämlich die Menschenwürde. Wird jemand heimlich überwacht, so geht damit allerdings noch nicht zwingend eine Missachtung seiner Würde einher.³ Die Strafverfolgungsbehörden dürfen daher zur Erforschung der Wahrheit grundsätzlich auch auf heimliche Überwachungsmaßnahmen zurückgreifen. Hierfür hat der Gesetzgeber zahlreiche Befugnisse geschaffen, und zwar vor allem als Reaktion auf die Bedrohung durch die Organisierte Kriminalität und den internationalen Terrorismus,⁴ der seit den Anschlägen etwa von New York, Madrid, London, Paris oder Brüssel in das Bewusstsein der breiten Bevölkerung gerückt ist. Die Strafverfolgungsbehörden dürfen daher heute zum Beispiel das gesprochene Wort überall belauschen – am Telefon, in der Wohnung oder außerhalb von ihr. Mit der Menschenwürde ist dies nach Ansicht des BVerfG nicht von vornherein unvereinbar. Allerdings verlangt das Gericht dabei in ständiger Rechtsprechung, dass die Überwachungsmaßnahmen zum Schutz der Menschenwürde einen unantastbaren Kernbereich privater Lebensgestaltung zu wahren haben.⁵

Dieser Gedanke eines unantastbaren Bereichs menschlicher Freiheit findet sich bereits in der liberalen Staatsrechtslehre des ausgehenden neunzehnten Jahrhunderts,⁶ taucht in der Rechtsprechung des BVerfG erstmals⁷ im Jahre 1957 auf und gehört „inzwischen zum festen Lehrbestand des strafprozessual Unverzichtbaren“⁸. Er beruht auf einem Sphärenmodell, nach dem sich die

¹ Art. 1 Abs. 1 GG.

² BVerfGE 82, 60 (87); 30, 1 (39); 12, 45 (53); vgl. *Teifke* S. 77 ff. m. w. N.

³ BVerfGE 109, 279 (313).

⁴ Vgl. dazu *Paa* S. 1 f., 24 ff.

⁵ BVerfG NJW 2016, 1781 (Rn. 119 ff.); BVerfGE 130, 1 (22 f.); 129, 208 (245 ff.); 124, 43 (69 f.); 120, 274 (335 ff.); 113, 348 (390); 109, 279 (313).

⁶ *Baldus* JZ 2008, 218 (218) mit Verweis auf *Gierke* in: *Schmollers Jahrbuch* S. 1097 (1133).

⁷ BVerfGE 6, 32 (41); *Barrot* S. 36.

⁸ *Hauck* S. 335.

menschliche Persönlichkeit in konzentrisch angelegten Sphären entfaltet.⁹ Das BVerfG unterscheidet dabei in der Regel zwei Sphären, nämlich den bereits erwähnten, absolut geschützten Kernbereich und einen schlichten Privatbereich, in den unter strikter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes eingegriffen werden darf.¹⁰ Diese Unterscheidung hat seit dem Urteil zum Großen Lauschangriff aus dem Jahre 2004 noch einmal erheblich an Bedeutung gewonnen.¹¹ Denn das BVerfG hat dort zum ersten Mal einfachgesetzliche Regelungen zum Schutz des Kernbereichs eingefordert¹² und damit das gesamte „Überwachungsrecht unter Novellierungsdruck“¹³ gesetzt. Infolgedessen sind heute in zahlreichen Bundes- und Landesgesetzen kernbereichsschützende Regelungen¹⁴ enthalten, auch in der Strafprozessordnung (vgl. § 100a Abs. 4, § 100c Abs. 4, 5 StPO).

Trotz der langen Tradition des Kernbereichsgedankens und der jüngeren Regelungsanstrengungen des Gesetzgebers ist aber eines nicht zu verkennen: Der unantastbare Kernbereich gibt immer noch zahlreiche Fragen auf.¹⁵ Fraglich ist bereits, was nun eigentlich zum Kernbereich gehört. In der Rechtsprechung des BVerfG haben sich zwar inzwischen einige allgemeine Zuordnungskriterien herauskristallisiert, jedoch sind diese in Teilen der Literatur auf wenig Gegenliebe gestoßen. Im Mittelpunkt der strafprozessualen Debatte steht dabei das Ausschlusskriterium des Straftatbezugs und damit die Frage, ob und wann man Gespräche über begangene Straftaten vom Kernbereich ausschließen kann. Diese Debatte hat durch zwei Urteile des BGH¹⁶ aus den Jahren 2005 und 2011

⁹ Lammer S. 57 f.; Poscher JZ 2009, 269 (271); Rogall ZG 2005, 164 (167); vgl. grundlegend zur Sphärentheorie im Zivilrecht Hubmann S. 216 ff.

¹⁰ Zwei Sphären: BVerfGE 119, 1 (29 f.); 80, 367 (373 ff.); 44, 353 (372); 33, 367 (376 f.); 32, 373 (379); 27, 344 (350 f.); v. Arnould ZUM 1996, 286 (289); Hauck S. 289; Schmitt Glaeser in: HStR VI § 129 Rn. 34, 37; Weßlau in: GS Lisken S. 47 (50). – Drei Sphären: BVerfG NJW 2002, 3767 (3768); Gössel NJW 1981, 649 (655); Kahl/Ohlendorf JuS 2008, 682 (683); Vogelgesang S. 42 ff.; vgl. BVerfGE 34, 238 (245, 247). – Vier bis fünf Sphären: Degenhart JuS 1992, 361 (363 f.); Podlech in: AK-GG Art. 2 Abs. 1 Rn. 36.

¹¹ Zimmermann GA 2013, 162 (163).

¹² BVerfGE 109, 279 (318 f., 328).

¹³ Baldus in: Schaar S. 9 (9).

¹⁴ Vgl. etwa § 16 Abs. 1a, § 20h Abs. 5, § 20k Abs. 7, § 20l Abs. 6 BKAG; § 5 Abs. 7 BSIG; § 3a, § 5 Abs. 2, § 5a GlO; § 22a Abs. 2, § 23a Abs. 4a, § 32a Abs. 2 ZFdG; § 34 Abs. 2, 5, 7, § 34a Abs. 1, § 34c Abs. 4, 6, § 34d Abs. 1, 4, 5, 6 BayPAG; § 34 Abs. 1, 3, § 34a Abs. 4, § 35 Abs. 2, 6, § 36 Abs. 2 ThürPAG. – Zu den polizeirechtlichen Regelungen siehe Reichert S. 5 f., 67 ff. m. w. N.

¹⁵ Vgl. Barrot S. 22 f. („Kumulation von Problemen“); Gusy DuD 2009, 33 (40 f.: „zahlreiche juristische Rätsel“); Rogall Stellungnahme S. 3 („heillose Verwirrung“); erst jüngst wieder Eschelbach GA 2015, 545 (547); Gercke GA 2015, 339 (343).

¹⁶ BGHSt 57, 71 (74 ff.); 50, 206 (210 ff.).

neuen Auftrieb erhalten, denn dort hat der BGH unter Beifall zahlreicher Literaturstimmen entschieden, dass das nichtöffentlich geführte Selbstgespräch selbst bei einem straftatbezogenen Inhalt zum Kernbereich gehört.¹⁷ Allerdings sind diese Urteile in der Literatur auch nicht ohne Kritik geblieben; so wird vor allem kritisiert, „dass beide Urteile in flagrantem Widerspruch zur verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung stehen“¹⁸. Letzteres ist gerade deshalb interessant, weil sich der BGH selbst mit seinen Urteilen auf einer Linie mit den Vorgaben des BVerfG wähnt.¹⁹ Schon diese Diskrepanz offenbart den weiteren Klärungsbedarf. Das gilt umso mehr, als die beiden Selbstgesprächsurteile des BGH zu einigen weiteren Ungereimtheiten in Bezug auf die Behandlung von Zwiesgesprächen und Tagebüchern geführt haben.²⁰ Diese Ungereimtheiten hat das BVerfG²¹ auch in seinem jüngsten Urteil vom 20. April 2016 zum BKA-Gesetz nicht ausgeräumt, denn der Fall des Selbstgesprächs wird dort mit keinem Wort erwähnt. Gleichwohl ist diesem Urteil ein Platz in der Reihe der großen Leitentscheidungen zum Datenschutz und speziell auch zum Kernbereichsschutz sicher, denn das BVerfG hat dort nicht nur in geradezu lehrbuchartiger Weise seine bisherigen Grundsätze zum Schutz des Kernbereichs gegenüber Überwachungsmaßnahmen zusammengefasst, sondern zum Teil auch in erheblichem Maße präzisiert und weiterentwickelt – mit Folgen auch für das Strafprozessrecht. Vor diesem Hintergrund wird zugleich die Aktualität deutlich, mit der sich nach wie vor folgende Fragen stellen: Was gehört zum Kernbereich? Wie ist dieser Kernbereich vor Überwachungsmaßnahmen zu schützen, die praktisch unvermeidbar auch in intimste Lebensbereiche eines Menschen eindringen? Und wie lässt sich die Inkaufnahme dieses unvermeidbaren Eindringens in den Kernbereich mit dessen postulierter Unantastbarkeit vereinbaren?

Die vorliegende Arbeit versucht, Antworten auf diese Fragen zu geben. Die Weite der aufgeworfenen Fragen zwingt allerdings zunächst dazu, den *Untersuchungsgegenstand* noch etwas genauer einzugrenzen. Untersucht werden soll – wie es der Titel der Arbeit bereits verrät – das Konzept eines unantastbaren Kernbereichs privater Lebensgestaltung am Beispiel der strafprozessualen Lauschangriffe. Der Begriff des „Lauschangriffs“ soll dabei wertneutral „ohne polemischen Nebensinn“²² verwendet werden und zwar als plastisches Schlag-

¹⁷ Siehe dazu *Zimmermann* GA 2013, 162 (162 f.) m. w. N.

¹⁸ *Zimmermann* GA 2013, 162 (163).

¹⁹ BGHSt 57, 71 (76 f.); 50, 206 (212 ff.); *Reichert* S. 54.

²⁰ Vgl. *Eschelbach* GA 2015, 545 (548 Fn. 21).

²¹ BVerfG NJW 2016, 1781 (Rn. 119 ff.).

²² *Denninger* StV 1998, 401 (401); vgl. *Bludovsky* S. 25 f.; *Hund* ZRP 1995, 334 (334 Fn. 4); *Müller* S. 5 ff. – Kritisch aber *Krüger* ZRP 1993, 124 (124); *Schelter* ZRP 1994, 52 (52); *Stümper* ZRP 1998, 463 (463); *Zachert* DRiZ 1992, 355 (355).

wort für die heimlich durchgeführten Überwachungsmaßnahmen zur akustischen Beweismittelgewinnung im Strafverfahren nach § 100a, § 100c, § 100f StPO. Im Einzelnen soll es in dieser Arbeit also um folgende drei Maßnahmen gehen: die akustische Wohnraumüberwachung nach § 100c StPO (sog. „Großer Lauschangriff“²³), die akustische Überwachung außerhalb von Wohnungen nach § 100f StPO (sog. „Kleiner Lauschangriff“²⁴) und die akustische Telekommunikationsüberwachung nach § 100a StPO („Lauschangriff am Telefon“²⁵). Freilich erlaubt § 100a StPO auch die Überwachung der textbasierten Telekommunikation mittels E-Mail, SMS oder Telefax. Aus Gründen der Übersichtlichkeit konzentriert sich die vorliegende Arbeit jedoch auf akustische Überwachungsmaßnahmen und damit die mündliche Telekommunikation mittels der klassischen Telefonie, zumal darauf auch in der Überwachungspraxis nach wie vor der Schwerpunkt²⁶ liegt.

In dem so eingegrenzten Untersuchungsgegenstand verfolgt die Arbeit drei *Ziele*: Erstens soll ein Überblick über das Kernbereichskonzept gegeben werden, indem die umfangreiche Rechtsprechung zum Kernbereich, die Regelungsbemühungen des Gesetzgebers und die wichtigsten Beiträge aus dem Schrifttum systematisiert zusammengefasst werden. Zweitens soll ein Beitrag zur Kernbereichsdogmatik im Strafverfahren geleistet werden, indem die gegenwärtigen Kernbereichsvorstellungen überprüft und bewertet werden. Auf diesem Weg soll der Versuch unternommen werden, zu einer in sich konsistenten und für alle Formen der menschlichen Kommunikation einheitlichen Kernbereichsvorstellung zu gelangen. Drittens soll schließlich aufgezeigt werden, wie der Kernbereich bei den Maßnahmen nach § 100a, § 100c, § 100f StPO de lege lata geschützt wird, und ein Vorschlag unterbreitet werden, wie sich dieser Schutz de lege ferenda verbessern ließe.

²³ Statt vieler *Roxin/Schünemann* § 36 Rn. 42.

²⁴ *Beulke* Rn. 265; *Bär* in: *KMR* § 100f Rn. 1; *Paa* S. 77, 186; *Roxin/Schünemann* § 36 Rn. 53; *Wolter* in: *SK-StPO* § 100f Rn. 1. – Kritisch dazu *Krey* § 21 Rn. 596, 609 Fn. 71.

²⁵ Bei Telefonüberwachungen wird der Begriff „Lauschangriff“ nur umgangssprachlich verwendet, vgl. etwa die Verwendung bei BGH *NStZ* 1990, 401 (402); *Böttger/Pfeiffer* *ZRP* 1994, 7 (13); *Mann/Müller* *ZRP* 1995, 180 (180).

²⁶ *Singelstein* *NStZ* 2012, 593 (595).

Gang der Untersuchung

Die Arbeit gliedert sich in drei Teile: Im *ersten Teil* wird die historische Entwicklung der Kernbereichsrechtsprechung des BVerfG in ihren wesentlichen Grundzügen nachgezeichnet, um eine erste Annäherung an das zu untersuchende Rechtsinstitut zu ermöglichen und einen Überblick über die relevanten Entscheidungen zu geben. Die skizzierten Entwicklungslinien erlauben es sodann vor allem, einen genaueren Blick auf das Verhältnis der Begriffe „Kernbereich“ und „Intimsphäre“ zu werfen, das immer noch nicht abschließend geklärt ist.

Der *zweite Teil* widmet sich der Frage: Was gehört zum Kernbereich? Dazu wird zunächst dargestellt, wie das BVerfG den Kernbereich heute bestimmt, indem die Aussagen des Gerichts strukturiert und interpretiert werden. Diese Kernbereichsbestimmung wird sodann einer kritischen Würdigung unterzogen. Das besondere Augenmerk liegt dabei auf der Frage, was von der Regel zu halten ist, dass Gespräche über begangene Straftaten nicht zum Kernbereich gehörten, und der Folgefrage, wie sich diese Regel gegebenenfalls sachgerecht einschränken lässt. Das Ergebnis dieser Überlegungen enthält den hier vertretenen Ansatz zur Kernbereichsbestimmung. Dieser Ansatz wird anschließend noch solchen Ansätzen aus der Rechtswissenschaft gegenübergestellt, die den Kernbereich anders bestimmen.

Der *dritte Teil* behandelt schließlich den Schutz des Kernbereichs und beginnt damit, das zweistufige Schutzkonzept des BVerfG zu beleuchten und die kernbereichsschützende Wirkung allgemeiner Überwachungsgrenzen zu erläutern. Im Anschluss daran geht es um die kernbereichsspezifischen Schutzvorkehrungen bei den heimlichen Überwachungsmaßnahmen aus § 100a, § 100c, § 100f StPO. Dazu wird bei jeder Maßnahme zunächst der Kernbereichsschutz *de lege lata* betrachtet, ehe dann einige Überlegungen *de lege ferenda* erfolgen. Diese Überlegungen werden jeweils durch einen Vorschlag abgerundet, wie sich die kernbereichsschützenden Vorschriften bei den genannten Maßnahmen verbessern lassen könnten.

1. Teil

Die historische Entwicklung der Kernbereichsrechtsprechung des BVerfG

Das Konzept eines unantastbaren Bereichs menschlicher Freiheit hat in der Rechtsprechung des BVerfG inzwischen eine lange Tradition, die bis in die Fünfzigerjahre des letzten Jahrhunderts zurückreicht.¹ Seitdem hat das Gericht dieses Konzept in einer Vielzahl von Entscheidungen immer wieder herangezogen und weiterentwickelt.² Diese Entwicklung soll im Folgenden nachvollzogen werden, um eine erste Orientierung in der „fast unüberschaubaren“³ Rechtsprechung des BVerfG zum Kernbereich privater Lebensgestaltung zu ermöglichen.

§ 1 Rechtsprechungsentwicklung

Die folgende Darstellung der Rechtsprechungsentwicklung konzentriert sich dabei auf die Entscheidungen, die den Weg zum heutigen Kernbereichsverständnis wesentlich beeinflusst haben, und erwähnt sonstige Entscheidungen nur, soweit sie für den Bereich der staatlichen Informationserhebung⁴ relevant sind. Dabei soll es an dieser Stelle der Arbeit noch nicht darum gehen, das verfassungsgerichtliche Kernbereichskonzept in all seinen Einzelzeiten darzustellen und zu überprüfen, sondern es soll lediglich ein erster Überblick verschafft werden, indem die historische Entwicklung der Kernbereichsrechtsprechung des BVerfG in ihren wesentlichen Grundzügen nachgezeichnet wird. Diese Entwicklung, die im jüngsten Grundsatzurteil⁵ des BVerfG zum BKA-Gesetz ihren vorläufigen Höhepunkt erreicht hat, lässt sich bis zu diesem Urteil grob in

¹ Ständige Rechtsprechung seit BVerfGE 6, 32 (41); vgl. dazu *Dammann* S. 13.

² Vgl. *Barrot* S. 36 ff.

³ *Barrot* S. 36.

⁴ Vgl. *Dammann*, der die Kernbereichsrechtsprechung des BVerfG im Bürger-Staat-Verhältnis in zwei Fallgruppen unterteilt: zum einen den „Schutz der Verhaltensfreiheit gegen unmittelbare Beeinträchtigungen, vor allem durch gesetzliche Verbote“, und zum anderen den „Schutz gegen Informationserhebung“ (S. 24 f., 31 f.).

⁵ BVerfG NJW 2016, 1781 (Rn. 119 ff.).

drei Kategorien einteilen, nämlich die Anfangs-, die Leit- und die Folgeentscheidungen:

A. Anfangsentscheidungen

Der liberale Gedanke eines unantastbaren Bereichs menschlicher Freiheit taucht in der Rechtsprechung des BVerfG erstmals in dem *Elfes-Urteil*⁶ aus dem Jahre 1957 auf.⁷ In diesem berühmten Urteil stellte das Gericht als obiter dictum⁸ fest, dass der Gesetzgeber weder die Würde des Menschen noch den Wesensgehalt der geistigen, wirtschaftlichen und politischen Freiheit antasten dürfe, wenn er das Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG einschränken will.⁹ Aus der Garantie der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) und des Wesensgehalts (Art. 19 Abs. 2 GG) ergebe sich daher, dass dem Einzelnen „eine Sphäre privater Lebensgestaltung verfassungskräftig vorbehalten ist, also ein letzter unantastbarer Bereich menschlicher Freiheit besteht, der der Einwirkung der gesamten öffentlichen Gewalt entzogen ist“¹⁰.

Damit war der Grundstein für die Kernbereichsrechtsprechung gelegt,¹¹ die das BVerfG keine vier Monate später in dem *Homosexuellen-Urteil*¹² fortsetzte. In diesem Urteil bestätigte das BVerfG zunächst die Existenz eines unantastbaren Bereichs menschlicher Freiheit, fügte aber hinzu, dass dieser Bereich dann verlassen werde, „wenn Handlungen des Menschen in den Bereich eines andern einwirken, ohne daß besondere Umstände, wie etwa familienrechtliche Beziehungen, diese Gemeinschaftlichkeit des Handelns als noch in den engsten Intimbereich fallend erscheinen lassen“¹³. Nicht zum Kernbereich gehörten danach im Grundsatz also solche Handlungen, die auf die Persönlichkeitssphäre eines anderen Menschen einwirken und damit einen Sozialbezug haben.¹⁴ Jedoch stellte das Gericht mit dem Vorbehalt für „besondere Umstände“ (etwa bei familiären Beziehungen) zugleich klar, dass auch kommunikative Vorgänge mit anderen Personen zum Kernbereich gehören können.¹⁵ Maßgeblich dabei sei, „ob der ‚Sozialbezug‘ der Handlung intensiv genug ist“¹⁶. Ausgehend von die-

⁶ BVerfGE 6, 32 (41).

⁷ *Baldus* JZ 2008, 218 (218); *Barrot* S. 36 f.

⁸ *Dammann* S. 34, 222; *Klöhn* S. 17; *Krauß* in: FS Gallas S. 365 (378); *Rohlf* S. 70.

⁹ BVerfGE 6, 32 (41).

¹⁰ BVerfGE 6, 32 (41).

¹¹ *Barrot* S. 37.

¹² BVerfGE 6, 389 (433 f.).

¹³ BVerfGE 6, 389 (433).

¹⁴ BVerfGE 6, 389 (433).

¹⁵ BVerfGE 6, 389 (433); *Barrot* S. 38 f.; *Schmitt Glaeser* in: HStR VI § 129 Rn. 36.

¹⁶ BVerfGE 6, 389 (433).

sen allgemeinen Grundsätzen kam das BVerfG im konkreten Fall zu dem Ergebnis, dass die homosexuelle Betätigung, die in den Augen der sozialen Gemeinschaft eindeutig gegen das Sittengesetz verstoße, nicht zum unantastbaren Bereich menschlicher Freiheit gehöre.¹⁷

Im Jahre 1964 bekam das BVerfG dann erstmals die Gelegenheit, sich zu der Frage zu äußern, ob der Inhalt eines Tagebuchs im Strafverfahren verwertet werden darf.¹⁸ Der Beschwerdeführer rügte die Verwertung als unzulässigen Eingriff in seine Intimsphäre und beantragte, die Vollstreckung des angegriffenen Strafurteils im Wege einer einstweiligen Anordnung auszusetzen.¹⁹ Das BVerfG gab mit seinem *ersten Tagebuchbeschluss* diesem Eilantrag gemäß § 32 BVerfGG statt und kündigte dabei für das Hauptsacheverfahren eine eingehende Prüfung der Frage an, ob und inwieweit es im Strafverfahren zulässig sei, Tagebücher zu verwerten.²⁰ Die angekündigte verfassungsgerichtliche Klärung dieser Frage wurde dann aber dadurch verhindert, dass der Beschwerdeführer seine Verfassungsbeschwerde im Hauptsacheverfahren zurückgenommen hat.²¹

So kam es, dass sich das BVerfG erst wieder in seinem *Mikrozensus-Beschluss*²² aus dem Jahre 1969 ausführlicher zu dem unantastbaren Bereich privater Lebensgestaltung äußerte. In diesem Beschluss ging es unter anderem um die Frage, ob die Befragung einer Person über ihre Urlaubs- und Erholungsreisen für statistische Zwecke den unantastbaren Bereich berührt.²³ Das Gericht verneinte das. Zwar müsse dem Einzelnen ein „Innenraum“²⁴ verbleiben, „in den er sich zurückziehen kann, zu dem die Umwelt keinen Zutritt hat, in dem man in Ruhe gelassen wird und ein Recht auf Einsamkeit genießt“²⁵. Jedoch gehe es bei den begehrten Angaben über Ziel, Dauer und Art der Reisen nur um Informationen, die sich auch ohne eine Befragung ermitteln ließen.²⁶ Eine Informationserhebung, die „nur an das Verhalten des Menschen in der Außenwelt anknüpft“²⁷, betreffe in aller Regel noch nicht den unantastbaren Bereich.²⁸ Dieser Bereich sei erst betroffen, wenn Informationen erhoben werden, „die der

¹⁷ BVerfGE 6, 389 (434 ff.); *Dammann* S. 34 f.

¹⁸ BVerfGE 18, 146 (146 f.); vgl. dazu *Barrot* S. 39 ff.; *Laber* S. 20 f.; *Rohlf* S. 72.

¹⁹ BVerfGE 18, 146 (146 f.).

²⁰ BVerfGE 18, 146 (147).

²¹ *Laber* S. 21; *Rohlf* S. 72 Fn. 17.

²² BVerfGE 27, 1 (6 ff.).

²³ BVerfGE 27, 1 (1 ff., 6 ff.).

²⁴ BVerfGE 27, 1 (6) im Anschluss an *Wintrich* S. 15.

²⁵ BVerfGE 27, 1 (6); vgl. *Wintrich* S. 15 f.

²⁶ BVerfGE 27, 1 (8).

²⁷ BVerfGE 27, 1 (7).

²⁸ BVerfGE 27, 1 (7).

Außenwelt nicht zugänglich sind und deshalb von Natur aus ‚Geheimnischarakter‘ haben²⁹.

Dieses Kriterium des natürlichen Geheimnischarakters wurde allerdings schon kurz darauf im *Ehescheidungsakten-Beschluss*³⁰ aus dem Jahre 1970 nicht mehr erwähnt. Das BVerfG bestätigte dort zwar die Existenz eines unantastbaren Bereichs privater Lebensgestaltung, hob jedoch zugleich hervor, dass nicht alle Vorgänge aus dem Privatleben eines Menschen zu diesem schlechthin unantastbaren Bereich gehörten.³¹ Die Akten eines Ehescheidungsverfahrens betrafen diesen unantastbaren Bereich nicht, sondern nur den schlicht privaten Lebensbereich, in den unter strikter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes eingegriffen werden dürfe.³² Die Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes waren allerdings nach Ansicht des BVerfG im konkreten Fall nicht gewahrt.³³

Im Jahre 1972 musste das BVerfG in seinem Beschluss zur *ärztlichen Schweigepflicht*³⁴ darüber entscheiden, ob die ärztliche Karteikarte eines beschuldigten Patienten beschlagnahmt werden durfte. Die Karteikarte enthielt neben einem Vermerk der Behandlungstage auch stichwortartige Angaben über den Gesundheitszustand des Patienten.³⁵ Das BVerfG bestätigte zunächst zwar ganz allgemein die Existenz eines unantastbaren Bereichs privater Lebensgestaltung, sah diesen im konkreten Fall jedoch nicht als berührt an.³⁶ Ärztliche Karteikarten, die Angaben über Anamnese, Diagnose und Therapie enthalten und einem Arzt als Gedächtnisstütze für die weitere Behandlung dienen,³⁷ sollen also „nicht die unantastbare Intimsphäre, wohl aber den privaten Bereich des Patienten“³⁸ betreffen. Eine Begründung für diese Zuordnung findet sich im Beschluss nicht, vor allem werden die maßgeblichen Abgrenzungskriterien nicht offengelegt. Allerdings lässt sich aus den Ausführungen des Beschlusses zur schlichten Privatsphäre zumindest ableiten, dass dem BVerfG ein Geheimhaltungswille in Bezug auf höchstpersönliche Dinge für die Zuordnung zur unantastbaren Intimsphäre nicht genügte.³⁹ Denn das BVerfG begründete den grundrechtlichen Schutz der ärztlichen Karteikarten durch die schlichte Privatsphäre damit, dass

²⁹ BVerfGE 27, 1 (8).

³⁰ BVerfGE 27, 344 (350 ff.).

³¹ BVerfGE 27, 344 (350 f.).

³² BVerfGE 27, 344 (351 f.).

³³ BVerfGE 27, 344 (353 ff.).

³⁴ BVerfGE 32, 373 (373 ff.).

³⁵ BVerfGE 32, 373 (377).

³⁶ BVerfGE 32, 373 (379).

³⁷ BVerfGE 32, 373 (379 f.).

³⁸ BVerfGE 32, 373 (379).

³⁹ Vgl. auch *Barrot* S. 49 f.

„ganz allgemein der Wille des Einzelnen Achtung [verdient], so höchstpersönliche Dinge wie die Beurteilung seines Gesundheitszustandes durch einen Arzt vor fremdem Einblick zu bewahren“⁴⁰. Wenn der Beschluss also einerseits den Geheimhaltungswillen in Bezug auf höchstpersönliche Dinge bejaht, andererseits aber zugleich die Zugehörigkeit zur unantastbaren Intimsphäre verneint, dann kann das nur bedeuten, dass nach Ansicht des BVerfG für die Abgrenzung zwischen Privat- und Intimsphäre nicht allein der Geheimhaltungswille und die Höchstpersönlichkeit des Sachverhalts maßgeblich sein sollten. Wonach sich die Abgrenzung der beiden Sphären richten sollte, blieb allerdings im Dunkeln.

In der Abgrenzungsfrage wesentlich deutlicher wurde dann der noch im selben Jahr ergangene Beschluss zum *Zeugnisverweigerungsrecht für Sozialarbeiter*⁴¹. In diesem Beschluss hat das BVerfG entschieden, dass das, was ein Sozialarbeiter im Rahmen seiner Beratungstätigkeit von seinem Klienten erfährt, nicht zum schlechthin unantastbaren Bereich privater Lebensgestaltung gehört.⁴² Zur Begründung führte das Gericht aus, dass „der Einzelne den innersten Bezirk, der ihm um seiner freien und selbstverantwortlichen Persönlichkeitsentfaltung willen verbleiben muß [...], zwangsläufig verläßt, sobald er sich anderen freiwillig mitteilt“⁴³. Das BVerfG war hier also der Ansicht, dass schon die bloße freiwillige Mitteilung an eine andere Person zum Verlassen des Kernbereichs führe. Der Sache nach knüpfte das BVerfG damit an das bereits aus dem Homosexuellen-Urteil bekannte Kriterium des Sozialbezugs an,⁴⁴ ging jedoch in einem wesentlichen Punkt darüber hinaus.⁴⁵ Das Homosexuellen-Urteil hatte nämlich noch eine Ausnahme von diesem Ausschlusskriterium für „besondere Umstände“ (etwa bei familiären Beziehungen) gemacht und damit anerkannt, dass auch kommunikative Vorgänge mit anderen Personen zum Kernbereich gehören können.⁴⁶ Der Sozialarbeiter-Beschluss erwähnte diese Ausnahme nicht mehr, sondern stellte schlicht auf die freiwillige Mitteilung an eine andere Person ab.⁴⁷ Damit gab das BVerfG dem Rechtsanwender zwar ein klares, formales Abgrenzungskriterium an die Hand, reduzierte den Kernbereich aber zugleich auf einen „Bereich der Nichtkommunikation“⁴⁸.⁴⁹ Erwähnenswert ist

⁴⁰ BVerfGE 32, 373 (380).

⁴¹ BVerfGE 33, 367 (376 f.).

⁴² BVerfGE 33, 367 (377).

⁴³ BVerfGE 33, 367 (377).

⁴⁴ *Ernst/Sturm* HRRS 2012, 374 (375); vgl. *Dammann* S. 37. – *Anders Barrot* S. 51 f., der bei seiner Interpretation auf das subjektive Merkmal des Geheimhaltungswillens abstellt.

⁴⁵ Vgl. *Dalakouras* S. 51; *Rohlf* S. 79.

⁴⁶ BVerfGE 6, 389 (433).

⁴⁷ BVerfGE 33, 367 (377).

⁴⁸ *Dalakouras* S. 50, 53, 270; *Rohlf* S. 87, im Original mit Hervorhebung.

⁴⁹ *Dammann* S. 37; *Ernst/Sturm* HRRS 2012, 374 (375).

noch, dass das BVerfG bei der grundrechtlichen Fundierung des unantastbaren Bereichs die Wesensgehaltsgarantie (Art. 19 Abs. 2 GG) nicht mehr erwähnte, sondern allein auf die Würdegarantie (Art. 1 Abs. 1 GG) abstellte.⁵⁰

Es dauerte allerdings nur etwas mehr als ein halbes Jahr, bis derselbe Senat im *Tonband-Beschluss*⁵¹ seine Rechtsprechung zum Kernbereich erneut änderte. In diesem Beschluss aus dem Jahre 1973 ging es unter anderem um die Frage, ob ein heimlich auf Tonband aufgenommenes Geschäftsgespräch über einen Grundstückskauf zum Kernbereich gehört.⁵² Bei einer Lektüre der Entscheidungsgründe fällt zunächst auf, dass das BVerfG den unantastbaren Bereich erstmals⁵³ explizit als „Kernbereich“ bezeichnete und diesen Begriff synonym zu dem bereits bekannten⁵⁴ Begriff der „Intimsphäre“ verwendete.⁵⁵ Auffällig ist weiter, dass das BVerfG neben der Würdegarantie (Art. 1 Abs. 1 GG) auch wieder die Wesensgehaltsgarantie (Art. 19 Abs. 2 GG) als Grundlage des Kernbereichs erwähnte.⁵⁶ Noch wichtiger ist aber, was das BVerfG zur Abgrenzung des Kernbereichs sagte: Die Frage, ob ein Sachverhalt dem unantastbaren Kernbereich oder nur dem schlichten Privatbereich angehört, lasse sich „nur schwer abstrakt umschreiben“⁵⁷ und könne „befriedigend nur von Fall zu Fall unter Berücksichtigung seiner Besonderheiten beantwortet werden“⁵⁸. Bezogen auf das der Entscheidung zugrundeliegende Geschäftsgespräch über den Grundstückskauf kam das BVerfG zu dem Ergebnis, dass es nicht zum Kernbereich gehört. Zur Begründung stellte das Gericht darauf ab, dass es sich um eine geschäftliche Unterredung handelte, in der die Geschäftspartner über die Vertragsabwicklung und die Angemessenheit des Kaufpreises diskutierten.⁵⁹ „Höchstpersönliche Dinge“ seien dabei also nicht zur Sprache gekommen.⁶⁰ Interessant sind diese Ausführungen des Gerichts in zweierlei Hinsicht: Zum einen stellte das BVerfG für die Kernbereichszugehörigkeit erstmals explizit auf die Höchstpersönlichkeit des Gesprächsinhalts ab.⁶¹ Zwar wurden die „höchstpersönlichen

⁵⁰ BVerfGE 33, 367 (376).

⁵¹ BVerfGE 34, 238 (245 ff.).

⁵² BVerfGE 34, 238 (239 ff.).

⁵³ *Dammann* S. 15. – Unzutreffend *Reichert* S. 12, der meint, das BVerfG habe den Begriff erst im zweiten Tagebuchbeschluss aus dem Jahr 1989 (BVerfGE 80, 367) erwähnt.

⁵⁴ Vgl. etwa BVerfGE 32, 373 (379).

⁵⁵ Vgl. BVerfGE 34, 238 (245: „diesen Kernbereich, die Intimsphäre“; „absolut geschützten Kernbereich privater Lebensgestaltung“; 248: „unantastbaren Intimsphäre“).

⁵⁶ BVerfGE 34, 238 (245).

⁵⁷ BVerfGE 34, 238 (248).

⁵⁸ BVerfGE 34, 238 (248).

⁵⁹ BVerfGE 34, 238 (248).

⁶⁰ BVerfGE 34, 238 (248).

⁶¹ *Barrot* S. 52 f.; *Dammann* S. 39.

Dinge“ auch schon im Beschluss zur ärztlichen Schweigepflicht erwähnt, jedoch nur im Zusammenhang mit der schlichten Privatsphäre und nicht als Kriterium für den unantastbaren Kernbereich.⁶² Und zum anderen ging das BVerfG ohne Weiteres davon aus, dass auch die Kommunikation mit anderen Personen zum Kernbereich gehören kann.⁶³ Damit rückte es stillschweigend von seiner These aus dem kurz zuvor ergangenen Sozialarbeiter-Beschluss⁶⁴ ab, wonach schon die bloße freiwillige Mitteilung an eine andere Person zum Verlassen des Kernbereichs führe.

Nachdem das BVerfG auch in den Folgeentscheidungen⁶⁵ sein Bekenntnis zu einem unantastbaren Bereich des privaten Lebens zum Ausdruck gebracht hatte, wurde mit dem *Volkszählungsurteil*⁶⁶ aus dem Jahre 1983 zweifelhaft, ob das BVerfG noch an seiner Kernbereichsrechtsprechung festhalten will.⁶⁷ Denn dieses Urteil ging nicht auf die ständige Rechtsprechung zum Kernbereich ein, sondern zog als Prüfungsmaßstab das aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht abgeleitete „Recht auf informationelle Selbstbestimmung“⁶⁸ heran.⁶⁹ Dieses informationelle Selbstbestimmungsrecht schützt laut dem Urteil auch vermeintlich belanglose⁷⁰ Daten gegen eine „unbegrenzte Erhebung, Speicherung, Verwendung und Weitergabe“⁷¹ und ist damit unabhängig davon, ob die Daten aus der Privatsphäre oder gar der Intimsphäre (Kernbereich) stammen.⁷² Daraus zogen Teile der Literatur den Schluss, das BVerfG habe die Sphärentheorie und mit ihr die Idee eines unantastbaren Kernbereichs als innerster Sphäre aufgegeben.⁷³ Dieser Schluss war jedoch ebenso zweifelhaft wie voreilig.⁷⁴ Zweifelhaft war er, weil das Volkszählungsurteil an einigen Stellen durchaus die Annahme

⁶² Vgl. BVerfGE 32, 373 (380).

⁶³ *Dammann* S. 37; *Ernst/Sturm* HRRS 2012, 374 (375).

⁶⁴ BVerfGE 33, 367 (377).

⁶⁵ Etwa BVerfGE 44, 353 (372); 35, 202 (220).

⁶⁶ BVerfGE 65, 1.

⁶⁷ Vgl. *Meydam* DuD 1985, 12 (13, 15); *Steinmüller* DuD 1984, 91 (93).

⁶⁸ BVerfGE 65, 1 (43).

⁶⁹ So auch *Dammann* S. 21.

⁷⁰ BVerfGE 65, 1 (45).

⁷¹ BVerfGE 65, 1 (1, 43).

⁷² *Son* S. 57.

⁷³ Vgl. *Benda* DuD 1984, 86 (88); *ders.* in: HdbVerfR § 6 Rn. 35; *Desoi/Knierim* DÖV 2011, 398 (401 f.); *Geis* JZ 1991, 112 (113 f.); *Hornung* MMR 2004, 3 (3); *Schlink* Der Staat 25 (1986), 233 (241 f.); *Simitis* NJW 1984, 394 (402); *Tinnefeld* NJW 1993, 1117 (1118).

⁷⁴ Vgl. *Barrot* S. 29 Fn. 87; *Dammann* S. 21 f.; *Degenhart* JuS 1992, 361 (363 Fn. 68, 364); *Gusy* in: FS Folz S. 103 (112 ff.); *Hufen* JZ 1984, 1072 (1076); *Keller* NJW 1989, 2289 (2292); *Laber* S. 29 f.; *Lammer* S. 73 f.; *Meydam* DuD 1985, 12 (13, 15); *Rogall* ZG 2005, 164 (167); *Scholz/Pitschas* S. 77; *Son* S. 58 ff.; *Wolter* in: GS Kaufmann S. 761 (770); *ders.* in: SK-StPO⁹⁹⁴ vor § 151 Rn. 135.

nahelegt, dass an der bisherigen Rechtsprechung zur Sphärentheorie festgehalten werden soll. So verneint das Urteil zum Beispiel ein überwiegendes Interesse der Allgemeinheit im Falle „unzumutbarer intimer Angaben“⁷⁵. Dadurch gibt es nicht nur zu erkennen, dass es nach wie vor einen unantastbaren Bereich geben soll,⁷⁶ sondern es lehnt sich mit dem Wort „intim“ auch begrifflich an die Intimsphäre der Sphärentheorie an.⁷⁷ Und wenn das Urteil ausführt, dass die Schutzwürdigkeit von Daten „nicht *allein* davon abhängen [kann], ob sie intime Vorgänge betreffen“⁷⁸, dann zeigt das, dass es dem BVerfG nicht darum ging, den Kernbereichsschutz für intime Daten abzuschaffen, sondern vielmehr darum, den Grundrechtsschutz für vermeintlich belanglose Daten zu stärken.⁷⁹ Anlass dafür war die zutreffende Erkenntnis des BVerfG, dass es im Zeitalter der automatischen Datenverarbeitung aufgrund der vielfältigen Verknüpfungsmöglichkeiten „kein ‚belangloses‘ Datum mehr“⁸⁰ gibt. Das Gericht wollte daher lediglich einen zusätzlichen Schutz für diese vermeintlich belanglos erscheinenden Daten etablieren, nicht aber seine bisherige Kernbereichsrechtsprechung aufgeben.⁸¹ Unabhängig davon war es aber jedenfalls voreilig, aus dem Volkszählungsurteil auf einen grundlegenden Rechtsprechungswechsel zu schließen, denn das BVerfG ist in seinen nachfolgenden Entscheidungen⁸² ohne Umschweife wieder auf den unantastbaren Kernbereich eingegangen und hat ihn auch im Rahmen des informationellen Selbstbestimmungsrechts anerkannt.⁸³

B. Leitentscheidungen

Hervorzuheben sind der zweite Tagebuchbeschluss aus dem Jahre 1989 und das Urteil zum Großen Lauschangriff aus dem Jahre 2004,⁸⁴ die als Leitentscheidungen⁸⁵ für alle späteren Judikate zum Kernbereich dienten.

⁷⁵ BVerfGE 65, 1 (46); vgl. dazu *Baumann* DVBl. 1984, 612 (614).

⁷⁶ *Scholz/Pitschas* S. 72; *Son* S. 59 f.

⁷⁷ *Lammer* S. 73 f.; vgl. *Mückenberger* KJ 1984, 1 (15).

⁷⁸ BVerfGE 65, 1 (45), Hervorhebung durch Verfasser.

⁷⁹ *Lammer* S. 74; im Erg. *Jahn* DJT-Gutachten C 82 Fn. 365.

⁸⁰ BVerfGE 65, 1 (45).

⁸¹ *Dammann* S. 22; *Jahn* DJT-Gutachten C 82 Fn. 365; *Lammer* S. 74.

⁸² BVerfGE 89, 69 (82 f.); 80, 367 (373 f.).

⁸³ Vgl. *Amelung* NJW 1990, 1753 (1755); v. *Arnauld* ZUM 1996, 286 (289); *Baldus* JZ 2008, 218 (223); *Bosch* JZ 2005, 377 (379); *Dammann* S. 22; *Gusy* DuD 2009, 33 (33 f.). – Anders *Desoi/Knierim* DÖV 2011, 398 (403 f.), zu deren Ansicht vgl. unten 1. Teil § 2 B. (S. 31 ff.).

⁸⁴ BVerfGE 80, 367 (zweiter Tagebuchbeschluss); BVerfGE 109, 279 (Großer Lauschangriff).

⁸⁵ *Barrot* S. 54, 58.

I. Der zweite Tagebuchbeschluss vom 14. September 1989

Im zweiten Tagebuchbeschluss des BVerfG ging es um die Frage, ob und inwieweit Tagebuchaufzeichnungen in einem Strafverfahren verwertet werden dürfen.⁸⁶ Der Entscheidung lag dabei folgender *Sachverhalt* zugrunde: Der Beschwerdeführer war vom Landgericht Dortmund wegen Mordes verurteilt worden.⁸⁷ Er habe eine ihm unbekannte Frau beim Sonnenbad von hinten mit einem scharfen Schlagwerkzeug, vermutlich einem Beil, erschlagen.⁸⁸ Die Überzeugung des Landgerichts beruhte auf Indizien, vor allem auf tagebuchartige Aufzeichnungen des Beschwerdeführers, die er einige Monate vor der Tat auf Anraten seines Psychologen angefertigt hatte.⁸⁹ In diesen Aufzeichnungen setzte sich der Beschwerdeführer mit seinem Problem, keine Liebesbeziehung zu Frauen aufbauen zu können, und seinen dadurch ausgelösten aggressiven Verstimmungen auseinander, weil er befürchtete zum Gewalttäter zu werden.⁹⁰ Die Verwertung dieser Aufzeichnungen durch das Landgericht wurde in der Revisionsinstanz vom BGH nicht beanstandet.⁹¹ Der BGH überging in seinem Urteil allerdings die Frage der Kernbereichszugehörigkeit der Tagebuchaufzeichnungen und stellte allein auf eine Interessenabwägung ab, in der er aufgrund der Schwere der aufzuklärenden Straftat das Geheimhaltungsinteresse des Beschwerdeführers hinter das Strafverfolgungsinteresse der Allgemeinheit zurücktreten ließ.⁹² Daraufhin rügte der Beschwerdeführer mit der Verfassungsbeschwerde vor dem BVerfG, dass es auf eine Abwägung nicht ankomme, weil die Tagebuchaufzeichnungen zum absolut geschützten Kernbereich gehörten.⁹³

Im *Ausgangspunkt* waren sich die acht Verfassungsrichter des zur Entscheidung berufenen Senats noch darüber *einig*, dass Tagebücher nicht schlechthin zum Kernbereich gehören.⁹⁴ Vielmehr hänge die Kernbereichszugehörigkeit sowohl von formalen als auch von inhaltlichen Kriterien ab.⁹⁵ So komme es neben einem Geheimhaltungswillen darauf an, ob der zu beurteilende Sachverhalt „nach seinem Inhalt höchstpersönlichen Charakters ist und in welcher Art und Intensität er aus sich heraus die Sphäre anderer oder die Belange der Ge-

⁸⁶ BVerfGE 80, 367 (367 ff.); vgl. vorausgehend BGHSt 34, 397 (397 ff.).

⁸⁷ BVerfGE 80, 367 (368); BGHSt 34, 397 (397).

⁸⁸ BGHSt 34, 397 (397).

⁸⁹ BVerfGE 80, 367 (368 f.).

⁹⁰ BVerfGE 80, 367 (368 f.).

⁹¹ BGHSt 34, 397 (398 ff.).

⁹² Vgl. BGHSt 34, 397 (401); kritisch dazu *Geppert* JR 1988, 471 (473).

⁹³ BVerfGE 80, 367 (372).

⁹⁴ BVerfGE 80, 367 (374 f.).

⁹⁵ BVerfGE 80, 367 (374).

meinschaft berührt⁹⁶. Dies lasse sich zwar nur von Fall zu Fall beurteilen,⁹⁷ jedoch würden jedenfalls solche Tagebuchaufzeichnungen nicht zum Kernbereich gehören, die „Angaben über die Planung bevorstehender oder Berichte über begangene Straftaten“⁹⁸ enthalten und damit einen „unmittelbaren Bezug zu konkreten strafbaren Handlungen“⁹⁹ aufweisen. Daraus folge auch, dass eine „erste Sichtung“¹⁰⁰ der Aufzeichnungen zulässig sei; die Aufzeichnungen dürften also daraufhin durchgesehen werden, ob sie verwertbare Angaben enthalten oder nicht.¹⁰¹ Einig war sich der Senat schließlich auch noch in einem weiteren Punkt, der bei Tagebüchern zwar keine Rolle spielt, im Beschluss aber dennoch hervorgehoben wurde, nämlich dass der Mensch notwendig in sozialen Bezügen existiert und deshalb auch kommunikative Vorgänge mit anderen Personen zum Kernbereich gehören können.¹⁰²

Bei der Anwendung dieser allgemeinen Grundsätze auf den konkreten Fall kamen die acht Verfassungsrichter dann jedoch zu *unterschiedlichen Ergebnissen*: Vier Richter ordneten die Tagebuchaufzeichnungen des Beschwerdeführers dem Kernbereich zu, vier Richter taten das nicht.¹⁰³ Aufgrund der Stimmgleichheit im Senat kam § 15 Abs. 3 S. 3 BVerfGG a. F. (entspricht § 15 Abs. 4 S. 3 BVerfGG n. F.) zur Anwendung mit der Folge, dass ein Verfassungsverstoß durch die Verwertung der Tagebuchaufzeichnungen nicht festgestellt werden konnte.¹⁰⁴ Es setzte sich im Ergebnis also das Votum durch, das eine Zuordnung der Tagebuchaufzeichnungen zum Kernbereich ablehnte.

Dieses *entscheidungstragende Votum* begründete seine Ansicht zusammengefasst wie folgt: Die Zuordnung der Tagebuchaufzeichnungen zum Kernbereich sei „schon deshalb in Frage gestellt, weil der Beschwerdeführer seine Gedanken schriftlich niedergelegt hat“¹⁰⁵. Jedenfalls aber verbiete der Inhalt der Aufzeichnungen eine Zuordnung zum Kernbereich, denn er sei eng mit der aufzuklärenden Straftat verknüpft.¹⁰⁶ Er liefere nämlich den Schlüssel zum Verständnis der Tat, indem er Hinweise auf die Persönlichkeitsstruktur des Be-

⁹⁶ BVerfGE 80, 367 (374).

⁹⁷ BVerfGE 80, 367 (374).

⁹⁸ BVerfGE 80, 367 (375).

⁹⁹ BVerfGE 80, 367 (375).

¹⁰⁰ BVerfGE 80, 367 (381).

¹⁰¹ BVerfGE 80, 367 (375).

¹⁰² BVerfGE 80, 367 (374).

¹⁰³ BVerfGE 80, 367 (376 ff., 380 ff.).

¹⁰⁴ BVerfGE 80, 367 (376); *Barrot* S. 55.

¹⁰⁵ BVerfGE 80, 367 (376).

¹⁰⁶ BVerfGE 80, 367 (376 f.).