

# Die Gedanken sind frei - oder?

Die Verwertbarkeit von Tagebüchern und Selbstgesprächen im Strafverfahren  
Benjamin Lange\*

*Die Gedanken sind frei – aber Worte darf man verwerten? Verlockend für eine effektive Strafverfolgung, gefährlich für die Privatsphäre. Der Beitrag zeigt daher, dass die strengeren Kriterien der Rechtsprechung zur Verwertbarkeit von Selbstgesprächen auf die Tagebuchfälle übertragen werden sollten.*

## I. Der gläserne Bürger

Dürfen Tagebuchaufzeichnungen und Selbstgespräche in einem Strafverfahren als Beweise verwertet werden? Es besteht ein Spannungsverhältnis zwischen dem Interesse der Allgemeinheit an einer effektiven Strafverfolgung durch den Staat zum Schutz verfassungsrechtlich geschützter Rechtsgüter,<sup>1</sup> und den gem. Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich geschützten Rechten des Bürgers auf Privatheit und Wahrung seiner Intimsphäre. Dieses Thema war bereits Gegenstand der letzten Ausgabe von *rescriptum*.<sup>2</sup> Die Auflösung des Konfliktes soll vorliegend aber nicht aus rechtsphilosophischer, sondern aus rechtsdogmatischer Perspektive versucht werden. Dabei soll aufgezeigt werden, wie Rechtsprechung und Literatur die generellen Grenzen des staatlichen Eingreifens in den privaten Bereich des Bürgers bestimmen und welchen Lösungsweg die höchstrichterliche Rechtsprechung beschreitet, um den Konflikt zwischen Staat und Bürger zu lösen, unter welchen Umständen Tagebuchaufzeichnungen und Selbstgespräche verwertet werden dürfen. Abschließend lässt sich ein eigener Ansatz zur Bestimmung des zu schützenden sogenannten Kernbereichs menschlicher Lebensgestaltung entwickeln. Es wird dargelegt, dass sich bedeutende Parallelen zwischen Tagebüchern und Selbstgesprächen finden lassen. Deshalb lassen sich im Ergebnis die strengeren Kriterien zur Kernbereichsbestimmung bei Selbstgesprächen auf die Tagebuch-Fälle übertragen.

## II. Entwicklung eines Kernbereichsschutzes

Mit der Öffentlichkeit, also dem Interesse des Staates an der Ermittlung von materieller Wahrheit,<sup>3</sup> und der Privatheit stehen sich zwei Positionen gegenüber, die in einem natürlichen Spannungsverhältnis zueinander stehen.<sup>4</sup> Das BVerfG zieht zur Konfliktlösung und Bestimmung der Eingriffsschwellen die von Hubmann entwickelte<sup>5</sup> Sphärentheorie heran.<sup>6</sup> Nach der Sphärentheorie stellt jeder Eingriff in das Recht auf Privatheit des Bürgers einen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG dar. Zu unterscheiden ist dabei zwischen drei unterschiedlichen Sphären: Der Sozial-, Privat- und Intimsphäre. In die Sozialsphäre kann ohne besondere Anforderungen eingegriffen werden. Ein Eingriff in die Privatsphäre ist nur zulässig, wenn ein überwiegendes staatliches Interesse vorliegt, welches im Strafverfahren durch die Schwere der Tat begründet werden kann. In die Intimsphäre hingegen darf auch bei überwiegendem staatlichen Interesse nicht eingegriffen werden, denn sie verbürgt die schrankenlos gewährleistete

\* Der Autor ist Studierender der Rechtswissenschaften an der LMU München. Er dankt Prof. Schönemann (LMU München) für die Durchsicht des Beitrags und die wertvollen Hinweise und Anregungen.

1 BVerfG 51, 324, 343.

2 Vgl. Stelzer, *rescriptum* 2013, 56.

3 BVerfGE 77, 65 (76).

4 Hohmann-Dennhardt, NJW 2006, 545 (546).

5 Hubmann, Das Persönlichkeitsrecht, 1953.

6 BVerfGE 6, 32 (41); siehe auch: BVerfGE 27, 1 (6); 65, 1 (44); 34 (238); Warntjen, *Heimliche Zwangsmaßnahmen und der Kernbereich privater Lebensgestaltung*, 2007, S. 105; Dammann, *Der Kernbereich der privaten Lebensgestaltung*, 2011, S. 111.

Menschenwürde aus Art. 1 Abs. 1 GG.<sup>7</sup> Für eine Zurechnung von Tagebuchaufzeichnungen und Selbstgesprächen zur Intimsphäre ist entscheidend, dass geheimniswürdige Informationen vorliegen.<sup>8</sup> Dies ist der Fall, wenn ein gesteigertes Geheimhaltungsinteresse besteht, etwa weil der Mensch durch die Verwendung der Informationen in seinem Schamgefühl in besonderem Maße betroffen wäre.<sup>9</sup>

Bei Tagebüchern und Selbstgesprächen müssen diese Wertungen vor allem bei den selbstständigen Beweisverwertungsverboten Beachtung finden.<sup>10</sup> Selbstständige Beweisverwertungsverbote bestehen unabhängig von einer zulässigen Beweiserhebung. Sie sind notwendig, da auch im Fall grundsätzlich zulässiger Beweiserhebung nicht immer zweifelsfrei sichergestellt werden kann, dass keine Informationen aus der Intimsphäre – dem Kernbereich der menschlichen Lebensgestaltung – miterlangt werden. Die Befugnis zur Beweiserhebung muss wegen der fehlenden Möglichkeit zweifelsfrei festzustellen, ob der Kernbereich betroffen ist, notwendigerweise weiter gehen als die Befugnis zur Beweisverwertung.<sup>11</sup>

Das abgehörte Selbstgespräch nach § 100c oder § 100f StPO unterliegt bei rechtmäßiger Erhebung einem selbstständigen Beweisverwertungsverbot. Dieses kann entweder direkt aus der Verfassung oder aus §§ 100a Abs. 4, 100c Abs. 5 S. 3 StPO (analog) abgeleitet werden.<sup>12</sup> Das Verwertungsverbot beschränkt sich nicht nur auf den Primärbeweis, sondern erfasst auch die Beweisverwertung als Spurenansatz.<sup>13</sup> Hinsichtlich der Beschlagnahme von Aufzeichnungen gem. § 94 StPO ergibt sich aus denselben Gesichtspunkten heraus ebenfalls ein Beweis- und Spurenverwertungsverbot. Allerdings ist hier auch schon die Beschlagnahme selbst als rechtswidrig anzusehen, denn vor der Beschlagnahme sind die Papiere gem. § 110 StPO zu sichten.<sup>14</sup> Ergibt sich hierbei, dass die Aufzeichnungen Kernbereichsbezug haben, also in einem Strafverfahren mit großer Wahrscheinlichkeit nicht verwertet werden dürfen, so können diese schon gar nicht beschlagnahmt werden.<sup>15</sup>

### III. Kernbereichsschutz von Tagebüchern

#### 1. Darstellung der maßgeblichen Entscheidung des BVerfG<sup>16</sup>

Die in der Rechtsprechung heute gültigen Kriterien zur Beurteilung der Schutzwürdigkeit von Tagebüchern und deren Verwertbarkeit in einem strafprozessualen Verfahren wurden in der sog. Zweiten<sup>17</sup> Tagebuchentscheidung (1989) des BVerfG festgelegt,<sup>18</sup> die auch die Grundlage für alle folgenden Urteile bildete.<sup>19</sup> Das BVerfG erkannte in diesem Urteil grundsätzlich an, dass Tagebücher der Intimsphäre unterfallen können.<sup>20</sup> Aufzeichnungen mit unmittelbarem Bezug zu Straftaten und damit so gut wie alle Tagebücher, die überhaupt im Strafverfahren als Beweismittel relevant werden, seien aber keinesfalls der Intimsphäre zuzurechnen, da der Inhalt Sozialbezug habe.<sup>21</sup> Ein solcher unmittelbarer Bezug ist jedenfalls gegeben, wenn die Aufzeichnungen gerade Straftaten zum Gegenstand haben.<sup>22</sup> Wann lediglich mittelbare Aufzeichnungen vorliegen sollen, ist von der Rechtsprechung noch nicht abschließend entschieden worden. Im Grundsatzurteil war die tragende Richtergruppe der Meinung, dass es einen mittelbaren Straftatbezug faktisch nicht gäbe,<sup>23</sup> jüngst hat das BVerfG die Frage aber ausdrücklich offen gelassen.<sup>24</sup>

Da die Menschenwürde nicht absolut bestimmt werden kann,<sup>25</sup> muss zur Festlegung der Schutzwürdigkeit von Tagebüchern und auch Selbstgesprächen grundsätzlich immer eine Einzelfallbetrachtung vorgenommen werden.<sup>26</sup> Die Verwertung von Aufzeichnungen über Straftaten wäre nach den oben aufgestellten Erwägungen zulässig. Wegen der nichtöfentlichen Aufbewahrung des Tagebuchs und eines etwaigen Intimbereichsbezugs der Aufzeichnungen muss dann eine Abwägung auf der Ebene der Privatsphäre vorgenommen werden.<sup>27</sup>

7 Warntjen (Fn. 5), S. 52; Baldus, JZ 2008, 218 ff.; Lorenz, GA 1992, 254 (261); Jahn/Geck JZ 2012, 561 (563) m.w.N.

8 Zimmermann, GA 2013, 162 (165).

9 Mit zahlreichen Beispielen: Zimmermann, GA 2013, 162 (166).

10 Vgl. Jahn/Geck, JZ 2012, 561.

11 Vgl. Zimmermann, GA 2013, 162 (164 ff.).

12 Mitsch, NJW 2012, 1486 (1487).

13 Meyer-Goßner, Strafprozessordnung: StPO, 55. Aufl. 2012, § 100a Rn. 24.

14 Verkennend Dalakouras, Beweisverbote bezüglich der Achtung der Intimsphäre, 1988, S. 216.

15 Dalakouras (Fn. 14), S. 210.

16 BVerfGE 80, 367.

17 Die Erste Tagebuchentscheidung des erging bereits in Reaktion auf das erste Tagebuchurteil des BGH; vgl. BGHSt 19, 325; BVerfGE 18, 146.

18 BVerfGE 80, 367.

19 Vgl. etwa BayObLG MDR 1992, 993 (994); BGH NJW 1994, 1970 (1971); LG Annsberg wistra 1993, 199; VerfGH Berlin NJW 2004, 593; BVerfGE StraFo 2008, 421; KG NStZ-RR 2013, 122.

20 BVerfGE 80, 367 (374).

21 BVerfGE 80, 367 (375); vgl. etwa auch Zimmermann GA 2013, 162 (167); i.d.S. etwa auch die Regelung des § 100c Abs. 4 S. 3 StPO.

22 BVerfGE 109, 279 (319).

23 BVerfGE 80, 367 (376 ff.).

24 BVerfG StraFo 2008, 421; Denkbar wäre etwa, das Aggressionspotential des Straftäters als solch einen mittelbaren Bezug anzusehen.

25 Siehe auch Dalakouras, (Fn. 14), S. 217 f.

26 Jahn, NStZ 2000, 383 (384); Roxin, in: FS Böttcher, 2007, S. 169; BVerfGE 80, 367 (374).

27 BVerfGE 80, 367 (375 f.).

## 2. Kritik an der Entscheidung

Aus der Fülle der Kritik an der Entscheidung<sup>28</sup> sei hier der Punkt des unmittelbaren Straftatbezugs herausgegriffen. Denn der absolute Ausschluss von Niederschriften über Straftaten aus dem Kernbereich ist nicht derart zwingend, wie ihn das BVerfG darstellt.<sup>29</sup> Das Argument des BVerfG, dass der Betroffene kein absolut schutzwürdiges Interesse an der Geheimhaltung von Informationen über Straftaten haben kann, überzeugt nicht, da es von der Annahme ausgeht, dass Informationen über Straftaten genauso wenig schutzwürdig sind, wie die Straftat selbst.<sup>30</sup> Diese Annahme ist aber insoweit nicht konsequent, als nur der Tagebuchinhalt, nicht aber dessen Nutzungsmöglichkeit über die Verwertung entscheiden kann.<sup>31</sup> Für die bloße Information über ein Verbrechen mag die Behauptung eines mangelnden Kernbereichsbezugs richtig sein,<sup>32</sup> denn die Information über das Verbrechen an sich hat naturgemäß keinen Bezug zu einem Bereich, welcher den Mensch als Wesen ausmacht.<sup>33</sup> Beim Tagebuch muss aber der besondere Kontext betrachtet werden, in den die Information eingebettet ist und nicht die etwaige Nutzungsmöglichkeit für den Staat. Der Tagebuchschreiber gibt in der Regel nicht nur das erlebte Geschehen wieder, sondern stellt auch seine Gefühle dar und setzt sich mit seinem inneren Seelenleben sowie den Straftaten kritisch auseinander. Es ist also ein größerer Bedeutungsgehalt im Vergleich zur bloßen Darstellung eines Verbrechens gegeben.

Zunächst kann demnach festgehalten werden, dass ein kategorisches Ausscheiden der Tagebuchaufzeichnungen aus dem Kernbereich, also der Intimsphäre, wie das BVerfG es angenommen hat, bei Bezug der Notizen zu Straftaten nicht vorzunehmen ist. Vielmehr bleibt das Interesse an der Verwertbarkeit entsprechender Aufzeichnungen eine Abwägungsfrage von Höchstpersönlichkeit und dem Interesse der Öffentlichkeit an der Verwertung im Rahmen der Schutzbereichsbestimmung, die nach dem Maß der Höchstpersönlichkeit der Aufzeichnungen beurteilt werden muss.

## 3. Kernbereichsschutz von Art. 4 Abs. 1 GG

Zum Verständnis anschließender Erwägungen, vor allem mit Blick auf die Schutzwürdigkeit der Tagebücher, die entscheidend für ein etwaiges Verwertungsverbot ist, soll kurz auf einen anderen Lösungsweg zur Bestimmung des Kernbereichs eingegangen werden, welcher sich an der Höchstpersönlichkeit von Aufzeichnungen und deren Funktion für die Persönlichkeitsentfaltung orientiert. Einige Autoren vertreten die Ansicht, dass der Inhalt von Tagebüchern auch über Art. 4 Abs. 1 GG als Grundrecht auf Gewissensfreiheit vor

einer Verwertung geschützt sein soll.<sup>34</sup> Sie wollen Tagebücher dem Bereich des „forum internums“ zurechnen, da Tagebücher als Mittel zur eigenen Vervollkommnung, Stabilisierung und Auseinandersetzung eingesetzt würden.

Das „forum internum“ bezeichnet nur die Gewissensbildung, die in einer Gewissensentscheidung gipfelt. Davon abzugrenzen ist das „forum externum“, welches die Freiheit zur Gewissensbetätigung darstellt. Nur das „forum internum“ erfährt gleichsam wie der Intimbereich absoluten Schutz. Eine Zurechnung der Tagebücher zum Schutzbereich des „forum externums“ würde zunächst nur zu einer weiteren Abwägungsentscheidung führen, nun im Rahmen von Art. 4 Abs. 1 GG. Die schriftliche Fixierung des Erlebten stellt in der Regel keine eigene Gewissensentscheidung dar, da diese oftmals bereits vor der Niederschrift getroffen wurde oder dieser nachfolgt,<sup>35</sup> und ist deswegen als Gewissensbetätigung dem „forum externum“ zuzurechnen. Allerdings dient sie unter Umständen der Vorbereitung der neuerlichen Gewissensbildung und Konfliktlösung,<sup>36</sup> denn Tagebücher werden nicht nur als Gedächtnisstütze eingesetzt, sie spielen auch eine bedeutende Rolle bei der Persönlichkeitsentfaltung.<sup>37</sup>

So hat das Führen eines Tagebuchs einen strukturierenden, distanzierenden, sowie gleichsam entlastenden Effekt auf den Verfasser und gibt zugleich Aufschluss über dessen kognitive Prozesse.<sup>38</sup> Die Niederschrift ermöglicht es nämlich, über das Erlebte zu reflektieren, seine Gedanken zu ordnen und sich mit dem Geschehenen kritisch auseinanderzusetzen, indem Beobachtungen und Erlebnisse festgehalten werden, um diese neu bewerten zu können.<sup>39</sup> Das „forum internum“ – der Kernbereich von Art. 4 Abs. 1 GG – wäre weiter aber nur berührt, wenn das Führen eines Tagebuchs gerade der Gewissensbildung dienen würde. Es muss also eine Gewissensentscheidung als sittliche Entscheidung, die der Einzelne für sich bindend und unbedingt verpflichtend innerlich erfährt, unmittelbar vorbereitet werden.<sup>40</sup> Eine solche Entscheidung in einem Tagebuch stellt faktisch eher die Ausnahme dar, denn bloße Gewissensbedenken sind nicht ausreichend. Die Aufzeichnungen müssen vielmehr ein Diktat des Gewissens als eine Ausprägung der Gewissensbildung selbst darstellen.<sup>41</sup> Die bloße Vorbereitung einer nachgelagerten Gewissensbildung oder das Festhalten der Gewissensentscheidung kann für eine Zurechnung zum „forum internum“ nicht genügen.

Dennoch lassen sich aus dem Schutzbereich des Art. 4 Abs. 1 GG weitere Erkenntnisse gewinnen. So befinden sich Tagebuchaufzeichnungen wegen der Vorbereitung einer Gewissensentscheidung oder wegen des Festhaltens einer ver-

28 Statt vieler: Amelung, NJW 1990, 1753 ff.

29 Vgl. etwa Roxin (Fn. 26), S. 163.

30 So aber Zimmermann, GA 2013, 162 (167); dagegen etwa: Warg, NStZ 2012, 237 (239); vertiefend Laber, Die Verwertbarkeit von Tagebuchaufzeichnungen im Strafverfahren, 1995, S. 41 f.

31 Schmidt, Jura 1993, 591 (593).

32 Amelung, NJW 1990, 1753 (1759); Störmer, Jura 1991, 17 (21); Küpper, JZ 1990, 416 (420).

33 So etwa die bloße Bilanzierung von Verbrechen.

34 Dalakouras (Fn. 14), S. 88; Amelung, NJW 1988, 1002 (1004 f.); Lorenz, GA 1992, 254 (272 ff.).

35 Ellbogen, NStZ 2001, 460 (461); Ausnahmen sind aber denkbar, vgl. Dalakouras (Fn. 14), S. 205 f.

36 Lorenz, GA 1992, 261 (274); so wohl auch unter dem Gesichtspunkt des „Extended Minds“: Stelzer, *rescriptum* 2013, 56 (59).

37 Dalakouras (Fn. 14), S. 202; Lorenz, GA 1992, 254 (271).

38 Wilz/Brähler, Tagebücher in Therapie und Forschung, 1997, S. 7.

39 Wilz/Brähler (Fn. 38), S. 8.

40 BVerfGE 12, 45 (55).

41 Amelung, NJW 1990, 1753 (1759); Störmer, Jura 1991, 17 (23).

gangenen Entscheidung in der Nähe des „forum internum“ und durch die Niederschrift zumindest im „forum externum“. Als Zwischenergebnis kann festgehalten werden, dass ein absoluter Ausschluss aus dem Kernbereich bei Bezug der Tagebuchaufzeichnungen zu Straftaten nicht möglich ist und vielmehr das Maß an Höchstpersönlichkeit über die Verwertung entscheidet. Zur Bestimmung der Höchstpersönlichkeit muss die Rolle berücksichtigt werden, welche die Tagebücher im Kontext der Gewissensbildung spielen. Ob die Tagebücher aber überhaupt in Folge der erhöhten Schutzwürdigkeit durch ihren Einsatz im Rahmen der Gewissensbildung nach einer Abwägung dem Kernbereich zugerechnet werden können, ist eine Frage, die noch zu diskutieren ist.

#### IV. Kernbereichsschutz anhand von Selbstgesprächen

##### 1. Erste Selbstgesprächsentscheidung des BGH

Eine Abweichung von der Rechtsprechung zur Bestimmung des Kernbereichs nach der Nützlichkeit der Informationen für die Öffentlichkeit, d.h. ihrem Bezug zu Straftaten, war bis zum Urteil des BVerfG über den großen Lauschangriff und der nachfolgenden einfachrechtlichen Kodifizierung des vom BVerfG konkretisierten Kernbereichs in den Vorschriften zum großen Lauschangriff in § 100c Abs. 4 StPO im Jahr 2005 nicht ersichtlich.<sup>42</sup> Im Anschluss an diese Gesetzesänderung entschied dann der BGH den ersten Selbstgesprächsfall.<sup>43</sup> Der Angeklagte wurde während eines längeren Krankenhausaufenthaltes in seinem Krankenzimmer akustisch überwacht. Dabei wurde ein Selbstgespräch des Angeklagten aufgezeichnet, in welchem er eingestand, einen Mord begangen zu haben, indem er sich in fragmentarischen Satzbruchstücken den Vorwurf machte, nicht eine alternative Tötungsart gewählt zu haben.<sup>44</sup> Wie schon in der zweiten Tagebuchentscheidung des BVerfG stellte sich nun auch dem BGH die Frage, ob der Kernbereich der menschlichen Lebensgestaltung betroffen war. Die Schwierigkeit der Entscheidung lag in der Schutzbereichsbestimmung des Kernbereichs, also der Abwägung von Höchstpersönlichkeit und Sozialbezug. Das Merkmal der Höchstpersönlichkeit sah der BGH durch die formale Äußerungssituation innerhalb einer „Wohnung“<sup>45</sup> erfüllt, in welcher kein Dritter Kenntnis von den eigenen Äußerungen nehmen kann, es sei denn er ist in die Wohnung eingelassen worden. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG wurde so mit dem Recht auf die Unverletzlichkeit der Wohnung gem. Art. 13 GG aufgeladen. Aber auch der Charakter als Selbstgespräch spielte eine wesentliche Rolle bei der Bestimmung der Höchstpersönlichkeit. Es handele sich nicht um eine Kommunikation mit einem anderen Menschen, sondern um ein reines Selbstgespräch.<sup>46</sup> Dies zeichne sich durch unwillkürlich auftretende Bewusstseinsinhalte aus und habe persönliche Erwartungen, Befürchtungen, Bewertungen, Selbstanweisungen sowie seelisch-körperliche

Gefühle und Befindlichkeiten zum Inhalt.<sup>47</sup> Wegen dieses höchstpersönlichen Charakters des Selbstgesprächs und der räumlichen Geheimsphäre der Wohnung sah der BGH das Selbstgespräch als schutzwürdig an und nahm ein Verwertungsverbot wegen eines Eingriffs in die Intimsphäre an.

##### 2. Zweite Selbstgesprächsentscheidung des BGH

Die zweite Selbstgesprächsentscheidung des BGH knüpfte nahtlos an die vorangehende Entscheidung an und konkretisierte die Höchstpersönlichkeit des Selbstgesprächs weiter.<sup>48</sup> Dieser Entscheidung lag kein großer Lauschangriff nach § 100c StPO, sondern ein sogenannter kleiner Lauschangriff nach § 100f StPO zu Grunde.<sup>49</sup> Der Angeklagte sprach wie im ersten Selbstgesprächsurteil in bruchstückhafter Art und Weise mit sich selbst, nun allerdings außerhalb seiner Wohnung, und räumte die Tötung seiner Ehefrau ein. Im Gegensatz zu § 100c StPO kennt § 100f StPO kein ausdrückliches Verwertungsverbot, ein solches folgt aber zumindest zwingend aus der Verfassung.<sup>50</sup> Die Höchstpersönlichkeit der Äußerungssituation soll sich laut BGH aus der Eindimensionalität, Nichtöffentlichkeit, Unbewusstheit und Identität der Äußerungen mit inneren Gedanken sowie der Flüchtigkeit des gesprochenen Wortes ergeben.<sup>51</sup> Der BGH will das Selbstgespräch also unabhängig von der räumlichen Sphäre der Wohnung wegen der von ihm angenommenen Identität des Selbstgesprächs mit den Gedanken schützen.

Diese Kriterien präzisieren diejenigen der ersten Selbstgesprächsentscheidung weiter. Trotzdem ist es notwendig sich den Charakter des Selbstgesprächs noch genauer anzusehen, um festzustellen, ob wirklich eine derartige Identität des Selbstgesprächs mit den Gedanken besteht und ob sich die Schutzwürdigkeit des Selbstgesprächs nicht auch aus anderen Umständen ergeben kann.

##### 3. Schutzwürdigkeit des Selbstgesprächs wegen der Identität mit Gedanken

Um die Frage der Identität des Selbstgesprächs mit den Gedanken zu klären, müssen zuerst die notwendigen Begrifflichkeiten – angefangen mit dem Selbstgespräch – geklärt werden.<sup>52</sup> Das Selbstgespräch fällt unter den Oberbegriff der „Selbstkommunikation“. Diese stellt ein inneres Sprechen mit sich selbst dar. Die Selbstkommunikation spielt einen bedeutenden Faktor bei der Bewusstseinsbildung des Menschen,<sup>53</sup> da eine Nähe zur Kognition und damit den Gedanken besteht, welche sowohl Denkinhalte und Wissen, aber auch die Abstraktion derselben durch die

42 BVerfGE 109, 279.

43 BGH NJW 2005, 3295.

44 BGH NJW 2005, 3295 (3296).

45 Der BGH verstand das Krankenzimmer als Wohnung.

46 BHG NJW 2005, 3295 (3297).

47 BGH a.a.O.

48 BGH NJW 2012, 945.

49 Beim großen Lauschangriff wird die Wohnung abgehört. Der kleine Lauschangriff findet außerhalb der Wohnung statt.

50 Jahn/Geck, JZ 2012, 561 (562).

51 BGH a.a.O.; a.A. Jäger, GA 2008, 473 (491); Rogall, in: Fezer FS, 2008, S. 73 ff.

52 Es werden die in den beiden Selbstgesprächsentscheidungen verwendeten Begrifflichkeiten zu Grunde gelegt.

53 Tönnies, Selbstkommunikation, 1994, S. 14.

Beschäftigung mit diesen beinhalten.<sup>54</sup> Anders ausgedrückt besteht eine große Nähe zwischen den Gedanken und der Selbstkommunikation als gesprochenem Wort.<sup>55</sup> Bereits Plato bezeichnet in Sophistes (263e) die Gedanken als stummes Selbstgespräch der Seele. Diese Wertung kann auf die Kundgabe der Gedanken übertragen werden. Und gerade um eine solche Kundgabe handelt es sich beim Selbstgespräch, denn es dient der bewussten oder unbewussten Offenlegung der Gedanken gegenüber sich selbst, um über diese reflektieren zu können und sich ihrer bewusst zu werden. Zu unterscheiden ist demnach zwischen der bewussten und der unbewussten Offenlegung der Selbstkommunikation durch Kundgabe nach außen.<sup>56</sup>

Die unbewussten Äußerungen können als sogenannte „automatic thoughts“ bezeichnet und die bewussten Äußerungen unter den Begriff der „intrapersonellen Kommunikation im Allgemeinen“ gefasst werden.<sup>57</sup> Erstere tauchen oftmals unfreiwillig in einer Art Telegrammstil auf und es ist schwierig bis unmöglich, sie abzuschalten. Diese Art der Selbstkommunikation meint wohl auch der BGH, wenn er von der Unbewusstheit der Äußerung und einer Identität mit den eigenen Gedanken spricht (s. IV.2.). Bei Kindern treten die „automatic thoughts“ oftmals in der Form eines lauten Selbstgesprächs zu Tage. Erwachsene dagegen unterdrücken die Äußerungen oft, mit Ausnahme von seltenen Stresssituationen.<sup>58</sup> Diese unbewussten Äußerungen weisen eine höhere Identität zu den eigenen Gedanken auf als die bewussten Äußerungen, da der Gedanke, ohne dass er formuliert würde, ausgesprochen wird.

Die intrapersonelle Kommunikation hingegen umfasst die Auseinandersetzung mit dem eigenen Ich. Sie kann ebenfalls nicht von einem anderen Menschen wahrgenommen werden. Der Unterschied zu den „automatic thoughts“ besteht bei diesen Äußerungen aber in ihrer weiteren Entfernung zum Unterbewussten, aber gleichzeitig größeren Nähe zur Abstraktion und bewusstem Denken. Im Gegensatz zu den „automatic thoughts“ geben die bewussten Äußerungen folglich nicht den unmittelbaren und spontanen Gedanken wieder. Sie behalten dennoch ihre Funktion zur Selbstreflexion.

Die vom BGH aufgestellten Kriterien (s. IV.2, insbesondere die Unbewusstheit der Äußerung und die Identität mit den eigenen Gedanken) müssen aus seiner Sicht kumulativ vorliegen, um Selbstgespräche zu schützen. Der BGH zieht also bewusste Äußerungen nicht in den Kernbereich. Absolut geschützt werden sollen nur die „automatic thoughts“. Außerdem besteht, wie gesehen, durch die Identität mit den eigenen Gedanken und die Funktion zur Selbststabilisierung auch beim Selbstgespräch eine erhöhte Schutzwürdigkeit im Vergleich zu bloßen Äußerungen über Straftaten. Dem BGH kann demnach zunächst insoweit gefolgt werden, als dass eine Zurechnung von Selbstgesprächen über Strafta-

ten zum Kernbereich zumindest generell möglich erscheint.

#### 4. Abgrenzung der Selbstgesprächsentscheidungen des BGH von der Tagebuchentscheidung des BVerfG

Die Wertung des BGH, Selbstgespräche über Straftaten dem Kernbereich zuzuordnen, scheint im Kontrast zur Ansicht des BVerfG zu stehen, dass Äußerungen über Straftaten niemals dem Kernbereich zugeordnet werden können (s. III.1.). Es muss deshalb erörtert werden, ob der BGH tatsächlich von der Rechtsprechung des BVerfG abwich oder sich mit ihr im Einklang befand. Der BGH wendete gegen eine mögliche Divergenz zur Rechtsprechung des BVerfG ein, dass selbiges die oben genannte Einschränkung nur für Zwiegespräche, nicht aber für Selbstgespräche vornahm. Zur Begründung führte er an, dass die Formulierung des § 100c Abs. 4 S. 3 StPO nur auf Zwiegespräche zwischen mehreren Personen abstellen würde, weil für das dort genannte „Gespräch“ immer ein Kommunikationspartner vorhanden sein müsste. Im Übrigen befände sich in den Gesetzesmaterialien eine Regelvermutung, welche Selbstgespräche dem Kernbereich zurechnen will.<sup>59</sup>

Diese Auslegung vermag jedoch nicht zu überzeugen, denn das BVerfG stellt in seinem Urteil zum großen Lauschangriff durch die synonyme Verwendung der Worte „Gespräch“ und „Äußerung“ eindeutig klar, dass Gespräche auch Selbstgespräche meinen können.<sup>60</sup> Auch in den Gesetzesmaterialien wird eine Unterscheidung zwischen „Gespräch“ und „Äußerung“ (ohne Adressaten) nicht durchgehend eingehalten. Die Einschätzung, dass Äußerungen über Straftaten nicht dem Kernbereich unterfallen würden, wurde auch von den unterlegenen Richtern des zweiten Tagebuchurteils des BVerfG getragen.<sup>61</sup> Uneinigkeit bestand nur darüber, ob die Äußerungen im konkreten Fall tatsächlich (unmittelbaren) Straftatbezug aufwiesen.<sup>62</sup>

Somit stehen sich die gesetzliche Regelvermutung, dass Äußerungen mit Straftatbezug gem. § 100c Abs. 4 S. 3 StPO nicht in den Kernbereich fallen, und die Regelvermutung der Gesetzesmaterialien, dass Selbstgespräche dem Kernbereich unterfallen würden, gegenüber.<sup>63</sup> Der BGH hätte also entscheiden müssen, welche der Regelvermutungen sich durchsetzt (s. V. 1).

Der BGH meinte ferner, ein weiterer wesentlicher Unterschied zur Tagebuchentscheidung wäre die fehlende Relevanz des Ortes der Niederlegung der Tagebuchaufzeichnungen.<sup>64</sup> In seiner zweiten Selbstgesprächsentscheidung hatte der BGH aber selbst festgestellt, dass die Intimsphäre etwa auch außerhalb der Wohnung berührt sein kann.<sup>65</sup> Es ist damit nicht mehr notwendigerweise auf Art. 13 GG

54 Tönnies (Fn. 53), S. 15.

55 Tönnies (Fn. 53), S. 16.

56 Tönnies a.a.O.

57 Tönnies (Fn. 53), S. 17 f.

58 Zu beobachten etwa bei Sportlern vor einem Wettkampf.

59 BT-Drs. 15/4533, S. 14.

60 BVerfGE 109, 279 (319 f.); a.A. Ernst/Sturm, HRRS 2012, 374 (377); siehe dagegen aber nur: BVerfGE 113, 348 (391); 124, 43 (70); BVerfG NJW 2012, 907 (908) Tz. 99.

61 Die Entscheidung erging mit Stimmgleichheit, vgl. BVerfGE 80, 367 (376).

62 Allgayer, NStZ 2012, 399; Ost, wistra 1993, 177 (179).

63 Kolz, NJW 2005, 3248 (3249).

64 BGH NJW 2012, 945 (946).

65 Zabel, ZJS 2012, 563 (566).

abzustellen, sondern es ist nur noch die Nichtöffentlichkeit der Äußerungssituation entscheidend. Dies macht die strafprozessuale Intimsphäre portabel.<sup>66</sup> Die Nichtöffentlichkeit ist nach objektiven Kriterien zu beurteilen, d.h. es ist auf einen objektiven Dritten, mit Kenntnis der dem Angeklagten bekannten Umstände, abzustellen. Schließlich kann ein in aller Öffentlichkeit geführtes Selbstgespräch, auch wenn der Sprecher sich allein wähnt, nur ein Zwiegespräch „ad incertas personas“ sein.<sup>67</sup> Entscheidend ist alleine, dass der Sprecher berechtigterweise davon ausgehen darf, dass seine Äußerungen von niemand anderem zur Kenntnis genommen werden.

Einer räumlichen Sphäre bedarf es also zur Begründung der Höchstpersönlichkeit nicht. Bei den Tagebüchern kommt es außerdem ebenso auf den Ort der Verwahrung an. So kann ein „öffentlich“ aufbewahrtes Tagebuch, welches für Dritte ohne Probleme zugänglich ist, regelmäßig nicht geschützt sein, da der Tagebuchschreiber immer damit rechnen muss, dass ein Dritter seine Aufzeichnungen liest.<sup>68</sup> Weil die Abgrenzung des BGH von Selbstgesprächen und Tagebüchern letztlich nicht zu überzeugen vermag, müssen eigene Kriterien aufgestellt werden, um zu beurteilen, ob ein hinreichender Unterschied der Schutzwürdigkeit besteht.

## V. Übertragung der Kriterien zum Kernbereichsschutz von Selbstgesprächen auf Tagebücher

Zunächst muss geklärt werden, ob der BGH zu Recht ein Verwertungsverbot bei Selbstgesprächen angenommen hat. Daran stellt sich die Anschlussfrage, ob ein absolutes Beweisverwertungsverbot auch für Tagebücher in Betracht kommen kann, also ob die Grundsätze zur Verwertung von Selbstgesprächen auf Tagebücher übertragen werden können. Das ist der Fall, wenn sich hinreichende Parallelen zwischen Selbstgesprächen und Tagebüchern finden lassen.

### 1. Verwertungsverbot bei Selbstgesprächen

Zur Bestimmung eines Verwertungsverbots sei vorab bemerkt, dass die Trennlinie, wann etwas verwertet werden kann, schwierig zu ziehen ist, da es immer auf eine, teils durch rechtspolitische Motive und Gewichtungen geleitete, Abwägung ankommen muss.<sup>69</sup> Die Frage, ob den Interessen des Staates oder denen des Individuums Vorrang eingeräumt wird, ist schließlich auch vor dem Hintergrund des eigenen Staatsverständnis zu treffen.

Nicht zielführend erscheint der kategorische Ausschluss des Kernbereichsbezugs (vgl. III.1.). Entgegen dem BGH muss man sich mit den Regelvermutungen auseinandersetzen, mithin damit, ob sich der Charakter als Selbstgespräch oder der Bezug des Gesprächs zu Straftaten durchsetzt (s. IV.4). Zu beachten sind vor allem die Besonderheiten des Selbstgesprächs. So besteht, wie bereits dargestellt, eine große Nähe der auch vom BGH herangezogenen unbewussten

„automatic thoughts“ zu kognitiven Prozessen und damit zu den Gedanken einer Person. Außerdem können diese kaum oder nur schwer unterdrückt werden. Entscheidend ist also nicht der Inhalt eines Selbstgesprächs, sondern dessen Charakter.

Schon das BVerfG grenzte etwa in seiner Elfes-Entscheidung<sup>70</sup> den Menschenwürdekern auf ein Mindestmaß an Handlungsfreiheit ein.<sup>71</sup> Dieses Mindestmaß wird unterschritten, wenn in die grundlegendsten und unverzichtbarsten Merkmale der Persönlichkeit und ihrer Entfaltung eingegriffen wird.<sup>72</sup> Die Freiheit des Handelns bedeutet auch, sich frei entscheiden zu können.<sup>73</sup> Im Fall von automatisierten Gedanken besteht aber meist schon keine Möglichkeit, die Gedanken zurückzuhalten. Fehlt die Möglichkeit, eine freie Entscheidung zu treffen, so entfällt aber nicht der Schutz: Der Zwang zur Kundgabe muss als zusätzliches Merkmal der Persönlichkeit eines Menschen berücksichtigt werden, denn dem Sprecher kann nicht einmal vorgeworfen werden, dass er durch die Entscheidung zur Äußerung Sozialbezug begründet hat. Zieht man die Wertung des „forum internum“ wegen der Nähe zu kognitiven Prozessen heran, so muss es einem Angeklagten möglich sein, einen Bewusstseinsfindungsprozess im Rahmen eines Selbstgesprächs straflos vollziehen zu dürfen.<sup>74</sup> Der Sozialbezug einiger Gedanken kann dabei nicht die Intimität der Äußerungssituation überwiegen.<sup>75</sup> Der durch den Inhalt der Äußerungen begründete strafrechtliche Sozialbezug ist auf Grund dieser besonderen Kommunikationssituation, welche auf keinerlei Kenntnisnahme gerichtet ist und intimste Sachverhalte berührt, zu vernachlässigen. Die durchschlagende Regelvermutung ist folglich jene, welche sich für ein Verwertungsverbot ausspricht. Die Freiheit der Gedanken beschränkt sich also letztlich nicht nur auf innere Denkvorgänge, sondern umfasst auch das unbewusste Aussprechen von Gedanken.<sup>76</sup> Dem Einzelnen wird damit ein letzter Rückzugsraum gelassen, um sich mit sich selbst beschäftigen und auseinandersetzen zu können.<sup>77</sup> Würde man ein anderes Ergebnis vertreten wollen, müsste man wegen der Nähe der Äußerungen zur Kognition und der daraus resultierenden „Gedankenidentität“ auch den vielleicht zukünftig möglichen Einsatz von Gedankenlesegeräten erlauben.<sup>78</sup>

Der BGH hat also zu Recht ein Beweisverwertungsverbot bei Selbstgesprächen angewendet. Er hätte zur Begründung seiner Entscheidung aber nicht ein Bündel an kumulativ vorliegenden Kriterien aufstellen müssen. Wegen der Besonderheit der Äußerungsform unbewusster Gedanken,

70 BVerfGE 6, 32 (36).

71 In der Elfes-Entscheidung stellte das BVerfG erstmals fest, nachdem es eine Entscheidung in BVerfGE 4, 7 (15f.) noch ausdrücklich offen gelassen hat, dass Art. 2 Abs. 1 GG nicht nur einen Kernbereich des Persönlichen schützt, sondern die allgemeine Handlungsfreiheit.

72 Barrot, Der Kernbereich privater Lebensgestaltung, 2012, S. 218.

73 Schmidt, JZ 1974, 241 (246).

74 Vgl. etwa Geis, JZ 1991, 112 (114).

75 Jahn/Geck, JZ 2012, 561 (565).

76 Warg, NSTZ 2012, 237 (239).

77 Heintschel-Heinegg, JA 2012, 395 f.

78 So auch Wolter, in: Küper FS, 2007, S. 718.

66 Jahn/Geck, JZ 2012, 561 (565).

67 Jahn/Geck, a.a.O.

68 Dalakouras (Fn. 14), S. 204.

69 Vgl. allgemein Zabel, ZJS 2012, 563 (564); zur Zweiten Tagebuchentscheidung des BVerfG: Kleb-Braun, CR 1990, 344 (347).

die nur schwer zurückgehalten werden können, hätte es ausgereicht, festzustellen, dass die Äußerungen unbewusst getätigt wurden und sich der Sprechende zu Recht allein fühlen durfte.

## 2. Unterschiede und Gemeinsamkeiten von Selbstgesprächen und Tagebüchern

Zu klären ist, ob diese Grundsätze auch auf das Tagebuch übertragen werden können. In der Literatur ist man sich weitestgehend darüber einig, dass Tagebücher und Selbstgespräche gleich zu behandeln seien.<sup>79</sup> Jahn etwa zieht den Vergleich von Folter und Geständnis zu Tagebüchern und Selbstgesprächen. Das Selbstgespräch und die dadurch gewonnene Information stünden repräsentativ für die Folter und das Tagebuch stelle das durch die Folter gewonnene und schriftlich festgehaltene Geständnis dar. Dem umfassenden Schutz der Würde des Menschen widerspräche es, wenn vor Folter geschützt werde, das Geständnis hingegen nur relativen Schutz erfahren würde.<sup>80</sup> Diese Annahme Jahns hätte zur Folge, dass das Tagebuch als schriftliches Surrogat des Selbstgesprächs anzusehen wäre. Im Gegensatz zu den „automatic thoughts“ geschieht das Aufschreiben von Tagebuchaufzeichnungen aber bewusst. Nach oben ausgeführten Bemerkungen wurde indessen festgestellt, dass der BGH bewusste Äußerungen im Rahmen eines Selbstgesprächs nicht schützen wollte (s. IV.3.).

### a) Unterschiede in der Äußerungsform

Wie bereits dargestellt, ist das (un-)bewusste Selbstgespräch als Form der Selbstkommunikation in unmittelbarer Nähe zur Kognition anzusiedeln. Tagebuchaufzeichnungen bilden auf Grund einer höheren Abstraktion nicht den unmittelbaren Inhalt von Kognition ab. Sie sind also auf Grund der bewussten Niederlegung nicht das Produkt unbewusster Gedankenäußerungen und können mit den Gedanken nicht gleichgesetzt werden. So stellt selbst die Niederschrift von Gedanken immer eine Verfärbung derselben dar, denn diese müssen vor ihrer Niederschrift zunächst in Satzbausteine umformuliert werden. Eine Identität in der Äußerungsform zwischen unbewusster Äußerung und bewusster Aufzeichnung liegt also nicht vor.

### b) Inhaltliche Gemeinsamkeiten

Tagebücher wären aber ebenso dem höchstpersönlichen Bereich zuzuordnen wie Selbstgespräche, wenn sich inhaltlich Parallelen ziehen lassen könnten und Tagebuchaufzeichnungen zwar nicht als unmittelbares, aber als funktionales Surrogat des Selbstgesprächs betrachtet werden könnten.<sup>81</sup> Beide Äußerungsformen sind von sich aus nicht auf Kommunikation mit Dritten angelegt.<sup>82</sup> Auch dienen Tagebuch und Selbstgespräch der Unterstützung von Selbststabilisierungsprozessen, namentlich der Erkenntnisfindung und

etwaigen Vorbereitung einer Gewissensentscheidung.<sup>83</sup> Für das Selbstgespräch wird diese Funktion deutlich, wenn man bedenkt, dass unbewusste „Gedanken“ oftmals nur in besonderen Stresssituationen geäußert werden (s. IV.3.). Der Sprecher vollzieht auf Grund dieser Drucksituation einen Selbststabilisierungsprozess, indem er sich unbewusst mit seinen Äußerungen auseinandersetzt und seine begangenen Verbrechen neu einschätzt oder zumindest überdenkt. Das Tagebuch ist, wie oben dargelegt, oftmals gerade nicht reine Erinnerungshilfe, sondern hat seinen Wert ebenso in der Funktion zur Selbststabilisierung.<sup>84</sup> Durch die schriftliche Niederlegung kann der Verfasser des Tagebuchs seine Gewissensentscheidung festhalten und überprüfen, ob seine Entscheidung im Einklang mit den Normen der Gesellschaft stand und falls dem nicht so war, ob er sein Verhalten nunmehr als Fehler ansehen und die Werte der Gesellschaft akzeptieren soll.<sup>85</sup> Die schriftliche Niederlegung hat auch einen größeren Gehalt im Vergleich zur bloßen Äußerung gegenüber Dritten, da man sich selbst gegenüber, im Gegensatz zu Kontakten im zwischenmenschlichen Bereich, selbst bei nahestehenden Personen, oft schonungsloser und direkter spricht, also mit weniger Vorbehalten bezüglich einer bestimmten Reaktion oder Normerwartung.<sup>86</sup>

Einerseits wird anhand dieser Gemeinsamkeiten von Tagebüchern und Selbstgesprächen deutlich, dass der wesentliche Unterschied in der Art und Weise des Zustandekommens der strafrechtlich relevanten Informationen besteht. Die Unbewusstheit der Äußerungssituation bei Selbstgesprächen kann zur Begründung der Höchstpersönlichkeit der Äußerung ins Feld geführt werden. Andererseits ist jedoch nicht nur allein dieser Umstand dazu in der Lage, einer Äußerung das Gepräge des Höchstpersönlichen zu geben. Tagebücher und Selbstgespräche zeichnen sich gleichermaßen durch intime Sachverhalte aus,<sup>87</sup> und werden zur Selbststabilisierung genutzt. Betrachtet man diese inhaltliche Komponente, so kann man das Tagebuch durchaus als funktionelles Surrogat des Selbstgesprächs begreifen. Vor allem muss dem Umstand Rechnung getragen werden, dass das Allgemeine Persönlichkeitsrecht im Gegensatz zur Gewissensfreiheit keine Differenzierung zwischen „forum internum“ und „forum externum“ kennt.<sup>88</sup> Ein Unterschied zwischen der Gewissensbildung, wie sie beim Selbstgespräch durch die unmittelbare Nähe zur Kognition vorliegt, und der Gewissensäußerung durch schriftliches Festhalten für die eigene Person, ist Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG wesensfremd. Auf Grund dieser besonderen inhaltlichen Funktion von Tagebüchern und Selbstgesprächen überwiegt die Höchstpersönlichkeit gegenüber dem Interesse an der Beweisverwertung und es muss sowohl bei Tagebüchern, als auch bei unbewussten wie bewussten Selbstgesprächen ein Verwertungsverbot greifen.

79 Lindemann/Reichling, StV 2005, 651 (652); Kolz, NJW 2005, 3248 (3250); Ellbogen, NSTZ 2006, 179 (180).

80 Jahn, NSTZ 2000, 383 (384); Jahn/Geck, JZ 2012, 561, (564).

81 Mitsch, NJW 2012, 1486 (1487).

82 Kolz, NJW 2005, 3248 (3250).

83 Hahn, KZfS 1982, 407 ff.

84 Lorenz, GA 1992, 269 (271).

85 Dalakouras (Fn. 14), S. 202; Amelung, NJW 1990, 1753 (1759).

86 Ellbogen, NSTZ 2001, 460 (463).

87 Lindemann/Reichling, StV 2005, 651 (652).

88 Jahn/Geck, JZ 2012, 561 (565).

### c) Folge der inhaltlichen Gemeinsamkeiten

Die Gewissensfreiheit ist eine verfassungsrechtlich privilegierte Form der Handlungsfreiheit.<sup>89</sup> Die Aufladung des Art. 2 Abs. 1 GG mit dem Gewissensschutz des Art. 4 Abs. 1 GG bedeutet in seiner Konsequenz auch, dass bloße Reflexionen und Zustandsbeschreibungen, welche bildlich gesprochen keinen Spiegel zur Seele des Menschen darstellen und sich nicht als Ausprägung einer inneren Auseinandersetzung mit dem eigenen Selbst zeigen, bei unmittelbarem Straftatbezug der Privatsphäre zugerechnet werden müssen.<sup>90</sup> Hier überwiegt der strafrechtliche Sozialbezug, da der Menschenwürdekern durch bloße Zustandsbeschreibungen, wie sie auch ein Dritter hätte vornehmen können und welche den Menschen gerade nicht als einzigartiges Subjekt auszeichnen, nicht berührt sein kann. Haben solche Aufzeichnungen keinen unmittelbaren Straftatbezug, so greift die Regelvermutung des strafrechtlichen Sozialbezugs nicht mehr und es muss ein Verwertungsverbot eingreifen, sofern diese Aufzeichnungen etwa intime Sachverhalte berühren.

### VI. Fazit

Tagebuchaufzeichnungen und Selbstgespräche können einzigartige Ausprägungen des menschlichen Individuums darstellen, welche nicht zur Kenntnisnahme durch Dritte bestimmt sind und eng mit der Wissensbildung zusammenhängen. Eine Verwertbarkeit kann nur erfolgen, wenn

die Höchstpersönlichkeit der Äußerungen abnimmt. Bei Selbstgesprächen ist darüber hinaus die Nähe zu den Gedanken zu berücksichtigen, welche ihrerseits ein Merkmal der Höchstpersönlichkeit der Äußerungen darstellt. Berücksichtigt man diesen Umstand, so ist kaum ein Fall denkbar, in dem ein Selbstgespräch nicht von höchstpersönlicher Art ist.

Die Trendwende in der Rechtsprechung durch die zwei Selbstgesprächsentscheidungen – weg von der Negativbestimmung des Kernbereichs nach dem Interesse des Staates an einer Information – ist in ihrer Tendenz zu begrüßen, betrachtet man schon alleine die immer vielfältigeren, potentiellen Eingriffsmöglichkeiten des Staates. Zur Balance der widerstreitenden Interessen der Allgemeinheit und des Einzelnen sowie im Sinne einer genaueren Herausarbeitung des Kernbereichs erscheint es deshalb erstrebenswert, dass das BVerfG von seiner Rechtsprechung zum strafrechtlichen Sozialbezug bei Tagebüchern als absolutes Ausschlusskriterium abrückt. Andernfalls droht eine Aushöhlung des Sinngehalts des Kernbereichs. Trotz der entgegenstehenden Kernbereichsdefinition, welche auch ein hohes staatliches Interesse an der Verwertung unberücksichtigt lässt,<sup>91</sup> würde gerade das staatliche Interesse einen Eingriff rechtfertigen können. Der ergebnisorientierte Ansatz des BVerfG muss umgedreht und der Kernbereich maßgeblich aus der Sicht des Individuums und nicht nach den Interessen der Gemeinschaft bestimmt werden.<sup>92</sup>

89 Stark, in: Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Bd. 1, 6. Aufl. 2010, Art. 4 Abs. 1, 2 Rdn. 68 m.w.N.

90 Otto, in: Klein FS, 1985, S. 328; auf den Geheimhaltungswillen abstellend: Stelzer, *rescriptum* 2013/1, 56 (59).

91 Definition aus der Höchstpersönlichkeit heraus: BVerfGE 109, 279 (313).

92 So wohl auch Ernst/Jan, HRRS 2012, 374 (379).