

Professor Dr. Wolfgang Wohlers/Wiss. Ass. Stephan Schlegel, Zürich\*

## Zum Umfang des Rechts der Verteidigung auf Akteneinsicht gemäß § 147 I StPO

– Zugleich Besprechung von BGH – Urteil vom 18. 6. 2009 – 3 StR 89/09 – (LG Hannover) –

### I. Der Anspruch auf Akteneinsicht als unverzichtbares Basisrecht der Verteidigung

*Quod non est in actis non est in mundo* – Dieser, den als Aktenprozess ausgestalteten gemeinrechtlichen Inquisitionsprozess treffend charakterisierende Satz hat seine Bedeutung auch im modernen kontinentalen Strafverfahren nicht völlig verloren. Besonders deutlich ist dies dort, wo die Hauptverhandlung vor dem erkennenden Gericht – wie im derzeit noch geltenden zürcherischen und im kommenden schweizerischen Strafprozessrecht<sup>1</sup> – nicht durch den Grundsatz der Unmittelbarkeit, sondern durch den Grundsatz der eingeschränkten Unmittelbarkeit

---

\* Prof. Dr. Wolfgang Wohlers ist Ordinarius für Straf- und StrafprozessR an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich; Stephan Schlegel ist wiss. Assistent am Lehrstuhl für Straf- und StrafprozessR von Prof. Dr. Wolfgang Wohlers.

1) Vgl. zur Einführung in die neue Strafprozessordnung *Riklin*, GA 2006, 495 ff., der sich allerdings noch auf den später vom Parlament teilweise abgeänderten Gesetzesentwurf bezieht.

geprägt ist<sup>2</sup> und in der Praxis die reine Mittelbarkeit vorherrscht, d. h.: die Gerichte ihre Entscheidungen auf der Grundlage der Akten treffen<sup>3</sup>. Aber selbst dort, wo – wie im deutschen Strafprozessrecht – der Grundsatz der materiellen und formellen Unmittelbarkeit wenigstens normativ hochgehalten wird<sup>4</sup>, bilden die Akten das Rückgrat des Geschehens: Sie prägen wesentlich den Ablauf des Hauptverfahrens, insbesondere, indem sie rein faktisch die in der mündlichen Verhandlung zu erhebenden Beweismittel vorgeben. In ihnen enthaltene Urkunden können verlesen werden, und selbst Vernehmungsprotokolle, die nur eingeschränkt verwertbar sind (§§ 251 ff. StPO), können bei Vernehmungen von Zeugen und Angeklagten zumindest als Mittel zum Vorhalt dienen und damit in die Hauptverhandlung eingeführt werden<sup>5</sup>.

Die Akten sind aber nicht nur für das erkennende Gericht, sondern für alle Verfahrensbeteiligten von besonderer Bedeutung, insbesondere für den Beschuldigten und die Verteidigung. Das Akteneinsichtsrecht ist zunächst die Basis dafür, den Anspruch auf Rechtliches Gehör wahrnehmen zu können<sup>6</sup>. Erst nachdem die Verfahrensbeteiligten auf diesem Weg die Möglichkeit erhalten haben zu erfahren, von welchen Entscheidungsgrundlagen auszugehen ist, wird es ihnen möglich, zu diesen sachkundig Stellung zu nehmen und ihnen eine eigene Darstellung entgegen zu setzen. Ausschließlich auf Art. 103 I GG abstützen lässt sich das Akteneinsichtsrecht im Strafverfahren indessen nicht<sup>7</sup>. Zum einen gilt Art. 103 I GG nur „vor Gericht“, d. h. z. B. nicht im staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsverfahren<sup>8</sup>. Zum anderen gewährleistet das Grundrecht nur, dass sich der Angeklagte zu den Tatsachen äußern konnte, die das Gericht seiner Entscheidung zugrunde gelegt hat<sup>9</sup>. Da nach § 261 StPO aber nur das Gegenstand der Urteilsfindung sein darf, was in der mündlichen Verhandlung erörtert wurde, wäre eine Kenntnis des Akteninhaltes nicht zwingend erforderlich, weil die entsprechende Information durch die Mündlichkeit des Verfahrens – zumindest pro forma – sichergestellt ist<sup>10</sup>.

Zu berücksichtigen ist indes, dass eine effektive und wirksame Verteidigung ohne genaue Kenntnis der Akten rein faktisch nicht möglich ist<sup>11</sup>. So können sich aus den Akten wertvolle Hinweise, z. B. für Beweisanträge und -anregungen, ergeben<sup>12</sup>. Das Fragerecht der Verteidigung in der Hauptverhandlung (§ 240 II StPO) kann u. U. nur dann sinnvoll ausgeübt werden, wenn bekannt ist, wie sich die zu befragende Person im Ermittlungsverfahren geäußert hat. Auch die Entscheidung zwischen Schweigen und Reden im Verfahren kann nur dann sachgerecht getroffen werden, wenn Umfang und Inhalt der vorhandenen Beweismittel bekannt sind<sup>13</sup>. Dadurch, dass das Akteneinsichtsrecht es ermöglicht, die notwendigen Informationen zu erlangen, um diese Rechte wirksam ausüben zu können, gewährleistet es die Subjektstellung der beschuldigten Person, stellt über eine „Parität des Wissens“<sup>14</sup> Waffengleichheit zwischen Verteidigung und Anklage her und ist aus eben diesen Gründen ein notwendiges Kernelement eines fairen Strafverfahrens<sup>15</sup>.

## II. Der Grundsatz der Aktenvollständigkeit

Aus der Bedeutung der Akten für alle Verfahrensbeteiligten folgt der Grundsatz der Aktenvollständigkeit und -wahrheit: Die Akten müssen verlässlich und wahrheitsgetreu aufzeigen, welche Ermittlungshandlungen mit welchem Ergebnis vorgenommen worden sind<sup>16</sup>. Unabhängig von der Frage nach welchen Kriterien die von der Staatsanwaltschaft dem Gericht gemäß § 199 II 2 StPO vorzulegenden Akten zu ermitteln sind (vgl. zum Aktenbegriff unten VI.), dürfen aus den Akten jedenfalls keine schuld-

und rechtsfolgenrelevanten Umstände ferngehalten werden<sup>17</sup>. Insbesondere folgt aus der Pflicht der Polizei nach § 163 II 1 StPO, „ihre Verhandlungen“ der Staatsanwaltschaft „vorzulegen“, dass diese den wesentlichen Verlauf der Ermittlungen und das Ergebnis jeder Ermittlungshandlung aktenkundig macht<sup>18</sup>. Auf Grund der Leitungs- und Kontrollfunktion der Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren, darf die Polizei der Staatsanwaltschaft keine im Zusammenhang mit der Strafverfolgung entstandenen Informationen vorenthalten und zwar auch solche nicht, die als nicht verfahrensrelevant angesehen wurden (z. B. ergebnislose Spuren)<sup>19</sup> oder die im Fall der öffentlichen Klage von Gesetzes wegen (vgl. z. B. §§ 68 IV 3, 4, 101 II, 96) nicht dem Gericht gemäß § 199 II 2 StPO vorzulegen wären<sup>20</sup>.

Der Grundsatz der Aktenvollständigkeit ist damit Essentialia für das Akteneinsichtsrecht, durch das – mit den Worten des BGH – „eine lückenlose Information über die im Verfahren angefallenen schriftlichen Unterlagen ermöglicht werden“ soll<sup>21</sup>. Werden die Ermittlungshandlungen in den Akten nur unvollständig dokumentiert, verletzt dies den Anspruch der Verteidigung darauf, „in eigener Verantwortung zu prüfen, welche Unterlagen verteidigungsrelevant sein können“<sup>22</sup>.

## III. Die Entscheidung des 3. Strafsenats vom 18. 6. 2009 (3 StR 89/09)

Mit seiner Entscheidung vom 18. 6. 2009<sup>23</sup> hat der 3. Strafsenat des BGH das der Verurteilung des Ange-

2) Vgl. Art. 343 i. V. m. Art. 350 II StPO-CH, nach denen im Vorverfahren, d. h. vor Polizei und Staatsanwaltschaft, erhobene Beweise vom Gericht nur dann nochmals erhoben werden, wenn sie nicht ordnungsgemäß erhoben worden sind bzw. „die unmittelbare Kenntnis des Beweismittels für die Urteilsfällung notwendig erscheint“.

3) Vgl. zum geltenden kantonalen Recht *Hauser/Schwerli/Hartmann* Schweizerisches StrafprozessR, 2005, § 51 Rn 13 ff.; Begleitbericht zum Vorentwurf für eine Schweizerische Strafprozessordnung, 2001, S. 223 f. (online via <http://www.bj.admin.ch/bj/de/home/themen/sicherheit/gesetzgebung/strafprozess.html>); vgl. auch BGE 113 Ia 412, 419; kein Anspruch nach Verfassung und Konvention auf Unmittelbarkeit der Hauptverhandlung.

4) Vgl. zum Grundsatz der persönlichen Vernehmung und zum Vorang des Personal- vor dem Urkundsbeweis die §§ 226 I, 250 StPO und die entsprechenden Ausnahmen in §§ 251 ff., § 420 I, § 411 II 2 StPO.

5) Vgl. nur BGHSt 11, 159, 160; BGH NSz 2000, 427, 429; NJW 2006, 1529, 1531; *Meyer-Göfner/Cierniak* § 249 Rn 28 mwN.

6) Vgl. BVerfGE 18, 399, 405; 62, 338, 343; BVerfG NSz 1994, 551, 552; 2006, 459, 460; LR-Lüderssen/Jahn § 147 Rn 2; SK-StPO-Woblers § 147 Rn 1.

7) LR-Lüderssen/Jahn § 147 Rn 3; *Welp* in Peters-Festg. 1984, S. 309.

8) BVerfGE 27, 88, 103; *Sachs/Degenhard* Art. 103 Rn 8.

9) BVerfGE 57, 250, 273 f.; 63, 45, 59 f. BVerfG NJW 2004, 2443; BGHSt 17, 382, 387; 30, 131, 141.

10) Vgl. LR-Lüderssen § 147 Rn 3; SK-StPO-Woblers § 147 Rn 1; *Welp* (o. Fn 7).

11) BGHSt 29, 99, 102; LR-Lüderssen/Jahn § 147 Rn 1; KK-Laufhütte § 147 Rn 1; SK-StPO-Woblers § 147 Rn 1.

12) BGHSt 37, 204, 206 m. Anm. *Foth* StV 1991, 555.

13) *Schlegel* HRRS 2004, 411.

14) *Welp* (o. Fn 7).

15) Vgl. BVerfGE 63, 45, 61 f.; OLG Brandenburg StV 1996, 7, 8; LR-Lüderssen/Jahn § 147 Rn 4; SK-StPO-Woblers § 147 Rn 1.

16) Vgl. LR-Lüderssen/Jahn § 147 Rn 24, 27; LR-Stuckenberger § 199 Rn 11; *Meyer-Göfner/Cierniak* § 147 Rn 14; *Kleinknecht* in FS-Dreher 1977, S. 722 f.

17) BGHSt 30, 131, 139; *Meyer-Göfner/Cierniak* § 147 Rn 14; vgl. auch BVerfGE 63, 45, 62 ff.

18) LR-Erb § 163 Rn 78; KK-Griesbaum § 163 Rn 26 ff.; *Meyer-Göfner/Cierniak* § 163 Rn 18; SK-StPO-Woblers § 163 Rn 20 ff.

19) Vgl. *Meyer-Göfner/Cierniak* § 163 Rn 24.

20) LR-Erb § 163 Rn 78, 80 a; SK-StPO-Woblers § 163 Rn 21 f.

21) BGHSt 37, 204, 205.

22) Vgl. BGHSt 37, 204, 206.

23) BGH 3 StR 89/09.

klagen zu Grunde liegende Urteil des LG Hannover auf eine Besetzungsrüge des Angeklagten hin mit den Feststellungen aufgehoben und die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung an eine andere Kammer des LG Hannover zurückverwiesen. Für den vorliegenden Zusammenhang sind dabei allein die Ausführungen von Interesse, mit denen der Senat ergänzend darauf hinweist, dass auch der Anspruch auf Akteneinsicht verletzt worden sei.

Der Rüge der Verletzung des Akteneinsichtsrechts liegt ein Verfahrensablauf zugrunde, der bei einem ersten Hinsehen eher exotisch anmuten kann, der aber jedenfalls bei Verfahren, denen umfangreiche Telefonüberwachungen zu Grunde liegen, eine praktisch nicht selten vorkommende Fallgestaltung abbildet: Im Rahmen der Ermittlungen, die zur Anklage geführt haben, haben Polizei und Zoll über 10 Monate hinweg rund 82 500 Telefonate abgehört und aufgezeichnet. Mit der Anklage zusammen hatte die Staatsanwaltschaft dem Gericht Aufzeichnungen von rund 600 als beweisrelevant eingeschätzten, in albanischer Sprache geführten Telefongesprächen nebst deren vollständiger deutscher Übersetzung vorgelegt. Von den übrigen rund 81 900 Gesprächen wurden keine vollständigen Übersetzungen, sondern lediglich inhaltliche Zusammenfassungen in deutscher Sprache gefertigt, die allerdings weder der StA noch dem Gericht zur Kenntnis gebracht, sondern lediglich auf einem Computer des Landeskriminalamts abgespeichert worden waren.

Kurz nach Beginn der Hauptverhandlung waren der Verteidigung Mitschnitte aller 82 500 aufgezeichneten Telefongespräche auf Datenträgern zur Verfügung gestellt worden. Nachdem das Gericht und die Verfahrensbeteiligten durch die Vernehmung des polizeilichen Ermittlungsführers als Zeuge in der Hauptverhandlung erstmalig Kenntnis davon erhalten hatten, dass bei der Polizei von allen 82 500 Telefongesprächen inhaltliche Zusammenfassungen sowie Kurzübersetzungen in deutscher Sprache vorhanden waren und jederzeit ausgedruckt werden konnten, verlangte die Verteidigung Einsicht in diese Unterlagen. Die StrK lehnte diesen Antrag mit der Begründung ab, es handle sich bei den von der polizeilichen Ermittlungsgruppe gefertigten Dateien nicht um Aktenbestandteile i. S. d. § 147 StPO, sondern lediglich um ein „internes Hilfs- und Arbeitsmittel der Polizeibehörde“, welches nicht zu den Beweismitteln gehöre und als solches nicht dem Akteneinsichtsrecht der Verteidigung unterliege.

Dieser Einschätzung der StrK widerspricht der 3. Strafsenat: Ausgehend von dem in der Rechtsprechung des BGH vertretenen formellen Aktenbegriff legt der Senat dar, dass sich das Akteneinsichtsrecht der Verteidigung auf „das gesamte vom ersten Zugriff der Polizei (§ 163 StPO) an gesammelte Beweismaterial, einschließlich etwaiger Bild- und Tonaufnahmen nebst hiervon gefertigter Verschriftungen“ erstreckt, soweit diese „in dem gegen den Angeklagten gerichteten Ermittlungsverfahren angefallen“ sind. Nicht vom Akteneinsichtsrecht erfasst sind allein „Unterlagen oder Daten, denen eine allein innerdienstliche Bedeutung zukommt. Dies können etwa polizeiliche Arbeitsvermerke im Fortgang der Ermittlungen unter Bewertung der bisherigen Ermittlungsergebnisse oder sonstige rein interne polizeiliche Hilfs- oder Arbeitsmittel nebst entsprechender Daten sein.“ Gleiches gelte für entsprechende Vermerke, die sich in den Handakten der StA befinden, für Notizen der Mitglieder des erkennenden Gerichts und für die sog. Senatshefte. Die im vorliegenden Fall in Frage stehenden Kurzübersetzungen

und inhaltlichen Zusammenfassungen seien aber – so der Senat – „Auswertungen gewonnenen Beweismaterials und als solche selbst potentielle Beweismittel. Dies unterscheidet sie von reinen Bewertungen, die an eine Auswertung anknüpfen können und allein polizeiinternes Arbeitsmittel sind, wenn sie etwa der Strukturierung der weiteren Ermittlungen dienen.“

#### IV. Würdigung der Entscheidung und Identifizierung offener Fragen

Die Entscheidung des 3. Strafsenats fügt sich bruchlos in die bisherige Rechtsprechung zum Akteneinsichtsrecht ein.

##### 1. Das Akteneinsichtsrecht begründet keinen Anspruch auf Erhebung oder Schaffung von Beweismitteln

Dies gilt zunächst einmal für die Entscheidung vom 4. 12. 2007, mit der der 3. Strafsenat einen auf das Akteneinsichtsrecht nach § 147 StPO gestützten Anspruch der Verteidigung auf Übersetzung sämtlicher in einer fremden Sprache geführten aufgezeichneten Gespräche abgelehnt hat<sup>24</sup>. Das Akteneinsichtsrecht eröffnet lediglich einen Anspruch darauf, die vorhandenen Akten einzusehen<sup>25</sup>; ein Anspruch darauf, dass bestimmte Ermittlungshandlungen vorgenommen und bestimmte Beweise erhoben – und diese dann notwendigerweise zu den Akten genommen<sup>26</sup> – werden, folgt nicht aus dem Anspruch auf Akteneinsicht, sondern muss aus eigenständigen Quellen abgeleitet werden, nämlich entweder aus dem Recht des Beschuldigten auf Erhebung von Beweisen (§§ 163a II, 244 III–VI StPO)<sup>27</sup> oder aber aus der Verpflichtung der Strafverfolgungsbehörden zur Aufklärung des Sachverhalts von Amtes wegen (§§ 160 I, 244 II StPO)<sup>28</sup>. Konkret bedeutet dies: Sind aufgezeichnete Telefongespräche in irgendeiner Art und Weise ausgewertet worden, umfasst der Anspruch auf Akteneinsicht das Recht auf Einsichtnahme in die diesbezüglich entstandenen Unterlagen; existieren derartige Unterlagen dagegen nicht, kann sich ein Anspruch auf Erstellung derartiger Unterlagen allein dann ergeben, wenn die Vornahme der Auswertung im Rahmen der Amtsaufklärungspflicht geboten war und/oder ein auf die Auswertung gerichteter Beweisantrag gestellt worden ist, dem – gemessen an den Maßstäben der §§ 163a, 244 III StPO – stattgegeben werden muss.

##### 2. Das Akteneinsichtsrecht umfasst nicht den Zugriff auf die Dokumentation interner Überlegungen der Strafverfolgungsbehörden

Der Senat führt aus, dass „Unterlagen oder Daten, denen eine allein innerdienstliche Bedeutung zukommt“, nicht dem Akteneinsichtsrecht unterliegen<sup>29</sup>. Die vom Senat vorgenommene Differenzierung zwischen reinen Hilfs- und Arbeitsmitteln der Polizei und Staatsanwaltschaft einerseits und den – als Bestandteil der Akten einzustufenden und dem Akteneinsichtsrecht der Verfahrensbeteiligten unterfallenden – Produkten der Ermittlungstätigkeit anderer-

24) BGH NStZ 2008, 230, 231; so auch bereits OLG Koblenz NStZ 1995, 611; Meyer-Goßner/Cierniak § 147 Rn 19.

25) Vgl. BGHSt 30, 131, 138; 42, 71, 72; 49, 317, 327; 52, 58, 64; BGH NStZ 1999, 371.

26) Vgl. zum Grundsatz der Aktenvollständigkeit oben II.

27) Zum Beweisantragsrecht und zu seinen Grenzen vgl. umfassend Alsborg/Nüse/Meyer. Der Beweisantrag im Strafprozess, 5. Aufl., sowie – aus jüngerer Zeit – Hammi/Hassemer/Pauly. BeweisantragsR, 2. Aufl.

28) Vgl. BGHSt 49, 317, 327 m. Anm. Pananis NStZ 2005, 572; BGH NStZ 2003, 666; OLG Frankfurt a. M. NStZ-RR 1996, 238; zum Verhältnis zwischen Amtsaufklärungsgrundsatz und Beweisantragsrecht vgl. auch Fezer in FS 50 Jahre BGH, Bd. IV, 2000, S. 847 ff.

29) BGH 3 StR 89/09 (Rn 20).

seits, entspricht dem in Rechtsprechung und Literatur auch bisher schon vertretenen Standpunkt<sup>30</sup>: Das Akteneinsichtsrecht soll der Verteidigung die Möglichkeit geben, zu erfahren, von welchen Entscheidungsgrundlagen auszugehen ist; sie soll die Möglichkeit haben, ihrerseits zu diesen Entscheidungsgrundlagen Stellung zu nehmen und es soll ihr ermöglicht werden die Verfahrensrechte effektiv wahrzunehmen<sup>31</sup>. Das Akteneinsichtsrecht soll aber nicht dazu dienen, den Vorgang der Entscheidungsfindung selbst und/oder die taktischen Überlegungen dazu, wie das Verfahren zu führen ist, nachvollziehen oder gar kontrollieren zu können.

Hieraus folgt, dass interne Anweisungen innerhalb der Staatsanwaltschaft oder gegenüber der Polizei, Notizen zur Vorbereitung für das Abfassen von Anträgen oder Entscheidungen und auch Entwürfe für derartige Dokumente nur dann dem Akteneinsichtsrecht unterliegen, wenn sie – aus welchen Gründen auch immer – in die Ermittlungsakten aufgenommen worden sind<sup>32</sup>. Gleiches muss aber auch für verkörperte Überlegungen des Staatsanwalts und/oder des polizeilichen Sachbearbeiters dazu gelten, wie das Verfahren weiter betrieben werden soll und/oder wie das bisherige Ergebnis der Ermittlungen einzuschätzen ist.

Entscheidend ist nach der zutreffenden Auffassung des *Senats* die Differenzierung zwischen der *Auswertung* der erhobenen Beweise (die allerdings immer auch eine subjektive, d. h. bewertende Komponente hat) einerseits und der *reinen Bewertung* dieser Beweise andererseits: Die Verfahrensbeteiligten haben einen Anspruch darauf, zu erfahren, welche Beweiserhebungen mit welchem Ergebnis durchgeführt worden sind. Der Anspruch auf Akteneinsicht umfasst dagegen nicht die Information darüber, wie die Strafverfolgungsbehörden die Sach- und Rechtslage einschätzen und welche Schlussfolgerungen sie hieraus für ihr weiteres Vorgehen ziehen. Ihren Status als dem Akteneinsichtsrecht entzogene rein interne Bewertungen verlieren die entsprechenden Dokumente dann, wenn die Strafverfolgungsbehörden im Rahmen von Anträgen, z. B. auf Erlass von Zwangsmaßnahmen, auf diese Bezug nehmen: die Bewertung ist dann nicht mehr rein intern, sondern Teil der Antragsbegründung und unterliegt als solche dem Akteneinsichtsrecht.

Für die praktische Umsetzung dieser Differenzierung ist zu beachten, dass Auswertungen nicht dadurch dem Akteneinsichtsrecht entzogen werden können, dass sie – vorsätzlich oder fahrlässig – mit Bewertungen vermengt werden. Enthält ein Schriftstück oder eine Datei Angaben, die als Auswertung zu klassifizieren sind, und die damit insoweit dem Akteneinsichtsrecht unterliegen, unterliegt das gesamte Schriftstück bzw. die gesamte Datei dem Akteneinsichtsrecht – und dies unabhängig davon, ob es sich in den Ermittlungsakten oder in gesondert geführten Akten befindet oder nicht. Oder anders ausgedrückt: Sollen verkörperte Bewertungen dem Akteneinsichtsrecht entzogen werden, haben die Strafverfolgungsbehörden zunächst einmal sicherzustellen, dass es sich nur und allein um Bewertungen handelt; darüber hinaus müssen diese reinen Bewertungen dann auch in gesondert geführte (Hand-) Akten eingeordnet werden.

### 3. Das Festhalten am formellen Aktenbegriff

Auf der Linie der bisherigen Rechtsprechung liegt es auch, dass der *Senat* ausdrücklich am sog. formellen Aktenbegriff festhält, nach dem nur diejenigen Unterlagen Aktenbestandteil sind – und damit dem Akteneinsichtsrecht unterliegen –, „die durch die Identität der Tat und des Täters konkretisiert werden“<sup>33</sup>. Der in der Literatur

weit verbreitet vertretene sog. materielle oder auch funktionelle Aktenbegriff<sup>34</sup> wird vom *Senat* zwar kurz erwähnt, eine Auseinandersetzung mit ihm findet indes nicht statt. Der *Senat* hielt dies offenbar für überflüssig, weil auch nach dem formellen Aktenbegriff jedenfalls das Beweismaterial dem Akteneinsichtsrecht unterfällt, „das gerade in dem gegen den Angeklagten gerichteten Ermittlungsverfahren angefallen ist“<sup>35</sup>. Dass dies, wie der *Senat* ausführt, bei den Telefongesprächen, die in dem gegen den Beschuldigten geführten Ermittlungsverfahren aufgezeichnet wurden, eindeutig der Fall war, wird man nicht bestreiten können.

Weniger überzeugend ist es hingegen, dass der *Senat* seine zutreffende Bewertung der inhaltlichen Zusammenfassungen der Telefongespräche als Aktenbestandteile damit zu stützen versucht, dass er diese gegenüber den sog. Spurenakten abgrenzt. Letztgenannte sollen nach dem formellen Aktenbegriff nicht unter das Akteneinsichtsrecht fallen, weil sie Erkenntnisse betreffen, „die Ermittlungsergebnisse zwar zu den nämlichen Straftaten enthalten, die sich aber allein auf andere Personen beziehen, die im Laufe der Ermittlungen (vorübergehend) mit diesen Taten in Verbindung gebracht wurden“<sup>36</sup>.

Soll und darf es wirklich darauf ankommen, ob gewisse Erkenntnisse, die im Rahmen tatbezogener Ermittlungen gewonnen worden sind, aus der Sicht der Strafverfolgungsbehörden, als nicht (mehr) relevant einzustufen sind oder nicht? Wird dieser Ansatz der Bedeutung gerecht, die das Akteneinsichtsrecht für den Anspruch auf rechtliches Gehör und auf effektive Verteidigung ganz unbestreitbar hat? Konkret: Muss es nicht dem Beschuldigten bzw. der Verteidigung überlassen bleiben zu entscheiden, ob bestimmte, auf eine andere Person als möglichen Täter hinweisende Erkenntnisse in das Verfahren eingeführt werden sollen?

## V. Das Akteneinsichtsrecht im Lichte von Art. 6 I, 3 EMRK und der Rechtsprechung des EGMR

Wie berechtigt diese Zweifel sind, wird deutlich, wenn man die insoweit einschlägige Rechtsprechung des EGMR in die Betrachtung einbezieht. Der EGMR betont in ständiger Rechtsprechung, dass sich aus dem als elementarer Teil eines fairen Verfahrens i. S. d. Art. 6 I EMRK anzusprechenden Grundsatz der Waffengleichheit nicht nur ein „fundamentales Recht auf ein kontradiktorisches Verfahren im Strafprozess“ herleitet<sup>37</sup>, sondern gewährleistet sein muss, dass „jede Partei eine vernünftige Gelegenheit haben muss, ihren Fall unter Bedingungen zu präsentieren, die sie in keine nachteilige Position gegen-

30) Vgl. so zu innerdienstlichen Arbeitsmitteln im Bereich der Justiz BGHSt 29, 394; BGH NStZ 2001, 551; OLG Karlsruhe NStZ 1982, 299; vgl. weiter SK-StPO-Wohlers § 147 Rn 32 ff.; LR-Lüderssen/Jahn § 147 Rn 31 f.; Meyer-Gößner/Cierniak § 147 Rn 13; KK-Laufhütte § 147 Rn 8.

31) Vgl. oben I.

32) So zutreffend OLG Karlsruhe NStZ 1982, 299; vgl. auch SK-StPO-Wohlers § 147 Rn 33.

33) BGHSt 30, 131, 138 f. m. Anm. Dünnebir StV 1981, 504; OLG Frankfurt NStZ 2003, 566; OLG Hamm StV 1993, 299, 301; vgl. auch Meyer-Gößner/Cierniak § 147 Rn 18; KK-Laufhütte § 147 Rn 7; verfassungsrechtlich gebilligt durch BVerfGE 63, 45 ff. m. Anm. Peters NStZ 1983, 275 und Amelung StV 1983, 181.

34) Vgl. dazu die Nachweise in LR-Lüderssen/Jahn § 147 Rn 24 ff.; SK-StPO-Wohlers § 147 Rn 27 f. und unten in Fn 66.

35) BGH 3 StR 89/09 (Rn 20); vgl. auch Meyer-Gößner/Cierniak § 147 Rn 15.

36) BGH 3 StR 89/09 (Rn 21).

37) EGMR v. 28. 8. 1991, Brandstetter vs. Österreich, § 66. EuGRZ 1992, 190, 194; vgl. auch EGMR v. 24. 6. 2003, Dowsett vs. Vereinigtes Königreich, § 41; EGMR v. 22. 7. 2003, Edwards and Lewis vs. Vereinigtes Königreich, § 52, StraFo 2003, 360, 362.

über ihrem Gegner versetzen<sup>38</sup>. Hierauf aufbauend hat der *Gerichtshof*, beginnend mit dem Fall *Edwards* vs. Vereinigtes Königreich und danach in ständiger Rechtsprechung<sup>39</sup> betont, dass ein wichtiges Teilelement der Fairness des Verfahrens nach Art. 6 I EMRK darin besteht, „that the prosecution authorities disclose to the defence all material evidence for or against the accused and that the failure to do so in the present case gave rise to a defect in the trial proceedings“<sup>40</sup>. Der *Gerichtshof* erkennt an, dass es sich bei diesem Recht auf „disclosure“ nicht um ein absolutes Recht handelt; Einschränkungen werden aber nur anerkannt, wenn und soweit vorrangige nationale Sicherheitsinteressen oder Interessen einer Privatperson eine Geheimhaltung gebieten<sup>41</sup>.

Dass die Formulierung „all material evidence for or against the accused“ keineswegs nur Materialien meint, die dem Angeklagten auch als Täter zugeordnet werden können, wird deutlich, wenn man die Umstände des Falles *Edwards* betrachtet: Der Beschwerdeführer war wegen eines Raubes an einer 82-jährigen Frau verurteilt worden. Die Strafverfolgungsbehörden hatten dabei sowohl dem Angeklagten, als auch dem Gericht vorenthalten, dass eine Identifizierung anhand von Fotografien des Angeklagten durch das Opfer misslungen war, als auch, dass die Polizei am Tatort 2 Fingerabdrücke gefunden hatte, die weder dem Angeklagten, noch seinem Komplizen zuzuordnen waren<sup>42</sup>. Die Zurückhaltung eben dieser Umstände sah der *EGMR* als Verletzung des fairen Verfahrens an<sup>43</sup>.

Der Einwand, dass das deutsche Strafprozessrecht ein dem englischen „disclosure“-Verfahren<sup>44</sup> entsprechendes Institut nicht kennt, ändert nichts daran, dass diese Vorgaben auch bei der Anwendung des deutschen Rechts zu beachten sind<sup>45</sup>. Dass dies auch der *Gerichtshof* so sieht, ergibt sich schon daraus, dass er auf diesen Grundsatz nicht nur in Entscheidungen Bezug nimmt, die sich gegen das Vereinigte Königreich richten, sondern auch dann, wenn es um andere Länder geht, die – wie z. B. Russland<sup>46</sup> oder Griechenland<sup>47</sup> – ein eigentliches „disclosure“-Verfahren im Sinne des englischen Rechts ebenfalls nicht kennen. Wenn es im jeweiligen nationalen Recht an einem eigentlichen „disclosure“-Verfahren fehlt, muss dieses Recht mit anderen Instrumenten umgesetzt werden. Im kontinentaleuropäischen und insbesondere auch im deutschen Strafverfahren bietet sich insoweit das Instrument der Akteneinsicht an.

## VI. Der Umfang des Akteneinsichtsrechts nach § 147 StPO

Das Akteneinsichtsrecht nach § 147 I StPO erstreckt sich auf „die Akten, die dem Gericht vorliegen oder diesem im Falle der Erhebung der Anklage vorzulegen wären“. Im Ausgangspunkt unstrittig ist, dass das Akteneinsichtsrecht grundsätzlich „alle vom ersten Zugriff der Polizei (§ 163 StPO) gesammelten be- und entlastenden Schriftstücke“ und „die nach Anklageerhebung entstandenen Aktenteile und die vom Gericht herangezogenen oder von der Staatsanwaltschaft nachgereichten Beiakten“ umfasst<sup>48</sup>. Weiterhin ist unstrittig, dass nicht nur die in der klassischen Papierform dokumentierten Erkenntnisse „Akten“ sind, sondern auch elektronisch gespeicherte Daten, Bild- und Tonaufnahmen sowie Videoaufzeichnungen<sup>49</sup>.

Ausgehend davon, dass es nach dem Wortlaut des § 147 I StPO darauf ankommen soll, welche Akten die Staatsanwaltschaft dem Gericht mit der Erhebung der öffentlichen Klage nach § 199 II 2 StPO vorzulegen hat, soll sich das Akteneinsichtsrecht nach h. M. allerdings auf die

Ermittlungs- und Verhandlungsergebnisse beschränken, die sich aus Sicht der an den Grundsatz der Objektivität (vgl. § 160 II StPO) gebundenen Staatsanwaltschaft als entscheidungserheblich darstellen. Nach dem sog. formellen Aktenbegriff erstreckt sich das Akteneinsichtsrecht auf die verkörperten Ermittlungsergebnisse, die durch die *Identität der Tat*, und die *Identität des Täters* konkretisiert sind<sup>50</sup>. Damit werden von diesem Aktenbegriff insbesondere auch die Spurenakten ausgeschlossen, weil diese lediglich tatbezogene Ermittlungen zur Überprüfung eines Gegenstandes, eines Sachverhaltes oder einer Person enthalten, die nicht zu den angeklagten Personen gehört<sup>51</sup>. Solche Akten sind nach der h. M. verfahrensfremd. Sie werden vom Akteneinsichtsrecht nach ihrer Auffassung nur dann erfasst, wenn sie von der Staatsanwaltschaft in die Verfahrensakten integriert wurden oder dem Gericht vorliegen<sup>52</sup>. Wobei allerdings eine Pflicht zur Vorlage immerhin dann angenommen wird, wenn der Inhalt der Spurenakten für die Feststellung der dem Beschuldigten vorgeworfenen Tat und für etwaige gegen ihn zu verhängende Rechtsfolgen von (irgendeiner) Bedeutung sein kann<sup>53</sup>.

Diese Auslegung der §§ 147, 199 StPO, die das *BVerfG* für verfassungskonform erklärt hat<sup>54</sup>, trägt der besonde-

38) *EGMR* v. 12. 3. 2003, *Öcalan vs. Türkei*, § 159, *EuGRZ* 2003, 472, 480; *EGMR* v. 15. 1. 2008, *Luboch vs. Polen*, § 60, *NJOZ* 2009, 3205, 3207/3208; *EGMR* v. 23. 5. 2007, *Klimentyev vs. Russland*, § 108 mwN.

39) Vgl. *EGMR* v. 16. 2. 2000, *Rowe and Davis vs. Vereinigtes Königreich*, § 60, *StraFo* 2002, 51; *EGMR* v. 16. 2. 2000, *Jasper vs. Vereinigtes Königreich*, § 51; *EGMR* v. 16. 2. 2000, *Fitt vs. Vereinigtes Königreich*, § 44; *EGMR* v. 24. 6. 2003, *Dowsett vs. Vereinigtes Königreich*, § 41; *EGMR* v. 23. 5. 2007, *Klimentyev vs. Russland*, § 109; vgl. auch – der Sache nach aber ohne ausdrücklichen Bezug auf *Edwards* –, *EGMR* v. 19. 6. 2001, *Atlan vs. Vereinigtes Königreich*, § 40; *EGMR* v. 22. 7. 2003, *Edwards and Lewis vs. Vereinigtes Königreich*, § 52, *StraFo* 2003, 360, 362.

40) *EGMR* v. 16. 12. 1992, *Edwards vs. Vereinigtes Königreich*, § 36, *ÖJZ* 1993, 391.

41) Vgl. *EGMR* v. 16. 2. 2000, *Rowe and Davis vs. Vereinigtes Königreich*, § 61; *EGMR* v. 19. 6. 2001, *Atlan vs. Vereinigtes Königreich*, § 40, *StraFo* 2002, 52; *EGMR* v. 22. 7. 2003, *Edwards and Lewis vs. Vereinigtes Königreich*, § 52, *StraFo* 2003, 360, 362.

42) Vgl. *EGMR* v. 16. 12. 1992, *Edwards vs. Vereinigtes Königreich*, § 11 f., wobei sich allerdings später herausstellte, dass diese von einem Nachbarn stammten.

43) *EGMR* v. 16. 12. 1992, *Edwards vs. Vereinigtes Königreich*, § 36, *ÖJZ* 1993, 391.

44) Zur Vorbereitung der Hauptverhandlung legt dabei die Anklagebehörde diejenigen (noch nicht veröffentlichten) Beweise schriftlich offen, welche die Anklage schwächen könnten (*primary prosecution disclosure*), woraufhin die Verteidigung – vor dem Crown Court zwingend – ihre Beweise vorbringt (*defence disclosure*), woraufhin wiederum die Anklagebehörde ggf. weitere Beweise offenzulegen hat, welche das Vorbringen der Verteidigung stützen könnten (*secondary prosecution disclosure*), vgl. zu den Details die Attorney General's Guidelines on Disclosure (online <http://www.attorneygeneral.gov.uk/Publications/Documents/disclosure.doc.pdf>).

45) Zur Pflicht zur konventionskonformen Auslegung und Rechtsanwendung vgl. *BVerfGE* 111, 307 ff.

46) *EGMR* v. 23. 5. 2007, *Klimentyev vs. Russland*, § 109.

47) *EGMR* v. 9. 8. 2003, *Papageorgiou vs. Griechenland*, § 36.

48) Vgl. *OLG Frankfurt a. M.* NStZ-RR 1996, 238; *KK-Laufhütte* § 147 Rn 4; *LR-Lüderssen/Jahn* § 147 Rn 23; *Meyer-Göfner/Cierniak* § 147 Rn 15; *SK-StPO-Wohlers* § 147 Rn 24; weitergehend *Schäfer* NStZ 1984, 203, 204: sämtliche verkörperten Ermittlungs- und Verhandlungsergebnisse.

49) Vgl. jew. mwN *SK-StPO-Wohlers* § 147 Rn 35; *Meyer-Göfner/Cierniak* § 147 Rn 14 f.

50) *BGHSt* 30, 131, 138 f. m. Anm. *Dünnebieber* StV 1981, 504; *OLG Frankfurt* NStZ 2003, 566; *OLG Hamm* StV 1993, 299, 301; *Meyer-Göfner* NStZ 1982, 353; *Roxin* § 19 Rn 66.

51) *BGHSt* 30, 131, 139.

52) Vgl. *OLG Hamm* NStZ 1984, 423 m. Anm. *Meyer-Göfner*; *OLG Koblenz* NJW 1981, 1570; *OLG Köln* Justiz 1980, 417.

53) *BGHSt* 30, 131, 139; *Meyer-Göfner/Cierniak* § 147 Rn 18; *KK-Laufhütte* § 147 Rn 7.

54) *BVerfGE* 63, 45 ff. m. Anm. *Peters* NStZ 1983, 275 und *Ame-ling* StV 1983, 181; zur st. Rspr. vgl. nur *BVerfGE* 109, 279, 368.

ren Bedeutung, die derartige Spuren für die Verteidigung haben können, nicht hinreichend Rechnung. So kann in manchen Fällen die *einzig* erfolgversprechende Verteidigung darin bestehen darzulegen, dass mindestens noch ein anderer – ggf. unbekannter – Tatverdächtiger existiert, gegen den sich ein Beweising vergleichbarer Stärke schmieden lässt – oder früher hätte schmieden lassen. Eine solche Konstellation ist immer dann gegeben, wenn der Angeklagte die gegen ihn bestehenden Verdachtsmomente gar nicht bestreiten kann. Unter solchen Umständen können Spurenakten die notwendigen Hinweise auf weitere Verdächtige liefern<sup>55</sup>. Sehr anschaulich zeigt diese Problematik die Konstellation im bereits erwähnten EGMR-Fall Edwards, bei dem am Tatort 2 Fingerabdrücke einer unbekanntes dritten Person gefunden worden waren. Fingerabdrücke von (weiteren) nicht tatortberechtigten Personen können insbesondere dann, wenn von Angeklagten selbst am Tatort keine solchen gefunden worden sind, ein wesentliches entlastendes Indiz sein. Nimmt man hier den formellen Aktenbegriff, so wie ihn der BGH versteht, beim Wort, so sind die Fingerabdrücke zwar durch die Tat, nicht aber durch den Täter konkretisiert und dürften aus den Verfahrensakten herausgehalten werden, obwohl sie unter den genannten Umständen evident verteidigungsrelevant sind.

Der formelle Aktenbegriff wird damit nicht nur der Funktion nicht gerecht, die das Institut der Akteneinsicht zu erfüllen hat, sondern ignoriert auch den Umstand, dass die Verpflichtung der Anklagebehörde, alle in ihrem Besitz befindlichen und verfahrenserheblichen Beweismittel für die Verteidigung offen zu legen, nach der oben dargestellten Rechtsprechung des EGMR kein bloßes *nobile officium* ist, sondern Konsequenz eines aus Art. 6 I 1 EMRK folgenden Anspruchs des Beschuldigten, den dieser in einem mit adäquaten verfahrensrechtlichen Schutzinstrumenten ausgestatteten, kontradiktorisch ausgestalteten Verfahren durchsetzen können muss<sup>56</sup>.

Die auf der Konzeption des formellen Aktenbegriffs aufbauende h. M. vermag aber nicht nur diesen menschenrechtlichen Vorgaben nicht gerecht zu werden, sondern setzt sich auch mit den eigenen Annahmen zum Sinn und Zweck des Instituts der Akteneinsicht in Widerspruch: Wenn das Akteneinsichtsrecht eine lückenlose Information über die im Ermittlungsverfahren angefallenen Informationen ermöglichen soll<sup>57</sup>, dann kann es nicht den Strafverfolgungsorganen obliegen zu entscheiden, welche Unterlagen verteidigungsrelevant sind und welche nicht<sup>58</sup>. Es ist vielmehr – was auch der BGH anerkennt – grundsätzlich Sache der Verteidigung einzuschätzen, ob Informationen für sie von Bedeutung sein können<sup>59</sup>. Pauschale, und an Fallgruppen orientierte Ausschlüsse von Informationen aus dem Begriff der Verfahrensakten i. S. d. §§ 147 I, 199 II StPO – wie im Fall der Spurenakten – erschweren oder verunmöglichen eine effektive Kontrolle des Ermittlungsergebnisses durch Gericht<sup>60</sup> und Verteidigung.

An dieser grundsätzlichen Kritik ändert auch der Umstand nichts, dass die h. M. die Spurenakten dem Verfahren und der Verteidigung keineswegs völlig entzieht: So besteht – wie bereits angeführt – nach h. M. eine Vorlagepflicht bei Spurenakten, wenn diese für die Feststellung der dem Beschuldigten vorgeworfenen Tat und für etwaige gegen ihn zu verhängende Rechtsfolgen von (irgendeiner) Bedeutung sind<sup>61</sup>. Des Weiteren soll die Einsicht der Verteidigung in nicht vorgelegte Spurenakten regelmäßig nicht zu versagen sein und es wird eine „großzügige“ Handhabung gefordert<sup>62</sup>. Mit § 475 I StPO<sup>63</sup> dürfte inzwischen sogar eine geeignete gesetzliche Grund-

lage für einen Zugang zu Spurenakten zur Verfügung stehen<sup>64</sup>. Die Schwäche des formellen Aktenbegriffes, so wie ihn der BGH definiert, wird damit indes nicht beseitigt. Sie liegt in seiner praktischen Umsetzbarkeit: In der Praxis kann der formelle Aktenbegriff dazu führen, dass durch die Staatsanwaltschaft Informationen bewusst oder unbewusst zurückgehalten werden, weil die entsprechenden Informationen als nicht täterbezogen eingeordnet werden oder pauschal eine fallgruppenbezogene Einordnung als Spurenakte und damit als „verfahrensfremd“ erfolgt. Damit bleibt es dann aber dem Zufall überlassen, ob die Existenz fälschlicherweise als verteidigungsirrelevant betrachteter Spurenakten später bekannt wird, weil sich z. B. ein Zeuge in der Hauptverhandlung an diese erinnert<sup>65</sup>.

Diese Unwägbarkeiten des formellen Aktenbegriffes werden vermieden, wenn man bei der Auslegung des Begriffs der Akten i. S. d. §§ 147 I, 199 II StPO von einem materiellen Aktenbegriff ausgeht: Akten sind danach alle verkörperten Ermittlungs- und Verhandlungsergebnisse, die im Rahmen eines allein durch die Tat konkretisierten Sachverhalts angefallen sind<sup>66</sup>. Damit entfallen 2 Beurteilungsprobleme: zum einen kommt es nicht mehr darauf an, ob bestimmte tatbezogene Akten auch einen Bezug zum (vermutlichen) Täter haben; zum anderen muss nicht mehr danach gefragt werden, ob die als allein tatbezogen qualifizierten Akten gleichwohl vorzulegen sind, weil sie aus irgendeinem Grund doch schuld- und rechtsfolgenrelevant sein können. Praktischen Unzuträglichkeiten, die sich insbesondere aus der Einbeziehung aller Spurenakten in den Aktenbegriff ergeben könnten<sup>67</sup>, kann dadurch begegnet werden, dass man es ausreichen lässt, dass sich aus den dem Gericht übersandten Akten das Vorhandensein der Spurenakten und der Gegenstand der durch sie dokumentierten Ermittlungshandlungen ergeben muss, womit dann für die Akteneinsichtsberechtigten (und auch für das Gericht) die Möglichkeit besteht, Einsicht in diese Akten zu erlangen bzw. diese beizuziehen<sup>68</sup>. Ein solcher Aktenbegriff und seine praktische Realisierung eröffnet es

55) Bender/Nack ZRP 1983, 1, 3; Neuhaus in Widmaier Münchener Anwaltshandbuch Strafverteidigung, 2006, Rn 66.

56) So auch bereits Gaede Fairness als Teilhabe – Das Recht auf konkrete und wirksame Teilhabe durch Verteidigung gemäß Art. 6 EMRK, 2007, S. 243 ff.; ders. HRRS 2004, 44, 45 ff.

57) Vgl. BGHSt 37, 204, 205; BGH NSz 1991, 94.

58) Vgl. SK-StPO-Wohlers § 147 Rn 28; LR-Lüderssen/Jahn § 147 Rn 28; Peters NSz 1983, 275, 276; vgl. auch Welp (o. Fn 7), S. 310.

59) BGHSt 37, 204, 206; 52, 58, 64.

60) Vgl. Eisenberg NJW 1991, 1257, 1259.

61) Vgl. oben bei Fn 53.

62) BVerfGE 63, 45, 66; BGH NSz 1983, 228; OLG Hamm NSz 1984, 423; Meyer-Gofßner/Cierniak § 147 Rn 18.

63) Vgl. zum Anwendungsbereich dieser Vorschrift für Zwecke der Verteidigung: BGH StraFo 2006, 500; NSz 2009, 51; vgl. auch LR-Hilger § 475 Rn 5; Meyer-Gofßner/Cierniak § 475 Rn 1; KK-Gieg § 475 Rn 2.

64) Die Vorschrift verwendet zwar zur Beschreibung der Akten eine § 147 I StPO analoge Formulierung, aus dem Zweck der §§ 474 ff. StPO, die eine umfassende Regelung für den Zugang zu Informationen aus dem Bereich der Strafverfolgung darstellen sollen (vgl. BT-Dr 14/1484, S. 16 f.), lässt sich aber entnehmen, dass dadurch wohl nur rein innerdienstliche Vorgänge vom Einsichtsrecht ausgeschlossen werden sollen; vgl. SK-StPO-Weßlau § 474 Rn 10, § 475 Rn 14; zum Rechtsweg nach §§ 23 ff. EGGVG vgl. BVerfGE 63, 45, 66; OLG Hamm NSz 1984, 423.

65) Vgl. BGH NSz 2003, 666, 667.

66) SK-StPO-Paeffgen § 199 Rn 5; LR-Stuckenberg § 199 Rn 22; SK-StPO-Wohlers § 147 Rn 27 f.; Beulke in FS Dünnebieber, 1982, S. 285, 294; Peters NSz 1983, 275, 276; Wasserburg NJW 1980, 2440, 2441.

67) So existierten im Entführungsfall Oetker (BGHSt 30, 131 ff.), „tausende“ Spurenakten.

68) SK-StPO-Wohlers § 147 Rn 38; so auch KK-Schneider § 199 Rn 15; weitergehend Beulke, (o. Fn 66) „lückenlose Integration“.

der Verteidigung (und auch dem Gericht) zu prüfen, welche Unterlagen verfahrens- bzw. verteidigungsrelevant sind. Ob und in welchem Umfang die Verteidigung von dieser Möglichkeit Gebrauch machen will, hat sie eigenverantwortlich selbst zu entscheiden.