

### **Amtlicher Leitsatz:**

**Unterlagen, die sich ein Beschuldigter erkennbar zu seiner Verteidigung in dem gegen ihn laufenden Strafverfahren anfertigt, dürfen weder beschlagnahmt noch gegen seinen Widerspruch verwertet werden.**

Aus den Gründen

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Mordes und versuchten Totschlags zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von dreizehn Jahren verurteilt und ihm die Fahrerlaubnis mit einer Sperrfrist von vier Jahren entzogen. Mit seiner Revision rügt der Angeklagte die Verletzung formellen und materiellen Rechts. Das Rechtsmittel hat mit einer Verfahrensrüge Erfolg.

Der Angeklagte macht eine Verletzung des § 97 Abs. 1 StPO geltend. Dem liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Nach den Feststellungen des Urteils brachte der Angeklagte seinem Opfer, einer jungen Frau, zunächst mit einer Hantelstange und einem feststehenden Messer in Tötungsabsicht schwere, aber nicht tödliche Verletzungen bei. Er hielt sie für tot und schleifte sie etwa 80 m in einen nahegelegenen Wald. Als das Opfer aus der Bewußtlosigkeit erwachte, tötete er es mit mehreren Messerstichen in den Hals, um wegen der vorangegangenen Tat nicht zur Rechenschaft gezogen zu werden. Zwischen dem ersten und zweiten Angriff waren etwa fünfzehn Minuten vergangen.

Der Angeklagte ist hinsichtlich der Tötung der jungen Frau geständig, hat sich aber dahin eingelassen, er habe ihr die tödlichen Messerstiche in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang mit den übrigen Verletzungen beigebracht. Die Tat sei, so die Revision, deshalb rechtlich als einheitlicher Totschlag gemäß § 212 StGB zu werten.

Das Landgericht hat seine dem entgegenstehende Überzeugung von der Zweiaktigkeit des Geschehens u.a. mit dem Nachtatverhalten des Angeklagten begründet, dessen gesamtes Handeln darauf gerichtet gewesen sei, seine Tat in einem milderen Licht erscheinen zu lassen. Dabei hat es auch zuvor in der Zelle des inhaftierten Angeklagten beschlagnahmte handschriftliche Unterlagen verwertet, welche - teilweise ungeordnet und ohne einheitliches Konzept - Darstellungen des Sachverhalts, Überlegungen zu in Betracht kommenden Strafvorschriften, zur erheblich verminderten Schuldfähigkeit und sonstigen Möglichkeiten der Strafmilderung enthalten und in denen er sich auch zur Tat äußert. So hat der Angeklagte u.a. notiert (vgl. UA S. 18), daß er kein Motiv habe. Das Opfer habe ihm in die Genitalien getreten, wodurch er Sterne gesehen habe. Auch machte er sich Gedanken, unter welchen Voraussetzungen er im Zeitpunkt der Tat unzurechnungsfähig gewesen sein könnte. Zur Widerlegung seiner Einlassung zum einheitlichen Tatgeschehen berücksichtigt die Strafkammer, daß der Angeklagte in den Aufzeichnungen den Tatablauf anders geschildert hat als in der Hauptverhandlung und daß er sich *"gedanklich damit auseinandergesetzt hat, wie er*

*am besten 'aus der Sache herauskommt'"* (vgl. UA S. 24). Einen Antrag auf Aufhebung der Beschlagnahme, der gestellt wurde, als die Aufzeichnungen auszugsweise verlesen werden sollten, hat das Landgericht im wesentlichen mit der Begründung zurückgewiesen, bei den beschlagnahmten Schriftstücken handele es sich nicht um Unterlagen, die für den Verteidiger bestimmt gewesen seien.

Das hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Mit dieser Vorgehensweise hat die Strafkammer dagegen verstoßen, daß Unterlagen, die sich ein Beschuldigter erkennbar zu seiner Verteidigung in dem gegen ihn laufenden Strafverfahren anfertigt, weder beschlagnahmt noch gegen seinen Widerspruch verwertet werden dürfen. Nach Art. 6 Abs. 3 MRK hat jeder Beschuldigte das Recht, über ausreichende Gelegenheit zur Vorbereitung seiner Verteidigung zu verfügen und sich selbst zu verteidigen. Das Verbot der Beschlagnahme und Verwertung solcher Verteidigungsunterlagen ergibt sich aus der entsprechenden Anwendung des § 97 Abs. 1 StPO i.V.m. Art. 2 Abs. 1, Art. 20 Abs. 3 GG.

Bei einer wortlautorientierten Auslegung des § 97 Abs. 1 StPO sind allerdings Unterlagen, die sich ein Beschuldigter im Verlaufe eines Strafverfahrens zur Vorbereitung oder Konzeption seiner Verteidigung anfertigt, zumindest dann nicht ohne weiteres beschlagnahmefrei, wenn unklar ist, ob diese Aufzeichnungen für den Verteidiger bestimmt sind oder nur dem persönlichen Gebrauch des Beschuldigten dienen. Denn der Wortlaut des § 97 Abs. 1 Nr. 1 StPO erfaßt nur schriftliche Mitteilungen und unter Mitteilungen sind nur Gedankenäußerungen zu verstehen, die ein Absender einem Empfänger zukommen läßt, damit dieser davon Kenntnis nimmt (vgl. Kleinknecht/Meyer-Goßner, StPO 43. Aufl. § 97 Rdn. 28). § 97 Abs. 1 Nr. 2 StPO betrifft lediglich Aufzeichnungen des Zeugnisverweigerungsberechtigten, nicht des Beschuldigten.

Über den Wortlaut des § 97 Abs. 1 StPO hinaus unterliegt die Beschlagnahme von Gegenständen jedoch weiteren Grenzen, die sich aus dem in der Verfassung normierten Rechtsstaatsprinzip und dem allgemeinen Freiheitsrecht ergeben (vgl. BVerfGE 38, 103, 105 [BVerfG 08.10.1974 - 2 BvL 14/72]; 63, 380, 390; BGHSt 19, 325, 326; BGHR GG Art. 2 Persönlichkeitsrecht 2). So führt eine verfassungskonforme Auslegung des § 97 Abs. 1 StPO auch in dort nicht ausdrücklich genannten Fällen zu einem Beschlagnahmeverbot, wenn das Geheimhaltungsinteresse des Beschuldigten das Strafverfolgungsinteresse des Staates eindeutig überwiegt. Von der Rechtsprechung in diesem Zusammenhang anerkannte Fallgruppen sind private Tonbandaufzeichnungen (BVerfGE 34, 238; BGHSt 14, 358 [BGH 14.06.1960 - 1 StR 638/59]; 36, 167) oder Tagebucheintragungen, die nicht zur Kenntnis Dritter bestimmt sind (BVerfGE 18, 146; 80, 367; BGHR GG Art. 2 Persönlichkeitsrecht 2), wobei in diesen Fällen regelmäßig eine Abwägung im Einzelfall stattzufinden hat.

Verteidigungsunterlagen eines Beschuldigten unterliegen über den Wortlaut des § 97 Abs. 1 StPO hinaus ebenfalls nicht der Beschlagnahme. Der Senat hat bereits mehrfach entschieden, daß Unterlagen, die sich ein Beschuldigter ersichtlich zur Vorbereitung seiner Verteidigung in dem gegen ihn laufenden Strafverfahren anfertigt, nicht beschlagnahmt werden dürfen (BGH NJW 1973, 2035, 2036 f. [BGH 13.08.1973 - StB 34/73]; BGH, Beschluß vom 12. April 1978 - StB 92/78; BGHR StPO § 97 Verteidigungsunterlagen 1 und 2). Diese Entscheidungen haben in der Literatur Zustimmung gefunden (Nack in KK 3. Aufl. § 97 Rdn. 15; Rudolphi in SK-StPO § 97

Rdn. 50; Dahs, Meyer Ged.Schr. 61, 68; Schmidt, Anm. zu BGHR StPO § 97 Verteidigungsunterlagen 1 in StV 1989, 421, 422). Der Senat hält an seiner Auffassung fest.

Dieses Ergebnis folgt aus Art. 6 Abs. 3 MRK i.V.m. dem aus Art. 2 Abs. 1, Art. 20 Abs. 3 GG herzuleitenden rechtsstaatlichen Gebot, dem Beschuldigten jederzeit die Möglichkeit einer geordneten und effektiven Verteidigung zu geben (BVerfGE 63, 380, 390 f.; 65, 171, 174 f. [BVerfG 18.10.1983 - 2 BvR 462/82]; 66, 313, 318; Dahs, Meyer Ged.Schr. 61, 67, 70). Diesem Gebot gebührt bei der Abwägung mit dem staatlichen Interesse an einer funktionierenden Strafrechtspflege Vorrang (vgl. BVerfGE 32, 373, 381; 33, 367, 382; 34, 238, 249; 51, 324, 343; BGHR GG Art. 2 Persönlichkeitsrecht 2). Das Verteidigungsrecht des Beschuldigten würde in erheblichem Maße beeinträchtigt, wenn seine Verteidigungsunterlagen beschlagnahmt und anschließend zu seinen Lasten verwertet werden könnten. Insbesondere in Verfahren, denen komplexe Sachverhalte zugrunde liegen, wird der Beschuldigte für die Vorbereitung und Durchführung seiner Verteidigung schriftliche Aufzeichnungen als Gedächtnisstütze benötigen. Stünden solche Unterlagen dem Zugriff der Ermittlungsbehörden offen, so wäre der Beschuldigte praktisch nicht in der Lage, Erwägungen über eine zweckmäßige Verteidigung gegenüber dem Anklagevorwurf oder ein aus seiner Sicht zweckmäßiges Prozeßverhalten schriftlich niederzulegen, ohne befürchten zu müssen, daß seine Aufzeichnungen in die Hände der Ermittlungsbehörden geraten und später gegen ihn verwandt werden können. Er wäre damit an einer sachgerechten Verteidigung gehindert.

Dem entspricht, daß dem Beschuldigten im Strafverfahren ein Schutz vor Selbstbeichtigungen zusteht. Dazu gehört das in den §§ 136, 163a, 243 Abs. 4 StPO gewährleistete Schweigerecht des Beschuldigten. Auch dieses Prinzip würde verletzt, wollte man von dem Beschuldigten zum Zwecke seiner Verteidigung gefertigte Unterlagen gegen ihn verwenden.

Bei den beschlagnahmten und verwerteten Aufzeichnungen des Angeklagten handelt es sich - entgegen der Auffassung der Strafkammer und des Generalbundesanwalts - auch in der Sache um beschlagnahmefreie Verteidigungsunterlagen. Zwar ist es einem Beschuldigten verwehrt, die Beschlagnahme von Unterlagen schon dadurch zu verhindern, daß er diese einfach als Verteidigungsunterlagen bezeichnet oder mit solchen Unterlagen vermischt (Nack in KK 3. Aufl. § 97 Rdn. 15; Dahs, Meyer Ged.Schr. 61, 70). Andererseits unterliegt er in der Vorbereitung und Konzeption seiner Verteidigung, solange er damit nicht rechtswidrige Taten begeht oder plant, keinen Beschränkungen. Es ist seine Entscheidung, ob er Anlaß sieht, sich zur Vorbereitung seiner Verteidigung mit bestimmten Umständen schriftlich auseinanderzusetzen, auch wenn sie nur einen mittelbaren Bezug zu den ihm vorgeworfenen Straftaten haben (BGHR StPO § 97 Verteidigungsunterlagen 2). Auf den Umstand, daß Verteidigungsunterlagen für den Beschuldigten selbst bestimmt und nicht als Mitteilungen an den Verteidiger verfaßt sind, kommt es nicht an. Entscheidend ist, daß ein Beschuldigter die Unterlagen erkennbar, also für einen Außenstehenden nachvollziehbar, zum Zwecke seiner Verteidigung angefertigt hat (BGHR StPO § 97 Verteidigungsunterlagen 1 und 2; BGH NJW 1973, 2035, 2036 f. [BGH 13.08.1973 - StB 34/73]; BGH, Beschluß vom 12. April 1978 - StB 92/78).

Diesen Anforderungen genügen die Aufzeichnungen des Angeklagten. Ihr Inhalt legt es auch für einen Außenstehenden nahe, daß sie zur Vorbereitung der Verteidigung

konzipiert waren. Sie enthalten Darstellungen des Sachverhalts, Überlegungen zu in Betracht kommenden Strafvorschriften und zu Möglichkeiten der Strafmilderung. Der ungeordnete Aufbau, das fehlende einheitliche Konzept und die äußere Form mögen zwar die Gebrauchstauglichkeit für eine effektive Verteidigung beeinträchtigen, sie ändern an dem Charakter der Schriftstücke jedoch nichts. Das äußere Bild belegt vielmehr, daß sich der Angeklagte mit Verteidigungsmöglichkeiten auseinandergesetzt hat, und zwar so, wie sie ihm gerade in den Kopf kamen oder er über einschlägige Gesetzes-, Kommentar- oder Abhandlungstexte verfügte.

Die Beschlagnahmefreiheit wird nicht im Hinblick darauf ausgeschlossen, daß sich die beschlagnahmten Unterlagen im Gewahrsam des Beschuldigten selbst befanden und nicht in dem eines nach § 97 Abs. 2 Satz 1 StPO geschützten Zeugnisverweigerungsberechtigten. Berücksichtigt man das dargestellte Verteidigungsrecht des Beschuldigten, sind sie gerade auch in seinem Gewahrsam geschützt. Dies gilt um so mehr, als auch bei Mitteilungen i.S.d. § 97 Abs. 1 Nr. 1 StPO, die für den Verteidiger bestimmt sind, aus dem in § 148 StPO garantierten ungehinderten Verkehr zwischen Verteidiger und Beschuldigtem folgt, daß dem Gewahrsamskriterium des § 97 Abs. 2 Satz 1 StPO keine entscheidende Bedeutung zukommt (BGH NJW 1982, 2508 [BGH 24.03.1982 - 3 StR 28/82 S], insoweit in BGHSt 31, 16 nicht abgedruckt; BGHR StPO § 97 Verteidigungsunterlagen 3; Schäfer in Löwe/Rosenberg, StPO 24. Aufl. § 97 Rdn. 57).

Da die Aufzeichnungen des Angeklagten analog § 97 Abs. 1 StPO i.V.m. Art. 6 Abs. 3 MRK, Art. 2 Abs. 1, Art. 20 Abs. 3 GG nicht beschlagnahmt werden durften, unterlagen sie einem prozessualen Verwertungsverbot (vgl. u.a. BGHSt 18, 227, 228; Nack in KK 3. Aufl. § 97 Rdn. 7). Der hohe Rang des Rechts auf ein rechtsstaatliches Verfahren verbietet, Verteidigungsunterlagen, die trotz ausdrücklicher Beschwerde gegen die Beschlagnahme in der Hauptverhandlung verlesen wurden, als Beweismittel gegen den Beschuldigten zu verwenden (vgl. BGHSt 34, 39, 52 f.; BGHSt 42, 372 [BGH 15.01.1997 - StB 27/96]).

Der Senat kann nicht ausschließen, daß die Feststellung des zweiaktigen Tatgeschehens auf dem Verfahrensfehler beruht. Das Landgericht hat ausdrücklich ausgeführt, "*dies alles*" - neben objektiven Beweismitteln der Inhalt der Aufzeichnungen des Angeklagten - "*sind Umstände, die den Schluß zulassen, daß die Einlassung des Angeklagten*" zum Zeitablauf unrichtig ist (UA S. 24). Auch wird die als fehlerhaft gerügte Wahrunterstellung zur Zeitdauer des Schleifvorganges nur von der Überzeugungsbildung des Landgerichts aufgrund der "*übrigen Tatsachen*" getragen (UA S. 23).

Im Fall erneuter Feststellung eines zweiaktigen Geschehens mit direktem Tötungsvorsatz wird der neue Tatrichter bedenken können, ob es sich bei einem nur der Intensität nach abgestuften Angriff auf dasselbe Rechtsgut, durch den das schon begangene Unrecht lediglich vertieft wird, trotz materiellrechtlich selbständiger Taten bei dem Durchgangsdelikt des Versuchs um eine mitbestrafte Vortat handelt (vgl. Jeschek/Weigend AT 5. Aufl. § 69 II 2 b; Lackner StGB 22. Aufl. vor § 52 Rdn. 31, 33; Stree in Schönke/Schröder StGB 25. Aufl. Vorbem. vor § 52 Rdn. 119 ff.).

Vorsorglich weist der Senat darauf hin, daß die Strafkammer zu den Voraussetzungen des § 21 StGB im zweiten Akt des Tatgeschehens und zur Anwendung von Jugend- oder Erwachsenenstrafrecht zwei Sachverständige gehört hat, ohne deren Ausführungen hierzu in den Urteilsgründen mitzuteilen und sich mit

ihnen auseinanderzusetzen. Der Tatrichter ist zwar nicht gehindert, von dem Gutachten eines Sachverständigen abzuweichen. Dann muß er aber dessen maßgebliche Darlegungen wiedergeben und seine Gegenansicht unter Auseinandersetzung mit diesen begründen (BGHR StPO § 267 I 1 Beweisergebnis 1 und 4).