



Stellungnahme Nr. 8 Februar 2023

Referentenentwurf des BMJ: Entwurf eines Gesetzes zur digitalen Dokumentation der strafgerichtlichen Hauptverhandlung (Hauptverhandlungsdokumentationsgesetz – DokHVG)

und

Alternativ-Entwurf – Audiovisuelle Dokumentation der Hauptverhandlung (AE-ADH) des Arbeitskreises deutscher, österreichischer und schweizerischer Strafrechtslehrer

Mitglieder des Ausschusses Strafprozessrecht:

Rechtsanwalt Dr. Matthias Dann
Rechtsanwalt Prof. Dr. Michael Gubitza
Rechtsanwältin Dr. Vera Hofmann
Rechtsanwalt Prof. Dr. Christoph Knauer, Vorsitzender
Rechtsanwalt Dr. jur. Andreas Minkoff
Rechtsanwalt Jürgen Pauly (Berichterstatter)
Rechtsanwältin Anette Scharfenberg
Rechtsanwältin Dr. Alexandra Schmitz
Rechtsanwältin Stefanie Schott
Rechtsanwalt Prof. Dr. Gerson Trüg

Rechtsanwältin Ulrike Paul, Vizepräsidentin Bundesrechtsanwaltskammer
Rechtsanwältin Eva Melina Buchmann, Bundesrechtsanwaltskammer

Verteiler: Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
Bundesministeriums des Innern, für Bau und Heimat
Ausschuss für Recht- und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages
Ausschuss für Inneres und Heimat des Deutschen Bundestag
Fraktionsvorsitzende der CDU/CSU, SPD, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, DIE LINKE
Rechtspolitischen Sprecher der Fraktionen CDU/CSU, SPD, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN,
DIE LINKE
Arbeitskreise Recht der Bundestagsfraktionen
Landesjustizminister/Justizsenatoren der Länder
Innenministerien und Senatsverwaltungen für Inneres der Länder
Bundesgerichtshof
Rechtsanwaltskammern
Bundesverband der Freien Berufe
Bundesnotarkammer
Bundessteuerberaterkammer
Patentanwaltskammer
Deutscher Anwaltverein
Deutscher Juristinnenbund
Deutscher Notarverein
Deutscher Richterbund
Neue Richtervereinigung e.V.
Deutscher Steuerberaterverband e. V.
Wirtschaftsprüferkammer
Institut der Wirtschaftsprüfer in Deutschland e.V.
Bund Deutscher Kriminalbeamter
Verbraucherzentrale Bundesverband e.V.
Deutscher Juristentag e.V.
Redaktionen der NJW, NStZ, NZWiSt, Beck Verlag, ZAP, AnwBI, DRiZ, FamRZ, FAZ,
Süddeutsche Zeitung, Die Welt, taz, Handelsblatt, dpa, Spiegel, Focus, Deubner Verlag
Online Recht, LTO, Beck aktuell, Jurion, Juris Nachrichten, Juve, LexisNexis Rechtsnews,
Otto Schmidt Verlag, Kriminalpolitische Zeitschrift, Strafverteidiger Forum, Zeitschrift
HRR Strafrecht

Die Bundesrechtsanwaltskammer ist die Dachorganisation der anwaltlichen Selbstverwaltung. Sie vertritt die Interessen der 28 Rechtsanwaltskammern und damit der gesamten Anwaltschaft der Bundesrepublik Deutschland mit rund 166.000 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten¹ gegenüber Behörden, Gerichten und Organisationen – auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

Stellungnahme

I. Vorbemerkung

Die Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK) begrüßt ausdrücklich, dass nunmehr zwei Gesetzentwürfe² vorliegen, die beide das Ziel haben, eine umfassende und zeitgemäße Dokumentation der Hauptverhandlung in Strafsachen einzuführen. Die gesetzlichen Voraussetzungen für eine Umstellung des Protokollierungssystems auf einen modernen technischen Standard sollten so schnell wie möglich geschaffen werden.

Dass eine Überarbeitung der in weiten Teilen aus dem 19. Jahrhundert stammenden Vorschriften der StPO über die Protokollierung der strafrechtlichen Hauptverhandlung geboten ist, kann heute nicht mehr zweifelhaft sein. Sowohl in Stimmen aus der Wissenschaft als auch in zahlreichen Beiträgen aus der Praxis ist dies in den letzten Jahren gefordert worden.³

Die BRAK hatte bereits in ihrer Stellungnahme Nr. 1/2010 auf die Notwendigkeit zu einer Verbesserung der Dokumentation der Hauptverhandlung hingewiesen und einen entsprechenden Gesetzentwurf vorgelegt. Auch im Abschlussbericht der Expertenkommission zur effektiveren und praxistauglicheren Gestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des jugendgerichtlichen Verfahrens wurde empfohlen, die Einführung einer audiovisuellen Dokumentation erstinstanzlicher Hauptverhandlungen vor Land- und Oberlandesgerichten näher zu prüfen.⁴ In der vergangenen Legislaturperiode wurden Gesetzentwürfe eingebracht, die auf eine Änderung der Protokollvorschriften abzielten.⁵

Die durch das Bundesministerium der Justiz (BMJ) einberufene Gruppe von Expertinnen und Experten hat im Jahr 2021 einen ausführlichen Bericht vorgelegt, in dem die mit der Änderung der Vorschriften über das Hauptverhandlungsprotokoll verbundenen Sach- und Rechtsfragen eingehend erörtert sind.⁶ Hierzu hat die BRAK im November 2021 Stellung genommen (Stellungnahme Nr. 61/2021).

Nachdem in der neuen Legislaturperiode die Parteien der Regierungskoalition in ihrer Koalitionsvereinbarung das Ziel formuliert haben, im Gesetz festzuschreiben, dass Vernehmungen in der

¹ Im Interesse einer besseren Lesbarkeit wird nicht ausdrücklich in geschlechtsspezifischen Personenbezeichnungen differenziert. Die im Folgenden gewählte Form schließt alle Geschlechter gleichberechtigt ein.

² Referentenentwurf des BMJ: Entwurf eines Gesetzes zur digitalen Dokumentation der strafgerichtlichen Hauptverhandlung (Hauptverhandlungsdokumentationsgesetz – DokHVG), Stand: 22.11.22 und Arbeitskreis deutscher, österreichischer und schweizerischer Strafrechtslehrer Alternativ-Entwurf Audiovisuelle Dokumentation der Hauptverhandlung (AE-ADH)

³ Vgl. hierzu: *Traut/Nickolaus StraFo* 2020, 100; *Mosbacher ZRP* 2019, 158; *ders.* StV 2018, 182; *Schmitt* NStZ 2019, 1; *Wehowsky* StV 2018, 685 und *ders.* NStZ 2018, 177; *Bartel* StV 2018, 678; MüKoStPO/Trüg/Habetha § 244 StPO, Rn. 394.

⁴ Vgl. Bericht S. 21 (Empfehlung 13.1.); zugänglich über www.bmj.de (zuletzt abgerufen am 03.02.2023)

⁵ Vgl. insbesondere den Gesetzentwurf der F.D.P.-Fraktion (BT-Drs. 19/11090), sowie den Antrag der Fraktion „BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN“ (BT-Drs. 19/13515).

⁶ Die BRAK war in der Expertengruppe des BMJ u.a. durch die zuständige Vizepräsidentin, RAin Ulrike Paul, vertreten.

Hauptverhandlung aufgezeichnet werden müssen, liegt mit dem am 22. November 2022 veröffentlichten Referentenentwurf aus dem BMJ⁷ erstmals ein Entwurf vor, der dieses Ziel umsetzt.

Die Notwendigkeit zu einer gesetzgeberischen Reform wird daneben auch durch den im Oktober 2022 publizierten Entwurf des Arbeitskreises deutscher, österreichischer und schweizerischer Strafrechtslehrer unterstrichen (AE-ADH).⁸

II. Zur Änderungsbedürftigkeit der Vorschriften

Beide Entwürfe heben zu Recht den rechtspolitischen Reformbedarf hervor. Die durch digitale Aufzeichnungstechniken entstandenen Möglichkeiten zur Anfertigung einer Bild-Ton-Aufzeichnung müssen für das Strafverfahren nutzbar gemacht werden. Gegenstand des Strafverfahrens ist die Frage, ob ein staatlicher Grundrechtseingriff von erheblicher Tragweite angeordnet wird. Schon deshalb müssen die äußeren Rahmenbedingungen des Verfahrens nach Möglichkeit so gestaltet werden, dass ein gerichtliches Urteil auf zutreffender Tatsachengrundlage ergeht. Dazu gehört bei dem heute erreichten Stand der Aufzeichnungstechnik, dass auch der Verlauf einer Hauptverhandlung in Strafsachen so dokumentiert wird, dass innerhalb des Verfahrens jederzeit sowohl für die Verfahrensbeteiligten der jeweiligen Hauptverhandlung als auch für die weiteren Verfahrensbeteiligten in gegebenenfalls späteren Rechtsmittelinstanzen nachvollzogen werden kann, welchen Inhalt die Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung hatte. Dies wird sich auf den Prozess der Entscheidungsfindung in mehrfacher Hinsicht positiv auswirken: Die Mitglieder des Gerichts sind nicht mehr gezwungen, selbst Mitschriften anzufertigen, wenn ihnen eine authentische Dokumentation der Hauptverhandlung zur Verfügung steht.⁹ Zugleich ist sichergestellt, dass der Inhalt mündlicher Äußerungen in der Hauptverhandlung (insb. von Sachverständigen und von Zeugenaussagen) jederzeit zuverlässig nachvollzogen werden kann. Auch während der Beratung haben die Mitglieder des Gerichts damit jederzeit die Möglichkeit, sich Gewissheit über den Inhalt der Beweisaufnahme zu verschaffen.¹⁰ Durch die Aufzeichnung erhalten auch andere Verfahrensbeteiligte die Möglichkeit, sich zuverlässig über den Inhalt der Beweisaufnahme zu informieren. Auseinandersetzungen über den Inhalt von mündlichen Erklärungen, die in der Praxis immer wieder auftreten, können auf diese Weise vermieden werden.

Durch eine rasche Umsetzung des im Koalitionsvertrag festgeschriebenen Ziels sollte deshalb das aus dem 19. Jahrhundert stammende deutsche Protokollsystem abgelöst und durch ein zeitgemäßes digitales Dokumentationssystem ersetzt werden.

III. Zum Inhalt des RefE für ein DokHVG

Der Referentenentwurf des BMJ sieht die Einführung einer Pflicht zu einer Bild-Ton-Aufzeichnung für die erstinstanzlichen Hauptverhandlungen vor den Land- und Oberlandesgerichten vor. Das bisherige schriftliche Protokoll soll im Wesentlichen unverändert beibehalten werden. Die Aufzeichnung kann zur Berichtigung des schriftlichen Protokolls herangezogen werden, sie ist zu den Akten zu nehmen und unterliegt dem Akteneinsichtsrecht der Verfahrensbeteiligten. Sie soll den Beteiligten als verlässliches

⁷ Entwurf eines Gesetzes zur digitalen Dokumentation der strafgerichtlichen Hauptverhandlung, Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz, nachfolgend zitiert als „RefE“.

⁸ „Alternativ-Entwurf Audiovisuelle Dokumentation der Hauptverhandlung (AE-ADH)“, vorgelegt von Felix Bommer, Albin Eser, Helmut Frister, Matthias Jahn, Heike Jung, Michael Lindemann, Bernd-Dieter Meier, Carsten Momsen, Rudolf Rengier, Kurt Schmoller, Carl-Friedrich Stuckenberg, Torsten Verrel, Thomas Weigend, Wolfgang Wohlers, Baden-Baden 2022 (nachfolgend zitiert als AE-ADH).

⁹ Vgl. hierzu RefE S. 3; *Schmitt* NStZ 2019, 1, 2; *Bartel* StV 2018, 678, 679.

¹⁰ Vgl. hierzu *Wehowsky* StV 2018, 685, 686.

Hilfsmittel für die Aufbereitung des Hauptverhandlungsgeschehens zur Verfügung stehen, aber mit Blick auf das Revisionsverfahren keine unmittelbaren prozessualen Wirkungen entfalten.¹¹

Zu den einzelnen Regelungen:

1. § 271 Abs. 2 StPO n.F.

Nach dem Referentenentwurf wird § 271 StPO zur Grundnorm der Vorschriften über die Dokumentation der Hauptverhandlung. Darin wird festgelegt, welche Dokumentationspflichten im Strafverfahren gelten. Dies bewirkt eine hilfreiche systematische Klarstellung:¹²

Die BRAK begrüßt ausdrücklich die in Abs. 2 vorgesehene Regelung, wonach erstinstanzliche Hauptverhandlungen vor den Landgerichten und den Oberlandesgerichten in Bild und Ton aufzuzeichnen sind. Die Einführung einer Aufzeichnungspflicht für diese Verfahren ist schon deshalb vorrangig geboten, weil hier keine zweite Tatsacheninstanz zur Verfügung steht. Nach den Zuständigkeitsregelungen des GVG haben die Verfahren vor diesen Gerichten zudem regelmäßig Tatvorwürfe von erheblichem Gewicht zum Gegenstand.

Indem der Entwurf eine Verpflichtung vorsieht, Bild *und* Ton aufzuzeichnen, geht er zu Recht davon aus, dass angesichts der heute verfügbaren Aufzeichnungstechnik eine Beschränkung auf eine Tonaufzeichnung, wie sie in der Literatur verschiedentlich erörtert wurde¹³, nicht mehr zeitgemäß wäre. Schon weil strafgerichtliche Entscheidungen zu schwerwiegenden Grundrechtseingriffen führen können, ist es sachgerecht, für die Aufzeichnung der Hauptverhandlung in Strafsachen die bestmögliche Aufzeichnungstechnik einzusetzen.¹⁴ Die Kritik aus der Richterschaft an dem Vorschlag ist bekannt. Den erhobenen Einwänden kann aber im Hinblick auf das Recht des Angeklagten auf ein faires Verfahren keine entscheidende Bedeutung zukommen

Ebenfalls zu begrüßen ist aus der Sicht der BRAK, dass der Entwurf in § 271 Abs. 2 S. 2 eine Verpflichtung vorsieht, die Tonaufzeichnung automatisiert in ein digitales Textdokument (Transkript) zu übertragen. Auch nach Ansicht der BRAK dürfte dies die praktische Handhabung erheblich erleichtern.¹⁵ Insbesondere ermöglicht die Textfassung eine rasche Auswertung der aufgezeichneten Inhalte, ohne dass stets eine zeitraubende Durchsicht sämtlicher Aufzeichnungen am Bildschirm erforderlich wäre.

2. Beibehaltung des bisherigen Formalprotokolls (§ 272 RefE)

Der Referentenentwurf sieht vor, das bisherige, in Papierform geführte, Formalprotokoll im Wesentlichen beizubehalten. Aufzeichnung und Transkript sollen als Hilfsmittel neben das bisherige Protokoll treten, dieses aber nicht ersetzen, da es sich als Instrument zur Überprüfung eines rechtsfehlerfreien Ablaufs der Hauptverhandlung bewährt habe.¹⁶ Die mit dem schriftlichen Protokoll erreichbare Möglichkeit zu einer arbeitsökonomischen Überprüfung der wesentlichen Förmlichkeiten der Hauptverhandlung könne vorerst nicht durch die Aufzeichnung und das Transkript in derselben Weise gewährleistet werden.

¹¹ RefE S. 2.

¹² Vgl. RefE S. 18.

¹³ So etwa *Mosbacher StV* 2018, 182, 183; ders. *ZRP* 2019, 158, 169; *DAV AnwBl.* 1993, 328.

¹⁴ Vgl. RefE, S. 18.; so auch *AE-ADH*, S. 47 f.,

¹⁵ Vgl. hierzu auch *Schmitt NSTZ* 2019, 1, 7; *BRAK-Stellungnahme Nr. 61/2021*, S. 4/5.

¹⁶ RefE S. 18.

Auch die BRAK hatte sich in früheren Stellungnahmen bereits für eine Beibehaltung des bisherigen Protokolls neben der Bild-Ton-Aufzeichnung ausgesprochen.¹⁷ Künftig werden damit verschiedene Formen der Dokumentation der Hauptverhandlung nebeneinanderstehen, für die ein rechtliches Rangverhältnis gilt: Das bisherige schriftliche Protokoll soll zum Nachweis der wesentlichen Förmlichkeiten dienen, die in § 274 Satz 1 StPO enthaltene Regelung zur formellen Beweiskraft wird beibehalten. Aufzeichnung und Transkript können nach dem Entwurf zwar zur Berichtigung des schriftlichen Protokolls herangezogen werden (§ 274 Abs. 2 RefE; s. dazu unten 4.), haben aber – solange § 274 S. 1 StPO beibehalten wird – zunächst nur eine untergeordnete Beweisfunktion.

Aus der Sicht der BRAK gewährleistet ein solches System von Protokoll und Aufzeichnung eine ausreichende Dokumentation der strafrechtlichen Hauptverhandlung. Die schnelle Orientierung über den Gang des Verfahrens und die Überprüfung der Einhaltung der Förmlichkeiten, auf die sich die Protokollierungspflicht erstreckt, wird durch das schriftliche Formalprotokoll erheblich erleichtert.

Sobald hinreichende Erfahrungen mit der Aufzeichnungs- und Transkriptionstechnik vorliegen, sollte aber eine Überprüfung der gesetzlichen Regelungen stattfinden. Wenn durch praktische Erfahrungen nachgewiesen ist, dass die Aufzeichnungs- und Transkriptionstechnik zuverlässige Ergebnisse liefert, wird sich die Frage stellen, aus welchem Grund das bisherige Formalprotokoll noch beibehalten werden soll. Auch die Regelung des § 274 S. 1 StPO wird zu überprüfen sein. Blicke das schriftliche Protokoll für erstinstanzliche Verfahren vor den Land- und Oberlandesgerichten auch dann noch das mit der Beweiskraft des § 274 S. 1 StPO versehene Beweismittel, dann würde dies dazu führen, dass in Fällen, in denen das schriftliche Protokoll fehlerhaft ist, zunächst unter Heranziehung der Aufzeichnung eine Protokollberichtigung stattfinden muss. Damit würde aber ein Umweg beschritten, der vermieden werden kann, wenn das Protokoll (und das Transkript) unmittelbar als Beweismittel herangezogen werden dürfen.

Nach einer Phase der praktischen Erprobung der Bild-Ton-Aufzeichnung sollte deshalb geprüft werden, ob noch ein Bedürfnis für die Fortführung der Protokollierung in ihrer bisherigen Form und die gesetzliche Anordnung der formellen Beweiskraft besteht.

Soweit nach dem Referentenentwurf die Vorschriften über den Inhalt des schriftlichen Protokolls nunmehr in § 272 zusammengefasst werden sollen, läge hierin eine begrüßenswerte systematische Vereinfachung.

3. Aufzeichnung und Transkript als Aktenbestandteil

Die in § 273 des Referentenentwurfs vorgesehenen Regelungen zum Umgang mit der Bild-Ton-Aufzeichnung und dem Transkript werden von der BRAK überwiegend begrüßt.

a) Der Entwurf enthält in § 273 Abs. 1 die Vorgabe, dass die Aufzeichnung unter Berücksichtigung der Persönlichkeitsrechte der aufgezeichneten Personen zu erfolgen hat. Durch diese allgemein gehaltene Regelung ist nach Ansicht der BRAK den Persönlichkeitsrechten der an einem Strafverfahren beteiligten Personen ausreichend Rechnung getragen. Aussagen in einer Hauptverhandlung sind zwar in vielen Fällen mit einer erheblichen Belastung für die Aussagenden verbunden. Das folgt schon daraus, dass strafrechtliche Vorwürfe häufig nicht aufgeklärt werden können, ohne dass in einer Hauptverhandlung Umstände erörtert werden, die zum höchstpersönlichen Lebensbereich der beteiligten Personen gehören. Gleichwohl darf die Frage, ob aufgezeichnet wird, aber nicht in das Belieben der Beteiligten gestellt werden. Das mit der Einführung einer Aufzeichnungspflicht verbundene Ziel einer umfassenden Dokumentation der Beweisaufnahme könnte sonst nicht erreicht werden. Die im Referentenentwurf

¹⁷ BRAK-Stellungnahme Nr. 61/2021, S. 5.

erörterten Möglichkeiten für einen Schutz der Persönlichkeitsrechte (keine Nahaufnahmen, Wahl einer bestimmten Kameraperspektive oder „Verpixelung“ der Aufnahme)¹⁸ reichen aus, um den denkbaren Konfliktsituationen zu begegnen. Soweit nach dem Referentenentwurf darüber hinaus auch der Schutz der Persönlichkeitsrechte von Personen im Zuschauerbereich Beachtung finden soll, kann dem nach Ansicht der BRAK keine maßgebliche Bedeutung zukommen.¹⁹

b) In § 273 Abs. 2 des Referentenentwurfs ist vorgesehen, dass die Hauptverhandlung auch dann fortgesetzt werden kann, wenn die Aufzeichnung oder die Transkription wegen einer vorübergehenden technischen Störung nicht möglich oder fehlerhaft ist. Nach Ansicht der BRAK muss bei der Auslegung einer solchen Vorschrift gewährleistet sein, dass ihr Anwendungsbereich auf nicht vermeidbare Ausnahmefälle beschränkt bleibt. Ein längerer Ausfall der Aufzeichnungstechnik bei weiter durchgeführter Hauptverhandlung würde die geschilderten Vorteile (Dokumentation für alle Beteiligten, Entlastung des Gerichts) konterkarieren. In der Begründung des Entwurfs²⁰ wird deshalb zutreffend klargestellt, dass die vorgeschlagene Regelung nicht bedeuten kann, dass die Hauptverhandlung auch durchgeführt werden darf, wenn die zur Dokumentation erforderlichen Einrichtungen von vornherein nicht zur Verfügung stehen.

c) Zu Recht sieht der Entwurf in § 273 Abs. 3 StPO-E auch vor, dass sowohl die Aufzeichnung als auch das Transkript grundsätzlich zu den Akten zu nehmen sind²¹ und damit dem Akteneinsichtsrecht unterliegen. Dies entspricht einer wiederholt aufgestellten Forderung.²² Die neue Regelung setzt damit zugleich der bisher verschiedentlich zu beobachtenden Praxis ein Ende, wonach Hauptverhandlungen im Anschluss an eine ältere Entscheidung des Bundesgerichtshofs²³ mit der Begründung akustisch aufgezeichnet werden, die Aufzeichnung diene als Hilfsmittel des Gerichts. Aus der Einstufung als Hilfsmittel für die Beratung wird teilweise abgeleitet, die Aufzeichnung solle – ebenso wie persönliche Aufzeichnungen der Gerichtsmitglieder – nicht dem Akteneinsichtsrecht unterliegen und müsse deshalb den Verfahrensbeteiligten nicht zugänglich sein.²⁴ Damit die nach dem Referentenentwurf erforderliche Bild-Ton-Aufzeichnung ihre Funktion als Hilfsmittel zur Vermeidung von Auseinandersetzungen in einer laufenden Hauptverhandlung (insbesondere über den Inhalt früherer Aussagen von Zeugen oder Sachverständigen) erfüllen kann, ist ein Zugang der Verfahrensbeteiligten zu der Aufzeichnung aber unerlässlich.

Das in Abs. 6 vorgesehene jederzeitige Zugangsrecht ergänzt aus der Sicht der BRAK das Akteneinsichtsrecht in sinnvoller Weise. Dass die Verfahrensbeteiligten, soweit dies technisch umsetzbar ist, die Möglichkeit erhalten müssen, die Aufzeichnung zur Vorbereitung von Anträgen oder des Schlussvortrags heranzuziehen, sollte nicht zweifelhaft sein.²⁵ Über den Verweis auf § 32f StPO werden

¹⁸ RefE, S. 21.

¹⁹ Siehe dazu schon BRAK-Stellungnahme Nr. 61/2021, S. 8; ebenso AE-ADH, S. 50.

²⁰ RefE, S. 21.

²¹ Nach § 273 Abs. 3 S. 2 RefE ist auch eine anderweitige Speicherung der Aufzeichnung möglich, etwa wenn dies im Hinblick auf den Umfang der Dateien oder die fehlende elektronische Aktenführung erforderlich ist (vgl. RefE S. 21/22). Das Akteneinsichtsrecht wird hierdurch aber nicht berührt.

²² Vgl. BRAK-Stellungnahme Nr. 61/2021, S. 8. Dort ist auch dargelegt, dass zum Einsichtsrecht der übrigen Personen, die nach § 138 Abs. 2 StPO als Verteidiger auftreten können, keine zusätzlichen Regelungen erforderlich sind.

²³ BGH, Urt. v. 04.02.1964 – 1 StR 510/63 = BGHSt 19, 193. Zur Zulässigkeit von Tonaufnahmen s. auch BGH, Beschl. v. 23.11.2011 – 2 StR 112/11 = NSiZ 2012, 404.

²⁴ S. hierzu etwa *Rottländer*, NSiZ 2014, 138; *MüKoStPO-Kulhanek*, § 169 GVG, Rn. 44. Für die Einstufung der Aufzeichnung als Aktenbestandteil und ein Akteneinsichtsrecht der Verfahrensbeteiligten hingegen: *Kissel/Mayer*, GVG, 9. Aufl., § 169 Rn. 79 und *LR-Wickern*, 26. Aufl., § 169 GVG, Rn. 50.

²⁵ Unklar ist in welcher Art und Weise und binnen welcher Frist den Verfahrensbeteiligten die Aufzeichnung nach einem Verhandlungstag zugänglich gemacht werden soll. Dies könnte noch konkretisiert werden.

Einschränkungen in Bezug auf die praktische Abwicklung übernommen, die zum Schutz der Persönlichkeitsrechte erforderlich sind.²⁶

Das in Abs. 8 des Referentenentwurfs enthaltene Verbot, die im Rahmen der Akteneinsicht erhaltene Aufzeichnung dem Angeklagten zur Verfügung zu stellen, steht zwar im Gegensatz zu den Grundsätzen, die der Bundesgerichtshof in der Vergangenheit für durch Akteneinsicht erlangte Erkenntnisse aufgestellt hat.²⁷ Zum Schutz der Persönlichkeitsrechte der Verfahrensbeteiligten erscheint diese Begrenzung aus der Sicht der BRAK aber jedenfalls solange als sachgerecht, solange – wie im Referentenentwurf vorgesehen – außer Frage steht, dass das in Absatz 8 enthaltene Verbot nicht für das Transkript gilt. Ebenso kann nicht zweifelhaft sein, dass eine Information des Mandanten durch Vorführung der Aufzeichnung zulässig bleiben muss.²⁸

d) In Abs. 4 des Referentenentwurfs ist die Verpflichtung enthalten, die Aufzeichnung zu löschen, wenn das Verfahren rechtskräftig abgeschlossen oder sonst beendet ist. Das Transkript soll demgegenüber in den Akten verbleiben.²⁹ Nach dem Entwurf kann der Vorsitzende die Speicherung der Aufzeichnung bis zum Ende der Aktenaufbewahrungsfrist anordnen, wenn eine Nutzung der Aufzeichnung in einem anderen Verfahren zu erwarten ist.

Abweichend hiervon sollte nach Ansicht der BRAK die regelmäßige Löschung der Aufzeichnung nach Rechtskraft (oder sonstiger Beendigung des Verfahrens) erst dann eingeführt werden, wenn durch hinreichende praktische Erfahrungen feststeht, dass das Transkript den Inhalt der Beweisaufnahme zuverlässig wiedergibt. Dies ist erforderlich, damit durch das neue System der Dokumentation der Hauptverhandlung ein wesentlicher Mangel des Wiederaufnahmerechts der StPO beseitigt werden kann,³⁰ der sich aus dem bisher unzureichenden Protokollsystem ergibt. Dieser Mangel ist zugleich ein wichtiges Argument für die Reformbedürftigkeit des Protokollsystems.

Nach § 359 Nr. 5 StPO kann ein Wiederaufnahmeantrag u.a. darauf gestützt werden, dass neue Tatsachen vorgebracht werden, die dem Schuldspruch die Grundlage entziehen. Ob eine Tatsache „neu“ ist, bestimmt sich danach, ob sie dem früheren Tatgericht bekannt war.³¹ Dies musste bisher regelmäßig anhand der schriftlichen Urteilsgründe, des Formalprotokolls und des Inhalts der Verfahrensakten aufgeklärt werden.³² Wenn sich die Inhalte von Zeugenaussagen und mündlich erstatteten Gutachten nicht aus dem Urteil ergeben und bei einem einige Zeit nach Rechtskraft der Ausgangsentscheidung eingeleiteten Wiederaufnahmeverfahren auch sonst keine zuverlässige Möglichkeit zur Rekonstruktion der Inhalte der Beweisaufnahme mehr besteht, kann dies dazu führen, dass die Neuheit der Tatsache nicht beweisbar ist, was die Erfolglosigkeit des Wiederaufnahmeantrages nach sich ziehen kann.³³ Die Bild-Ton-Aufzeichnung und das Transkript sind geeignet, diese Lücke zu schließen, weil mit diesen Hilfsmitteln jederzeit rekonstruierbar ist, ob eine bestimmte Tatsache Gegenstand der Beweisaufnahme war. Hierzu ist die Aufzeichnung von Bild und Ton erst dann nicht mehr erforderlich, wenn gewährleistet ist, dass das Transkript den Inhalt der Beweisaufnahme zuverlässig wiedergibt.

²⁶ RefE S. 23.

²⁷ S. insb. BGHSt 29, 99, 102.

²⁸ Vgl. RefE S. 24.

²⁹ RefE S. 22.

³⁰ S. hierzu auch AE-ADH S. 37.

³¹ Vgl. *Meyer-Goßner/Schmitt*, StPO, 65. Aufl., § 359 Rn. 30.

³² Vgl. zur ergänzenden Heranziehung dienstlicher Stellungnahmen im Freibeweisverfahren: BVerfG NZV 2016, 45.

³³ Vgl. zur Erfolglosigkeit des Wiederaufnahmeantrages in diesen Fällen. MüKo-StPO-Engländer/Zimmermann, 2019, § 368, Rn. 25; KK-Schmidt, 8. Aufl., § 368 Rn. 8; *Meyer-Goßner/Schmitt*, StPO, 65. Aufl., § 368 Rn. 6.

Hinzuweisen ist diesem Zusammenhang auch auf die in § 273 Abs. 2 S. 2 StPO enthaltene Regelung und die Gesetzesbegründung hierzu. In den Materialien zum Opferrechtsreformgesetz wurde im Zusammenhang mit der Aufzeichnung nach § 273 Abs. 2 S. 2 StPO dargelegt, dass die Aufzeichnungen zum Bestandteil der Akten werden, damit sie gegebenenfalls im Rahmen eines Wiederaufnahmeverfahrens zur Verfügung stehen.³⁴

4. Protokollberichtigung

Der Referentenentwurf sieht vor, die bisher in § 274 S. 1 enthaltene Regelung über die formelle Beweiskraft beizubehalten. Gestrichen werden soll hingegen die in § 274 S. 2 StPO enthaltene Regelung, wonach gegen den Protokollinhalt in Bezug auf die wesentlichen Förmlichkeiten nur der Nachweis der Fälschung zulässig ist. Zugleich soll durch den neuen § 271 Abs. 2 StPO die Möglichkeit geschaffen werden, das Protokoll anhand der Bild-Ton-Aufzeichnung zu berichtigen.

Dass damit erstmals eine ausdrückliche Möglichkeit zur Protokollberichtigung in das Gesetz aufgenommen wird, ist nach Ansicht der BRAK zu begrüßen. Mit der Bild-Ton-Aufzeichnung steht ein objektives Beweismittel zur Verfügung, das geeignet ist, Verfahrensvorgänge zuverlässig nachzuvollziehen. Dienstlichen Erklärungen der Verfahrensbeteiligten, die nach den durch den Großen Senat für Strafsachen des Bundesgerichtshofs³⁵ aufgestellten Grundsätzen bisher eine wichtige Grundlage für Protokollberichtigungen darstellen, kann in Verfahren, in denen eine Aufzeichnung angefertigt wurde, nur noch eine geringe Bedeutung zukommen, - etwa bei Vorgängen, die durch die Aufzeichnung aus technischen Gründen nicht erfasst wurden.

Der Referentenentwurf verzichtet darauf, eine Regelung zur Protokollberichtigung für die Verfahren zu treffen, auf die sich die Aufzeichnungspflicht nicht erstreckt (Verfahren vor den Amtsgerichten sowie vor den Berufungskammern der Landgerichte). Danach verbleibt es für diese Verfahren bei den bisherigen Grundsätzen.³⁶ Dieses Nebeneinander von unterschiedlichen Formen der Protokollberichtigung wird entfallen, sobald die Aufzeichnungspflicht auch für diese Verfahren gilt (s. dazu unten IV.1.).

5. Erweiterung des § 353d StGB

Das in § 273 Abs. 8 des Referentenentwurfs enthaltene Verbot, dem Angeklagten, dem Verletzten und den in § 403 Abs. 2 genannten Personen die Aufzeichnung zur Verfügung zu stellen wird nach dem Referentenentwurf durch einen eigenen Straftatbestand abgesichert und ergänzt. Nach dem Referentenentwurf soll durch einen neuen § 353d Nr. 4 StGB derjenige unter Strafe gestellt werden, der eine Bild-Ton-Aufzeichnung aus einer Hauptverhandlung in Strafsachen oder einer Vernehmung aus dem Ermittlungsverfahren verbreitet oder der Öffentlichkeit zugänglich macht.

Die vorgeschlagene Regelung macht zu Recht deutlich, dass die Aufzeichnung lediglich für verfahrensbezogene Zwecke verwendet werden soll. Zur Sicherung der Persönlichkeitsrechte der von der Aufzeichnung Betroffenen ist ein Straftatbestand erforderlich, der deutlich macht, dass eine Verwendung in der Öffentlichkeit (z.B. das Zugänglichmachen über Videoportale im Internet) nicht zulässig ist.

6. Auswirkungen auf das Revisionsverfahren

Der Referentenentwurf geht davon aus, dass mit der Änderung der Vorschriften über die Aufzeichnung der Hauptverhandlung keine grundsätzliche Änderung der Aufgaben der Revisionsgerichte verbunden

³⁴ Vgl. BT-Drucks 15/1976, S. 12; s. hierzu auch *Meyer-Goßner/Schmitt*, StPO, 65. Aufl., § 273 Rn. 14a.

³⁵ BGH, Beschl. v. 23.04.2007 – GSSt 1/06 = BGHSt 51, 298, 316 = NJW 2007, 661.

³⁶ Zusammenfassend hierzu auch: *Meyer-Goßner/Schmitt*, 65. Aufl., § 271 Rn. 22 ff. mwN.

sein soll.³⁷ Insbesondere soll die Aufzeichnung der Hauptverhandlung nicht zu einer Änderung des Charakters der Revision als Rechtsmittel zur Überprüfung von Rechtsfragen führen.³⁸ Dies entspricht der in früheren Stellungnahmen geäußerten Rechtsansicht der BRAK.³⁹

Anknüpfend an entsprechende Stimmen in der Literatur⁴⁰, geht der Entwurf davon aus, dass die Heranziehung der Bild-Ton-Aufzeichnung im Revisionsverfahren auf Evidenzfälle beschränkt bleiben soll.⁴¹ Generell solle jedoch die digitale Inhaltsdokumentation keine unmittelbaren prozessualen Wirkungen auf das Revisionsverfahren entfalten.⁴²

Auch ohne eine ausdrückliche gesetzliche Regelung ist jedoch absehbar, dass die Existenz einer Aufzeichnung und eines Transkripts Auswirkungen auf das Revisionsverfahren haben wird. Die Existenz einer vollständigen Aufzeichnung der Hauptverhandlung wird zu einer Reihe für das Revisionsrecht neuer Fragestellungen führen.

Das folgt schon daraus, dass die Überprüfung von Verfahrensverstößen in der Revisionsinstanz bislang durch das von der Rechtsprechung entwickelte Verbot der Rekonstruktion des Inhalts der tatrichterlichen Beweisaufnahme begrenzt war. Da dieses Verbot nicht gesetzlich geregelt ist, sondern von der Rechtsprechung aus der Natur des Revisionsverfahrens abgeleitet wird, bedarf es auch keiner ausdrücklichen gesetzlichen Neuregelung, um es aufzugeben und eine Verwendung der Aufzeichnung als Beweismittel zuzulassen. Ein wesentlicher Grund für das Verbot der Rekonstruktion der tatrichterlichen Hauptverhandlung lag bisher im Dokumentationsdefizit der Beweisaufnahme und damit verbundenen Nachweisschwierigkeiten. Dieser Grund entfällt mit der Existenz der gesetzlich vorgesehenen Aufzeichnung.

Auch wenn der Aufzeichnung nach dem Referentenentwurf „kein Protokollcharakter“ zukommen soll⁴³, darf und kann sie im Revisionsverfahren nicht unberücksichtigt bleiben. Das gilt zum einen für Fallgestaltungen, in denen das schriftliche Protokoll selbst dann nur unzureichend Auskunft über den Gang der Hauptverhandlung gibt, wenn es prozessordnungsgemäß geführt wurde. So werden etwa verschiedene für den Umfang der Beweisaufnahme wesentliche Vorgänge, wie insbesondere Vorhalte im Rahmen von Vernehmungen, nach bisher h.M. von der Protokollierungspflicht des § 273 Abs. 1 StPO nicht erfasst.⁴⁴ Für andere Vorgänge steht nicht zweifelsfrei fest, ob sie im Protokoll festzuhalten sind, so etwa für den Widerspruch gegen die Verwertung von Beweismitteln.⁴⁵ Folge hiervon können Beweisschwierigkeiten im Revisionsverfahren sein, wenn die Urkundspersonen in der Tatsacheninstanz einen Vorgang nicht für protokollierungsbedürftig hielten. Das schriftliche Protokoll enthält zudem teilweise nur zusammenfassende Angaben zu Vorgängen, bei denen eine inhaltliche Wiedergabe hilfreich wäre, um sie prozessrechtlich vollständig bewerten zu können, – so etwa im Zusammenhang mit der Frage, welchen Inhalt eine nach § 247 S. 4 StPO gebotene Unterrichtung über eine Vernehmung hatte, die in Abwesenheit des Angeklagten durchgeführt wurde.⁴⁶

³⁷ RefE S. 12/13.

³⁸ RefE S. 12/13.

³⁹ BRAK-Stellungnahme Nr. 61/2021, S. 6.

⁴⁰ *Bartel* StV 2018, 678, 682; *Mosbacher* StV 2018, 182, 184; *Schmitt* NStZ 2019, 1, 8.

⁴¹ RefE S. 13.

⁴² RefE S. 2. und S. 12.

⁴³ RefE S. 12.

⁴⁴ BGH, Beschl. v. 23.6.1999 – 3 StR 212/99 = NStZ 1999, 522, 523; BGH, Urt. v. 28.07.1967 – 4 StR 243/67 = BGHSt 21, 285, 286.

⁴⁵ Für eine Einstufung des Widerspruchs als wesentliche Förmlichkeit: *Meyer-Goßner/Schmitt*, StPO, 65. Aufl., § 136, Rn. 25; § 273 Rn. 7.

⁴⁶ Vgl. *Meyer-Goßner/Schmitt*, 65. Aufl., § 247 Rn. 17; BGH, Beschl. v. 16.03.2010 – 4 StR 612/09 = NStZ 2010, 465.

Auch wenn das schriftliche Protokoll nach dem Konzept des Referentenentwurfs das vorrangige Beweismittel für den Nachweis des Gangs der Hauptverhandlung bilden soll, muss es möglich sein, Aufzeichnung und Transkript an den Stellen ergänzend heranzuziehen, an denen das Formalprotokoll Vorgänge nur unzureichend erfasst.

Nach Ansicht der BRAK sollte es darüber hinaus aber ohnedies generell möglich sein, die Aufzeichnung (und das Transkript) zur Begründung von Verfahrensfehlern heranzuziehen.⁴⁷ Dies gilt etwa im Zusammenhang mit der durch die bisherige Rechtsprechung entwickelten Möglichkeit, in der Revision mit einer Verfahrensrüge geltend zu machen, das Tatgericht habe seine Pflicht zu einer umfassenden und erschöpfenden Würdigung des Inhalts der Beweisaufnahme verletzt (Verletzung von § 261 StPO; „Inbegriffsrüge“).⁴⁸ Die Rüge der Verletzung des § 261 StPO wird bisher in den Fällen als zulässig angesehen, in denen das Revisionsgericht den Inhalt der Beweisaufnahme zuverlässig rekonstruieren kann, also insbesondere bei Urkundenverlesungen und bei der Protokollierung von Aussagen nach § 273 Abs. 3 StPO.⁴⁹ In Bezug auf mündliche Äußerungen war eine solche Rekonstruktion der Beweisaufnahme bislang nicht möglich, so dass eine entsprechende Rüge nicht mit Aussicht auf Erfolg erhoben werden konnte.⁵⁰

Durch die Bild-Ton-Aufzeichnung wird ein Beweismittel geschaffen, das geeignet ist, dem Revisionsgericht den Inhalt der tatgerichtlichen Beweisaufnahme ebenso zuverlässig zu vermitteln, wie dies z.B. bei Urkunden der Fall ist. Es besteht deshalb kein Grund, ein solches Beweismittel nicht auch als Grundlage für Verfahrensrügen nach § 261 StPO heranzuziehen. Auch in Veröffentlichungen in der Literatur ist dies deshalb im Grundsatz als zulässig angesehen worden. Selbst wenn sich aus der Heranziehung der Dokumentation aus verschiedenen Gründen nur in besonders eklatanten Fällen Rügen ergeben sollten, die zu einer Urteilsaufhebung führen, würde dies nichts daran ändern, dass die Aufzeichnung und das Transkript zur Beweisführung im Revisionsverfahren im Grundsatz geeignet sind und zur Begründung von Verfahrensrügen auch herangezogen werden dürfen.

Die im Referentenentwurf enthaltenen gesetzlichen Regelungen stehen dem nicht zwingend entgegen. Die Klärung der damit verbundenen Rechtsfragen wird durch den Referentenentwurf vielmehr pauschal der Rechtsprechung übertragen. Nach der Konzeption des Referentenentwurfs wird deshalb durch Auslegung der §§ 261, 337 und 344 StPO zu entscheiden sein, welche Voraussetzungen erfüllt sein müssen, damit eine Inbegriffsrüge in zulässiger Form erhoben ist und welche weiteren Voraussetzungen erfüllt sein müssen, damit sie auch begründet ist.⁵¹

Um denkbaren Fehlinterpretationen des Gesetzestextes entgegenzuwirken, die sich aus der Fortführung des schriftlichen Protokolls und seiner weiterhin bestehenden formellen Beweiskraft ergeben könnten, wäre nach Ansicht der BRAK eine Klarstellung im Gesetzestext hilfreich, die deutlich macht, dass eine Verwendung der Bild-Ton-Aufzeichnung oder jedenfalls des Transkripts als Beweismittel im Revisionsverfahren möglich sein soll. Bereits im Entwurf aus dem Jahr 2010 war die Möglichkeit der Verwendung der Bild-Ton-Aufzeichnung als Beweismittel zur Überprüfung von Verfahrensmängeln vorgesehen.⁵²

⁴⁷ Vgl. hierzu schon *Schmitt* NSTZ 2019, 1, 8; *Bartel* StV 2018, 678, 682.

⁴⁸ S. hierzu allgemein *MüKoStPO/Miebach* § 261 Rn. 48 ff..

⁴⁹ *MüKoStPO/Knauer/Kudlich*, Vorbem. zu § 333, Rn. 60; § 337 Rn. 77; *Hamm/Pauly*, Revision in Strafsachen, 8. Aufl., Rn. 1123 ff.

⁵⁰ *Hamm/Pauly*, Revision in Strafsachen, 8. Aufl., Rn. 1125.

⁵¹ Vgl. hier auch *Schmitt* NSTZ 2019, 1, 8.

⁵² Vgl. die im Gesetzentwurf (BRAK-Stellungnahme Nr. 1/2010) als § 352 Abs. 1 S. 2 StPO enthaltene Regelung: „Die Bild-Ton-Aufzeichnung der Hauptverhandlung ... kann nur zur Überprüfung von Mängeln des Verfahrens herangezogen werden.“

IV. Zum Inhalt des AE-ADH

Auch der Gesetzentwurf aus der Wissenschaft betont zutreffend das rechtspolitische Bedürfnis nach einer umfassenden Neuregelung.⁵³ Anders als der Referentenentwurf enthält er aber keine Verpflichtung zur Herstellung eines Transkripts. Das bisherige schriftliche Protokoll soll nach dem AE-ADH abgeschafft werden. Die Aufzeichnung soll mit einer Indexierung versehen werden, an der sich auch die Darstellungspflichten im Revisionsverfahren zu orientieren haben. Der AE-ADH sieht zudem eine Ergänzung des Revisionsrechts vor. Zu den einzelnen Bestimmungen:

1. § 271 StPO AE-ADH

Die in § 271 AE-ADH enthaltene Regelung geht über den Referentenentwurf des BMJ hinaus, indem sie eine generelle Aufzeichnungspflicht für tatrichterliche Hauptverhandlungen vorsieht. Danach wären von der Aufzeichnungspflicht auch die Hauptverhandlungen vor den Amtsgerichten und den Berufungskammern der Landgerichte erfasst. Auch eine solche umfassende Regelung einer Aufzeichnungspflicht wäre aus der Sicht der BRAK zu begrüßen. Schon die im Referentenentwurf vorgesehene schrittweise Einführung der Aufzeichnungspflicht für die erstinstanzlichen Verfahren vor den Land- und Oberlandesgerichten dürfte aber für die Justizverwaltungen mit erheblichen Belastungen verbunden sein. Um die sachlich vorrangige Einführung einer funktionierenden Aufzeichnungstechnik für diese Verfahren nicht zu verzögern, erscheint es vertretbar, die Ausdehnung der Aufzeichnungspflicht auf die Verfahren vor den Amtsgerichten und die Berufungsverfahren vor den Landgerichten zurückzustellen und diese erst im Rahmen einer späteren Gesetzesänderung zu vollziehen. Für die Verfahren vor den Amtsgerichten besteht nach dem Referentenentwurf zudem auch weiterhin die Pflicht, den wesentlichen Inhalt von Vernehmungen zu protokollieren. Ferner soll auch die schon bisher bestehende Möglichkeit der Aufzeichnung (§ 273 Abs. 2 StPO) nach dem Referentenentwurf beibehalten werden (vgl. § 272 Abs. 4 RefE).

Ebenso wie der Referentenentwurf geht auch der Alternativentwurf zutreffend davon aus, dass die Bild-Ton-Aufzeichnung Bestandteil der Akten werden muss und hierdurch dem Akteneinsichtsrecht der Verfahrensbeteiligten unterliegt. Daneben sieht der Alternativentwurf in § 271 Abs. 2 ebenfalls ein Zugangsrecht schon während der Hauptverhandlung vor. Dem ist – wie oben zum Referentenentwurf dargelegt – aus der Sicht der BRAK zuzustimmen.⁵⁴

2. Indexierung und Änderung des § 274

Der Alternativentwurf schlägt vor, in das Gesetz eine Verpflichtung zur Indexierung des Hauptverhandlungsprotokolls aufzunehmen. Die Kennzeichnung des Hauptverhandlungsprotokolls soll sich sodann auch auf den Umfang der Vortragspflicht bei Verfahrensrügen auswirken: Bei Verfahrensrügen, die auf Vorgänge in der Hauptverhandlung Bezug nehmen, wären nach dem neuen § 344 Abs. 2 S. 3 StPO die Abschnitte des Videoprotokolls, die sich auf diese Vorgänge beziehen, zu bezeichnen.

Während der Referentenentwurf des BMJ das bisherige schriftliche Protokoll beibehalten will, um eine schnelle Orientierung in Bezug auf die Einhaltung der wesentlichen Förmlichkeiten zu ermöglichen⁵⁵, sieht der AE-ADH hierin keinen ausreichenden Grund für die Beibehaltung des schriftlichen Protokolls.⁵⁶ Die Orientierungsfunktion soll stattdessen durch die Indexierung erfüllt werden.⁵⁷ Im Hinblick auf die

⁵³ AE-ADH, S. 9. ff. und S. 32 ff.

⁵⁴ Vgl. S. 7 und 8 der Stellungnahme.

⁵⁵ RefE, S. 18.

⁵⁶ AE-ADH, S. 47.

⁵⁷ AE-ADH, S. 36.

Zuverlässigkeit der Bild-Ton-Dokumentation ist im AE-ADH ein Verzicht auf die Regelung in § 274 StPO vorgesehen.⁵⁸

Nach Ansicht der BRAK würde auch ein solches Modell eine ausreichende Dokumentation der strafrechtlichen Hauptverhandlung gewährleisten. Die Entscheidung zwischen dem Modell des Referentenentwurfs des BMJ (Beibehaltung des schriftlichen Protokolls und des § 274 S. 1 StPO, automatische Erstellung eines Transkripts) und dem Modell des AE-ADH (Abschaffung des schriftlichen Protokolls, Streichung des § 274 S. 1 StPO; kein Transkript) sollte sich weniger an rechtlichen Fragestellungen als vielmehr an den technischen Möglichkeiten orientieren. Während das Protokollsystem des Referentenentwurfs des BMJ voraussetzt, dass eine automatische Transkription technisch möglich ist, sieht der AE-ADH gerade in der Unsicherheit der Transkriptionstechnik den maßgeblichen Grund für einen Verzicht auf diese Form der Umwandlung der Bild-Ton-Aufzeichnung.⁵⁹ Um das Ziel der raschen Überprüfbarkeit eines u.U. umfangreichen Protokolls zu erreichen, schreibt der AE-ADH demgegenüber eine Indexierung vor, lässt aber offen, ob der Index manuell oder ganz oder teilweise automatisiert durch Software erstellt werden soll.⁶⁰

Schon um etwaigen Unsicherheiten in der technischen Umsetzung zu begegnen, dürfte es sich aus der Sicht der BRAK aus rein praktischen Gründen anbieten, zunächst – wie im Referentenentwurf des BMJ vorgesehen – das bisherige schriftliche Protokoll beizubehalten. Dem kommt auch deshalb Bedeutung zu, weil sich bei der praktischen Umsetzung der Aufzeichnungspflicht Unterschiede zwischen den Ländern ergeben können. Dabei sollten – wie im AE-ADH vorgeschlagen – die vollständige Abschaffung des schriftlichen Protokolls in seiner bisherigen Form und des § 274 StPO sowie die Einführung eines Indexierungssystems als Fernziele im Auge behalten werden

3. Ergänzung der Revisionsvorschriften (§ 337 Abs. 3 StPO)

Der AE-ADH sieht eine Ergänzung des § 337 StPO um einen Absatz 3 vor. Danach soll eine Verletzung des Gesetzes auch vorliegen, wenn ein Beweismittel verwertet wird, das in der Hauptverhandlung nicht erhoben wurde oder nicht verwertet werden durfte oder der Inhalt der in der Hauptverhandlung erhobenen Beweise entweder überhaupt nicht oder offensichtlich unrichtig wiedergegeben wird.⁶¹

Was die rechtlichen Maßstäbe anbelangt, würde durch eine solche Ergänzung die bisherige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu § 261 StPO kodifiziert. Eine wesentliche Änderung würde darin liegen, dass das Videoprotokoll (die Bild-Ton-Aufzeichnung) zum Nachweis der Voraussetzungen für das Vorliegen eines solchen Verfahrensfehlers herangezogen werden kann. Damit stünde zugleich fest, dass ein Verbot zur Rekonstruktion der tatrichterlichen Hauptverhandlung nicht besteht. Der Nachweis von Verfahrensfehlern wäre dementsprechend erleichtert, der Kreis der Vorgänge, die gerügt werden können, damit im Ergebnis erweitert.

Eine ausdrückliche Ergänzung des Revisionsrechts um eine solche Bestimmung wäre aus der Sicht der BRAK zur Klarstellung zu begrüßen, aber nicht zwingend erforderlich, solange feststeht, dass die Bild-Ton-Aufzeichnung überhaupt zum Nachweis von Verfahrenstatsachen herangezogen werden darf. Das sollte – wie oben ausgeführt – auch nach dem Modell des Referentenentwurfs des BMJ grundsätzlich möglich sein.

⁵⁸ AE-ADH, S. 46/47.

⁵⁹ AE-ADH, S. 51/52.

⁶⁰ AE-ADH, S. 54/55.

⁶¹ S. hierzu AE-ADH, S. 42 ff.

4. Nachweis von Verfahrensfehlern (§ 352)

Neben der Anpassung der Vortragspflicht bei Verfahrensrügen durch § 344 Abs. 2 S. 3 StPO sieht der AE-ADH auch Änderungen im weiteren Gang des Revisionsverfahrens vor. So enthält der Entwurf in § 347 Abs. 1 S. 4 eine Verpflichtung für die Staatsanwaltschaft, in der Gegenerklärung die relevanten Abschnitte des Videoprotokolls ebenso genau zu bezeichnen, wie dies nach dem Entwurf in der Revisionsbegründung zu geschehen hat. Bezieht sich der Revisionsvortrag auf Vorgänge in der Hauptverhandlung, so kann (nicht: muss) das Gericht, dessen Urteil angefochten wird, sich hierzu innerhalb von zwei Wochen erklären. Auch insoweit gilt eine Verpflichtung, die entsprechenden Abschnitte des Hauptverhandlungsprotokolls zu bezeichnen.⁶² Nach dem Entwurf wird durch dieses Verfahren zugleich die Grundlage für die Entscheidung des Revisionsgerichts bestimmt: Durch die neue Regelung in § 352 Abs. 1 S. 2 erhält das Revisionsgericht die Befugnis, sich bei seiner Entscheidung nur auf die Abschnitte des Videoprotokolls zu stützen, die in der Revisionsbegründung, der Gegenerklärung und der Erklärung des Gerichts bezeichnet worden sind.⁶³

Aus der Sicht der BRAK wäre ein solches Verfahren grundsätzlich geeignet, die Revisionsgerichte zu entlasten und vor der vielfach befürchteten Verpflichtung zu schützen, umfangreiche Bild-Ton-Aufzeichnungen vollständig zur Kenntnis nehmen zu müssen. Zu beachten bliebe dabei aber, dass nach der Rechtsprechung des Großen Senats für Strafsachen auch für die Revisionsgerichte die Verpflichtung zur Erforschung des wahren Sachverhalts gilt.⁶⁴ Würde die Entscheidungsgrundlage alleine durch den Vortrag der am Revisionsverfahren beteiligten „Parteien“⁶⁵ und die Erklärung des Gerichts bestimmt, läge hierin eine erhebliche Einschränkung dieses Grundsatzes.

5. § 353d Nr. 4 StGB

Auch der Alternativ-Entwurf geht davon aus, dass der in § 353d StGB enthaltene Straftatbestand um eine neue Nr. 4 ergänzt werden sollte. Nach dem AE-ADH soll sich strafbar machen, wer ein Videoprotokoll einer Hauptverhandlung in Strafsachen ganz oder teilweise an unbefugte Personen weitergibt oder öffentlich mitteilt.⁶⁶

Der Wortlaut weicht damit nur geringfügig vom Text des Referentenentwurfs ab. Da nach dem Referentenentwurf schon die Weitergabe an eine Person ein Verbreiten darstellen kann, wenn der Täter damit rechnet, dass die Aufzeichnung im Anschluss einer größeren nicht mehr kontrollierbaren Zahl von Personen zugänglich gemacht wird,⁶⁷ dürften sich in der Praxis keine allzu großen Unterschiede im Anwendungsbereich ergeben. Indem der AE-ADH schon jede Weitergabe an unbefugte Personen unter Strafe stellt, bestimmt er den Kreis der strafbaren Handlungen allerdings weit. Die im Referentenentwurf enthaltene Formulierung, nach der es zur Strafbarkeit führt, wenn die Aufzeichnung verbreitet oder öffentlich zugänglich gemacht wird, erscheint demgegenüber besser geeignet, die strafwürdigen Fälle zu erfassen.

6. Folgeänderungen

Aus dem Grundkonzept des AE-ADH ergeben sich eine Reihe von Folgeänderungen, die im Entwurf im Einzelnen aufgeführt sind. Als Folge einer umfassenden Aufzeichnung der Hauptverhandlung und eines vollständigen Verzichts auf das schriftliche Protokoll würden verschiedene im Gesetz enthaltene

⁶² Hierzu AE-ADH, S. 66/67.

⁶³ Hierzu AE-ADH, S. 69.

⁶⁴ BGH, Beschl. v. 23.04.2007 – GSSt 1/06 = BGHSt 51, 298, 309 = NJW 2007, 661.

⁶⁵ Nach AE-ADH, S. 67 ist das Revisionsverfahren als „Parteiverfahren“ ausgestaltet.

⁶⁶ Hierzu AE-ADH, S. 70 f.

⁶⁷ RefE S. 27.

Protokollierungspflichten (z.B. in § 249 Abs. 2 und § 255 StPO) ihren Sinn verlieren. Sie sollen nach dem Entwurf durch die Verpflichtung ersetzt werden „für das Protokoll festzustellen“, dass bestimmte Vorgänge stattgefunden haben. Daneben ergeben sich u.a. Änderungen im Bereich der §§ 247 und 247a StPO. Einer Änderung bedarf ferner auch § 169 GVG. Auf diese Änderungen soll im Rahmen dieser Stellungnahme nicht im Einzelnen eingegangen werden.

Als Folge aus der Erweiterung der Begründungspflicht sieht der Entwurf eine Erweiterung der Regelungen über die notwendige Verteidigung in § 140 StPO vor. Ein Fall notwendiger Verteidigung soll nach dem neuen § 140 Nr. 12 StPO gegeben sein, wenn zur Begründung einer Rüge gemäß § 337 Abs.3 StPO auf ein Videoprotokoll Bezug genommen wird. Eine solche Erweiterung, die an die Vortragspflicht anknüpft, wäre aus der Sicht der BRAK zu begrüßen.

V. Fazit

Durch die im Referentenentwurf des BMJ eines Gesetzes zur digitalen Dokumentation der strafgerichtlichen Hauptverhandlung (Hauptverhandlungsdokumentationsgesetz – DokHVG) vorgesehene Bild-Ton-Aufzeichnung wird ein wesentlicher Mangel des gegenwärtigen Strafprozessrechts beseitigt. Schon weil zu erwarten ist, dass bis zur praktischen Umsetzung durch die Justizverwaltungen noch ein erheblicher Zeitraum vergehen wird, sollte das Gesetzgebungsverfahren möglichst rasch vorangebracht werden. Die Einführung eines modernen audiovisuellen Aufzeichnungssystems wäre ein Meilenstein in der Entwicklung des deutschen Strafprozesses. Angesichts des heute erreichten Standes der Aufzeichnungstechnik ist sie ein Gebot der Stunde.

* * *