

Der überarbeitete Regierungsentwurf zum Hauptverhandlungsdokumentationsgesetz: „Radio Killed the Video Star“

von Dr. Eren Basar und
Christian Heinelt*

Abstract

Am 22. November 2022 hat das Bundesministerium der Justiz (BMJ) den Referentenentwurf für das „Gesetz zur digitalen Dokumentation der strafgerichtlichen Hauptverhandlung“ (Hauptverhandlungsdokumentationsgesetz – DokHVG) vorgestellt. Der Entwurf sollte mit der Einführung einer Bild-Ton-Aufzeichnung und einer automatisierten Transkription zur Dokumentation die erstinstanzliche Hauptverhandlung in die Moderne bringen. Während der Vorschlag von der Anwaltschaft weitestgehend begrüßt wurde,¹ ist er insbesondere in der Richterschaft und unter Staatsanwälten auf zum Teil heftige Kritik gestoßen.² Daraufhin hat der Bundesjustizminister am 6. April 2023 einen Kompromissvorschlag vorgelegt: auf die verpflichtende visuelle Aufzeichnung der Hauptverhandlung soll verzichtet werden. Das Bundeskabinett hat den neuen Entwurf³ am 10. Mai 2023 beschlossen, während der federführende Rechtsausschuss dem Bundesrat am 7. Juli 2023 eine ablehnende Stellungnahme empfahl⁴.

On 22 November 2022, the Federal Ministry of Justice presented the draft bill for the “Act on Digital Documentation of Criminal Court Main Proceedings“. The draft was intended to bring court main hearings of first instance into the modern era with the introduction of video-sound recording and automated transcription for documentation. While the proposal was widely welcomed by defence attorneys, it was met with harsh criticism by judges and public prosecutors. As a result, the Federal Ministry of Justice presented a compromise proposal on 6 April 2023: the mandatory visual recording of the main hearing will be abolished. The Federal Cabinet approved the new draft on 10 May 2023, while the responsible Legal Affairs Committee recommended a negative opinion to the Federal Council on 7 July 2023.

I. Ton ohne Bild – ein Kompromiss?

Nur wenige Reformvorschläge der jüngeren Vergangenheit haben zu einer solchen Kontroverse in der juristischen Fachöffentlichkeit geführt wie der Referentenentwurf zum DokHVG.⁵ Während etwa die Justiz-Gewerkschaft davon sprach, dass das DokHVG eine missbrauchsanfällige und überflüssige „Ohrfeige für den Opferschutz“ sei und die Justizhaushalte der Länder zu sprengen drohe,⁶ warfen Stimmen aus der Rechtsanwaltschaft der Justiz „Angst vor der Wahrheit“ vor.⁷

Der Regierungsentwurf gibt der Kritik aus der Justiz teilweise nach, indem er die Tonbandaufnahme und deren Transkription als obligatorische digitale Dokumentationsform beibehält (§ 271 Abs. 2 StPO-E), die Bildaufnahme aber nicht mehr verpflichtend anordnet. Gleichzeitig sollen die Landesregierungen dazu ermächtigt werden, durch eine Rechtsverordnung die Dokumentation durch eine Bildaufzeichnung einzuführen, wobei sie sich auch zunächst auf einzelne Gerichte, Spruchkörper oder allgemein bestimmte Verfahren beschränken können (§ 19 Abs. 1 EGStPO-E) – die Landesregierungen können sich also auch dazu entscheiden, die visuelle Dokumentation zunächst im Rahmen eines „Pilotprojekts“ zu testen oder nur auf bestimmte Verfahren zu beschränken, bei denen die Vermutung besteht, dass die Videoaufnahme als weniger persönlichkeitsinvasiv empfunden wird als es etwa bei Sexualstrafverfahren der Fall wäre.

Die Tonaufzeichnung hat für sich, dass sie gegebenenfalls von den Prozessbeteiligten als weniger irritierend wahrgenommen wird als es eine filmende Kamera. Zudem mag hier die „Angst vor dem Unbekannten“ der Justiz geringer sein, denn sowohl § 273 Abs. 2 S. 2 StPO als auch § 169

* Die Verfasser sind Rechtsanwälte und arbeiten in der auf Wirtschafts- und Steuerstrafrecht spezialisierten Kanzlei Wessing & Partner in Düsseldorf. Der Beitrag ist eine Fortsetzung zu *Basar/Heinelt*, KriPoZ 2023, 23 ff.

¹ Vgl. die Stellungnahmen des Strafrechtsausschusses der Bundesrechtsanwaltskammer, des Ausschusses Strafrecht des Deutschen Anwaltsvereins, der Strafverteidigervereinigungen, des Gesetzgebungsausschusses des Deutschen Strafverteidiger e.V. und des Republikanischer Anwältinnen- und Anwälteverein e.V. – allesamt: https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/DokHVG_Hauptverhandlungsdokumentationsgesetz.html (zuletzt abgerufen am 26.6.2023).

² Vgl. die Stellungnahmen des Deutschen Richterbundes, des Neue Richtervereinigung e.V. und der Deutschen Justiz-Gewerkschaft (s. Fn. 1).

³ Gesetzentwurf der Bundesregierung zum Hauptverhandlungsdokumentationsgesetz (DokHVG) https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE_%20DokHVG_Hauptverhandlungsdokumentationsgesetz.pdf?__blob=publicationFile&v=3 (zuletzt abgerufen am 26.6.2023)

⁴ BR-Drs. 227/1/23.

⁵ Noch hitziger war wohl nur die Auseinandersetzung über den am 21.12.2021 durch das „Gesetz zur Wiederherstellung materieller Gerechtigkeit“ neu eingeführten § 362 Nr. 5 StPO, zu dem das *BVerfG* am 24.5.2023 mündlich verhandelt hat.

⁶ Stellungnahme der DJG (S. 1).

⁷ So der Autor *Basar*, in: <https://www.unternehmensstrafrecht.de/angst-vor-der-wahrheit/> (zuletzt abgerufen am 26.6.2023).

Abs. 2 GVG erlauben bereits jetzt in bestimmten Fällen die vollständige oder teilweise Tonaufnahme der Hauptverhandlung.⁸ Andere Vorteile dieser Lösung kann man insbesondere mit Blick auf den zeitlichen Horizont ihrer Einführung – die digitale Dokumentation soll erst 2030 für alle Land- und Oberlandesgerichte verpflichtend werden – aber durchaus anzweifeln. So dürfte ein Tonaufnahmegerät bereits heute nicht mehr „deutlich günstiger in Anschaffung und Unterhalt“ und „viel einfacher zu handhaben“ sein als eine Kamera.⁹

Die Bundesregierung hat – jedenfalls bislang – nicht erklärt, warum der erste Entwurf nach nur so kurzer Zeit angepasst wurde. Hierfür scheinen (rechts-)politische Gründe zu sprechen.

Zum einen kann sich die Bundesregierung auf den Bericht der Expertinnen- und Expertengruppe zur Dokumentation der strafgerichtlichen Hauptverhandlung aus Juni 2021 berufen, der die Kombination aus Tonaufzeichnung und Transkription als das gegenüber einer Bild-Ton-Aufzeichnung vorzugswürdige Modell hervorgehoben hatte.¹⁰ Durch die Entfernung der Bildaufnahme aus dem im Referentenentwurf vorgesehenen „Dokumentationspaket“ kann die Regierung außerdem den größten Kritikpunkt der Vertreter der Justiz streichen und gleichzeitig mit der genannten Verordnungsermächtigung die Entscheidung für oder gegen die Bildaufzeichnung auf die Landesregierungen übertragen. Damit wird die visuelle Dokumentation nicht *ad acta* gelegt. Gleichwohl wird man annehmen können, dass die allermeisten Bundesländer die Auseinandersetzung (und die Mehrkosten für die technische Ausstattung) ebenfalls scheuen und die Verordnungsermächtigung ungenutzt lassen werden. Ob diese Zurückhaltung dann als vertane Chance oder als Abwendung befremdlicher Divergenzen in den Strafprozessregeln der Länder zu bewerten sein wird, kann erstmal dahinstehen.

Der praktisch vollständige Verzicht auf die Bildaufnahme wird dazu führen, dass nonverbale Verhaltensweisen der Prozessbeteiligten nicht mehr in der Rückschau feststellbar sind, obgleich sie etwa für die Würdigung einer Zeugenaussage oder die Begründung eines Befangenheitsantrags von zentraler Bedeutung sein können. So wird der Fingerzeig eines Zeugen oder das demonstrative Augenrollen eines befangenen Richters weiterhin Potential für kontroverse Diskussionen zwischen den Prozessbeteiligten haben. Vorzugswürdig wäre es gewesen, wenn der Regierungsentwurf differenzierte Regelungen eingeführt hätte, um die Vorteile der audiovisuellen Aufzeichnung und eventuell berechtigte Bedenken in Ausgleich zu bringen.¹¹

Nicht zuletzt bleibt fraglich, ob der von der Bundesregierung gewählte Ansatz auf eine größere Akzeptanz in der Justiz stoßen wird. Die deutschen Generalstaatsanwältinnen und Generalstaatsanwälte haben bereits in ihrer Stellungnahme vom 26. Januar 2023 klar gemacht, dass ihre (höchst kritischen) Ausführungen zur Videoaufzeichnung für bloß akustische Aufzeichnungen – mit oder ohne Transkription – entsprechend gelten sollen.¹²

II. Weitere Änderungen

Obgleich der Verzicht auf die obligatorische Bildaufzeichnung die tiefgreifendste Änderung des Regierungsentwurfs gegenüber dem Referentenentwurf ist, sind auch die Anpassungen in zwei Regelungsbereichen einen genaueren Blick wert: der Schutz der Persönlichkeitsrechte der Betroffenen sowie die Nutzung der Tonbandaufzeichnung im weiteren Verfahren.¹³

§ 273 StPO-E enthält in Abs. 2 einen Verweis auf § 172 Nr. 1 (beschränkt auf die Gefährdung der Staatssicherheit) und Nr. 1a GVG, der in den dort genannten Fällen dem Gericht erlaubt, durch unanfechtbaren Beschluss von der Aufzeichnung und der Transkription abzusehen. Dies kann das Gericht nach seinem pflichtgemäßen Ermessen und entweder alternativ oder kumulativ zu dem Ausschluss der Öffentlichkeit anordnen. Nur auf dem ersten Blick überrascht, dass damit die Gründe für einen Ausschluss der Öffentlichkeit weiter sind als für ein Absehen von der Tonbandaufzeichnung und Transkription. Dem lässt sich nicht etwa die Wertung entnehmen, dass der Öffentlichkeitsgrundsatz weniger wert sei als der Dokumentationsgrundsatz. Stattdessen trägt der Regierungsentwurf damit dem Umstand Rechnung, dass die Nutzung, Aufbewahrung und der Zugang zu den Dokumentationsmitteln eng reguliert ist, während Prozessgeschehnisse, die an die Öffentlichkeit kommen, der Kontrolle der Justizbehörde entzogen sind.

Obwohl einiges dafürspricht, dass die Bildaufzeichnung bei den Landesregierungen nur wenig Anklang finden wird, beschränkt sich § 19 EGStPO-E nicht mehr nur auf den programmatischen Hinweis auf die Persönlichkeitsrechte der aufgezeichneten Personen, sondern spezifiziert die Anforderungen an die Bildaufzeichnung – das Gericht muss danach eine Kameraeinstellung wählen, die den Zuschauerraum nicht erfasst und zudem dürfen keine Nahaufnahmen von Verfahrensbeteiligten erfolgen.

Die Neuregelung des § 68 Abs. 3 S. 4 StPO-E, wonach unter den Voraussetzungen des Satzes 1 auch technische Maßnahmen zum Schutz der Identität des Zeugen ergrif-

⁸ Zur Geschichte in Kurzform *Valerius*, GA 2023, 319 (319).

⁹ So aber *Mosbacher*, LTO v. 29.1.2023, <https://www.lto.de/recht/justiz/j/dokumentation-hauptverhandlung-strafverfahren-aufzeichnung-aussagen-video-tonaufnahme-gesetzentwurf/> (zuletzt abgerufen am 26.6.2023).

¹⁰ Vgl. https://www.bmj.de/SharedDocs/Artikel/DE/2021/0701_Dokumentation_Hauptverhandlung.html (zuletzt abgerufen am 26.6.2023), vgl. auch Reg-E, S. 14.

¹¹ Vgl. *Valerius*, GA 2023, 319 (331).

¹² Vgl. die Stellungnahme, S. 4 – abzurufen unter: https://generalstaatsanwaltschaft-celle.niedersachsen.de/download/194315/Stellungnahme_der_deutschen_Generalstaatsanwaeltinnen_und_Generalstaatsanwaelte_zum_Referentenentwurf_eines_Gesetzes_zur_digitalen_Dokumentation_der_strafgerichtlichen_Hauptverhandlung_vom_26.01.2023.pdf (zuletzt abgerufen am 26.6.2023).

¹³ Vgl. ausführlich zu den weiteren Änderungen: *Valerius*, GA 2023, 319 (332 ff.).

fen werden sollen, soll sowohl für die obligatorische Tonbandaufnahme also auch für eine durch Rechtsverordnung eingeführte Bildaufnahme gelten.

Der Regierungsentwurf nimmt die Einführung der Hauptverhandlungsdokumentation zudem zum Anlass für Änderungen des Revisionsrechts, die nicht nur die Nutzung der digitalen Dokumentation in der Revision betreffen, sondern darüber hinaus Bedeutung haben werden. So verschärft der Regierungsentwurf die sowieso schon hohen formalen Anforderungen an die Begründung einer Revision wegen eines Verfahrensfehlers in § 344 Abs. 2 StPO, indem dort nunmehr auch die Benennung des Fehlers in der Rechtsanwendung verlangt werden soll. Diese Anpassung soll im Zusammenspiel mit den neuen §§ 352 Abs. 1 S. 2 StPO-E und 352 Abs. 3 StPO-E verhindern, dass das Rekonstruktionsverbot zugunsten einer verstärkten Kontrolle der Tatgerichte aufgeweicht wird. Hierzu soll zum einen klargestellt werden, dass die einen Verfahrensmangel stützenden Tatsachen nicht nur bezeichnet, sondern erwiesen sein müssen (Abs. 1 S. 2). Zum anderen muss das herangezogene Beweismittel den behaupteten Verfahrensmangel eindeutig belegen – ist es trotz des Beweismittels möglich, dass weitere Beweiserhebungen dem Beweismittel die maßgebliche Bedeutung für das Urteil genommen haben oder sollen nur Feststellungen oder Wertungen angegriffen werden, die dem Tatgericht vorbehalten sind, so soll es an der hinreichenden Eindeutigkeit des Beweismittels fehlen (Abs. 3). Hierin liegt nicht weniger als die Normierung des Rekonstruktionsverbots und seiner Durchbrechung bei evidenten und „paraten“ Beweismitteln.¹⁴

Inwiefern diese Einschränkungen tatsächlich Bedeutung für die Nutzung der digitalen Dokumentationen als Beweismittel im Revisionsverfahren haben werden, wird im Ergebnis davon abhängen, wie eng der *BGH* das Tatbestandsmerkmal „ohne weiteres erkennbar“ verstehen wird. Ton- und ganz besonders Bildaufzeichnungen belegen die objektive Wahrheit besonders nachdrücklich, so dass Verfahrensfehler wohl in der Regel so klar erkennbar sein werden, dass sie kaum Streit über ihr Vorliegen oder Fehlen zulassen werden. Die in § 352 Abs. 3 S. 2 StPO-E genannten Regelbeispiele für die fehlende Erkennbarkeit des zu beweisenden Verfahrensmangels erscheinen dagegen missraten, da sie gerade nicht die Erkennbarkeit eines Verfahrensmangels in Frage stellen, sondern auf Grundlage unklarer normativer Wertungen die Nutzbarkeit der digitalen Dokumentation in der Revision zurückdrängen sollen. Gerade das zweite Regelbeispiel lässt offen, was „Feststellungen oder Wertungen“ sind, die „dem Tatgericht vorbehalten sind“. Es ist zu befürchten, dass der *BGH* diese Einschränkung nutzen wird, um eindeutigen Verfahrensfehlern ihre Revisibilität abzusprechen.¹⁵

III. Schlussbetrachtung und Ausblick

Am 7. Juli 2023 hat der Rechtsausschuss des Bundesrats seine Empfehlung für eine Stellungnahme an die Länderkammer gegeben. Sollte sich der Bundesrat dieser Empfehlung anschließen – was zu erwarten ist –, wird der Bundesrat fordern, von dem Gesetzesvorhaben insgesamt Abstand zu nehmen. Der Rechtsausschuss stützt dies darauf, dass die Verfahrensbeteiligten keine Dokumentation benötigen würden, da sie selbst an der Hauptverhandlung beteiligt seien und diese unmittelbar miterleben würden – durch das Gesetz würde der Justiz ein Hilfsmittel „aufgezwungen“ werden, dass diese nicht wollen.¹⁶ Außerdem sei die Umsetzung und Durchführung der digitalen Dokumentation ein „Großprojekt“, dass der bereits stark belasteten Strafjustiz nicht aufgebürdet werden sollte.¹⁷

Für den Fall, dass der Bundestag an dem Gesetz festhalten sollte, formuliert die Ausschussempfehlung Änderungen des Gesetzesentwurfs, die das bereits angepasste Gesetz noch weiter verwässern würden. So soll insbesondere von der Transkription der Tonaufzeichnung abgesehen werden, es sollen weitere Fälle geschaffen werden, in denen von der Dokumentation abzusehen ist und die Umsetzungsfrist soll auf 2035 verlängert werden.

Da es sich bei dem DokHVG um ein sog. Einspruchsgesetz handelt, könnte der Bundesrat das Gesetz durch die Anrufung des Vermittlungsausschusses allenfalls verzögern – ein Vetorecht kommt der Länderkammer nicht zu. Dies lässt darauf hoffen, dass der Bundestag an dem jetzigen Entwurf festhält, zumal es sich bereits nur um einen kleinen Schritt handelt, der das volle Potential der Digitalisierung nicht nutzt.

Wie sich die neuen Dokumentationsformen dann in der Praxis auswirken werden, wird indes frühestens in fünf Jahren abzuschätzen sein. Erst im Jahr 2028 werden nämlich die sog. Staatsschutzsenate bei den Oberlandesgerichten als erste Gerichte zur Einführung der digitalen Dokumentation verpflichtet sein.

Bereits seit einigen Jahren kommt zudem immer wieder die Diskussion zu der Einführung einer Dokumentationspflicht im Ermittlungsverfahren auf.¹⁸ Inspiriert durch die gesetzgeberischen Aktivitäten rund um das DokHVG, stand dieses Thema auch auf der Tagesordnung des 44. Strafverteidigertags, der den provokanten Titel „Ist unser Rechtsstaat noch zu retten?“ trug. Die Strafverteidiger und Strafverteidigerinnen formulierten hier eine nachdrückliche Forderung: zumindest polizeiliche Vernehmungen und Ermittlungshandlungen sollten akustisch aufgezeichnet werden. Andernfalls verbliebe der Polizei eine „unangemessene Definitionsmacht“ über den Inhalt der Vernehmungsprotokolle und Ermittlungsmaßnahmen.¹⁹

¹⁴ Reg-E, S. 16.

¹⁵ So ähnlich wird dies aus Sicht von Verteidigern jedenfalls bei Entscheidungen nach § 349 Abs. 2 StPO gehandhabt vgl. *Burhoff*, Handbuch für die strafrechtlichen Rechtsmittel, 2. Aufl. (2016), Teil A Rn. 2152.

¹⁶ Ausschussempfehlung (Fn. 4), S. 1 f.

¹⁷ Ausschussempfehlung (Fn. 4), S. 2.

¹⁸ Vgl. z.B. *Altenhain*, ZIS 2015, 269; *von Schlieffen*, Freispruch – Mitgliederzeitung der Strafverteidigervereinigungen, 2014, S. 1.

¹⁹ Die LTO berichtet: <https://www.lto.de/recht/juristen/b/strafverteidigertag-funktionales-strafrecht-reformen-bagatelldelikte-cannabis-entkriminalisierung/> (zuletzt abgerufen am 26.6.2023).

Die Ermittlungsbehörden werden wohl kaum zu den Anhängern dieses Vorschlags gehören. Im Gegensatz zu den Gerichten, die aufgrund der Öffentlichkeit ihrer Verhandlungen an ein gewisses Maß von Beobachtung gewöhnt sind, würden Polizei und die Staatsanwaltschaft die Einführung einer Zwangsdokumentation ihrer Ermittlungsmaßnahmen wohl als besonders intensiven Eingriff in ihre Ermittlungsautonomie empfinden. Im Lichte des

DokHVG wäre zumindest eine teilweise obligatorische digitale Dokumentation des Ermittlungsverfahrens jedoch nur konsequent, denn die Ermittlungshandlungen der Staatsanwälte und Ermittlungsbeamte sind zumeist von zentraler Bedeutung für die Wahrheitsfindung und oftmals nicht weniger eingriffsintensiv als die Durchführung der Hauptverhandlung.