

Stellungnahme von
Richter am Bundesgerichtshof Prof. Dr. Andreas Mosbacher
Entwurf eines Gesetzes zur digitalen Dokumentation der strafgerichtlichen
Hauptverhandlung (Hauptverhandlungsdokumentationsgesetz) BT-Drs. 20/8096
Öffentliche Anhörung Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages (11.10.2023)

I. Allgemeines

1. Der Gesetzesentwurf beendet die nur historisch erklärbare Besonderheit, dass bei der erstinstanzlichen Verhandlung von Schwerekriminalität – anders als in allen anderen gerichtlichen Verfahren in Deutschland¹ und weitgehend in Europa² – keine Dokumentation des Inhalts der Beweisaufnahme erfolgt. Er ist uneingeschränkt zu begrüßen. Viele – gerade jüngere – Kolleginnen und Kollegen in der Strafjustiz haben ein großes Verständnis dafür, dass der technische Fortschritt auch vor ihrem Gerichtssaal nicht Halt machen wird, wo man insoweit derzeit noch wie im Jahr 1879 verhandelt.

2. Aufzeichnung und Transkription schaffen eine objektive Grundlage für alle Verfahrensbeteiligte, um mit Beweisergebnissen in der weiteren Verhandlung umzugehen (etwa um Vorhalte machen zu können). Dem Gericht wird dies gerade bei längeren Verfahren für die Urteilsberatung und die Urteilsabsetzung helfen.³ Richterinnen und Richter werden von diesen Hilfsmitteln ebenso profitieren wie Wahrheitsfindung und Rechtsfrieden. Bislang stellt das Gericht im Urteil den Inhalt von Aussagen verbindlich fest. Es tut einem Verfahren aus systematischen Gründen aber nicht gut, wenn nur einem Teil der Verfahrensbeteiligten die exklusive Definitionsmacht darüber zukommt, was Angeklagte, Zeugen und Sachverständige in der Hauptverhandlung gesagt haben. Mit „Misstrauen“ gegenüber der Justiz hat dieser Befund nichts zu tun. Es ist zudem nicht Aufgabe der mit der Beweisaufnahme beschäftigten Richterinnen und Richter, in der Art von Stenographen Aussageinhalte mitzuschreiben.

3. Der Gesetzentwurf passt die technische Dokumentation der Hauptverhandlung klug und schonend in das bisherige Prozessrecht ein. Die Tonaufzeichnung bildet dabei die Grundlage, das automatische Transkript ist lediglich ein Hilfsmittel, dessen Übereinstimmung mit der Tonaufzeichnung vom Gericht nicht überprüft werden muss. Tonaufzeichnung und Transkript werden als Aktenbestandteile solange aufbewahrt wie die

¹ Vgl. näher Mosbacher, ZRP 2019, 158.

² Vgl. von Galen, StraFo 2019, 309 ff.

³ Vgl. zu entsprechenden Erfahrungen Schmitt, NSTZ 2019, 1 ff.

Akten selbst (§ 273a Abs. 1 StPO-E) und stehen damit für mögliche Wiederaufnahmeverfahren zur Verfügung. Die derzeitige technische Entwicklung lässt begründet erwarten, dass das Transkript im Zeitpunkt seiner Einführung eine für seine Funktion ausreichende Qualität hat; im Zweifel kann auf die (damit elektronisch zu verknüpfende) Tonspur zurückgegriffen werden. Das Transkript ist für die tägliche Arbeit unverzichtbar, da es den Inhalt der Tonaufzeichnung unmittelbar lesbar (und durchsuchbar) erschließt und das Abhören von Aufzeichnungen weitgehend entbehrlich macht. Der bisherige Zeitplan zur Umsetzung der Neuerungen erscheint auch vor dem Hintergrund der Pilotierung angemessen, eine zeitliche Verschiebung nicht angebracht.

4. Das bisherige Formalprotokoll bleibt nach dem Entwurf erhalten, kann aber anhand der Tonaufzeichnung korrigiert werden (§ 274 StPO-E). Das ist wichtig, weil die Hauptverhandlung auch bei vorübergehenden technischen Schwierigkeiten fortgesetzt werden soll (§ 273 Abs. 1 StPO-E), es trotz Aufzeichnung später zu Datenverlust kommen kann und in jedem Fall die wesentlichen Formalien der Hauptverhandlung zuverlässig dokumentiert werden müssen. Ob daran auch später noch festzuhalten sein wird, hängt von der technischen Entwicklung ab.

5. Die Beschränkung des Entwurfs auf die verpflichtende Audioaufzeichnung ist zu begrüßen, weil diese für die Ziele des Entwurfs ausreicht und dem geringen Mehrwert einer Bildaufzeichnung erhebliche Eingriffe in die Persönlichkeitsrechte von Verfahrensbeteiligten entgegenstehen.⁴ Die in Artikel 3 § 19 EGStPO-E vorgeschlagene zusätzliche Option für Bildaufnahmen erscheint nicht zielführend, auch wenn es schon aus fiskalischen Gründen kaum zum befürchteten „Flickenteppich“ von Verfahrensweisen kommen wird. Sinnvoller wäre es, nach ersten Erfahrungen mit der Tondokumentation der Hauptverhandlung (und nach einer Evaluation des neuen Modells) die Vor- und Nachteile einer zusätzlichen Bildaufnahme erneut zu diskutieren.

6. Der Schutz besonders geheimhaltungswürdiger Inhalte oder Personen wird durch die Absehensregelung in § 273 Abs. 2 StPO-E ausreichend gewährleistet. Eine Erweiterung der Regelung, etwa bei Vorwürfen von Sexualstraftaten, ist nicht geboten. Gerade in solchen Verfahren kommt es bei Aussage-gegen-Aussage-Konstellationen mehr als in allen anderen Verfahren auf die genauen Aussageinhalte an; mehrtägige Vernehmungen sind dabei nicht selten. Durch die strafprozessualen und

⁴ Vgl. Mosbacher, LTO v. 29.1.2023.

strafrechtlichen Vorschläge des Entwurfs wird ein ausreichender Schutz solcher Aussageinhalte (§ 273b StPO-E und § 353d Nr. 4 StGB-E) gewährleistet. Schon heute ist etwa bei Vorwürfen sexuellen Missbrauchs die Bild-Ton-Aufnahme von Zeugenaussagen im Ermittlungsverfahren die Regel (§ 58a Abs. 1 StPO), weil gerade dies der Wahrheitsfindung und der Schonung von Opfern solcher Straftaten dient. Ein nennenswerter Missbrauch solcher Aufnahmen ist nicht zu verzeichnen. In derartigen Fällen auf die Aufzeichnung einer Aussage in der Hauptverhandlung zu verzichten, wäre nicht nur systemwidrig, sondern auch kontraproduktiv für die Wahrheitsfindung gerade in besonders schwierigen Beweiskonstellationen.

7. Die Auswirkungen der Aufzeichnung auf das Rechtsmittel der Revision werden durch die vorgeschlagene Neuregelung in § 352 Abs. 3 StPO-E minimiert. Zwar erweitert die Dokumentation der Hauptverhandlung die Möglichkeiten für Revisionsführer, Widersprüche zwischen der Darstellung von Beweisergebnissen im Urteil zu denen der Hauptverhandlung als Verstoß gegen § 261 StPO zu rügen (Inbegriffsrüge). Derartige Rügen sind aber systematisch nichts Neues, sondern auch jetzt bei verlesenen Urkundeninhalten (etwa auch langen Vernehmungsprotokollen) möglich. Auch heute schon unterscheidet das Revisionsgericht dabei zwischen der rechtlich überprüfbaren Darstellung des Beweisinhalts in den Urteilsgründen und der allein dem Tatgericht obliegenden Beweiswürdigung. Die Beschränkung von Verfahrensrügen in Zusammenhang mit Beweisinhalten auf gleichsam „parate Beweismittel“⁵ nach § 352 Abs. 3 StPO-E und die Verpflichtung für den Revisionsführer, die den Rechtsfehler begründenden Tatsachen vollständig schriftlich vortragen zu müssen, lassen eine dauerhafte erhebliche Zunahme von Verfahrensrügen insoweit nicht erwarten.

8. Durch die Umstellung von einem seit 1879 bestehenden auf ein neues System der Hauptverhandlungsdokumentation wird es zu einer vorübergehenden Mehrbelastung der Strafjustiz kommen, sowohl durch die neue Technik wie durch das neue Prozessrecht, an das sich alle Verfahrensbeteiligten erst einmal gewöhnen müssen. Für diese Übergangsphase müssen einer schon heute vielfach am Limit arbeitenden Strafjustiz die notwendigen technischen und personellen Ressourcen an die Hand gegeben werden. Nur dann wird die Neuregelung auch bei der von der Umstellung besonders betroffenen Richterschaft auf die notwendige Akzeptanz stoßen.

⁵ Zur Terminologie Herdegen, StV 1992, 590 ff.; Wehowsky, StV 2018, 177 ff.

II. Einzelregelungen - Änderungsvorschläge

1. Verwendungsbeschränkung in § 273a Abs. 2 Satz 4 StPO-E

a) Inhalt der Neuregelung

In § 273a StPO-E werden Speicherung und Verwendung von Aufzeichnung und Transkript geregelt. Nach § 273a Abs. 2 StPO-E gibt es einzelne Verwendungsbeschränkungen. In Satz 4 heißt es: „Aufzeichnungen und Transkripte sind in den Verfahren, in denen die Aufzeichnung und Transkription erfolgt, keine Beweismittel im Sinne des § 244.“

Nach der Gesetzesbegründung soll damit einerseits verhindert werden, dass es während der laufenden Hauptverhandlung zu einer (auch heute schon für unzulässig erachteten) „Beweisaufnahme über die Beweisaufnahme“ kommt. Andererseits sollen die Aufnahme und das Transkript auch nicht in einer anderen Hauptverhandlung im selben Verfahren – etwa nach Aussetzung oder Aufhebung und Zurückverweisung durch das Revisionsgericht – als Beweismittel verwendet werden dürfen: „Eine erforderliche erneute Beweisaufnahme soll aber nicht durch die Einführung der Dokumentation der Beweisaufnahme in der früheren Hauptverhandlung in derselben Sache ersetzt werden können“ (BT-Drs. 20/8096 S. 27 a.E.).

b) Kritik

Systematisch stimmig ist lediglich, die Aufzeichnung als zulässiges Beweismittel über die in laufender Hauptverhandlung erzielten Beweisergebnisse auszuschließen. Dies lässt sich mit dem rechtssystematischen Argument begründen, dass in einer Hauptverhandlung zwar Beweise erhoben werden, aber eben nicht über den Inhalt bereits vorgenommener Beweiserhebungen, denn diese sind bereits zum Inbegriff der Hauptverhandlung im Sinne von § 261 StPO geworden. Ansonsten ist es der StPO eigentlich fremd, bestimmten potentiellen Beweismitteln wie einer Tonaufnahme die Beweismittelqualität abzusprechen.

Die Frage, ob die Aufzeichnung einer Aussage die Vernehmung der Auskunftsperson ersetzen darf oder nicht, ist in den §§ 250 ff. StPO (iVm § 255a Abs. 1 StPO) geregelt. Nach der geplanten Anpassung des § 255a Abs. 1 StPO durch Art. 1 Nr. 4 des Entwurfs (vgl. auch BT-Drs. 20/8096 S. 22) darf eine Zeugenaussage ohnehin

grundsätzlich nicht durch die Vorführung der Vernehmungsaufzeichnung ersetzt werden (vgl. zu Ausnahmen §§ 251, 253 StPO).

Auch inhaltlich bestehen gegen den geplanten Ausschluss der Vernehmungsaufzeichnung für das gesamte weitere Verfahren (und nicht nur dieselbe Hauptverhandlung) Bedenken: In der Rechtsprechung des BGH ist anerkannt, dass es gerade in schwierigen Beweiskonstellationen nach Aufhebung eines Urteils durch das Revisionsgericht geboten sein kann, den Inhalt von Aussagen aus einer früheren Hauptverhandlung in die neue Hauptverhandlung einzuführen.⁶ Nach § 250 StPO iVm § 255a Abs. 1 StPO-E wäre zunächst der Zeuge zu hören. Ergänzend sollte es aber möglich sein, im Wege der Inaugenscheinnahme die Tonaufzeichnung bzw. durch Verlesung das Transkript der Aufzeichnung seiner früheren Aussage in die Hauptverhandlung einzuführen, etwa um Widersprüche zur früheren Aussage zu klären. Ist der Zeuge zwischenzeitlich verstorben, sollte seine frühere Aussage ebenfalls ohne weiteres als Beweismittel eingeführt werden können (§ 251 Abs. 1 Nr. 3 StPO). Das in solchen Konstellationen nach dem bisherigen Vorschlag ein Zugriff auf das überlegene Beweismittel Tonaufzeichnung (bzw. Transkript) verwehrt ist und man sich dann mit der Vernehmung von früheren Verfahrensbeteiligten begnügen muss, ist nicht einsichtig. Richtig erscheint es, die Frage einer Ersetzung von Zeugenvernehmungen weiterhin durch §§ 250 ff. StPO (iVm § 255a Abs. 1 StPO-E) regeln zu lassen und eine Beschränkung der Beweismittelfunktion nur für die laufende Beweisaufnahme einer Hauptverhandlung vorzusehen.

c) Änderungsvorschlag

§ 273a Abs. 1 Satz 4 StPO-E ist wie folgt zu fassen:

„Aufzeichnungen und Transkripte sind in der Hauptverhandlung, in der die Aufzeichnung und Transkription erfolgt, keine Beweismittel im Sinne des § 244.“

2. Zugang zu Aufzeichnungen und Transkripten in § 273b StPO-E

a) Inhalt der Neuregelung und Änderungsbedarf

In § 273b StPO-E wird der Zugang zu Aufzeichnungen und Transkripten, die Einsichtnahme und die Überlassung geregelt. Wichtig ist dabei insbesondere das Recht auf

⁶ Vgl. etwa BGH Urt. v. 30.3.2023 – 4 StR 318/22 mit Anm. Mosbacher, JuS 2023, 736 ff.

unverzöglichen Zugang zu den Aufzeichnungsinhalten. Dieser sollte sich aber – worauf der Bundesrat in seiner Stellungnahme zutreffend hingewiesen hat (vgl. BT-Drucks, 20/8096, S. 49 f. und S. 58 f.) – auf die unmittelbar an der Hauptverhandlung Teilnehmenden beschränken. Das Recht der anderen Verfahrensbeteiligten auf Akteneinsicht – und die dadurch mögliche Kenntnis vom Aufzeichnungsinhalt – bleibt unberührt.

b) Änderungsvorschlag

§ 273b Abs. 1 und 2 StPO-E sind wie folgt zu fassen:

„(1) Die Staatsanwaltschaft, der Verteidiger und, soweit sie an der Hauptverhandlung teilnehmen, der anwaltliche Vertreter des Verletzten und einer anderen nach § 403 antragsberechtigten Person erhalten während des laufenden Verhandlungstages oder unverzüglich danach Zugang zur jeweiligen Aufzeichnung und dem dazugehörigen Transkript. § 32f gilt entsprechend.

(2) An der Hauptverhandlung beteiligte Verletzte und andere nach § 403 antragsberechtigte Personen sind, wenn sie nicht durch einen Rechtsanwalt vertreten werden, befugt, die Aufzeichnung und das Transkript nach jedem Verhandlungstag unverzüglich in Diensträumen unter Aufsicht anzusehen.“

3. Revisionsrechtliche Regelung in § 352 Abs. 3 StPO

a) Inhalt der Neuregelung und Änderungsbedarf

Durch die Neuregelung in § 352 Abs. 3 StPO soll angesichts der faktischen Ausweitung möglicher Inbegriffsrügen aufgrund der Aufzeichnung der Hauptverhandlung klargestellt werden, dass nur solche Beweisinhalte zur Prüfung von Verfahrensrügen herangezogen werden sollen, aus denen sich der behauptete Verfahrensfehler unmittelbar ergibt; der Verfahrensmangel muss daraus „ohne weiteres erkennbar“ sein. Der Bundesrat hat in seiner Stellungnahme zutreffend darauf hingewiesen, dass der Begriff „Beweismittel“ in diesem Zusammenhang zumindest missverständlich sein kann (vgl. BT-Drucks, 20/8096, S. 51 f. und S. 60). Richtiger erscheint es, nicht auf das Mittel, sondern dessen Inhalt (also „Beweisinhalt“, alternativ: „Beweisergebnis“) abzustellen, denn aus diesem muss der Rechtsfehler ohne weiteres erkennbar sein.

b) Änderungsvorschlag

§ 352 Abs. 3 StPO-E ist wie folgt zu fassen:

„(3) Zur Prüfung eines behaupteten Verfahrensmangels ist ein Beweisinhalt nur dann heranzuziehen, wenn der Verfahrensmangel darauf ohne weiteres erkennbar ist. Dies ist insbesondere dann nicht der Fall, wenn es möglich ist, dass weitere Beweiserhebungen dem Beweisinhalt die maßgebliche Bedeutung für das Urteil genommen haben, oder wenn lediglich Feststellungen und Wertungen angegriffen werden, die dem Tatgericht vorbehalten sind.“

III. Weitere Änderungsmöglichkeiten

1. Problem der revisionsrechtlichen Verifizierungslast

Mit der Einführung der Hauptverhandlungsdokumentation wird die Möglichkeit von Inbegriffsrügen erweitert. Verfahrensrügen etwa dahingehend, ein Zeuge habe in der Hauptverhandlung anders als im Urteil festgestellt ausgesagt (Verstoß gegen § 261 StPO in Form der „Widerspruchsrüge“ bzw. „Differenzrüge“), scheitern bislang an der Unmöglichkeit einer zuverlässigen Rekonstruktion der Hauptverhandlung (sog. „Rekonstruktionsverbot“).

In Zukunft können derartige Rügen erhoben werden. Hierfür muss der Revisionsführer den Inhalt der in Bezug genommenen Aussage, soweit erforderlich, vollständig schriftlich vortragen. Ob dieser Vortrag auch tatsächlich zutrifft, obliegt der Überprüfung des Revisionsssenats. Hierfür nimmt dieser bislang auf die Gegenerklärung der Staatsanwaltschaft (§ 347 Abs. 1 Satz 3 StPO), etwaige dienstliche Erklärungen der beteiligten Berufsrichter und die Zuschrift des Generalbundesanwalts Zugriff. Kommt es darauf an, muss sich der Senat selbst von der Richtigkeit des Vortrags überzeugen.

Diese sog. Verifizierungslast, die bislang bei der Justiz verortet wird, könnte dem Revisionsführer auferlegt werden, etwa indem man ihn verpflichtet, die Übereinstimmung seiner Transkription mit einer Tonaufnahme an Eides statt zu versichern. Ein neuer § 344 Abs. 2 Halbsatz 2 StPO könnte wie folgt lauten:

§ 344 Abs. 2 Halbsatz 2 StPO-neu

„; kommt es dabei auf den Inhalt einer aufgezeichneten Aussage an, ist die Übereinstimmung des Vortrags mit der Aufzeichnung an Eides statt zu versichern.“

Dies könnte zu einer Verminderung der Belastung bei den mit Gegenerklärungen befassten Staatsanwaltschaft und in der Revisionsinstanz führen.

2. Problem der „Aufblähung“ der Urteilsgründe

Schon heute gibt es das Phänomen, dass die schriftlichen Urteilsgründe immer länger werden, weil die Inhalte von Beweiserhebungen dort umfangreich dokumentiert werden. Erforderlich ist dies nicht, wie der BGH in vielen Entscheidungen festgestellt hat. Ursache hierfür ist vor allen Dingen, dass Aussageinhalte per Computer in der Hauptverhandlung mitgeschrieben und per „copy & paste“ in die Urteilsgründe kopiert werden, anstatt sie auf das Wesentliche konzentriert im Urteil zu würdigen. So kommt es häufiger zu einer rechtlichen bedenklichen „Dokumentation der Beweisaufnahme“ aus Richtersicht in den Urteilsgründen. Da der BGH immer wieder aber auch bemängelt, dass die Urteilsgründe sich nicht ausreichend mit bestimmten Beweisinhalt beschäftigen, kann man Tatgerichte verstehen, die aus Angst vor der Revisionsinstanz die schriftlichen Urteilsgründe mit immer mehr Beweisstoff anreichern.

Erfolgt eine zuverlässige Dokumentation der Hauptverhandlung, besteht hierfür kein Anlass mehr. Der Revisionsführer kann dann etwa im Rahmen einer Verfahrensrüge geltend machen, wichtiger Beweisstoff sei unberücksichtigt geblieben (Verstoß gegen § 261 StPO in Form der „Ausschöpfungsrüge“).

Wenn die Urteilsgründe bei einer Aufzeichnung der Hauptverhandlung nicht mehr wie bislang den entscheidenden Ort der Dokumentation von Aussageinhalten darstellen, können sich die Ausführungen in den Urteilsgründen zum Inhalt der Beweisaufnahme auf das absolut Notwendige beschränken. Um deutlich zu machen, dass mit der zuverlässigen Dokumentation eine erhebliche Verringerung von Arbeitslast bei der Urteilsabsetzung verbunden sein soll, könnte man an eine Ergänzung von § 267 Abs. 1 StPO um einen Satz 4 denken:

§ 267 Abs. 1 Satz 4 StPO-neu

„Soweit eine zuverlässige Aufzeichnung der Hauptverhandlung erfolgt ist, soll auf diese wegen der Einzelheiten von Aussagen verwiesen werden.“

In der Gesetzesbegründung müsste gleichzeitig klargestellt werden, dass – anders als bei § 267 Abs. 1 Satz 3 StPO – die in Bezug genommenen Aussageinhalte nicht gleichsam von Amts wegen vom Revisionsgericht als Urteilsinhalt „mitgelesen“ werden müssen, sondern es dem Revisionsführer obliegt, etwaige Mängel oder Widersprüche im Rahmen einer Verfahrensrüge vorzutragen.

3. Problem der Berufungsinstanz

Besonders prekär ist die Lage für Vorsitzende einer Berufungsstrafkammer: Diese vernehmen Angeklagte, Zeugen und Sachverständige zunächst alleine und müssen dabei mangels Beisitzern selbst alle Aussageinhalte mitschreiben, ohne immer wissen zu können, welche Inhalte ggfs. durch spätere Beweiserhebungen wichtig sind und welche nicht. Dass dies zu einer ganz erheblichen Überforderung führen und der Wahrheitsfindung nicht dienlich sein kann, liegt auf der Hand. Natürlich geht es in Berufungsstrafverfahren nicht um so schwere Kriminalität wie in den erstinstanzlichen Strafverfahren vor den Strafkammern oder Strafsenaten, so dass eine gewisse Priorisierung der letztgenannten Verfahren bei der Einführung der Hauptverhandlungsdokumentation plausibel ist. Perspektivisch sollte allerdings möglichst bald in § 271 Abs. 2 StPO-E das Wort „erstinstanzlich“ gestrichen werden, wenn sich die Technik an den Oberlandesgerichten bewährt hat.

Leipzig, den 5.10.2023

Prof. Dr. Andreas Mosbacher

Richter am Bundesgerichtshof