



BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER

Stellungnahme Nr. 48 September 2023

**zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur digitalen Dokumentation der strafgerichtlichen Hauptverhandlung
(Hauptverhandlungsdokumentationsgesetz – DokHVG) sowie
zur Stellungnahme des Bundesrates vom 07. Juli 2023 und
zur Gegenäußerung der Bundesregierung, BT-Drucksache 20/8096**

Mitglieder des Strafrechtsausschusses

RA Prof. Dr. Dr. Alexander Ignor, Vorsitzender (Berichterstatter)

RA Prof. Dr. Jan Bockemühl

RA Prof. Dr. Alfred Dierlamm

RA Prof. Dr. Björn Gercke

RA Thomas C. Knierim

RA Dr. Daniel M. Krause

RA Prof. Dr. Holger Matt

RAin Anke Müller-Jacobsen

RA Prof. Dr. Ralf Neuhaus (Berichterstatter)

RA Prof. Dr. Tido Park (Berichterstatter)

RA Dr. Jens Schmidt

RAin Dr. Anne Wehnert

RAin Dr. Annette von Stetten

RAin Ulrike Paul, BRAK-Vizepräsidentin

Bundesrechtsanwaltskammer

The German Federal Bar
Barreau Fédéral Allemand
www.brak.de

Büro Berlin – Hans Litten Haus

Littenstraße 9 Tel. +49.30.28 49 39 - 0
10179 Berlin Fax +49.30.28 49 39 -11
Deutschland Mail zentrale@brak.de

Büro Brüssel

Avenue des Nerviens 85/9 Tel. +32.2.743 86 46
1040 Brüssel Fax +32.2.743 86 56
Belgien Mail brak.bxl@brak.eu

Verteiler: Bundesministerium der Justiz
Landesjustizminister/Justizsenatoren der Länder
Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages
Arbeitskreise Recht der Bundestagsfraktionen
Rechtsanwaltskammern
Bundesverband der Freien Berufe
Bundesnotarkammer
Bundessteuerberaterkammer
Deutscher Steuerberaterverband
Wirtschaftsprüferkammer
Institut der Wirtschaftsprüfer
Deutscher Anwaltverein
Deutscher Notarverein
Deutscher Richterbund
Deutscher Juristinnenbund
Bundesvorstand Neue Richtervereinigung
Strafverteidigervereinigungen
Redaktionen der NJW, Beck Verlag, Deubner Verlag, Jurion, Juris, LexisNexis,
Otto Schmidt Verlag, Strafverteidiger, Neue Zeitschrift für Strafrecht, ZAP Verlag,
Zeitschrift für höchstrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht,
Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht,
wistra - Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, Zeitschrift HRR-Strafrecht, Kri-
minalpolitische Zeitschrift, Zeitschrift NK-Neue Kriminalpolitik

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

Stellungnahme

I.

Zusammenfassende Würdigung

Mit dem Regierungsentwurf vom 10.05.2023 verfolgt die Bundesregierung weiterhin ihr im Koalitionsvertrag vereinbartes Ziel einer Dokumentation der strafgerichtlichen Hauptverhandlung – begrenzt auf die Fälle erstinstanzlicher Hauptverhandlungen vor den Landgerichten und Oberlandesgerichten.

Der Regierungsentwurf greift einzelne Bedenken auf, die gegen den Referentenentwurf geäußert wurden, hält aber trotz z.T. massiver Kritik seitens der Justiz und einzelner Bundesländer an der grundsätzlichen Entscheidung für eine Dokumentation in Form von verschrifteten Tonaufzeichnungen und, optional, auch Bildaufzeichnungen fest.

Das ist nachdrücklich zu begrüßen.

1. Nutzen der Hauptverhandlungsdokumentation

Zu Recht beruft sich der Regierungsentwurf auf die Ergebnisse der Expertinnen- und Expertengruppe zur Dokumentation der strafgerichtlichen Hauptverhandlung aus dem Jahr 2021 (S. 14). Danach steht fest, dass die Einführung einer technischen Dokumentation der strafgerichtlichen Hauptverhandlung sowohl rechtlich als auch technisch-organisatorisch möglich ist und erhebliche Chancen für eine bessere Wahrheitsfindung im Strafverfahren bietet. Die gegenteilige Behauptung, die Dokumentation würde die Wahrheitsfindung gefährden, insbesondere durch verunsicherte Zeugen, ist unbegründet (s. näher unter I.2.) und erscheint vorgeschoben. Hinter der generellen Ablehnung der Dokumentation verbergen sich Ängste vor dem Unbekannten, Befürchtungen in Bezug auf Mehrbelastungen und Kostenfragen. Diese sind ernst zu nehmen, dürfen aber allein schon aus rechtsstaatlichen Gründen nicht zum Festhalten an einem anachronistischen Zustand führen, wie ihn die gegenwärtige mündliche Hauptverhandlung in Deutschland darstellt. Die wahrheitsgetreue Dokumentation der Hauptverhandlung dient ersichtlich der Wahrheit im Strafprozess.

Es kann nicht genug betont werden, dass sich die fehlende Dokumentation des Inhalts der Hauptverhandlung bei den Landgerichten und Oberlandesgerichten nicht tieferer Einsicht in die Natur des Strafprozesses verdankt, sondern der Entstehung der öffentlich-mündlichen Hauptverhandlung im 19. Jahrhundert unter den damaligen Gegebenheiten. Eine vollständige Verschriftung des Inhalts war nur mit Hilfe einer stenographischen Mitschrift möglich, wie sie bis heute das faktische Privileg wohlhabender Angeklagter ist, und erschien im Hinblick auf die Besetzung der Spruchkörper mit vielen Richtern (Geschworenengerichte, Schwurgerichte) entbehrlich. Seither hat das Wissen um die Problematik der Schwächen menschlicher Wahrheitsfindung beständig zugenommen, die personelle Besetzung der Spruchkörper hingegen kontinuierlich abgenommen.

Die Pflicht zur Erforschung der materiellen Wahrheit im Strafprozess ist der Justiz von der Verfassung vorgegeben (s. z.B. BVerfG Urt. v. 19.03.2013 – 2 BvR 2628/10, LS). Die bestmögliche Wahrheitsfindung ist die Voraussetzung gerechter Urteile. Es ist eine im Grunde uralte Erkenntnis, die durch die Forschungen der modernen Kognitionspsychologie zusätzlich wissenschaftlich belegt wird, dass die Eigentümlichkeiten menschlicher Informationsaufnahme und -verarbeitung die Wahrheitsfindung im Strafprozess beeinträchtigen können. Das menschliche Bewusstsein ist kein Aufzeichnungsgerät. Es erfasst Informationen selektiv, interessengetrieben, zuweilen unbewusst und nicht selten verzerrt. Die Vorstellung, drei oder gar nur zwei Berufsrichter (§ 76 Abs. 1 S. 4 GVG) könnten mit gutem Willen die Inhalte mehrtägiger, sich oftmals über einen längeren Zeitraum hinziehender Hauptverhandlungen uneingeschränkt in sich aufnehmen und später aus ihrer Erinnerung heraus allein mit Hilfe ihrer eigenen Mitschriften abrufen, ist illusorisch; zumal Mitschriften von der gleichzeitigen Wahrnehmung des Hauptverhandlungsgeschehens ablenken. Die Kritik am Gesetzesvorhaben übersieht oder marginalisiert diese Erkenntnisse beharrlich. Die gilt erst recht für die kleinen Strafkammern in der Berufungsinstanz, die im Regierungsentwurf von der Dokumentationspflicht ausgenommen sein sollen (s. dazu näher II.3.).

Bertram Schmitt, Richter am BGH und seit vielen Jahren deutscher Richter am Internationalen Strafgerichtshof in Den Haag (IStGH), wo wörtliche Aufzeichnungen der Verhandlungen und die Überlassung von Verschriftungen an die Prozessbeteiligten (mit Ausnahme der Opfer) seit je Standard sind, hat dem Strafrechtsausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer anlässlich eines Besuchs vor Ort in diesem Jahr eindrucksvoll geschildert, dass nach seiner Erfahrung in ca. 10 % der Fälle der persönliche Eindruck bzw. die persönliche Erinnerung an eine Vernehmung nicht mit dem übereinstimme, was die verschriftlichten Aufzeichnungen als Aussage festhalte. Auch was den Gesamteindruck von Zeugen, insbesondere die Ergiebigkeit ihrer Aussagen anbelange, würden die Protokolle vielfach unmittelbare Eindrücke aus der Verhandlung korrigieren. Insgesamt seien die Verschriftungen „für die Urteilsabfassung von unschätzbarem Wert“.

2. Weitere Vorteile

Auch weitere Vorteile verschrifteter Tonaufzeichnungen, die u.a. in der Expertenkommission ausgiebig erörtert wurden, namentlich die Vermeidung von Unsicherheiten und Streitigkeiten über den Inhalt von Vernehmungen und Vorhalten bzw. Aussagen nach Vorhalten, hat *Bertram Schmitt* aufgrund seiner Erfahrungen beim IStGH bestätigt. Da dort Vorhalte detailliert unter Angabe ihrer Fundstelle gemacht werden müssen, gebe es keinen Streit über deren Richtigkeit. Dies entlaste die Hauptverhandlung.

Schon deshalb ist die Bitte des Bundesrates unter Nr. 1 seiner Stellungnahme vom 7.7.23 (BR-Drs. 227/23 - Beschluss), zu prüfen, ob es zur Erreichung des Ziels der Dokumentation der Hauptverhandlung neben einer Tonaufnahme tatsächlich eines Transkripts bedarf, unverständlich. Der Bundesrat hält das Transkript für entbehrlich. Das ist praxisfremd und kontraproduktiv. Die Verwendung der bloßen Tonaufzeichnung in der laufenden Hauptverhandlung würde zunächst deren Abhören und sodann deren Vorspielen voraussetzen, was sich unvergleichlich schwieriger gestalten würde als die Lektüre des Transkripts und ein mündlicher Vorhalt. Auch sonst ist für die Verfahrensbeteiligten ist der praktische Nutzen eines Transkripts viel größer als der einer bloßen Tonaufnahme, weil sie damit einfacher arbeiten können.

Gerade mit Blick auf transkribierte Tonaufzeichnungen, die den Verfahrensbeteiligten zur Verfügung stehen, ist auch zu erwarten, dass sich die dadurch vermittelte Gewissheit über die zum Zeitpunkt der Hauptverhandlung gegebene Beweislage auf die Bereitschaft der Verfahrensbeteiligten auswirken wird,

einerseits verfahrensabkürzende Verständigungen anzustreben, andererseits von aussichtslosen Rechtsmitteln bzw. bestimmten Revisionsrügen abzusehen.

3. Unbegründete Befürchtungen zur Revision

Die vor allem seitens der Justiz geäußerten Befürchtungen einer untragbaren Mehrbelastung der Revisionsinstanz bei Einführung der vorgesehenen Dokumentation der Hauptverhandlung erscheinen stark übertrieben. Es wird Aufgabe der Revisionsgerichte sein, eine angemessene Rechtsprechung zu Rügen zu entwickeln, wonach Aussageinhalte der Hauptverhandlung im Urteil unzutreffend gewürdigt worden seien. Diese Aufgabe stellt sich ohnehin aufgrund der zunehmenden audiovisuellen Dokumentation von Aussagen im Ermittlungsverfahren (§§ 58a, 136 Abs. 4 StPO) und der Einführung solcher Dokumente in die Hauptverhandlung. Der Einzug der Digitalisierung in das Strafverfahren ist unaufhaltsam. Es ist Aufgabe der Gerichte, damit umzugehen, nicht, ihr auszuweichen (näher unter II.5.).

4. Zeugenschutz

Vorgeschoben erscheinen die vielfach mit Blick auf Zeugenaussagen perhorreszierten Gefährdungen für die Wahrheitsfindung. Soweit gesagt wird, Zeugen könnten durch die Verschriftlichung ihrer Aussagen gefährdet sein, trägt der Regierungsentwurf solchen Befürchtungen zum einen mit der Neuregelung des § 273 Abs. 2 StPO-E Rechnung, wonach das Gericht unter den Voraussetzungen des § 172 Nr. 1a GVG von der Aufzeichnung und deren Transkription absehen kann, also bei Gefährdungen des Lebens, des Leibes und der Freiheit eines Zeugen oder einer anderen Person. Zum anderen soll § 353d StGB erweitert und die Verbreitung von Bild-Tonaufzeichnungen und Tonaufzeichnungen sowie, unter bestimmten Voraussetzungen, die unbefugte Weitergabe unter Strafe gestellt werden. Ein über § 273 Abs. 2 StPO-E hinausgehendes Absehen von Aufzeichnungen und Transkriptionen wäre systemfremd.

Soweit die Besorgnis geäußert wird, Zeugen könnten durch das Wissen um Tonaufzeichnungen und ihre Transkription i.Ü. davon abgehalten werden, wahrheitsgemäß auszusagen oder gar gesundheitliche Schäden erleiden (s. etwa Stellungnahme des Bundesrats vom 7.7.23, a.a.O. unter Nr. 2 und 3), fehlt hierfür jede empirische Grundlage. Gerade Opfer von Straftaten, die ein besonderes Interesse an der Rezeption ihrer Aussagen haben, werden auch daran interessiert sein, dass diese möglichst vollständig und authentisch von den Verfahrensbeteiligten wahrgenommen und nicht aufgrund menschlicher Rezeptionsschwächen von Verfahrensbeteiligten verzerrt oder gar verfälscht werden (näher unter II.4.b)).

5. Einzelne Bedenken

Erhebliche Bedenken hat die Bundesrechtsanwaltskammer im Hinblick auf die in § 273b Abs. 3 StPO-E vorgesehene Regelung, wonach der Verteidiger Aufzeichnungen und Transskripte, die ihm zur Verfügung gestellt werden, nicht dem Angeklagten überlassen dürfen. Das dürfte mit dem im Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 2 GG) und in der Subjektstellung des Beschuldigten verankerten Grundsatz der „Parität des Wissens“ nicht vereinbar sein (näher unter II.4.g)).

Für problematisch erachtet die Bundesrechtsanwaltskammer auch die vorgesehenen Erweiterungen des § 344 Abs. 2 S. 2 StPO und des § 352 StPO. Die vom Entwurf beabsichtigten Klarstellungen sind

überflüssig, wenn sie tatsächlich nur Klarstellungen der geltenden Rechtslage sein sollen, hingegen gefährlich, sofern sie darauf angelegt sind, weitere Restriktionen des Rechtsmittels der Revision (durch die Rechtsprechung) zu initiieren (näher unter II.5.).

6. Videodokumentation

Die Bundesrechtsanwaltskammer ist nach wie vor der Auffassung, dass eine umfassende audiovisuelle Dokumentation zusätzlich zur Tonaufzeichnung und zum Transskript die größte Gewähr für die Wahrheitsfindung bietet. Sie ist eine weitere Wahrnehmungsquelle für die Verfahrensbeteiligten und ermöglicht eine noch detailliertere und realitätsnähere Aufarbeitung des Hauptverhandlungsgeschehens als eine reine Tondokumentation und Verschriftung. Die bildliche Aufnahme lässt eine Interpretation non-verbaler Verhaltens zu, was insbesondere für die Beurteilung der Glaubwürdigkeit einer Aussageperson und der Glaubhaftigkeit ihrer Aussage von Bedeutung sein kann. Auch mögliche Unklarheiten oder Fehler bei der Verschriftung lassen sich mithilfe von Videoaufzeichnungen einfacher beheben. Bedenken im Hinblick auf den Persönlichkeitsschutz erscheinen unbegründet. Der Regierungsentwurf sieht hinreichende Schutzmechanismen gegen einen Missbrauch der vorgesehenen Aufzeichnungen und Transkripte vor. Auch ist die Videoaufzeichnung nur unwesentlich ressourcenintensiver als die reine Tonaufzeichnung. Es ist daher zu begrüßen, dass der Entwurf an der Videodokumentation jedenfalls optional festhält (näher unter II.6.).

II.

Zu einzelnen Regelungsvorschlägen

1. Zu Art. 1 Nr. 2 (Änderung von § 68 StPO)

Der Regierungsentwurf sieht in § 68 Abs. 3 S. 4 StPO-E, bei der Aufzeichnung einer Vernehmung zum Zwecke des Schutzes der Identität gefährdeter Zeugen entsprechende technische Maßnahmen – wie Verpixelung oder Stimmverzerrung – zu ergreifen. Die Neuregelung ist sinnvoll und folgerichtig.

2. Zu Art. 1 Nr. 4 (Änderung von § 255a StPO)

§ 255a StPO-E erweitert den bisherigen Anwendungsbereich des § 255a StPO auf „Aufzeichnungen“ überhaupt und ermöglicht es damit, außer Bild-Ton-Aufzeichnungen aus dem Ermittlungsverfahren die neu vorgesehenen Tonaufzeichnungen, die gemäß § 273a Abs. 1 StPO-E zusammen mit den Transkripten zu den Akten zu nehmen sind, auch in anderen Hauptverhandlungen unter den Voraussetzungen der §§ 251, 252, 253 und 255 StPO zu verwenden. Auch das ist konsequent.

3. Zu Art. 1 Nr. 5 (Änderung von § 271 StPO) und Nr. 6 (Änderung von § 272 StPO-E)

§ 271 Abs. 2 StPO-E bildet nach der Konzeption des Regierungsentwurfs die künftige Grundnorm für die beabsichtigte Dokumentation der Hauptverhandlung. Der vorausgehende Absatz 1 stellt klar, dass unabhängig davon das traditionelle Hauptverhandlungsprotokoll bestehen bleibt und nicht etwa durch die Tonaufzeichnung und das Transkript ersetzt wird; Einzelheiten des Protokolls regelt § 272 StPO-E.

Damit erledigen sich zahlreiche Befürchtungen in Bezug auf das Revisionsverfahren (s. dazu näher unter II.5.). Der Verzicht auf eine obligatorische Bild-Ton-Aufzeichnung ist aufgrund der gegebenen Umstände nachvollziehbar. Bereits die vorgesehene Tonaufzeichnung mit Transkript wird für Rechtspraxis von größtem Wert sein. Die gemäß § 19 Abs. 1 EGStPO-E optionale zusätzliche Bild-Ton-Aufzeichnung der erstinstanzlichen Hauptverhandlung vor dem Landgericht oder dem Oberlandesgericht bleibt ungeachtet dessen wünschenswert (dazu näher unter II.6.).

Inkonsequent erscheint es allerdings, die Dokumentationspflicht auf erstinstanzliche Hauptverhandlungen vor dem Landgericht oder dem Oberlandesgericht zu beschränken und – in Fällen von Berufungen gegen amtsgerichtliche Urteile – nicht auch für die zweite Tatsacheninstanz vor den Landgerichten vorzusehen. Zwar ist gegen den Verzicht auf eine Dokumentationspflicht bei strafrechtlichen Hauptverhandlungen an Amtsgerichten nichts zu erinnern. Amtsgerichtliche Hauptverhandlungen sind in der Regel deutlich kürzer als solche vor den Landgerichten; außerdem sind gemäß § 273 Abs. 2 S. 1 StPO die wesentlichen Ergebnisse der Vernehmungen in einem sog. Inhaltsprotokoll festzuhalten. Daher besteht kein vergleichbarer Bedarf für eine digitale Dokumentation und deren Transkript wie bei den Land- und Oberlandesgerichten. Ferner haben jeweils der Angeklagte, die Verteidigung, die Staatsanwaltschaft und gegebenenfalls die Nebenklage bei einer erstinstanzlichen Verhandlung vor dem Amtsgericht die Möglichkeit, das Landgericht als eine weitere Tatsacheninstanz anzurufen. Dort besteht dann aber das gleiche Bedürfnis für eine Dokumentation der Hauptverhandlung wie bei den erstinstanzlichen Hauptverhandlungen vor den Landgerichten oder Oberlandesgerichten. Sachliche Gründe für einen Dokumentationsverzicht in der Berufungsinstanz sind nicht erkennbar. Auch droht insofern kein ins Gewicht fallender technischer Mehraufwand, da bei den Landgerichten die technischen Voraussetzungen für die Dokumentation ohnehin geschaffen werden müssen.

Ein Bedarf für die Dokumentation der Hauptverhandlungen in der Revisionsinstanz besteht wegen der Beschränkung der dortigen Erörterungen auf Rechtsfragen nicht.

Richtigerweise sieht der Entwurf vor, dass die gesamte Hauptverhandlung vom Zeitpunkt des Aufrufs der Sache bis zur Verkündung des Urteils aufgezeichnet und nicht etwa nur auf bestimmte Verhandlungsteile wie Vernehmungen beschränkt wird. Dies vermeidet Streitigkeiten über die Notwendigkeit von Aufzeichnungen oder deren inhaltliche Vollständigkeit.

Die in § 271 Abs. 2 S. 2 StPO-E vorgesehene Bestimmung, die eine automatisierte Übertragung der Tonaufzeichnung in ein Textdokument (Transkript) vorsieht, verdient aus den einleitend genannten Gründen nachdrückliche Unterstützung. Die praktische Verwendbarkeit der Aufzeichnungen wird durch die Transkripte überhaupt erst geschaffen und durch die Möglichkeit gezielter Wortsuche verstärkt.

4. Zu Art. 1 Nr. 7 (Änderung der §§ 273 bis 274 StPO-E) und Art. 5 (Änderung des Strafgesetzbuches)

a) Zu § 273 Abs. 1 StPO-E (Vorübergehende technische Störung)

Nach § 273 Abs. 1 StPO-E darf die Hauptverhandlung fortgesetzt werden, wenn ihre Aufzeichnung oder Transkription wegen einer vorübergehenden technischen Störung nicht möglich oder fehlerhaft ist. Damit wird der Verfahrensbeschleunigung Vorrang gegenüber einer vollständigen digitalen Dokumentation eingeräumt. Das Wort „*vorübergehend*“ stellt klar, dass es sich um eine behebbare, akute Störung handeln muss. Zur Absicherung des Ausnahmecharakters der Vorschrift sollte die Verpflichtung des Vorsitzenden vorgesehen werden, die Art und Weise und die Dauer der Störung aktenmäßig zu dokumentieren, um einem unzulässigen Absehen von der Aufzeichnung entgegenzuwirken. Auch sollte in der

Gesetzesbegründung klargestellt werden, dass tatsächlich nur „vorübergehende“ Störungen als Ausnahme gelten dürfen, keinesfalls über den Zeitraum von zwei bis drei Wochen hinaus (vgl. zu den Unterbrechungsfristen § 229 StPO).

b) Zu § 273 Abs. 2 StPO-E (Absehen von der Aufzeichnung aus Gründen des Zeugenschutzes) und zu § 353d StGB-E (Erweiterung der Strafbarkeit der Verletzung von Geheimhaltungspflichten)

Die Vorschrift des § 273 Abs. 2 StPO-E ermöglicht es dem Gericht, im Interesse der Staatssicherheit oder zum Schutz des Lebens, des Leibes oder der Freiheit von Zeugen oder anderer Personen unter den Voraussetzungen des § 172 GVG von der Aufzeichnung und deren Transkription abzusehen. Damit wird ein angemessener Ausgleich zwischen dem Dokumentationsinteresse und dem Geheimhaltungsinteresse geschaffen, sofern für das Vorliegen entsprechender gravierender Gefahren tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen. Eine Erweiterung auf Fälle, die nicht von § 172 GVG erfasst werden, ist nicht geboten. Dem Gericht steht mit den Möglichkeiten, entweder die Öffentlichkeit auszuschließen oder von der Dokumentation abzusehen oder beides anzuordnen, ein breites Instrumentarium zur Abwehr von Gefahren für Zeugen zur Verfügung. Zusätzlich sieht § 68 Abs. 3 S. 4 StPO-E erweiterte Möglichkeiten des Identitätsschutzes vor (s.o.). Außerdem schützt die neu vorgesehene Strafvorschrift des § 353d StGB-E vor der Verbreitung und unbefugten Weitergabe speziell von Transkripten und stellt damit im Interesse des Zeugenschutzes Verhaltensweisen sogar schon im Vorfeld etwaiger Rechtsgutsverletzungen unter Strafe (vgl. Gegenäußerung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrats, BR-Drs. 20/8096, Anlage 4 zu Nr. 9). Damit ist dem Geheimhaltungsinteresse von Zeugen Genüge getan.

Auf etwaige psychologische Hemmnisse von Zeugen, in Anbetracht der technischen Aufzeichnung ihrer Aussage Angaben zu machen, muss die Strafprozessordnung keine Rücksicht nehmen. Es sind auch keine gesicherten empirischen Erkenntnisse über derartige Hemmnisse, gar Gesundheitsschädigungen in Anbetracht von technischen Aufzeichnungen, ersichtlich. Diesbezügliche Behauptungen bspw. in der Stellungnahme des Bundesrats vom 7.7.23 a.a.O. unter Nr. 2 und Nr. 3) sind nicht belegt. Schließlich sei auch insoweit auf die Praxis beim IStGH hingewiesen, wo Zeugen selbst über schwerste Menschenrechtsverletzungen vor laufender Kamera ohne Weiteres berichten (müssen).

c) Zu § 273a Abs. 1 StPO-E (Speicherung der Aufzeichnungen und Transkripte)

§ 273a Abs. 1 S. 1 StPO-E sieht vor, dass Aufzeichnungen und Transkripte Aktenbestandteile werden. Die entsprechende Anwendbarkeit der §§ 32f, 147, 406e, 496 bis 499 StPO ist folgerichtig. Durch den Verweis auf das Justizaktenaufbewahrungsgesetz und die sich darauf gründenden Verordnungen wird eine Verwendung in etwaigen Folge- oder Wiederaufnahmeverfahren ermöglicht. Befürchtungen des Bundesrats, das Wiederaufnahmeverfahren könnte zur einer „zweiten Revisionsinstanz“ zweckentfremdet werden, sind wegen der hohen Hürden der §§ 359, 362 StPO unbegründet (vgl. Gegenäußerung der Bundesregierung a.a.O. zu Nr. 5).

Die vorgesehene einheitliche Speicherung der Tonaufzeichnung und des Transkripts ist sachgerecht. Zu Recht führt die Bundesregierung in ihrer Gegenäußerung zur Stellungnahme des Bundesrates aus, dass die Tonaufzeichnung zusammen mit dem Transskript zur Verfügung stehen muss, damit im Fall von Unklarheiten oder Fehlern im Transskript sofort und unmittelbar auf die Tonaufzeichnung zur Klärung zurückgegriffen werden kann (Gegenäußerung der Bundesregierung zu Nr. 4 lit. a).

d) Zu § 273a Abs. 2 StPO-E (Verwendung der Aufzeichnungen und Transkripte)

Die in § 273a Abs. 2 StPO-E vorgesehenen Verwendungsmöglichkeiten sind sachgerecht. Die in § 273a Abs. 2 S. 4 StPO-E vorgesehene Regelung, dass es sich bei der Aufzeichnung und dem zugehörigen Transkript nicht um ein Strengbeweismittel im Sinne des § 244 StPO in dem Verfahren handelt, in dem sie erstellt werden, ist aus den in BRAK-Stellungnahme 23/2023 unter II. 5. genannten Gründen missverständlich.

e) Zu § 273b Abs. 1 StPO-E (Zugang zu Aufzeichnungen und Transkripten für die Staatsanwaltschaft, den Verteidiger, den anwaltlichen Vertreter des Verletzten und weitere Personen)

Die in § 273b Abs. 1 vorgesehene Bestimmung, dass die Staatsanwaltschaft, der Verteidiger und der anwaltliche Vertreter des Verletzten die Aufzeichnung und das Transkript noch während des laufenden Verhandlungstages, jedenfalls aber unverzüglich danach erhalten, ist eine wesentliche Voraussetzung für den Nutzen und die weiteren Vorteile, die mit einer Aufzeichnung verbunden sein werden (s.o. unter I.1. und 2.). Zu Recht hat der Bundesrat in seiner Stellungnahme vom 07.07.2023 a.a.O. unter Nr. 6 lit. a) aa) vorgeschlagen, den Kreis der Verfahrensbeteiligten, die Anspruch auf Zugang zu der Dokumentation haben sollen, zu präzisieren, was die Bundesregierung inzwischen aufgegriffen hat (s. Gegenüberstellung der Bundesregierung a.a.O. zu Nr. 6).

Vereinzelt kann sich die Situation ergeben, dass kurzfristig ein Bedarf nach dem Transkript besteht, beispielsweise dann, wenn im Verlauf der Vernehmung und Befragung eines Zeugen unterschiedliche Wahrnehmungen der Prozessbeteiligten von deren Inhalt in einem relevanten Punkt zutage treten. Daher sollte in die Vorschrift ein Antragsrecht des Angeklagten, der Verteidigung und der Staatsanwaltschaft auf Einsicht in das Transkript bereits während der laufenden Hauptverhandlung aufgenommen werden, wenn hierfür ein berechtigtes Interesse geltend gemacht wird.

Problematisch erscheint, dass sich der Gesetzesbegründung zufolge (S. 31) die Verpflichtung des Gerichts darin erschöpfen soll, Aufzeichnung und Transkript unverzüglich zur Verfügung zu stellen, hieraus aber kein subjektiver Anspruch der Beteiligten auf Unterbrechung der Hauptverhandlung folgen soll. Im Einzelfall kann der Bedarf nach dem Transkript derart evident sein, z.B. bei komplexen, mehrtägigen Vernehmungen zentraler Zeugen, dass ein berechtigtes Interesse an einer solchen Unterbrechung bestehen kann, wenn die Aufzeichnung und das Transkript nicht unverzüglich zur Verfügung gestellt werden können. Auch insoweit sollte ein Antragsrecht vorgesehen werden.

f) Zu § 273b Abs. 2 StPO-E (Recht auf Einsichtnahme)

§ 273b Abs. 2 und Abs. 3 StPO-E sollen dem Persönlichkeitsschutz der aufgezeichneten Personen dienen und verhindern, dass die Aufzeichnungen in falsche Hände geraten und sich unbefugt, beispielsweise über das Internet, verbreiten. Das ist grundsätzlich sinnvoll. Zu Absatz 3 siehe sogleich.

Zu erwägen ist lediglich, das Recht auf Einsichtnahme für Verletzte oder Adhäsionskläger, die nicht anwaltlich vertreten sind, jedenfalls in bestimmten Fällen dahingehend einzuschränken, dass die Einsichtnahme nur über einen Anwalt erfolgen kann.

g) Zu § 273b Abs. 3 StPO-E (Verbot der Überlassung der Aufzeichnung und des Transkripts u.a. an der Angeklagten)

Als problematisch erachtet die Bundesrechtsanwaltskammer allerdings das in § 273b Abs. 3 StPO-E für Rechtsanwälte und Verteidiger vorgesehene Verbot, Aufzeichnungen und Transkripte – außer dem Verletzten und einer anderen nach § 403 antragsberechtigten Person – auch dem Angeklagten zu überlassen und ihn stattdessen, wie aus der Begründung hervorgeht, in diese nur Einsicht nehmen zu lassen. Es liegt auf der Hand, dass die bloße Einsichtnahme nicht der Überlassung gleichwertig ist, weil

sich der Angeklagte damit nicht in gleicher Weise zum Zwecke seiner Verteidigung befassen kann. Ein solche Einschränkung des Akteneinsichtsrechts auf Seiten der Verteidigung hat in der StPO kein Vorbild. Sie widerspricht dem Grundsatz, dass der Verteidiger im gleichen Umfang, wie er ihn über den Akteninhalt mündlich unterrichten darf, prozessual auch berechtigt ist, dem Beschuldigten Abschriften oder Ablichtungen des Akteninhalts auszuhändigen, es sei denn, durch die Aushändigung würde eine Gefährdung des Untersuchungszwecks eintreten (BGHSt 29, 99 [103]; *Schmitt* in: Meyer-Goßner/Schmitt, 66. Aufl., 2023, § 147, Rn. 20 f. m.w.N.). Der Grundsatz der „Parität des Wissens“ ist im Anspruch auf rechtliches Gehör gem. Art. 103 Abs. 1 GG und in der Subjektstellung des Beschuldigten (Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich verankert. Es ist auch nicht ersichtlich, welchen Gefahren mit der im Entwurf vorgesehenen Einschränkung begegnet werden soll, zumal der Angeklagte ja selbst an der Hauptverhandlung teilgenommen hat. Der Inhalt einer Zeugenaussage darf dem Angeklagten ohnehin nicht vorenthalten bleiben. Selbst im Fall der Aufzeichnung einer Vernehmung gem. § 58a StPO ist in der StPO zu Recht keine derartige Einschränkung des Akteneinsichtsrechts vorgesehen. Zumindest die Übergabe einer Kopie des Transkripts sollte daher für zulässig erachtet werden.

5. Zu Nr. 9 und 10 (Änderung von § 344 Abs. 2 S. 2 StPO und von § 352 StPO-E)

a) Grundsätzliches

Die Bundesrechtsanwaltskammer teilt die dem Regierungsentwurf zugrunde liegende Auffassung, dass an der Aufgabenteilung zwischen dem Tatgericht und dem allein für die Rechtsprüfung zuständigen Revisionsgericht festgehalten werden soll. Diese Auffassung lag bereits dem Gesetzesvorschlag der Bundesrechtsanwaltskammer von 2010 (BRÄK-Stellungnahme 1/2010) zugrunde und wird auch von der Expertinnen- und Expertengruppe zur Dokumentation der strafgerichtlichen Hauptverhandlung in ihrem Bericht aus dem Jahr 2021 geteilt.

Anders als noch der Referentenentwurf, der ausgehend von diesem Verständnis keine neuen revisionsrechtlichen Regelungen enthielt, sieht der Regierungsentwurf Änderungen des § 344 Abs. 2 S. 2 StPO und des § 352 StPO vor.

Die vorgesehenen Änderungen sollen der Entwurfsbegründung zufolge lediglich klarstellenden Charakter haben und werden in der Literatur als unbedenklich angesehen (vgl. *Pollähne* StV 2018, 545 zu dem Formulierungsvorschlag von *Wehowsky* NSTz 2018, 177 ff.: „*diskussionswürdig*“). Indessen bergen sie die Gefahr einer Ausweitung von Anforderungen an Verfahrensrügen, die bei jeglicher Änderung der §§ 333 ff. StPO, insbesondere im Bereich der Zulässigkeit, nicht ausgeschlossen werden kann. Dies gilt umso mehr, als die vorgesehenen Änderungen in ihrem Anwendungsbereich nicht auf Fälle der digitalen Dokumentation der Hauptverhandlung beschränkt sind, sondern für das Revisionsrecht insgesamt Gültigkeit beanspruchen.

Für Eingriffe des Gesetzgebers – gleich welcher Art – in das Revisionsrecht anlässlich der Einführung der Dokumentation der Hauptverhandlung besteht kein Anlass. Auch wenn einzelne Stellungnahmen zum Referentenentwurf, die einen Einbruch der Revisionsgerichte in die Domäne des Tatrichters befürworten, dem Gesetzgeber den Eindruck vermittelt haben sollten, dass die in Rede stehenden Klarstellungen im Gesetz erforderlich seien, erscheint aus hiesiger Sicht die Darlegung zur Fortgeltung der geltenden Grundsätze des Revisionsrechts in der Begründung des Entwurfs (S. 16) als ausreichend.

Die von der justiziellen Praxis geäußerten Befürchtungen einer untragbaren Mehrbelastung der Revisionsinstanz bei Einführung der Dokumentation der Hauptverhandlung erscheinen stark übertrieben. Zwar ist von einer gewissen Zahl von Rügen auszugehen, die eine unzutreffende Würdigung von

Aussagen in der Hauptverhandlung im Urteil unter Berufung auf die Aufzeichnungen und Transkripte zum Gegenstand haben werden. Ebenso ist aber davon auszugehen, dass die höchstrichterliche Rechtsprechung die revisionsrechtliche Bedeutung solcher Rügen durch Anwendung und Fortentwicklung der von ihr seit Langem ausgearbeiteten Grundsätze zu paraten, also in der Hauptverhandlung eingeführten und dem Revisionsgericht faktisch zur Überprüfung vorliegenden, Beweismitteln gelöst werden können (so bereits *Wehowsky* a.a.O.; zustimmen *Bartel* StV 2018, 678, 682; ebenso Bericht der Expertinnen- und Expertengruppe, S. 59 ff.).

Diese Klärung wird die Rechtsprechung übrigens auch ohne Einführung der Hauptverhandlungsdokumentation zu leisten haben, weil aufgrund der zunehmenden audiovisuellen Dokumentation von Aussagen im Ermittlungsverfahren (§§ 58a, 136 Abs. 4 StPO) und der Einführung solcher Dokumente in die tatgerichtlichen Hauptverhandlungen im Revisionsverfahren faktisch immer häufiger digitalisierte Aussageinhalte zur Verfügung stehen werden. Für alle Verfahrensbeteiligten eröffnet die Dokumentation der Hauptverhandlung schon in der Tatsacheninstanz jederzeit die fortgesetzte Überprüfbarkeit der eigenen Wahrnehmung bzw. Mitschrift. Hiervon ist eine erhebliche Disziplinierungswirkung bei allen Verfahrensbeteiligten zu erwarten, die einen Rückgang einiger herkömmlicher Verfahrensrügen zur Folge haben werden, darunter solcher, die die Inhalte von Aussagen in der Hauptverhandlung betreffen. Widersprüche zwischen Urteils- und Aufzeichnungsinhalten werden die Ausnahme sein.

b) Speziell zu Nr. 9

Mit der vorgesehenen Ergänzung des § 344 Abs. 2 S. 2 StPO, wonach bei der Verfahrensrüge zusätzlich zu den „den Mangel enthaltenden Tatsachen“ auch „*der Fehler in der Rechtsanwendung*“ benannt werden muss, droht eine noch weitere Zurückdrängung des ohnehin enormen Bedeutungsverlusts, den die Verfahrensrüge infolge der höchstrichterlichen Rechtsprechung bislang schon erlitten hat.

Nachdem die BGH-Rechtsprechung die Vorschrift des § 344 Abs. 2 S. 2 StPO ursprünglich lange Zeit als „einfaches“ Schlüssigkeitsgebot verstanden hatte (BGH v. 14.10.1952 – 2 StR 306/52, BGHSt 3, 213), um das Revisionsgericht „vor mutwilligen und offensichtlich unbegründeten Rügen zu schützen“ (BGH v. 24.03.1964 – 3 StR 60/63, BGHSt 19, 273, 278), hat sie diesen Schutz nach und nach zu einer Maximalforderung ausgebaut und in einer Weise zugespitzt, die im rechtswissenschaftlichen Schrifttum – bisweilen selbst von Bundesrichtern – als zu weitgehend beanstandet wird (drastisch *Fischer* FS Paeffgen, 2015, S. 737, 753): „Blutausch der Unzulässigkeits-Verwerfung“) und zu einem eklatanten Bedeutungsverlust der Verfahrensrüge geführt hat (statt vieler *Bartel*, Das Verbot der Rekonstruktion der Hauptverhandlung, 2014, S. 351; SK-StPO/*Frisch* Rn. 11: „Bedeutungsverfall“). Heutzutage hat der Revisionsführer, der eine Verletzung des formellen Rechts rügt, im Rahmen der Revisionsbegründung innerhalb offener Revisionsbegründungsfrist (§ 345 Abs. 1 StPO) für jede Rüge mitsamt der mit ihr intendierten spezifischen Angriffsrichtung (Stoßrichtung) die den Mangel begründenden Tatsachen wahrhaftig und aus sich heraus verständlich ohne Bezugnahmen und Verweisungen so vollständig, genau und bestimmt mitzuteilen, dass das Revisionsgericht allein aufgrund der Angaben in der Begründungsschrift prüfen kann, ob ein Verfahrensfehler vorliegt, wenn die behaupteten Tatsachen bewiesen werden. Mit vorzutragen ist auch ein etwaiges verfahrenstatsächliches Geschehen, das nach den Umständen gegen das Revisionsvorbringen sprechen kann (BayObLG v. 09.10.2020 – 202 St RR 94/20, BeckRS 2020, 28882).

Infolgedessen hat die Verfahrensrüge ihre spezifische Funktion eingebüßt, die darin liegt, einen möglichen Fehler bei der Tatsachenfeststellung durch Eröffnung einer neuen Tatsacheninstanz korrigieren zu können. Mehr und mehr erweisen sich die Erfolgsaussichten der Revision als vom Zufall abhängig: Denn es ist nicht weniger als Glück des Beschwerdeführers, wenn die schriftlichen Gründe mangelhaft abgesetzt wurden, so dass er aufgrund einer Sachrüge, die nicht einmal näher ausgeführt zu sein

braucht, eine zweite Chance bekommt. Beide Folgen sind mit Blick auf das Gebot effektiven Rechtsschutzes in Art. 19 Abs. 4 GG rechtsstaatlich bedenklich.

Der Entwurfsbegründung zufolge soll durch die Ergänzung lediglich klargestellt werden, dass Verfahrensrügen, die sich auf einen Eingriff des Revisionsgerichts in Wertungs- und Beurteilungsspielräume des Tatgerichts richten, unzulässig sind (S. 34). Diese Aussage erscheint in ihrer Absolutheit problematisch. Zwar sind die Tatgerichte namentlich in der Beweiswürdigung und hinsichtlich der Strafzumessung grundsätzlich frei. Jedoch wurden insbesondere unter dem Stichwort „erweiterte Revision“ notwendige rechtsstaatliche Korrekturen entwickelt, um objektiv willkürliche (insb. widersprüchliche, unklare und lückenhafte) Beweiswürdigungen zu verhindern; und bei der Strafzumessung kann und muss das Revisionsgericht bspw. in den Wertungsbereich des Tatrichters eingreifen, wenn sich die verhängte Strafe nach oben oder unten von ihrer Bestimmung löst, gerechter Schuldausgleich zu sein (s. z.B. BGH NStZ 2019, 601).

Außerdem darf die Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe im StGB und in der StPO oder von Regelungen, bei denen die Revisionsgerichte den Tatgerichten einen breiten Beurteilungsspielraum zubilligen, nicht jeglicher revisionsgerichtlichen Kontrolle entzogen sein. Wegen der Gesetzesbindung der Gerichte gemäß Art. 20 Abs. 3 GG i.V.m. Art. 97 Abs. 1 GG sind (faktisch) justizfreie Hoheitsakte in einem rechtsstaatlichen Strafverfahren grundsätzlich ein Fremdkörper. Auch die Kontrolle judikativer Akte hat streng gesetzesakzessorisch zu erfolgen. Sofern gesetzlich nicht ausdrücklich vorgesehen, etwa durch Unanfechtbarkeitsklauseln, darf ein Organ der rechtsprechenden Gewalt einem anderen, dessen Entscheidung es zu überprüfen hat, grundsätzlich keinen Beurteilungsspielraum zugestehen (s. z.B. *Schlothauer* StraFo 1998, 402,404). Ansonsten würde das Tatgericht nicht nur erstinstanzlich entscheiden, sondern faktisch auch letztinstanzlich. Das Rechtsmittel der Revision würde insoweit leerlaufen.

Die neuere Revisionsrechtsprechung greift diese Bedenken vorsichtig auf, im materiellen Recht etwa durch die Bildung von Fallgruppen bei der Abgrenzung von Mittäterschaft und Beihilfe, namentlich beim Betäubungsmittelhandel (Nachweise bei Körner/Patzak/Volkmer § 29 Rn. 178 ff.). Auf diese Weise sichert sie die Gleichmäßigkeit der Rechtsanwendung, die eine ihrer wesentlichen Aufgaben ist. Jüngst hat der Dritte Senat die verfahrensrechtliche Frage, ob die Verteidigungsunfähigkeit des Beschuldigten „ersichtlich“ sei (§ 141 Abs. 2 Nr. 3), nicht mehr allein nach Willkürgesichtspunkten geprüft (BGH 05.04.2022, 3 StR 16/22, NStZ 2022, 693). Auf diese Weise wird Rechtsungleichheit vermieden. Die Neuregelung birgt die erhebliche Gefahr, den von der Revisionsrechtsprechung behutsam neu eingeschlagenen Weg zur Vermeidung bzw. Schließung von Rechtsschutzlücken auch und gerade in grundrechtlich besonders sensiblen Bereichen zu unterbrechen.

Schließlich sei darauf hingewiesen, dass nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zwar die sog. Stoßrichtung einer Verfahrensrüge mitgeteilt werden muss. Eine fehlerhafte „Benennung“ des Rechtsfehlers (Sachrüge statt Verfahrensrüge und umgekehrt) ist nach der Rechtsprechung des BGH aber nicht schädlich (NK-StPO/*Eschelbach*, 2023, § 344 Rn. 79 mwN; OLG Koblenz NJW 1975, 322: Auslegung einer Rechtsmittelbegründung ist entsprechend § 300 StPO in „erfolgsförderlicher“ Weise vorzunehmen). Der Bundesgerichtshof wendet auf diese Fälle § 300 StPO entsprechend an. Gleiches gilt für die fehlerhafte Nennung einer Rechtsnorm (BGH v. 10.07.2013 – 2 StR 195/12, BGHSt 58, 310 (311)). Mit der im Regierungsentwurf vorgeschlagenen Ergänzung droht ein Rückschritt für die Gewährung effektiven Rechtsschutzes.

6. Zu Art.3: § 19 EGStPO-E (Übergangsvorschrift zum Gesetz zur digitalen Dokumentation der strafgerichtlichen Hauptverhandlung)

Zu begrüßen ist schließlich, dass der Regierungsentwurf in § 19 Abs. 1 S. 2 und 3 EGStPO-E die zusätzliche Dokumentation der Hauptverhandlung durch eine audiovisuelle Dokumentation zumindest optional vorsieht.

Gegenüber einer audiovisuellen Dokumentation wird zu bedenken gegeben, dass sie einen tiefgreifenden Eingriff in die Persönlichkeitsrechte der aufgezeichneten Personen bedeute, für die es keine Legitimation gäbe. Gerade bei Sexualstraftaten würden häufig intime Details offenbart, wodurch in die Persönlichkeit der Betroffenen besonders intensiv eingegriffen werde. Insoweit sei der Eingriff sowohl durch Ton- als auch durch Bildaufzeichnung nicht angemessen. Dem ist nicht beizupflichten. Den Persönlichkeitsinteressen der aufgezeichneten Personen wird durch die Schutzvorschriften der § 68 Abs. 3 S. 4, § 273 Abs. 2 StPO-E und § 353 StGB-E Rechnung getragen. Zudem schreibt § 19 Abs. 2 EGStPO-E in Satz 1 für Bildaufzeichnungen explizit die Wahrung der Persönlichkeitsrechte der Aufgezeichneten vor und statuiert in Satz 2 spezielle Schutzvorkehrungen. Außerdem gebietet Satz 3 die Löschung der Bildaufzeichnungen, wenn das Verfahren rechtskräftig abgeschlossen oder sonst beendet ist. Die zusätzliche Videoaufzeichnung stellt eine weitere Erkenntnisquelle dar und ergänzt die Tonaufzeichnung. Sie unterstützt und verbessert die Wahrheitsfindung. Ohne sie bliebe eine zusätzliche Erkenntnisquelle ungenutzt. Soweit darauf hingewiesen wird, dass trotz der vorgesehenen Regelungen zum Schutz der Zeugen, also mittels krimineller Machenschaften, Aufzeichnungen an die Öffentlichkeit gelangen könnten, was angesichts sozialer Netzwerke Prangerwirkungen und erhebliche Verletzungen von Persönlichkeitsrechten zur Folge habe, handelt es sich weitgehend um theoretische Risiken. Audiovisuelle Daten etwa von Vernehmungen können bereits jetzt an die Öffentlichkeit gelangen, was jedoch praktisch nicht oder nur ganz ausnahmsweise vorkommt. Dass dieses theoretische Risiko nachteilige Auswirkungen auf die Aussagebereitschaft von Zeugen haben könnte, ist empirisch nicht gesichert und auch nicht einleuchtend. Zeugen sind und bleiben vor Gericht zur wahrheitsgemäßen Aussage verpflichtet. Gerade auch angesichts der behaupteten Risiken bietet es sich an, Bildaufzeichnungen zu erproben.

- - -