

Dr. Ali B. Norouzi

## **Vom Rekonstruktionsverbot zum Dokumentationsgebot: Probleme der mangelnden Transparenz aus Sicht der Revisionsverteidigung<sup>1</sup>**

### *I. Problembeschreibung: »Im falschen Film«*

#### *1. Romantische Verklärung?*

Reden wir zunächst über Fußball! Als vor knapp zehn Tagen der FC Bayern München das Hinspiel im Viertelfinale der Champions League gegen den AC Florenz durch ein klares Abseitstor kurz vor Schluss 2:1 gewann,<sup>2</sup> kochte wieder einmal eine alte Debatte in der Fußballwelt auf: Bedarf es der Einführung eines Videobeweises, um krasse, vermeidbare und meist spielentscheidende Fehlentscheidungen zu korrigieren?<sup>3</sup> Die Gegner dieser Technik, so auch der Präsident der FIFA, möchten dies nicht, weil die Fehleranfälligkeit der schiedsrichterlichen Tatsachenentscheidung dem Spiel ein »menschliches Antlitz« bewahre.<sup>4</sup>

Fürwahr, im Sport mag für solch romantische Erklärungsversuche<sup>5</sup> Platz sein. Aber niemand käme auf die Idee im Strafverfahren so zu argumentieren. Dennoch, an einem Befund kommen wir nicht vorbei: Während die kriminalistische Aufklärungsarbeit im Ermittlungsverfahren – also bei der Weichenstellung des Prozesses – fortdauernd vom technischen Fortschritt und wissenschaftlichen Erkenntnisgewinn profitiert, harrt die Dokumentation der Hauptverhandlung und ihres »Herzstückes«, der Beweisaufnahme, noch auf einem Niveau, das den Gegebenheiten von 1877 entspricht – sieht man einmal von der Möglichkeit ab, dass die Urkundsbeamten das Hauptverhandlungsprotokoll nicht mehr mit der Hand schreiben müssen, sondern am Computer fertigen.

Für die Verteidigung im Revisionsverfahren ist dies durchaus problematisch. Denn sie ist auf die Qualität der Dokumentation im Hauptverfahren angewiesen, um (in materieller Hinsicht) Verfahrensfehler aufdecken zu können und diese in formaler Hinsicht korrekt darzulegen; das eine betrifft die Begründetheit, das andere die Zulässigkeit der Verfahrensrüge.

## 2. Ein Fallbeispiel aus der Praxis: 410 Fälle in vier Minuten

Beginnen wir mit einem Beispiel aus der Praxis, das wir alle mit dem Schlagwort »falscher Film« verbinden. Der Fall spielt am Landgericht Mosbach, einem unverfänglichen Ort, wenn es um rechtsmissbräuchliches Verteidigerverhalten geht.

Die 1. Große Strafkammer dort befand Herrn D. im vergangenen Jahr der Vergewaltigung in 410 Fällen zum Nachteil seiner (bei Tatbeginn gerade volljährigen) Tochter für schuldig und verurteilte ihn zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von 14 Jahren. Die Einlassung des Angeklagten, der die Taten eingestanden, aber die Anwendung von Nötigungsmitteln bestritten hatte, erachtete die Kammer als unglaublich und durch den Gang der Beweisaufnahme widerlegt. Maßgeblich stützte sie sich dabei auf die Aussage der in der Hauptverhandlung vernommenen Tochter. Deren Zeugnis wurde im Urteil wiedergegeben, einer lehrbuchartigen Aussageanalyse unterzogen und mittels einer Gesamtwürdigung anhand der Beweisindizien abgeglichen. Zwölf der insgesamt 28 Seiten Urteilsbegründung waren dieser Beweiswürdigung gewidmet. Sie war alles andere als lückenhaft oder widersprüchlich. Sachlichrechtlich war das Urteil unangreifbar.

Und auch das Protokoll las sich unproblematisch. Gerade als der mit der Sache betraute Revisionsverteidiger Herrn D. mit ein paar tröstenden Worten über die Ausweglosigkeit seines Unterfangens aufklären wollte, fiel ihm etwas auf. Der Instanzverteidiger hatte den Hinweis gegeben, dass die Zeugin in der Hauptverhandlung niemals das ausgesagt habe, was das Urteil berichte. Sie habe vielmehr einsilbig auf ihre polizeiliche Vernehmung Bezug genommen. Gewiss, das hört man häufig, kann es aber für die Revision nicht verwenden. Im Protokoll steht ja nicht, *was* die Zeugin gesagt hat, sondern nur *dass* sie Angaben zur Sache machte. Jedoch fand der Hinweis des Kollegen an anderer, versteckter Stelle eine Bestätigung in der Sitzungsniederschrift: bei der Zeitangabe. Danach hatte die Hauptverhandlung um 8.30 h begonnen. 15 Minuten später – um 8.45 h – war die Zeugin bereits entlassen worden. Zog man die Zeit für die Einlassung des Angeklagten und die Erledigung der restlichen Formalien (also Feststellungen der anwesenden Personen, Vorabbelehrung der Zeugen und Verlesung des Anklagesatzes)<sup>6</sup> ab, so konnte die Vernehmung der Zeugin nicht länger als vier Minuten gedauert haben.

Vier Minuten zur Aufklärung von 410 Fällen! Es wundert nicht, dass bei diesem Tempo die Hauptverhandlung straff zu Ende geführt werden konnte. Um 9.50 h war sie vorbei. Zieht man die dreizehnminütige Beratungspause ab, so konnte innerhalb einer Stunde und dreizehn Minuten über 14 Jahre Freiheitsentzug entschieden werden. Das ist in Zeiten, in denen allerorts die Überlastung der Justiz beklagt wird, eine beachtliche Leistung. Doch darum geht es hier nicht. Auch nicht darum, wie wohl derjenige verteidigt ist, der durch ein solches Eilverfahren eskortiert wurde.<sup>7</sup>

Die abgekürzte Abwicklung mag »Mosbacher Landrecht«<sup>8</sup> entsprochen haben, aus dem »Inbegriff der Hauptverhandlung« konnte das Gericht seine Überzeugung jedenfalls nicht geschöpft haben. Also rügte die Revision wohlgemut den Verstoß gegen § 261 StPO. Und sie sah sich hierin bestätigt, als sie die schmallippigen dienstlichen Erklärungen des Vorsitzenden und die Gegenerklärung der Staatsanwaltschaft las. Denn diese wandten nur ein, dass die Uhrzeit im Protokoll – vergleichbar einer Telefonabrechnung – nur im 5 Minuten-Takt notiert würden. Das hieß aber nichts anderes als dass die Vernehmung vielleicht sechs, vielleicht drei Minuten gedauert haben konnte. Der Verfahrensvorgang selbst wurde nicht in Abrede gestellt.

Nichtsdestotrotz: Der 1. Strafsenat am Bundesgerichtshof – man höre und staune – verwarf die Revision kurzerhand als offensichtlich unbegründet im Beschlusswege.<sup>9</sup>

Was ist schief gelaufen? War es das »Titan«-Syndrom?<sup>10</sup> Oder die allgemeine Tendenz der Revisionsrechtsprechung, Verfahrensrügen ergebnisorientiert zu neutralisieren?<sup>11</sup> Ja und nein. Vor allem mag der Misserfolg in einer ungeschriebenen Rügebarriere begründet gewesen sein: dem Rekonstruktionsverbot.

## II. Rekonstruktionsverbot:

»Dagegen ist kein Gegenbeweis zulässig«

### 1. Bedeutung

Es besagt, dass dem Revisionsgericht eine inhaltliche Rekonstruktion der Beweisaufnahme verwehrt bleiben soll, weil andernfalls die gesetzliche Aufgabenteilung – Tatsachenfeststellung in der Instanz, Rechtskontrolle durch das Obergericht – unterlaufen werde. In der bis heute gültigen – freilich apodiktischen<sup>12</sup> – Diktion des 1. Strafsenats aus dem Jahre 1966 wird es folgendermaßen beschrieben:

»Das Ergebnis der Aussage eines Zeugen, wie überhaupt das Ergebnis der Hauptverhandlung, festzustellen und zu würdigen, ist allein Sache des Tatrichters; der dafür bestimmte Ort ist das Urteil. Was in ihm über das Ergebnis der Verhandlung zur Schuld- und Straffrage festgehalten ist, bindet das Revisionsgericht. Darüber ist kein Gegenbeweis zulässig.«<sup>13</sup>

## 2. Begründung

Zur Begründung des Rekonstruktionsverbots möchte ich nicht näher auf heuristische Scheinargumente wie die »Ordnung des Revisionsverfahrens«, die einer Rekonstruktion entgegen stehen soll,<sup>14</sup> eingehen. Gewicht hat, was *Hanack* im Löwe-Rosenberg schreibt. Er räumt zwar ein, es sei

»in der Tat nicht ganz von der Hand zu weisen«, »daß es bisher nicht gelungen sei, das Verbot dogmatisch überzeugend zu begründen und widerspruchsfrei zu handhaben«.<sup>15</sup>

Dennoch bliebe seine Beibehaltung geboten. Es widerstrebe dem Zweck der Revision, würde das Revisionsgericht Beweis über die Beweisaufnahme erheben, weil dadurch mittelbar auch die tatrichterlichen Feststellungen Gegenstand seiner Überprüfung werden würden. Der Strengbeweis der Hauptverhandlung sei dem Freibeweisverfahren der Revision strukturell überlegen. Die Kompetenzbereiche würden ins Konturenlose abgleiten.

Es spricht für sich, dass auch *Hanack* sogleich beschwichtigend ausführt, es bestehe kein Anlass, das Rekonstruktionsverbot »gewissermaßen zu verabsolutieren«.<sup>16</sup> Gegenbeweise blieben dort zulässig, wo das Revisionsgericht nicht Gefahr laufe, tatrichterliche Funktionen auszuüben, sondern dank »Unterlagen mit objektiven Beweiswert« prüfen könne, ob ein revisibler Verfahrensfehler vorliege. Auch hier sind die Grenzen fließend. Während es einen Verstoß gegen § 261 StPO begründen soll, wenn eine verletzte Urkunde im Urteil sinntestellt wiedergegeben wird,<sup>17</sup> bleiben Zweifel, inwiefern der Auslegung und Bewertung zugängliche Urkunden Berücksichtigung finden können.<sup>18</sup> Und: Wann das Schweigen im Urteil zu einem beweiserheblichen Beweismittel gerügt werden kann (Stichwort: »Schusskanal«<sup>19</sup>) oder als unstatthafte Rüge der Aktenwidrigkeit scheidet, weiß niemand so richtig<sup>20</sup>, geschweige denn mit der Figur der sog. Alternativrüge – nach *Pauly* ein »Folgeproblem aus dem Rekonstruktionsverbot«<sup>21</sup> – verlässlich umzugehen.

### 3. Kritik

Grund genug sich kritisch mit dieser protolegalen Rügebarriere auseinanderzusetzen.

Schon die Begriffswahl ist unglücklich. Rekonstruktion ist das Wesen des Strafprozesses. Der Tatrichter rekonstruiert die Wirklichkeit; der Revisionsrichter rekonstruiert das Verfahren dieser Rekonstruktion mit seinen Mitteln und Maßstäben.<sup>22</sup> Dass dies nicht nur Sprachkritik ist, wird deutlich, wenn man sich die Kasuistik zur Schicksalsnorm vieler Verfahrensrügen zu § 344 II 2 StPO vergegenwärtigt. Der Tatsachenvortrag ist in bestimmten Fällen nach den Anforderungen der Rechtsprechung<sup>23</sup> schlichtweg nicht leistbar, ohne zum Inhalt der Beweisaufnahme etwas zu sagen.

Die propagierte Tatsachenbindung wird doppelbödig, betrachtet man den Bereich der sog. erweiterten Revision.<sup>24</sup> Hier maßt sich der Revisionsrichter den direkten Zugriff auf die tatrichterlichen Feststellungen an, indem er unmittelbar die Beweiswürdigung als rechtsfehlerhaft rügt. Die Fallgruppen und Rechtssätze, in denen solche Rechtsfehler vorliegen sollen, sind bekannt, aber unbekannt ist die Neigung des Revisionsgerichts im konkreten Einzelfall nach den selbst gesetzten Maßstäben das Urteil zu kassieren. Das liegt weniger daran, dass – wie Bundesrichter *Fischer* mit spitzer Feder ausführt –

»die zitierte Formel in den Händen von Rechtsreferendaren, Berufsanfängern oder Strafverteidigern ohne Revisionserfahrung i.d.R. keine sinnvollen revisionsrechtlichen Ergebnisse bringt«,<sup>25</sup>

sondern dass sie nur dann greift, wenn der Revisionsrichter, gemessen an *seiner* forensischen Erfahrung und *seinem* Lebensverstand der Ansicht ist, das Urteil basiere auf einem tatsächlich unrichtigen Sachverhalt. Hat er Zweifel, so hilft dem Urteilsverfasser auch das größte Formulierungsgeschick nichts, der Revisionsrichter, so *Fezer*, »findet immer eine Beanstandungsmöglichkeit auf der Darstellungsebene«. <sup>26</sup> Den Hintergründen dieser Praxis soll hier nicht nachgegangen werden;<sup>27</sup> ebenso wenig der systematischen Fragwürdigkeit, die Beweiswürdigung – die eigentlich in § 261 StPO zu verorten ist – zum Gegenstand der Sachrüge zu machen, um »rügeunabhängig« für falsch befundene Urteile aufheben zu können. Die Praxis der erweiterten Revision belegt jedenfalls, dass die zur Legitimation des Rekonstruktionsverbotes geltend gemachte strikte Aufgabentrennung und Tatsachenbindung an anderer Stelle nach intransparenten Kriterien unterlaufen wird.

So hat *Fezer* als erster analysiert, warum das Rekonstruktionsverbot letztlich nicht begründbar ist.<sup>28</sup> Es gilt sich eines klar zu machen: Die Trennung von Rechtskontrolle und Tatsachenbindung betrifft die Sachrüge und steht – nach den Motiven – unter dem Vorbehalt, dass eben diese Tatsachenfeststellungen prozessordnungsgemäß zustande gekommen sind. Das Mittel, um dies zu überprüfen, ist die Verfahrensrüge. Es scheint, als sei die im sachlichen Recht geltende Bindung an den Tatsachenteil stillschweigend auf die Verfahrensrüge verlagert worden. Dort hat sie aber systematisch nichts verloren. Mit *Fezer*:

»Die Befugnis eigener Tatsachenfeststellungen gehört genauso wesensmäßig zur Überprüfung des Verfahrensrechts, wie die Bindung an die tatrichterlichen Feststellungen wesensmäßig zur Überprüfung der materiellen Rechtsanwendung gehört.«<sup>29</sup>

Dem ist nichts hinzufügen. Es ist schlichtweg paradox, den Revisionsrichter an das zu binden, was er überprüfen soll.

Kurzum: Das Rekonstruktionsverbot lässt sich nicht schlüssig begründen. Es steht der Rechtsprechung frei, es – wie jedes andere gesetzesfremde Axiom – aufzugeben.

### III. Dokumentationsgebot

#### 1. Videodokumentation – der großer Wurf?

##### a) Chancen

Wenn das Rekonstruktionsverbot mangels sachlicher Legitimation keine Schranke bildet, liegt es nicht fern, einer umfassenden Videodokumentation der Hauptverhandlung den Weg zu ebnen. Einen Vorschlag hat auch der Strafrechtsausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer nunmehr unterbreitet.<sup>30</sup>

*Salditt* hat überzeugend anhand der Motive und Beratungsniederschriften dargelegt, dass die Festlegung auf ein Ergebnisprotokoll in § 273 StPO ihren Ursprung darin findet, dass sich im Laufe der Beratungen jene Stimmen durchgesetzt haben, die eine damals nur schriftlich durch den Gerichtsschreiber anzufertigende und durch den Vorsitzenden sofort zu kontrollierende Dokumentation für schlichtweg nicht leistbar hielten.<sup>31</sup> Und er stellt fest:

»Man kann sich vorstellen, dass die Beratungen einen ganz anderen Verlauf genommen hätten, wenn es möglich gewesen wäre, den Gerichtsschreiber mit der entsprechenden Technik auszustatten.«<sup>32</sup>

Dies gilt umso mehr, als die Verfahrensrealität von einer auch dem historischen Gesetzgeber nicht vorschwebenden Mehrbelastung der Richterbank

gezeichnet ist. Der »inquirierende Protokollant«, der mitschreibt, Zeugen befragt und die Hauptverhandlung leitet, ist ablenkbar und kein Ideal. Und auch der Bundesgerichtshof räumt ein, dass eine akustische Dokumentation nicht der Inbegriffs-idee des § 261 StPO widerspreche, sondern – im Gegenteil – den Richtern gestatte,

»auf Notizen zu verzichten und dem Verhandlungsgeschehen mit ungeteilter Aufmerksamkeit und freierem Blick zu folgen.«<sup>33</sup>

Die Möglichkeiten, die sich mit diesem Systemwechsel verbinden, liegen auf der Hand:

1. Protokollberichtigungen wären unter Rückgriff auf das Videoprotokoll möglich und objektiv überprüfbar und das vom Großen Senat praeter legem entwickelte Berichtigungsverfahren, das »sichere Erinnerung« des Vorsitzenden und des Protokollführers vorsieht,<sup>34</sup> hinfällig.

2. Der Tatsachenvortrag der Revision wäre, soweit er den Gang der Hauptverhandlung widerspiegelt, unter Rückgriff auf das Hauptverhandlungsprotokoll möglich. Gleichsam blieben Verfahrensvorgänge, die nicht protokollierungspflichtig sind (»Was ist ‚wesentlich?«), aber für den Tatsachenvortrag der Revision bedeutsam bleiben, dokumentiert.

3. Die Aussagen in der Hauptverhandlung wären für Folgeverfahren im Original verfügbar (etwa wenn es darum geht, die Aussagekonstanz zu überprüfen bzw. ein Strafverfahren wegen eines Aussagedeliktens zu führen). Das diene der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme.

4. Schließlich könnte sich schon allein der Umstand, dass die Hauptverhandlung auf Video aufgezeichnet wird und diese Aufzeichnung möglicherweise in einem späteren Revisionsverfahren durch das Revisionsgericht angesehen wird, »durchaus positiv auf das Verhandlungsklima auswirken.«<sup>35</sup>

#### *b) Risiken*

Was dem einen ein Königspfad, erscheint dem anderen als Irrweg.

Es gibt Stimmen, die befürchten eine suggestive Beeinflussung der Zeugen, die durch die Kamera nicht mehr unbefangen aussagen könnten.<sup>36</sup> Das verfängt aber nicht. Es lohnt sich ein Blick in BGHSt 19, 193. Dort steht:

»Für den modernen Menschen ist die Begegnung mit technischen Gerätschaften etwas Vertrautes und Gewohntes geworden«,<sup>37</sup>

Das bezog sich im Jahre 1964 auf die Zulässigkeit von Tonbandaufnahmen einzelner Aussagen zum Zwecke der Gedächtnisstütze. Auch wenn der Bundesgerichtshof bei »Fernsehkameras« noch Zweifel hegte, meine ich: 45 Jahre später, in Zeiten, in denen uns Kameras in jedem Kaufhaus und Parkplatz begegnen

und wir am heimischen PC Videokonferenzen weltweit durchführen können, kann das nicht mehr gelten. Und offen gestanden: Mich irritiert der Anblick eines überdimensionalen Kruzifixes in einem süddeutschen Gerichtssaal mehr als es der einer installierten Videokamera täte.

Gewichtiger erscheinen mir die Bedenken *Meyer-Gofßners*, da sie den praktischen Hintergrund des Rekonstruktionsverbotes offen legen. Er befürchtet, dass bei einer umfassenden Videodokumentation das Protokoll obsolet werden würde. Auch für eine Norm wie § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO sei dann kein Bedarf mehr. Denn das Revisionsgericht müsse sich anhand des gesamten Videomaterials selbst von der Richtigkeit der Verfahrenstatsachen überzeugen. Das sei schlichtweg nicht leistbar.

Dem kann zunächst nicht widersprochen werden. Bei ca. 700 Revisionsverfahren pro Senat im Jahr würde die Leistungsfähigkeit des Bundesgerichtshofs schnell an menschliche Grenzen gelangen. Er ist kein Filmclub. Denkt man an die Umfangsverfahren der heutigen Zeit, so lassen sich leicht schauderhafte Szenarien für die Revision ausmalen.

Aber: Die Einwände gehen von unzutreffenden Prämissen aus.

*Erstens* wird sich auch an der Funktion des § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO nichts ändern. Der Revisionsführer wird nicht von seiner Pflicht entbunden, einen konkreten, vollständigen und richtigen Tatsachenvortrag zu erstatten. Eine allgemeine Verfahrensringe kann es faktisch und darf es normativ nicht geben.

*Zweitens* ist die Videodokumentation kein Protokollersatz, sondern ein Protokollbehelf. Die Verfahrensniederschrift bleibt das Fundament der Revision. Nur steht es, um beim Thema zu bleiben, auf einer transparenten und stabilen Grundlage. Der Revisionsführer selbst kann anhand der Aufzeichnung überprüfen, ob der von ihm festgestellte Verfahrensverstoß tatsächlich stattgefunden hat oder ob eine Protokollberichtigung droht.

*Drittens* wird es in der Praxis nicht die Aufgabe des Revisionsgerichts sein, das gesamte Videoband nach der Vollständigkeit des Revisionsvortrags auszuwerten (Stichwort: »Negativtatsachen«). Die Aufgabenverteilung im Revisionsverfahren sieht an dieser Stelle vielmehr die Staatsanwaltschaft der Tatsacheninstanz in der Pflicht. Sie hat im Rahmen ihrer Gegenerklärung zum Verfahrenssachverhalt Stellung zu nehmen und hierzu ist sie dank ihres Sitzungsvertreters, der an der Hauptverhandlung teilgenommen hat (und sich wenigstens in Grundzügen an das Prozessgeschehen erinnern können sollte), am Besten in der Lage.

*Viertens* führt die Aufgabe des Rekonstruktionsverbotes nicht dazu, dass die Aufgabenteilung zwischen Revisions- und Tatrichter verloren geht.



Dieser würdigt und wertet die Beweise eigenständig. Nur wird ihm durch die vollständige Dokumentation der Beweisaufnahme eine höhere Darlegungslast abverlangt – eine Darlegungslast, die die Revisionsrechtsprechung bereits heute kennt, deren Anwendung aber unkalkulierbar bleibt.

Es geht hier auch um eine präventive Funktion der Dokumentation. Sie betrifft sowohl den Verteidiger, der die Hauptverhandlung ebenso selektiv wahrnimmt wie das Gericht, als auch diejenigen, die für die Richtigkeit des Protokolls mit ihrer Unterschrift zu bürgen haben. Wenn nämlich der Vorsitzende und der Protokollführer das Protokoll in der Gewissheit unterzeichnen, dass das, was sie bezeugen, anderweitig dokumentiert und objektiv überprüfbar ist, werden ridiküle Formularprotokolle der Vergangenheit angehören – nebenbei bemerkt: Es stünde dem Selbstverständnis der Rechtsprechung dann gut an, auf die Protokoll-Vordrucke zu verzichten, auch wenn mangels öffentlicher Urkunde kein Strafbarkeitsrisiko wegen Falschbeurkundung im Amt droht.<sup>38</sup>

### c) Der BRAK-Entwurf

In diesem Zusammenhang bedeutsam ist der aktuelle »Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Wahrheitsfindung im Strafverfahren durch verstärkten Einsatz von Bild-Ton-Technik« des Strafrechtsausschusses der Bundesrechtsanwaltskammer (nachfolgend »BRAK-Entwurf«).<sup>39</sup> Er bezweckt u. a. eine bessere Dokumentation der Hauptverhandlung (vor dem Landgericht und Oberlandesgericht) durch ein Videoprotokoll, da sich das traditionelle Hauptverhandlungsprotokoll als »*vielfältig fehleranfällig erwiesen*« habe.<sup>40</sup> Vorteile aus Sicht des BRAK-Entwurfs: Protokollberichtigungen würden unter Rückgriff auf das Videoprotokoll stattfinden und der Tatsachenvortrag der Verfahrensrüge wäre für das Revisionsgericht überprüfbar.<sup>41</sup> Wenn nach dem Entwurf in § 352 Abs. 1 S. 2 StPO-E festgehalten werden soll:

»[d]ie Bild-Ton-Aufzeichnung der Hauptverhandlung nach § 273 Abs. 2 kann nur zur Überprüfung von Mängeln des Verfahrens herangezogen werden«,

so ist das weder ein deklaratorischer Rechtssatz noch eine Bekräftigung des Rekonstruktionsverbots, sondern dessen überfällige Begrenzung. Die Sprengwirkung dieses Satzes findet sich in der Begründung:

»Die revisionsgerichtliche Rechtsprechung wird aufgrund der künftigen Erfahrungen mit dem Videoprotokoll Gelegenheit haben, zu entscheiden, ob die Rekonstruktion der Beweisaufnahme – in Anlehnung an die bereits jetzt anerkannten Ausnahmen vom Rekonstruktionsverbot – behutsam erweitert werden kann. Dies könnte namentlich in evidenten Fallgestaltungen angezeigt sein, auf die das zutrifft, was der

Große Senat für Strafsachen des Bundesgerichtshofs (BGHSt 51, 298, Rz 42) ausgeführt hat: „Auch die Revisionsgerichte sind der Wahrheit verpflichtet; wenn prozessual erhebliche Tatsachen aus der tatrichterlichen Hauptverhandlung der Klärung bedürfen, muss grundsätzlich der wahre Sachverhalt, wie er sich zugetragen hat, maßgeblich sein.“<sup>42</sup>

Dem ist nichts hinzuzufügen, außer: Warum erst jetzt? Kurzum: Der BRAK-Entwurf ist ein überfälliger Schritt in die richtige Richtung.

## 2. Oder doch die »kleine Münze«?

Natürlich ist die Idee einer umfassenden Dokumentation der Hauptverhandlung nicht neu.<sup>43</sup> Ob es die Furcht vor den oben skizzierten Szenarien einer Mehrbelastung der Revisionsgerichte oder – etwas banaler – monetäre Interessen der betroffenen Länderkassen waren, die einer solchen *Justizmodernisierung* – die ihrem Name gerecht werden würde – bislang im Wege standen, bleibt Spekulation.

Jedenfalls möchte ich zum Abschluss auf Alternativen – man kann sagen: die kleine Münze der Dokumentation – hinweisen, die ohne großen Kostenaufwand und das Risiko eines Systemwechsels in das Verfahren implementiert werden könnten. Auch sie würden den Transparenzstandard heben, und zwar sowohl hinsichtlich der Dokumentation des Verfahrenssachverhalts als auch hinsichtlich der Dokumentation der Beweiserhebung soweit Zeugenaussagen betroffen sind.

### a) Ein neuer Umgang mit § 273 Abs. 3 S. 1 StPO

Das Gesetz lässt bereits die punktuelle Dokumentation der Hauptverhandlung in § 273 Abs. 3 Satz 1 StPO zu. Gerade bei Zeugenaussagen hat die danach mögliche Protokollierung auf Anordnung eine ganz andere Beweisqualität als das amtsrichterliche Inhaltsprotokoll. Denn sie gibt nicht nur das nach Auffassung des Protokollführers<sup>44</sup> wesentliche Ergebnis der Aussage, sondern die Aussage (bzw. Äußerung) im Wortlaut wieder, und sie muss vom Zeugen autorisiert werden. Anträge werden aber in der Praxis in der Regel mit dem Argument abgeblockt, es käme nicht auf den Wortlaut der Aussage an. Dass der Inhalt einer Aussage entscheidungserheblich sei, genüge nicht. Dieser rabelistischen Beschränkung des Anwendungsbereichs des Protokollierungsanspruchs, die im Schrifttum, wenn überhaupt, mit der angeblichen »Gefahr des Missbrauchs und einer Überlastung der Abwicklung der Hauptverhandlung durch die Erzwingung von Wortprotokollen« begründet wird,<sup>45</sup> könnte der Gesetzgeber mit einem Federstrich ein Ende bereiten. So wäre eine Neufassung bedenkenswert, nach der es allein auf die »Erheblichkeit der Aussage« an-

kommt. Will das Gericht den Antrag ablehnen, so muss es begründen, warum die Aussage oder Äußerung unerheblich ist. Und als Maßstab hierfür könnte man die Rechtsprechung zur »Unerheblichkeit eines Beweisbegehrens« heranziehen. Da das Gericht sich im Urteil nicht in Widerspruch zu dieser Bewertung setzen darf und zugleich dem Antragsteller Einblick in seine vorläufige Einschätzung offerieren muss, wird es behutsam mit dieser Ablehnungsmöglichkeit umgehen müssen.

#### *b) Akteneinsicht und Protokollentwurf*

Die unzureichende Dokumentation der Hauptverhandlung hat, sieht man von den bereits beschriebenen Mängeln des Protokolls einmal ab, für den Revisionsverteidiger durch die neue Rechtsprechung zur Rügeverkümmernung zugenommen. Die negative Beweiskraft des § 274 StPO wurde hierdurch nachhaltig relativiert.

Damit wurde zugleich ein neues Konfliktfeld für das Revisionsverfahren geschaffen. Es könnte entschärft werden, indem ein Konstruktionsfehler im Verhältnis zwischen Urteilsniederschrift und Verhandlungsprotokoll behoben wird. Während § 275 StPO die Urteilsabsetzungsfrist proportional zur Hauptverhandlungsdauer bestimmt und Verstöße gegen die Höchstfrist den absoluten Revisionsgrund des § 338 Nr. 7 StPO begründen, ist die Fertigstellung des Protokolls nicht fristgebunden. Mehr noch: Das Urteil darf erst zugestellt werden, nachdem das Protokoll zu den Akten gelangt ist. Das ist misslich. Nicht nur weil »auch hier eine Verzögerung den Fortgang des Verfahrens erheblich hemmen kann«,<sup>46</sup> sondern ebenso die Erinnerung an das Verfahrensgeschehen mit zunehmender Zeit verblasst.

Wie der Berliner Kollege *Hansgeorg Birkhoff* in einem lesenswerten Beitrag im NJW-Festheft für *Ingeborg Teppervien* herausgearbeitet hat,<sup>47</sup> hat diese Diskrepanz ihren Ursprung darin, dass die Urteilsabsetzungsfrist 1877 gerade einmal drei Tage betrug. Damit musste auch das Protokoll zeitnah fertig gestellt werden. Natürlich: Umfangsverfahren kannte man seinerzeit noch nicht. Die heutige Verfahrenswirklichkeit kennt den ominösen Protokollentwurf, der nicht zu den Akten kommt, und damit auch nicht während der Hauptverhandlung dem Einsichtsrecht der Verteidigung unterliegt. Mit anderen Worten: Die Protokollierung erfolgt zwar – für alle Verfahrensbeteiligten sichtbar – während der Hauptverhandlung und bleibt doch im Verborgenen. Was im Protokoll steht, erfährt man erst sehr viel später, in der Regel dann, wenn es darum geht, die Revision zu schreiben.

Diese Intransparenz ist nicht im Sinne einer richtigen Dokumentation der Hauptverhandlung. Der Vorsitzende, der das Protokoll nach Abschluss einer mehrere Wochen und Monate umfassenden Hauptverhandlung prüft, kann

für sich kaum in Anspruch nehmen, sich noch an jede Verfahrenshandlung zu erinnern. Auch er neigt zur Selbsttäuschung, ist sich sicher, es wohl richtig gemacht zu haben, weil er es stets richtig macht. Erkundigt sich der Revisionsverteidiger beim Kammervorsitzenden, wann endlich mit der Zustellung des Urteils zu rechnen sei, dann erhält er nicht selten die bezeichnende Antwort, »sehr bald, das Protokoll muss noch redigiert werden«. Das deutet weniger auf eine beglaubigte Dokumentation der Formenstrenge, als auf Herstellung eines fiktiven idealtypischen Prozessverlaufs hin.

Es wäre ein Leichtes, diesem Missstand ein Ende zu bereiten. Dass das Protokoll eine Einheit bildet,<sup>48</sup> verlangt gewiss nicht, es einheitlich fertig zu stellen. Abschnittsprotokolle je Hauptverhandlungstag, die unmittelbar zu den Akten zu nehmen sind und damit von den Verfahrensbeteiligten eingesehen werden können, würden § 271 StPO nicht widersprechen. Würde man noch starre Fristen für Berichtigungsanträge vorsehen, so müsste die Korrektur zeitnah und unter der Gewähr besserer Erinnerung erfolgen. Zugleich wäre das Gericht während des Verfahrens zur Selbstkontrolle seiner Verfahrensleitung und Gestaltung berufen und hätte die Möglichkeit, übersehene Fehler – wohlgermerkt des Verfahrens, nicht des Protokolls – zu heilen. Der Konflikt um die Richtigkeit der Niederschrift würde dorthin verlagert, wo er hingehört: in die Hauptverhandlung. Und das dann abgeschlossene Protokoll hätte als Einheit wieder den formalen Beweiswert, der ihm nach § 274 StPO eigentlich zukommen soll.

## V. *Schluss*

Fassen wir zusammen:

1. Die unzureichende Dokumentation der Hauptverhandlung erschwert die wirksame Revisionsverteidigung bei der Erhebung von Verfahrensrügen sowohl auf der Ebene der Zulässigkeit wie der Begründetheit, da das jederzeit korrigierbare Protokoll keine Gewähr für den prozessualen Sachverhalt als Gegenstand des Revisionsverfahrens darstellt und die Verletzung bestimmter Verfahrensnormen, die den Inhalt der Beweisaufnahme reglementieren (maßgeblich § 261 StPO und § 244 Abs. 2 StPO), nur eingeschränkt gerügt werden können.

2. Hieran lässt sich – ohne die Eigenart der Revision zu ändern – etwas verbessern. Ein »Rekonstruktionsverbot« stünde einer entsprechenden Dokumentation nicht entgegen und erweist sich bei näherem Hinsehen als protolegale Barriere.

3. Ob die Dokumentation in einer umfassenden audiovisuellen Aufzeichnung der Hauptverhandlung geschieht oder durch eine punktuelle Verbesserung der Möglichkeiten auf den Inhalt des Protokolls Einfluss zu nehmen, bleibt dem Gesetzgeber grundsätzlich vorbehalten. Der Entwurf der BRAK stellt jedenfalls einen begrüßenswerten Schritt in die richtige Richtung dar.

4. Freilich, die Würdigung der Beweise im Sinne einer Wiederholung der Beweisaufnahme durch das Revisionsgericht wird auch bei Vorhandensein eines Videoprotokolls nicht stattfinden. Der Revisionsführer wird auch in Zukunft nicht damit gehört werden können, ein Detail der Aussage sei missverstanden worden oder das Gericht habe eine mimische Reaktion des Zeugen übersehen.

5. Zunehmen wird aber die Prüfungsdichte. Es ist dem Einfallsreichtum der Revisionsverteidigung überantwortet, hier neue Rügen zu entwickeln, die eine Kontrolle der Rechtsanwendung im tatsächlichen Prozess ermöglichen. Vielleicht ändert dies etwas an der von vielen Autoren konstatierten »Sinnkrise« der Revision.

Vergessen wir nicht: Wir reden hier nicht über Fußball!

## Anmerkungen

- 1 In der schriftlichen Fassung des Referats bleibt der mündliche Vortragsstil beibehalten, der Umgang mit Endnoten spielerisch. Wer sich vertieft mit der Thematik auseinandersetzen möchte, dem lege ich die Schriften von *Fezer* (in: FS Hanack [1999], S. 33 ff.; in: Ebert [Hrsg.]: Aktuelle Probleme der Strafrechtspflege [1991], S. 899 ff.) auf der einen und *Hanack* (maßgebend in: Löwe-Rosenberg, § 337 Rdn. 77 ff.) auf der anderen Seite ans Herz. Die Bedeutung, die das wissenschaftliche Werk beider für die dogmatische Durchdringung des Revisionsrechts und des Revisionsrichterrechts (dazu ebenfalls auf diesem Strafverteidigertag das Referat von *Fezer* [bereits veröffentlicht in HRRS 2010, 281]) hat, kann nicht genug hervorgehoben werden.
- 2 Es geschah am 17.02.2010. Der Fortgang der Geschichte ist bekannt, auch dass es der deutsche Rekordmeister ins Finale der Champions League 2010 geschafft hat und dort – Rache Italiens – Inter Mailand 0:2 unterlag.
- 3 Ein noch extremeres Beispiel für die Notwendigkeit eines Videobeweises im Fußball ereignete sich am 27.06.2010 anlässlich des WM-Achtelfinalspiels zwischen Deutschland und England, als beim Stand von 2:1 für Deutschland das reguläre und klare Ausgleichstor der Engländer nicht gegeben wurde, weil weder Schieds- noch Linienrichter sahen, dass der Ball fast 1 m hinter der Torlinie aufgekommen war. Das Mitleid mit den übervorteilten Angelsachsen hielt sich freilich in Grenzen; zu klar war – wie auch die englische Sportpresse hervorhob – die deutsche Überlegenheit und zu schlecht die Leistung der Engländer, als dass man ihnen die Rolle des unglücklichen Verlierers hätte abnehmen können.
- 4 Inzwischen sind die Dinge im Fluss – zumindest was die Absichtserklärungen auf Funktionärsebene angeht. Bedingt durch das (mal wieder) diskrete Leistungsniveau der Schiedsrichter bei der Fußball-WM (ein Beispiel dazu in vorstehender Endn.) wird die Einführung technischer Hilfsmittel geprüft (Pressemitteilung der FIFA vom 20.10.2010, Quelle: <http://de.fifa.com/aboutfifa/federation/administration/releases/newsid=1320764.html>). [Stand: 21.12.2010]
- 5 In Anbetracht der radikalen Kommerzialisierung des Leistungssports wirkt diese Begründung scheinheilig.
- 6 Die Verlesung des Anklagesatzes ahmte der Revisionsverteidiger in unnatürlich hohem Sprechtempo nach (»Diestaatsanwaltschaftlegtdemangeklagtenfolgendensachverhalt-zurlast ...«) und stoppte die so erzielte, wahrscheinlich schnellstmögliche Zeit.
- 7 Damit will ich die Einschätzung von *Gaede* (HRRS 2007, 402) nicht belegen: »Es gibt aber auch ein Thema zur Verteidigung, zu dem man auf allen Veranstaltungen der professionellen Akteure des Strafverfahrens kaum mit einem prima facie vorhandenen Wohlwollen rechnen könnte. Die Rede ist von der Schlechtverteidigung.«
- 8 Was nichts mit dem gleichnamigen Richter am Landgericht Berlin zu tun hat.
- 9 BGH, Beschl. v. 05.08.2009 – 1 StR 365/09. Da der Beschluss keine weitere Begründung enthält, ist er auch nicht über die Internetseite des Bundesgerichtshofs zugänglich. Warum auch? Jeder Verteidiger weiß, was (und was nicht) in einem »o.u.-Beschluss« steht.
- 10 Mein Referendariatsausbilder am Landgericht Tübingen, das im Gerichtssprengel des hier zuständigen 1. Strafsenats liegt, sagte stets, »*sein*« Senat sei »wie Oliver Kahn – dr hält alles, was zu halte isch«. Inzwischen scheint sich diese Allegorie herumgesprochen

- zu haben, wenn es im Zwischenruf »O.u. – offensichtlich unbegründet« von Gisela Friedrichsen auf Legal Tribune Online heißt: »Denn man befand sich in Bayern und damit im Herrschaftsbereich des 1. Strafsenats, des ‚Kahn-Senats‘. Der Titan, der alles hält.« Quelle: [www.lto.de/de/html/nachrichten/518/Offensichtlich-unbegrundet/](http://www.lto.de/de/html/nachrichten/518/Offensichtlich-unbegrundet/) (Stand: 21.12.2010) Lesenswert sind in diesem Zusammenhang auch die Kommentare, die der Beitrag von Seiten der vornehmlich richterlichen Leserschaft erfahren hat.
- 11 *Frisch*, in: FS Fezer S. 353 (382 f.); *Widmaier* StraFo 2010, 310 (312 ff.).
- 12 Das entspricht dem allgemeinen Begründungsstil der Revisionsgerichte. Der methodischen Kritik von *Fezer* (HRRS 2010, 281) an dieser Praxis, exemplarisch verdeutlicht und dargestellt an der »Widerspruchslösung« und anderer Streitthemen, ist nichts hinzuzufügen.
- 13 BGHSt 21, 149 (151).
- 14 BGHSt 17, 351 (352).
- 15 In: Löwe-Rosenberg, § 337 Rdn. 77a.
- 16 *Hanack*, in: Löwe-Rosenberg, § 337 Rdn. 79.
- 17 *Hanack*, in: Löwe-Rosenberg, § 337 Rdn. 80 m. Nachw.
- 18 *Hanack*, in: Löwe-Rosenberg, § 337 Rdn. 81.
- 19 BGH NStZ 1991, 448 – eine Entscheidung, die einer bestimmten Phase des 2. Strafsenats unter seinem damaligen Vorsitzenden *Herdegen* entstammt.
- 20 *Hanack*, in: Löwe-Rosenberg, § 337 Rdn. 83.
- 21 In: FS Hamm, 2008, S. 557 (564).
- 22 Vgl. *Pauly*, in: FS Hamm, 2008, S. 557 (560).
- 23 Umfassende Nachw. zu einzelnen Fällen bei *Pauly*, in: FS Hamm (2008), S. 557 (559 ff.).
- 24 Grundlegend *Fezer*, Möglichkeiten einer Reform der Revision in Strafsachen (1975).
- 25 *Fischer*, in: FS Paulus (2009), S. 53 (71 in Fn. 41).
- 26 *Fezer*, in: FS Hanack (1999), S. 331 (337).
- 27 *Fezer*, in: FS Hanack (1999), S. 331 (338) sieht den »richterliche[n] Ungehorsam vorprogrammiert«, weil der Revisionsrichter sich nicht dazu zwingen lasse, mögliche Fehlurteile im Bereich der Schwerekriminalität hinzunehmen.
- 28 Grundlegend *Fezer*, in: Ebert (Hrsg.): Aktuelle Probleme der Strafrechtspflege (1991), S. 89 (93 ff.).
- 29 *Fezer*, in: Ebert (Hrsg.): Aktuelle Probleme der Strafrechtspflege (1991), S. 89 (S. 104).
- 30 Dazu unten, III. 1. c).
- 31 *Salditt*, in: FS Meyer-Goßner (2001), S. 469 (470 ff.).
- 32 *Salditt*, in: FS Meyer-Goßner (2001), S. 469 (474).
- 33 BGHSt 19, 193 (196).
- 34 BGHSt 51, 298 (314).
- 35 *Nack*, in: FS Riess (2002), S. 361 (369). Damit wären auch Befangenheitsgesuche, die sich auf den Tonfall oder die Mimik richten, bereits in der Instanz einer sehr viel besseren Glaubhaftmachung zugänglich.
- 36 Z.B. *Wasserburg*, in: FS Richter II (2006), S. 547 (548 f.).
- 37 BGHSt 19, 193 (195).

- 38 OLG Hamm NJW 1977, 592; vgl. *Zieschang*, in: *Leipziger Kommentar* § 271 Rdn. 46.
- 39 BRAK-Stellungnahme Nr. 1/2010, Quelle: [www.brak.de/seiten/pdf/Stellungnahmen/2010/Stn1.pdf](http://www.brak.de/seiten/pdf/Stellungnahmen/2010/Stn1.pdf) (Stand: 20.12.2010).
- 40 BRAK-Stellungnahme Nr. 1/2010, S. 3 und 14 f.
- 41 BRAK-Stellungnahme Nr. 1/2010, S. 7 und 18. Doch sieht auch der Entwurf, dass damit »[a]uch nicht protokollierungspflichtige Vorgänge, die gleichwohl für die Verfahrensrüge relevant sein können, ... sich rekonstruieren [lassen]« (S. 19).
- 42 BRAK-Stellungnahme Nr. 1/2010, S. 29.
- 43 Auf dem 63. Deutschen Juristentag in Leipzig im Jahre 2000 sprach der Vertreter des Ministeriums in der Diskussion ein unveröffentlichtes Diskussionspapier seines Hauses an, nach dem es sinnvoll sei, »dort, wo im Moment die StPO ein Inhaltsprotokoll verlangt, in richterlicher Unabhängigkeit zu entscheiden, zum Tonband oder zur Bildaufzeichnung zu greifen. Soweit die Länder in der Lage sind, die technischen Voraussetzungen zu schaffen, würden wir es gerne sehen, dass man diese Technik aufgreift mit all den positiven Folgerungen« (Verhandlungen des 63. Deutschen Juristentages Leipzig 2000, Band II/2 Sitzungsberichte [2000], M 89).
- 44 Als Urkundsbeamter der Geschäftsstelle hat dieser zwar im allgemeinen Sinne »Aktenkenntnis«, aber nicht das juristische Aktenverständnis, um den für das Verfahren wesentlichen Gehalt der Aussage erkennen und bewerten zu können.
- 45 So *Gollwitzer*, in: *Löwe-Rosenberg* § 273 Rdn. 42 in Fußn. 131.
- 46 *Gollwitzer*, in: FS Gössel (2002), S. 543 (554).
- 47 *Birkhoff*, in: NJW-Festheft Tepperwien (2010), S. 7 (8). Zum Zeitpunkt des Referats war der Beitrag noch nicht erschienen, deshalb sprach ich damals etwas kryptisch von »einem bald erscheinenden NJW-Sonderheft«. Für die vertrauliche Überlassung des Manuskripts sei dem Kollegen an dieser Stelle gedankt.
- 48 BVerfG StV 2002, 521.