

Dokumentation und Rekonstruktion als Ausdruck einer angemessenen Fehlerkultur in der Strafjustiz

I. Einleitung: Macht, Transparenz und Kontrolle

Die großen Strafkammern¹ sind mächtige Gerichte. Sie stellen Sachverhalte fest, auf deren Grundlage sie Menschen zu langen, manchmal lebenslänglichen, Freiheitsstrafen verurteilen. Wer an die Institution der Freiheitsstrafe glaubt, muss in einem der Gewaltenteilung verpflichteten Rechtsstaat Gerichte mit solcher Machtfülle ausstatten. Die Macht der großen Strafkammern ist vom demokratisch legitimierten Gesetzgeber abgeleitet. Sie ist Wille des Souveräns. Damit ist sie ihrem Grunde nach verfassungsrechtlich gerechtfertigt.

Macht muss aber nicht nur dem Grunde nach gerechtfertigt sein. Keine demokratisch legitimierte Institution ist durch ihre bloße Kompetenzzuweisung von weiterer Rechtfertigung ihrer Tätigkeit entbunden. Je mächtiger eine Institution ist, je tiefer die ihr möglichen Grundrechtseingriffe sind, desto berechtigter ist das Ansinnen der ihr Unterworfenen und der Öffentlichkeit, die

* Die Verfasser danken ihrer wissenschaftlichen Mitarbeiterin *Meret Faller* sehr für ihre großartige Unterstützung.

¹ Wegen der geringen praktischen Relevanz ist in diesem Text nicht von den erstinstanzlich zuständigen Staatsschutzsenaten der Oberlandesgerichte die Rede. Für diese gelten die Ausführungen entsprechend, auch wenn die Kontrolle von Entscheidungen bei fünf Berufsrichtern im Einzelfall etwas besser sein mag als in den häufig nur noch mit zwei Berufsrichtern besetzten großen Strafkammern.

Ausübung der Macht transparent zu gestalten und ihren verantwortungsvollen Gebrauch zu überprüfen. Der Einzelne darf nicht nur verlangen, sich ausschließlich vor einem Gericht verantworten zu müssen, das der Souverän im Vorhinein bestimmt hat; er hat auch das Recht, dass der konkrete ihn treffende Grundrechtseingriff nachvollziehbar begründet ist. Mit diesem Recht des Einzelnen korrespondiert die Pflicht der Legislative, Strukturen zu schaffen, die objektiv ungerechtfertigte Grundrechtseingriffe verhindern. Blindes Vertrauen in die fehlerfreie Ausübung richterlicher Macht ist dem Rechtsstaat fremd.

Zugleich ist die Unabhängigkeit der Richter (Art. 97 Absatz 1 GG) ein Wert mit Verfassungsrang. Richterinnen und Richter sind in ihren Entscheidungen nur dem Gesetz unterworfen. Sie sind in der Rechtsfindung frei von Weisungen.² Diese sachliche und persönliche Freiheit³ schützt die Justiz vor dem Missbrauch der Macht durch Exekutive oder Legislative. Die Unabhängigkeit der Richter ist aber nicht gleichbedeutend mit der Freiheit von Überprüfung ihrer Tätigkeit. Dies gilt offensichtlich für alle Tatgerichte, denn es ist die gesetzlich vorgeschriebene Aufgabe der Revisionsgerichte, ihre Entscheidungen zu überprüfen. Aber auch die Freiheit der Revisionsgerichte vor Überprüfung ihrer Entscheidungen ist nicht grenzenlos, sondern zumindest in Extremfällen der Kontrolle des Bundesverfassungsgerichts unterworfen. Das Bundesverfassungsgericht ist wiederum, wie alle anderen Gerichte, der Kontrolle durch die Öffentlichkeit⁴ unterworfen. Durch die Bindung der Richter an Recht und Gesetz (Art. 20 Absatz 3 GG) kann der demokratisch legitimierte Souverän auf die Rechtspraxis reagieren, indem er das Gesetz ändert. Der Gesetzgeber kontrolliert die Gesetze, denen der Richter unterworfen ist.

² BVerfG NJW 2021, 3717, 3718.

³ BVerfG NJW 1961, 915; BVerfG NVwZ 2022, 713.

⁴ Bereits die lichtdurchlässige Architektur des Bundesverfassungsgerichts ist auf Transparenz und damit auf Öffentlichkeit angelegt.

Eine solche Kontrolle ist nur möglich, wenn das Geschehen vor den großen Strafkammern, einschließlich der Fehler, transparent ist. Die offensichtlichste Fehlerquelle liegt in der häufig Monate oder Jahre dauernden Beweisaufnahme, bei der es sich um das Herzstück der Hauptverhandlung handelt. Ohne eine Dokumentation der Hauptverhandlung ist es nur schwer möglich, Ungenauigkeiten und Fehler in der Feststellung des Sachverhalts zu entdecken und möglichst frühzeitig zu korrigieren. Wer nicht weiß, was gesagt wurde, kann nicht überprüfen, ob es richtig verstanden wurde. Dies behindert nicht nur die Wahrheitsfindung in jedem einzelnen Strafprozess. Es verhindert auch, dass sich belastbar (empirisch) nachvollziehen lässt, an welchen Stellen der Strafprozess gut funktioniert und wo er verbessert werden könnte. Ohne Dokumentation keine Transparenz – und ohne Transparenz keine demokratische Evaluation bestehender Gesetze.

Was wäre also falsch daran, Fehler in der Feststellung von Sachverhalten sichtbar zu machen, die zu den schwersten Grundrechtseingriffen führen, die das deutsche Recht kennt? Was könnte falsch sein am Entwurf des Hauptverhandlungsdokumentationsgesetzes (DokHVG-E)?

II. Knappe Skizzierung des Inhalts des Dokumentationsgesetzes

Der Kern des DokHVG-E⁵ liegt in der digitalen Aufzeichnung des Inhalts der Hauptverhandlung (§ 271 Abs. 2 StPO-E). Diese soll grundsätzlich per Audioaufnahme und optional auch per Video für die Verfahrensbeteiligten dokumentiert werden. Die Audioaufnahmen sollen automatisch in Text transkribiert werden. Sie sollen – nur – den Verfahrensbeteiligten bereits im unmittelbaren Anschluss an den jeweiligen Hauptverhandlungstag während

⁵ Vgl. BT-Drs. 20/9359.

laufender Verfahren zur Verfügung stehen (§ 273b StPO-E). Die Dokumentation soll das Hauptverhandlungsprotokoll nicht ersetzen, sondern ergänzen. Die Aufzeichnungen und Transkripte sollen zu den Akten genommen werden (§ 273a StPO-E). In der Revision soll der dokumentierte Inhalt in geeigneten Fällen eine Rekonstruktion der Hauptverhandlung in engen Grenzen zulassen (§ 352 Abs. 3 StPO-E). Der Beginn der Dokumentation und die Entscheidung über Videoaufzeichnungen sollen in die Hand der Landesregierungen gelegt werden (§ 19 EGStPO-E). Weil nach § 19 Abs. 1 EGStPO-E die digitale Dokumentation für die Gerichtsbarkeit der Länder erst ab dem Zeitpunkt stattfinden soll, zu dem die Landesregierungen dies durch Rechtsverordnung bestimmen und § 271 Abs. 2 StPO-E eine Dokumentation „nach Maßgabe des § 19 EGStPO-E“ vorsieht, haben die Landesjustizverwaltungen sogar nach dem derzeitigen Stand des Gesetzgebungsverfahrens noch bis zum 01.01.2030 Zeit, um die technischen Voraussetzungen für die Dokumentation zu schaffen (vgl. Art. 13 DokHVG-E).

III. Zu den kaum belastbaren Argumenten von Teilen der Justiz gegen eine Dokumentation der Hauptverhandlung

Soweit ersichtlich sind es ausschließlich Stimmen aus Teilen der (organisierten) Richterschaft und der Staatsanwaltschaft,⁶ die Argumente gegen eine Dokumentation der Hauptverhandlung vorbringen.⁷ Aufgrund massiver

⁶ Die Verfasser dieses Beitrages haben – mit Ausnahme von wenigen Mitgliedern großer Strafkammern – noch niemals mit einem Menschen gesprochen, der es für problematisch halten würde, die Hauptverhandlung zu dokumentieren. Im Gegenteil waren alle Gesprächspartner entsetzt, wenn sie erfuhren, dass Hauptverhandlungen, in denen es um existenzielle Fragen geht, bis heute in Deutschland nicht inhaltlich dokumentiert werden.

⁷ Vgl. die Stellungnahmen des Deutschen Richterbundes Nr. 2/2023 oder der Beschluss der OLG-Präsidenten aus März 2023, der dem Entwurf sogar eine Gefährdung der Wahrheitsfindung vorwirft, vgl. <https://oberlandesgericht->

Lobbyarbeit, z.B. durch den Deutschen Richterbund, haben diese Stimmen es geschafft, den Bundesrat vorerst zu einer Ablehnung des vom Bundestag bereits beschlossenen DokHVG und zu einer Anrufung des Vermittlungsausschusses zu bewegen.⁸ Der Bundesrat behauptet, es bestünden „*grundlegende und tiefgreifende Bedenken*“.⁹ Er trägt vor – meint er es wirklich? –, er fürchte eine Gefahr für die Wahrheitsfindung, eine Beeinträchtigung des Opferschutzes, eine Gefahr von Verzögerungen des Verfahrens, Probleme mit der vorgesehenen optionalen Bildaufzeichnung und der geplanten Aufzeichnungs- und Transkriptionspflicht zum 01.01.2030 (sic!) sowie dem personellen, technischen, organisatorischen und finanziellen Aufwand bei ungeklärtem Mehrwert der Gesetzesänderung.¹⁰

Die Argumente lassen sich in zwei Gruppen einteilen. Die angebliche Gefahr für die Wahrheitsfindung, die Beeinträchtigung des Opferschutzes und die Gefahr von Verfahrensverzögerungen sprechen inhaltliche Themen an, die – wenn die Argumente Substanz hätten – in der Tat Bedenken an der digitalen Dokumentation wecken könnten. Die anderen Argumente betonen Verwaltungsinteressen, die nicht übergangen werden sollten, aber von vornherein keine genuin strafprozessualen Gründe anführen.

Die inhaltlichen Argumente können allenfalls demjenigen halbwegs plausibel erscheinen, dem das Wesen des Strafprozesses und seine darin liegenden Möglichkeiten und Gefahren völlig fremd sind. Weshalb sollte die Dokumentation der Hauptverhandlung die Wahrheitsfindung gefährden – und sie nicht vielmehr stärken? Das Argument interessierter Kreise geht so: Weil Zeugen

oldenburg.niedersachsen.de/download/193286/12-23_Beschluss_Digitale_Dokumentation_der_Hauptverhandlung.pdf.

⁸ Im Vermittlungsausschuss scheint der Fortgang des Gesetzgebungsverfahrens zum Zeitpunkt des Redaktionsschlusses für diesen Beitrag seit vielen Monaten nicht in erkennbarer Weise weiterbetrieben zu werden.

⁹ BR-Drs. 603/1/23, S. 2.

¹⁰ BR-Drs. 603/1/23, S. 1.

und Angeklagte von der Aufzeichnung und der damit einhergehenden Möglichkeit der missbräuchlichen Verbreitung wüssten, könnten sie dadurch eingeschüchtert und mindestens unbewusst in ihrer Aussagefähigkeit und Aussagebereitschaft beeinflusst werden;¹¹ es sei etwa möglich, dass Transkripte während der laufenden Hauptverhandlung Zeugen zu deren Beeinflussung überlassen würden.¹² Deshalb sei die Wahrheitsfindung gefährdet.

Nichts spricht indes dafür, dass die Kenntnis von einer Aufnahme Zeugen oder gar Angeklagte so einschüchtern könnte, dass deshalb die Wahrheitsfindung gefährdet sein könnte. Die Kritiker behaupten dies bloß. Sie legen keine einzige empirische Studie vor, die ihre rein tatsächliche Behauptung stützen könnte. In fast allen entwickelten Ländern dieser Welt und bei internationalen Gerichten gibt es eine Dokumentation der Hauptverhandlung. Alle Verhandlungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte werden gefilmt und am selben Tag ab 14.30 Uhr (Ortszeit) auf der Internetseite des Gerichtshofs ausgestrahlt. Alle öffentlichen Verhandlungen vor dem Internationalen Strafgerichtshof werden audiovisuell aufgezeichnet und mit einer Verzögerung von 30 Minuten übertragen. Dass dies Zeugen oder Angeklagte einschüchtern könnte, ist keine Erfahrung, von der man dort hört. Im Gegenteil: Zeugen erwarten nach der Erfahrung der Verfasser regelmäßig, dass ihre Aussage dokumentiert wird. Auch die Behauptung einer Gefahr der missbräuchlichen Weitergabe ist eben nur das: eine Behauptung. Natürlich kann es passieren, dass Zeugen manipuliert werden. Das ist auch heute schon so – und führt nicht etwa dazu, dass man den Verfahrensbeteiligten eigene (auch stenographische) Mitschriften untersagen würde. Überhaupt könnte der Hinweis auf möglichen Missbrauch allenfalls dann eine belastbare Begründung gegen die Dokumentation bieten, wenn die Gefahr in einer Vielzahl von Verfahren groß und der Nutzen zugleich gering wäre. Von den umfangreichen und gut belegten erheblichen Vorteilen für die Ermittlung der Wahrheit wollen die Kritiker

¹¹ Vgl. *Bartel StV* 2018, 678, 681; *Erhard ZRP* 2023, 12.

¹² BR-Drs. 603/1/23, S. 2.

hingegen nichts wissen. Sie konfrontieren die Verfahrensbeteiligten nämlich mit den seit jeher ignorierten Unzulänglichkeiten in der strafprozessualen Feststellung des Sachverhalts. Es ist kognitionstheoretisch heute nicht mehr zweifelhaft, dass die Wahrnehmung des Menschen selektiv ist.¹³ Kein Verfahrensbeteiligter ist in der Lage, in vollständiger Offenheit alle Informationen zu verarbeiten, mit denen er im Laufe eines Hauptverhandlungstages, ganz zu schweigen im Laufe einer mehrmonatigen oder gar jahrelangen Hauptverhandlung, konfrontiert wird. Muss der Richter zugleich auch noch mitschreiben, verringert dies zudem die Aufmerksamkeit, die er dem Geschehen in der Hauptverhandlung widmen kann.¹⁴ Er muss dann immer bereits in dem Moment der Beweiserhebung entscheiden, was aus seiner Sicht relevant ist. Zu diesem Zeitpunkt kennt er aber noch nicht alle Beweismittel. Er kann auch einmal abgelenkt sein.¹⁵ Er orientiert sich deshalb regelmäßig an Ermittlungshypothesen, die sich als ungenau oder sogar falsch erweisen können. Für Richter aus anderen Ländern ist die Mitteilung, der deutsche Richter sei in der Hauptverhandlung selbst für eine notwendigerweise subjektiv gefärbte Dokumentation zuständig, deshalb befremdlich.¹⁶ Die Vorbereitung auf weitere Zeugenaussagen wird durch die Dokumentation qualitativ besser und für alle Verfahrensbeteiligten einfacher; Vorhalte werden zudem präziser.¹⁷ Jeder vermeidbare Fehler im Verständnis des Geschehens in der Hauptverhandlung kann dann korrigiert werden. Wer so einen Umgang mit Fehlern als Problem der Wahrheitsfindung beschreiben will, verfolgt einen Begriff der Wahrheit, der dem Strafprozessrecht fremd ist.

Weshalb eine bessere Wahrheitsfindung dem Opferschutz entgegenstehen könnte, ist von vornherein nicht ersichtlich. Es dient gerade auch den

¹³ *Ansorge/Leder*, Wahrnehmung und Aufmerksamkeit, 2. Aufl. (2017), S. 8 ff.

¹⁴ *Schmitt* NStZ 2019, 1, 3, 5.

¹⁵ *Schmitt* NStZ 2019, 1, 3.

¹⁶ *Schmitt* NStZ 2019, 1, 3.

¹⁷ *Schmitt* NStZ 2019, 1, 5.

Interessen von Opfern, die Informationsgewinnung auf Ebene der Sachverhaltsfeststellung zu optimieren und mögliche Fehler und Ungenauigkeiten korrigierbar zu belassen. Eine verbesserte Informationsgewinnung kommt nicht automatisch einem bestimmten Verfahrensbeteiligten zugute. Sie dient allein dem rechtsstaatlichen Anspruch auf Anwendung des materiellen Rechts auf wahrer Tatsachenbasis.

Auch die Befürchtung, es komme zu nicht hinnehmbaren Verzögerungen, geht von falschen Prämissen aus. Teile der Richterschaft befürchten, die Dokumentation führe dazu, dass Verteidiger über Vorhalte eine „*Hauptverhandlung in der Hauptverhandlung*“ erzwingen könnten.¹⁸ Bereits heute wird man dem Verteidiger indes nicht verbieten können, auch umfangreiche Vorhalte zu machen. Wenn ein Verteidiger es – aus welchen Gründen auch immer – für zweckmäßig erachtet, mit einem Zeugen alle Vernehmungsprotokolle in einem Umfangsverfahren durchzugehen, lässt sich dies auch nach geltendem Recht regelmäßig nicht verhindern. In den meisten Verfahren ist dieses Vorgehen trotzdem nicht das Mittel der Wahl. Vorhalte aus der Hauptverhandlung werden mit der Dokumentation maximal präzise. Jedenfalls wenn es nicht auf bestimmte präverbale Umstände (etwa die Betonung) ankommt, wird auch kein Anspruch der Verfahrensbeteiligten auf das Abspielen der Tonaufnahme als Vernehmungsbehelf bestehen. Kommt es indes ausnahmsweise einmal auf den Inhalt der Audioaufzeichnung an, ist die zusätzliche Arbeit, die mit dem Abspielen im Rahmen der Vernehmung weiterer Zeugen oder Sachverständiger einhergeht, im Rahmen der Ermittlung der Wahrheit geboten.

Soweit Dokumentationen aus anderen Verfahren in die Hauptverhandlung eingeführt werden sollen, wird sich diese Frage jedenfalls bei Zeugenvernehmungen regelmäßig nicht anders darstellen als schon nach geltendem Recht. Ein vernehmungsersetzendes Vorspielen der dokumentierten Aussage ist

¹⁸ Erhard ZRP 2023, 12, 13.

mindestens in entsprechender Anwendung des § 250 S. 2 StPO ausgeschlossen.¹⁹ Geht es hingegen um Vorhalte im Rahmen der Vernehmung, steht zwar mit der Dokumentation häufig mehr Material zur Verfügung, das vorgehalten werden könnte. Sind umfassende Vorhalte im Sinne der Wahrheitsfindung geboten, spricht aber auch nichts gegen eine möglicherweise längere Vernehmung. Der einfachste Weg, hier aus Sicht der Justiz ressourcenschonend vorzugehen, besteht darin, möglichst wenig Verfahren mit demselben Gegenstand zu trennen. Hierbei handelt es sich ohnehin häufig um eine hochproblematische Praxis.²⁰

Es bleiben die verwaltungsspezifischen Argumente. Diese verlieren jedoch ihre Überzeugungskraft, wenn die digitale Dokumentation der Hauptverhandlung ein besonders geeignetes Instrumentarium zur Wahrheitsfindung im Strafprozess ist. Die sich dann abstrakt gegenüberstehenden Interessen sind auf der einen Seite die inhaltliche Richtigkeit der Wahrheitsfindung und damit die Gerechtigkeit des Strafprozesses und auf der anderen Seite der schonende Umgang mit Ressourcen der Verwaltung. Auch wenn letzterer selbst eine nicht völlig von der Hand zu weisende Bedeutung haben mag, kommt der Richtigkeit des im Strafrecht durchgesetzten Machtanspruchs des Staates eine so wichtige und gleichzeitig für Menschenwürde und Freiheit des Bürgers so essenzielle Rolle zu, dass über das Ob der Nutzung verhältnismäßig bescheidener Ressourcen innerhalb eines großzügig bemessenen Zeitraums bis zum Jahr 2030 nicht ernsthaft Streit bestehen kann. Wer schwere Strafen verhängen will, muss die Ressourcen dafür bereitstellen, dass im Rahmen des technisch Möglichen ein angemessener Grundrechtsschutz durch Verfahren sichergestellt ist.

¹⁹ Vgl. zur Situation der auf Tonträger aufgenommenen Erklärung einer Person über ihre Wahrnehmung BGHSt 27, 135 (137); *Diemer* in KK, StPO, 9. Aufl. (2023), § 250 Rn. 3.

²⁰ Vgl. zur Vorbefassung als Problem der Befangenheit ebenfalls mit Blick auf die Kognitionsforschung *Meyer-Lohkamp/Solka* StraFo 2023, 49, 52.

Schließlich: Artikel 6 Absatz 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention garantiert das Recht auf ein faires Verfahren. Es stellt sich die Frage, ob das Fehlen jeglicher Inhaltsdokumentation überhaupt mit dem Anspruch des Angeklagten auf ein faires Verfahren vereinbar ist.²¹

IV. Sozialpsychologische Analyse der Argumente

Die im Rahmen ihrer politischen Lobbyarbeit vorgebrachten Einwände gegen die Dokumentation der Hauptverhandlung sind also auf der Sachebene nicht leicht nachvollziehbar. Sie sind, in anderen Worten, so offenkundig falsch, dass sich die Frage stellt, weshalb gestandene Richter sie trotzdem vorbringen. Wir glauben, dass die Argumente vorgeschoben sind. Wir glauben natürlich nicht, dass es den Kritikern der Dokumentation an Gründen mangelt, sondern wir sind überzeugt, dass die wahren Gründe verborgen werden sollen, weil sie nicht auf authentische Weise vorgebracht werden *können*, ohne in einen Konflikt mit dem selbst eigentlich anerkannten Rollenverständnis des Richters zu geraten.²² Das Vorschieben von Argumenten, an deren Stichhaltigkeit der Sprecher selbst nicht wirklich glaubt, ist Heuchelei. Heuchelei muss freilich nicht vorsätzlich geschehen. Sie kann auch Ausdruck autosuggestiver Prozesse sein. Ihre Funktion besteht darin, das Rollenverständnis des Sprechers zu schützen und gleichzeitig ein anderes mit dem Rollenverständnis inkompatibles – aber aus anderen Gründen angestrebtes – Ziel zu verfolgen.

Den Beobachter kann ein solches Verhalten schnell peinlich berühren. So ist es auch hier. Gerade diejenigen Richter, die besonderen Wert auf die Reflexion ihrer anspruchsvollen Tätigkeit legen und die einen reifen Umgang mit den

²¹ Galen, Wortprotokoll der 69. öffentlichen Sitzung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages am 11. Oktober 2023, S. 7.

²² Vgl. zum psychischen Konflikt durch die Gefahr einer Verletzung der Rolle Gerhardt, Rollenanalyse als kritische Soziologie (1971), S. 88.

Unzulänglichkeiten der menschlichen Kognition pflegen, haben kein Verständnis für die Positionierung von Teilen der organisierten Richterschaft.²³

Was ist der tiefere Grund für den erheblichen Widerstand von Teilen der Justiz gegen eine Dokumentation der Hauptverhandlung? Wovor haben die Kritiker solche Angst?

Die hinter den vorgeschobenen Argumenten stehenden wirklichen Gründe für die Abwehr der rational zwingenden Gründe für eine Dokumentation der Hauptverhandlung dürften sich einerseits mit der Furcht vor einer unbequemen und sich verkomplizierenden Arbeit in der Tatsacheninstanz (dazu 1.), und andererseits mit der Vermeidung einer Aktivierung von Schuld- und Schamgefühlen in Abgrenzung zum Angeklagten (dazu 2.) erklären lassen.

1. Bequemlichkeit und unkomplizierte Verfahrensführung

Wer genau hinhört, was die Kritiker der Dokumentation vortragen, dem wird nicht verborgen bleiben, dass in vielen Äußerungen schlicht die Besorgnis vor sich verkomplizierenden und gewohnte Arbeitsabläufe in Frage stellende Neuerungen in der Hauptverhandlung mitschwingt. Stehen – wie derzeit geplant – den Verfahrensbeteiligten Transkripte der Audioaufnahmen bereits am nächsten Hauptverhandlungstag zur Verfügung, werden diese auch praktisch genutzt werden. Dies wird dazu führen, dass unzutreffende Vorhalte nicht mehr akzeptiert werden.²⁴ Vermutlich werden jedenfalls Anklage und Verteidigung

²³ Vgl. Suliak, „Misstrauen gegenüber der Justiz ist erste Bürgerpflicht“, LTO vom 4. März 2024, <https://www.lto.de/recht/juristen/b/strafverteidigertag-dokumentation-hauptverhandlung-v-leute-cannabis-bundesrat-richterbund>, der über eine Podiumsdiskussion auf dem 45. Deutschen Strafverteidigertag berichtet: „Der anwesende BGH-Richter Dr. Andreas Mosbacher, ein überzeugter Befürworter der Dokumentation, nannte die massive Lobbyarbeit von Vertretern aus Justiz und des Richterbundes ‚unerträglich‘. Dafür, dass die Präsidentin seines Gerichts, BGH-Präsidentin Bettina Limperg, hier die gleiche Position wie der DRB einnehme, schäme er sich immer noch, so Mosbacher.“

²⁴ Vgl. Schmitt NStZ 2019, 1, 5.

in Zukunft bei Bedarf auch längere Vorhalte aus früheren Vernehmungen machen, um Zeugen und Sachverständige in den aus ihrer Sicht relevanten Inhalt der Hauptverhandlung einzuführen und die Erinnerung der Zeugen bzw. die Meinung der Sachverständigen in Erfahrung zu bringen.²⁵ Dies zwingt alle Verfahrensbeteiligten dazu, ihre Wahrnehmungen und Wertungen konstant in Frage zu stellen. Der Prozess der Sachverhaltsfeststellung rückt, mit anderen Worten, einen Schritt näher an das wissenschaftliche Ideal. Ohne Zweifel kostet dies alles Kraft und kann in Einzelfällen nervenaufreibend sein. Niemand hat aber jemals behauptet, die Wahrheitsfindung im Strafprozess sei ein bequemes Unterfangen. Der Gesetzgeber muss dem Strafprozess das größtmögliche Maß an Zumutungen auferlegen, solange diese der Wahrheitsfindung dienen. Argumente, die letztlich bloß auf Arbeitserleichterungen der Verfahrensbeteiligten abzielen, sind menschlich nachvollziehbar. In der Sache aber sind sie nicht mit der Rolle des Richters zu vereinbaren, die der Pflicht zur Sachaufklärung gegenüber dem allzu menschlichen Bedürfnis, den mit Unsicherheit und Unklarheit verbundenen Prozess zu beenden, immer den Vorrang einräumt.

2. Vermeidung von Schuld und Scham

Menschen möchten nicht gerne mit ihren Fehlern und Unzulänglichkeiten konfrontiert werden.²⁶ Die Konfrontation mit eigenem Verhalten, das von internalisierten Normen abweicht, löst Schuld- und Schamgefühle aus.²⁷ Diese Emotionen können belasten und die Lebensqualität erheblich einschränken.

²⁵ Vgl. *Erhard* ZRP 2023, 12, 13.

²⁶ Das gilt natürlich auch für die Verfasser dieses Beitrages.

²⁷ Vgl. *Hosser/Windzio/Greve* Zeitschrift für Sozialpsychologie 36 (2005), 227, 228.

Im Strafprozess beinhaltet der Schuldvorwurf²⁸ noch eine besondere Brisanz. Denn in seiner Funktion des Tadels bekräftigt er normativ, dass Grund für den Angeklagten besteht, sich schuldig zu fühlen und sich angesichts seiner Tat zu schämen. Der Angeklagte soll – dies ist Teil des Konzepts der Strafe – als Richter seiner selbst die gebrochene Norm als internalisierte Norm anerkennen und sich durch Schuld und Scham der von ihm nunmehr anerkannten Verhaltensnorm in Zukunft anpassen. Im Selbstverständnis der Strafjustiz gehören diese Emotionen zum Angeklagten. Richterinnen und Richter, Staatsanwältinnen und Staatsanwälte grenzen sich mit der Anklage und der Verhandlungsführung gegen den Angeklagten ab. Ihre Rolle ist, idealtypisch gedacht, frei von Schuld und Scham.

Besonders interessant ist, dass *Erhard*, Vorsitzender Richter am OLG, selbst „Angst und Scham“²⁹ mit der Dokumentation der Hauptverhandlung in Verbindung bringt – sie allerdings auf Zeugen projiziert und auf diese Weise elegant von der richterlichen Angst, bloßgestellt zu werden, abzulenken versucht. Auch die in der Begründung des Bundesrats wiederhallende Angst vor beschämenden Situationen, die als Angst der Zeugen aus dem Hut gezaubert wird, scheint in Wirklichkeit viel allgemeiner eine Angst derjenigen zu sein, die mit eigenen rechtlichen, sprachlichen und kognitiven Unzulänglichkeiten konfrontiert werden. Jedem Verfahrensbeteiligten ist, wenn er ehrlich mit sich ist, klar, dass aufgenommene Beiträge in freier Rede aus vielen Gründen unangenehm sein können. Nicht jede spontane rechtliche Aussage hält einer vertieften Überprüfung stand. Der Ausdruck ist im Eifer des Gefechts nicht immer so geschliffen, wie ihn der Sprecher gerne hätte. Eigene Unsicherheiten und Ambivalenzen können im Nachhinein in der Erinnerung auf charmante Weise korrigiert werden; die Tonaufnahme bleibt unerbittlich ehrlich. Schon das

²⁸ Zwar ist der Begriff der strafrechtlichen Schuld nicht identisch mit dem sozialpsychologischen Begriff, er hat aber große Überschneidungen, vgl. *Streng* in MüKo, StGB, 5. Aufl. (2024), § 20 Rn. 23 ff. m.w.N.

²⁹ *Erhard* ZRP 2023, 12.

Hören der eigenen Stimme – und erst recht das Anschauen der eigenen Videoaufnahmen – kann besonders dann eine Herausforderung sein, wenn die regelmäßige Praxis, mit dieser an Eindeutigkeit nicht zu überbietenden Reflexion umzugehen, noch fehlt.

Wer beginnt, sich mit dem wirklichen – und nicht dem durch Erinnerung konstruierten – Inhalt der Hauptverhandlung auseinanderzusetzen, droht bereits dadurch beschämt und verunsichert zu werden, dass er sich der Frage nicht wird entziehen können, wie es in der Vergangenheit gewesen wäre, welche Fehler vermeidbar gewesen wären, wenn bereits früher eine professionelle Dokumentation zur Verfügung gestanden hätte. Vielleicht ahnt der kluge Richter: In der Vergangenheit war am Ende der Verhandlung im Sachverhalt vielleicht das eine oder andere Mal manches in der Erinnerung etwas runder als in der Realität.

Juristen lernen in ihrer gesamten Ausbildung und Sozialisation, dass eine Entscheidung stimmig sein muss, dass sie systematisch kohärent sein sollte, damit sie überzeugend ist. In der Anwendung des Rechts ist dies richtig. In der Ermittlung des Sachverhalts wirkt dieser Wunsch nach Kohärenz mit ähnlicher Kraft. Die Dokumentation wird alle Verfahrensbeteiligten immer wieder daran erinnern, dass Lebenssachverhalte dem juristischen Wunsch nach Stimmigkeit und Perfektion widersprechen und dass die Konstruktion der Wirklichkeit in der Wahrnehmung durch andere Verfahrensbeteiligte verständlicher werden kann, wenn zumindest das gesprochene Wort bei Bedarf exakt reproduzierbar wird. Die damit stillschweigend vorausgesetzte und zugemutete Bereitschaft, seine eigenen Wahrnehmungen und darauf beruhenden Wertungen und Schlüsse immer wieder in Frage zu stellen, ist eine emotionale Zumutung für alle Verfahrensbeteiligten, besonders aber für die in der Letztverantwortung stehenden Richterinnen und Richter. Sie erfordert einen Umgang mit dem Erleben eigener Gewissheit, der Schuld und Scham nur dann vermeiden kann, wenn die Unsicherheit der Wahrnehmung und das wiederholte Hinterfragen der eigenen Position zum Wesen der eigenen Rolle werden.

Mit der Dokumentation der Hauptverhandlung kommt es zum Schwur: Dass die Rolle des Richters Offenheit bis zur Verkündung des Urteils voraussetzt, steht in der Theorie nicht in Frage. Dass diese Rolle nun mit dem Zwang der Transparenz eingefordert wird, begründet umso stärker die Angst vor Schuld und Scham, je ausgeprägter der Anspruch des Richters ist, fehlerfrei zu arbeiten. Dieser Anspruch ist Ausdruck eines Strebens nach Gerechtigkeit, und wer wollte dies einem Richter vorhalten?

Mit der Dokumentation verlangt der Gesetzgeber von allen Verfahrensbeteiligten und insbesondere vom Richter, das unangenehm Fehlerhafte und über einen langen Zeitraum vorläufig Bleibende im Prozess der Informationsgewinnung zu akzeptieren und in einer gesunden Fehlerkultur in das eigene Rollenverständnis zu integrieren. Wer sich für menschliche und nicht zu verhindernde Fehler nicht schämt oder schuldig fühlt, muss keine Angst vor der Dokumentation der Hauptverhandlung haben. Dieses Ansinnen verlangt den handelnden Akteuren wahrscheinlich nicht weniger als die Bereitschaft für einen Kulturwandel ab. Justiz ist genau so wenig perfekt wie alle anderen Bereiche menschlichen Lebens. Mit Fehlern angemessen umzugehen, ist ein Zeichen von Reife. Es ist dort von besonderer Wichtigkeit, wo Fehler besonders schwer wiegen und sich nicht wiederholen sollten.³⁰

Das anspruchsvolle Ansinnen einer angemessenen Fehlerkultur kann Angst und Abwehrreflexe auslösen. Es ist trotzdem ein berechtigtes Ansinnen eines demokratischen Rechtsstaates im 21. Jahrhundert, dass sich alle Beteiligten eines Strafverfahrens dieser Aufgabe im Sinne der Wahrheitsfindung stellen.

³⁰ Irritierend ist vor diesem Hintergrund die Kernaussage des langjährigen Vorsitzenden des Deutschen Richterbundes (DRB), Jens Gnisa, in seinem Buch „Das Ende der Gerechtigkeit – ein Richter schlägt Alarm“, er selbst könne sich an kein Urteil von ihm erinnern, das er im Nachhinein als ungerecht empfinde.

V. Rekonstruktion der Hauptverhandlung in der Revision

Ist die Dokumentation der Hauptverhandlung einmal zumindest durch eine umfassende Audioaufzeichnung und ein daraus gewonnenes Transkript gesichert, wird sich die Frage stellen, welche Auswirkungen dies auf die revisionsgerichtliche Kontrolle hat. Die Dokumentation des Verfahrens wird nicht nur mit einiger Wahrscheinlichkeit einen disziplinierenden Effekt auf die Tatgerichte haben.³¹ Sie schafft auch eine bis heute nicht existierende Grundlage einer umfassenden verfahrensrechtlichen Kontrolle durch das Revisionsgericht, die mit neuer Dringlichkeit die Frage aufwirft, ob und inwieweit das sog. „Rekonstruktionsverbot“ zu rechtfertigen ist.

Die vom Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz Anfang 2020 eingesetzte Expertenkommission erklärte in ihrem Abschlussbericht, erhebliche Auswirkungen auf das Revisionsverfahren seien durch die digitale Dokumentation der Hauptverhandlung nicht zu erwarten. Das dürfte aber allenfalls ein „*frommer Wunsch*“ sein.³² Die Gesetzesbegründung geht zwar ebenfalls davon aus, dass an der „*Einschränkung der Möglichkeiten einer Rekonstruktion der tatgerichtlichen Hauptverhandlung*“ festzuhalten sei.³³ Die digitale Inhaltsdokumentation trete neben das Hauptverhandlungsprotokoll, diene aber primär als objektives und einheitliches Hilfsmittel für die Verfahrensbeteiligten während der laufenden Hauptverhandlung und solle keine unmittelbaren prozessualen Wirkungen entfalten.³⁴ Zugleich heißt es aber an entscheidender Stelle: „*Die Heranziehung von Aufzeichnungen der Hauptverhandlung in der Revisionsinstanz soll möglich, aber entsprechend der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu ‚paraten‘ Beweismitteln auf wenige Evidenzfälle beschränkt bleiben.*“³⁵ Eine solche

³¹ Nack in Festschrift für Riess (2002), S. 361, 369.

³² Mosbacher ZRP 2021, 180, 181.

³³ BR-Drs. 227/23, S. 10; BT-Drs. 20/8096, S. 15.

³⁴ BR-Drs. 227/23, S. 11; BT-Drs. 20/8096, S. 2, 16.

³⁵ BR-Drs. 227/23, S. 12; BT-Drs. 20/8096, S. 16

Evidenz sei „nur gegeben, wenn das Revisionsgericht ohne Eingriff in die tatrichterlichen Bewertungs- und Beweiswürdigungsspielräume einen offensichtlichen Rechtsfehler feststellen kann.“³⁶ Die Anfügung von § 352 Absatz 3 StPO³⁷ soll klarstellen, dass auch die Dokumentation der Hauptverhandlung im Freibeweisverfahren vom Revisionsgericht zu berücksichtigen ist, um auf ohne weiteres erkennbare Verfahrensmängel zu reagieren.³⁸ Im Entwurf der Bundesregierung³⁹ hieß es in § 352 Absatz 3 StPO-E noch „Beweismittel“; die Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses spricht nun bewusst von „Beweisinhalt“, um deutlich zu machen, dass nicht bloß Strengbeweismittel, sondern auch die digitale Dokumentation der Hauptverhandlung dem Revisionsgericht zur Verfügung stehen sollen.⁴⁰

Dies ist auch ein Gebot der Vernunft. Die fast vollständig fehlende inhaltliche Dokumentation der Hauptverhandlung bei erstinstanzlichen Verfahren vor dem Landgericht und dem Oberlandesgericht hat als anachronistische Besonderheit des deutschen Strafverfahrens⁴¹ auch im Revisionsrecht tiefe Spuren hinterlassen. Die Revisionsgerichte verweigerten bislang – so lässt sich der Inhalt des richterrechtlich entwickelten Rekonstruktionsverbots in seinem Kern zusammenfassen – in zahlreichen, indes nicht in allen Fällen die Prüfung der Rechtmäßigkeit des Verfahrens vor dem Tatgericht, wenn dazu eine

³⁶ BR-Drs. 227/23, S. 12; BT-Drs. 20/8096, S. 16.

³⁷ § 352 Abs. 3 StPO soll lauten: „Zur Prüfung eines behaupteten Verfahrensmangels ist ein Beweisinhalt nur dann heranzuziehen, wenn der Verfahrensmangel daraus 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 oder Wertungen angegriffen werden, die dem Tatgericht vorbehalten sind.“

³⁸ BT-Drs. 20/8096, S. 31.

³⁹ BT-Drs. 20/8096, S. 10.

⁴⁰ BT-Drs. 20/9359, S. 22.

⁴¹ Kritisch im Zusammenhang mit dem Rekonstruktionsverbot *Bartel*, Das Verbot der Rekonstruktion der Hauptverhandlung, 2014, S. 100.

Befassung mit Inhalten der Hauptverhandlung erforderlich wäre. Weil den Tatrichter keine Pflicht trifft, den Gang der Hauptverhandlung im Urteil zu dokumentieren, sondern ein solches Vorgehen sogar regelmäßig Kritik des Bundesgerichtshofs nach sich zieht,⁴² bleiben insbesondere Fragen nach der Beachtung der Aufklärungspflicht (§ 244 Abs. 2 StPO) und der Ausschöpfung und inhaltlich richtigen Wiedergabe von Zeugenaussagen (§ 261 StPO) sowie der Einlassung des Angeklagten⁴³ der Prüfung des Revisionsgerichts aus prinzipiellen Gründen entzogen.⁴⁴ Diese selbst auferlegte Zurückhaltung betrifft nicht irgendeinen beliebigen Randaspekt erstinstanzlicher Verfahren, sondern häufig den Kern des Sachverhalts, um den gestritten wird. Angesichts der Tatsache, dass es bei erstinstanzlichen Verfahren vor den Land- und Oberlandesgerichten häufig um langjährige Freiheitsstrafen geht und die sozialpsychologische Forschung seit langem auf zahlreiche Effekte hinweist, die die Wahrheitsfindung bei der Wahl der relevanten Perspektive (Aufklärung) und der Wahrnehmung der relevanten Inhalte von Beweismitteln (Beweiswürdigung) der Tatgerichte behindern, ist das Rekonstruktionsverbot aus verfassungsrechtlicher Sicht stark begründungsbedürftig. Es steht in einem Spannungsverhältnis zum Justizgewährungsanspruch.⁴⁵ Warum sollte die einzige gerichtliche Instanz, die Fehler des Tatgerichts korrigieren könnte, den Grundrechtsschutz im sensiblen Bereich des Art. 2 Absatz 2 Satz 2 GG apodiktisch verweigern dürfen?

⁴² Vgl. die scharfe Kritik nach einer „Dokumentation“ der Hauptverhandlung im Urteil bei BGH NStZ-RR 2018, 256; vgl. dazu Baur ZIS 2/2019, 119.

⁴³ Vgl. von der Meden NStZ 2018, 77.

⁴⁴ Weitere Fälle betreffen die Verfahrensrüge einer Verletzung des § 338 Nr. 5 StPO, die Rüge einer Verletzung des § 338 Nr. 3 StPO und die Behandlung eines Ablehnungsgesuchs als unzulässig (§ 26a StPO) sowie die Rüge eines Verstoßes gegen Unterbrechungsfristen, vgl. Bartels, Das Verbot der Rekonstruktion der Hauptverhandlung, S. 87 ff.

⁴⁵ Vgl. Rosenau in Festschrift für Fischer (2018), S. 791, 799 ff., 804; Eschelbach in MAH Strafverteidigung, 3. Aufl. (2023), § 31 Rn. 142.

Seit langem ist das Rekonstruktionsverbot in der Literatur zu Recht scharfer Kritik ausgesetzt gewesen. Es sei nicht zu legitimieren, es führe zu einer mit dem Justizgewährungsanspruch unvereinbaren Rechtsschutzlücke, ohne dass die Rechtsprechung einen tragfähigen Grund für ihre selbst auferlegte Beschränkung des Prüfungsauftrags benannt habe; das Revisionsgericht habe einen gesetzlichen Kontrollauftrag, der sich auf das gesamte Verfahrensrecht beziehe.⁴⁶

Teilweise wurde mit Blick auf ein häufig geäußertes Gegenargument ausdrücklich gefordert, die Hauptverhandlung müsse gerade auch mit Blick auf den Prüfauftrag des Revisionsgerichts dokumentiert werden.⁴⁷ Der Gesetzgeber greift diese Kritik nun ausweislich der geplanten Anfügung von § 352 Absatz 3 StPO mindestens in Teilen auf. Er will indes das Rekonstruktionsverbot offenbar nicht vollständig aufgeben. Um die neuen Grenzen einer zulässigen Rekonstruktion im Revisionsverfahren besser zu verstehen und – unabhängig vom Willen des Gesetzgebers⁴⁸ – die sich mit der digitalen Dokumentation der Hauptverhandlung entschärfenden Argumente für ein Rekonstruktionsverbot zu reflektieren, bietet es sich an, danach zu fragen, ob neben dokumentations-spezifischen Argumenten (dazu sogleich V.1.) dokumentationsunabhängige Argumente (dazu V.2.) die neuen Grenzen der Rekonstruktion erhellen können.

⁴⁶ Vgl. nur *Fezer* in Ebert (Hrsg.), Aktuelle Probleme der Strafrechtspflege (1991), S. 96 ff.; *Neuhaus* StraFo 2004, 407 (409 ff.); *Hamm*, Die Revision in Strafsachen (2010), Rn. 255 ff, 262; *Nestler* in Festschrift für Lüderssen (2002), S. 727, 731 ff.; *Sieg* NJW 1983, 2014 f. zu § 267 Abs, 2 StPO.

⁴⁷ *Schmitt* NStZ 2019, 1, 10; vgl. auch *Nestler* in Festschrift für Lüderssen (2002), S. 727, 735 f.

⁴⁸ Der Wille des Gesetzgebers ist bei neuen Gesetzen regelmäßig beachtlich, jedenfalls, wenn er – wie hier – Ausdruck im Gesetz selbst gefunden hat, vgl. grundlegend BVerfG NJW 1952, 737.

1. Dokumentationsspezifische Argumente für das Rekonstruktionsverbot

Den strengen Kritikern des Rekonstruktionsverbots standen in Zeiten einer fehlenden Dokumentation der Hauptverhandlung solche Auffassungen gegenüber, die sich mit der fehlenden Dokumentation als Faktum *de lege lata* abfanden und vor dem Hintergrund des nicht verbindlich festgehaltenen dynamischen Geschehens in der Hauptverhandlung mit mehr oder weniger vorsichtig geäußertem Verständnis auf die normativ hergestellte Blindheit der Revisionsgerichte reagierten. Diese Ansätze⁴⁹ weisen in unterschiedlicher Deutlichkeit auf das Problem der Beweisbarkeit von nicht oder kaum dokumentierten Verfahrensvorgängen hin, das mit Blick auf die Formenstrenge des Revisionsverfahrens im Bereich der Verfahrensrüge in der Tat Störgefühle verursachen mag. Es ist leicht vorstellbar, dass einem Revisionsgericht die Aufhebung eines Urteils und der damit verbundene Aufschub von Rechtskraft, Rechtssicherheit und Rechtsfrieden nur schwer von der Hand geht, wenn die verfahrensrechtliche Tatsachengrundlage unter dem stetigen Verdacht steht, nicht mehr als eine kunstvolle Konstruktion des Revisionsführers zu sein.

Dokumentationsspezifische Argumente für das Rekonstruktionsverbot werden indes hinfällig, wenn und insoweit der Gesetzgeber eine Dokumentation der Hauptverhandlung anordnet, die dem Revisionsgericht eine verlässliche Prüfung der Vorgänge in der Hauptverhandlung ermöglicht. Steht dem Revisionsgericht eine verlässliche und objektive Quelle in Gestalt einer transkribierten Aufzeichnung des gesprochenen Wortes zur Verfügung, kann der verbalisierte Inhalt der Hauptverhandlung ohne Weiteres zum Gegenstand der Prüfung des Revisionsgerichts werden. Beweisprobleme entfallen dann als Grund für das Rekonstruktionsverbot.

⁴⁹ Vgl. dazu *Bartel*, Das Verbot der Rekonstruktion der Hauptverhandlung (2014), S. 345 f.

Einen Grenzfall wird weiterhin das non-verbale (Mimik, Gestik etc.) und prä-verbale (Sprachduktus, -tempo und -lautstärke etc.) Geschehen in der Hauptverhandlung sowie der Inhalt von Objekten der Inaugenscheinnahme, insbesondere bei Foto- und Videoaufnahmen⁵⁰ darstellen. Non- und präverbale Kommunikation sowie Inaugenscheinnahmen kann die Audioaufzeichnung nur insoweit widerspiegeln, wie es durch die Prozessbeteiligten verbal reflektiert wird, zum Beispiel weil es als wesentlicher Vorgang in der Hauptverhandlung gemäß § 273 Abs. 3 Satz 1 StPO protokolliert oder nach neuem Recht schlicht zum Gegenstand der Diskussion in der Hauptverhandlung gemacht wird. Der Kampf um die Protokollierung auch non-verbaler und präverbaler Vorgänge ist damit zu Gunsten des an der Protokollierung interessierten Prozessbeteiligten entschieden.

Wer in der Hauptverhandlung über einen Vorgang spricht, eröffnet bereits damit im Grundsatz den Zugang zur revisionsgerichtlichen Kontrolle. Das Gleiche dürfte für Vorgänge außerhalb der Hauptverhandlung gelten. In beiden Fällen wird indes auch die Verbalisierung non- und präverbaler Vorgänge wahrscheinlich nicht selten von den verschiedenen Kommunikationsteilnehmern unterschiedlich erlebt werden. Dieser Dissens wird sich in der Reaktion der übrigen Verfahrensbeteiligten auf die Verbalisierung eines non- oder präverbaler Vorgangs zeigen. Dass sich die Frage aufdrängt, wie mit einem solchen gegebenenfalls streitigen Geschehen aus revisionsrechtlicher Perspektive umzugehen ist, könnte ein Hinweis darauf sein, dass das Rekonstruktionsverbot durch die Audiodokumentation der Hauptverhandlung zwar einerseits einen erheblichen Teil seines Anwendungsbereichs verlieren, andererseits aber in der Tat, wie vom Gesetzgeber gewollt, in seinem sachlichen Gehalt nicht völlig hinfällig werden dürfte.

⁵⁰ Vgl. dazu etwa BGH HRRS 2019 Nr. 989; Mosbacher JuS 2023, 131, 134; ders. JuS 2019, 766, 769 ff.

2. Gibt es belastbare dokumentationsunabhängige Argumente für das Rekonstruktionsverbot?

Steht eine transkribierte Audioaufnahme der Hauptverhandlung zur Verfügung, sind damit zwar die Argumente obsolet, die das Rekonstruktionsverbot letztlich mit praktischen Problemen der Beweisführung begründen. Es gibt indes drei (Schein-)Argumente⁵¹, die für das Rekonstruktionsverbot angeführt werden, bei denen jedenfalls auf den ersten Blick zweifelhaft sein könnte, ob sie durch die Dokumentation der Hauptverhandlung an Überzeugungskraft verlieren. Das erste Argument behauptet, die „Ordnung“ des Revisionsverfahrens bzw. sein „Wesen“ stehe einer Rekonstruktion von Inhalten der Hauptverhandlung in zahlreichen Fällen entgegen. Dieses *Ordnungsargument* ist interessant, weil es zweifelhaft ist, ob es sich überhaupt um ein Argument im Sinne einer sachlichen Begründung handelt. Das zweite Argument ist ein *Kompetenzargument*. Es lautet im Wesentlichen, dass das Rekonstruktionsverbot dazu diene, die gesetzliche Aufgabenverteilung zwischen Tat- und Revisionsgericht aufrechtzuerhalten. Das Kompetenzargument lässt sich auch als *Konfusionsargument* formulieren, das behauptet, dass sich die Feststellung eines Sachverhalts und seine Würdigung nicht so voneinander trennen lassen, dass die erforderliche Aufgabenverteilung zwischen Revisions- und Tatgericht bestehen bleibe. Das dritte Argument schließlich ist ein *Praktikabilitätsargument*. Es betont die Befürchtung einiger Praktiker, dass ohne das Rekonstruktionsverbot die Arbeitsbelastung der Revisionsgerichte auf eine nicht hinnehmbare Weise steigen würde. Alle drei Argumente lassen sich indes bei einer vollständigen Transkription einer Audio-Dokumentation der Hauptverhandlung nicht mehr aufrechterhalten:

⁵¹ Vgl. zu einer im Detail anderen Differenzierung verschiedener Erklärungsansätze Bartel, Das Verbot der Rekonstruktion der Hauptverhandlung (2014), S. 322 f.

a) Das Ordnungsargument

In der Rechtsprechung finden sich regelmäßig Äußerungen, die das Rekonstruktionsverbot mit der „Ordnung des Revisionsverfahrens“ begründen.⁵² Vor allem in der älteren Literatur⁵³ wird auf das „Wesen der Revision“ hingewiesen, das einer Rekonstruktion der Hauptverhandlung entgegenstehe.⁵⁴ Gemeint ist mit beiden Begriffen dasselbe.

Soweit sich aus den Begriffen der Ordnung und des Wesens irgendein argumentativer Gehalt ergeben soll,⁵⁵ handelt es sich um eine intersubjektiv kaum überprüfbare ontologische Behauptung, die eher als naturrechtliches Postulat, denn als Begründung für eine Einschränkung des Prüfungsauftrags der letztinstanzlich zuständigen Gerichte anmutet, die der Gesetzgeber selbst gerade nicht angeordnet hat. Was die Revision ausmacht, ist indes sicherlich nichts Natürliches, das durch eine Auseinandersetzung mit tatsächlichen Vorgängen gewissermaßen pervertiert werden könnte. Dass in fast allen Fällen der Verfahrensrüge ein tatsächliches Geschehen zu rekonstruieren ist, liegt auf der Hand und ist vom Gesetz in § 344 Absatz 2 Satz 2 StPO als selbstverständlich vorausgesetzt. Ohne Verfahrenstatsachen ist die Überprüfung eines Verfahrensverstosses nicht möglich. Auch der Beweis durch das Hauptverhandlungsprotokoll hilft z.B. dann nicht weiter, wenn das Tatgericht einen gebotenen Hinweis nach § 265 StPO unterlassen hat; einer darauf basierenden Rüge steht

⁵² BGH NJW 1962, 1832; BGHSt 31, 139-140; BGH NStZ 1992, 506, 507; BGH HRRS 2007 Nr. 840; BGH, Urteil vom 14.09.2016 – 5 StR 125/16 –, juris Rn. 29.

⁵³ Vgl. etwa Meyer GA 1965, 257, 269.

⁵⁴ Vgl. Bartel, Das Verbot der Rekonstruktion der Hauptverhandlung (2014), S. 103 f. Häufiger noch wird das Rekonstruktionsverbot gar nicht begründet, sondern bloß behauptet, vgl. die Nachweise bei Bartel, a.a.O. (Fn. 52), S. 101 Fn. 19.

⁵⁵ Kritisch insoweit auch Bartel, Das Verbot der Rekonstruktion der Hauptverhandlung (2014), S. 105: „[R]eichtlich vage und weit gehend frei von argumentativem Gehalt“ und Hebestreit HRRS 2008, 172 (179): „Frage der Definition oder [...] der gesetzlichen Regelung“.

jedoch nach allgemeiner Auffassung das Rekonstruktionsverbot nicht entgegen.⁵⁶ Das Hauptverhandlungsprotokoll kann im Übrigen in Ausnahmefällen auch nach geltendem Recht seine Beweiskraft verlieren.⁵⁷ In Wirklichkeit geht es deshalb bei der Frage nach der Begründung des Rekonstruktionsverbotes auch nicht um die Frage, ob Verfahrensvorgänge rekonstruiert werden dürfen, denn jede Entscheidung des Revisionsgerichts hat eine Rekonstruktion einer Entscheidung oder eines Vorgangs auf Ebene des Tatgerichts zum Gegenstand.⁵⁸ Vielmehr geht es allein um die Frage, ob ausgewählte Verfahrensvorgänge aus übergeordneten Erwägungen von diesem normalen Rechtsmechanismus – ausnahmsweise – ausgenommen sein sollten. Der Streit um das Rekonstruktionsverbot ist damit kein Streit darum, *ob* überhaupt eine Rekonstruktion zulässig ist, sondern ob und ggf. welche *Grenzen* die grundsätzlich erforderliche Rekonstruktion von Verfahrenstatsachen haben sollte. Dementsprechend geht es bei der praktischen Handhabung in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auch weniger um dogmatische Strenge als um pragmatische Erwägungen.⁵⁹

⁵⁶ In dieser Konstellation – aber auch in anderen Konstellationen – steht einer Rekonstruktion des Hauptverhandlungsgeschehens im Rahmen des Freibeweises nichts entgegen, vgl. *Bartel*, Das Verbot der Rekonstruktion der Hauptverhandlung (2014), S. 21-24 mit Hinweis auf BGH NJW 1999, 802, 803 und BGH NStZ 2006, 406.

⁵⁷ Neben dem Nachweis seiner Fälschung ist in der Rechtsprechung anerkannt, dass in einer Reihe von Fällen, beispielsweise bei offensichtlichen Widersprüchen oder der Distanzierung einer für das Protokoll verantwortlichen Person von dessen Richtigkeit die Beweiskraft des Protokolls aufgehoben ist, vgl. BGH NStZ 2014, 668, 669; BGH NJW 1953, 1925. Der Gesetzesentwurf will diese Entwicklung der Rechtsprechung aufnehmen und § 274 StPO anpassen, vgl. BT-Drs. 20/8096 S. 31.

⁵⁸ *Norouzi* in Schriftenreihe der Strafverteidigervereinigungen (2011) Bd. 34, S. 215.

⁵⁹ Dies könnte die Funktion haben, den Prüfungsaufwand dort gering zu halten, wo die Erfolgsaussichten einer Verfahrensrüge auf den ersten Blick eher gering erscheinen, vgl. *Bartels*, Das Verbot der Rekonstruktion der Hauptverhandlung (2014), S. 14.

Dies alles deutet darauf hin, dass es sich bei dem Verweis auf die angebliche Ordnung des Revisionsverfahrens oder auf sein Wesen um floskelhafte Schlagworte handelt, die als Scheinargumente eine *petitio principii* kaschieren wollen.⁶⁰ Nach einer anderen Lesart könnte es sich bei dem Verweis auf die Ordnung oder das Wesen des Revisionsverfahrens aber auch einfach um einen impliziten Verweis auf Argumente handeln, die aus Sicht eines Revisionsgerichts oder eines mit dem Revisionsrecht besonders vertrauten Autors so offensichtlich sind, dass sie keiner weiteren Ausführungen zu bedürfen scheinen. Es würde dann darum gehen, diese vermeintliche Selbstverständlichkeit zu reflektieren und die Frage zu stellen, ob sich die impliziten Annahmen auch dann als überzeugend erweisen, wenn eine vollständige Audioaufnahme des Hauptverhandlungsgeschehens als Transkript zur Verfügung steht. Das Ordnungsargument würde also nicht selbst die Grenzen der zulässigen Rekonstruktion der Hauptverhandlung begründen, sondern eine Verweisungsfunktion einnehmen, die (bestenfalls) auf „mitgedachte“ sachliche Argumente rekurriert. Bei diesen „mitgedachten“ Argumenten kann es sich um das Kompetenzargument und das Praktikabilitätsargument handeln.⁶¹

b) Das Kompetenzargument

Das Kompetenzargument begründet das Rekonstruktionsverbot mit der Aufgabenverteilung zwischen Tat- und Revisionsgericht. Nach § 337 Absatz 1 StPO kann die Revision *nur* darauf gestützt werden, dass das Urteil auf einer Verletzung des Gesetzes beruhe. Daraus folgt jedenfalls unzweifelhaft, dass es

⁶⁰ Vgl. Norouzi in Schriftenreihe der Strafverteidigervereinigungen (2011), Bd. 34, S. 215, 219 f.; von der Meden NStZ 2018, 77, 81.

⁶¹ Beide Argumente sind auch bereits mehr oder weniger offen in der Rechtsprechung genannt worden, vgl. etwa BGH NStZ 2009, 468. Vgl. auch Bartel, Das Verbot der Rekonstruktion der Hauptverhandlung (2014), S. 71 zur audio-visuellen Videovernehmung bei BGHSt 48, 268 ff. = NJW 2003, 2761, 2762.

einen Bereich geben muss, der der revisionsgerichtlichen Kontrolle entzogen ist. Das Revisionsgericht hat nicht dieselben Befugnisse wie das Tatgericht.⁶²

aa) Sachlich-rechtlicher Ausgangspunkt: Die Beweiswürdigung als Domäne des Tatrichters

Die Kompetenzverteilung zwischen Tat- und Revisionsgericht wird im Rahmen der sachlich-rechtlichen Prüfung des Revisionsgerichts besonders deutlich.⁶³ Es dürfte unstrittig sein, dass die Beweiswürdigung im Grundsatz die ureigene Aufgabe des Tatrichters ist. Aus der praktischen Perspektive der Rechtsprechung besteht mittlerweile aber auch kein Zweifel mehr, dass das Revisionsgericht jedenfalls ausnahmsweise Fehler in der Beweiswürdigung beanstanden darf und muss.⁶⁴ Dem Tatrichter ist damit nach heute herrschendem Verständnis der (große) Bereich der Beweiswürdigung zugewiesen, in dem er aus verschiedenen möglichen Schlüssen einen bestimmten Schluss zieht, der das Ergebnis einer einzelfallbezogenen Wertung der tatsächlichen Umstände ist. Seine Überzeugungsbildung ist nicht auf logisch zwingende und probabilistische Schlüsse beschränkt, wenngleich er an objektiv zwingende Vorgaben bei der Beweiswürdigung gebunden bleibt.⁶⁵ Der Rahmen der vom Revisionsgericht hinzunehmenden Schlüsse ist nur dann überschritten, wenn die Beweiswürdigung sich als rechtsfehlerhaft erweist. Die von der Rechtsprechung genannten Fallgruppen (Widersprüchlichkeit, Unklarheit,

⁶² Es muss natürlich trotzdem die Letztverantwortung für die Gesetzmäßigkeit der Entscheidung des Tatgerichts übernehmen, vgl. *Bartel*, Das Verbot der Rekonstruktion der Hauptverhandlung (2014), S. 324.

⁶³ Vgl. zum Zusammenhang zwischen sachlich-rechtlicher Prüfung und Verfahrensrüge mit Blick auf das Rekonstruktionsverbot *Franke* in LR, 26. Aufl. (2013), § 337 Rn. 52 f.

⁶⁴ Rechtstatsächlich sind Angriffe auf die Beweiswürdigung wahrscheinlich der häufigste mit der Sachrüge geltend gemachte Revisionsgrund.

⁶⁵ *Baur* ZIS 2/2019, 119, 122 m.w.N.

Lücken, Verstoß gegen Denkgesetze oder gesicherte Erfahrungssätze) lassen sich, etwas holzschnittartig, so zusammenfassen, dass sich die Beweiswürdigung bei Berücksichtigung aller im Urteil mitgeteilten Umstände für einen rechtskundigen Dritten als nicht mehr nachvollziehbar und damit als unwissenschaftliche Scheinbegründung erweist. Die vom Revisionsgericht angewandte Methode ist dabei negativer Art. Das Revisionsgericht verlangt nicht, dass sich aus den Feststellungen des Tatgerichts ein bestimmtes Ergebnis in der Beweiswürdigung mit naturwissenschaftlicher Notwendigkeit ableiten lässt. Es wird hingegen geprüft, ob die Feststellungen sich *nicht* mit objektiv hoher Wahrscheinlichkeit⁶⁶ aus der Beweiswürdigung ergeben. Ob sich das Tatgericht innerhalb dieses ihm zur Verfügung stehenden weiten Rahmens hält oder ihn überschreitet, überprüft das Revisionsgericht schon auf die allgemeine Sachrüge.⁶⁷

Diese Abgrenzung der Kompetenzen zwischen Tat- und Revisionsgericht ist dabei nicht allein strafprozessualer Natur. Sie ist auch ein verfassungsrechtliches Postulat, weil das Revisionsgericht nur innerhalb der Grenzen seiner durch den Gesetzgeber bestimmten Kompetenz gesetzlicher Richter im Sinne des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG ist. Das Revisionsgericht darf deshalb bereits aus verfassungsrechtlichen Gründen seine Beweiswürdigung nicht einfach an die Stelle der Beweiswürdigung des Tatgerichts setzen.⁶⁸ Weil indes nur die willkürliche Verletzung des Rechts auf den gesetzlichen Richter einen (die

⁶⁶ Vgl. zum Erfordernis der objektiv hohen Wahrscheinlichkeit der Tatbegehung BGH NJW 1999, 1562 (Pistazieneis-Fall).

⁶⁷ Gericke in KK, StPO, 9. Aufl. (2023), § 337 Rn. 5; vgl. zur an die Nichtwürdigung verlesener Urkunden anknüpfende verfahrensrechtlich verlängerte Darstellungsrüge etwa BGH BeckRS 2005, 11594; Widmaier in Lagodny (Hrsg.), Der Strafprozeß vor neuen Herausforderungen? (2000), S. 183, 186 ff.

⁶⁸ BVerfG NStZ 1991, 499, 500; BVerfG BeckRS 2000, 30099026; BVerfG BeckRS 2006, 21455; Wagner ZStW 106 (1994), 259, 294.

Verfassungsbeschwerde begründenden) Grundrechtsverstoß darstellt⁶⁹ und sich die Eingriffe der Revisionsgerichte in die Beweiswürdigung zumindest nach dem abstrakten Gehalt der aufgestellten Rechtssätze nicht als willkürliche Kompetenzüberschreitung erweisen, sondern sogar aufgrund einer verfassungskonformen Auslegung des § 267 Abs. 1 und Abs. 5 StPO geboten sind,⁷⁰ ist der auf Ausnahmefälle beschränkte Eingriff der Revisionsgerichte in die Beweiswürdigung der Tatgerichte im Rahmen der Sachrüge nicht zu beanstanden.

bb) Gibt es außerhalb der Beweiswürdigung eine weitere Domäne des
Tatrichters?

Das Rekonstruktionsverbot findet ausschließlich im Rahmen von Verfahrensrügen Anwendung. Es weist indes eine große Nähe zur Zurückhaltung der Revisionsgerichte bei der Prüfung der Beweiswürdigung auf die Sachrüge auf. Was bei der Beweiswürdigung die Freiheit des Tatgerichts ausmacht, unter mehreren möglichen Schlüssen einen konkreten vom Revisionsgericht hinzunehmenden Schluss zu ziehen, ist bei der Rüge der Verletzung einer Verfahrensvorschrift, die mit dem Rekonstruktionsverbot unterliegenden Inhalten der Hauptverhandlung begründet wird, die Freiheit des Tatgerichts vor Feststellungen des Revisionsgerichts zu prozessualen Vorgängen.

In beiden Konstellationen kommt der Selbstbeschränkung des Revisionsgerichts die Funktion zu, dem Tatgericht die Deutungshoheit über ein Geschehen in der Hauptverhandlung zu belassen, das der Tatrichter aus eigener Anschauung in seiner vollen dynamischen, zeitlichen und sachlichen Entfaltung

⁶⁹ Eschelbach in MAH Strafverteidigung, 3. Aufl. (2022), § 31 Rn. 151; BVerfG NStZ 2005, 643.

⁷⁰ Vgl. Wagner ZStW 106 (1994), 259, 270.

und damit als „sachnäherer“ Richter aufgrund einer Hauptverhandlung erfahren hat.⁷¹

Die Befürworter des Rekonstruktionsverbotes weisen vor diesem Hintergrund darauf hin, dass eine Differenzierung zwischen der Feststellung von Beweisen und ihrer Würdigung häufig nicht möglich sei.⁷² Auch das Argument, eine Rekonstruktion von Teilen der Hauptverhandlung beinhalte die Gefahr sich widersprechender Feststellungen zwischen Tat- und Revisionsgericht,⁷³ ist Ausdruck der empfundenen Nähe zwischen dem prozessualen Geschehen in der Hauptverhandlung vor dem Tatrichter und seiner Würdigung. Das Revisionsgericht kann es, so wird man die Apologeten der Rekonstruktion zu verstehen haben, nicht besser wissen als das Tatgericht, das aus dem Inhalt der Hauptverhandlung nuancierte Eindrücke mitnimmt, die, ohne jemals im Urteil aufzutauchen, doch auf legitime Weise die richterliche Entscheidung beeinflussen. Es handelt sich dabei um die Zwischentöne, Stimmungen und Merkwürdigkeiten, die in der Beweisaufnahme, insbesondere bei Zeugenaussagen und Einlassungen, die Stimmung im Saal prägen, Kleidung, Habitus und Wirkung der Prozessteilnehmer, den unausgesprochen bleibenden Zweifel und das implizite Wissen – und nicht zuletzt die soziale Prägung der Richterinnen, die erst im Zusammenspiel zwischen sachlichen Inhalten der Beweisaufnahme und non- und präverbalen Signalen der Beteiligten ein Beweisergebnis bewerten, indem sie es mit dem abgleichen, was sie unter den gegebenen Umständen für „normal“ halten.⁷⁴ Dass Revisionsgerichte diesem – insoweit

⁷¹ Vgl. Herdegen StV 1992, 527, 533; Baur ZIS 2/2019, 119 (124).

⁷² Vgl. Bartel, Das Verbot der Rekonstruktion der Hauptverhandlung (2014), S. 118.

⁷³ Eisenberg, Beweisrecht der StPO, 10. Aufl. (2017), Rn. 41 mit Diskussion von BayOblG NStZ-RR 2001, 271 ff., wobei sich die Entscheidung zum Freibeweisverfahren bei einem Verfahrenshindernis verhält; vgl. hierzu Bartel, Das Verbot der Rekonstruktion der Hauptverhandlung (2014), S. 333.

⁷⁴ Vgl. auch Bartel, Das Verbot der Rekonstruktion der Hauptverhandlung (2014), S. 351: „Eine solche Rechtsentwicklung ohne klare Maßstäbe öffnet richterlichen Vorverständnissen Tür und Tor.“

tatsächlich kaum jemals vollständig rekonstruierbaren – komplexen Prozess nicht mit größter Skepsis, sondern mit einem grundsätzlichen Vertrauen in die Richtigkeit und Legitimität der Entscheidung gegenüberstehen, ist vielleicht nicht nur der faktisch bestehenden Sachnähe und einem Optimismus geschuldet, dass der sachliche Gehalt der Beweismittel der tatrichterlichen Entscheidung am Ende ihr wesentliches Gepräge geben werde. Einen wesentlichen Anteil dürfte dabei auch ein teilweise zu beobachtendes Rollenverständnis haben, das den Tatrichter mit Fähigkeiten ausstattet, die genauso wünschenswert wie unrealistisch sind.⁷⁵ Der Tatrichter ist in diesem Rollenverständnis kraft seines Amtes und guten Willens mit einer besonderen Begabung ausgestattet, die es ihm in der Sitzung ermöglicht, das Wahre und das Richtige gerade auch durch die Wahrnehmung non- und präverbaler Signale zu erspüren. Weil er Richter ist, soll er die Wahrheit erkennen, und weil er die Wahrheit erkennen soll, kann er die Wahrheit erkennen.⁷⁶ Es liegt auf der Hand, dass dort, wo ein solches Verständnis Wirkung entfaltet, die Fehleranfälligkeit von Entscheidungen groß ist. Nur wenn Entscheidungsprozesse reflektiert werden, können sie auch durch den Entscheider oder Dritte rational leicht überprüft werden.

Die Selbstbeschränkung des Revisionsgerichts im Fall des Angriffs auf die Beweiswürdigung durch die Sachrüge und im Fall des Rekonstruktionsverbots bei der Verfahrensrüge unterscheidet sich indes in einem wesentlichen Punkt: Während das Revisionsgericht auf die Sachrüge den gesamten Inhalt des Urteils zur Kenntnis zu nehmen und nach heute herrschendem Verständnis in Kenntnis dieser Grundlage die Frage zu beantworten hat, ob das Tatgericht

⁷⁵ Vgl. die erhellenden Ausführungen von *Schmitt* NStZ 2019, 1, 2 zur Schwierigkeit, bereits das wesentliche Gesagte als Richter zu protokollieren. Als ehemaliger deutscher Tat- und Revisionsrichter hat er den direkten Vergleich zu den überlegenen Mitteln der Protokollierung am IStGH.

⁷⁶ Dieses Vorgehen ist ein normativer Fehlschluss, weil es vom Sollen auf das Sein schließt. Dies ist genau so problematisch wie der naturalistische Fehlschluss, der umgekehrt von Sein auf das Sollen schließt.

innerhalb des ihm gesetzten Rahmens geblieben ist, geht die Selbstbeschränkung bei der Überprüfung der Rechtmäßigkeit des Verfahrens so weit, dass im Anwendungsbereich des Rekonstruktionsverbots⁷⁷ bereits die Überprüfung als solche abgelehnt wird. Diese Differenzierung ist nicht bloß begrifflicher Natur. Es ist eine Sache, wenn das Revisionsgericht in einem ersten Schritt den Gegenstand der Überprüfung vollständig erfasst und in einem zweiten Schritt – in Kenntnis des gesamten Urteils des Tatrichters – diesem als sachnäheren Entscheider einen weiten Spielraum einräumt, wenn der Lebenssachverhalt zu keinen logisch zwingenden Schlüssen zwingt. Es ist eine völlig andere Sache, wenn das Revisionsgericht *a priori* einen bestimmten Vortrag ausblendet, ohne sich mit der Frage zu befassen, ob das Tatgericht die ihm gesetzlich gesteckten Grenzen beachtet hat. Das eine ist Sinn für Autonomie des Überwachten, das andere schlimmstenfalls Ermunterung zum schädlichen Laissez-faire.

Hat dieser Unterschied in der Überwachung der tatrichterlichen Tätigkeit tatsächlich etwas mit der gesetzlichen Kompetenzverteilung zu tun? Ist es eine Frage des *Dürfens*, dass das Revisionsgericht bei ausgewählten Verfahrensrügen mit Bezug zum Geschehen in der Hauptverhandlung – anders als bei der Sachrüge – die Überwachung des Tatrichters verweigert?

In Zeiten der fehlenden Dokumentation der Hauptverhandlung lag die Unterscheidung zwischen der Kompetenz und der Möglichkeit einer inhaltlichen⁷⁸

⁷⁷ Zu den Ausnahmen des Rekonstruktionsverbots im Bereich des Urkundsbeweises vgl. *Bartel* in MüKo, StPO, 2. Aufl. (2024), § 261 Rn. 441 m.w.N. und *Franke* in LR, 26. Aufl. (2013), § 337 Rn. 56 ff.; aus der Rechtsprechung siehe etwa BGH BeckRS 2018, 21465; BeckRS 2011, 2054; BeckRS 1988, 31087103. Vgl. zur Frage, ob eine Durchbrechung des Rekonstruktionsverbot nach bisherigem Verständnis konsequenterweise auch in engen Grenzen bei schriftlich fixierten Verteidigungserklärungen möglich sein muss *von der Meden* NStZ 2018, 77, 83.

⁷⁸ Vgl. zur Unterscheidung zwischen den Inhalt der Hauptverhandlung betreffenden Rügen und solchen, die auf den äußeren Gang des Verfahrens abzielen *Wehowsky* NStZ 2018, 177.

Überprüfung des Hauptverhandlungsgeschehens dicht beieinander. Was der Zeuge oder der Angeklagte gesagt hatte, welche Umstände mündlich in welcher Reihenfolge erörtert worden waren und ähnliches, wusste mit letzter Sicherheit jedenfalls im Detail im Nachhinein häufig niemand mehr. Wer meinte, es genau zu wissen, wurde häufig durch widersprechende Erinnerungen anderer Verfahrensbeteiligter überrascht. Ein exakter Vortrag, der sich in die Formenstrenge des Revisionsverfahrens reibungslos hätte einfügen können, war deshalb in vielen Fällen ohnehin nur schwer möglich. Dieses Defizit betraf zwar das *Können*, nicht das *Dürfen*. Es lag aber nahe, aus dem fehlenden *Können* ein Verbot abzuleiten, um Diskussionen über den wirklichen Inhalt des dem Revisionsgericht unbekannten Hauptverhandlungsgeschehens auf effiziente Weise abzukürzen. Was nicht bewiesen werden *kann*, *darf* das Revisionsgericht nicht interessieren. Mit Blick auf die Ergebnisse der empirischen Sozialforschung, die eine selektive Wahrnehmung bei allen Verfahrensbeteiligten belegen,⁷⁹ war dieses Vorgehen konsequent.⁸⁰ Auch Verfahrensbeteiligte mit gutem Willen waren jedenfalls häufig⁸¹ nicht in der Lage, den Inhalt der Hauptverhandlung auf so exakte Weise mitzuteilen, dass die Entscheidungsgrundlage des Revisionsgerichts das gleiche Maß an verbindlicher Richtigkeit hatte wie die Urteilsurkunde. Da lag es nahe, direkt im Wege der

⁷⁹ Vgl. bspw. *Schmitt* NStZ 2019, 1, 3; BGH NStZ 2024, 177 mAnm *Eisenberg* NStZ 2024, 180.

⁸⁰ Aus diesem Grund löste auch der Ansatz von *Wilhelm*, der das Recht der Glaubhaftmachung entsprechend anwenden wollte, das Problem nicht, weil die Glaubhaftmachung von Verfahrensbeteiligten, etwa anwaltliche Versicherungen, jedenfalls bei nicht dokumentierten komplexen Abläufen nur bedingt aussagekräftig sind, vgl. *Wilhelm* ZStW 117 (2005), 143 ff.

⁸¹ Dies gilt wohl nicht in den Fällen, in denen die Verteidigung ein Steno-Protokoll anfertigen ließ. Nicht von dem hier skizzierten Argument erfasst waren auch solche Vorgänge, die bereits durch den äußeren Ablauf der Hauptverhandlung als verfahrensfehlerhaft hätten identifiziert werden können, vgl. etwa das Beispiel bei *Norouzi* in Schriftenreihe der Strafverteidigervereinigungen (2011) Bd. 34, S. 215 ff.

Beweisantizipation kategorisch festzuhalten, dass sich das Revisionsgericht vom Verfahrensverstoß grundsätzlich nicht überzeugen könne.⁸² Dies führte zu der gelegentlich zu beobachtenden Aussage, dass dem Revisionsgericht die Kompetenz fehle, über den Inhalt der Hauptverhandlung eine Entscheidung zu treffen. Was nicht mit letzter Verlässlichkeit berichtet werden *konnte*, das *durfte* auch nicht zum Gegenstand des formalisierten Revisionsverfahrens werden. Dass diese Lösung der ein oder anderen Verteidigerin brachial und mit Blick auf den Grundrechtsschutz des Angeklagten unzumutbar anmutete, ist wenig überraschend. Die Kritik der Verteidiger war immer dann besonders leicht nachvollziehbar, wenn das in Streit stehende Hauptverhandlungsgeschehen tatsächlich oder vermeintlich wenig komplex oder besonders genau durch Verfahrensbeteiligte dokumentiert war.

Auch Kritiker des Rekonstruktionsverbots erkannten indes an, dass Nachweisprobleme ein veritables Problem aus Sicht des Revisionsgerichts waren.⁸³ Sie forderten gerade deshalb die Dokumentation der Hauptverhandlung; ohne Beweisschwierigkeiten wäre, so ihr Verständnis, dem Rekonstruktionsverbot der Boden entzogen.⁸⁴

Ist das Problem damit im Moment der Einführung einer Audiodokumentation der Hauptverhandlung gelöst? Ist die Kompetenzfrage letztlich ausschließlich eine Frage der technischen Bereitstellung verlässlichen Materials für das Freibeweisverfahren?

⁸² Frisch in SK, StPO, 5. Aufl. (2018), § 337 Rn. 79 ff.; Wohlers in SK, StPO, 5. Aufl. (2018) § 352 Rn. 17. Vgl. auch Bartels, Das Verbot der Rekonstruktion der Hauptverhandlung (2014), S. 13, 41 ff., 45, 55, 58, 110, 237, 260, 276, 339.

⁸³ Schäfer StV 1995, 147, 155 f.; Eschelbach in Festschrift für Widmaier (2008), S. 127 ff.

⁸⁴ Vgl. Bartel, Das Verbot der Rekonstruktion der Hauptverhandlung (2014), S. 116 ff.; Fezer in Ebert (Hrsg.), Aktuelle Probleme der Strafrechtspflege (1991), S. 96 ff.

Angesprochen ist damit die verfassungsrechtliche Frage, ob sich aus der in § 337 StPO gesetzlich angeordneten Trennung von Tatsachen- und Rechtsinstanz ein Verbot aus Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG für das Revisionsgericht ergeben kann, sich mit dem Inhalt der Hauptverhandlung zu befassen. Diese Frage stellt sich die Rechtsprechung, soweit ersichtlich, nicht in den Fällen, in denen die Darlegung ausgewählter Vorgänge in der Hauptverhandlung ausdrücklich verlangt wird, um einer Verfahrensrüge zum Erfolg zu verhelfen. Dies zeigt indes nur, dass aus Sicht der revisionsgerichtlichen Rechtsprechung die Entscheidung über die Reichweite der eigenen Kompetenz, die Einhaltung von Verfahrensrecht zu überprüfen, kein Problem des gesetzlichen Richters ist. Diese Annahme ist nicht zu beanstanden. Eine Verletzung des Rechts auf den gesetzlichen Richter als Justizgrundrecht kommt nämlich ohnehin nur in Betracht, wenn der Angeklagte in diesem Grundrecht verletzt sein könnte. Dies wird nur bei zum Nachteil des Angeklagten eingelegten Revisionen der Staatsanwaltschaft oder der Nebenklage der Fall sein. Aber auch im Übrigen liegt eine Verletzung der Kompetenz des Tatgerichts durch eine bloße Rekonstruktion des Revisionsgerichts von Inhalten der Hauptverhandlung regelmäßig fern. Die reine Feststellung eines prozessualen Geschehens, das daraufhin untersucht werden soll, ob es Rechte eines Prozessbeteiligten verletzt hat, kann niemals als Übergriff des Revisionsgerichts in eine ausschließliche Sphäre des Tatgerichts gewertet werden. Dies gilt jedenfalls so lange, wie das Revisionsgericht von einem Wahrheitsbegriff ausgeht, der eine prinzipielle Unterscheidung von tatsächlichen Geschehnissen und ihrer Beschreibung beinhaltet.⁸⁵

⁸⁵ Das Strafprozessrecht legt also eine Korrespondenztheorie der Wahrheit zugrunde (Aussagen sind wahr, wenn sie mit den Tatsachen der objektiven Welt, also der Wirklichkeit, übereinstimmen). Epistemologisch kann man andere Ansätze für richtig halten. Für Zwecke des Strafprozesses wäre es indes ein praktisch kaum mögliches Unterfangen, z.B. grundsätzlich konstruktivistische Ansätze zu verfolgen. Das heißt nicht, dass ggf. für vorgelagerte Fragen innerhalb des Strafprozesses immer ein korrespondenztheoretischer Ansatz erforderlich wäre. Es kann z.B. im Rahmen der Würdigung einer Zeugenaussage eine wichtige Rolle spielen, dass aus kognitionspsychologischer Sicht Wahrnehmung immer konstruiert ist. Das Urteil

Die Feststellung, was in der Hauptverhandlung vor dem Tatgericht passiert ist, ist ein rein deskriptiver Akt. Er beschreibt ein im Wesentlichen sprachlich vermitteltes Handeln verschiedener Personen. Soweit es um eine bloße Wiedergabe des gesprochenen Wortes geht, ist damit zwar keineswegs der kommunikative Gehalt der prozessualen Interaktionen erschöpfend wiedergegeben. Weder erfasst die Beschreibung die Tonlage noch Mimik und Gestik noch sonstiges non-verbales Verhalten des Sprechenden oder seines Publikums. Dies alles führt indes nicht dazu, dass die verlässlich durch eine Audioaufnahme belegte Feststellung, was gesprochen wurde, dadurch zu einem wertenden – und damit beweisrechtlich unter Umständen ambivalenten – Akt wird. Die Feststellung des gesprochenen Wortes bleibt auch dann ein deskriptiver Akt, wenn sie unterschiedlich interpretiert werden kann und wenn ihr nicht verbal vermittelter Kontext ihr einen Bedeutungsgehalt beilegen, den verschiedene Teilnehmer oder Beobachter unterschiedlich bewerten mögen.

Es kann und muss unterschieden werden zwischen deskriptiver und wertender Ebene. Dass die Deskription eines tatsächlichen Hauptverhandlungsgeschehens – wie im Übrigen jeder Akt der Beschreibung – schon aus theoretischen Gründen als ausschnittsweise Reproduktion des originären Geschehens niemals dasselbe sein kann wie das Original, heißt nicht, dass eine für die praktischen Zwecke des Freibeweisverfahrens ausreichende Sicherheit mit der Bereitstellung einer Audioaufzeichnung in Frage gestellt wäre. Soweit Ambivalenzen in Sprache oder Ausdruck, technische Störungen oder Widersprüche im gesprochenen Wort hervortreten, oder sich aus belastbaren sonstigen Beweismitteln ergibt, dass der Inhalt des gesprochenen Wortes seinem Sinn ganz oder teilweise nicht entspricht (z.B. Ironie), wird es sich um Ausnahmekonstellationen handeln. In solchen Ausnahmekonstellationen wird man sich darüber Gedanken machen müssen, ob und inwieweit der Beweiswert der sprachlichen Aufzeichnung erschüttert sein kann. Auch wird die non-verbale

muss indes aus rechtlichen Gründen unter der Prämisse eines Sachverhalts stehen, der objektiv wahr, d.h. real ist.

Kommunikation und die mögliche Infragestellung verbalisierter Kommunikation für die Konkretisierung der Rügeanforderungen im Sinne des § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO eine Rolle spielen. Regelmäßig wird dem aufgezeichneten Wort jedoch die gleiche beweisrechtliche Dignität zukommen wie nach geltendem Recht dem Inhalt einer Urkunde oder einer Protokollierung nach § 273 Abs. 3 Satz 1 StPO.

Lassen sich aber deskriptive und wertende Ebene bei der Beleuchtung eines Geschehens in der Hauptverhandlung – wie sonst auch – sowohl theoretisch als auch praktisch voneinander trennen, ist jedenfalls mit Beginn einer vollständigen Audio-Dokumentation der Hauptverhandlung kein Raum mehr für das Argument, die Erhebung und die Würdigung von Beweisen sei dergestalt miteinander verwoben, dass sich eine Rekonstruktion der Hauptverhandlung als usurpatorischer Eingriff in die Beweiswürdigung des Tatgerichts darstelle.⁸⁶ Die Aufgabe der Revisionsinstanz zur rechtlichen Überprüfung des Tatgerichts ist damit klar von der Aufgabe des Tatgerichts getrennt, den Lebenssachverhalt unter Beachtung der prozessualen Vorgaben festzustellen und ihn einer rechtlichen Würdigung zu unterziehen.

Ein Eingriff in die kompetenzrechtliche Sphäre des Tatgerichts kann bereits logisch nicht stattfinden, wenn ein Verfahrensvorgang bloß beschrieben wird. Die Beschreibung selbst mag zwar die Grundlage dafür bilden, sich zum Beispiel mit der erschöpfenden Würdigung eines Beweismittels oder Widersprüchen zwischen Beweismitteln, die sich nicht aus den Urteilsgründen ergeben, zu befassen. Dies betrifft indes einen zweiten Schritt, der im Einzelfall – wie bei der Sachrüge – dem Tatgericht einen Spielraum lassen kann. Dieser Spielraum kann aber nur dort eröffnet sein, wo das Tatgericht durch seine

⁸⁶ Vgl. *Herdegen* in Festschrift für Salger (1995), S. 301, 313 f.; *ders.* StV 1992, 590, 593; vgl. dazu darstellend *Bartel*, Das Verbot der Rekonstruktion der Hauptverhandlung (2014), S. 128 ff. Dass Wahrnehmung und Würdigung manchmal nahe beieinander liegen, macht sie so wenig ununterscheidbar wie die Dämmerung von Tag und Nacht, vgl. *von der Meden* NStZ 2018, 77, 79 Fn. 20.

Verfahrensführung und Beweiswürdigung innerhalb der ihm gesetzten Grenzen bleibt. Glaubt das Tatgericht zum Beispiel dem Zeugen A nicht, weil es nach Bewertung die entgegenstehende Aussage des Zeugen B für überzeugender hält, wird selbstverständlich eine Rüge der Verletzung des § 261 StPO in Zukunft auch dann keinen Erfolg haben können, wenn der gesamte protokollierte Inhalt beider Aussagen in der Revision mitgeteilt würde. Denn eine solche Rüge liefere allein darauf hinaus, die Beweiswürdigung des Revisionsgerichts an Stelle derjenigen des Tatrichters zu setzen. Beruht die Würdigung des Tatgerichts indes auf der unzutreffenden Annahme des Tatgerichts, der Zeuge B habe die von dem Zeugen A genannte Aussage verneint, ist die durch den Inhalt des Audio-Protokolls bewiesene Rüge begründet. Das Revisionsgericht greift hier nämlich nicht (in unzulässiger Weise) in die Beweiswürdigung des Tatgerichts ein, sondern es korrigiert seinem gesetzlichen Auftrag gemäß einen Rechtsfehler. Denn die Anwendung einer Rechtsnorm auf einen Sachverhalt, der sich nicht aus dem Inbegriff der Hauptverhandlung ergeben hat, verletzt nach allgemeiner Auffassung § 261 StPO.⁸⁷

Entscheidend ist damit, ob das Tatgericht den Inhalt der Hauptverhandlung – soweit er eindeutig war – richtig und vollständig erfasst (vgl. § 261 StPO) und alle ihm daraus obliegenden Aufklärungspflichten erfüllt (vgl. § 244 Absatz 2 StPO) hat. Ist dies zu bejahen, können entsprechende Rügen der Verletzung von Verfahrensrecht auch weiterhin keinen Erfolg haben. Dies ist indes keine Frage eines obsolet gewordenen Rekonstruktionsverbots. Es ist der einfachen Tatsache geschuldet, dass ein Revisionsführer unter diesen Umständen keinen Verfahrensverstoß darlegen *kann*.

⁸⁷ Bartel in MüKo, StPO, 2. Aufl. (2024), § 261 Rn. 11; Tiemann in KK, StPO, 9. Aufl. (2023), § 261 Rn. 16; Velten in SK, StPO, 5. Aufl. (2016), § 261 Rn. 1, 46. Auch bei der Aufklärungsrüge geht es bei der Darlegung des Verfahrensfehlers nicht unmittelbar um einen Angriff auf die Beweiswürdigung, sondern darum, dass das Tatgericht an Beweisstoff im Dunkeln ließ, was zu würdigen gewesen wäre.

Kann der Revisionsführer hingegen mit Hilfe des Transkripts der Audioaufzeichnung darlegen, dass der zum Urteil führende Prozess unter Verletzung von Verfahrensvorschriften, insbesondere der §§ 261, 244 Abs. 2 StPO, stattgefunden hat, besteht kein Anlass mehr, die Augen vor diesen Rechtsverletzungen bewusst zu verschließen. Vielmehr wird, ungeachtet der Frage, in welchem Umfang der Gesetzgeber mit der Dokumentation auch eine Änderung des Revisionsverfahrens bewirken wollte, aus verfassungsrechtlichen Gründen eine Überprüfung auf die zulässig erhobene Verfahrensrüge zwingend sein. Die eindeutig dokumentierte, d.h. bewiesene, und entsprechend den Anforderungen des § 344 Absatz 2 Satz 2 StPO gerügte Verletzung von Verfahrensvorschriften des Beschwerdeführers zu ignorieren, würde sich für grundrechtsberechtigte Beschwerdeführer als Verletzung ihres Justizgewährungsanspruchs aus Art. 19 Absatz 4 GG und damit einhergehend als Vertiefung des verfahrensrechtlich nicht gerechtfertigten Grundrechtseingriffs durch das Tatgericht darstellen. Insbesondere scheiden Praktikabilitätsabwägungen als Rechtfertigung aus:

c) Das Praktikabilitätsargument

Dass Bedürfnisse der Praktikabilität das Rekonstruktionsverbot auch nach Einführung einer umfassenden Dokumentation der Hauptverhandlung rechtfertigen könnten, ist eine irritierende These. Es ist die Aufgabe der Verwaltung, die Justiz mit den Mitteln auszustatten, die sie zur Erfüllung ihrer Aufgaben benötigt. Nicht die praktische Notwendigkeit bestimmt das Recht, sondern umgekehrt stellt das Recht Forderungen an das Verhalten, einschließlich der Einrichtung und Aufrechterhaltung von Strukturen, die der Rechtsanwendung dienen. Der Justizgewährungsanspruch des Angeklagten zwingt den Staat also dazu, ausreichende Ressourcen für ein angemessenes Verfahren zur

Verfügung zu stellen. Folgerichtig ist in dem „*Pakt für den Rechtsstaat*“⁸⁸ im Koalitionsvertrag der regierungstragenden Fraktionen versprochen worden, die Justiz mit ausreichenden Mitteln zu verstetigen, damit sie in den Ländern personell und technisch in die Lage versetzt wird, ihre Aufgaben auch in Zukunft dauerhaft, effektiv und nachhaltig erfüllen zu können. Wenn die eigentlich, das heißt nach strenger Lesart des Gesetzes erforderlichen Ressourcen nicht zur Verfügung gestellt werden, hilft der Verweis auf eine dazu bestehende Pflicht für die zu erledigenden Aufgaben freilich nicht weiter. Es darf und muss dann zwar auf die Bereitstellung ausreichender Ressourcen gedrängt werden. Aber zugleich müssen grundrechtsschonende Mechanismen entwickelt werden, wie mit dem unzureichenden Status quo umzugehen ist. Der dem Strafrecht unterworfenen und Rechtsschutz suchende Einzelne hat einen Anspruch auf den unter den jeweiligen Bedingungen praktisch bestmöglichen Grundrechtsschutz (durch Verfahren).

Die Befürchtung, eine Öffnung des Revisionsverfahrens für dokumentierte Inhalte der Hauptverhandlung werde die Leistungsfähigkeit der Revisionsgerichte sprengen, sollten deshalb nicht nur Angehörige der Justiz, sondern insbesondere auch Verteidiger ernst nehmen. Niemandem wäre damit geholfen, wenn die Abschaffung des Rekonstruktionsverbots dazu führen würde, dass sämtliche Revisionsgerichte (ohne eine nicht zu erwartende Schaffung einer Vielzahl neuer Stellen) auf unabsehbare Zeit hoffnungslos überlastet wären und sich Verfahren über Jahre hinziehen würden.

Diese Gefahr *könnte* drohen, wenn durch die Abschaffung des Rekonstruktionsverbots das Revisionsgericht praktisch zu einer weiteren Tatsacheninstanz würde, weil der gesamte Inhalt der Hauptverhandlung über die transkribierte Audioaufzeichnung dem Revisionsgericht zur Überprüfung aller Einzelheiten der Beweiswürdigung und des Verfahrensganges aufgehalst würde. Insbesondere bei Umfangsverfahren würde die von den Revisionsgerichten zu leistende

⁸⁸ CDU, CSU, SPD, Koalitionsvertrag für die 19. Legislaturperiode vom 7. Februar 2018, S. 123.

Aufgabe verheerende Folgen haben, wenn eine Pflicht zur Kenntnisnahme des gesamten Inhalts der Hauptverhandlung etabliert würde.⁸⁹ Ein solches Verfahren erschiene auch nicht mehr als Revision, sondern eher als schriftlich geprägtes Berufungsverfahren.⁹⁰ Es liefe letztlich auf eine allgemeine Verfahrensrüge unter verbesserten Rahmenbedingungen hinaus und wäre in der Tat kein Revisionsverfahren im ursprünglichen Sinne mehr.

Dass sich eine so verstandene Möglichkeit einer allgemeinen Verfahrensrüge auch aus einer Dokumentation der Hauptverhandlung mit Sicherheit nicht ergeben kann, heißt aber nicht, dass die dokumentierten Ergebnisse der Hauptverhandlung überhaupt keinen Eingang in das Revisionsverfahren finden können, wenn sie durch einen entsprechenden Vortrag nach § 344 Absatz 2 Satz 2 StPO in das Revisionsverfahren eingeführt werden. Dies impliziert die generelle Zulässigkeit der Öffnung des Urteils für weiteren Vortrag zum Inhalt der Hauptverhandlung. Man kann dies als allgemeine Zulässigkeit der *verfahrensrechtlich ausgeführten Darstellungsrüge*⁹¹ bezeichnen.⁹² Mit Blick auf die Rechtsprechung, die bei Urkunden und bei Protokollierungen nach § 273 Absatz 3 Satz 1 StPO teilweise bereits in der Vergangenheit eine verfahrensrechtlich verlängerte Darstellungsrüge zugelassen hat,⁹³ ist diese Erweiterung

⁸⁹ Hebenstreit HRRS 2008, 172 (179): „Überforderung“ des BGH; vgl. auch Norouzi in Schriftenreihe der Strafverteidigervereinigungen (2011) Bd. 34, S. 215, 222.

⁹⁰ Vgl. zu einer „beschränkten zweiten Tatsacheninstanz“ kritisch Wehowsky NStZ 2018, 177, 186 mit Nachweisen zu historischen Vorschlägen einer Änderung des Instanzenzugs.

⁹¹ Vgl. zu dieser Terminologie Bartel, Das Verbot der Rekonstruktion der Hauptverhandlung (2014), S. 100.

⁹² Nach verbreiteter Auffassung muss das gesamte dokumentierte Material grundsätzlich für die Revision zur Verfügung stehen, vgl. Schlothauer StV 1999, 47 (50); Beulke ZStW 113 (2001), 709, 731 f.; Diemer NStZ 2002, 16 (19); Leitner StraFo 2004, 306 f.

⁹³ BGHSt 38, 14 (16 f.); BGH BeckRS 1993, 1389; BGH BeckRS 2005, 11594; BGH NStZ-RR 2008, 83.

konsequent, weil sich der Beweiswert einer Urkunde, eines ausnahmsweise protokollierten Inhalts nach § 273 Absatz 3 Satz 1 StPO und der nach neuem Recht zur Verfügung stehenden transkribierten Audioaufzeichnung nicht voneinander unterscheiden. Die transkribierte Audioaufzeichnung verleiht dem Inhalt der Hauptverhandlung Urkundenqualität, auch wenn sie selbst kein Mittel des Strengbeweises ist⁹⁴.

Anders als die meisten Urkunden und – erst recht – ausnahmsweise Protokollierungen nach § 273 Absatz 3 Satz 1 StPO besteht das transkribierte Protokoll der Hauptverhandlung aber aus einer Vielzahl von Verfahrensvorgängen, die inhaltlich teilweise gar nicht oder nur lose zusammenhängen. Das transkribierte Protokoll selbst setzt keinen sachlichen Rahmen, der einen Bezug zu einer konkreten Verfahrensvorschrift herstellt, weil es selbst ohne Differenzierung das gesamte Verfahren reflektiert. Eine pauschale Bezugnahme auf das Transkript führt deshalb grundsätzlich zur Unzulässigkeit der Verfahrensrüge. Aus § 344 Absatz 2 Satz 2 StPO folgt bei der nach neuem Recht zulässigen Rüge einer Verletzung von Verfahrensrecht die Pflicht des Revisionsführers, exakt die Stellen der Hauptverhandlung im Wortlaut mitzuteilen, die er, gegebenenfalls unter Bezugnahme auf das Urteil, zum Gegenstand seines Revisionsangriffs machen will. Es bestehen dann die gleichen Anforderungen, die bereits heute für entsprechende Verfahrensrügen gelten.

Will der Revisionsführer beispielsweise rügen, dass sich das Urteil nicht mit einer entlastenden Aussage eines Zeugen auseinandersetzt oder sie erschöpfend würdigt, muss er die Aussage entsprechend dem Transkript im Wortlaut wiedergeben und die Stelle im Transkript genau bezeichnen. Man wird zudem verlangen können, dass er naheliegende Einwände, die die Belastbarkeit der Aussage in Frage stellen⁹⁵ oder die Beschränkung des Tatgerichts auf den aus

⁹⁴ Vgl. BT-Drs. 20/9359, S. 22.

⁹⁵ Vgl. zum Vortrag von Negativtatsachen *Ventzke/Mosbacher* NStZ 2008, 262 ff. u.a. mit Verweis auf die Monographie von *Ritter*, Die Begründungsanforderungen bei der Erhebung einer Verfahrensrüge (2007).

dem Urteil erkennbaren Teil erklären könnten, ebenfalls mitteilt, wenn sich nicht bereits aus dem Urteil, aber aus der Hauptverhandlung naheliegende Alternativerklärungen ergeben.⁹⁶ Die Rügeanforderungen werden sich an der zur Zeit im Gesetzgebungsverfahren zur Abstimmung stehenden Vorschrift des § 352 Absatz 3 StPO messen lassen müssen. Aus dem Vortrag muss der Verfahrensmangel ohne weiteres erkennbar sein. Der Revisionsführer muss insbesondere darlegen, dass der vorgetragene Beweisinhalt nicht durch andere Beweisinhalt die maßgebliche Bedeutung für das Urteil genommen hat. Dabei kommt es für den zu fordernden Vortrag darauf an, ob und in welcher Weise der vorgetragene Beweisinhalt mit dem restlichen Verfahrensstoff verwoben ist.

Wird mit der Inbegriffsrüge die Verwertung einer Aussage im Urteil angegriffen, die in Wirklichkeit nicht getroffen worden ist, reicht der Vortrag aus, dass der festgestellte Inhalt der Hauptverhandlung nicht existiert. Der Negativ-Beweis ergibt sich dann aus dem Schweigen der Dokumentation. Gleiches gilt, wenn der Revisionsführer vorträgt, eine bestimmte im Urteil in Zweifel gezogene Aussage sei tatsächlich durch den weiteren Verlauf der Hauptverhandlung in keiner Weise in Zweifel gezogen worden. Verhält sich das Urteil dazu, weshalb das Gericht den aus Sicht der Revision unvertretbaren Schluss gezogen hat, muss die Revision auf dieses Beweismittel eingehen. Der Vortrag

⁹⁶ Mosbacher StV 2018, 182, 186; ders. ZRP 2019, 158, 160 will ebenfalls eine Rügemöglichkeit in der Revision zulassen, schlägt aber vor, diese gesetzlich zu begrenzen auf „*offensichtliche und gravierende Abweichung in einem für die Entscheidung wesentlichen Punkt*.“ Dass für die Entscheidung unwesentliche Punkte nicht erfolgreich gerügt werden können, ergibt sich indes schon aus dem Erfordernis des Beruhenszusammenhangs. Ob eine Beschränkung auf offensichtliche und gravierende Abweichungen praktisch zu einer Arbeitserleichterung der Revisionsgerichte führen wird, dürfte zweifelhaft sein, weil die Grenzen fließend sein werden. Der Gesetzesentwurf geht davon aus, dass die Rüge in der Revision auf Evidenzfälle beschränkt sein solle.

kann indes desto knapper sein, je weniger Substanz die Ausführungen im Urteil haben.

Eine Orientierung können hier die Substantiierungsanforderungen des Zivilprozesses bieten. Aus anwaltlicher Vorsicht wird allerdings zunächst zu empfehlen sein, sich an den Darlegungsanforderungen zu orientieren, die nach der Rechtsprechung des BGH heute für die Rüge gelten, eine im Urteil verwendete Urkunde sei in Wirklichkeit nicht in die Hauptverhandlung eingeführt worden.⁹⁷

Rügt der Revisionsführer hingegen, die Beweiswürdigung sei falsch, weil sich unter Zugrundelegung des tatsächlichen Geschehens in der Hauptverhandlung der vom Tatgericht gezogene Schluss verbiete, ist die Zulässigkeit der Verfahrensrüge zwar nicht mehr ausgeschlossen, aber technisch herausfordernd. Der Revisionsführer steht dann vor einem ähnlichen Problem wie der Antragsteller im Klageerzwingungsverfahren, der einerseits den vollständigen relevanten Inhalt eines komplexen Vorgangs mitzuteilen hat, andererseits aber den zur Entscheidung berufenen Senat nicht mit Überflüssigem belasten darf.⁹⁸

Damit soll nicht einer Übertragung der häufig praktisch nicht mehr handhabbaren Anforderungen aus dem Klageerzwingungsverfahren das Wort geredet werden. Richtig ist jedoch auch für die verfahrensrechtlich verlängerte Darstellungsrüge, dass ein gesunder Mittelweg zwischen einem „Zu viel“ und einem „Zu wenig“ gefunden werden muss. Der erforderliche Maßstab ist in diesen Fällen schwer abstrakt zu beschreiben.

Die Funktion des Vortrags ist es, in Ergänzung zu den Urteilsgründen einen vervollständigten Sachverhalt zu präsentieren, der dem Revisionsgericht erlaubt, die Beweiswürdigung auf Grundlage der bestehenden Fallgruppen

⁹⁷ Vgl. zu den strengen Anforderungen etwa OLG Koblenz BeckRS 2011, 20795.

⁹⁸ Vgl. zu den Anforderungen im Klageerzwingungsverfahren *Wohlers* in SK, StPO, 5. Aufl. (2016), § 172 Rn. 70 ff. m.w.N.

sachlich-rechtlich zu überprüfen. Was insoweit von Relevanz ist und was zu einer ausufernden Darstellung führt, die einer ohne weiteres möglichen Erkennbarkeit des tatrichterlichen Darstellungsmangels entgegensteht, richtet sich naturgemäß nach dem Einzelfall. Für die Zulässigkeit der Rüge wird es ausreichen müssen, dass alle relevanten Tatsachen mitgeteilt und die Auswahl der nach Auffassung des Revisionsführers weiteren von ihm als potenziell relevant erachteten, vom Revisionsgericht indes für überflüssig gehaltenen Tatsachen nicht unvertretbar ist.⁹⁹

Freilich kann auch bei Beachtung dieses Maßstabes bei besonders umfangreichen Verfahren ein Vortrag erforderlich werden, der nicht auf wenigen Seiten zu leisten ist. Dass hingegen eine nicht mehr verkraftbare Ausweitung von entsprechenden Verfahrensrügen zu erwarten wäre, ist eher unwahrscheinlich. Denn darzulegen sind allein die Umstände, die eine Prüfung nach dem etablierten Maßstab der revisionsrechtlichen Überprüfung der Beweiswürdigung erlauben. Bedarf der Vortrag zum Beleg des Darstellungsmangels hunderter Seiten urteilsfremder Ausführungen, wird dies auch in Umfangsverfahren regelmäßig darauf hindeuten, dass in Wirklichkeit kein Rechtsfehler in der Beweiswürdigung, sondern bloß die dem Tatgericht zustehende Beweiswürdigung in ihrem unangreifbaren Spielraum angegriffen wird.¹⁰⁰ Nicht plausibel ist vor diesem Hintergrund, dass in Zukunft ein deutlich höherer Anteil der Verfahrensrügen überhaupt in zulässiger Weise (§ 344 Absatz 2 Satz 2 StPO) erhoben werden wird. Denn der Zugriff auf das transkribierte

⁹⁹ Auch und besonders im Rahmen der Aufklärungsrüge wird dies den Revisionsführer auch bei einer digitalen Dokumentation der Hauptverhandlung weiterhin vor eine schwierige Aufgabe stellen. Das liegt (bei komplexen Verfahren) in der Natur der Sache, vgl. *Bartel*, Das Verbot der Rekonstruktion der Hauptverhandlung (2014), S. 348 f.

¹⁰⁰ Die „äußerste Grenze“ ist, worauf *Bartel*, Das Verbot der Rekonstruktion der Hauptverhandlung (2014), S. 325 zu Recht hinweist, dadurch gezogen, dass eine „vollständige Wiederholung der tatrichterlichen Hauptverhandlung im Wege des Freibeweises nicht möglich erscheint.“

Hauptverhandlungsprotokoll erleichtert nicht die rechtstechnische Aufgabe des Revisionsführers, die Verfahrenstatsachen darzulegen; er gewährt in erster Linie Zugang zu einem Beweismittel.

Dass bei einer Beibehaltung dieser spezifischen Rügeanforderungen der den Revisionsgerichten vorgelegte Verfahrensstoff deutlich über den heute bereits zu bearbeitenden Verfahrensstoff hinausgehen könnte, ist deshalb insgesamt nicht zu erwarten.¹⁰¹ Auch insoweit – im Einzelfall auch komplexe und umfangreiche – Sachverhalte aus der Hauptverhandlung dem Revisionsgericht zur Darlegung eines Verfahrensverstößes vorgelegt werden sollten, können die Staatsanwaltschaften (oder die Verteidigung) im Rahmen ihrer Gegenerklärung (§ 347 Absatz 1 Satz 2 und 3 StPO) ohne Weiteres zur Richtigkeit und Vollständigkeit des Vorbringens Stellung nehmen, ohne dass dies zu einer praktischen Notwendigkeit der Revisionsgerichte oder Revisionsstaatsanwaltschaften führen würde, sich mit dem übrigen Transkript des Audio-Mitschnitts überhaupt zu befassen.

Soweit *Wehowsky* die Auffassung vertritt, praktisch bestehe häufig wegen verschiedener Sitzungsvertreter bei längeren Hauptverhandlungen keine ausreichende Möglichkeit des Sachbearbeiters, einem unzutreffenden oder unvollständigen Rügevortrag entgegenzutreten,¹⁰² überrascht dieses. Wenn die Staatsanwaltschaft in ihrem Schlussvortrag in der Lage sein will, ihrer gesetzlichen Aufgabe nachzukommen und den Inhalt der Beweisaufnahme zu würdigen, muss spätestens zu diesem Zeitpunkt ein Staatsanwalt den gesamten

¹⁰¹ Soweit in der Anfangszeit mit einem marginal höheren Aufkommen an Rügen gerechnet werden sollte, die sich auf das Transkript beziehen, hat der Gesetzgeber dafür Ressourcen eingeplant, vgl. BR-Drs. 227/23, S. 15.

¹⁰² *Wehowsky* NStZ 2018, 177, 184. Allerdings will *Wehowsky* in weniger komplexen Fällen durchaus den Rückgriff auf Verfahrensinhalte zulassen (S. 187). Sein Vorschlag für eine neue Fassung des § 352 Absatz 3 StPO findet sich auch im Gesetzesentwurf der Bundesregierung wieder.

Beweisstoff – auch und gerade in seinen Nuancen – überblicken.¹⁰³ Dazu ist eine detaillierte Abstimmung erforderlich, wenn verschiedene Dezernentinnen die Staatsanwaltschaft in der Sitzung vertreten haben.

Soweit im Einzelfall ausschnittsweise Teile der (transkribierten) Audioaufnahme zur Auffrischung der Erinnerung im Rahmen der Gegenerklärung genutzt werden müssen, ist dieser Arbeitsaufwand zumutbar.¹⁰⁴ Die von *Erhard* geäußerte ähnliche Befürchtung, finanziell gut aufgestellte Angeklagte würden zu Hauf Rügen der Verletzung von § 261 StPO auf die dokumentierten Inhalte der Hauptverhandlung stützen, deren Unzulässigkeit nur durch eine von der Staatsanwaltschaft nicht leistbare Gegenerklärung belegt werden könne,¹⁰⁵ ist deshalb ebenso falsch. Sie arbeitet zudem, wie *Wehowskys* Ansicht, mit der vorhersehbar unzutreffenden Prämisse, es müsse in erheblichem Umfang mit Rügen der Revisionsverteidiger gerechnet werden, die aufgrund des Verschweigens offensichtlich relevanter Umstände unzulässig wären. Das wäre kaum zu erwarten. Der bewusst falsche oder bewusst unvollständige Vortrag in der Revisionsbegründung stellt eine Berufsrechtsverletzung dar. Er wäre gut dokumentiert und könnte Anlass zu berufsrechtlichen und gegebenenfalls sogar strafrechtlichen Sanktionen geben.¹⁰⁶ Dass sich das Revisionsgericht, wenn es trotz der vorliegenden Gegenerklärungen, noch Zweifel haben sollte, im Einzelfall mit dokumentierten Inhalten befassen muss, kann –

¹⁰³ Etwas pointierter ließe sich sagen: Wer das Ergebnis der Beweisaufnahme nicht vollständig überblickt, darf als Staatsanwalt keine Verurteilung fordern und muss – solange er sich keine anderslautende Gewissheit verschafft hat – selbst die Aufhebung des Urteils erstreben.

¹⁰⁴ Vgl. die Erfahrung des deutschen Richters am IStGH *Schmitt* NStZ 2019, 1, 5: „*Natürlich liest man dann auch Vieles, was für die Entscheidung letztendlich irrelevant ist. Es ist aber weniger als man denken würde, da man als erfahrener Praktiker vor dem Hintergrund der erlebten Hauptverhandlung durchaus in der Lage ist, beim Lesen möglicherweise relevante Passagen relativ rasch herauszufiltern und Irrelevantes beiseitezulassen.*“

¹⁰⁵ *Erhard* ZRP 2023, 12, 14.

¹⁰⁶ Vgl. BRAK-Stellungnahme 1/2010, S. 19.

wie bei der Aufzeichnung von Videovernehmungen – nicht ernsthaft als Hinderungsgrund angesehen werden.¹⁰⁷

3. Das Ende des Rekonstruktionsverbots: Friktionslose Ergänzung von Verfahrens- und Sachrüge

Das Rekonstruktionsverbot ist in seinem sachlichen Gehalt – der Abgrenzung von Beweiswürdigung des Tatgerichts und Rechtskontrolle des Revisionsgerichts – mit dem neuen Recht nicht vollständig obsolet. Es gewinnt aber erheblich an dogmatischer Klarheit, weil es nur noch die Freiheit der Beweiswürdigung des Tatgerichts in den Urteilsgründen prozessual ergänzt, aber dem Revisionsgericht nicht mehr bereits *a priori* den Blick auf essenziellen urteilsfremden Stoff verweigert. Terminologisch sollte deshalb auf den Begriff des Rekonstruktionsverbots vollständig verzichtet werden. Ein pauschales Verbot, bestimmte Vorgänge aus der Hauptverhandlung zum Gegenstand des Revisionsvortrags zu machen, kann es spätestens mit Beginn der digitalen Dokumentation nicht mehr geben.

Zur Wahrung der gesetzlichen Aufgabenverteilung zwischen Tat- und Revisionsgericht wird indes auch in Zukunft solchen Rügen der Erfolg versagt bleiben müssen, die mit Hilfe der verfahrensrechtlichen verlängerten Darstellungsrüge ausschließlich darauf abzielen, die rechtsfehlerfreie, das heißt vertretbare Beweiswürdigung anzugreifen. Eine bis ins letzte Detail gehende Überprüfung der tatrichterlichen Würdigung ist damit weiterhin ausgeschlossen, geboten ist indes eine Überprüfung daraufhin, ob die vom Tatrichter gezogenen Schlüsse überhaupt auf dem Inhalt der Beweisaufnahme beruhen können.¹⁰⁸ Der wahre Kern des Rekonstruktionsverbots besteht danach in der einfachen gesetzlich angeordneten Forderung, dass nur solcher urteilsfremder

¹⁰⁷ Vgl. aber die wenig überzeugenden Ausführungen von *Hofmann* NStZ 2002, 569, 570 f. zur Frage des revisionsrechtlichen Zugriffs auf Videovernehmungen.

¹⁰⁸ Vgl. *Bartel*, Das Verbot der Rekonstruktion der Beweisaufnahme (2014), S. 328 f.

Verfahrensstoff für die Überprüfung der Beweiswürdigung des Tatgerichts auf Rechtsfehler zur Verfügung stehen kann, den der Revisionsführer vorträgt und der sich, zum Beispiel mit dem Transkript der digitalen Dokumentation, im Freibeweisverfahren beweisen lässt.

Dabei kann nicht zweifelhaft sein, dass grundsätzlich jeder verbalisierte und damit transkribierte Vorgang Gegenstand einer verfahrensrechtlichen Beanstandung sein kann. Praktisch wird es nur in Ausnahmefällen auf non- oder präverbale Aspekte ankommen,¹⁰⁹ die bei der möglichen Videoaufzeichnung als unmittelbares Beweismittel, bei der obligatorischen Audioaufzeichnung gegebenenfalls nur als mittelbares (durch Verfahrensbeteiligte zum Gegenstand der mündlichen Erörterung gemachtes) Beweismittel zur Verfügung stehen. Während in letztgenannter Konstellation der Beweiswert nicht derselbe sein muss wie bei unmittelbaren Aufzeichnungen des Inhalts der Hauptverhandlung, besteht kein Anlass, die Durchführung eines Freibeweisverfahrens grundsätzlich zu verweigern.

Nicht unproblematisch ist – insbesondere bei fehlender Videodokumentation der Hauptverhandlung – die Behandlung von Objekten des Augenscheins, insbesondere von Foto- und Videoaufnahmen. Während der BGH für die Identifizierbarkeit auf Radarfotos die Inbegriffsrüge seit dem Jahr 1995 zulässt,¹¹⁰ ist in seiner Rechtsprechung bis heute nicht geklärt, inwieweit bei Videoaufnahmen unter Verweis auf das Rekonstruktionsverbot eine Rüge nach § 261 StPO unzulässig sein könnte.¹¹¹ Nach einer in der Literatur verbreiteten

¹⁰⁹ Aussagepsychologisch kommt es regelmäßig gerade nicht auf non- oder präverbales Verhalten an, vgl. dazu *Rennicke* JuS 2020, 1118 (1122).; *Köhnken* in MAH Strafverteidigung, 3. Aufl. (2022), § 60 Rn. 38; *Bender/Nack/Treuer*, Tatsachenfeststellungen vor Gericht, 4. Aufl. (2014), Rn. 223 ff.

¹¹⁰ BGHSt 41, 377 = BGH NZV 1996, 157, 158 unter Aufgabe der bis dahin entgegengestehenden Rechtsprechung desselben Senats, vgl. BGHSt 29, 18, 22 = NJW 1979, 2318.

¹¹¹ BGH BeckRS 2022, 35491; BGH HRRS 2019 Nr. 989; BGHSt 48, 238, 276 = NJW 2003, 2761; vgl. aber BGH, Beschluss vom 19.12.2018 – 4 StR 58/18 –,

Auffassung ist eine Inbegriffsrüge in diesem Kontext grundsätzlich zulässig.¹¹² Im Gesetzgebungsverfahren wurde allerdings die Bewertung eines auf Video aufgezeichneten hochdynamischen Geschehens als Beispiel für einen Bereich genannt, der nach neuem Recht dem Zugriff des Revisionsgerichts entzogen sein könne.¹¹³

Auch für die Inbegriffsrüge, die auf eine unvertretbare Behandlung von Videoaufnahmen gerichtet ist, kann indes nichts anderes gelten als für die unvertretbare Behandlung sonstiger dokumentierter Inhalte der Hauptverhandlung. Die schriftsätzliche Verbalisierung des Inhalts der bewegten Bilder in der Revisionsrechtfertigung¹¹⁴ stellt den Revisionsführer zwar vor eine nicht immer leichte rechtstechnische Aufgabe. Jedenfalls in allen Fällen, in denen der in den Feststellungen mitgeteilte oder zu Grunde gelegte Inhalt des Videomaterials evident falsch ist, weil beispielsweise die identifizierte Person aufgrund der Qualität des Videomaterials nicht wiederzuerkennen ist oder kein Tatwerkzeug abgebildet wird, muss in Fortführung der Leitsatzentscheidung BGHSt 41, 377 die Inbegriffsrüge bereits heute zulässig sein.¹¹⁵ In diesen Fällen handelt es sich nicht um einen wertenden Schluss des Tatgerichts, den das Revisionsgericht hinzunehmen hätte, sondern um eine rechtsfehlerhafte Behauptung einer tatsächlich nicht bestehenden Tatsachengrundlage, die eine

Rn. 23, juris; BGH BeckRS 2024, 4227, die bei Vorlage der Aufzeichnung die Rüge jedenfalls für zulässig halten; erforderlich ist bei einer Videovernehmung zumindest der Vortrag, dass das Transkript dem Original entspricht, vgl. BGH NStZ 2023, 758 Rn. 7. Vgl. zur Inbegriffsrüge bei Augenscheinsobjekten *Mosbacher JuS* 2023, 131 (133 f.); *ders.* JuS 2020, 128 (132); *ders.* JuS 2019, 766 (769 ff.) mwN.

¹¹² Meyer-Goßner/*Schmitt*, 67. Aufl. 2024, StPO § 255a Rn. 13; *Diemer* NStZ 2002, 16, 19 f.; *Schlothauer* StV 1999, 47, 50; vgl. auch OLG Stuttgart NStZ 1986, 41, 42 m. Anm. *Mitsch* NStZ 1986, 377.; vgl. auch *Franke* in LR, 26. Aufl. (2013), § 337 Rn. 61 zu Abbildungen.

¹¹³ Vgl. BR-Drs. 227/23, S. 12.

¹¹⁴ Vgl. zu diesem Erfordernis *Mosbacher JuS* 2019, 766, 770; *ders.* StV 2018, 182, 184 f.

¹¹⁵ Vgl. *Mosbacher JuS* 2019, 766, 700.

evidente Verletzung von § 261 StPO ist. Es fehlt in diesen Fällen an einem in die Hauptverhandlung eingeführten Beweismittel, das den vom Tatgericht gezogenen Schluss überhaupt ermöglichen könnte.

Die Inbegriffsrüge kann aber bereits heute nicht auf Fälle beschränkt bleiben, in denen der Schluss des Tatgerichts auf Grundlage des Augenscheinsobjekts unmöglich ist. Sie muss auch dann durchgreifen, wenn sich der Schluss nach allgemeinen sachlich-rechtlichen Grundsätzen als nicht mehr vertretbar erweist, weil er sonstige dem Tatgericht aufgebene Grenzen der zulässigen Beweiswürdigung verletzt.¹¹⁶ Bereits heute führt die verfahrensrechtlich verlängerte Darstellungsrüge, deren verfahrensrechtlicher Teil beweisbar ist, zu einem systematisch kohärenten Gleichlauf von Sach- und Verfahrensrüge.

Anders als teilweise insinuiert wird,¹¹⁷ ist damit – auch bei der mit Beginn der digitalen Dokumentation für alle Hauptverhandlungsinhalte zulässig werden- den verfahrensrechtlich verlängerten Darstellungsrüge – keineswegs die Differenzierung zwischen Tatsachen- und Rechtsinstanz aufgehoben. In Wirklichkeit handelt es sich aus revisionsrechtlicher Sicht um eine beachtliche, aber auch keine systemsprengende Änderung. Die (allgemeine) verfahrensrechtliche Erweiterung der sachlich-rechtlichen Prüfung des Urteils ist systematisch einleuchtend. Die sachlich-rechtliche Prüfung des Urteils ist nämlich, soweit sie durch „parate Beweismittel“¹¹⁸ verfahrensrechtlich verlängert werden kann, nicht mehr davon abhängig, was das Tatgericht für relevant hält und zum Gegenstand seiner Erörterungen macht, sondern was für die richtige Entscheidung relevant ist. Insoweit handelt es sich allerdings auch revisionsrechtlich um einen legislativen Meilenstein in der Fehlerkultur der Strafjustiz. Dass ein vernünftiger Umgang mit Fehlern so heftigen Widerstand von einigen

¹¹⁶ So im Ergebnis auch *Diemer* NStZ 2002, 16 (19 f.); a.A. *Hofmann* NStZ 2002, 569, 570 f.

¹¹⁷ Vgl. *Rebehn* DRiZ 2020, 42, 43.

¹¹⁸ *Herdegen* StV 1992, 590, 596.

Richtern erfährt, ist dem gewöhnlichen Rechtsunterworfenen kaum vermittelbar. Er muss sich als potentiell Beschuldigter darauf verlassen dürfen, dass sein bewiesener Vortrag, der im Zusammenspiel mit dem Urteil einen Rechtsfehler in der Beweiswürdigung aufzeigt, nicht ungehört bleibt.

Auch die verfahrensrechtlich verlängerte Darstellungsrüge gibt dem Revisionsgericht indes – naturgemäß – nur dort Zugriff auf die Beweiswürdigung, wo Rechtsfehler zu beanstanden sind. Die konkrete Schlussfolgerung bei mehreren möglichen Schlüssen bleibt deshalb auch außerhalb der im Urteil mitgeteilten Umstände alleinige Aufgabe des Tatrichters. Überschreitet der Tatrichter indes seinen Spielraum, weil sich der gezogene Schluss aufgrund der Beweisaufnahme als nicht mehr vertretbar erweist, gebietet es das neue Recht, die Rekonstruktion der Hauptverhandlung zuzulassen, um diesen Fehler zu korrigieren. Die Beachtung der insbesondere von § 261 und § 244 Absatz 2 StPO konturierten Form gewinnt so ihre volle freiheitsschützende Wirkung. Dies ist richtig, denn Form und Gerechtigkeit im Sinne einer richtigen Entscheidung auf Grundlage eines wahren Sachverhalts sind nicht zwei voneinander getrennte Bereiche. Das Verfahrensrecht steht „gleichrangig neben der Gewährleistung der richtigen Auslegung und Anwendung des materiellen Rechts“¹¹⁹, gerade weil nur die Beachtung der gesetzlichen Form objektive Willkür verhindern kann und dadurch im gleichrangigen Zusammenspiel mit dem materiellen Recht der Verwirklichung der Idee der Gerechtigkeit dient.¹²⁰ „Die Form ist die geschworene Feindin der Willkür, die Zwillingschwester der Freiheit.“¹²¹

¹¹⁹ Bartel, Das Verbot der Rekonstruktion der Hauptverhandlung (2014), S. 326.

¹²⁰ Bartel, Das Verbot der Rekonstruktion der Hauptverhandlung (2014), S. 327.

¹²¹ Jhering, Der Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, 2. Teil, 2. Abteilung, 2. Aufl. (1869), S. 456.

VI. Schlussfolgerung

Der Standard der Dokumentation im deutschen Strafverfahren in den erstinstanzlichen Verfahren vor den Land- und Oberlandesgerichten bewegt sich, gemessen an den vorhandenen technischen Möglichkeiten, auf einem in vielerlei Hinsicht primitiven Standard.¹²² Für diejenigen, die mit dem deutschen Strafverfahrensrecht nicht vertraut sind, mutet es unverständlich an, dass eine inhaltliche Fixierung des Gegenstandes der Beweisaufnahme nicht stattfindet.

Innerhalb der Europäischen Union ist eine Inhaltsdokumentation der Hauptverhandlung Standard. Nicht überall erfolgt das bislang digital. Aber ein Protokoll, in dem nur festgehalten wird, zu welcher Uhrzeit die Zeugin gekommen ist, wann sie gegangen ist und wie sie belehrt wurde, gibt es praktisch nirgends.¹²³

Die durch die wechselhafte wie umstrittene Rechtsprechung zum sog. Rekonstruktionsverbot herbeigeführte Situation ist misslich und ließe sich erheblich entschärfen, käme man den Vorschlägen nach einer Dokumentation der Hauptverhandlung nach. Vorgänge in der Hauptverhandlung könnten damit in zuverlässiger Form festgehalten werden.

Ein wesentlicher (Schein-)Grund für das Verbot der Rekonstruktion der tatrichterlichen Hauptverhandlung liegt im Dokumentationsdefizit der Beweisaufnahme und damit verbundenen Nachweisschwierigkeiten. Dieser Grund würde mit der Existenz einer umfassenden, in ihrer rechtlichen Wirkung dem Protokoll vergleichbaren Aufzeichnung entfallen.

¹²² Salditt StraFo 1990, 54ff.; ders. in Festschrift für Meyer-Goßner (2001), S. 469, 470, 475, 480; Maeffert in Festschrift für Richter II (2006), S. 386; Wilhelm ZStW 117 (2005), 143; Gaede StraFo 2007, 29, 31; Pauly in Festschrift für Hamm (2008), 557, 558 ff.; Döhmer SVR 2009, 47, 48 ff.

¹²³ Galen, Wortprotokoll der 69. öffentlichen Sitzung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages am 11. Oktober 2023, S. 7.