



# BERLINER RECHTSZEITSCHRIFT

JURISTISCHE FACHZEITSCHRIFT AN DER FREIEN UNIVERSITÄT BERLIN

## AUS DER LEHRE

*Prof. Dr. Gregor Bachmann und Magnus Habighorst*  
Das modernisierte Personengesellschaftsrecht

## GRUNDLAGEN

*Vicki Fee Weber*

Das Verhältnis von Sein und Sollen als Möglichkeit zur Beschreibung und Begründung von Recht – eine Untersuchung der Ansätze Kants und Kelsens

*Max Rinckens*

Die *actio exercitoria* – Grundlage und Grenzen der Haftung des Reeders im römischen Recht

## ZIVILRECHT

*Elisabeth Maria Eckhold*

Grundbuch auf der Blockchain

## ÖFFENTLICHES RECHT

*David Wellstein*

An Introduction to the Legal Design of Electoral Commissions

*Leo Miura*

Firmenwagen – Grund- und aktuelle Fragen ihrer steuerlichen Berücksichtigung

4. Jahrgang · Seiten 85–172

[www.berlinerrechtszeitschrift.de](http://www.berlinerrechtszeitschrift.de)

ISSN (Print) 2699-948X · ISSN (Online) 2699-2132

# AUSGABE 2/2023

Herausgeber: Berliner Rechtszeitschrift e.V.

Schriftleitung: Moritz Funke, Magnus Habighorst, Diyar Kılıç, Laetizia Krigar, Valentin Stojiljkovic, Johannes Weigl

Redaktion: Rebecca Apel, Mia Barnikel, Julius Baum, Constantin Berlage, Antonia Bordt, Vanessa Braun, Moritz Breckwoldt, Yeseo Choi, Saner Can Coşkun, Cosima Dengler, Benedict Ertelt, Oscar Genter, Anastasija Glinina, Patricia Grüger, Shiva Khakrah, Sarah Kröning, Justus Lassmann, Lina Lautenbach, Julian Lochen, Charles E. Müller, Lionie Offenbach, Kaan Oğurlu, Ivette Félix Padilla, Lilly Paeßens, David Reichenheim, Paula Schmidt, Maximilian Schröder, Jilina Schucht, Arne Stockum, Paul Suilmann, Duc Anh Tran, Marie-Christine Wille, Utku Yilmaz

Wissenschaftlicher Beirat: Univ.-Prof. Dr. Christian Armbrüster, Univ.-Prof. Dr. Helmut Philipp Aust, Univ.-Prof. Dr. Gregor Bachmann, LL.M. (Michigan), Prof. Dr. Burkhard Breig, Univ.-Prof. Dr. Christian Callies, LL.M. Eur, Univ.-Prof. Dr. Ignacio Czeguhn, Univ.-Prof. Dr. Kirstin Drenkhahn, Univ.-Prof. Dr. Katharina de la Durantaye, LL.M. (Yale), Univ.-Prof. Dr. Andreas Engert, LL.M. (Univ. Chicago), Dr. Andreas Fijal, Univ.-Prof. Dr. Johannes W. Flume, Univ.-Prof. Dr. Helmut Grothe, Prof. Dr. Thomas Grütznier, Univ.-Prof. Dr. Felix Hartmann, LL.M. (Harvard), Univ.-Prof. Dr. Markus Heintzen, Univ.-Prof. Dr. Heike Krieger, Univ.-Prof. Dr. Bertram Lomfeld, Univ.-Prof. Dr. Cosina Möller, Univ.-Prof. Dr. Carsten Momsen, Univ.-Prof. Dr. Christine Morgenstern, Univ.-Prof. Dr. Olaf Muthorst, Prof. Dr. Bettina Rentsch, LL.M. (Michigan), Univ.-Prof. a. D. Dr. Helmut Schirmer, Univ.-Prof. Dr. Gerhard Seher, Dr. Michael Sommerfeld, Prof. Dr. Björn Steinrötter, Prof. Dr. Johannes Weberling, Prof. Dr. Maik Wolf, Univ.-Prof. Dr. Johanna Wolff, LL.M. eur. (KCL)

## EDITORIAL

### Was lange währt, wird endlich gut?

#### Zur Dokumentation der strafprozessualen Hauptverhandlung nach dem Regierungsentwurf für ein DokHVG

„Hauptverhandlungsdokumentationsgesetz“ (DokHVG) – diesen Namen trägt das Gesetz, das die Hauptverhandlung in Strafsachen audiovisuell dokumentieren und somit zeitgemäß ausgestalten soll. Den Regierungsentwurf (RegE) hierzu hat das Bundesministerium der Justiz am 10. Mai 2023 vorgelegt (BT-Drucks. 20/8096). Insbesondere sollen mit Hilfe des neuen Hauptverhandlungsprotokolls die Erkenntnismöglichkeiten im Strafverfahren erweitert und dadurch potentielle Fehlerquellen beseitigt werden. Derartiges ist bereits seit langem durch Stimmen aus Praxis und Literatur gefordert worden. Leider hatte sich der federführende Rechtsausschuss des Bundesrats am 7. Juli 2023 vorerst gegen den Gesetzesentwurf ausgesprochen (vgl. BR-Drucks. 227/1/23, S. 1). Er empfiehlt dem Bundesrat, den Gesetzesentwurf in seiner aktuellen Fassung abzulehnen. Zur weiteren Beratung hörte der Bundestag in seinem Rechtsausschuss am 11. Oktober 2023 verschiedene Stimmen aus Richter- und Anwaltschaft. Die Mehrheit von ihnen sprach sich für den aktuellen Gesetzesentwurf aus, weswegen zu hoffen blieb, dass der Bundestag auch weiterhin daran festhalten würde. Hoffnung darauf machte auch der Umstand, dass es sich bei dem DokHVG um ein Einspruchsgesetz handelt. Der Bundesrat hätte das Gesetz also allenfalls durch Anrufung des Vermittlungsausschusses verzögern können. Ein Vetorecht stand ihm nicht zu. Erfreulicherweise ist der Bundestag nun am 17.11.2023 der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses nachgekommen und hat den Gesetzesentwurf (in leicht abgewandelter Form) beschlossen (vgl. BT-Drucks. 20/9359). Der folgende Beitrag bezieht sich auf den ursprünglichen Regierungsentwurf (BT-Drucks. 20/8096), was aber aufgrund der minimalen Änderungen des Rechtsausschusses in der finalen Beschlussempfehlung für den Inhalt des Beitrages unschädlich ist.

Grob zusammengefasst sieht der Entwurf des DokHVG vor, dass der gesamte Inhalt der Beweisaufnahme in erstinstanzlichen Verfahren vor den Land- und Oberlandesgerichten digital dokumentiert wird (§ 271 Abs. 2 S. 1 StPO-RegE). Der wichtigste Unterschied im Vergleich zum vorherigen Referentenentwurf (RefE) besteht darin, dass nunmehr lediglich eine „digitale Dokumentation“ zwingend vorgesehen ist (siehe § 271 Abs. 2 StPO-RegE). Diese ist an die Stelle der zwingenden „Bild- und Tonaufzeichnung“ (siehe § 271 Abs. 2 StPO-RefE) getreten. Einige Details der Ausgestaltung sollen nach § 19 EGStPO-E an die Landesregierungen delegiert werden. Insbesondere soll es diesen überlassen sein, neben der akustischen zusätzlich eine visuelle Dokumentation der Hauptverhandlung einzuführen (§ 19 Abs. 1 S. 2 EGStPO-E). Kritik an der bildlichen Dokumentation war

vor allem aus der Richterschaft laut geworden. Dass ihr nun nachgegeben wird, ist beklagenswert: So wird die spätere Nachvollziehbarkeit letztlich auf verbales Aussageverhalten beschränkt und non-verbale Aspekte werden ausgeblendet. Im Übrigen erscheint die Delegation an die Landesregierungen auch nicht frei von Widersprüchen: Sprachen ernsthafte Sachgründe gegen Bildaufnahmen, wäre es konsequent, ganz von ihnen abzusehen. Nun steht eine halbherzige Kompromisslösung im Raum, die zur Lösung der mit der visuellen Dokumentation zusammenhängenden Probleme nichts beiträgt.

Die nach dem RegE weiterhin zwingende Tonaufnahme soll mit Hilfe einer digitalen Transkriptionssoftware unmittelbar verschriftlicht werden (§ 271 Abs. 2 S. 2 StPO-RegE). Diese Verschriftlichung würde neben das offizielle Hauptverhandlungsprotokoll treten und den Verfahrensbeteiligten und dem Gericht bereits während der Hauptverhandlung zur Verfügung gestellt werden (§ 273b Abs. 2 StPO-RegE). Insbesondere würde sie auch dem Richter als einheitliches objektives Hilfsmittel bei Beweiswürdigung und Urteilsfällung zur Seite stehen. Besonders hervorzuheben ist dabei, dass der RegE, wie auch der vorherige RefE, keine weitergehenden Regelungen für das Revisionsverfahren vorsieht (lediglich diesbezügliche Klarstellung in § 344 Abs. 2 S. 2 StPO-RegE). So überlässt der Entwurf den Umgang mit den (Bild- und) Tonaufnahmen sowie dem Transkript der Tonaufnahme weitgehend der Revisionspraxis (vgl. RegE, BT-Drs. 20/8096, S. 16).

Die nunmehr beschlossene Reform wird begleitet von heftiger Kritik aus Richter- und Anwaltschaft. So ist die aktuelle Debatte letztlich der Höhepunkt einer seit Jahrzehnten schwelenden Diskussion darüber, ob und in welcher Form es einer digitalen Dokumentation der Hauptverhandlung überhaupt bedarf. Gerade Strafverteidiger haben eine solche immer wieder gefordert. Die Mehrheit der Richterschaft lehnt sie allerdings bis heute ab. So ist der Deutsche Richterbund nach wie vor der Auffassung, dass es derart weitreichender Änderungen im Strafprozessrecht nicht bedürfe. Trotz der Herausnahme des zwingenden Erfordernisses einer visuellen Dokumentation greife der aktuelle Entwurf unverhältnismäßig in die Grundrechte von Zeugen und sonstigen Verfahrensbeteiligten ein. Es sei darüber hinaus zu erwarten, dass sich das DokHVG gerade im Bereich der organisierten Kriminalität oder in Staatsschutzsachen nachteilig auf das Aussageverhalten von Zeugen auswirke und damit die Wahrheitsfindung im Strafverfahren erschwere, wenn nicht sogar im Einzelfall vereitere. Bereits bei den dokumentierenden Tatgerichten sei mit einer erheblichen Mehrbelastung durch die Dokumentation zu rechnen, aber auch im Revisionsverfahren drohe eine solche durch einen Anstieg an Verfahrensrügen mit dem Ziel, die Beweiswürdigung des Tatgerichts anzugreifen. Zwar sei die Klarstellung in § 344 Abs. 2 S. 2 StPO-RegE zu begrüßen, da sie die Trennung von Tat- und Revisionsgericht betone. Ein Mehraufwand könne aber dennoch entstehen, wenn gerügt werde, dass das Tatgericht eine Zeugenaussage falsch gewürdigt habe. Denn dann wäre das Revisionsgericht gehalten, die Tonaufzeichnung und das dazugehörige Transkript zu prüfen, um in einem ersten Schritt feststellen zu können, ob die Rüge ausreichend begründet worden ist (§ 344 Abs. 2 S. 2 StPO-E). Zum Teil wird hierin gar eine Aushebelung des revisionsrechtlichen Rekonstruktionsverbots erblickt.

Unter dem Strich vermag die allzu grundsätzliche Kritik in der Richterschaft indes nicht zu überzeugen. Die Einführung einer Hauptverhandlungsdokumentation ist überfällig. Gerade in immer umfangreicheren Wirtschaftsstrafverfahren würde eine Dokumentation der Hauptverhandlung das Verfahren erleichtern und eine funktionierende Strafrechtspflege sichern. Es erscheint anachronistisch, dass Richter ihre Urteile ausschließlich mithilfe des oft kargen Hauptverhandlungsprotokolls (§§ 272, 273 StPO) und selbst angefertigter Mitschriften fällen. Ein Blick in andere Länder (etwa die USA oder Australien) und die Prozessordnungen internationaler Gerichte (vgl. Art. 69 IStGH-Statut) zeigt, dass es auch anders geht: Video- und Tonaufzeichnungen sind dort gang und gäbe. Mit Blick auf den deutschen Strafprozess muss man sich demgegenüber die Frage gefallen lassen, ob das Fehlen einer Dokumentation und die daraus resultierende Notwendigkeit der Anfertigung von Mitschriften durch die Richter selbst dem Unmittelbarkeitsgrundsatz (siehe insb. § 250 StPO)

überhaupt gerecht wird. Eine institutionalisierte Dokumentation würde nicht nur die spätere Nachvollziehbarkeit erleichtern, sondern durch Vermeidung von Ablenkung bereits die Wahrnehmung während der Verhandlung schärfen.

Der Sorge vor der Aushebelung des Rekonstruktionsverbots begegnen Befürworter des Gesetzes mit dem Argument, dass das geplante „neue Hauptverhandlungsprotokoll“, vgl. § 272 Abs. 4, 273 StPO-RegE, lediglich zu einer Verschriftlichung der Zeugenvernehmung führe, die mittels Urkundenbeweises (§§ 249 ff. StPO) in die Hauptverhandlung eingeführt werden könne. Der Entwurf fördere mit dem geplanten Transkript zwar die Nachvollziehbarkeit und damit letztlich auch die Revisibilität von Fehlern. Es entstehe jedoch gerade kein Widerspruch zur bisherigen Grundstruktur der Revision, die explizit nicht angerührt werden soll. Vielmehr würden etablierte Anwendungsfälle nur empirisch erweitert. Im Rahmen sogenannter (auf § 261 StPO gestützter) *Inbegriffsrügen* rügt der Revisionsführer, dass das Tatgericht seinem Urteil Umstände zugrunde gelegt hat, die nicht aus dem Inbegriff der Hauptverhandlung geschöpft wurden oder dass ein in der Hauptverhandlung verwendetes Beweismittel inhaltlich etwas anderes ergeben habe, als im Urteil festgestellt worden ist. In letzterem Fall muss sich das Revisionsgericht also häufig die Frage stellen, was genau der Inhalt der Zeugenaussage gewesen ist, woran bisher meist auch die Rüge scheitert. Bereits heute lehnt die Rechtsprechung jedoch einen Verstoß gegen das Rekonstruktionsverbot ab (und lässt damit eine auf § 261 StPO gestützte Rüge zu), wenn die Beweise in der Hauptverhandlung objektiv dokumentiert wurden, wie es beispielsweise bei der Verlesung von Urkunden gem. § 249 StPO oder bei wörtlichen Protokollierungen gem. § 251 StPO üblich ist. Durch das Transkript wird auch bei Vorliegen einer Tonaufnahme (und ggf. Videoaufnahme) der Schriftlichkeitsgrundsatz des Revisionsverfahrens gewahrt. Begreift man das Transkript also als Urkundenbeweis, ist kein Widerspruch zu den bisherigen, maßgeblich durch die Rechtsprechung geformten, Grundprinzipien des Revisionsrechts zu befürchten.

Zwar darf bezweifelt werden, ob der RegE dem Umstand hinreichend Rechnung trägt, dass gerade nicht jede irgendwie festgestellte Abweichung von Protokoll und Urteil zu einer Aufhebung des Urteils führen darf. Um eine übermäßige Mehrbelastung der Revisionsgerichte zu verhindern, sollte die Revisibilität deshalb auch weiterhin auf evidente Fehler beschränkt bleiben. In Ermangelung einer Regelung durch den RegE bedürfte es hierzu jedoch einer Fortentwicklung der Judikatur dahingehend, welche Art und welches Gewicht der Fehler haben muss, um als evident zu gelten. Daher ist sich dem Alternativ-Entwurf Audiovisuelle Dokumentation der Hauptverhandlung (AE-ADH) des Arbeitskreises deutscher, österreichischer und schweizerischer Strafrechtslehrer anzuschließen, der diesbezüglich eine gesetzgeberische Vorgabe fordert. Diese würden auch sonst mehr Klarheit und Vorhersehbarkeit in das ohnehin schon stark richterrechtlich geprägte Revisionsrecht bringen.

Anders als von Kritikerin verlautbart, wird die digitale Dokumentation und ein Transkript der Hauptverhandlung einen wahren Mehrwert für den deutschen Strafprozess bieten. So wird der Praxis, wonach der Richter ein Urteil allein auf seine eigene – fehleranfällige – Erinnerung stützt, endlich Einhalt geboten. Inhaltliche Mängel eines Urteils könnten so zuverlässiger unterbunden werden. In Fällen knapper Zeugenaussagen mit eindeutigen Inhalt werden in Zukunft also weniger Rügen dieser Art zu erwarten sein.

Auch der Vorschlag des RegE, die Aufzeichnungen und das Transkript den Verfahrensbeteiligten zur Verfügung zu stellen (§ 273b Abs. 1 StPO-RegE) sowie zu den Akten zu nehmen (§ 273a Abs. 1 StPO-RegE) begegnet keinen durchgreifenden (etwa persönlichkeitsrechtlichen) Bedenken: Die Aufnahmen und die Transkripte sollen nicht jedermann zur Verfügung stehen, sondern ausschließlich den jeweiligen Verfahrensbeteiligten. Diese haben die Aussagepersonen im Verfahren ohnehin schon erlebt. Eine Verwendung der Aufzeichnung während des Verfahrens ist nur für Strafverfahrenszwecke uneingeschränkt zulässig (§ 273a Abs. 2 S. 1 StPO-RegE). Für eine weitergehende

Verwendung in anderen Gerichts- oder behördlichen Verfahren bedarf es einer Einwilligung der Angeklagten, Zeugen oder Nebenkläger (§ 273a Abs. 2 S. 3 StPO-RegE). Dass das Transkript und die Aufzeichnungen den Verfahrensbeteiligten bereitgestellt werden sollen, dient der Verfahrensökonomie (Vor- und Nachbereitung, Anträge, Verfassen des Urteils wird erleichtert) und der allgemeinen Wahrheitsfindung im Strafprozess. Dahinter haben die Persönlichkeitsrechte des Einzelnen grundsätzlich zurückzustehen. Ein Eingriff erscheint damit prinzipiell gerechtfertigt.

Weiterhin sieht der RegE zum Schutz der Persönlichkeitsrechte in § 273 Abs. 2 StPO-RegE vor, dass in Fällen von § 172 Nr. 1 GVG (Gefährdung der Staatssicherheit) und § 172 Nr. 1a GVG (Gefährdung des Leibes, Leben oder der Freiheit eines Zeugen oder einer anderen Person) von der Tonaufzeichnung und der Transkription abgesehen werden kann. Dies stellt eine Konkretisierung gegenüber dem RefE dar, der lediglich vorgeschrieben hatte, dass die Aufzeichnung unter Wahrung der Persönlichkeitsrechte der aufgezeichneten Personen zu erfolgen hat (§ 273 Abs. 1 StPO-RefE). Der unzulässige Ausschluss der Öffentlichkeit stellt einen absoluten Revisionsgrund gem. § 338 Nr. 6 StPO dar, weswegen zu erwarten ist, dass § 273 Abs. 2 StPO-RegE in der Praxis mit Bedacht angewandt werden wird. Sofern es nach dem Entwurf zu Bildaufzeichnungen kommt, ordnet § 19 Abs. 2 EGStPO-E außerdem an, dass die Aufnahme unter Wahrung der Persönlichkeitsrechte vorgenommen werden muss. Diese offene Formulierung für Bildaufnahmen, gepaart mit der konkreten Anweisung zur Kameraeinstellung in § 19 Abs. 3 EGStPO-E, betont die besondere Bedeutung von Persönlichkeitsrechten bei Bildaufnahmen und ermöglicht ein Vorgehen, das den Umständen des Einzelfalls gerecht wird. Dadurch wird das Risiko eines unverhältnismäßigen Eingriffs minimiert.

Dem Einwand, die Dokumentation der Hauptverhandlung würde sich nachteilig auf das Aussageverhalten auswirken, ist entgegenzuhalten, dass für eine derartige Annahme keinerlei empirische Belege vorliegen. Es erscheint darüber hinaus möglich, dass sich eine Dokumentation allgemein positiv auf das Verhandlungsklima auswirken wird, weil Aussagen bestimmter Zeugen überprüft werden können und daher haltlose Vorhalte eliminiert werden. Darüber hinaus könnte das Transkript ein Gleichgewicht zwischen den Verfahrensbeteiligten schaffen, weil nicht nur den wohlhabenden unter ihnen, die sich einen Stenografen privat finanzieren können, ein ausführliches Protokoll zur Verfügung steht.

Als weiterer Knackpunkt für das Gelingen der praktischen Umsetzung des Gesetzes könnte sich schließlich die durch den RegE vorgesehene automatisierte Übertragung der Tonaufzeichnung in ein Transkript überweisen. Diese hat bereits viel Kritik auf sich gezogen. Denn die hierfür notwendige Software existiert heute noch nicht. Zwar begegnet der RegE dem technischen Risiko und der mehrheitlichen Erwartung, dass es gerade in der Anfangsphase der Dokumentation vermehrt zu „technischen Komplikationen“ kommen wird, indem er festschreibt, dass die Hauptverhandlung bei Vorliegen einer „vorübergehenden technischen Störung“ der Aufzeichnung oder des Transkripts dennoch fortgesetzt werden kann (§ 273 Abs. 1 StPO-RegE). Dadurch wird der notwendigen Verfahrensbeschleunigung gegenüber der Hauptverhandlungsdokumentation zurecht Priorität eingeräumt. Dennoch bleibt etwa fraglich, was unter einer „vorübergehenden Störung“ zu verstehen ist und welche Rechtsfolgen es nach sich zieht, wenn die Störung nicht vorübergehend ist, die Hauptverhandlung jedoch trotzdem fortgeführt wird.

Insgesamt lässt das Gesetz also weiterhin wichtige Fragen unbeantwortet, wenn die diesbezüglichen Kritikpunkte auch andere sind als noch bezüglich des RefE. Außerdem verschenkt er durch den Verzicht auf die zwingende Bilddokumentation wertvolle Potenziale und ist so noch nicht der erhoffte große Wurf. Dass aber *überhaupt* eine Dokumentation eingeführt wird, ist zu begrüßen. Mit der Erfüllung dieser Kernforderung wurde nun zumindest ein erster Schritt hin zu einem zeitgemäßen Strafprozess getan.

von **Antonia Schwarz**