

Die Aufzeichnung (von Teilen) der Hauptverhandlung als Gedächtnisstütze

Einleitung/Abgrenzung

Gegenstand dieses Referats ist die Überlegung, welche Möglichkeiten für die Mitglieder eines gerichtlichen Spruchkörpers und/oder für Verfahrensbeeteiligte bestehen, Geschehen in der Hauptverhandlung als eigene Gedächtnisstütze zu dokumentieren. Dazu dient die nachfolgende Darstellung der bisherigen Befassung mit diesem Thema wie auch mit nahestehenden Themen, die für die hier anzustellenden Erwägungen fruchtbar gemacht werden können, in der Gesetzgebung, Rechtsprechung und Wissenschaft.

Das Referat soll sich *nicht* befassen mit der Thematik der Bild-Ton-Aufzeichnung der gesamten Hauptverhandlung. |¹ Diese soll Gegenstand anderer Referate auf dem 39. Strafverteidigertag sein. Das Referat soll auch kein Beitrag sein zu der derzeit aktuellen rechtspolitischen Diskussion über das Für und Wider einer Abschaffung oder Aufweichung des Aufnahme- und Übertragungsverbot des § 169 S. 2 GVG. |²

Gesetzgebungsgeschichte

Der historische Gesetzgeber der 1879 in Kraft getretenen Strafprozessordnung aus dem Jahr 1877 |³ sah für das Strafprozessrecht eine inhaltliche Dokumentation richterlicher Untersuchungshandlungen oder der Hauptverhandlung nicht ausdrücklich vor. Über richterliche Untersuchungshandlungen bei der Vorbereitung der öffentlichen Klage (§ 166 StPO i.d.F. von 1877) oder der erst im Jahr 1975 durch das Erste Gesetz zur Reform des Strafverfahrensrechts vom 09.12.1974 (1. StVRG) |⁴ abgeschafften gerichtlichen Voruntersuchung

1 Dazu umfassend *Leitner*, Videotechnik im Strafverfahren, Schriftenreihe Deutsche Strafverteidiger e.V., Nomos 2012.

2 Dazu umfassend das Gutachten der Großen Strafrechtskommission des Deutschen Richterbundes aus dem Jahr 2013, »Ist das 1964 geschaffene Verbot von Bild- und Tonübertragungen aus den Gerichtsverhandlungen noch zeitgemäß?«.

3 RGBl. S. 253; BGBl. III 312-2.

4 BGBl. I 3393, 3533, III 312-8-1.

(§ 186 StPO i.d.F. von 1877) war zwar ein Protokoll anzulegen. Aus diesem mussten sich aber nur bestimmte Daten und die Einhaltung der wesentlichen Förmlichkeiten des Verfahrens erkennen lassen. Aus dem Zusammenhang der §§ 191, 222, 250, 253 StPO i.d.F. von 1877, den Vorschriften über die Verlesung von Protokollen früherer richterlicher Vernehmungen, ergab sich allerdings, dass sich aus den entsprechenden Protokollen nach den Vorstellungen des Gesetzgebers auch der Inhalt von Vernehmungen ergeben sollte. Die inhaltliche Ausgestaltung der anzufertigenden Protokolle hatte sich daher selbst ohne nähere Vorschriften darüber am Sinn und Zweck der jeweiligen Untersuchungshandlung auszurichten.

Die Protokollierung der Hauptverhandlung war in den §§ 271 ff. StPO i.d.F. von 1877 geregelt. Betreffend das Ergebnis der Hauptverhandlung schrieb § 273 StPO i.d.F. von 1877 vor, dass der Gang und die Ergebnisse der Hauptverhandlung im Wesentlichen wiederzugeben und die Beobachtung aller wesentlichen Förmlichkeiten ersichtlich zu machen seien. Nur für Verhandlungen vor dem Schöffengericht (der Strafrichter als hauptverhandelnder Einzelrichter waren der StPO und dem GVG von 1877 noch fremd und wurde erst mit der sogenannten »Emminger-VO« vom 04.01.1924 |⁵ eingeführt |⁶) war vorgeschrieben, dass auch die wesentlichen Ergebnisse der Vernehmungen in das Protokoll aufzunehmen waren, schon damals mit der Folge einer Verlesbarkeit im Berufungsverfahren nach Maßgabe des § 366 StPO i.d.F. von 1877. Der Wortlaut von Aussagen oder Äußerungen war nur zu protokollieren, wenn es auf die Feststellung eines Vorgangs in der Hauptverhandlung oder eben jenen Wortlaut selbst ankam. Darüber, ob es zulässig ist, den Inhalt von Vernehmungen als Gedankenstütze für die Mitglieder des Gerichts oder für die Verfahrensbeteiligten zu dokumentieren, schwiegen die StPO und das GVG von 1877.

Mit dem 3. Strafrechtsänderungsgesetz (StrÄndG) vom 04.08.1953 |⁷ wurde in den ehemaligen § 188 StPO (seit 1924: § 186 StPO) die Möglichkeit aufgenommen, Niederschriften in einer gebräuchlichen Kurzschrift als Anlage zu dem Protokoll über die richterliche Untersuchungshandlung zu nehmen. Dies bezog sich auf Niederschriften über die Erklärungen des Angeeschuldigten und über die Angaben von Zeugen und Sachverständigen sowie auf Niederschriften über die Ergebnisse eines Augenscheins.

5 RGBl. I, S. 15 ff.

6 *Kissel/Mayer*, GVG, 7. Auflage, 2013, § 24, Rn. 2.

7 BGBl. I, S. 735 ff.

Daraus, dass die StPO und das GVG bis dahin über die Zulässigkeit von Aufzeichnungen richterlicher Untersuchungshandlungen und insbesondere des Hauptverhandlungsgeschehens für Zwecke außerhalb des Strafverfahrens schwieg, folgte jedoch nicht, dass diese für unzulässig erachtet wurden, im Gegenteil: Bis zur Einführung des § 169 GVG in seiner heutigen Fassung durch das Gesetz zur Änderung der Strafprozessordnung und des Gerichtsverfassungsgesetzes (StPÄG) am 19.12.1964⁸ galten Ton- und Fernseh-Rundfunkaufnahmen in der Hauptverhandlung ebenso wie jegliche anderen Aufnahmen als zulässig.⁹ Das Verbot von 1964 beruhte auf der Annahme, dass durch die Erweiterung der Öffentlichkeit durch Ton- und Rundfunkaufnahmen die Wahrheitsfindung und die Verteidigung des Angeklagten beeinträchtigt seien. Angeklagte und Zeugen könnten in ihrem Aussageverhalten beeinflusst werden, der Inhalt der Einlassung des Angeklagten und von Zeugenaussagen könnte noch nicht vernommenen Zeugen vorab bekannt werden und der Angeklagte werde »in einer oft unerträglichen Weise in das Scheinwerferlicht einer weiten Öffentlichkeit gezerrt«. ¹⁰ Von dem daraufhin geschaffenen Aufnahmeverbot des § 169 GVG, das der Vorsitzende sowohl im Rahmen der Verhandlungsleitungsbefugnis nach § 238 StGB wie auch als Sitzungspolizei nach § 176 GVG durchzusetzen hat, waren und sind seit jeher ausgenommen und deshalb vom Verbot jener Norm nicht betroffen: Wortberichterstattungen durch die Presse, ferner Bild- und Tonaufnahmen, die nicht Filmaufnahmen sind oder nicht durch den Ton- oder Fernseh-Rundfunk gesendet werden sollen, sowie das Zeichnen und »insbesondere die Aufnahme von Lichtbildern durch Pressefotografen und Tonbandaufnahmen, die für gerichtliche Zwecke benötigt werden oder der Verteidigung dienen.« ¹¹ Filmaufnahmen, die durch das Gericht veranlasst werden, waren in dem ursprünglichen Gesetzentwurf sogar ausdrücklich von einem Verbot ausgenommen, wobei insoweit aber nicht an Aufnahmen für interne Zwecke im Sinne von Gedächtnisstützen, sondern an Aufnahmen etwa von Ortsbesichtigungen gedacht war. ¹² Die Erlaubnis jener grundsätzlich zulässigen Aufnahmen stand aber von Geltungsbeginn der Regelung an unter dem Vorbehalt der Beschränkungen, die sich aus der Sitzungspolizei (§ 176 GVG), den in Gesetz und Rechtsprechung anerkannten Grundsätzen über das allgemeine Persönlichkeitsrecht, insbesondere dem Recht am eigenen Bild, aus den Pressegesetzen und dem Hausrecht der Justizverwaltung ergeben. ¹³

8 BGBl. I, 1067.

9 Zur Historie des § 169 GVG vgl. Gutachten der Großen Strafrechtskommission 2013, a.a.O., S. 23 ff.

10 Entwurf (der Bundesregierung) eines Gesetzes zur Änderung der Strafprozessordnung und des Gerichtsverfassungsgesetzes (StPÄG) BT-Drs. IV/178, S. 45.

11 Ebd.

12 Ebd., S. 46.

13 Ebd., S. 45.

Zudem sollte nach dem ursprünglichen Gesetzesentwurf der Bundesregierung das Aufnahmeverbot nicht generell für die Urteilsverkündung gelten, sondern Aufnahmen während der Verkündung des Urteils durch den Vorsitzenden aus wichtigen Gründen gestattet werden können. Dagegen sprach sich jedoch der Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages aus, der seinerseits betonte, dass das Gesetz selbst über die Zulassung einer durch den Rundfunk, das Fernsehen und öffentliche Filmvorführungen erweiterten Öffentlichkeit entscheiden solle, da jede Zulassung dieser Art die erweiterte Öffentlichkeit in ungunstiger Weise manipulieren werde, auf eine Verletzung der Menschenwürde hinauskomme und die Wahrheitsfindung beeinträchtigen könne.¹⁴ Die mit dieser Begründung von dem Rechtsausschuss vorgeschlagene Erweiterung des § 169 GVG um einen Satz 2 wurde in der noch heute geltenden Fassung daraufhin Gesetz.

Zugleich wurde § 273 StPO dahingehend erweitert, dass auch in Verfahren, die zur Zuständigkeit von Gerichten höherer Ordnung als dem Strafrichter und dem Schöffengericht gehören, wesentliche Ergebnisse der Vernehmungen in das Protokoll aufzunehmen waren. Daneben sollte trotz dieser Neuerung das Gebrauchmachen von der technischen Möglichkeit einer Tonträgeraufnahme für den innerdienstlichen Gebrauch »natürlich nicht ausgeschlossen sein«.¹⁵ Vom Vorschlag der Zulassung einer Protokollierung auf Tonträger, »vermittels dessen der gesamte Verlauf der Hauptverhandlung lückenlos akustisch wieder gegeben werden kann«, wurde indes abgesehen, »weil es an den technischen Voraussetzungen dafür weitgehend noch fehlen dürfte.«¹⁶ Die Erweiterung in § 273 StPO auf die Protokolle der Verhandlungen vor Gerichten höherer Ordnung wurde jedoch schon nach zehn Jahren durch das 1. StVRG vom 09.12.1974¹⁷ wieder zurück genommen.

Zudem wurden die Vorschriften über die Protokollierung richterlicher Untersuchungshandlungen in den neu gestalteten § 168a StPO übernommen. Durch das Strafverfahrensänderungsgesetz 1979 (StVÄG 1979) vom 05.10.1978¹⁸ wurde für die Protokollierung richterlicher Untersuchungshandlungen neu geregelt, dass der Inhalt des Protokolls in einer gebräuchlichen Kurzschrift, mit einer Kurzschriftmaschine, mit einem Tonaufnahmegerät oder durch verständliche Abkürzungen vorläufig aufgezeichnet werden

14 Deutscher Bundestag, Schriftlicher Bericht des Rechtsausschusses (12. Ausschuss) über den von der Bundesregierung eingebrachten Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der Strafprozeßordnung und des Gerichtsverfassungsgesetzes (StPÄG), zu Drs. IV/1020, S. 7.

15 Ebd., S. 5.

16 Ebd..

17 S. Fn. 4.

18 BGBl. I 1645, III 312-10.

kann (§ 168a Abs. 2 S. 1 StPO). Jene vorläufigen Aufzeichnungen sind zu den Akten zu nehmen oder bei der Geschäftsstelle aufzubewahren, wobei Tonaufnahmen bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens oder dessen sonstigen Ende aufzubewahren sind (§ 168a Abs. 2 S. 2 bis 4 StPO). Bei der Aufzeichnung von Aussagen, für die kein ausdrückliches Einverständnis der aussagenden Person verlangt wird, ist, wie aus der Begründung des Gesetzentwurfs ersichtlich wird, sowohl die mittelbare Protokollierung durch den vernehmenden Richter wie auch die unmittelbare Aufzeichnung des Wortlauts der Aussage zulässig.¹⁹

Hintergrund jener Änderung war nicht die Verbesserung der Wahrheitsfindung oder die Absicherung der korrekten Dokumentation der richterlichen Untersuchungshandlung, sondern – der am 01.01.1975²⁰ im Bereich der Zivilgerichtsbarkeit eingeführten Möglichkeit einer Tonbandprotokollierung folgend – die Schaffung von Möglichkeiten für einen flüssigeren Verhandlungsablauf und ein nicht unerheblicher Rationalisierungseffekt.²¹ Damit ging einher, dass zugleich in § 168 S. 2 2. Hs. StPO die Möglichkeit geschaffen wurde, bei der Vornahme richterlicher Untersuchungshandlungen von der Hinzuziehung eines Urkundsbeamten der Geschäftsstelle abzusehen.

Eine ausdrückliche Regelung darüber, ob die bei den Akten befindlichen oder auf der Geschäftsstelle gelagerten Aufzeichnungen vom Akteneinsichtsrecht der Verfahrensbeteiligten umfasst sind, traf der Gesetzgeber nicht. Auch die Begründung des Gesetzentwurfs schweigt dazu. Allerdings ist dort ausgeführt, dass bei einer vorläufigen Aufzeichnung das Protokoll unverzüglich nach der Beendigung der Verhandlung herzustellen sei, weil mit der vorläufigen Aufzeichnung des Protokollinhalts das Protokoll selbst noch nicht erstellt sei, Gericht, Staatsanwaltschaft und Verteidiger aber in der Lage sein müssten, sich auf der Grundlage des endgültigen Protokolls über Inhalt und Ablauf der Verhandlung zu unterrichten.²² Dies könnte im Umkehrschluss die Deutung zulassen, dass die Entwurfsverfasser eben nicht davon ausgegangen sind, dass jene Verfahrensbeteiligten Einsicht in die Aufzeichnungen erhalten müssten, da diese nicht für deren Unterrichtung dienen sollten, dies vielmehr erst dem Protokoll selbst vorbehalten ist.²³

19 Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 8/976, S. 41.

20 Gesetz zur Entlastung der Landgerichte und zur Vereinfachung des gerichtlichen Protokolls vom 20.12.1974, BGBl I, 3651; dazu *Franzki*, DRiZ 1975, 97 ff., *Schmidt*, NJW 1975, 1308 ff.

21 Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 8/976, S. 30.

22 Ebd., S. 41.

23 Für ein Akteneinsichtsrecht oder zumindest das Recht, die Aufzeichnungen auf der Geschäftsstelle einsehen zu dürfen, *Erb* in: Löwe-Rosenberg, StPO, 26. Auflage, 2010, § 168a StPO, Rn. 28 f.

Mit dem Zeugenschutzgesetz vom 30.04.1998²⁴ wurde eine Reihe neuer Vorschriften in die StPO eingeführt, welche die Möglichkeit einer Bild-Ton-Aufzeichnung von Zeugenvernehmungen und deren Verwertung in der Hauptverhandlung geschaffen haben (§§ 58a, 168e, 247a, 255a StPO).

Jenen Vorschriften ist seit dem 1. Opferrechtsreformgesetz (1. OpferRRG) vom 24.06.2004²⁵ gemeinsam, dass sich das Akteneinsichtsrecht des Verteidigers und des Rechtsanwalts eines Verletzten auch auf die Aufzeichnungen bezieht und den Akteneinsichtsberechtigten zu diesem Zweck Kopien der Aufzeichnungen überlassen werden können (§ 58a Abs. 2 StPO mit entsprechenden Verweisungen in den weiteren Normen). Die vernommene Person kann der Bild-Ton-Aufzeichnung nicht widersprechen. Auch die Gewährung von Akteneinsicht in die Aufzeichnungen oder die Überlassung von Aufzeichnungskopien ist, soweit es den genannten beschränkten Personenkreis der Verteidiger und des Rechtsanwalts eines Verletzten betrifft, nicht von der Einwilligung des vernommenen Zeugen abhängig. Zum Schutz des vernommenen Zeugen ist es lediglich untersagt, dass Verteidiger oder Verletztenanwälte ihrerseits Kopien der Aufzeichnung fertigen oder die ihnen überlassene Kopie weiter geben. Allerdings kann der vernommene Zeuge, worauf er hinzuweisen ist, der Überlassung einer Kopie der Aufzeichnung an den beschränkten akteneinsichtsberechtigten Personenkreis widersprechen mit der Folge, dass diesen dann nur eine Übertragung der Aufzeichnung in ein schriftliches Protokoll zu überlassen ist oder sie Gelegenheit zur Einsicht in die Aufzeichnung nach § 147 Abs. 1 a.E. StPO erhalten.²⁶ Jene Konkretisierungen des Akteneinsichtsrechts waren eine Reaktion auf befürchtete missbräuchliche Verwendungen der bis dahin schon zulässigen Bild-Ton-Aufzeichnungen und sollten die Persönlichkeitsrechte der Zeugen schützen.²⁷

Ebenfalls mit dem 1. OpferRRG wurde die heute in § 273 Abs. 2 S. 2 bis 4 StPO befindliche Regelung eingeführt, dass der Vorsitzende bei amtsgerichtlichen Strafverfahren anordnen kann, dass anstelle der Aufnahme der wesentlichen Vernehmungsergebnisse in das Protokoll einzelne Vernehmungen im Zusammenhang auf einen Tonträger, der anschließend zu den Akten zu nehmen oder bei der Geschäftsstelle aufzubewahren ist, aufgenommen

24 BGBl I, 820; dazu *Rieß*, NJW 1998, 3240, *Seitz*, JR 1998, 309 ff.; zum Zeugenschutz zudem *Grießbaum*, NSTZ 1998, 433.

25 BGBl. I, 1354.

26 Mit der missglückten Gesetzesfassung befasst sich *Neuhaus* in StV 2004, 620 ff.

27 BT-Drs. 15/1976, S. 10.

werden. Einen Verweis auf die Widerspruchsmöglichkeiten des Zeugen bezüglich der Überlassung von Kopien an akteneinsichtsberechtigte Personen, wie sie in § 58a Abs. 3 StPO geregelt ist, enthält diese Norm nicht. Durch den Verweis auf § 58a Abs. 2 S. 1, 3 bis 6 StPO sollte vielmehr das Akteneinsichtsrecht gesichert werden.²⁸ Vor dem Hintergrund befürchteter Revisionsrügen wurde auf eine entsprechende Aufzeichnungsregelung und eine Bestimmung der Aufnahme der wesentlichen Vernehmungsergebnisse für erstinstanzliche Verfahren vor den Land- und Oberlandesgerichten (weiterhin) verzichtet.²⁹

Ausdrücklich wurde in der Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung darauf hingewiesen, dass solche Tonbandaufzeichnungen, die nur dem Gericht als Gedächtnisstütze dienen sollen, ebenso wie handschriftliche Notizen des Richters während der Hauptverhandlung nicht zum Bestandteil der Akten und nicht an Dritte herausgegeben werden. Solche Aufzeichnungen seien mit Zustimmung der Betroffenen schon nach geltendem Recht zulässig.³⁰

Dass hinter der Regelung zur Protokollierung mittels Tonband neben Gründen der vollständigeren und zuverlässigeren Erfassung von Vernehmungen und der Vermeidung von Mehrfachvernehmungen in der Berufungsverhandlung insbesondere Einsparungsgründe standen, ergibt sich nicht nur aus der Gesetzesbegründung (»Entlastung der Urkundsbeamten«),³¹ sondern auch daraus, dass zwei Monate nach dem 1. OpferRRG mit dem 1. Justizmodernisierungsgesetz (1. JuMoG) vom 24.08.2004³² in § 226 Abs. 2 StPO die Möglichkeit geschaffen wurde, dass der Strafrichter in der Hauptverhandlung von der Hinzuziehung eines Urkundsbeamten der Geschäftsstelle absehen kann.

Zusammenfassend lässt sich aus der Gesetzgebungsgeschichte feststellen, dass sich aus ihr jedenfalls kein Argument für ein generelles Verbot von Aufnahmen von Teilen der Hauptverhandlung durch das Gericht oder Verfahrensbeteiligte zur Gedächtnisstütze ergibt. Im Gegenteil lässt sich aus der Gesetzgebungsgeschichte insbesondere des § 169 GVG vielmehr entnehmen, dass derartige Aufnahmen auch durch Verfahrensbeteiligte seitens des Gesetzgebers als grundsätzlich erlaubt erachtet wurden. Aus der Gesetzgebungsgeschichte der StPO lässt sich feststellen, dass jedenfalls Verfahrensgestaltungen denkbar sind, in denen sich der Zeuge gegen eine Bild-Ton-Aufzeichnung seiner

28 Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 829/03, S. 27.

29 Ebd.

30 Ebd., S. 28; Gesetzentwurf der Abgeordneten Joachim Stünker u.a., BT-Drs. 15/1976, S.13.

31 Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 829/03, S. 26 f..

32 BGBl. I, 2198.

Aussage nicht wehren kann und die Überlassung von Aussageaufzeichnungen an Verteidiger und Verletztenanwälte nicht von seiner Einwilligung abhängig ist, er der Überlassung allerdings widersprechen kann. Der Angeklagte kann weder eine bild-ton-aufgezeichnete Zeugenvernehmung erzwingen noch kann er im Fall eines Widerspruchs des Zeugen die Überlassung einer Kopie der Aussageaufzeichnung verlangen. Letzteres kann er vielmehr nur in den Fällen einer Tonbandaufzeichnung zu Protokollierungszwecken von Zeugenaussagen bei einer amtsgerichtlich verhandelten Strafsache.

Exkurs:

Bei der Darstellung der Gesetzeslage soll ein Blick auf internationale, ihrem Inhalt nach dem Schutzbereich der Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 GG vergleichbaren Regelungen nicht unerwähnt bleiben:

Nach Art. 8 Abs. 1 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 04.11.1950 (EMRK), für die Bundesrepublik Deutschland in Kraft getreten am 03.09.1953³³, hat jede Person das Recht auf Achtung – unter anderem – ihres Privatlebens. Nach Art. 8 Abs. 2 EMRK darf eine Behörde in die Ausübung dieses Rechts nur eingreifen, soweit der Eingriff gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig ist – unter anderem – für die nationale oder öffentliche Sicherheit, zur Aufrechterhaltung der Ordnung, zur Verhütung von Straftaten oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer.

Nach Art. 17 Abs. 1 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte vom 19.12.1966 (IPBPR), für die Bundesrepublik Deutschland in Kraft getreten am 23.03.1976,³⁴ darf niemand willkürlichen oder rechtswidrigen Eingriffen – unter anderem – in sein Privatleben ausgesetzt werden. Nach Art. 2 Abs. 1 IPBPR verpflichtet sich jeder Vertragsstaat, die in jenem Pakt anerkannten Rechte zu achten und sie allen in seinem Gebiet lebenden und seiner Herrschaftsgewalt unterstehenden Personen zu gewährleisten.

Im Rahmen dieses Beitrages soll es mit diesem Hinweis auf die genannten internationalen Regelungen sein Bewenden haben, da, wie nachfolgend dargelegt wird, jedenfalls die hier vertretene Ansicht über die Zulässigkeitsvoraussetzungen für Ton- oder Bild-Ton-Aufzeichnungen von Teilen der Hauptverhandlung zur Gedächtnisstütze mit jenen Regelungen in Einklang stünde. Würde hingegen einer weiteren Ansicht zur Zulässigkeit solcher Aufzeichnungen gefolgt, bedürfte es bei deren Prüfung auch der Auseinandersetzung mit den Regelungen in der EGMR und dem IPBPR. Der Begriff

33 BGBl. 1954 II, S. 14.

34 BGBl. II S. 1086.

des »Privatlebens«, das durch beide Konventionen geschützt wird, ist dabei weit auszulegen,³⁵ umfasst jedenfalls auch das Recht am eigenen Bild,³⁶ ist nicht räumlich und vom Schutzzweck her funktional zu verstehen³⁷ und ein Eingriff in jenes Recht ist nur zulässig, wenn der Betroffene zugestimmt hat oder eine ausreichende Rechtsgrundlage den Eingriff gestattet.³⁸

Dokumentation von Inhalten der Hauptverhandlung zur Gedächtnisstütze in Rechtsprechung und Wissenschaft; Darstellung und Bewertung

Die Zulässigkeit von Tonbandaufzeichnungen und anderen Dokumentationsformen von Teilen der Hauptverhandlung oder der gesamten Hauptverhandlung ist in dem letzten halben Jahrhundert mehrfach Gegenstand gerichtlicher Entscheidungen, deren Kommentierungen und von Aufsätzen gewesen. Deren Inhalt lässt sich zum Teil nur vor dem Hintergrund der bis dahin geltenden, zuvor dargestellten jeweiligen Gesetzeslagen für die Dokumentation richterlicher Untersuchungshandlungen und (von Teilen) der Hauptverhandlung verstehen.

Deshalb erfolgt nachfolgend eine an den oben dargestellten wesentlichen Gesetzesänderungen orientierte zeitliche Unterteilung der Darstellung.

1. Vor der Einführung des Aufnahmeverbots § 169 S. 2 GVG im Dezember 1964

Soweit ersichtlich hat sich mit der Frage der Zulässigkeit der Dokumentation von Verfahrensgeschehen zur Gedächtnisstütze erstmals das Reichsgericht in der Entscheidung aus dem November 1931 befasst³⁹ und es als unbedenklich erachtet, dass der Vorsitzende eines Schwurgerichts den Gang der Hauptverhandlung durch Stenotypistinnen stenographisch aufnehmen ließ, damit mit jenen Aufzeichnungen die Richtigkeit der eigenen Aufzeichnungen der Richter einer Nachprüfung unterzogen werden konnten. Das Reichsgericht betonte lediglich, dass die Richter gleichwohl der Urteilsfindung nach § 261 StPO nur das Ergebnis der Hauptverhandlung zu Grunde legen

35 Esser in: Löwe-Rosenberg, EMRK; IPBPR, 26. Auflage, 2012, Art. 8 EMRK/Art. 17, 23, 24 IPBPR, Rn. 58 m.w.N.; *Schädler/Jakobs* in: Karlsruher Kommentar, StPO, 7. Auflage, 2013, Art. 8 MRK, Rn. 2.

36 Esser, a.a.O. m.w.N..

37 Ebd., Rn. 59 m.w.N..

38 Ebd., Rn. 89 m.w.N..

39 RGSt. 65, 435, 436.

durften, wie es sich ihnen in der Erinnerung darstellte, so dass es deren Gewissenhaftigkeit und Erfahrung anheimgestellt sei, von der Mitschrift keinen Gebrauch zu machen, der § 261 StPO widerspreche. Ohne weitere Begründung stellte das Reichsgericht zudem fest, dass die Stenogramme nicht zum Gegenstand der Hauptverhandlung gemacht und den Verfahrensbeteiligten nicht zur Kenntnis gegeben werden müssten.

In den darauf folgenden Jahren spielten Fragen der Zulässigkeit von Verhandlungsdokumentationen in der obergerichtlichen Rechtsprechung keine Rolle. In der Literatur fanden sich ab Mitte der 50er Jahre einige Aufsätze zum Thema der Tonbandaufnahmen im Strafverfahren, die sich aber nur mit deren Verwendung als Beweismittel befassten.⁴⁰

Im Jahr 1957 entschied der Bundesgerichtshof, dass die Zulassung von Tonbandaufnahmen von Teilen der Hauptverhandlung gegen den Widerspruch eines Beteiligten eine Verletzung der Aufklärungspflicht oder eine Beschränkung der Verteidigung des Angeklagten bedeuten könne.⁴¹ Im selben Jahr urteilte der Bundesgerichtshof, dass es ein Verteidiger ablehnen könne, seinen Schlussvortrag vor einem Aufnahmegerät des Rundfunks zum Zweck der Aufnahme auf Tonband zu halten. Die Befugnis, darüber zu bestimmen, ob, wann und wo sprachliche Äußerungen auf einem Tonband aufgenommen werden dürfen, sei Inhalt des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 GG.⁴² Zur Begründung machte der Bundesgerichtshof Ausführungen zu der Definition der »Öffentlichkeit der Verhandlung« und kam zu dem Ergebnis, dass auch jener Verfahrensgrundsatz die Aufzeichnung auf Tonbandgeräte des Rundfunks nicht verlange. Im Ergebnis seien Rundfunkaufnahmen durch den Vorsitzenden ohne eine Interessenabwägung zu untersagen, sobald ein Verfahrensbeteiligter dies fordere.⁴³ Ausführungen über die Zulässigkeit von Tonbandaufnahmen durch das Gericht oder einen Verfahrensbeteiligten selbst machte der Bundesgerichtshof in diesem Zusammenhang nicht.

In einem Aufsatz des Amtsgerichtsrats *Rassow* aus dem Jahr 1958 beklagte dieser, dass sich die Prozessordnungen betreffend das Sitzungsprotokoll nicht mehr an den Möglichkeiten der technischen Entwicklung orientieren,

40 *Kohlhaas*, DRiZ 1955, 80 ff., *Henkel*, JZ 1957, 148 ff., später noch *Schmidt*, JZ 1964, 537 ff.

41 BGH 1 StR 321/56, zitiert nach BGHSt. 10, 203, 204.

42 BGHSt. 10, 203, 205.

43 Ebd., 206; historisch interessant insoweit die Besprechung einer Dissertation von Kirschbaum (Über die Zulässigkeit von Rundfunkübertragungen aus dem Strafgerichtssaal) von *Gerland/Heilbron*, Literaturbericht, ZStW 1936 (55), 677, 704; in der Besprechung wurde die Versagung der Rundfunkübertragung als Ansicht im Rahmen einer »etwas naiven Anfängerarbeit« dargestellt.

andererseits aber die Gerichte nur mangelhaft mit guten Schreibkräften und gutem Material ausgestattet seien.⁴⁴ *Rassow* sprach sich deshalb dafür aus, dass von der Sitzung eines Strafverfahrens eine Tonbandaufnahme durch den Protokollführer angefertigt wird, der nach dem Ende der Sitzung anhand der Aufzeichnung in wörtlicher Wiedergabe alle aufgenommenen Erklärungen niederschreibt.⁴⁵ Dabei hatte *Rassow* aber, anders als spätere Gesetzesänderungen, weniger die Arbeitsentlastung der aufzeichnenden Person im Auge, vielmehr stellte sein Vorschlag einen Vorgänger der heute vielfach geforderten Dokumentation der Hauptverhandlung dar. So monierte *Rassow* in erster Linie, dass es kein Wortlautprotokoll von Zeugenaussagen und dergleichen gebe.⁴⁶ Den Einwand der Verletzung allgemeiner Persönlichkeitsrechte erachtete er nicht für durchgreifend, weil es sich bei der Aufzeichnung nur um ein Hilfsmittel für die Protokollierung handele und eine Verbreitung nicht erfolge. Die Protokollierungspflicht des Gerichtes ergebe sich aber aus den Prozessordnungen.⁴⁷

Diese Ausführungen zum fehlenden beziehungsweise erlaubten Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Aussageperson erscheinen allerdings schon nach der damaligen Gesetzeslage bedenklich, weil die Prozessordnungen im Jahr 1958 gerade keine Wortlautprotokollierungen verlangten, wenn sie dies auch nicht ausschlossen. Eine Ermächtigungsgrundlage für Eingriffe in das allgemeine Persönlichkeitsrecht ergab sich daher aus den Prozessordnungen gerade nicht.

In einer Entscheidung vom 14.06.1960 betonte der Bundesgerichtshof, dass Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes auch das Recht am gesprochenen Wort sei. Jedermann könne selbst und allein bestimmen, wer sein Wort hören darf und ob es aufbewahrt werden oder mit dem Gedächtnis der Hörer verlöschen soll. Ihm allein sei daher auch die Entscheidung darüber vorbehalten, ob sein Wort und seine Stimme auf ein Tonband oder einen anderen Tonträger aufgenommen und ob sie von diesem wieder abgespielt werden dürfen.⁴⁸ Ausnahmen erkannte der Bundesgerichtshof in jener Entscheidung etwa für den Fall an, dass mit dem aufgenommenen Wort Grenzen rechtswidrig überschritten worden seien.⁴⁹

44 *Rassow*, NJW 1958, 653 ff.

45 Ebd., 655.

46 Ebd., 653.

47 Ebd., 655.

48 BGHSt. 14, 358, 359 f.

49 Ebd., 361.

Auch wenn sich jene Entscheidung nicht mit der Aufnahme von Aussagen in der Hauptverhandlung befasste, ließen die Ausführungen doch erkennen, dass der Bundesgerichtshof das allgemeine Persönlichkeitsrecht weit auslegte und daher Bedenken angezeigt sein mussten, wenn eine Zeugenaussage in einer Hauptverhandlung im Fall einer angekündigten Aufzeichnung der Aussage, egal zu welchem Zweck, erzwungen werden sollte.

Mit seiner Entscheidung vom 16.06.1961⁵⁰ führte der Bundesgerichtshof seine Entscheidung aus BGHSt. 10, 203 fort und führte ergänzend aus, dass Fernsehaufnahmen schon von Teilen der Hauptverhandlung, hier des letzten Wortes des Angeklagten, die Wahrheitsermittlungspflicht des Gerichtes in einem solchen Maße beeinträchtige, dass dieses nicht einmal bei einer Zustimmung des Angeklagten zu den Fernsehaufnahmen zulässig sei.⁵¹ Der Bundesgerichtshof begründete dies damit, dass sich die Person, deren Angaben aufgenommen würden, einer technischen Apparatur gegenüber sehe, die ihre Worte in Ausdruck und Tonfall und das Gesicht mit den Spannungen und Gefühlsbewegungen festhalte. Sie müsse mit einer nicht mehr beeinflussbaren Darbietung gegenüber tausenden Personen rechnen, wodurch sie in eine Bewusstseinslage gerate, die auf ihr Verhalten wirken müsse, sie in ihren Äußerungen hemmen könne oder sie zu angepassten oder ansonsten von ihr so nicht getätigten Äußerungen bestimmen könne.⁵²

Damit betonte der Bundesgerichtshof den nicht ausschließbaren Einfluss von Aufzeichnungen auf die Aussageperson, wobei er allerdings auf die Hemmungen und Einflüsse abstellte, die von der öffentlichen Verbreitung der Aufzeichnung ausgehen.

Dass ein Verteidiger hingegen befugt sei, in Kurzschrift Aufzeichnungen über Vorgänge der Hauptverhandlungen anzufertigen oder auch durch Dritte anzufertigen zu lassen, stellte der Bundesgerichtshof dann in einer Entscheidung vom 15.01.1963 fest.⁵³ Dem stimmte Eberhardt Schmidt in seiner Entscheidungskommentierung ausdrücklich zu und führte weiter aus, dass dies in gleicher Weise für die Staatsanwaltschaft wie auch jede andere Person im Zuschauerraum, insbesondere die Gerichtsberichterstattung, zu gelten habe.⁵⁴

Richtungsweisend war die letzte vor der Änderung des § 169 GVG ergangene Entscheidung des Bundesgerichtshofs zu Tonbandaufzeichnungen in der

50 BGHSt. 16, 111 ff.

51 Ebd., 115.

52 Ebd., 114.

53 BGHSt. 18, 179, 181.

54 *Schmidt*, JR 1963, 307, 308.

Hauptverhandlung vom 04.02.1964. |⁵⁵ Unter Bezugnahme auf die früheren Entscheidungen zur (Un-)Zulässigkeit von Fernheaufnahmen während der Hauptverhandlung betonte der Bundesgerichtshof, dass es dem Gericht wegen der Amtsaufklärungspflicht obliege, Zeugen und andere Auskunftspersonen keinen verfahrensfremden Einwirkungen auszusetzen, die die Aussage beeinflussen und in ihrem Beweiswert beeinträchtigen können. |⁵⁶ Ähnliche Befürchtungen äußerte der Bundesgerichtshof für den Fall, dass Tonbandaufzeichnungen erfolgen, ohne die Beteiligten über den Zweck der Aufzeichnung aufzuklären und sich ihres Einverständnisses zu versichern, so dass die betroffene Person mit der Möglichkeit der Verbreitung rechnen müsse. Und selbst bei Kenntnis von Verwendungszweck, aber fehlendem Einverständnis der betroffenen Person, müsse mit deren Befangeneheit gerechnet werden. |⁵⁷ Andererseits sei aber für den modernen Menschen die Begegnung mit technischen Gerätschaften zu etwas Vertrautem und Gewohntem geworden, so dass jedenfalls bei vorheriger Aufklärung über den Verwendungszweck und Einverständnis mit der Aufzeichnung von keinem wahrheitsbehindernden Einfluss auszugehen sei. |⁵⁸ Die gerichtsinterne Verwendung der Aufzeichnung als Gedächtnisstütze sei nicht anders zu werten als die Notizen des Berichterstatters oder ein Stenogramm des Vorsitzenden. |⁵⁹

2. Von der Einführung des § 169 S. 2 GVG bis zum StVÄG 1979

Wenn auch bis zur Einführung des Aufnahmeverbotes in § 169 S. 2 GVG im Jahr 1964 und von den bereits beschränkenden Urteilen des Bundesgerichtshof abgesehen die Ansicht vertretbar war, dass, wenn selbst Rundfunkaufnahmen aus der Hauptverhandlung zulässig sind, dann erst Recht Aufzeichnungen zu internen Zwecken durch das Gericht oder eigene Zwecke der Verfahrensbeteiligten zulässig sein müssten, galt diese Erwägung ab der Ergänzung des § 169 S. 2 GVG und dem damit einhergehenden Verbot von Rundfunkaufzeichnungen jedenfalls nicht mehr.

Gleichwohl riss mit der Einführung des Verbotes von Ton- und Filmaufnahmen zu Veröffentlichungszwecken die Diskussion um die Zulässigkeit von Aufzeichnungen für interne Zwecke des Gerichts oder eigene Zwecke der Verfahrensbeteiligten nicht ab, zumal bestimmte Aufzeichnungsarten von dem Verbot des § 169 GVG ausgenommen waren.

55 BGHSt. 19, 193 ff.

56 Ebd., 194.

57 Ebd.

58 Ebd., 195.

59 Ebd.

Roggemann fasste in einem Aufsatz aus dem Jahr 1966 die Diskussion über Tonbandaufnahmen während der Hauptverhandlung zusammen und betonte dabei insbesondere, dass jegliche Fixierung der Stimme, gleich zu welchem Zweck, einen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht der betroffenen Person darstelle, daher von dessen Einwilligung abhängig sei oder einer Verfahrensnorm als Rechtfertigungsgesetz bedürfe. Auch ein Mitglied des Gerichts, dass die Aussagen als Gedankenstütze aufzeichne, werde dabei nicht als Privatperson tätig, sondern handle als staatliches Organ und bedürfe daher für sein Handeln einer gesetzlichen Ermächtigung.⁶⁰ Es lasse sich auch keine Analogie aus anderen Normen ziehen, nach der die Tonbandaufzeichnung für interne Zwecke des Gerichts auch ohne die Einwilligung des Betroffenen zulässig sei: Dass es gesetzlich vorgeschrieben sei, in bestimmten Fällen Äußerungen der Verfahrensbeteiligten zu protokollieren, rechtfertige nur die wortgetreue Inhaltsfixierung von Aussagen, nicht aber die weitere Persönlichkeitsbeeinträchtigung durch die naturgetreue Stimmfixierung. Die Erlaubnis nach dem KunstUrhG (§ 24) und der StPO (§ 81b), zum Zweck der Durchführung eines Strafverfahrens in das Recht am eigenen Bild einzugreifen, sei mit der Situation des Eingriffs zur Gedächtnisstütze nicht vergleichbar.⁶¹

Dem gegenüber vertrat *Kleinknecht* in einem Aufsatz von 1966 die Auffassung, dass die Anfertigung von Tonbandaufnahmen ohne Wissen des Sprechenden bereits auf manchen Gebieten sozialadäquat sei. Mithin stelle selbst die geheime Aufnahme einer Vernehmung durch die Strafverfolgungsbehörden im Vorverfahren kein rechtswidriges Eindringen in die geschützte Persönlichkeitssphäre des Vernommenen dar.⁶² Zudem zog *Kleinknecht* den Rückschluss, dass nach der Neufassung des § 169 S. 2 GVG Tonbandaufnahmen in der Hauptverhandlung für justizinterne Zwecke nicht ausgeschlossen und mithin zulässig seien.⁶³

Die weitere Rechtsgeschichte, die insbesondere in dem gesetzlichen Verbot von geheimen Aufzeichnungen des gesprochenen Wortes (§ 201 StGB) mündete, sollte zeigen, dass der Ansicht *Kleinknechts* zur fehlenden Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechtes durch geheime Tonaufnahmen nicht zu folgen war.⁶⁴ Und auch der Rückschluss, dass das, was nach dem neu gefassten

60 JR 1966, 47, 48 f.

61 Ebd., 49.

62 *Kleinknecht*, NJW 1966, 1537, 1541.

63 Ebd.

64 Zur Bedeutung des Rechtes am gesprochenen Wort als von Art. 2 Abs. 1 GG geschützte Rechtsposition vgl. BVerfGE 34, 238 ff.

§ 169 S. 2 GVG nicht verboten war, erlaubt sein müsse, konnte nicht verfangen. Schon die Gesetzgebungsgeschichte jener Norm hatte gezeigt, dass die Zulässigkeit jeder anderen Form der Aufzeichnung des Hauptverhandlungsgeschehens als die der gesetzlich normierten schriftlichen Protokollierung auch weiterhin unter Beachtung sonstiger Grenzen, insbesondere denen des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes des Betroffenen, zu prüfen blieb. |⁶⁵

Arndt |⁶⁶ forderte ebenfalls bereits 1966, dass sich das Akteneinsichtsrecht des Verteidigers aus Kontrollgründen nicht nur auf eine Abschrift eines von ihm als zulässig erachteten Tonbandmitschnitts des Gerichts beziehen müsse, vielmehr müsse das Akteneinsichtsrecht auch die Einsicht in die von einem Gericht angefertigten Aufzeichnungen in der Hauptverhandlung jedenfalls dann umfassen, wenn das Gericht die Aufzeichnungen zum Gegenstand seiner Beratungen mache. Dann sei die Aufzeichnung Teil des »Inbegriffs« der Verhandlung und müsse damit allen Verfahrensbeteiligten zugänglich sein. Damit allerdings verkannte *Arndt*, dass es sich bei der Aufzeichnung zur Gedankenstütze eben nur um eine Gedächtnisstütze handelt, die den »Inbegriff« der Hauptverhandlung teilweise wiedergibt, dabei aber keine Gewähr für Richtigkeit (z.B. bei der Aufnahme der Aussage eines undeutlich sprechenden Zeugen) und Vollständigkeit (z.B. bei nur teilweiser Aufnahme einer Aussage) bietet. Keinesfalls gehört die Aufzeichnung selbst zum »Inbegriff der Hauptverhandlung«, weshalb auch die Aufzeichnung beispielsweise nicht nochmals der Öffentlichkeit (§169 S. 1 GVG i.V.m. § 261 StPO!) vorgespield werden muss.

Gegen die von *Kleinknecht* vertretene Ansicht wandte sich der Bundesgerichtshof mit seiner Entscheidung vom 02.04.1968, |⁶⁷ worin er betonte, dass sich aus der Gesetzgebungsgeschichte des § 169 S. 2 GVG gerade keine Klärung der Frage entnehmen lasse, ob mit der Neufassung jener Norm künftig die nicht ausdrücklich verbotenen Tonbandaufnahmen für gerichtsinterne Zwecke erlaubt sein sollten. Vielmehr würden auch dafür weiterhin die Beschränkungen aus den in Gesetzen und Rechtsprechung anerkannten Grundsätzen über das allgemeine Persönlichkeitsrecht und die sich aus § 244 Abs. 2 StPO ergebenden Grenzen gelten.

Praml wandte sich in seinem Aufsatz aus dem Jahr 1977 |⁶⁸ gegen die vom Bundesgerichtshof geäußerten Bedenken, dass der Wahrheitsgehalt einer gegen den Willen eines Zeugen auf Tonband aufgenommenen Aussage aufgrund

65 Vgl. die gleichlautende Kritik bei *Schmitt*, JuS 1967, 19, 20.

66 NJW 1966, 2204 ff..

67 BGH 1 StR 81/68, zitiert nach *Dallinger*, MDR 1968, 729.

68 MDR 1977, 14 ff..

des von dem Zeugen empfundenen Eingriffs in dessen Persönlichkeitsrechte leiden könne. Der Zeuge sei zur wahrheitsgemäßen Aussage verpflichtet und habe gegebenenfalls eine Wortlautprotokollierung zu dulden. Zudem sei der größte Teil der Bevölkerung inzwischen mit Tonbandaufnahmen vertraut. Mit der Verwendung eines Aufzeichnungsgerätes könne sogar das Bewusstsein der Zeugen für die Wichtigkeit jedes Details seiner Aussage gesteigert werden. Einen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Betroffenen durch eine Aufzeichnung seiner Aussage gegen seinen Willen sah zwar auch *Praml* als gegeben an, erachtete diese aber nicht als erheblich und daher nicht rechtswidrig: Die Aufnahme werde nur zu amtlichen Zwecken gefertigt und kurzzeitig aufbewahrt, die aufgezeichnete Aussage stamme aus einer öffentlichen Verhandlung und die Aufzeichnung sei vor unbefugtem Gebrauch gesichert. Dem gegenüber stehe das erhebliche Interesse der Justiz und damit der Öffentlichkeit an einer möglichst originalgetreuen, selbst Nuancen erfassenden Fixierung verfahrenswesentlicher Aussagen zur Findung eines richtigen Urteils. Jedenfalls aus dem Gesichtspunkt der Wahrnehmung berechtigter Interessen seien die Aufnahmen daher gerechtfertigt. Dazu bedürfe es auch keiner gesetzlichen Ermächtigungsnorm, weil der Eingriff bereits rechtmäßig und das allgemeine Persönlichkeitsrecht inhaltlich vage sei. Nach Ansicht *Pramls* galten seine Ausführungen auch für den Angeklagten, der, wenn er nicht wolle, dass seine Einlassung aufgenommen werde, von seinem Schweigerecht Gebrauch machen könne. |⁶⁹

Die Ausführungen *Pramls* zum fehlenden Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht durch die Aufzeichnung von dessen Aussage auf Tonband waren schon vor dem Hintergrund der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 31.01.1973, |⁷⁰ wonach das Recht am gesprochenen Wort eine – in bestimmten Grenzen – aus dem Grundrecht des Art. 2 Abs. 1 GG geschützte Rechtsposition sei und die in seinem Aufsatz unerwähnt geblieben ist, nicht haltbar. Zudem litten seine Ausführungen an der Überhöhung der von ihm unterstellten Interessen der Justiz, die für ihn ohne eine Erlaubnis zur Tonbandaufzeichnung nicht mehr erfüllbar schienen. Abgesehen davon, dass es für die Erforderlichkeit der Aufzeichnung als Gedächtnisstütze an jeglicher empirischen Begründung mangelte, widersprach er zudem apodiktisch jeglichem Einfluss einer erzwungenen Aufnahme auf das Aussageverhalten des Betroffenen. Dass sich als Folge seiner Annahme, der Angeklagte, der seine Einlassung nicht aufgezeichnet wissen wolle, könne ja schweigen, eine Ver-

69 Ebd., 15 f.

70 BVerfGE 34, 258.

letzung der Amtsaufklärungspflicht des Gerichtes nach § 244 Abs. 2 StPO naheliegen könnte, blieb von ihm ebenfalls unerwähnt.^{|71}

Hingegen setzte sich das HansOLG Hamburg in einer Entscheidung in einem Beschwerdeverfahren mit der genannten Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts auseinander, betonte aber, dass der dort dargelegte Eingriff durch eine Aufzeichnung einer Stimme auf Tonträger keine Verletzung des Persönlichkeitsrechtes aus Art. 2 Abs. 1 GG darstelle, wenn bei einer Äußerung der objektive Gehalt des Gesagten so sehr im Vordergrund stehe, dass die Persönlichkeit des Sprechenden nahezu vollends dahinter zurück trete und das gesprochene Wort damit seinen privaten Charakter verliere. So liege es etwa bei den Schlussvorträgen der Staatsanwaltschaft, weshalb sich der Sitzungsvertreter der Staatsanwaltschaft nicht gegen die vom Gericht angeordnete Aufzeichnung seines Plädoyers, die aus Mangel an Schreibkräften nicht stenographisch aufgenommen werden und deshalb anschließend verschriftlicht werden sollte, wehren könne.^{|72}

Marxen^{|73} vertrat ebenfalls 1977 die Ansicht, dass sich das Akteneinsichtsrecht des Verteidigers auf Tonbänder erstrecke, die das Gericht zu internen Zwecken in der Hauptverhandlung aufnehme, da das Akteneinsichtsrecht auch das Abhören von bei den Akten befindlichen sonstigen Tonaufnahmen umfasse. Anders als die Notizen der Richter seien die Tonbänder zur Akte zu nehmen, da die Tonkonservierung im Unterschied zu den Notizen der Mitglieder des Spruchkörpers weitgehend unabhängig von der Person des Aufnehmenden sei. Tonaufnahmen, die nur dem Gericht zur Verfügung stehen, würden zudem ein Informationsgefälle zu den übrigen Verfahrensbeteiligten entstehen lassen, das auszugleichen sei.^{|74} Zugleich anerkannte *Marxen* die Verantwortung der Verteidigung, mit demgemäß überlassenem Material verantwortungsbewusst umzugehen.^{|75}

Des Weiteren sprach sich *Marxen* dafür aus, dass es dem Verteidiger gestattet sein müsse, Tonbandaufnahmen während der Hauptverhandlung zu fertigen, ohne dass es dafür einer Legitimationsnorm bedürfe, da eine detaillierte staatliche Reglementierung der Verteidigertätigkeit in einem krassen Widerspruch zu dem Grundgedanken der Verteidigung stehe.^{|76} Allenfalls

71 Kritisch dazu auch *Marxen*, Fn. 56, 2191.

72 MDR 1977, 248.

73 NJW 1977, 2188 ff.

74 Ebd., 2189.

75 Ebd., 2190.

76 Ebd.

seien der generellen Aufzeichnungsbefugnis des Verteidigers Grenzen gesetzt, die er zu beachten habe. So verletze eine heimliche Aufnahme das anwaltliche Standesrecht sowie das Persönlichkeitsrecht des Aussagenden und missachte die Verhandlungsleitung durch das Gericht, verstoße bei nicht-öffentlicher Sitzung zudem gegen § 201 Abs. 1 Nr. 1 StGB.^{|77} Die Beachtung des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes des Betroffenen verlange zudem für die Tonbandaufnahmen des Verteidigers nach einer Einwilligung des Betroffenen, da der Verteidiger während der Hauptverhandlung »im Schatten der Zwangsgewalt des Staates« agiere.^{|78} Auch habe der Verteidiger darauf zu achten, dass seine Aufzeichnung nicht gegen den Grundsatz der gerichtlichen Wahrheitsermittlung verstoße, wenn die Aufnahme das Aussageverhalten des Zeugen beeinflussen könne. Allerdings sei diese Gefahr schon durch das Zustimmungserfordernis erheblich begrenzt.^{|79}

Entgegen den weitestgehend zustimmungsfähigen Ausführungen *Marxens* zu einem Recht des Verteidigers auf Anfertigung von Tonbandaufzeichnungen in der Hauptverhandlung sind seine Ausführungen hinsichtlich eines sich auf die vom Gericht angefertigten Tonbandaufzeichnungen beziehenden Akteneinsichtsrechts kritisch zu betrachten. Denn die Anfertigung von Tonbändern durch Mitglieder des Gerichts, worauf auch *Marxen* einen Anspruch des Verteidigers nicht erstrecken will,^{|80} kann bereits auf subjektive Wertungen des Aufnehmenden rückschließen lassen. So muss es etwa dem aufnehmenden Gerichtsmitglied überlassen bleiben, welche Aussagen oder Aussageteile er für aufzeichnungswürdig erachtet, ohne dass er sich durch ein Überlassen von gezielt ausschnitthaft angefertigten Aufzeichnungen an andere Verfahrensbeteiligte dem Verdacht der Befangenheit aussetzen muss.

3. Vom StVÄG 1979 bis zum Zeugenschutzgesetz 1998

Bis durch die erstmals durch das StVÄG 1979 in § 168a Abs. 2 StPO geschaffene Befugnis, vorläufige Tonbandaufnahmen ohne die Einwilligung des Betroffenen zum Zweck der anschließenden Protokollerstellung unter Zuhilfenahme jener Aufzeichnungen anfertigen zu können, bestand für Tonbandaufzeichnungen keine ausdrückliche Ermächtigungsnorm in der StPO.

Auch wenn sich bereits bis zu jener Reform die Ansicht durchgesetzt hatte, dass Tonbandaufnahmen von Aussagen in der Hauptverhandlung durch das Gericht zu internen Zwecken jedenfalls bei entsprechendem Einverständnis

77 Ebd., 2190 f..

78 Ebd., 2191.

79 Ebd., 2191 f..

80 Ebd., 2189, Fn. 10.

des Betroffenen zulässig, ohne dessen Einverständnis indessen unzulässig seien, waren die näheren Details in Bezug auf solche Aufzeichnungen noch ungeklärt. Dazu gehörten etwa ein Einsichtsrecht in solche Tonbänder durch andere Verfahrensbeteiligte, die Befugnis anderer Verfahrensbeteiligter zu Tonbandaufnahmen oder das Einwilligungsbedürfnis bei überwiegend entpersonalisierten Äußerungen wie etwa dem Plädoyer der Staatsanwaltschaft.

In einer der ersten Kommentierungen der Neuerungen durch das StVÄG 1979 führte *Kurth*⁸¹ aus, dass die vorläufigen Aufzeichnungen, die nach § 168a Abs. 2 StPO angefertigt werden, Bestandteil der Akten seien und sich daher das Akteneinsichtsrecht nach § 147 StPO darauf erstrecke. Zwar könnten wegen der Gefahr einer versehentlichen Löschung, Manipulation oder Vervielfältigung wichtige Gründe entgegenstehen, die Aufzeichnungen an den Verteidiger auszuhändigen, allerdings habe dieser zumindest das Recht, die Aufzeichnungen auf der Geschäftsstelle anzuhören.⁸² Eine nähere Begründung für seine Ansicht gab *Kurth* indes nicht. Seine Ansicht drängte sich nach der Gesetzesneufassung auch nicht auf, weil zwar nach § 168a Abs. 4 S. 4 StPO der Nachweis der Unrichtigkeit der Übertragung zulässig ist, im Gesetz aber kein Kontrollrecht vorgesehen ist, um die Richtigkeit der Übertragung durch einen eigenen Vergleich durch die Verfahrensbeteiligten zu prüfen. Vielmehr ist nur die vorläufige Aufzeichnung zu genehmigen, das später erstellte Protokoll vom Richter zu unterzeichnen, § 168a Abs. 4 S. 1 StPO, und von demjenigen, der das Protokoll hergestellt hat, mit dem Zusatz der Bestätigung der Richtigkeit der Übertragung zu unterschreiben, § 168a Abs. 4 S. 2 und 3 StPO. Wird der Einwand der unrichtigen Übertragung erhoben, ist dies im Freibeweis zu klären, wobei dann wiederum durch das Gericht auf die vorläufigen Aufzeichnungen zurückgegriffen werden kann.⁸³

In einer Entscheidung aus dem Jahr 1981⁸⁴ betonte der Bundesgerichtshof, dass es im pflichtgemäßen Ermessen des Tatrichters stehe, Tonbandaufnahmen durch Verfahrensbeteiligte zuzulassen. Nähere Bestimmungen dazu, wie und unter welchen Bedingungen dies in Fällen, in denen der Vorsitzende sie zulässt, zu geschehen habe, stellte der Bundesgerichtshof nicht auf.

Im Folgejahr führte der Bundesgerichtshof in einer Entscheidung⁸⁵ aus, dass (auch) einem Zuhörer grundsätzlich gestattet sei, handschriftliche Aufzeichnungen über Vorgänge der Hauptverhandlung anzufertigen, sei es als

81 NJW 1978, 2481 ff.

82 Ebd., 2484.

83 Meyer-Göbner/*Schmitt*, StPO, 58. Auflage, 2015, § 168a, Rn. 12.

84 BGH NStZ 1982, 42.

85 BGH StV 1982, 409 f..

Gehilfe des Verteidigers, als Reporter, Referendar, Student, Schüler, Prozessbeobachter, für den Geschädigten oder auch nur als Gedächtnisstütze aus privaten Gründen, selbst wenn dies den Richter »nervös mache«. Nur wenn konkrete Tatsachen die Gefahr begründeten, dass die Mitschrift eines Prozessteils zur Unterrichtung von Zeugen oder gesondert verfolgter Tatbeteiligter dienen soll, ließe dies ein Einschreiten des Vorsitzenden zu.

1986 verfestigte der Bundesgerichtshof⁸⁶ seine Rechtsprechung zur Unzulässigkeit der Verwertung heimlicher Tonbandaufnahmen - jedenfalls des nicht-öffentlich gesprochenen Wortes - im Strafverfahren und führte in diesem Zusammenhang erneut aus, dass eine gerichtlich angeordnete heimliche Aufnahme eines Gesprächs des Angeklagten mit einem Dritten einen Eingriff in das verfassungsrechtlich geschützte Persönlichkeitsrecht darstelle und es dafür deshalb einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage bedürfe.

Zumindest in der Tendenz ließen diese drei Entscheidungen für die Beurteilung der Zulässigkeit von Tonaufnahmen in der Hauptverhandlung den Schluss zu, dass der Bundesgerichtshof diese zwar grundsätzlich für möglich hielt, aber die Zulässigkeit im konkreten Fall weiterhin davon abhängig machen würde, dass die Aufzeichnung jedenfalls nicht geheim erfolgt und mit Einwilligung oder zumindest ohne Widerspruch des Betroffenen oder auf der Grundlage einer – nicht vorhandenen – gesetzlichen Ermächtigungsnorm.

Es schlossen sich eine Reihe oberlandesgerichtlicher Entscheidungen an, die sich mit dem Thema der Tonbandaufzeichnung in der Hauptverhandlung befassten.

Das OLG Koblenz⁸⁷ erachtete die Tonbandaufzeichnung der mündlichen Urteilsbegründung durch einen Beisitzer zur kammerinternen Arbeitserleichterung als zulässig, jedenfalls in dem dort zu entscheidenden Fall, in dem der Vorsitzende mit der Tonbandaufzeichnung einverstanden war. Da dem Gesetz kein Verbot der Aufzeichnung zu entnehmen sei, sei dessen Anfertigung zulässig. Es könne dem Gericht nicht verwehrt sein, sich der Zeit und Kräfte sparenden technischen Fortschritte in Form der Tonbandaufnahme zu bedienen. Der Verteidiger habe aber keinen Anspruch darauf, dass ihm die Aufzeichnungen zugänglich gemacht würden, da der nicht für das Hauptverfahren geltende § 168a StPO nicht einschlägig sei. Jene Entscheidung erscheint zumindest insoweit bedenklich, als aus dem Fehlen eines Aufzeichnungsverbots nicht auf deren generelle Zulässigkeit geschlossen werden kann. Zwar war hier der in erster Linie betroffene Vorsitzende mit der Aufzeichnung einverstanden, so dass

86 BGHSt. 34, 39, mit Anmerkung von Meyer in JR 1987, 212 ff.

87 NSTZ 1988, 42.

ein Eingriff in dessen Persönlichkeitsrechte von vorneherein und unabhängig davon, ob eine Urteilsbegründung nicht ohnehin entpersonalisiert^{|88} ist, auschied. Die Entscheidung setzte sich allerdings nicht damit auseinander, dass auch während der Urteilsbegründung die Möglichkeit für Verfahrensbeteiligte besteht, das Wort zu ergreifen und Anträge zu stellen, können sie damit auch nicht den Vorsitzenden zum Wiedereintritt in die Beweisaufnahme zwingen.^{|89} Aus diesem Grund wäre für eine überzeugende Entscheidungsbegründung wünschenswert gewesen, dass sich das OLG Koblenz auch dazu verhalten hätte, ob die Tonbandaufzeichnung nicht vielmehr vom Einverständnis aller potentiell betroffenen Verfahrensbeteiligten abhängig sein muss, hier also bei der mündlichen Urteilsbegründung vom Einverständnis des Vorsitzenden und aller anwesenden Verfahrensbeteiligten, soweit diese nach der Strafprozessordnung zur Stellung von Anträgen noch grundsätzlich befugt sind.^{|90} Bedenklich mutet auch die apodiktische Begründung an, dass dem Gericht die Verwendung technischer Geräte zur Einsparung von Zeit und Kräften nicht verwehrt sein könne. Es erscheint durchaus fraglich, ob der Senat, der dem Verteidiger sogar die Einsicht in das bestehende Protokoll verwehrt hat, die Tonbandaufzeichnung mit derselben Argumentation, wonach die Verwendung technischer Geräte zur Einsparung von Zeit und Kräften nicht verwehrt sein könne, auch den anderen Verfahrensbeteiligten gestattet hätte.

Das OLG Düsseldorf^{|91} hat eine solche, durchaus für den Verteidiger als wünschenswert zugebilligte Aufzeichnungsmöglichkeit, in einer Entscheidung aus dem Jahr 1990 ausdrücklich versagt, obwohl der betroffene Zeuge mit der Aufzeichnung einverstanden war. Denn die Wahrheitsfindung könne, so das OLG Düsseldorf, durch die Aufzeichnung selbst dann beeinträchtigt sein, da sie die Unbefangenheit insbesondere von richtungsunerfahrenen Aussagepersonen negativ beeinflussen könnte. Paternalistisch fügte der Senat hinzu, dass die Tonbandaufnahme zudem ohnehin für die Erfüllung des Begehrens der Verteidigung, den genauen Wortlaut der Aussage festzuhalten, nicht geeignet sei, da sich die Aufzeichnung auf das rein Akustische beschränke und begleitende Gesten nicht dokumentieren könnten. Zudem hätten die Richter des erkennenden Senats der Aufzeichnung ihrer Stimme auf Tonband widersprochen. Sie könnten sich während der Aufzeichnung einer Aussage, mit der die Aussageperson einverstanden sein mag, an Zwischenfragen gehindert sehen.

88 Dazu oben OLG Hamburg MDR 1977, 248.

89 *Meyer-Goßner/Schmitt*, a.a.O., § 268, Rn. 15 m.w.N..

90 Dazu oben BGHSt. 22, 83.

91 NStZ 1990, 554.

Der innerliche und argumentative Widerspruch zwischen den beiden Entscheidungen des OLG Koblenz, das die Aufzeichnung durch Gerichtsmitglieder gestattet, und des OLG Düsseldorf, das die Aufzeichnung durch den Verteidiger untersagt hat, ist offensichtlich.

Kühne griff in seiner Entscheidungsbesprechung¹⁹² der Düsseldorfer Entscheidung, soweit ersichtlich, erstmals § 168a Abs. 2 StPO zur Begründung der Zulässigkeit einer Aufzeichnung eines Geschehens in der Hauptverhandlung auf und vertrat die Ansicht, dass § 168a Abs. 2 Abs. 1 StPO auch für das Protokoll der Hauptverhandlung gelte, da sich die §§ 271 ff. StPO zu der Art der Protokollierung nicht verhalten. Daher sei eine vorläufige Aufzeichnung nach jener Norm auch in der Hauptverhandlung zulässig.

Dies erscheint indes fragwürdig, weil die Art der Protokollierung, wenn sie unter Mithilfe einer vorläufigen Aufzeichnung erfolgt, in § 168a Abs. 2 bis Abs. 4 StPO geregelt ist und als einheitliche Regelung der Art der Protokollierung zu sehen ist. Dass aber auch die Abs. 3 und 4 jener Norm für die Hauptverhandlung gelten sollen, behauptete selbst *Kühne* nicht, zumal davon teils ausdrücklich abweichende Regelungen in den §§ 271 ff. StPO getroffen worden sind (z.B. §§ 273 Abs. 1 und 3, 274 StPO). Dies spricht vielmehr dafür, dass an die Stelle des § 168a Abs. 2 bis Abs. 4 StPO für die Hauptverhandlung die §§ 271 ff. StPO als abschließende Regelungen treten und ergänzend weder einer unmittelbaren noch einer analogen Anwendung des § 168a Abs. 2 StPO zugänglich sind.

Weiter widersprach *Kühne* der Ansicht, dass § 168a Abs. 2 S. 2 StPO eine vorläufige Aufzeichnung des Wortlauts einer Aussage auch ohne den Willen der Aussageperson gestatte.¹⁹³ Denn der Inhalt des Protokolls, dessen vorläufige Aufzeichnung gestattet sei, sei eine längere oder kürzere, jedenfalls aber eine Zusammenfassung des Geschehens und nicht identisch mit dem protokollierten Geschehen selbst.

Die dafür angeführte Begründung, nach *Kühne* eine zwingende, überzeugt indes gleichfalls nicht. Inhalt des Protokolls und protokolliertes Geschehen sind keine Widersprüche, vielmehr kann der Inhalt des Protokolls ein protokolliertes Geschehen in unterschiedlicher Form, zusammenfassend oder aber im Wortlaut, wiedergeben. Zwar trifft es zu, worauf *Kühne* weiter abstellt, dass der Betroffene von einem Mitschnitt und von einer zusammenfassenden Wiedergabe seiner Aussage durch den Richter in die Aufzeichnung unterschiedlich betroffen ist. Gerade deshalb aber dient der § 168a Abs. 2

92 StV 1991, 103 f.

93 Ebd., 194.

StPO als Ermächtigungsgrundlage für einen Eingriff in das Persönlichkeitsrecht der Aussageperson. Dass sich die Gesetzesbegründung insoweit nicht ausdrücklich positioniert hat, spricht weder für noch gegen die Befugnis zur Wortlautaufzeichnung. Der von *Kühne* anerkannte Hintergrund einer Vereinfachung der Protokollierung durch eine vorläufige Aufzeichnung spricht zudem ebenfalls für die Zulässigkeit einer Wortlautprotokollierung, nicht dagegen. Denn die Vereinfachung wird insbesondere dadurch erzielt, dass der Richter die Aussage der vernommenen Person nicht erst gedanklich oder in Notizen speichern muss, um sie anschließend mit eigenen Worten zusammen zu fassen, sondern darin, jene eigene Umformulierung gerade gänzlich entfallen zu lassen.⁹⁴

Unabhängig davon aber kommt auch *Kühne* im Ergebnis ebenfalls dazu, dass die Tonbandaufzeichnung als Gedächtnisstütze in der Hauptverhandlung zulässig sei unter der Voraussetzung, dass alle Beteiligten zustimmen und die Wahrheitsfindung dadurch nicht beeinträchtigt wird.⁹⁵

Das HansOLG Hamburg betonte in einer Entscheidung aus 1991,⁹⁶ welche die Versagung eines Akteneinsichtsrecht des Verteidigers nach dem Abschluss der Ermittlungen in einen Sonderband der Akten wegen einer vermeintlichen Gefährdung des Untersuchungserfolgs betraf, dass Strafverfolgungsorgane davon auszugehen hätten, dass ein Verteidiger pflichtgemäß handle, solange nicht die Ausschließungstatbestände der §§ 138a ff. StPO eingreifen. Dass befürchtet werde, dass der Verteidiger seinen Mandanten über bevorstehende oder bereits angeordnete Zwangsmaßnahme, die sich aus den Akten ergeben, informieren könnte, rechtfertige nicht die teilweise Versagung der Akteneinsicht nach dem Ermittlungsabschluss. Inwieweit der Verteidiger von seiner Informationsbefugnis Gebrauch mache, habe dieser in jedem Einzelfall selbst zu prüfen.

Dieser Entscheidung folgend dürfte dem Argument, dass eine Tonbandaufzeichnung zur Gedächtnisstütze durch die Verteidigung zu versagen sei, da der spätere Umgang mit der Aufzeichnung durch die Verteidigung nicht kontrollierbar sei,⁹⁷ jedenfalls in den Fällen der Boden entzogen sein, in denen sich die Verteidigung dazu verpflichtet, die Aufzeichnung nicht weiter zu geben und an der Einhaltung dieser Zusage keine konkret zu begründenden Zweifel bestehen.

94 Kritisch zu den Ausführungen Kühnes auch *Meyer-Mews*, NJW 2002, 103, 105.

95 Ebd..

96 NStZ 1992, 50.

97 OLG Düsseldorf, NJW 1996, 1360.

Das OLG Schleswig entschied 1992,⁹⁸ dass Zeugen nicht zu einer Aussage in der Hauptverhandlung gezwungen werden können, wenn ihre Aussage gegen ihren Willen aufgenommen werden soll, um sie außerhalb der Hauptverhandlung sachverständig untersuchen zu lassen. Auch in jener Entscheidung betonte das OLG Schleswig, dass es dafür wegen des Eingriffs in das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG der – nicht erteilten – Einwilligung der Aussageperson oder einer Ermächtigungsnorm für die gerichtlich angeordnete Aufzeichnung bedürfe, die aber nicht bestehe. § 168a Abs. 2 StPO gelte für die Hauptverhandlung gerade nicht.

*Molketin*⁹⁹ trat der Begründung des OLG Schleswig in seiner Entscheidungsbesprechung bei und betonte zudem erneut die Gefahr der Beeinflussung der Aussage des Zeugen, wenn dieser gegen seinen Willen gezwungen sei, seine Aussage durch ein Tonband aufzeichnen zu lassen.

Das OLG Düsseldorf wiederholte schließlich in einer Entscheidung aus dem 1995¹⁰⁰ seine restriktive Haltung zu Tonbandaufzeichnungen durch die Verteidiger. Im sogenannten »Solinger-Verfahren« lehnte der Senatsvorsitzende die Tonbandaufzeichnung der Plädoyers der Vertreter der Bundesanwaltschaft, der Nebenklage und der Mitverteidiger durch zwei der acht Verteidiger ab mit dem Argument, dass trotz einer anwaltlichen Versicherung, dass die Aufzeichnungen nur mit Erlaubnis des Senats weiter gereicht würden, eine missbräuchliche Benutzung der Aufnahmen nicht auszuschließen sei. Der Senat habe keine Möglichkeit, zu verhindern, dass Abschriften der Tonaufzeichnungen auf Antrag auch den anderen Prozessbeteiligten zu übergeben wären, die ihrerseits mangels anwaltlicher Bindung keine Versicherung der Nichtweitergabe abgeben könnten. In jenem medienträchtigen Verfahren könne so § 169 S. 2 GVG unterlaufen werden, zumal schon zuvor nicht zur Veröffentlichung bestimmte Aktenteile an die Öffentlichkeit gelangt seien. Der Hinweis, dass auch ein Stenogramm angefertigt werden könne, verfange nicht, da das Tonband ein höheres Maß an Originalität und Authentizität besitze. Außerdem sei unklar, wer die Übereinstimmung von Aufzeichnung und Abschrift kontrollieren solle, was aber gesichert sein müsse, wenn die Abschriften vom Senat weiter gegeben würden. Auch könne es der aufzeichnende Anwalt möglicherweise ablehnen, Abschriften seiner Aufzeichnung dem Senat zum Zweck der Weiterreichung zu überlassen. Zudem sei die Aufzeichnung zu versagen, weil die Vertreter der Bundesanwaltschaft einer Tonaufnahme ihres Schlussvortrages widersprochen und die anderen

98 NStZ 1992, 399 ff.

99 NStZ 1993, 145.

100 NJW 1996, 1360.

Prozessbeteiligten kein Einverständnis dazu erteilt hätten. Schließlich fehle es an einem Bedarf für die Aufzeichnung, weil es nicht auf den Wortlaut, sondern auf den Sinngehalt der Plädoyers ankomme.

Das Bemühen des Düsseldorfer Senats, die Tonbandaufzeichnung durch Verfahrensbeteiligte weiterhin aus dem Gerichtssaal fern zu halten, wird aus der Entscheidung offensichtlich, die Begründung überzeugt indessen in weiten Teilen nicht. Zunächst bleibt offen, ob der Senat die Weitergabe des Tonbandmitschnitts oder von Abschriften fürchtete. Im ersten Fall hätte es der Auseinandersetzung damit bedurft, warum der Zusage des Verteidigers, dies nicht zu tun, nicht zu trauen war. Im zweiten Fall ist nicht ersichtlich, worin der Unterschied zwischen der Verbreitung einer – vom Gericht nicht angefertigten und nicht authentifizierten! – Tonbandabschrift und einer stenographischen Mitschrift der Plädoyers durch einen Verfahrensbeteiligten oder einen Dritten liegen soll. Es liegt nahe, dass der Senat darauf vertraut hat, dass die Verteidigung keinen geeigneten Stenographen, zumal auf eigene Kosten, würde finden können, erlaubt wäre eine stenographische Mitschrift selbst mit dem Ziel der Verbreitung durch die Presse aber sicher gewesen. Die Übereinstimmung von Aufzeichnung und Abschrift musste auch nicht vom Senat garantiert werden, wenn ein Dritter den Wunsch geäußert hätte, eine vom Senat gerade nicht angefertigte Abschriftkopie zu erhalten, zumal diese keinerlei Beweiswert gehabt hätte. Der Möglichkeit einer fehlerhaften Übertragung hätte sich jeder Dritte bewusst sein müssen. Zudem stellt es auch einen Widerspruch in der Argumentation dar, wenn der Senat einerseits darauf abstellt, dass die Abschrift originalgetreu sein müsse, er aber andererseits betont, dass es auf den Wortlaut der Plädoyers nicht ankomme.

Diskutabel bleibt die erneut aufgeworfene Frage, ob es sich bei den Plädoyers zumindest der Sitzungsvertreter der Staatsanwaltschaft nicht um derartig entpersonalisierte Ausführungen handelt, dass deren Aufzeichnung keinen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Staatsanwalts darstellt und daher von diesem auch gegen seinen Willen zu dulden ist. Wohl aber zutreffend weist der Senat insoweit darauf hin, dass unabhängig von der konkreten Beantwortung dieser Frage zu beachten sei, dass die Aufzeichnung gegen den Willen der plädierenden Staatsanwälte dazu führen könnte, dass die Plädierenden sich in ihren Ausführungen gehemmt fühlen und sich dadurch in ihren Erklärungen beeinflussen lassen könnten. Dies spricht dafür, dem Argument der Entpersonalisierung von Plädoyers oder Urteilsbegründungen nicht zu folgen.

4. Vom Zeugenschutzgesetz 1998 bis heute

Mit dem Zeugenschutzgesetz von 1998 hielt die Bild-Ton-Aufzeichnung von Zeugenaussagen in erheblichem Umfang Einzug in das Ermittlungs- und Strafverfahren. Zeugenaussagen konnten nun in weit umfangreicherem Maße als zuvor aufgezeichnet werden, ohne dass dazu die Einwilligung der Aussageperson erforderlich war.

Im Januar 2001 entschied das Bundesverfassungsgericht¹⁰¹ über die Zulässigkeit von Fernsehaufnahmen in Gerichtsverhandlungen und stellte fest, dass die Beschränkungen aus § 169 S. 2 GVG weiterhin verfassungsgemäß seien. Zwar ergaben sich aus jener Entscheidung keine unmittelbaren Rückschlüsse auf die Zulässigkeit von Tonaufzeichnungen in der Hauptverhandlung zur Gedächtnisstütze des Aufnehmenden. Allerdings führte das Bundesverfassungsgericht aus, dass einer unbegrenzten Öffentlichkeit der Verhandlungen vor dem erkennenden Gericht gewichtige Interessen gegenüber stünden. Dazu gehörten das Persönlichkeitsrecht der am Verfahren Beteiligten (Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG), der Anspruch der Beteiligten auf ein faires Verfahren (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG) sowie die Funktionstüchtigkeit der Rechtspflege, insbesondere die ungestörte Wahrheits- und Rechtsfindung.¹⁰² Dies ist zumindest insoweit von Relevanz, als die vom Bundesverfassungsgericht ausdrücklich genannten gewichtigen Belange der Betroffenen generell zu beachten sind, wenn es um Fragen der Gestaltung der Hauptverhandlung, wozu auch die Zulassung von Aufzeichnungen aller Art gehört, geht.

Meyer-Mewes war mit seinem Aufsatz aus dem Jahr 2002,¹⁰³ soweit ersichtlich, der erste, der die Änderungen durch das Zeugenschutzgesetz zum Anlass nahm, erneut die Diskussion um die Voraussetzungen audiovisueller Aufzeichnungen des Zeugenbeweises in öffentlicher Hauptverhandlung, die Beweiskraft des Hauptverhandlungsprotokolls und die fehlende inhaltliche Protokollierung der Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung zu beflügeln.

Bezüglich der Tonbandaufzeichnungen in der Hauptverhandlung vertrat *Meyer-Mewes* in seinem Aufsatz die Ansicht, dass § 168a Abs. 2 S. 1 GVG auch für das Hauptverhandlungsprotokoll gelte und es nicht der Zustimmung der Aussageperson bedürfe, ihre Aussage auf Tonband aufzuzeichnen. Als Begründung verwies er beispielhaft auf Aussage-gegen-Aussage-Konstellationen, in denen es nach seiner Ansicht stets auf den Wortlaut der Zeugenaussage ankomme, weil sie entweder als Schuldbeweis von besonderer

101 BVerfG NJW 2001, 1633 ff..

102 Ebd., 1635.

103 NJW 2002, 103 ff..

Bedeutung sei oder unwahr sei und deshalb eine in der Hauptverhandlung begangene Straftat darstelle. Der Zeuge habe daher kein Recht, dass seine Aussage nicht unverfälscht dokumentiert und gesichert werde.

Diesen Ausführungen kann allerdings aus mehreren Gründen nicht gefolgt werden. Dass § 168a Abs. 2 StPO in der Hauptverhandlung nicht gilt, wurde bereits oben dargelegt. Zudem kann nicht die Besonderheit einer Aussagegegen-Aussage-Konstellation für eine generelle Regel für alle Zeugenaussagen herangezogen werden. Zudem kommt es selbst bei solchen besonderen Konstellationen, etwa einem Vergewaltigungsgeschehen ohne weitere Zeugen, nicht auf den Wortlaut der Aussage des vermeintlichen Vergewaltigungsopfers an, weder zum Beweis der Schuld des Angeklagten noch zur Feststellungen, dass die Aussage im Fall ihrer inhaltlichen Unwahrheit eine Straftat darstellt. Schließlich kann ein Gericht nicht nur zu der Überzeugung gelangen, dass eine Zeugenaussage wahr oder unwahr ist, vielmehr kann das Gericht auch zu dem Ergebnis gelangen, die den Angeklagten belastende Wahrheit einer Zeugenaussage nicht feststellen zu können, so dass der Aussage aus verbleibenden Zweifeln nicht gefolgt wird, ohne dass sie deshalb unwahr sein muss.

Aus der damals neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshof zur Möglichkeit des Entfallens der Beweiskraft des Hauptverhandlungsprotokolls nach einer freibeweislichen Überprüfung des tatsächlichen Verfahrensgeschehens zog *Meyer-Mews* den Schluss, dass jedenfalls dem Verteidiger ein Recht zu einer Tonbandaufzeichnung der Hauptverhandlung zugestanden werden müsse, da ihm auf anderem Weg kaum ein freibeweislich verwertbares Mittel zum Nachweis eines falschen Protokolls zur Verfügung stehe.¹⁰⁴ Auch insoweit kann den Ausführungen *Meyer-Mews* indes nicht gefolgt werden. *Meyer-Mews* geht davon aus, dass grundsätzlich jedes Strafverfahren dafür anfällig sei, dass ihm ein falsches Protokoll zu Grunde gelegt wird. Dafür bleibt er indes jeden Nachweis schuldig. Eines solchen Nachweises hätte es aber bedurft, wenn er dafür herangezogen werden soll, den inzwischen wohl unstrittigen Eingriff in das Persönlichkeitsrecht durch die Tonbandaufzeichnung der Aussage der Zeugen oder Sachverständigen zu rechtfertigen. Es ist zudem nicht ersichtlich, welche Verfahrensrügen mittels einer Tonbandaufzeichnung nachweisbar werden sollten. Eine Tonbandaufzeichnung des Wortlautes einer Zeugen- oder Sachverständigenaussage erscheint dafür jedenfalls nicht erforderlich. Andererseits müsste konsequenterweise, wenn dem Verteidiger alle denkbaren und als nötig erachteten Mittel zum

104 Ebd., 106.

potentiellen Beweis einer fehlerhaften Protokollierung zur Verfügung gestellt werden müssten, eine Bild-Ton-Aufzeichnung der Hauptverhandlung zur Verfügung gestellt werden, da eine gewichtige Zahl von zu protokollierenden Vorgängen nicht durch eine Tonaufzeichnung, sondern nur durch eine Bildaufzeichnung nachzuvollziehen sind (z.B. Anwesenheit von Verfahrensbeteiligten, Öffentlichkeit der Hauptverhandlung). Auch erscheint nicht hinreichend geklärt, unter welchen technischen Voraussetzungen eine Tonbandaufzeichnung als verlässliches Mittel des Freibeweises herangezogen werden könnte. Denn *Meyer-Mewes* unterstellt in diesem Zusammenhang den Richtern, dass sie in Fällen der Rekonstruktion von Verfahrensgeschehen bereit seien, eine »ganz andere Erinnerung« (als der Revisionsführer) in der dienstlichen Stellungnahme wieder zu geben, mithin schlicht zu lügen, geht aber andererseits davon aus, dass von Verfahrensbeteiligten selbst angefertigte Tonbänder in deren Hand, wobei offen bleibt, ob er jenes Recht auch dem unverteidigten Angeklagten oder dem Nebenkläger ohne anwaltlichen Beistand zugestehen will, stets ein verlässliches Beweismittel im Freibeweisverfahren sei. Wenn den Gedanken und Anregungen *Meyer-Mewes* auch nicht in Gänze zu widersprechen ist, bedürfte es doch zumindest einer tiefergehenden Diskussion über die Voraussetzungen, unter denen eine Tonaufzeichnung zulässig sein könnte.

Der dritten zentralen These von *Meyer-Mewes*, dass unter Beachtung der §§ 58a, 168a, 247a, 273 Abs. 3 StPO i.V.m. § 183 GVG und des Konfrontationsrechts aus Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK jedenfalls in bestimmten Verfahrenskonstellationen ein Wortprotokoll geführt werden müsse, ist ebenfalls nicht überzeugend. Es mag diskutabel erscheinen, ob insoweit der Gesetzgeber tätig werden müsste und für bestimmte Fallgestaltungen eine Bild-Ton-Aufzeichnung von Zeugenaussagen zwingend vorschreiben sollte. Aus gesetzlichen Normen, die einen Eingriff in das Persönlichkeitsrecht von Betroffenen erlauben, den Schluss zu ziehen, dass damit auch weitere Eingriffe in Persönlichkeitsrechte, die gerade nicht gesetzlich normiert worden sind, erlaubt seien, ist aber schlechterdings unzulässig. Für den zulässigen Eingriff in Persönlichkeitsrechte durch Tonaufzeichnungen bedurfte es gerade jener Normen. Was danach als Eingriffsbefugnis gerade nicht normiert worden ist, kann auch nicht im Weg der Analogie als Befugnis zum Eingriff in grundgesetzlich geschützte Persönlichkeitsrechte herangezogen werden. Nicht nachvollziehbar bleiben schließlich die Ausführungen von *Meyer-Mewes*, dass bei einem Ausschluss des Angeklagten ein Wortprotokoll der Aussage anzufertigen sei, man mit weniger als einer Videoaufzeichnung künftig nicht mehr auskomme und nicht einzusehen sei, warum der Angeklagten das Geschehen nicht in

einem Nebenraum online verfolgen können soll. Hier vermischt *Meyer-Mews* indes gleich drei Wege, ein Geschehen dem ausgeschlossenen Angeklagten bekannt zu geben, ohne das ersichtlich ist, in welchem Verhältnis diese zu einander stehen sollen und welche konkrete Folge er daraus ableiten will.

In der Folgezeit wurde es ruhig um das Thema der Zulässigkeit einer Tonbandaufzeichnung (von Teilen) der Hauptverhandlung zur Gedächtnisstütze. *Neuhaus* kommentierte die Neuerungen durch das Opferrechtsreformgesetz 2004 in seinem Aufsatz aus dem selben Jahr,¹⁰⁵ wobei er insbesondere auch auf gesetzliche Ungereimtheiten bezüglich des Akteneinsichtsrechts der Verteidigung in Aufzeichnungen nach § 58a StPO¹⁰⁶ und die neue Möglichkeit der vorläufigen Tonbandaufzeichnung zur späteren Protokollanfertigung bei den Amtsgerichten hinwies.¹⁰⁷

2007 entschied das OLG Bremen,¹⁰⁸ dass es zulässig sei, Tonaufnahmen in der Hauptverhandlung anzufertigen, wenn durch das Abspielen jener Aufnahme in einem Parallelverfahren verhindert werden kann, dass in jenem Parallelverfahren die Richter des von der Tonaufzeichnung betroffenen Verfahrens – einer Haftsache – mit der Folge des § 22 Nr. 5 StPO vernommen werden müssen. Beachtlich für die Befassung mit der Thematik der Tonbandaufnahme zur Gedächtnisstütze war jene Entscheidung insoweit, als das OLG Bremen die Ansicht vertrat, die betroffenen Zeugen, deren Aussage aufgezeichnet wurde, hätten ihre Persönlichkeitsinteressen schon deshalb unterzuordnen, weil das Ausgangsverfahren in einer angemessen Zeit durchgeführt werden müsse und ohne die Aufzeichnung die Gefahr bestehe, dass die Richter selbst in anderer Sache als Zeugen aussagen müssten und damit in dem Ausgangsverfahren nach § 22 Nr. 5 StPO die Verfahrensaussetzung drohe. Diese Güterabwägung erscheint wegen der besonderen Gewichtung der Interessen des Angeklagten und einer funktionsfähigen Justiz nicht unbedenklich. Zudem nahm das OLG Bremen erneut Bezug auf die schon früher vertretene, aber mehrfach widersprochene Ansicht, dass eine Tonaufzeichnung keine grundsätzliche Beeinträchtigung der Wahrheitsfindung befürchten lasse, da Tonaufzeichnungen inzwischen weit verbreitet und das technische Gerät dem modernen Menschen vertraut und gewohnt sei. Das OLG Bremen blieb indes wie schon die vormaligen Vertreter jener Ansicht einen empirischen Beleg dieser Behauptung schuldig. Zudem unterblieb die Überlegung, ob nicht gerade ein sich in der Öffentlichkeit verbreiterndes

105 StV 2004, 620 ff.

106 Ebd., 623.

107 Ebd., 624.

108 NSTZ 2007, 481 ff.

Wissen um die Missbrauchsmöglichkeiten technisch erfasster Daten die Hemmschwelle eines Zeugen, seine Aussage auf Tonband zu sprechen, noch erhöhen kann.

Der Bundesgerichtshof befasste sich zuletzt 2011 |¹⁰⁹ mit der Thematik einer Tonbandaufzeichnung zur Gedächtnisstütze durch das Gericht. Ohne dass dies, soweit ersichtlich, Gegenstand einer Verfahrensrüge gewesen ist, wies der Senat darauf hin, dass zwar das Anfertigen von Ton- und – in diesem Zusammenhang erstmals erwähnt – Filmaufnahmen als Gedächtnisstütze des Gerichts grundsätzlich zulässig seien. Allerdings sei die Beauftragung eines nicht dem Spruchkörper angehörenden Richters damit, Teile der Hauptverhandlung zur Entlastung des Berichterstatters mitschreiben zu lassen, bedenklich, da Mitschriften stets auch subjektiv geprägt seien und deshalb, wenn nicht von Mitgliedern des Spruchkörpers angefertigt, keine Grundlage für die Beratung und Urteilsfassung bilden können.

Jüngst und letztmals führte schließlich *Rottländer* 2014 |¹¹⁰ aus, dass Ton- und Filmaufnahmen aus der Hauptverhandlung für justizinterne Zwecke zulässig seien, wenn sie vor Missbrauch und Veränderungen sicher geschützt seien. Andere Verfahrensbeteiligte dürften das Hauptverhandlungsgeschehen nicht heimlich aufzeichnen, dies könne ihnen aber vom Vorsitzenden gestattet werden. Allerdings bestehe kein Anspruch von Verfahrensbeteiligten darauf, gerichtsinterne Aufzeichnungen abzuhören, Kopien davon zu erhalten oder eigene Mitschnitte gestattet zu bekommen.

Rottländer fasste in seinen Ausführungen den aktuellen Stand zur Zulässigkeit von Aufzeichnungen in der Hauptverhandlung aus seiner Sicht zusammen, bezog dabei aber teils einseitig Position. Vor allem behauptete *Rottländer* ohne nähere Begründung, dass die Tonbandaufnahmen auch ohne Zustimmung des Betroffenen zulässig seien. Dies überrascht trotz der Bezugnahme auf *Meyer-Goßner* insoweit, weil diese Ansicht jedenfalls in ihrer Allgemeinheit bereits seit den 70er Jahren des 20. Jahrhunderts aufgrund der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts als überholt angesehen werden muss.

Zuzustimmen ist indes der Ansicht *Rottländers*, dass interne Aufzeichnungen des Gerichtes jedenfalls de lege lata nicht Aktenbestandteil werden und den Verfahrensbeteiligten nicht zur Verfügung gestellt werden müssen. Dies ist, wie bei den Notizen des Berichterstatters, weder gesetzlich vorgesehen,

109 NSTZ 2012, 404.

110 NSTZ 2014, 138 f..

noch erforderlich, weil auch der Umfang der Aufzeichnung, so diese denn zulässig ist, im Belieben des Aufzeichnenden steht, ihr Umfang daher auch Rückschlüsse auf eine Würdigung der Relevanz einer Aussage durch den Aufzeichnenden zulässt und der Aufzeichnung zudem in keiner Weise irgendeine Beweisbedeutung zukommt. Auch müsste sich der Aufzeichnende, obwohl er die Aufzeichnung für eigene Zwecke vornimmt, mit leisen Kommentaren oder eventuellen kammerinternen Rückfragen zurückhalten, wenn die Gefahr bestünde, dass diese mit aufgezeichnet werden. Die Freiheit im Umgang mit dem eigenen Notizzettel muss sich jedoch in der Freiheit im Umgang mit der eigenen Tonaufzeichnung fortsetzen, wenn diese nur als Gedächtnisstütze dienen soll.

Wiederum zu widersprechen ist den Ausführungen *Rottländers*, soweit er in der Anfertigung von Tonaufzeichnungen durch Verfahrensbeteiligte in der Hauptverhandlung einen Verstoß gegen die Sachleitungsbefugnis des Vorsitzenden sieht. Es unterliegt zwar der Sachleitungsbefugnis des Vorsitzenden, ob er Aufzeichnungen zulässt, es ist aber nicht Teil der Sachleitung, diese dann auch durchzuführen. Abgesehen davon, dass *Rottländer* für seine diesbezügliche Ansicht eine Begründung schuldig bleibt, ist es nicht ersichtlich, inwieweit es Teil der Sachleitungsbefugnis sein sollte, in welcher Form und auf welche Weise sich Verfahrensbeteiligte – aus dem Kreis der zugelassenen Hilfsmittel – die Erinnerung an den Inhalt der Hauptverhandlung verschaffen.

Nicht frei von Kritik sind schließlich die weiteren Ausführungen *Rottländers*: Dass die Würdigung der Beweise ureigenste und alleinige Aufgabe des Gerichtes ist, trifft zwar zu, soweit es die Urteilsfindung betrifft. Sie ist aber in gleicher Weise auch Aufgabe der übrigen Verfahrensbeteiligten sowohl während der Hauptverhandlung etwa bei der Prüfung, ob bei einem gewissen Stand der Beweisaufnahme noch weitere Beweiserhebungen beantragt werden, als auch bei der Vornahme der Beweiswürdigung im Plädoyer.

Dass technische Hilfsmittel, die dem Gericht zur Verfügung stehen, nicht auch allen Verfahrensbeteiligten zur Verfügung gestellt werden müssen, trifft in Ermangelung einer entsprechenden Regelung in der StPO oder dem GVG ebenfalls zu und entspringt auch nicht dem Fair-Trial-Grundsatz. Besitzt ein Mitglied des Spruchkörpers die Fähigkeit, stenographisch mitschreiben zu können, muss deshalb nicht jedem Verfahrensbeteiligten ein Stenograph an die Seite gestellt werden. Digitalisieren die Mitglieder des Spruchkörpers die Akten und arbeiten in der Sitzung mit ihrem Laptop, muss deshalb nicht jedem anderen Verfahrensbeteiligten ein Laptop zur Verfügung gestellt werden. Dies bedeutet allerdings nur – und insoweit ist *Rottländer* zuzustimmen

–, dass die Verfahrensbeteiligten keinen Anspruch darauf haben, dass ihnen auf Kosten der Staatskasse ein Stenograph an die Seite oder dieselben technischen Mittel wie den Mitgliedern des Gerichts zur Verfügung gestellt wird.

Im Übrigen belässt es *Rottländer* bei einem Hinweis auf die Missbrauchsfahr im Fall einer abredewidrigen Weitergabe der Aufzeichnungen, die das Gericht nicht verhindern könne. Ein derartiger Generalverdacht gegen alle Verfahrensbeteiligten erscheint allerdings unbegründet, mag er im Einzelfall auch angezeigt sein. Dann aber ist er im Einzelfall zu begründen und die Aufzeichnung aus diesem Grund zu versagen. Wenn es allerdings gelingen sollte, Regelungen über die Zulässigkeit von Ton- oder Bild-Ton-Aufnahmen in der Hauptverhandlung zur Gedächtnisstütze des Aufzeichnenden zu formulieren, die den Interessen aller Betroffenen ausreichend Rechnung tragen, ist ein pauschaler Missbrauchsvorwurf nicht geeignet, derartige Aufzeichnungen aus diesem Grund zu versagen.

Aktuelle Kommentierungslage

In den gängigen Kommentaren zum GVG wird die Aufzeichnung von Zeugenaussagen durch das Gericht regelmäßig als zulässig erachtet, wobei für die meisten Konstellationen eine Zustimmung der Person, deren Aussage aufgezeichnet werden soll, für nicht erforderlich gehalten wird. Differenziert betrachtet wird die Zulässigkeit und die gegebenenfalls dazu zu erfüllenden Voraussetzungen für die Aufzeichnung durch andere Verfahrensbeteiligte.

Meyer-Gofßner hält Ton- und Filmaufnahmen für gerichtsinterne Zwecke wie auch für Zwecke der Verteidigung für zulässig, sofern die Aufnahme vor Missbrauch und Fälschung gesichert wird. Dass das Gericht selbst die Aufnahme anfertige, sei nicht erforderlich, der Vorsitzende habe sie aber zu beaufsichtigen. Diese Aufnahmen könnten als Gedächtnisstütze bei der Verhandlungsleitung oder der Beratung, aber auch zur Vorbereitung für Beweisanträge oder die Plädoyers von Staatsanwaltschaft und Verteidigung oder für die Anfertigung des Plädoyers verwendet werden.¹¹¹ Einer Zustimmung der Beteiligten bedürfe es bei Tonaufnahmen nicht, bei Videoaufnahmen hingegen schon.¹¹² Tonbandaufnahmen durch die Staatsanwaltschaft und die Verteidigung dürften nicht heimlich erfolgen, wenn sie vor Missbrauch geschützt seien, »kann und wird ihm der Vorsitzende dies gestatten«. ¹¹³

111 *Meyer-Gofßner/Schmitt*, a.a.O., § 169 GVG, Rn. 11.

112 Ebd., Rn. 13.

113 Ebd., Rn. 12.

Einer Begründung seiner Ansichten oder die Bestimmung der näheren Anforderungen an die Zulässigkeit von Ton- und/oder Bildaufnahmen im Einzelfall nimmt *Meyer-Goßner* nicht vor, so dass unerkant bleibt, warum das Persönlichkeitsrecht der Beteiligten keinen Einfluss auf die Zulässigkeit von Tonaufnahmen haben soll. Unklar bleibt auch, ob *Meyer-Goßner* die Aufnahmen als Aktenbestandteil erachtet. Dass er die Möglichkeit sieht, dass mittels der Aufnahmen Beweisanträge und Plädoyers vorbereitet werden können, spricht dafür, dass er den Aufnahmen die Qualität von Aktenbestandteilen beimessen will.

Neben *Diemer* im Karlsruher Kommentar, der lediglich die Tonaufzeichnungen durch das Gericht erwähnt und diese ohne nähere Begründung auch ohne Einwilligung als zulässig erachtet, |¹¹⁴ schließen sich *Kissel/Mayer* ebenfalls den Ausführungen *Meyer-Goßners* an, |¹¹⁵ beleuchten darüber hinaus aber die Frage nach dem Eingriff in die Persönlichkeitsrechte der Beteiligten und die Wahrheitserforschungspflicht des Gerichts. Dazu weisen sie darauf hin, dass sowohl eine Unkenntnis der Beteiligten über den Verwendungszweck oder deren fehlendes Einverständnis die Wahrheitserforschungspflicht beeinträchtigen könne. Bei einer Zustimmung zur Aufnahme sei diese Beeinträchtigung hingegen nicht zu befürchten. |¹¹⁶ Überraschenderweise erachten *Kissel/Mayer* dann aber die Aufnahme durch das Gericht auch ohne das Einverständnis der Person, deren Aussage aufgezeichnet werden soll, als zulässig, da die Bedürfnisse der Rechtspflege das Interesse des Sprechenden an der Wahrung seines Persönlichkeitsrechts und die Möglichkeit der Beeinflussung und der Verunsicherung des Aussagenden mit allen Folgen für Wahrheitsfindung und Verteidigungsverhalten abzuwägen seien. Besonders in Großverfahren sei die Notwendigkeit der Fixierung von Aussagen im Interesse der Wahrheitsfindung unabweisbar. |¹¹⁷

Offen bleibt dabei, mit welchem Argument die durch eine Fixierung der Aussage gewonnenen Vorteile für die Wahrheitsfindung die Gefahr für die Wahrheitsfindung, die sich im Einzelfall aus einer Verunsicherung des Sprechenden ergeben kann, überwiegen soll. Dass die Wahrheitsfindung besser gelingt, wenn durch die Aufnahme ein Zeuge zwar verunsichert wird, die Aussage des verunsicherten Zeugen dafür aber fixiert ist, dürfte eher fern liegen. Die Verunsicherungsfahr dürfte nach der von *Kissel/Mayer* vertretenen Ansicht noch dadurch steigen, dass er auch die gegen den Willen des

114 *Diemer* in: Karlsruher Kommentar, StPO, 7. Auflage, 2013, § 169, Rn. 13.

115 *Kissel/Mayer*, a.a.O., § 169, Rn. 73 f.

116 Ebd., Rn. 74.

117 Ebd., Rn. 75.

Zeugen angelegte Aufnahme als Aktenbestandteil und damit als der Akten-einsicht aller anwaltlichen oder anwaltlich vertretenen Verfahrensbeteiligten zugänglich ansieht.

Selbst die Aufzeichnung einer Zeugenaussage durch andere Verfahrensbeteiligte erachten *Kissel/Mayer* auch gegen den Willen des Sprechenden als zulässig, da darin kein Unterschied zur ohnehin erlaubten stenographischen Mitschrift liege. Dies dürfe nur untersagt werden, wenn die Aufnahme den Sitzungsverlauf störe oder erkennbar die Wahrheitsermittlung gefährde.¹¹⁸ Die Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts erwähnen *Kissel/Mayer* in diesem Zusammenhang nicht, weshalb verborgen bleibt, aus welchem Grund der Eingriff in das Persönlichkeitsrecht des Sprechenden, dessen Wort auf eine für ihn in der Folge unkontrollierbare Weise fixiert wird, gerechtfertigt sein soll.

Differenziert setzt sich *Wickern* in Löwe-Rosenberg mit der Thematik auseinander, wobei auch er zunächst den vorgenannten Kommentatoren darin zustimmt, dass Aufzeichnungen durch das Gericht zur Gedächtnisstütze zulässig seien, diese aber gegen Missbrauch und Veränderungen zu sichern seien und darauf kein Anspruch seitens der Verfahrensbeteiligten bestehe.¹¹⁹ Grenzen der Zulässigkeit von Aufnahmen sieht *Wickern* dort, wo dadurch die Wahrheitsfindung beeinträchtigt oder Persönlichkeitsrechte verletzt werden könnten, was *Wickern* aber nur für in besonders gelagerten Ausnahmefällen denkbar hält. Dabei zieht er das Argument der Entpersonalisierung, wie es zuvor im Zusammenhang mit Ausführungen von Staatsanwälten und Richtern erörtert worden war, auch für Zeugen und Sachverständige heran. Deren Äußerungen seien in der Regel weit versachlicht und ohne Bezug zum besonders schützenswerten Persönlichkeitskern.¹²⁰ Zudem erachtet *Wickern* den Streit, ob es der Zustimmung des Sprechenden zu der Aufnahme bedürfe, durch die mit dem Zeugenschutzgesetz eingeführten §§ 58a, 168e und 247a Satz 4 StPO als gegenstandslos.¹²¹ Ein neben den sonstigen Voraussetzungen (Belehrung, keine Gefährdung der Wahrheitsfindung oder Verletzung von Persönlichkeitsrechten) bestehendes Zustimmungserfordernis der von der Aufnahme betroffenen aussagenden Person sieht *Wickern* indes für Aufnahmen durch andere Verfahrensbeteiligte, da bei diesen keine Gewähr gegen Missbrauch bestehe.¹²² Schließlich empfiehlt *Wickern* eine umfassende Protokollierung bei der Anfertigung von Aufzeichnungen, denen er nach

118 Ebd., Rn. 80.

119 *Wickern* in: Löwe-Rosenberg, StPO, 26. Auflage, 2010, § 169 GVG, Rn. 46.

120 Ebd., Rn. 48.

121 Ebd., Rn. 47.

122 Ebd., Rn. 49.

der Anfertigung Aktenbestandteilqualität beimit, wegen der Beweismittelähnlichkeit aber eine Aushändigung zur Mitnahme an den Verteidiger ablehnt. |¹²³

Wenngleich sich *Wickern* im Vergleich zu den anderen Kommentatoren deutlich differenzierter mit der Thematik der Aufzeichnungen zur Gedächtnisstütze befasst, bestehen doch gegen die von ihm vertretene Ansicht, dass es der Zustimmung der Verfahrensbeteiligten nicht bedürfe, jene früher strittige Frage sogar gegenstandslos sei, erhebliche Bedenken:

Mit dem Zeugenschutzgesetz sind zwar mehrere Normen in die StPO eingeführt worden, die Aufzeichnungen von Zeugenaussagen auch gegen deren Willen zulassen. Daraus lässt sich indes entgegen *Wickern* nicht entnehmen, dass es nun in keinem Fall gerichtlicher Aufzeichnungen mehr der Zustimmung durch die Aufzunehmenden bedarf. Für die Aufzeichnungen in der Hauptverhandlung und dem sich daraus ergebenden Eingriff in das Persönlichkeitsrecht der betroffenen Person fehlt es gerade an einer gesetzlichen Grundlage, wie sie für andere Fälle durch das Zeugenschutzgesetz eingeführt worden sind. Eine Analogie scheidet zum einen aus, da es sich nicht um eine planwidrige Lücke handelt, zum anderen sind die Zwecke, die durch die Aufzeichnungen verfolgt werden (Opferschutz und Sicherung der Aussage für das weitere Verfahren mit Beweismittelqualität einerseits, Gedächtnisstütze andererseits), nicht vergleichbar.

Zu widersprechen ist zudem der Ansicht *Wickerns*, dass Aussagen von Zeugen in der Regel weit versachlicht sind: Gerade der Zeugenbeweis dient dazu, Beweis über Tatsachen zu führen, die der persönlichen Kenntnisnahme des Zeugen zugänglich waren. Über diese persönliche Kenntnisnahme und deren nähere Umstände hat ein Zeuge zu berichten, mithin gerade nicht über von seiner Person »trennbare« Tatsachen, wie es bei den Ausführungen des Staatsanwalts, auch des Verteidigers oder des Gerichtes der Fall ist. Darüber hinaus kommt es nicht darauf an, ob die Umstände, die ein Zeuge bekundet, zu seinem schützenswerten Persönlichkeitskern gehören, vielmehr darauf, dass gegebenenfalls die Aufzeichnung seiner Aussage selbst einen gegen ihn erzwungenen Eingriff auf sein Recht am eigenen Wort darstellt.

Zusammenfassung

Es ist unklar, weshalb die Thematik der Tonbandaufzeichnung zur Gedächtnisstütze zunehmend aus dem Fokus von Rechtsprechung und Literatur verschwindet. Dies mag daran liegen, dass die Aufzeichnungswünsche in

123 Ebd., Rn. 50.

der Praxis trotz immer weiter verbesserter Technik kaum vorkommen, oder daran, dass sie überwiegend in einer praktikablen Weise im Einzelfall geregelt werden können. Möglicherweise ist die Diskussion auch schlicht durch die zunehmend erhobene Forderung nach einer Videodokumentation der gesamten Hauptverhandlung überlagert, die, würde sie Realität, jede Forderung nach einer Aufzeichnung zur Gedächtnisstütze entbehrlich machen würde.

Bis dahin aber bleibt die Frage zu entscheiden, ob und unter welchen Voraussetzungen Ton- oder Bild-Ton-Aufzeichnungen der Hauptverhandlung zur Gedächtnisstütze schon heute als zulässig gelten dürfte.

Unter Berücksichtigung der obigen Ausführungen und Anmerkungen zu den dargestellten Gerichtsentscheidungen und in der Literatur vertretenen Ansichten lässt sich dies wie folgt beantworten:

- die Anfertigung von Ton- oder Bild-Ton-Aufzeichnungen (von Teilen) der Hauptverhandlung zur Gedächtnisstütze für Mitglieder des Gerichts oder Verfahrensbeteiligte ist gesetzlich nicht verboten;
- über die Gestattung entsprechender Aufzeichnungen entscheidet der Vorsitzende im Rahmen seiner Sachleitungsbefugnis nach pflichtgemäßem Ermessen;
- die Gestattung ist nur zulässig, wenn alle von der Aufnahme betroffenen Gerichtsmitglieder, Verfahrensbeteiligten und Aussagepersonen mit der Aufzeichnung einverstanden sind, wobei zum Kreis der Betroffenen auch die Personen gehören, die sich in dem aufzuzeichnenden Verfahrensteil mit Anträgen oder Zwischenfragen zu Wort melden könnten;
- die Abgabe des jeweiligen Einverständnisses ist freiwillig, muss nicht begründet werden und ist nicht erzwingbar;
- macht eine Person, deren Einverständnis für die Aufzeichnung erforderlich ist, ihr Einverständnis von bestimmten Voraussetzungen abhängig (z.B. einer anwaltlichen Versicherung, dass die Aufzeichnung nicht weiter gegeben wird), ist eine Zusage, diese Voraussetzung zu erfüllen, im Hauptverhandlungsprotokoll zu vermerken;
- bei Bildaufnahmen muss ausgeschlossen sein, dass Personen, die die Öffentlichkeit darstellen, wie auch sonstige Gerichtsbedienstete (etwa Protokollführer, Wachtmeister) ohne deren Einverständnis aufgenommen werden;
- bei der Aufzeichnung muss ausgeschlossen sein, dass das nicht öffentlich gesprochene Wort (Zwischenberatung der Richter/Schöffen, Verteidiger-

- gespräch mit Angeklagtem pp.) von anderen Personen aufgezeichnet wird;
- auch bei Vorliegen des allseitigen Einverständnisses ist die Gestattung zu versagen, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass ein Mitglied des Gerichts, ein Verfahrensbeteiligter oder eine Aussageperson durch die Aufzeichnung in seinem/ihrem Verhalten in einer die Wahrheitsfindung beeinträchtigenden Weise beeinflusst wird;
 - die Gestattung ist zudem zu versagen, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass die Aufzeichnungen zur Information von noch nicht vernommenen Zeugen oder gesondert verfolgten Beschuldigten der verfahrensgegenständlichen Taten dienen oder zu ähnlichen, die polizeiliche oder staatsanwaltschaftliche Ermittlungen oder die Wahrheitsfindung beeinträchtigenden Zwecken verwendet werden sollen;
 - jeder Aufzeichnende ist in der inhaltlichen Gestaltung und dem Umfang der Aufzeichnung frei;
 - jeder Aufzeichnende hat die Aufzeichnung auf eigene Kosten durchzuführen und eigene technische Mittel dafür zu verwenden, für deren Funktionsweise er selbst verantwortlich ist;
 - durch die Aufzeichnungsgeräte darf kein den Verfahrensablauf störender Einfluss ausgehen (Sichtbehinderung, Geräusentwicklung pp.);
 - auch bei gestatteter Aufzeichnung kann niemand gezwungen werden, sein Redeverhalten so zu gestalten, dass die gewünschte Aufzeichnung erfolgen kann, etwa gezielt in ein Mikrofon zu sprechen;
 - Aufzeichnungen sind, unabhängig von dem Aufzeichnenden, nicht zur Akte zu nehmen und müssen nicht aufbewahrt werden;
 - ein Anspruch darauf, Aufzeichnungen anderen zugänglich zu machen, besteht nicht.