

Alexandra Maier

## § 250 StPO: Vorrang des Zeugenbeweises nur bei Zeugenpflicht

Zugleich ein Beitrag zum Zeugenschutz für Kinder\*

In der jüngst abgeschlossenen Hauptverhandlung vor dem Mainzer Landgericht<sup>1</sup> wurde zum Schutz der aussagenden Kinder erstmals ein neues Verfahren angewendet, das jetzt als Alternative zu den herkömmlichen Vernehmungsmethoden im Strafverfahrensrecht festgelegt werden soll.<sup>2</sup> Bei besonders schutzbedürftigen Zeugen soll danach sowohl die Videodirektübertragung während der Hauptverhandlung (Mainzer Modell) als auch die videographische Aufzeichnung der tatnahen richterlichen Vernehmung im Vorverfahren, die die Aussage in der Hauptverhandlung ersetzt, zulässig sein.<sup>3</sup>

Bisher wurde von der Überlegung ausgegangen, daß nach geltendem Recht die Ersetzung einer Zeugenaussage durch eine Videokassette nur zulässig ist, wenn einer der Ausnahmetatbestände des § 251 StPO vorliegt, da andernfalls der Unmittelbarkeitsgrundsatz des § 250 S. 2 StPO verletzt wäre, der festlegt, daß der Zeugenbeweis grundsätzlich dem Urkundenbeweis vorzuziehen ist.

In der Diskussion wird jedoch übersehen, daß hinter den §§ 250, 251 StPO als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal die Voraussetzung steht, daß die aussagende Person zur Aussage verpflichtet ist. Im folgenden versuche ich daher zu zeigen, daß der grundsätzliche Vorrang des Zeugenbeweises für kindliche Zeugen unter vierzehn Jahren nicht gilt und auch auf Vierzehn- bis Sechzehnjährige nicht zwingend Anwendung finden muß.<sup>4</sup>

### I. Rechtslage bei bis zu vierzehnjährigen Zeugen

Bisher wurde eine Zeugenpflicht von Kindern generell unterstellt. Erst *Ursula Nelles* kam in einem jüngst erschienenen Artikel zu dem Ergebnis, daß Kinder bis zum Alter von vierzehn Jahren nicht verpflichtet sind, vor Gericht als Zeugen auszusagen.<sup>5</sup>

Seit Anerkennung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung bedarf es einer Befugnisnorm, wenn persönliche Daten erhoben, gespeichert, verwendet oder wei-

\* Vorab mochte ich Monika Frommel für die vielfältigen Anregungen und geduldige Hilfe bei der Ausarbeitung dieses Artikels danken.

<sup>1</sup> In den sog. »Wormser Kinderverfahren«.

<sup>2</sup> Nachdem im Mai 1996 der Bundesrat einen Gesetzesentwurf zum Schutz kindlicher Zeugen beschlossen und in den Bundestag eingebracht hat, vgl. BR-Drs. 175/96, hat nun auch die Fraktion der CDU/CSU und FDP einen Entwurf vorgelegt, vgl. dazu Gesetz zum Schutz von Zeugen bei Vernehmungen im Strafverfahren (Zeugenschutzgesetz-ZSchG), BT-Drs. 13/7165, vgl. auch ZRP 1997, S. 221 f. Der Entwurf der Bundesregierung beschränkt sich nicht auf die Verbesserung der Situation kindlicher Zeugen, sondern bezieht alle Zeugen ein, denen aus ihrer Zeugenrolle Nachteile erwachsen können.

<sup>3</sup> Beide Einsatzformen werden im Entwurf der Bundesregierung an enge Voraussetzungen geknüpft. Danach sollen Bild- und Tonaufnahmen auch zukünftig die Ausnahme sein.

<sup>4</sup> Im Ergebnis so auch Elke Mildnerberger: *Schutz kindlicher Zeugen im Strafverfahren durch audiovisuelle Medien*, Frankfurt/M. 1995, S. 289 ff.

<sup>5</sup> Ursula Nelles: *Personlichkeitsrechte und Pflichten kindlicher Zeugen im Strafprozeß*. In: Erichsen/Kollhoffer/Welp (Hrsg.), *Recht der Persönlichkeit. Münstersche Beiträge zur Rechtswissenschaft*, Berlin 1996, S. 211 ff. Sie begründet dies damit, daß die allgemeine Zeugenpflicht eine Konkretisierung der »allgemeinen Staatsbürgerpflicht« sei und diese grundsätzlich nur diejenigen treffen kann, die zumindest wahlberechtigt sind.

tergegeben werden.<sup>6</sup> Kinder sind selbst Grundrechtsträger.<sup>7</sup> In der StPO ist nirgendwo geregelt, daß Personen durch eine Ladung verpflichtet werden können, als Zeugen vor Gericht zu erscheinen. Erst aus §§ 48, 70 StPO ergibt sich die Verpflichtung, da das Gericht Zwangsmaßnahmen im Falle des Nichterscheinens verhängen kann und somit die Ladung nach § 48 StPO verbindlich wird. Die Zwangsmittel des § 70 StPO können aber gegen strafunmündige (§ 19 StGB) Kinder nicht verhängt werden. Eine Ladung nach § 48 StPO, als Zeuge vor Gericht auszusagen, stellt damit für Kinder unter vierzehn Jahren nur eine unverbindliche Einladung dar. Von einer Zeugenpflicht könnte jedoch nur dann gesprochen werden, wenn sich Folgen aus der Nichtbefolgung ergäben.<sup>8</sup>

Diese fehlende Zeugenpflicht hat Konsequenzen für den Unmittelbarkeitsgrundsatz des § 250 S. 2 StPO. Der Vorrang des Zeugenbeweises gilt nur, wenn eine Zeugenpflicht besteht. Besteht diese nicht, so kann das Gericht, egal, ob der Zeuge erscheint oder nicht, den Zeugenbeweis durch einen Urkundenbeweis ersetzen. Voraussetzung dafür, daß die Aussage der Kinder durch die Videokassette ersetzt werden kann, ist die Anerkennung des Videobandes als richterliches Vernehmungsprotokoll.

Der Begriff der »Niederschriften« des § 250, 251 StPO ist inhaltsgleich mit dem Begriff des Protokolls i.S.d. § 168 a StPO.<sup>9</sup> Gem. den §§ 168, 168 a Abs. 2 S. 1 StPO kann die richterliche Untersuchungshandlung neben der schriftlichen Niederlegung auch durch ein Tonaufnahmegerät aufgezeichnet werden. Allerdings stellt eine auf diese Weise zustandegekommene Aufzeichnung nur eine vorläufige Protokollierung dar, weil »das Protokoll« gem. § 168 a Abs. 2 S. 2 StPO unverzüglich nach der Vernehmung herzustellen ist. Das Videoband hat eine Doppelfunktion; neben der visuellen Aufzeichnung beinhaltet es auch eine Tonbandaufzeichnung der Aussage, de lege lata ist es daher gem. § 168 a Abs. 2 StPO nur ein vorläufiges Protokoll. Es muß zusätzlich noch eine Niederschrift der Vernehmung angefertigt werden, die als Protokoll zu den Akten genommen wird. Für die hier interessierende Frage, ob das Videoband prozeßrechtlich als Niederschrift zu behandeln ist, ist demnach entscheidend, ob es für die Anwendung des § 251 StPO ausreicht, das vorläufige Protokoll zu verlesen bzw. abzuspielden.

Das Protokoll der richterlichen Untersuchungshandlung dient als Inhaltsprotokoll über die Aussage des Zeugen und als Beweis dafür, daß diese Wahrnehmungen richtig aufgezeichnet wurden.<sup>10</sup> Die inhaltliche Qualität des Videobandes ist der bloßen Verlesung einer Niederschrift überlegen, da hier sowohl eine auditive als auch eine visuelle Wiedergabe der Vernehmung im Vorverfahren möglich ist. Das erkennende Gericht kann sich einen genauen Eindruck von dem aussagenden kindlichen Zeugen machen, da es einerseits die genaue Ausdrucksweise und Stimmlage des Kindes hört. Andererseits kann es sein Verhalten während der Aussage beobachten. Der BGH sah schon in der Tonbandaufnahme erhebliche Vorteile gegenüber dem herkömmlichen Protokoll und befürwortete mit einem »Erst-Recht-Schluß« die Fixierung einer Erklärung auf Tonband.<sup>11</sup> Diese Argumentation dehnt der Strafrechtsausschuß des Deutschen Richterbundes in seinem Gutachten auf vorliegende Konstellation aus und subsumiert daher aufgrund einer teleologischen Auslegung das Videoband unter die Vorschrift des § 251 StPO.<sup>12</sup>

6 BVerfGE 65, 1 ff.

7 BVerfGE 24, 119 ff.

8 Nelles (Fn. 5), S. 221.

9 Allg. Meinung, vgl. etwa KK – Mayr, StPO, § 251, Rdnr. 12.

10 Roggeman: *Das Tonband im Strafverfahrensrecht*, Göttingen 1992, S. 74.

11 BGHSt 14, 340, wo es um eine Verwertung nach § 254 StPO ging.

12 Kintzi DRiZ 1996, S. 189.

Dem ist aber nicht ohne weiteres zuzustimmen, da bei dieser Argumentation die zweite Funktion des Protokolls, der Nachweis über die korrekte Wiedergabe der Schilderungen, außer Acht gelassen wurde. Diesem Erfordernis kann durch ein »Informationsblatt«, das in einem Umschlag mit der versiegelten Videoaufnahme aufbewahrt wird und das Angaben zur Einhaltung der wesentlichen Förmlichkeiten enthält<sup>13</sup>, nachgekommen werden. Damit sind beide Funktionen des »schriftlichen Protokolls« im Sinne des § 251 StPO eingehalten, so daß das Abspielen der Videokassette in der Hauptverhandlung diesem Tatbestandsmerkmal zugeordnet werden kann.

Diese Lösung ist m. E. überzeugender als die Einordnung des Videobandes als Augenscheinsbeweis. Dann nämlich könnten die videographischen Aufzeichnungen nur ergänzend zur Verlesung des schriftlichen Vernehmungsprotokolls abgespielt werden.<sup>14</sup> Diese Methode entspricht zwar in etwa der vom BGH gebilligten Gerichtspraxis bei der Einführung von Tonbandaufnahmen nach § 100 a StPO, wobei dort die Verlesung eindeutig im Vordergrund steht.<sup>15</sup> Sie erscheint aber etwas gekünstelt, da die Videoaufnahme gegenüber einem schriftlichen Protokoll deutlich ein Mehr an Sachaufklärung bietet. Bei der Protokollierung wird beispielsweise die Ausdrucksweise des Kindes durch die des Vernehmungsbeamten ersetzt, während man bei der Videokassette den Originalton der Aussage in der Hauptverhandlung hört. Das Gericht erhält somit beim Abspielen der videographischen Aufzeichnung eine der persönlichen Vernehmung am nächsten stehende Aussage.<sup>16</sup>

Aufgrund dieser Rechtslage sollte jede ermittlungsrichterliche Vernehmung auf Video konserviert werden, da ansonsten in der Hauptverhandlung nur das Vernehmungsprotokoll als Medium zur Verfügung steht.

## II. Verfahrensweise bei strafmündigen vierzehn- bis sechzehnjährigen Zeugen

Wie bereits festgestellt wurde, korreliert die Zeugenpflicht grundsätzlich mit der Möglichkeit, Zwangsmaßnahmen nach § 70 StPO zu verhängen. Weil gegen Vierzehn- bis einschließlich Sechzehnjährige unter Umständen (vgl. § 3 JGG) die Zwangsmittel des § 70 StPO angewendet werden können, liegt die Zeugenpflicht dieser Altersgruppe juristisch in einer »Grauzone«.

Da aber auch Jugendliche im Alter zwischen vierzehn und sechzehn Jahren durch die Zeugenaussage besonders belastet werden<sup>17</sup>, ist zu überlegen, ob die §§ 250, 251 StPO aufgrund einer Schutzpflicht des Staates verfassungskonform so auszulegen sind, daß bei Weigerung der jugendlichen Zeugen, vor Gericht zu erscheinen und auszusagen, regelmäßig der Ausnahmetatbestand des § 251 Abs. 1 Nr. 2 a. E. StPO erfüllt und daher die Videokassette in der Hauptverhandlung abzuspielen wäre.

Nicht zuzustimmen ist einer Lösung, die den Unmittelbarkeitsgrundsatz zu umgehen versucht, wie dies bei *Birgit Wegner* anklingt. Ihrer Ansicht nach dient der Unmittelbarkeitsgrundsatz nur der Wahrheitserforschung und tritt im Konfliktsfalle hinter ihr zurück.<sup>18</sup> Der Tatrichter könnte sich dann aber leichtfertig und ohne

<sup>13</sup> Vgl. zum genauen Inhalt Mildenerger (Fn. 4), S. 259 f.

<sup>14</sup> Zschockelt/Wegner NSTZ 1996, S. 308.

<sup>15</sup> BGHSt 27, 135 ff.

<sup>16</sup> Nicht verständlich ist daher § 255 a ZSchG, der die Vorführung der Bild-Ton-Aufzeichnung zuläßt, wenn die Verlesung der Niederschrift zur Erforschung der Wahrheit nicht ausreicht.

<sup>17</sup> BR-Drs. 348/74, S. 17.

<sup>18</sup> ZRP 1995, S. 406 ff.

nähere Begründung über gesetzliche Bestimmungen hinwegsetzen. Das Gericht könnte beispielsweise Zeugen jederzeit mit der Begründung nicht vernehmen, daß ihre Vernehmung der Wahrheitsforschung weniger dienlich sei als Urkunden. Richterliches Ermessen spielt aber nur im Rahmen der §§ 251, 244 Abs. 2 StPO eine Rolle.

Ebenso verfehlt wäre die Überlegung, der Unmittelbarkeitsgrundsatz sei bei der Ersetzung der unmittelbaren Zeugenaussage durch die Videokassette nicht berührt. Da es sich bei den Videoaufnahmen um Augenscheinsobjekte handle und es nur um die Beobachtung des filmisch festgehaltenen Verhaltens des Kindes gehe, seien lediglich §§ 244 Abs. 2, 86 StPO als Maßstab heranzuziehen. Im Ergebnis wird nach dieser Lösung gerade der gedankliche Inhalt der Schilderungen in die Hauptverhandlung eingeführt. Dann sind aber die §§ 250 ff StPO direkt betroffen. Die strengen Vorschriften über den Urkundenbeweis können nicht einfach durch die rechtliche Einordnung als Augenscheinsobjekt umgangen werden.

### 1. Schutzpflichten des Staates im Rahmen der Auslegung der StPO bzw. de lege ferenda

Unstreitig ist, daß die traditionellen Vernehmungsmethoden kindliche Opferzeugen belasten und zudem die Sachaufklärung – verglichen zu den audiovisuellen Vernehmungsmethoden – erschweren, da die Kinder die Geschehnisse in der Hauptverhandlung wegen ihres abnehmenden Erinnerungsvermögens oder aus Angst oft weniger detailliert schildern als bei früheren Vernehmungen.<sup>19</sup> Gerichtsverhandlungen können auch traumatisieren, etwa bei schweren Loyalitätskonflikten. Mögliche sekundäre Traumatisierungen (also nicht nur Belastungen) sind für den bundesdeutschen Raum zwar noch nicht präzise beschrieben.<sup>20</sup> Die psychologische Forschung hat aber eindeutig festgestellt, daß kindliche Zeugen vor, während und nach der Hauptverhandlung verschiedenen Faktoren ausgesetzt sind<sup>21</sup>, die dazu führen, daß Kinder entweder überhaupt nicht aussagefähig<sup>22</sup> sind oder so eingeschränkt, daß sie eine »anrührende Hilflosigkeit und Angst«<sup>23</sup> vermitteln. Diese Erkenntnisse zeigen, daß die vorhandenen Zeugenschutzbestimmungen, beispielsweise die §§ 241 a, 247 StPO, nicht ausreichend sind.<sup>24</sup> Selbst wenn diese Bestimmungen entgegen der gängigen Gerichtspraxis<sup>25</sup> tatsächlich angewendet würden, zeigt ein näherer Blick, daß

19 Hill/Hill (1987), S. 815 f.; Frommel, KritV 1995, S. 177 ff.

20 Für das anglo-amerikanische Rechtsgebiet liegen uns verschiedene Untersuchungen vor, vgl. den Überblick bei Goodman et al.: *Testifying in Criminal Court: Emotional Effects on Child Sexual Assault Victims*, Chicago 1992, S. 6 ff.

21 Volbert/Pieters: *Zur Situation kindlicher Zeugen vor Gericht. Empirische Befunde zu Belastungen durch Strafverfahren und mögliche Reformmaßnahmen*, Berlin 1993, S. 16 ff. Teilweise wird angenommen, daß die Aussage vor Gericht den Kindern helfe, durch die aktive Thematisierung das Erlebte zu verarbeiten, Volbert/Pieters S. 14; Pfafflin, StV 1997, S. 98. Die in diesem Zusammenhang zitierte Studie von Runyan et al. (Pfafflin zitiert Goodman et al., die aber wiederum auf diese Studie verweisen, vgl. Goodman et al. (Fn. 20), S. 6, 8) zeigen aber, daß ein solcher positiver Effekt nur bei Zeugen, die vor Zivilgerichten ausgesagt haben, erreicht wurde; vor den Strafgerichten wurde die Aussage im Gegensatz dazu als belastend empfunden, vgl. Withcomb: *When the Victim is a Child*, National Institute of Justice (Hrsg.), Washington 1992, S. 27. Ein positiver Effekt ist eventuell bei minder schweren Fällen des Mißbrauchs vorstellbar, nicht aber in Fällen des wiederholten Mißbrauchs durch Familienangehörige.

22 Vgl. Erfahrungsbericht der Sitzungsvertreter der Staatsanwaltschaft über den Gang der Hauptverhandlung im sog. »Wormser Kinderverfahren«, S. 4.

23 Dahs, NJW 1996, S. 178.

24 Dieser Ansicht sind aber offensichtlich Volbert/Pieters (Fn. 21), S. 11.

25 Kintzi, DRiZ 1996, S. 187. Zwar wurde nach einer Untersuchung von Volbert/Busse die Entfernung des Angeklagten aus dem Sitzungssaal gem. § 247 StPO in 43 von 88 Fällen angeordnet, diese Zahl wird aber von den Autoren nachfolgend selber relativiert, da zumeist vor Ausschluß des Angeklagten eine Vernehmung in Anwesenheit »probiert« wurde, Volbert/Busse: *Belastungen von Kindern im Strafverfahren*

bei § 241 a StPO lediglich eine »Umwegbefragung« erfolgt. Kinder sind einer konfrontativen Verteidigung ausgesetzt, da sie sich im gleichen Raum mit dem Verteidiger befinden und deshalb die Fragestellung des Verteidigers unmittelbar wahrnehmen können. Auch eine Konfrontation mit dem Angeklagten kann selbst bei behutsamer Vorgehensweise des Richters durch § 247 StPO nicht verhindert werden, da spätestens bei der Entscheidung über die Entlassung des Zeugen der Angeklagte im Gerichtssaal zuzulassen ist.<sup>26</sup>

Nach den Erfahrungen der Jugendpsychologie sind Zeugen im Alter von vierzehn bis sechzehn Jahren als emotional ebenso gefährdet anzusehen wie jüngere Kinder.<sup>27</sup> Es ist also auch über einen Schutz der strafmündigen und somit eingeschränkt zeugenpflichtigen Jugendlichen nachzudenken.

Den Staat trifft im Rahmen seines Wächteramtes über das Kindeswohl, das Ausfluß der Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 1 und 6 GG ist<sup>28</sup>, die Verpflichtung, Kinder, die sich entscheiden, nicht als Zeugen vor Gericht auszusagen, aus der Hauptverhandlung herauszuhalten. Eine Verpflichtung der Kinder und Jugendlichen, vor Gericht zu erscheinen und auszusagen, kann aufgrund des verfassungsrechtlich niedergelegten Wächteramtes des Staates nicht angenommen werden.

Kinder und Jugendliche haben als Grundrechtsträger einen eigenen Anspruch auf den Schutz des Staates, sie haben eine eigene Menschenwürde und ein eigenes Recht auf Entfaltung ihrer Persönlichkeit.<sup>29</sup> Der Staat muß hierüber wachen und das Kind, das des Schutzes bedarf und sich noch nicht selbst zu schützen vermag, davor bewahren, daß es in seiner Entwicklung Schaden erleidet.<sup>30</sup> Aufgrund dieses Wächteramtes ist es dem Staat sogar erlaubt, in den strengen Grenzen des Art. 6 Abs. 3 GG, die Kinder gegen den Willen der Erziehungsberechtigten von der Familie zu trennen. Wenn dieser Eingriff möglich ist, dann muß es auch einen effektiven Schutz gegen unerträgliche Eingriffe geben, die vom Staate selbst ausgehen und zu denen eine Verpflichtung, trotz multipler Belastungen als Zeuge in einem Strafprozeß auszusagen, gehört.

Im Bundesrecht ist dieser Grundgedanke des Minderjährigenschutzes vielerorts umgesetzt worden. Das BGB schützt Minderjährige beispielsweise in den §§ 107 ff, 828, 1748. Besonders deutlich wird dieser Schutzauftrag jedoch im JGG; hier wurde für jugendliche Straftäter ein eigenes Verfahrensrecht, mit der Möglichkeit, alternative Sanktionsmaßnahmen zu verhängen, geschaffen. Auch das Strafverfahrensrecht schützt die bis zu Sechzehnjährigen in den §§ 247, 241 a. Der staatliche Schutzauftrag ist aber in der StPO bisher noch nicht effektiv umgesetzt worden.

Der Staat unterliegt im Rahmen seiner Schutzpflicht einem Untermaßverbot.<sup>31</sup> Dieses an den Gesetzgeber gerichtete Untermaßverbot korreliert mit dem Übermaßverbot des Abwehrrechts. Wenn beim ambivalenten Schutzeingriff gegen den Störer dessen Abwehrrecht zu wahren und das Schutzbedürfnis des Opfers zu erfüllen ist, sind die gegenläufigen Maximen zum Ausgleich zu bringen.<sup>32</sup> Man kann diesen Gedanken auch auf die Auslegung von §§ 48, 70 StPO übertragen; Vorschriften, die

*wegen sexuellen Mißbrauchs*, in: Salgo (Hrsg.), *Vom Umgang der Justiz mit Minderjährigen. Auf dem Weg zum Anwalt des Kindes*, Neuwied/Kriftel/Berlin 1995, S. 80.

<sup>26</sup> Vgl. BGH in NJW 1986, S. 267.

<sup>27</sup> BR-Drs. 248/74, S. 17.

<sup>28</sup> BVerfGE 60, 88; OLG Bamberg NJW 1995, S. 1689 und in Fortführung dieser Entscheidung NJW 1996, S. 1223.

<sup>29</sup> BVerfGE 12, 144.

<sup>30</sup> BVerfGE 12, 144; in dieser Entscheidung ging es um Verfassungsmaßigkeit des § 1747 Abs. 3 BGB.

<sup>31</sup> Dieses Argument wird allgemein im Zusammenhang mit der »Abtreibungsproblematik« ins Spiel gebracht, vgl. BVerfGE 88, 254 f.

<sup>32</sup> Isensee: *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Band V, Heidelberg 1992, § 111, Rdnr. 165.

letztlich entscheidend für die Annahme einer Zeugenpflicht von Jugendlichen zwischen vierzehn und sechzehn Jahren sind. Dann stellt sich die Frage, ob die Verteidigungsrechte des Angeklagten nicht hinnehmbar eingeschränkt werden, wenn eine Zeugenpflicht der Jugendlichen zwischen vierzehn und sechzehn Jahren abgelehnt wird und ihre Aussage in der Hauptverhandlung durch die Videokonserve ersetzt wird.

Da die Vernehmung des Kindes im Vorverfahren die vorweggenommene Vernehmung in der Hauptverhandlung darstellt, sollte das Gericht für den Fall, daß der Beschuldigte noch keinen Verteidiger hat, im Rahmen der Fürsorgepflicht<sup>33</sup> oder gem. § 140 Abs. 2 StPO (Schwierigkeit der Sach- und Rechtslage) dem Beschuldigten schon für das Vorverfahren einen Verteidiger bestellen.

Bei der Aufnahme des Videos haben der Angeklagte und sein Verteidiger ein mittelbares Anwesenheits- und Fragerecht, indem die Vernehmung in einen Nebenraum direktübertragen wird. Diese Vorgehensweise stellt keinen Eingriff in die Angeklagte Grundrechte dar, da seine Stellung gegenüber der Möglichkeit des § 247 StPO, also seinem völligen Ausschluß von der Vernehmung des Kindes, verbessert wird. Auch die Rechte des Verteidigers werden letztlich nicht eingeschränkt, da er zwar ein unmittelbares Anwesenheitsrecht in der Hauptverhandlung hat, aber auch nur ein mittelbares Fragerecht gem. § 241 a StPO.

Als einzige mögliche Schlechterstellung des Angeklagten kommt der Fall in Betracht, daß entlastende Tatsachen erst zu einem Zeitpunkt bekanntwerden, in dem das Kind bereits vernommen wurde. In solchen Fällen kann das Kind jedoch ausnahmsweise erneut – mittels der audiovisuellen Vernehmungsmethoden – zu den neuen Tatsachen gehört werden. Wie die Abwägung zeigt, stellt eine Vernehmung mittels audiovisueller Techniken keinen nicht hinnehmbaren Eingriff in die Beschuldigtenrechte dar. Aufgrund der Verpflichtung des Staates zum Schutze von Minderjährigen können jugendliche Opfer einer Straftat gegen die sexuelle Selbstbestimmung nicht verpflichtet werden, als Zeugen vor Gericht zu erscheinen und auszusagen.

## 2. Folgerungen über die Hauptverhandlung

§§ 250, 251 StPO erlauben die Ersetzung des unmittelbaren Zeugenbeweises durch berichtende Urkunden nur dann, wenn einer der Ausnahmetatbestände des § 251 StPO vorliegt. Steht das persönliche Beweismittel nicht zur Verfügung, so erlaubt § 251 StPO aufgrund der das ganze Strafverfahren beherrschenden Aufklärungspflicht, die Verlesung von berichtenden Urkunden.<sup>34</sup> Entscheiden sich Kind und Eltern – oder gegebenenfalls das Vormundschaftsgericht<sup>35</sup> – dafür, im Sinne des Kindeswohls das Kind in der Hauptverhandlung nicht aussagen zu lassen, dann steht der Personalbeweis dem Gericht nicht zur Verfügung, da der Zeuge nicht erreichbar ist. Das Gericht muß dann, um Beweisverluste zu vermeiden, auf die Videokonserve zurückgreifen und diese als Ersatz der unmittelbaren Schilderung des Zeugen in der Hauptverhandlung abspielen. Dieser Sachverhalt ist unter das Tatbestandsmerkmal des § 251 Abs. 1 Nr. 2 a. E. StPO als ein »nicht zu beseitigendes Hindernis« zu subsumieren.

Zu denken ist in diesem Zusammenhang auch daran, gem. §§ 251 Abs. 2 S. 2 StPO ein nicht richterliches Vernehmungsvideo abzuspielen, wenn die Vernehmung der

<sup>33</sup> Kleinknecht, StPO, Einl., Rdnr. 155.

<sup>34</sup> LR – Gollwitzer, StPO, § 251, Rdnr. 2.

<sup>35</sup> Dazu näher unter III.

Kinder aus Gründen des Kindeswohls für das Gericht auf absehbare Zeit unmöglich ist. Nach dieser Vorschrift können Niederschriften über andere als richterliche Vernehmungen und schriftliche Erklärungen des Zeugen selbst verlesen werden. Zu den schriftlichen Erklärungen gehören auch Urkunden, die mit Zustimmung und im Auftrag des Zeugen hergestellt wurden.<sup>36</sup> Daher können neben polizeilichen und staatsanwaltlichen Vernehmungsvideos auch solche von Betreuern oder Psychologen in die Hauptverhandlung eingeführt werden.

Allerdings müssen die Verteidigungsrechte des Angeklagten, insbesondere die Grenzen des Art. 6 Abs. 1 und Abs. 3 lit. d. MRK, beachtet werden. Dem Beschuldigten muß also bei der Vernehmung ein Anwesenheits- bzw. Fragerecht eingeräumt worden sein. Diese Anwesenheitsrechte sind bei nicht richterlichen Vernehmungen nicht normiert. Damit in solchen Fällen dem Angeklagten ein Fragerecht gewährt werden kann und das Gericht einen persönlichen Eindruck des kindlichen Opfers bekommt, kann es das Kind in diesem Fall dennoch zur Hauptverhandlung laden und vernehmen. Eine solche Vernehmung kann aber erheblich behutsamer verlaufen, da eine genaue Schilderung der tatrelevanten Geschehnisse bereits auf Video vorliegt. Die Verteidigungsrechte wären also auch bei dieser Vorgehensweise nicht eingeschränkt.

Kommt das Gericht im Einzelfall zum Ergebnis, daß das Kindeswohl Vorrang hat, dann sollte de lege ferenda eine Regelung geschaffen werden, die es dem Gericht ermöglicht, die Videokassette abzuspielen und das Kind nur noch zwecks eines persönlichen Eindrucks oder der Ermittlung von zusätzlichen Tatsachen zu vernehmen.

### *III. Wahrnehmung der Rechte kindlicher Zeugen im gesamten Verfahren*

Da die Zeugen, deren Aussage auf Video aufgenommen werden soll, minderjährig sind, können sie nach §§ 104 ff. BGB keine rechtlich bindende Erklärung abgeben. Daher können sie die Frage, ob sie vor Gericht aussagen oder ihre Schilderung im Vorverfahren auf Video konserviert werden soll, nicht allein entscheiden. Zu denken ist in diesem Zusammenhang daran, daß das Gericht im Rahmen seiner Fürsorgepflicht<sup>37</sup> dazu verpflichtet ist, dem Kind eine Nebenklagevertretung oder einen Zeugenbeistand beizuordnen, um darauf zu achten, daß die Rechte des kindlichen Zeugen im Verfahren eingehalten werden und um zu entscheiden, ob das Kind in der Hauptverhandlung als Zeuge aussagen kann oder ob das Kindeswohl dem entgegen steht.

Wird vom Gericht kein Zeugenbeistand bestellt, sollte diese Entscheidung den gesetzlichen Vertretern des Kindes in Anlehnung an § 52 Abs. 2 StPO zustehen. Ist ein Elternteil selbst Beschuldigte/r, kann er/sie gem. § 52 Abs. 2 StPO nicht mehr über die Ausübung des Zeugnisverweigerungsrechts entscheiden. Steht gem. §§ 1626 Abs. 1, 1629 Abs. 1 BGB beiden Eltern das Sorgerecht zu, so kann der nicht beschuldigte Ehegatte gem. § 52 Abs. 2 S. 2 StPO nicht allein die Zustimmung geben. Sind die gesetzlichen Vertreter des Kindes somit von der Ausübung der Bewilligung ausgeschlossen, so erhält das Kind gem. § 1909 Abs. 1 S. 1 BGB für diese Entscheidung einen Pfleger.<sup>38</sup> Das Gesetz gibt dagegen dem allein sorgeberechtigten Ehegatten die Möglichkeit der Vertretung, sofern der Ehegatte, der nicht gesetzlicher Vertreter des

<sup>36</sup> Kleinknecht, StPO, § 251, Rdnr. 32.

<sup>37</sup> Vgl. Kleinknecht, StPO, Einl., Rdnr. 155 f.

<sup>38</sup> KK – Perlchen, StPO, § 52, Rdnr. 29.

Kindes ist (beispielsweise der Stiefvater), nicht Beschuldigter ist oder wenn es sich bei dem Beschuldigten um einen nahen Verwandten handelt. Mit *Rieß*<sup>39</sup> ist hier eine Analogie zu § 52 Abs. 2 StPO anzunehmen, da der Gesetzgeber mit der Norm die Fälle regeln wollte, in denen der nicht beschuldigte Partner in der Ausübung des Zeugnisverweigerungsrechts in einen Interessenkonflikt gerät<sup>40</sup> und ein solcher auch bei diesen Konstellationen anzunehmen ist.

#### *IV. Resümee*

Historisch wurden Verletzteninteressen aus dem Strafprozeß verdrängt. Die Reformen der letzten Jahre, das Opferschutzgesetz, das Gesetz für die Entschädigung von Opfern von Gewalttaten und der Täter-Opfer-Ausgleich, haben bereits eine legislative Grundlage geschaffen, damit die Opferinteressen vermehrt im Prozeß berücksichtigt werden können. Dem ZSchG liegt der Gedanke zugrunde, dem Anspruch des Verletzten auf ein faires Verfahren und Wahrung seiner berechtigten Interessen Rechnung zu tragen.<sup>41</sup> Für über sechzehnjährige Zeugen ist der Gesetzesentwurf der Bundesregierung sicherlich ein weiterer Schritt in Richtung Opferschutz, der speziellen Situation kindlicher und jugendlicher Zeugen wird er jedoch nicht gerecht.

## Michael Maier-Borst Folter – Außenpolitische Ächtung versus innenpolitische »Zurückhaltung« in der Bundesrepublik

### *Einleitung*

Ein Spannungsverhältnis zwischen Innen- und Außenpolitik festzustellen oder Inkonsistenzen in einem der beiden Felder zu markieren, gehört zum alltäglichen Geschäft der Opposition, der Nichtregierungsorganisationen und der Sozialwissenschaften. Der Aufsatz versucht, Probleme der wirksamen Bekämpfung bzw. Ächtung von Folter durch Politik und Recht in der Bundesrepublik Deutschland nachzuzeichnen. Anfangs sollen kurz die Ansatzpunkte im internationalen Recht für die Arbeit von amnesty international (ai) gegen Folter sowie insbesondere das Engagement der Organisation für den Schutz von politischen Flüchtlingen erläutert werden. Danach wird einerseits der vermeintliche gesellschaftliche Konsens in der Bundesrepublik hinterfragt, der vorgibt, Folter sei umfassend geächtet, andererseits sollen abschließend mit Blick auf die asylrechtliche Seite von Folter einige Probleme in der Betreuungsarbeit von gefolterten Flüchtlingen aufgezeigt werden.

<sup>39</sup> Ohne weitere Begründung in NJW 1975, S. 83.

<sup>40</sup> BT-Drs. 7/551, S. 59 f.

<sup>41</sup> BT-Drs. 13/7165, S. 4.