



# **BUNDESGERICHTSHOF**

**IM NAMEN DES VOLKES**

## **URTEIL**

6 StR 340/21

vom

14. Dezember 2022

in der Strafsache

gegen

wegen sexuellen Missbrauchs von Kindern u.a.

Der 6. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat in der Sitzung vom 14. Dezember 2022, an der teilgenommen haben:

Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof Prof. Dr. Sander,

Richter am Bundesgerichtshof Dr. Feilcke,

Richter am Bundesgerichtshof Wenske,

Richter am Bundesgerichtshof Fritsche,

Richterin am Bundesgerichtshof von Schmettau  
als beisitzende Richter,

Staatsanwältin beim Bundesgerichtshof

als Vertreterin des Generalbundesanwalts,

Rechtsanwalt K. ,

Rechtsanwalt G.

als Verteidiger,

Amtsinspektorin

als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle,

für Recht erkannt:

1. Die Revision der Staatsanwaltschaft gegen das Urteil des Landgerichts Schwerin vom 30. September 2020 wird verworfen.
2. Die Kosten des Rechtsmittels und die dem Angeklagten dadurch entstandenen notwendigen Auslagen fallen der Staatskasse zur Last.

- Von Rechts wegen -

Gründe:

1 Das Landgericht hat den Angeklagten vom Vorwurf des sexuellen Missbrauchs von Kindern in Tateinheit mit sexuellem Missbrauch von Schutzbefohlenen in zwei Fällen aus tatsächlichen Gründen freigesprochen. Dem hiergegen gerichteten, auf Verfahrensrügen und die Sachrüge gestützten und vom Generalbundesanwalt vertretenen Rechtsmittel der Staatsanwaltschaft bleibt der Erfolg versagt.

I.

2 1. Mit der Anklage legt die Staatsanwaltschaft dem Angeklagten zur Last, seinen im Jahre 2013 geborenen Sohn J. im Zeitraum 1. Januar 2017 bis

30. Januar 2020 im elterlichen Schlafzimmer sowie in einer Gartenlaube aufgefordert zu haben, am Penis des Angeklagten zu manipulieren, wobei der Junge dem jeweils bis zum Samenerguss nachgekommen sei.

3                    2. Die Strafkammer hat zu den Anklagevorwürfen keine näheren Feststellungen getroffen. Der Angeklagte hat sich auf sein Schweigerecht berufen. Sein Sohn als einziger unmittelbarer Tatzeuge hat in der Hauptverhandlung das Zeugnis verweigert. Die Bild-Ton-Aufzeichnung seiner ermittelungsrichterlichen Videovernehmung hat die Strafkammer als unverwertbar angesehen. Dessen ungeachtet hat das Landgericht die Aussage des kindlichen Zeugen in den Urteilsgründen gewürdigt, diese aber wegen „gravierender Mängel“ für ihre Überzeugungsbildung in der von ihm angenommenen Aussage-gegen-Aussage-Konstellation nicht als tragfähig angesehen, sodass diese „auch ohne“ Annahme des Beweisverwertungsverbots „nicht zu einer Verurteilung ausgereicht hätte“.

## II.

Den erhobenen Verfahrensrügen bleibt der Erfolg versagt.

4                    1. Die auf die unzutreffende Annahme eines Beweisverwertungsverbotes gestützte Aufklärungsrüge (Verfahrensrüge II.1.a) ist bereits unzulässig (§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO).

5                    a) Ihr liegt folgendes Verfahrensgeschehen zugrunde:

6                    Auf Antrag der Staatsanwaltschaft wurde der sechsjährige Zeuge J.  
G.                    am 21. Februar 2020 ermittelungsrichterlich vernommen; hiervon wurde-

eine Bild-Ton-Aufzeichnung gefertigt. Der mit Blick auf ein – irrtümlich angenommenes – gemeinsames Sorgerecht des Angeklagten und der Kindsmutter bestellte Ergänzungspfleger hatte tags zuvor schriftlich gegenüber dem Amtsgericht erklärt, dass das Kind von seinem Zeugnisverweigerungsrecht keinen Gebrauch machen werde. Zu Beginn der Vernehmung wurde der Zeuge richterlich auf seine Wahrheitspflicht hingewiesen und ferner wie folgt belehrt: „Und wenn wir jetzt Fragen stellen nach deinem Papa und du sagst, ach, das will ich lieber nicht beantworten, dann sagst du mir das. Dann sagst du mir, das will ich lieber nicht erzählen, okay?“. Anschließend sagte der Zeuge zur Sache aus. Der Verteidiger konnte mittels elektronischer Nachrichten an der Vernehmung aus einem Nebenzimmer mitwirken, in das die Vernehmung audio-visuell übertragen wurde.

7 Die Kindsmutter, die Zeugin G. , erklärte im August 2020 im Rahmen eines familiengerichtlichen Verfahrens zu Protokoll, mit der Verwertung der Bild-Ton-Aufzeichnung der ermittelungsrichterlichen Vernehmung durch das Landgericht einverstanden zu sein. In der Hauptverhandlung vor der Strafkammer wiederholte sie dieses Einverständnis. Dort berief sich indes J. G. nach Belehrung auf sein Zeugnisverweigerungsrecht. Sodann wurde er gefragt, ob er mit Blick auf die fehlerhafte Belehrung bei seiner ermittelungsrichterlichen Vernehmung „bei ordnungsgemäßer Belehrung zu einer Aussage bereit gewesen wäre“.

8 b) Die Beschwerdeführerin trägt die für eine revisionsgerichtliche Prüfung des Geschehens erforderlichen Tatsachen nicht vollständig vor (§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO).

9 aa) Nach dem Beschwerdevorbringen wäre die Bild-Ton-Aufzeichnung wegen einer rechtsfehlerhaften Belehrung des Zeugen durch den Ermittlungsrichter grundsätzlich unverwertbar.

10 (1) Zwar steht die nachträgliche Ausübung eines Zeugnisverweigerungsrechts der Verwertung der Bild-Ton-Aufzeichnung einer früheren richterlichen Vernehmung nach § 255a Abs. 2 StPO grundsätzlich nicht entgegen (vgl. BGH, Beschluss vom 26. November 2019 – 5 StR 555/19, NStZ 2020, 181; nicht tragend bereits BGH, Urteil vom 12. Februar 2004 – 3 StR 185/03, BGHSt 49, 72, 83; Beschluss vom 15. Juli 2016 – GSSSt 1/16, BGHSt 61, 221, 239; BeckOK StPO/Berg, 45. Ed., § 255a Rn. 11 mwN; LR/Mosbacher, 27. Aufl., § 255a Rn. 21; SK-StPO/Rogall, 5. Aufl., § 52 Rn. 94). Die vernehmungsersetzende Vorführung dieses Beweissurrogats nach § 255a Abs. 2 StPO setzt aber eine vorangegangene ordnungsgemäße Beweiserhebung unter Wahrung der wesentlichen Verfahrensvorschriften voraus (vgl. KK-StPO/Diemer, 9. Aufl., § 255a Rn. 9; KMR/R. Fischer, StPO, 107. Lfg., § 255a Rn. 44; Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 65. Aufl., § 255a Rn. 8a). Bei einer richterlichen Zeugenvernehmung, welche in Bild und Ton aufgezeichnet wird (§ 58a StPO), sind deshalb namentlich die rechtlich geschützten Belange des Beschuldigten, etwa seine Gelegenheit zur Mitwirkung (vgl. § 255a Abs. 2 Satz 1 StPO; BGH, Urteil vom 12. Februar 2004 – 3 StR 185/03, aaO S. 82 f.; im Einzelnen KMR/R. Fischer, aaO Rn. 45 ff.), zu wahren. Dies gilt gleichermaßen für Zeugenrechte (vgl. BeckOK StPO/Berg aaO; KK-StPO/Diemer aaO). Denn die rechtlichen Maßgaben des § 255a Abs. 2 StPO stehen im regelungssystematischen Zusammenhang mit § 58a StPO. Dieser ermöglicht unter näher bestimmten Voraussetzungen eine Videodokumentation der Vernehmungsinhalte und ergänzt insoweit die Übrigen – unbeschränkt fortgeltenden – Verfahrensregeln über richterliche Zeugenvernehmungen etwa im Ermittlungsverfahren (vgl. §§ 162, 48 ff. StPO).

11 Ist die gebotene ordnungsgemäße Zeugenbelehrung nach § 52 Abs. 3 Satz 1 StPO versehentlich unterblieben, kann die Bild-Ton-Aufzeichnung grundsätzlich nicht vernehmungsersetzend eingeführt werden. Über § 255a Abs. 2 StPO kann die aufgezeichnete ermittelungsrichterliche Vernehmung – als

Beweissurrogat – eine unmittelbare Zeugenvernehmung in der Hauptverhandlung aus Gründen des Opferschutzes ersetzen. Die Vernehmung durch den Ermittlungsrichter (§ 162 StPO) erweist sich damit gleichsam als vorverlagerter Teil der Hauptverhandlung (vgl. BGH, Urteil vom 12. Februar 2004 – 3 StR 185/03, aaO S. 81 f.). Für diese ist anerkannt, dass eine Zeugenaussage bei versehentlich unterbliebener Zeugenbelehrung oder Einholung einer Zustimmung nach § 52 Abs. 2 StPO – im selben Umfang wie bei § 252 StPO – weder verlesen noch verwertet werden darf (vgl. BGH, Urteile vom 2. März 1960 – 2 StR 44/60, BGHSt 14, 159, 160; vom 10. Februar 2021 – 6 StR 326/20, NStZ-RR 2021, 142, 143). Dies gilt gleichermaßen, wenn die aufgezeichnete ermittelungsrichterliche Vernehmung (§ 58a StPO) die Zeugenvernehmung über § 255a Abs. 2 StPO in der Hauptverhandlung als deren vorverlagerter Teil ersetzen soll. Auch dann fehlt es wegen des Belehrungsmangels an einer wirksamen Disposition des Zeugen im Rahmen der richterlichen Vernehmung über sein Recht aus § 52 Abs. 1 StPO und mithin an einem ordnungsgemäß vorangegangenen Verfahren (vgl. aber zur fehlenden Zustimmung des gesetzlichen Vertreters – nicht tragend – BGH, Urteil vom 12. Februar 2004 – 3 StR 185/03, aaO S. 82 f.).

- 12 (2) Hier reichte die dem Zeugen erteilte Belehrung nicht aus, um den Weg zu einer Vorführung der aufgezeichneten Zeugenvernehmung (§ 255a Abs. 2 StPO) zu öffnen. Die Belehrung nach § 52 Abs. 3 StPO erweist sich bereits mit Blick auf den Umfang des Zeugnisverweigerungsrechts aus § 52 Abs. 1 StPO als mangelhaft. Die gewählten Formulierungen legen – auch eingedenk der gebotenen und hier ersichtlich vorgenommenen kindgerechten Fassung – nahe, dass der Zeuge zwar die Antworten auf einzelne Fragen (vgl. § 55 StPO), nicht aber – wie ihm gesetzlich garantiert – die Aussage vollständig verweigern kann. Überdies fehlte es an dem Hinweis an den Zeugen, dass er sein Recht auf Verweigerung des Zeugnisses auch ungeachtet der vom Ergänzungspfleger erteilten Zustimmung ausüben kann.

- 13           bb) Der Senat kann die Verwertbarkeit des Beweismittels anhand des Revisionsvortrags allerdings nicht abschließend beurteilen. Die Verwertbarkeitsfrage könnte nämlich anders zu bewerten sein, wenn der Zeuge die Verwertung der Angaben mit der Folge der Heilung des Verfahrensfehlers genehmigt hätte (vgl. BGH, Urteil vom 23. September 1999 – 4 StR 189/99, BGHSt 45, 203, 208; Beschlüsse vom 10. Februar 2015 – 1 StR 20/15, NStZ 2015, 232; vom 25. August 2020 – 2 StR 202/20, NStZ 2021, 58). Hierzu schweigt die Revision; die ohne nähere Erörterungen zusammengestellten Auszüge aus der Sitzungsniederschrift ersetzen den notwendigen Revisionsvortrag nicht.
- 14           2. Die weiteren Verfahrensrügen sind ebenfalls unzulässig (§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO).
- 15           aa) Die Begründungen der Verfahrensrügen II.1.b und II.2.b nehmen auf die mit der Verfahrensrüge II.1.a mitgeteilten „Hauptverhandlungsprotokolle“ und übrigen Verfahrensgeschehnisse pauschal Bezug. Dies reicht zur Begründung nicht aus. Es genügt den Anforderungen an einen ordnungsgemäßen Revisionsvortrag nicht (§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO), sämtliche Verfahrenstatsachen – den Verfahrensrügen voran- oder nachgestellt – im Sinne einer Nacherzählung der Hauptverhandlung zu referieren, statt bezogen auf die konkrete Rüge (lediglich) den insoweit relevanten Verfahrensstoff mitzuteilen (vgl. BGH, Beschluss vom 14. Mai 2020 – 5 StR 672/19, NStZ 2020, 625; Urteil vom 2. September 2020 – 5 StR 630/19, NStZ 2020, 749).
- 16           bb) Dies gilt gleichermaßen für die Verfahrensrüge II.2.a. Die Beschwerdeführerin legt nicht dar, welche konkreten Befundtatsachen aus der Exploration durch die Sachverständige die Strafkammer zu einer entsprechenden Beweiserhebung hätten drängen sollen.



III.

17                   Der Freispruch hält auch sachlich-rechtlicher Überprüfung stand.

18                   1. Die Strafkammer hat nachvollziehbar zu erkennen gegeben  
(vgl. SSW-StPO/Eschelbach, 5. Aufl., § 52 Rn. 63), dass verwertbare Angaben  
des einzigen unmittelbaren Tatzeugen wegen eines Verwertungsverbotes für ihre  
Überzeugungsbildung nicht zur Verfügung standen (§ 261 StPO). Vor diesem  
Hintergrund waren ihr nähere Feststellungen zu den angeklagten Taten nicht  
möglich.

19                   2. Auf die Sachrüge hin ist dem Senat eine Überprüfung der – sachlich-  
rechtlich nicht gebotenen (vgl. zutr. H.-Chr. Schmidt, NStZ 2022, 595, 597 mwN)  
– Feststellungen und Wertungen des Tatgerichts zum angenommenen Verwer-  
tungsverbot nicht eröffnet (vgl. BGH, Urteil vom 8. August 2018 – 2 StR 131/18,  
NStZ 2019, 107, 108; ebenso Mosbacher, NJW 2007, 3686; Radtke, NStZ 2017,  
182; H.-Chr. Schmidt, NStZ 2022, 595, 598).

20                   3. Eine darüber hinausgehende sachlich-rechtliche Überprüfung der vom  
Landgericht hilfsweise vorgenommenen Beweiswürdigung ist nicht veranlasst.  
Auf diese kann es nicht ankommen, weil die Aussagen des einzigen Belastungs-  
zeugen einer Würdigung durch die Strafkammer wegen des angenommenen  
Verwertungsverbots nicht zugänglich waren. Das gesetzlich zwingende Verwer-  
tungsverbot war im Rahmen der Beratungen nach § 263 StPO vorrangig zu prü-  
fen; fehlt es aber aus gesetzlich zwingenden Gründen schon an der Verwertbar-  
keit eines zentralen Beweismittels und kann deshalb keine für die Verurteilung  
zureichende Tatsachenbasis als erwiesen angesehen werden, besteht keine  
Möglichkeit und erst recht kein sachlich-rechtlicher Grund zur Darstellung hierauf

gestützter (hypothetischer) Beweiserwägungen in den schriftlichen Urteilsgründen.

- 21 Selbst wenn einzelne Erwägungen der hilfsweise vorgenommenen Bewertung lückenhaft oder sonst rechtsfehlerhaft sein sollten, könnte hierauf auch nichts beruhen (§ 337 StPO).

Sander

Feilcke

Wenske

Fritsche

von Schmettau

Vorinstanz:

Landgericht Schwerin, 30.09.2020 - 33 KLS 14/20 jug