



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

3 StR 185/03

vom

12. Februar 2004

in der Strafsache

gegen

1.

2.

wegen Körperverletzung mit Todesfolge

Der 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat aufgrund der Verhandlung vom 15. Januar 2004, in der Sitzung am 12. Februar 2004, an denen teilgenommen haben:

Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof

Prof. Dr. Tolksdorf,

die Richter am Bundesgerichtshof

Dr. Miebach,

Winkler,

Becker,

Hubert

als beisitzende Richter,

Oberstaatsanwalt beim Bundesgerichtshof

Staatsanwalt

als Vertreter der Bundesanwaltschaft,

Rechtsanwalt

als Verteidiger des Angeklagten Bekim B. ,

Justizamtsinspektorin

als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle,

für Recht erkannt:

Auf die Revisionen der Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Duisburg vom 26. November 2002 mit den Feststellungen aufgehoben.

Die Sache wird zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Rechtsmittel, an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Gründe:

Das Landgericht hat die Angeklagten wegen Körperverletzung mit Todesfolge zu Freiheitsstrafen von zehn Jahren (Bekim B.) beziehungsweise sieben Jahren (Mehrije B.) verurteilt. Mit ihren Revisionen machen die Angeklagten die Verletzung förmlichen und sachlichen Rechts geltend. Die Rechtsmittel haben mit einer von beiden Angeklagten erhobenen Verfahrensrüge Erfolg.

Zu Recht beanstanden die Beschwerdeführer, daß die Strafkammer die Videoaufzeichnung einer ermittelungsrichterlichen Vernehmung ihres gemeinsamen Sohnes Mirsad vorgeführt und bei der Urteilsfindung verwertet hat.

I.

Den Rügen liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Am Morgen des 22. April 2002 verstarb Ceylan B. , die dreijährige Tochter der Angeklagten, an den Folgen von Mißhandlungen, die ihr - nach den Feststellungen des Landgerichts - die Angeklagten in der vorangegangenen Nacht zugefügt hatten. Da deren Sohn Mirsad B. als Tatzeuge in Betracht kam, beantragte die Staatsanwaltschaft für den knapp fünfjährigen Mirsad die Einrichtung einer Ergänzungspflegschaft mit dem Wirkungskreis "Entscheidung über die Ausübung des Zeugnisverweigerungsrechts (und) Erteilung der Aussagegenehmigung nach § 52 StPO". Mit Beschluß vom 24. April 2002 bestellte das Amtsgericht das Jugendamt zum Ergänzungspfleger, das seinerseits mit der Wahrnehmung der Pflegschaft eine Mitarbeiterin beauftragte. Diese erklärte am 26. April 2002 schriftlich gegenüber dem Polizeipräsidium, daß im Strafverfahren gegen die Angeklagten auf die Ausübung des Zeugnisverweigerungsrechts gemäß § 52 StPO verzichtet und die Zustimmung zur Vernehmung erteilt werde.

Der Ermittlungsrichter bestimmte daraufhin Termin zur Vernehmung Mirsads, verständigte hiervon die Verteidiger der Angeklagten und schloß diese selbst gemäß § 168 c Abs. 3 StPO von der Anwesenheit bei der Vernehmung mit der Begründung aus, es sei zu befürchten, daß das Kind in Gegenwart der Angeklagten nicht die Wahrheit sagen werde. Am 29. April 2002 wurde Mirsad in Gegenwart des Verteidigers der Angeklagten Mehrije B. als Zeuge vernommen, nachdem ihn der Ermittlungsrichter zu Beginn der Vernehmung über sein Zeugnisverweigerungsrecht belehrt hatte. Mirsad beantwortete die Frage, ob er die Belehrung verstanden habe, mit einem Kopfnicken und war zur Aussage bereit. Er gab an, die Angeklagten hätten seine Schwester Ceylan und ihn mißhandelt, wobei der Angeklagte Ceylan mit einem Gürtel geschlagen ha-

be. Die Vernehmung wurde zeitgleich von zwei Kameras aus verschiedenen Perspektiven aufgenommen und auf Videobänder aufgezeichnet.

Im Hauptverhandlungstermin vom 24. September 2002 gab die Mitarbeiterin des Jugendamtes in Wahrnehmung der Ergänzungspflegschaft folgende Erklärung ab: "Ich bin befugt, insoweit die elterliche Gewalt auszuüben, daß ich auch über das Zeugnisverweigerungsrecht von Mirsad B. entscheiden kann. Mirsad B. macht von seinem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch. Er ist das Kind der Angeklagten und soll mit den Eltern nicht konfrontiert werden." Die Strafkammer sah daraufhin von der zunächst beabsichtigten Ladung Mirsads ab. Statt dessen wurde am 14. Oktober 2002 der Ermittlungsrichter über das Ergebnis der richterlichen Vernehmung vom 29. April 2002 als Zeuge gehört; in seiner Gegenwart wurde eine der beiden Videoaufzeichnungen der Vernehmung "in Augenschein genommen". Nach den Urteilsgründen hat das Landgericht seine Überzeugung von der Schuld der Angeklagten ganz wesentlich auf den Inhalt dieser Videoaufzeichnung gestützt.

II.

Die zulässigen Rügen sind begründet.

Unter welchen Voraussetzungen die gemäß § 250 StPO grundsätzlich gebotene persönliche Vernehmung eines Zeugen in der Hauptverhandlung durch das Vorführen der Bild-Ton-Aufzeichnung einer früheren Vernehmung dieses Zeugen ersetzt werden kann, bestimmt sich nach der durch das Zeugenschutzgesetz in die Strafprozeßordnung eingefügten Bestimmung des § 255 a StPO. Danach durften die Angaben, die Mirsad B. bei seiner Vernehmung durch den Ermittlungsrichter gemacht hatte, nicht durch Vorführung

der Videoaufzeichnung zum Gegenstand der Beweisaufnahme gemacht und verwertet werden. Dabei kann dahinstehen, ob die Verwertung der Videoaufzeichnung - auch soweit als Rechtsgrundlage § 255 a Abs. 2 StPO in Betracht kommt - bereits deshalb unzulässig war, weil sie nicht durch förmlichen Gerichtsbeschuß angeordnet wurde. Insofern wird zwar - anders als bei Anwendung des § 255 a Abs. 1 StPO, die nach der entsprechend anzuwendenden Vorschrift des § 251 Abs. 4 StPO einen mit Gründen versehenen Gerichtsbeschuß voraussetzt - mangels ausdrücklicher gesetzlicher Regelung das Erfordernis eines Gerichtsbeschlusses unterschiedlich beurteilt (bejahend Diemer in KK 5. Aufl. § 255 a Rdn. 14; Gollwitzer in Löwe/Rosenberg, StPO 25. Aufl. § 255 a Rdn. 17; ablehnend Meyer-Goßner, StPO 46. Aufl. § 255 a Rdn. 11). Die Streitfrage bedarf hier indes keiner vertieften Erörterung. Ein entsprechender Rechtsfehler wäre jedenfalls nicht gerügt.

1. Einer Vorführung der Videoaufzeichnung nach § 255 a Abs. 1 StPO stand das entsprechend anzuwendende Verlesungs- und Verwertungsverbot des § 252 StPO entgegen.

a) Die Voraussetzungen des § 252 StPO liegen vor. Als Sohn der Angeklagten war Mirsad B. gemäß § 52 Abs. 1 Nr. 3 StPO zur Verweigerung des Zeugnisses berechtigt. Er hat zwar nicht - wie § 252 StPO dies seinem Wortlaut nach voraussetzt - in der Hauptverhandlung sein Zeugnisverweigerungsrecht geltend gemacht; indes hat das zur Entscheidung über die erforderliche Zustimmung zur Vernehmung (§ 52 Abs. 2 StPO) berufene Jugendamt durch seine mit der Wahrnehmung der Ergänzungspflegschaft beauftragte Mitarbeiterin die Zustimmung versagt. Dies steht dem Gebrauchmachen des Zeugnisverweigerungsrechts durch den minderjährigen Zeugen mit der Folge gleich, daß Mirsad in der Hauptverhandlung nicht vernommen werden durfte

(§ 52 Abs. 2 Satz 1 StPO) und eine Niederschrift über seine frühere Vernehmung nicht hätte verlesen werden dürfen.

b) Eine Verwertung der Aussage Mirsads bei der ermittelungsrichterlichen Vernehmung durch Vorführung der Videoaufzeichnung war - entgegen der Auffassung des Generalbundesanwalts - auch nicht mit Blick auf die in der Entscheidung BGHSt 45, 203 entwickelten Grundsätze zulässig. Nach diesem Urteil ist allerdings der von seinem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch machende Zeuge nicht gehindert, nach ordnungsgemäßer Belehrung die Verwertung der bei einer nichtrichterlichen Vernehmung gemachten Aussage zu gestatten. Ob dem gefolgt werden könnte, kann der Senat erneut offenlassen (zweifelnd schon Senat NStZ 2003, 498). Ferner kann dahinstehen, ob die Entscheidung BGHSt 45, 203 bei Gestattung eine Verwertung der früheren Aussage gegen die ausdrückliche Regelung des § 252 StPO auch durch Verlesung und damit im Falle des § 255 a Abs. 1 StPO durch Vorführung der Videoaufzeichnung oder nur durch Anhörung der nichtrichterlichen Vernehmungsperson für zulässig erklärt hat. Denn der Verwertung der Videoaufzeichnung steht unter dem Gesichtspunkt der Gestattung entscheidend entgegen, daß - worauf die Revisionen zutreffend hinweisen - eine wirksame Gestattung nur dann angenommen werden könnte, wenn sich (auch) Mirsad mit der Verwertung seiner früheren Aussage einverstanden erklärt hätte. Der gesetzliche Vertreter eines im Sinne von § 52 Abs. 2 Satz 1 StPO verstandesunreifen Zeugen entscheidet nicht an dessen Stelle über die Ausübung des Zeugnisverweigerungsrechts, was mit der höchstpersönlichen Natur dieses Rechts unvereinbar wäre; er hat vielmehr lediglich darüber zu befinden, ob er einer Vernehmung des Zeugen zustimmt oder nicht (BGHSt 21, 303, 305 f.; 23, 221, 222). Der kindliche Zeuge soll damit vor einer Aussagebereitschaft geschützt werden, deren mögliche Folgen er vielleicht nicht erkennen oder beurteilen kann (BGHSt 19, 85, 86; 23,

221, 222). Dem Zustimmungserfordernis kommt daher eine ausschließlich negative Bedeutung zu: Versagt der gesetzliche Vertreter seine Zustimmung, darf das Kind auch dann nicht vernommen werden, wenn es zur Aussage bereit wäre; stimmt der gesetzliche Vertreter einer Vernehmung zu, kann das Kind dennoch das Zeugnis rechtswirksam verweigern (BGHSt 23, 221, 222).

Diese für die Ausübung des Zeugnisverweigerungsrechts entwickelten Grundsätze müßten - falls der Entscheidung BGHSt 45, 203 zu folgen wäre - für die Gestattung der Verwertung früherer Aussagen in gleicher Weise gelten. Mirsad ist aber nicht befragt worden, ob er mit einer Vorführung und Verwertung des Videos einverstanden war oder nicht. Eine Vorführung der Videoaufzeichnung nach § 255 a Abs. 1 StPO kam deshalb nicht in Betracht.

c) Es ist nicht zu verkennen, daß sich die Regelung des § 255 a Abs. 1 StPO, soweit sie für die Vorführung der Bild-Ton-Aufzeichnung einer Zeugenvernehmung nicht nur die §§ 251, 253 und § 255 StPO, sondern auch § 252 StPO als anwendbar erklärt, für Fälle, in denen die Aufzeichnung einer richterlichen Vernehmung betroffen ist, nicht stimmig in die bestehende Rechtslage einfügt. Danach kann zwar bei Zeugnisverweigerung gemäß § 52 StPO in der Hauptverhandlung - entsprechend der ausdrücklichen Anordnung des § 252 StPO - das Protokoll einer früheren Zeugenvernehmung, auch das einer richterlichen Vernehmung, nicht verlesen werden. Auch kann die frühere Aussage grundsätzlich nicht durch Vernehmung der Verhörsperson in die Hauptverhandlung eingeführt werden. Eine Ausnahme gilt indes für den Fall einer früheren richterlichen Vernehmung. Nach ständiger Rechtsprechung hindert § 252 StPO nicht, über den Inhalt einer Aussage, die ein Zeuge bei einer richterlichen Vernehmung nach ordnungsgemäßer Belehrung über sein Zeugnisverweigerungsrecht gemacht hat, durch Vernehmung des Richters Beweis zu er-

heben, wenn der Zeuge sich in der Hauptverhandlung auf sein Zeugnisverweigerungsrecht beruft (BGHSt 2, 99; 21, 218; 36, 384; 46, 189, 195).

aa) Diese Einschränkung des aus § 252 StPO abzuleitenden umfassenden Verwertungsverbots wird mit dem Unterschied begründet, den das Strafvollzugsrecht zwischen richterlichen und nichtrichterlichen Vernehmungen macht. In älteren Entscheidungen hat sich der Bundesgerichtshof in erster Linie darauf berufen, daß der Richter - anders als der vernehmende Polizeibeamte oder Staatsanwalt - verpflichtet sei, Zeugen auf ihr Zeugnisverweigerungsrecht hinzuweisen (BGHSt 2, 99, 106). Seit Inkrafttreten des § 163 a Abs. 5 StPO, der auch für Vernehmungen durch die Polizei und die Staatsanwaltschaft eine Belehrung der Zeugen über ihr Zeugnisverweigerungsrecht vorschreibt, sieht die Rechtsprechung das tragende Argument für die unterschiedliche Behandlung richterlicher und nichtrichterlicher Vernehmungen darin, daß das Gesetz - wie aus § 251 Abs. 1 und Abs. 2 StPO zu entnehmen ist - richterlichen Vernehmungen ganz allgemein höheres Vertrauen entgegenbringt (BGHSt 21, 218, 219; 36, 385, 386).

Dieser Beschränkung der Reichweite des sich aus § 252 StPO ergebenden Verwertungsverbots durch die Rechtsprechung ist zwar vielfach entgegengehalten worden, daß sie mit dem Sinn und Zweck der Vorschrift, die vorrangig dem Zeugenschutz diene, nicht in Einklang zu bringen sei. Indes kann dieser Einwand nicht überzeugen. Auch mit Blick auf den Konflikt des zeugnisverweigerungsberechtigten Zeugen zwischen einerseits der Wahrheitspflicht und andererseits dem Interesse, den Angehörigen nicht zu belasten, läßt sich die Zulässigkeit der Vernehmung des Richters über die frühere Aussage des Zeugen erklären. Sie rechtfertigt sich auch dadurch, daß dem Zeugen wegen der für

ihn erkennbaren und regelmäßig von ihm empfundenen erhöhten Bedeutung der richterlichen Vernehmung für das Strafverfahren nach der Belehrung durch den Richter deutlicher als bei einer polizeilichen Vernehmung vor Augen steht, daß er sich zwar aus dem ihn treffenden Interessenwiderstreit durch Gebrauchmachen von dem Zeugnisverweigerungsrecht befreien, aber, falls er aussagt, diese Angaben vor einem Richter nicht ohne weiteres wieder beseitigen kann.

bb) Vor diesem Hintergrund ist die in § 255 a Abs. 1 i. V. m. § 252 StPO getroffene Regelung wenig verständlich, soweit sie auch die Vorführung der Videoaufzeichnung einer richterlichen Vernehmung untersagt. Während das schriftliche Protokoll die Aussage des Zeugen in der Regel nicht wörtlich wiedergibt, vermittelt die Videoaufzeichnung die frühere Aussage des Zeugen - einschließlich der nonverbalen Vernehmungsinhalte und der erfolgten Interaktionen - in allen Einzelheiten sehr viel genauer, als der auf der Grundlage seiner Erinnerung aussagende Richter es könnte. Ihre Unverwertbarkeit in den Fällen des § 252 StPO führt deshalb zu dem mit Blick auf die Qualität der Wiedergabe der früheren Aussage schwer verständlichen Ergebnis, daß die Verwertung des qualitativ höherwertigen Beweismittels untersagt, der Rückgriff auf ein weniger zuverlässiges aber gestattet ist. Der darin liegende Wertungswiderspruch vergrößert sich noch, wenn zur Unterstützung des Gedächtnisses des Richters als Vorhalt nicht nur die Vernehmungsniederschrift verlesen (vgl. BGHSt 11, 338, 341; 21, 149, 150), sondern auch eine Bild-Ton-Aufzeichnung der früheren Vernehmung vorgespielt werden darf, - was in konsequenter Übertragung dieser Rechtsprechung naheliegt - (vgl. Meyer-Goßner, StPO 46. Aufl. § 255 a Rdn. 3), jedoch nicht unbestritten ist (kritisch hierzu Rieß StraFo 1999, 1, 3).

cc) Angesichts dieser Widersprüche könnte es naheliegen, den in § 255 a Abs. 1 StPO enthaltenen Verweis auf § 252 StPO einschränkend dahin auszulegen, daß die Vorführung von Videoaufzeichnungen richterlicher Vernehmungen stets zulässig ist, wenn der Richter über den Inhalt der früheren Aussage als Zeuge vernommen werden darf. Im Ergebnis scheidet eine solche Auslegung des § 255 a Abs. 1 StPO jedoch aus. Zwar finden sich in den Gesetzesmaterialien zum Zeugenschutzgesetz keine Anhaltspunkte dafür, daß der Gesetzgeber der ihm bekannten Rechtsprechung, nach der bei nachträglicher Zeugnisverweigerung eine Vernehmung des Richters über den Inhalt der früheren Aussage zulässig ist, die Grundlage entziehen wollte. Einer restriktiven Auslegung des § 255 a Abs. 1 StPO steht aber der eindeutige Gesetzeswortlaut entgegen: Der Gesetzgeber hat die Vorführung einer Bild-Ton-Aufzeichnung bewußt den strafprozessualen Vorschriften unterworfen, die sich auf die Verlesung der Niederschrift über eine Zeugenvernehmung beziehen (BTDrucks. 13/7165 S. 11). Macht ein Zeuge nachträglich von seinem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch, darf deshalb die Videoaufzeichnung seiner früheren richterlichen Vernehmung ebensowenig vorgeführt werden, wie eine Verlesung der Vernehmungsniederschrift in Betracht käme; in diesem Fall kann nur auf das weniger zuverlässige Beweismittel einer Vernehmung des Richters als Zeuge zurückgegriffen werden.

Eine Korrektur dieses mit Blick auf die Qualität der Beweismittel widersprüchlichen Ergebnisses muß dem Gesetzgeber vorbehalten bleiben. Zur Prüfung, ob die aufgezeigten Unstimmigkeiten um den Preis einer nachhaltigen Verschlechterung der Beweissituation in einer Vielzahl von Verfahren dadurch ausgeräumt werden muß, daß die Rechtsprechung zur Zulässigkeit der Vernehmung der richterlichen Verhörsperson aufgegeben wird, besteht im gegebenen Fall kein Anlaß. Der Senat würde indes auch dazu neigen, an der bishe-

rigen Rechtsprechung festzuhalten, gegen die sich der Gesetzgeber nicht ausgesprochen hat, und damit die Systemunstimmigkeit hinzunehmen.

2. Auf § 255 a Abs. 2 Satz 1 StPO, der es unter weitergehender Durchbrechung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes in Verfahren wegen bestimmter Straftaten gestattet, die persönliche Vernehmung eines noch nicht 16 Jahre alten Zeugen durch das Abspielen der Bild-Ton-Aufzeichnung einer früheren richterlichen Vernehmung zu ersetzen, ließ sich die Vorführung der Videoaufzeichnung im vorliegenden Fall ebenfalls nicht stützen.

a) Die Anwendung der Vorschrift scheidet allerdings nicht bereits daran, daß der den Angeklagten zur Last gelegte Straftatbestand der Körperverletzung mit Todesfolge (§ 227 StGB) im Deliktskatalog des § 255 a Abs. 2 Satz 1 StPO nicht ausdrücklich genannt wird. Diese Aufzählung ist zwar abschließend; eine Videovorführung nach § 255 a Abs. 2 StPO wird aber nicht dadurch ausgeschlossen, daß sich der Anklagevorwurf auch auf eine andere, tateinheitlich begangene, in diesem Katalog nicht enthaltene Straftat erstreckt (BTDrucks. 13/4983 S. 8; Schlüchter in SK-StPO 19. Lfg. § 255 a Rdn. 11; Gollwitzer in Löwe/Rosenberg StPO 25. Aufl. § 255 a Rdn. 10 f.; Diemer in KK 5. Aufl. § 255 a Rdn. 8; Meyer-Goßner, StPO 46. Aufl. § 255 a Rdn. 8). Andernfalls verfehlte die Regelung ihren Zweck, in Verfahren wegen bestimmter, das Kindeswohl schwer beeinträchtigender Straftaten junge Zeugen vor den zusätzlichen psychischen Belastungen oder gar Schädigungen durch eine erneute Vernehmung in der Hauptverhandlung zu schützen (BTDrucks. 13/4983 S. 5; Diemer in KK 5. Aufl. § 255 a Rdn. 7; Meyer-Goßner aaO). Aus demselben Grund muß die Vorführung einer Videoaufzeichnung nach dieser Vorschrift auch dann möglich sein, wenn eine tatbestandlich verwirklichte Katalogtat im

Wege der Gesetzeskonkurrenz durch das angeklagte Delikt verdrängt wird. Das war hier der Fall: Der den Beschwerdeführern zur Last gelegte Tatbestand der Körperverletzung mit Todesfolge schließt stets den im Katalog des § 255 a Abs. 2 StPO aufgeführten Tatbestand der fahrlässigen Tötung (§ 222 StGB) mit ein (BGHSt 8, 54).

b) Der Verwertung der Videoaufzeichnung gemäß § 255 a Abs. 2 Satz 1 StPO steht aber die einschränkende Voraussetzung des letzten Halbsatzes dieser Vorschrift entgegen. Die Beschwerdeführer hatten keine Gelegenheit gehabt, an der auf Videoband aufgezeichneten ermittelungsrichterlichen Vernehmung Mirsads mitzuwirken, da sie gemäß § 168 c Abs. 3 StPO von der Anwesenheit bei dieser Vernehmung ausgeschlossen worden waren.

Die von § 255 a Abs. 2 Satz 1 StPO vorausgesetzte Gelegenheit zur Mitwirkung umfaßt neben dem Recht auf Anwesenheit bei der Vernehmung insbesondere die Befugnis, dem Zeugen Fragen zu stellen (vgl. Art. 6 Abs. 3 Buchst. d MRK) und Vorhalte zu machen (Gollwitzer in Löwe/Rosenberg, StPO 25. Aufl. § 255 a Rdn. 12; Diemer in KK 5. Aufl. § 255 a Rdn. 10). Zwar hatten hier die Verteidiger der Angeklagten in dem beschriebenen Sinn die Gelegenheit, an der ermittelungsrichterlichen Vernehmung Mirsads mitzuwirken. Dagegen war den Angeklagten selbst, nachdem der Ermittlungsrichter sie gemäß § 168 c StPO von der Vernehmung ausgeschlossen hatte, diese Möglichkeit verschlossen. Damit waren die Voraussetzungen einer Vorführung nach § 255 a Abs. 2 StPO nicht gegeben. Der vollständige Ausschluß eines Angeklagten gemäß § 168 c Abs. 3 StPO - bzw. ein Absehen von der Benachrichtigung vom Vernehmungstermin nach § 168 c Abs. 5 StPO - entzieht einer späteren Vorführung der Videoaufzeichnung in der Hauptverhandlung gemäß § 255 a Abs. 2 Satz 1 StPO stets die Grundlage, ohne daß es darauf ankäme,

ob der Ausschluß im konkreten Fall rechtlich zulässig war oder nicht (ebenso Gollwitzer aaO; Wache in KK 5. Aufl. § 168 e Rdn. 7; Meyer-Goßner aaO § 255 a Rdn. 8 a; Julius in HK-StPO 4. Aufl. § 255 a Rdn. 9).

In der Literatur wird zwar abweichend auch die Auffassung vertreten, daß der zulässige Ausschluß des Beschuldigten von der Vernehmung nach § 168 c Abs. 3 StPO durch die Teilnahme seines - gegebenenfalls zu bestellenden - Verteidigers kompensiert werden könne (Diemer in KK 5. Aufl. § 255 a Rdn. 10; Eisenberg, Beweisrecht der StPO, 4. Aufl. Rdn. 1328 I; Pfeiffer, StPO 4. Aufl. § 255 a Rdn. 3). Eine Auslegung des § 255 a Abs. 2 Satz 1 letzter Halbs. StPO dahin, daß die Mitwirkungsmöglichkeit nur nach Maßgabe der von § 168 c StPO getroffenen, auch einschränkenden Regelungen gewährleistet gewesen sein mußte, ist indes schon mit dem eindeutigen Wortlaut des Gesetzes nicht in Einklang zu bringen. Danach setzt § 255 a Abs. 2 Satz 1 StPO - abweichend von der zwischen Verteidigung und Angeklagten differenzierenden Regelung des § 168 c StPO - eine kumulative Mitwirkungsmöglichkeit des Angeklagten und seines Verteidigers voraus; von einer Gelegenheit zur Mitwirkung des Angeklagten kann aber nicht ausgegangen werden, wenn er - wie im gegebenen Fall - von der Anwesenheit bei der Vernehmung ausgeschlossen ist. Eine andere Auslegung des § 255 a Abs. 2 Satz 1 letzter Halbs. StPO widerspräche auch den Vorstellungen des Gesetzgebers, der den Anwendungsbereich der Vorschrift bewußt auf Bild-Ton-Aufzeichnungen richterlicher Zeugenvernehmungen beschränkt hat, weil nur bei diesen (gemäß § 168 c Abs. 2 StPO) dem Beschuldigten die Anwesenheit gestattet ist (vgl. BTDrucks. 13/4983 S. 8; Schlüchter in SK-StPO 19. Lfg. § 255 a Rdn. 13). Eine § 168 c Abs. 3 StPO berücksichtigende, restriktive Auslegung von § 255 a Abs. 2 Satz 1 letzter Halbs. StPO wäre schließlich auch mit Blick auf die schutzwürdigen Interessen des Angeklagten an einer effektiven Wahrnehmung seiner

Verteidigung nicht in Einklang zu bringen. Gerade da § 255 a Abs. 2 Satz 1 StPO in weitergehender Durchbrechung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes zum Schutze junger Zeugen eine Ersetzung ihrer Vernehmung und damit gleichsam die Vorverlagerung eines Teiles der Hauptverhandlung aus ihr heraus in das Ermittlungsverfahren zuläßt, muß sichergestellt sein, daß dem Zeugen schon bei dieser Vernehmung Fragen gestellt werden können, die etwaige Schwächen seiner Aussage verdeutlichen oder ihren Beweiswert erschüttern. Dazu ist der Verteidiger, der in dieser Phase des Ermittlungsverfahrens regelmäßig noch keine Akteneinsicht hatte, im allgemeinen aber nur in der Lage, wenn gleichzeitig auch der Angeklagte bei der Vernehmung anwesend ist. Nicht erforderlich ist, daß Angeklagter und Verteidiger sich dabei im gleichen Raum wie der Zeuge aufhalten; es genügt zur Wahrung der Mitwirkungsbefugnisse vielmehr, daß die Vernehmung gemäß § 168 e StPO zeitgleich in Bild und Ton in einen anderen Raum übertragen wird, von dem aus die Anwesenheitsberechtigten durch Vermittlung des Richters Fragen an den Zeugen richten können (Gollwitzer in Löwe/Rosenberg, StPO 25. Aufl. § 255 a Rdn. 12; Meyer-Goßner, StPO 46. Aufl. § 255 a Rdn. 8 a).

c) Da die Vorführung der Videoaufnahme nach § 255 a Abs. 2 Satz 1 StPO schon mangels Mitwirkungsmöglichkeit des Angeklagten unzulässig war, kann offenbleiben, ob ihr - wie die Revisionen meinen - auch entgegenstand, daß die Mitarbeiterin des Jugendamtes die erforderliche Zustimmung zur Vernehmung Mirsad B. s nicht erteilt hatte (§ 252 i. V. m. § 52 Abs. 2 StPO; s. oben 1.). Der Senat neigt allerdings der Auffassung zu, daß dies nicht der Fall gewesen wäre (aA Gollwitzer aaO § 255 a Rdn. 20; Diemer in KK 5. Aufl. § 255 a Rdn. 11; Meyer-Goßner aaO § 255 a Rdn. 8):

§ 255 a Abs. 2 Satz 1 StPO nimmt im Unterschied zu Absatz 1 dieser Vorschrift auf § 252 StPO nicht Bezug. Zwar wurde in einem frühen Stadium des Gesetzgebungsverfahrens, das zu dem nunmehr geltenden § 255 a StPO führte und in welchem zunächst eine dem heutigen § 255 a Abs. 2 StPO vergleichbare Regelung als neuer § 250 Abs. 2 StPO vorgesehen war, die Auffassung vertreten, daß § 252 StPO im Hinblick auf die beabsichtigte Neuregelung keiner Änderung bedürfe, da es sich von selbst verstehe, daß in den Fällen der Unzulässigkeit einer Protokollverlesung auch eine Bild-Ton-Aufzeichnung einer früheren richterlichen Vernehmung nicht abgespielt werden dürfe (vgl. den Gesetzentwurf des Bundesrates zur Änderung der StPO vom 19. Juli 1996, BT-Drucks. 13/4983 S. 8). Diese Überlegungen betrafen indes noch eine Gesetzeskonzeption, die mit der schließlich Gesetz gewordenen Regelung des § 255 a Abs. 2 Satz 1 StPO nicht vergleichbar war. Diese ist maßgeblich von dem Bestreben bestimmt, in der Hauptverhandlung die Verwertbarkeit von Videoaufzeichnungen früherer richterlicher Vernehmungen junger Zeugen zu erleichtern, um solche Zeugen soweit wie möglich vor den mit wiederholten Vernehmungen verbundenen Belastungen zu bewahren. Die mehrmalige persönliche Vernehmung solcher Zeugen sollte deshalb zur Ausnahme gemacht werden (vgl. jetzt § 255 a Abs. 2 Satz 2 StPO). Um dieses Ziel zu erreichen, hat der Gesetzgeber im weiteren Gesetzgebungsverfahren Regelungen geschaffen, die im Ergebnis dazu führten, daß ein Teil der Hauptverhandlung, nämlich die persönliche Vernehmung des jungen Zeugen, in das Ermittlungsverfahren vorverlagert wurde. Dies hat er verfahrensrechtlich dadurch sichergestellt, daß er dem Beschuldigten und seinem Verteidiger die nicht einschränkbare Gelegenheit der Mitwirkung an der ermittelungsrichterlichen Vernehmung des Zeugen garantierte, um damit die Verwertbarkeit der Videoaufzeichnung in der Hauptverhandlung zu gewährleisten. Gerade diese Garantie der Gelegenheit

zur Mitwirkung des Beschuldigten und seines Verteidigers an der richterlichen Vernehmung war in dem zitierten vorangegangenen Entwurf eines neuen § 250 Abs. 2 StPO nicht vorgesehen.

Handelt es sich aber bei der aufgezeichneten ermittelungsrichterlichen Zeugenvernehmung um einen vorverlagerten Teil der Hauptverhandlung, kann der Zeuge seine hierbei gemachte Aussage und damit auch die gefertigte Aufzeichnung durch eine nachträgliche Ausübung seines Zeugnisverweigerungsrechts ebensowenig unverwertbar machen, wie es ihm möglich wäre, bei mehrfacher Vernehmung in der Hauptverhandlung durch nachträgliche Zeugnisverweigerung seine Angaben, die er an einem früheren Hauptverhandlungstag gemacht hatte, der Verwertung durch das Gericht zu entziehen. Er ist daher auch nicht zu befragen, ob er nachträglich von seinem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch macht oder nicht. Gleiches müßte im übrigen auch gelten, wenn der Zeuge sich erstmals bei einer Nachvernehmung gemäß § 255 a Abs. 2 Satz 2 StPO auf sein Zeugnisverweigerungsrecht beruft.

3. Auf der unzulässigen Vorführung und Verwertung der Videoaufzeichnung beruht das angefochtene Urteil, weil die Strafkammer ihre Überzeugung von der Täterschaft der Angeklagten maßgeblich auf die vorgespielte Videoaufnahme gestützt hat. Das Beruhen kann nicht mit der Erwägung ausgeschlossen werden, daß die Strafkammer den Inhalt der früheren Aussage Mirsad B. in zulässiger Weise auch durch die Vernehmung des Ermittlungsrichters zum Gegenstand der Hauptverhandlung gemacht hat; denn auf das Zeugnis des Ermittlungsrichters, das allein Grundlage der Beweiswürdigung sein könnte, nimmt das Urteil an keiner Stelle Bezug.

Tolksdorf

Miebach

Winkler

Becker

Hubert

Nachschlagewerk: ja

BGHSt: ja

Veröffentlichung: ja

StPO § 255 a

1. Macht ein Zeuge nachträglich von seinem Zeugnisverweigerungsrecht nach § 52 StPO Gebrauch, darf die Bild-Ton-Aufzeichnung seiner früheren richterlichen Vernehmung nach § 255 a Abs. 1 StPO i. V. m. § 252 StPO nicht zu Beweis Zwecken vorgeführt werden, obgleich auf das weniger zuverlässige Beweismittel der Vernehmung des Richters zurückgegriffen werden kann.
2. Die Vorführung der Bild-Ton-Aufzeichnung nach § 255 a Abs. 2 Satz 1 StPO scheidet aus, wenn der Beschuldigte gem. § 168 c Abs. 3 StPO bei der ermittlungsrichterlichen Vernehmung ausgeschlossen war und daher keine Gelegenheit zur Mitwirkung hatte. Dies gilt auch dann, wenn sein Verteidiger an dieser Vernehmung teilgenommen hat.

3. Sind die Voraussetzungen des § 255 a Abs. 2 Satz 1 StPO erfüllt, kann der Zeuge durch nachträgliche Ausübung seines Zeugnisverweigerungsrechts die Verwertung der Bild-Ton-Aufzeichnung seiner früheren richterlichen Vernehmung nicht verhindern (nicht entscheidungstragend).

BGH, Urt. vom 12. Februar 2004 - 3 StR 185/03 - LG Duisburg