

Ursula Nelles

## Persönlichkeitsrechte und Pflichten kindlicher Zeugen im Strafprozeß\*<sup>1</sup>

Am 15. Mai 1995 hat zum ersten Mal in der deutschen Strafrechtsgeschichte ein Landgericht beschlossen, kindliche Zeugen außerhalb des Gerichtssaals zu vernehmen und ihre Aussagen per Videotechnik in den Gerichtssaal zu übertragen.<sup>2</sup> Dieser Beschluß ist nicht nur in der allgemeinen Tagespresse lebhaft kommentiert worden,<sup>3</sup> sondern hat als „revolutionäre Entscheidung“<sup>4</sup> auch in der Fachliteratur eine kontroverse Diskussion in Gang gesetzt.<sup>5</sup>

Im Vordergrund der allgemeineren, rechtspolitischen Kommentierungen dieses Beschlusses und seiner Umsetzung stand dabei die Frage, ob eine solche Form der Vernehmung kindlicher Zeugen „in“ der Hauptverhandlung tatsächlich geeignet ist, die konflikthafte Vernehmungssituation für die betroffenen Kinder zu entschärfen.<sup>6</sup> Dieser Aspekt ist eng verknüpft mit dem Gegenstand des konkreten Verfahrens, das als einer der (damaligen<sup>7</sup>) großen „Kindererschandungsprozesse“<sup>8</sup> gilt, die zum Teil bis heute

nicht abgeschlossen sind.<sup>9</sup> Bei den kindlichen Zeugen handelte es sich also zugleich um die (mutmaßlichen) Opfer der den Angeklagten vorgeworfenen Taten. Dieser Ansatz betrifft daher nicht in erster Linie die prozeßrechtliche Situation von Kindern als Zeugen, sondern befaßt sich mit der Gefahr sekundärer Traumatisierung oder Viktimisierung von (kindlichen) Opfern durch das Strafverfahren<sup>10</sup> gegen die Täter.

Die speziell strafrechtliche Auseinandersetzung mit dieser Verfahrensgestaltung konzentriert sich dagegen im Kern auf die Frage, ob eine solche Vernehmungsmform mit den Prinzipien der Unmittelbarkeit und Mündlichkeit der Hauptverhandlung zu vereinbaren ist oder wie die Bedingungen einer „Videovernehmung“ gestaltet werden müßten, damit sie nach der *lex lata* als zulässig gelten können.<sup>11</sup>

Beide Fragestellungen greifen zu kurz: Die Frage nach dem Schutz vor Belastungen von Kindern in der Rolle des Zeugen wie auch die Frage nach einer möglichen Verletzung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes setzen unausgesprochen voraus, daß Kinder in einem Strafprozeß Zeugen sind. Diese Prämisse ist aber so selbstverständlich nicht. Zwar kann und soll vernünftigerweise nicht bestritten werden, daß Kinder in der Rechtswirklichkeit tatsächlich als Zeugen in Strafverfahren vernommen werden und daher faktisch Zeugen „sind“. Ebenso wenig läßt sich bestreiten, daß die Strafprozeßordnung Regelungen über die Ausübung von Zeugenrechten durch Kinder enthält (z.B. die Ausübung des Zeugnisverweigerungs-

\* Der Beitrag ist im Oktober 1996 erschienen in: Erichsen/Kollhoser/Welp (Hrsg.): Schutz der Persönlichkeit, Münstersche Beiträge zur Rechtswissenschaft, Band 100, Verlag Duncker & Humboldt, Berlin 1996. Wir danken dem Verlag für die Abdruckgenehmigung.

1 Für wertvolle Hilfe bei der Literatursuche danke ich den Studentischen Hilfskräften Christiane Pöppelmann, Michael Schneider und Nicole Strickling.

2 LG Mainz, Beschl. v. 15. 5. 1995, StV 1995, S. 354 f. = NJW 1996, S. 208.

3 Vgl. nur SZ v. 16. 5. 1995, S. 7, v. 17. 5. 1995, S. 12; FAZ v. 16. 5. 1995, S. 13/14; SZ v. 23. 5. 1995, S. 12; FAZ v. 23. 5. 1995, S. 9; FR v. 23. 5. 1995, S. 26.

4 So Hussels, Videoubertragungen von jugendlichen Zeugen in Mißbrauchsprozessen – eine Bestandsaufnahme und Überlegungen de lege ferenda, ZRP, S. 242.

5 Arntzen, Video- und Tonbandaufnahmen als Ersatz für richterliche Vernehmungen von Kindern zu Sexualdelikten?, ZRP 1995, S. 241 f.; Dahs, Die gespaltene Hauptverhandlung, NJW 1996, S. 178 f.; Hussels, (Anm. 4) ZRP 1995, S. 242 ff.; Ders., Kinder im Zeugenstand – eine aktuelle Betrachtung, NJW 1995, S. 1877; Lossen, Kindliche Zeuginnen vor Gericht: Brauchen wir die Videovernehmung? Welche Möglichkeiten des Kinderschutzes bietet die StPO nach gebotendem Recht?, STREIT 1995, S. 108 f.; Stellungnahme des Deutschen Juristinnenbundes: Zur Verbesserung der Situation kindlicher (Opfer-) Zeugen, STREIT 1995, S. 109 ff.; Wegner, Birgit: Ein kleiner Schritt im Verfahren, ein großer Schritt für den Opferschutz, ZRP 1995, S. 406 ff.

6 Arntzen, (Anm. 5), ZRP 1995, S. 241 f., sowie die in Anm. 3 genannten Berichte in der Tagespresse.

7 Parallel war der sog. „Montessori-Prozeß“ in Münster gelaufen, in dem etwa zeitgleich mit dem hier interessierenden Beschluß des LG Mainz das freisprechende Urteil erging (vgl. nur den Bericht in der SZ v. 17. 5. 1995, S. 12); die ersten, teilweise hohe Freiheitsstrafen verhängenden Urteile im sog. „Flachlanden-Prozeß“ waren gefällt.

8 So Hussels, (Anm. 4), ZRP 1995, S. 242. – Gegen die Verwendung dieses Begriffes zu Recht Frommel, Möglichkeiten und Grenzen des Schutzes kindlicher Opferzeugen im Strafverfahren, KritV 1995, S. 177 ff., 178.

9 Vor dem Landgericht Mainz wurde erst am 20. 4. 1995 die Hauptverhandlung in dem dritten Verfahren (Worms III) gegen Mitglieder des Wormser Familienclans (vgl. dazu etwa den Bericht in der SZ v. 4. 4. 1995, S. 10) begonnen, das parallel zu dem Verfahren läuft, in dem der hier interessierende Beschluß gefaßt wurde (Worms II). In den Verfahren Worms I bis III sind (bis jetzt = bis 31. 1. 1996) noch keine Urteile gesprochen.

10 Diese Folgen werden in der Fachliteratur ganz überwiegend als die deutlich schlimmeren Folgen einer (Sexual-)Straftat zum Nachteil eines Kindes eingestuft; vgl. dazu Dippel, Zur Behandlung von Aussagen kindlicher und jugendlicher Zeugen, in: Festschrift für Tröndle, Berlin 1989, S. 599 ff., mit umfassender Übersicht über das einschlägige Schrifttum S. 607 Fn. 51; grundlegend Volbert/Pieters, Zur Situation kindlicher Zeugen vor Gericht, Empirische Befunde zu Belastungen durch Strafverfahren und zu möglichen Reformmaßnahmen, Hrsg. vom Bundesministerium der Justiz, Bonn 1993.

11 Dahs, (Anm. 5), S. 178; Hussels, (Anm. 4), ZRP 1995, S. 243; Stellungnahme des DJB (Anm. 5), STREIT 1995, S. 110, 111 – Schon früher: Bohlander, Der Einsatz von Videotechnologie bei der Vernehmung kindlicher Zeugen im Strafverfahren, ZStW 107 (1995), S. 82 ff., 109 ff.; Mildnerberger, Schutz kindlicher Zeugen im Strafverfahren durch audiovisuelle Medien, Frankfurt 1995, S. 113 ff.

rechts durch Minderjährige § 52 Abs. 2 StPO). In dessen ist die Grundsatzfrage, ob Kinder für das Strafverfahren überhaupt als Zeugen *in Pflicht* genommen werden können, bislang in der Rechtsprechung und in der juristischen Literatur weder gestellt noch beantwortet worden.<sup>12</sup> Diese Frage stellt sich ganz unabhängig davon, ob Kinder zugleich Opfer der angeklagten Tat oder nur Zufallszeugen sind. Sie stellt sich daher auch nicht als Frage nach den Bedingungen und der Gestaltung der Vernehmung von Kindern, denn darüber ist erst zu befinden, wenn geklärt ist, daß und aufgrund welcher Ermächtigungsgrundlage es dem Staat überhaupt gestattet ist, sich eines Kindes als (persönlichen Beweis-) *Mittels* für *seine Zwecke* zu bedienen, nämlich für solche der Strafverfolgung.

## I Zeugnispflichten Minderjähriger

Die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen Kinder als Zeugen in einem Strafverfahren herangezogen werden können, kann nicht schon damit beantwortet werden, daß die Strafprozeßordnung keine entsprechende (ausdrückliche) Ermächtigungsgrundlage enthält. Eine solche fehlt nämlich auch für Erwachsene. Es sind deshalb zunächst die rechtlichen Grundlagen für die Begründung von Zeugenpflichten Volljähriger zu klären um prüfen zu können, ob sie auch auf Kinder anwendbar sind.

### 1. Grundlagen der Zeugnispflicht (Volljähriger)

#### a) Rechtsquellen

Rechtsquelle für die Begründung der Zeugenpflichten ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts die „deutsche Rechtstradition“, nach der die Zeugnispflicht „eine allgemeine Staatsbürgerpflicht“ ist.<sup>13</sup>

Der Hinweis auf eine entsprechende Rechtstradition ist insofern zutreffend, als schon bei der Beratung des Entwurfs der Strafprozeßordnung in der Reichsjustizkommission der „Zeugniszwang“ damit begründet wurde, „Zeugnis zu geben, (sc. sei) eine allgemeine Bürgerpflicht, deren Verletzung streng bestraft werden müsse“.<sup>14</sup> Diese Auffassung konnte sich (damals) ihrerseits auf die Vorläufergesetze in den Partikularstaaten stützen, die jeweils ausdrücklich re-

gelten, daß „jeder im Staate verpflichtet“<sup>15</sup> war, vor Gericht Zeugnis abzulegen über das, was ihm von dem Gegenstand der Untersuchung bekannt ist oder damit in Verbindung steht. Dieser Grundsatz war den Vätern der Strafprozeßordnung offenbar so selbstverständlich, daß sie eine ausdrückliche Regelung für verzichtbar hielten und Regelungsbedarf nur hinsichtlich der *Ausnahmen*, also der Rechte des Zeugen, sahen sowie hinsichtlich der Folgen einer unrechtmäßigen Weigerung. Insofern werden die §§ 48 ff. der geltenden Strafprozeßordnung, die den Zeugenbeweis regeln, auch heute noch – zu Recht – in erster Linie als „Schutzvorschriften für die Zeugen“<sup>16</sup> eingeordnet. Lediglich § 161a StPO, durch den im Jahre 1974<sup>17</sup> die Befugnis zur Ladung<sup>18</sup> von Zeugen auf die Staatsanwaltschaft ausgedehnt wurde, stellt in der Formulierung ausdrücklich darauf ab, daß „Zeugen verpflichtet“ sind, auf Ladung vor der Staatsanwaltschaft zu erscheinen.

Auch Inhalt und Umfang der Zeugenpflichten ergeben sich nach der geltenden Strafprozeßordnung nur mittelbar aus den Regeln über „die gesetzlichen Folgen des Ausbleibens“ (§§ 48, 51 StPO) und über die „Folgen einer grundlosen Zeugnis- oder Eidesverweigerung“ (§ 70 StPO). Danach ist ein (geladener) Zeuge verpflichtet, zur Vernehmung zu erscheinen, über den Gegenstand seiner Wahrnehmung auszusagen und seine Aussage gegebenenfalls zu beedigen. Die Strafprozeßordnung regelt zwar nicht, daß der Zeuge auch wahrheitsgemäß auszusagen hat; diese Pflicht ergibt sich indessen – ebenfalls mittelbar – aus der Strafbarkeit einer uneidlichen Falschaussage oder eines Meineides, die im 9. Abschnitt des Besonderen Teils des Strafgesetzbuchs geregelt ist.

#### b) Formelle Voraussetzungen

Darf nun zwar der Rechtssatz, daß „Jedermann“<sup>19</sup> Zeuge sein kann und zum Zeugnis verpflichtet ist, als historisch abgesichert gelten, so ergibt sich aus ihm

12 Zwar hat man sich mit der Frage befaßt, mit welchen (Zwangs-) Mitteln Kinder zur Wahrnehmung von Zeugenpflichten angehalten werden können (dazu im einzelnen unter Punkt I 1b), diese Frage ist aber nachrangig.

13 BVerfGE 49, 280 (284); BVerfG, NJW 1988, S. 897, 898; vgl. auch Paulus in KMR Kommentar zur Strafprozeßordnung, Loseblattsammlung, Neuwied, Stand: 1993, Vorbem. § 48 Rdnr. 26; Pfeiffer/Fischer, Strafprozeßordnung, München 1995, vor §§ 48 – 71, Rdnr. 1.

14 Abg. Herz in: Hahn (Hrsg.), Die gesammten Materialien zur Strafprozeßordnung vom 1. 2. 1877, Band 1, Berlin 1880, S. 612.

15 So § 311 der preußischen Kriminalordnung von 1805; mit geringfügigen Modifizierungen (z.B. „jedermann“) ebenso in Bayern: Art. 203 Strafgesetzbuch von 1813; in Sachsen: Art. 211 der Revidierten Strafprozeßordnung von 1868; in Württemberg: Art. 141 Strafprozeßordnung von 1868; in Baden: § 104 Strafprozeßordnung von 1864; in Hessen: Art. 128 Strafprozeßordnung von 1865; in den Thüringischen Staaten: Art. 175 Strafprozeßordnung von 1850; in Oldenburg: Art. 106 Strafprozeßordnung von 1857; in Hamburg: § 72 Strafprozeßordnung von 1869; in Bremen: Art. 41 der Revidierten Strafprozeßordnung von 1870; in Lübeck: § 86 Strafprozeßordnung von 1862 – sämtlich abgedruckt bei Hahn (Anm. 14), S. 100 – 106.

16 Dahs in Löwe/Rosenberg, Strafprozeßordnung, Großkommentar, 24. Aufl., Band 1, Berlin 1988, Vor § 48 Rdnr. 1.

17 Erstes Gesetz zur Reform des Strafverfahrensrechts vom 9. 12. 1974, BGBl. I, S. 3393.

18 Dazu im einzelnen unter b).

19 So die Formulierung in vielen Partikulargesetzen (siehe Anm. 15); die Formulierung hat sich noch bis in die 60er Jahre dieses Jahrhunderts in den Kommentierungen gehalten; vgl.

doch nicht ohne weiteres, unter welchen Voraussetzungen sich eine solche „allgemeine“ Staatsbürgerpflicht zu einer konkret-individuellen Rechtspflicht verdichtet. Es entspricht damaligem wie heutigem Verständnis, daß nicht schon jeden, der irgendeine Wahrnehmung gemacht hat, die für ein Strafverfahren von Bedeutung sein kann, strafbewehrte<sup>20</sup> oder erzwingbare Pflichten treffen. Vielmehr können erzwingbare Pflichten nur solche sein, die befolgbare sind, also zuvor konkretisiert wurden. Insofern ist die *prozeßrechtliche* Zeugenrolle davon abhängig, daß die Person als Zeuge zu einem Vernehmungstermin *geladen* wird. Die individuelle Zeugnispflicht ist also, in der (moderner) Terminologie des Verwaltungsrechts, erst durch einen justitiellen „Verwaltungsakt“ zu konkretisieren und zu begründen.

Die Strafprozeßordnung nennt als denjenigen Akt, durch den die allgemeine Staatsbürgerpflicht für den einzelnen konkretisiert wird, die Ladung (§ 48 StPO). Die Ladung ist eine an den Zeugen gerichtete Aufforderung, an einem bestimmten Ort zu einer bestimmten Zeit als Zeuge zu erscheinen.<sup>21</sup> Sie muß durch eine dazu *befugte Stelle angeordnet* werden. Die Befugnis zur Ladungsanordnung steht dem Vorsitzenden (§§ 214 Abs. 1 S. 1, 238 Abs. 1 StPO) zu, ferner dem Ermittlungsrichter (§ 162 StPO), dem beauftragten (§ 223 StPO) oder ersuchten Richter (§ 157 GVG), der Staatsanwaltschaft (§§ 161a Abs. 1 S. 1, 214 Abs. 3 StPO), dem Angeklagten (§§ 220, 323 Abs. 4, 38 StPO), dem Privatkläger (§ 386 Abs. 2 StPO) und dem Nebenkläger (§§ 397 Abs. 1, 386 Abs. 2 StPO). Fehlt die Anordnung durch einen Ladungsberechtigten, ist die Ladung *unwirksam*, d. h. sie löst keine prozessualen Rechtsfolgen für die Beweisperson aus.<sup>22</sup> Hierin liegt der (erste) Grund dafür, daß beispielsweise eine polizeiliche Ladung zur Zeugenvernehmung noch nicht einmal die Pflicht auslöst, zur Vernehmung zu erscheinen.<sup>23</sup>

Ladungen durch das Gericht und die Staatsanwaltschaft sind *formfrei*. Ob sie mündlich<sup>24</sup> oder schriftlich, vom Anordnenden selbst oder durch Dritte (z.B. Gerichtswachtmeister oder unter Ein-

schaltung der Gemeindeverwaltung) zu bewirken sind, ist eine Frage der Zweckmäßigkeit.<sup>25</sup> Ladungen durch andere Prozeßbeteiligte müssen nach § 38 StPO durch den Gerichtsvollzieher bewirkt werden.<sup>26</sup> Im übrigen empfiehlt sich eine förmliche Zustellung dann, wenn mit einem Ungehorsam des Zeugen gerechnet werden muß, weil die Verhängung von Ordnungsmitteln (§ 51 StPO) den Nachweis des Ladungszugangs voraussetzt.<sup>27</sup>

Der *Inhalt* der Ladung ergibt sich zum einen aus ihrem Gegenstand: sie muß den Adressaten, den Zeitpunkt und den Ort der Vernehmung genau bezeichnen und erkennen lassen, daß es um eine Vernehmung als Zeuge geht.<sup>28</sup> § 48 StPO schreibt zum anderen zwingend vor, daß die Ladung den *Hinweis auf die gesetzlichen Folgen des Ausbleibens* enthalten muß. Das gilt nicht nur für die erste Ladung eines Zeugen, sondern für *jede – auch weitere – Vorladung*.<sup>29</sup> Unterbleibt dieser Hinweis, dürfen die in § 51 StPO geregelten „Folgen des Ausbleibens“ nicht verhängt werden. Eine Ladung ohne diesen Hinweis begrün-

etwa Eb. Schmidt, Lehrkommentar zur StPO, Teil II Göttingen 1957, Vorbem. zum 6. Abschnitt, Rdnr. 15 m.w.N.

20 § 48 des Entwurfs sah für die unberechtigte Weigerung eine *Geldstrafe* (im technischen Sinne) vor; siehe Hahn (Anm. 14), S. 10.

21 Karlsruher Kommentar (KK) zur Strafprozeßordnung, 3. Aufl., München 1993, Pelchen, § 48 Rdnr. 1; Kleinknecht/Meyer-Goßner, Strafprozeßordnung, 42. Aufl., München 1995, § 48, Rdnr. 1; KMR-Paulus (Anm. 13) § 48 Rdnr. 2; Pfeiffer/Fischer, (Anm. 13), § 48 Rdnr. 1.

22 KMR-Paulus (Anm. 13), § 48 Rdnr. 6.

23 BGH, NJW 1962, S. 1020; KK-Wache (Anm. 13), § 163 Rdnr. 15 und § 163a Rdnr. 31; Kleinknecht/Meyer-Goßner (Anm. 21), § 163 Rdnr. 37; KMR-Müller (Anm. 13), § 163a Rdnr. 23.

24 Auch telefonisch, BGH, NJW 1952, S. 836.

25 KMR-Paulus (Anm. 13), § 48 Rdnr. 8.

26 BGH, NJW 1952, S. 836.

27 Kleinknecht/Meyer-Goßner, (Anm. 21), § 48 Rdnr. 1; Dahs in Löwe-Rosenberg (Anm. 16), § 48 Rdnr. 3.

28 Kühne, Kommentar zur Strafprozeßordnung, Reihe Alternativkommentare (= AK), Band 1, Neuwied 1988, § 48 Rdnr. 7 zugleich zu fakultativen weiteren Hinweisen und Angaben in der Ladung.

29 OLG Hamm, NJW 1957, S. 1330; KK-Pelchen (Anm. 21), § 48 Rdnr. 5; Kleinknecht/Meyer-Goßner, (Anm. 21), § 48 Rdnr. 3; KMR-Paulus (Anm. 13), § 48 Rdnr. 10; Pfeiffer/Fischer (Anm. 13), § 48 Rdnr. 1.

det also nicht einmal die Pflicht, als Zeuge zu erscheinen, denn von einer „Pflicht“ kann im Recht schwerlich die Rede sein, wenn die Nichtbefolgung ohne (rechtliche) Folgen bleibt. Einer Ladung ohne diesen Hinweis fehlt – mit anderen Worten – der Regelungscharakter; sie ist *unwirksam*. – Hierin liegt ein (zweiter) Grund dafür, daß Zeugenladungen der Polizei *keine Erscheinungspflicht* auslösen:<sup>30</sup> der Polizei stehen, wie sich aus §§ 163a Abs. 5 im Gegensatz zu § 161a Abs. 2 StPO ergibt<sup>31</sup>, keine Ordnungs- und Zwangsmittel gegen Zeugen zu, so daß ihr auch die Befugnis fehlt, einen entsprechenden Hinweis in eine (Ein-) Ladung aufzunehmen.<sup>32</sup>

### c) Materielle Voraussetzungen

In materieller Hinsicht kann „Zeuge“ sein, wer Wahrnehmungen über in der Vergangenheit liegende Vorgänge gemacht hat und darüber in einem nicht gegen ihn selbst gerichteten Verfahren<sup>33</sup> Auskunft geben soll.<sup>34</sup> Da jeder Mensch ununterbrochen Vorgänge in seiner Umwelt wahrnimmt (selbst im Schlaf, denn das menschliche Ohr beispielsweise läßt sich nicht schließen), wird der Mensch nicht schon durch die Wahrnehmung von Tatsachen als solcher zum Zeugen. Ein Zeugenbegriff, der auf Wahrnehmungen abstellt, wäre inhaltsleer, weil er lediglich den Umstand beschriebe, daß jeder Mensch „Zeuge“ der Vorgänge in seiner Umwelt ist. Zu Recht wird deshalb vereinzelt darauf hingewiesen, daß es keinen Begriff des „Zeugen im materiellen Sinne bzw. ‚an sich‘“ gibt.<sup>35</sup> Der Begriff des Zeugen ist vielmehr ein prozessualer Begriff. Ein Mensch wird zum Zeugen erst, wenn er nach den Regeln des Prozeßrechts formal „als“ Zeuge in ein Straf- oder Bußgeldverfahren

einbezogen wird. Insofern wirken die zuvor geschilderten formellen Voraussetzungen konstitutiv für die Rolle des Zeugen in einem Strafverfahren.

Da die Funktion des Zeugen als sogenannten persönlichen Beweismittels jedoch darin besteht, in einem Strafverfahren Auskunft über seine Wahrnehmungen zu geben, ist in materieller Hinsicht (einzige) Voraussetzung für die prozeßrechtliche Begründung der Zeugenrolle die sogenannte Zeugnisfähigkeit oder Zeugen-tüchtigkeit: Der Mensch muß zur Wahrnehmung und zur (nicht einmal notwendig verbalen<sup>36</sup>) Wiedergabe des Wahrgenommenen vor Gericht fähig sein.<sup>37</sup>

## 2. Begründung von Zeugnispflichten Minderjähriger

### a) Ermächtigungsgrundlage

Stellt man darauf ab, daß die Zeugnispflicht lediglich eine Konkretisierung der allgemeinen Staatsbürgerpflicht ist, verstanden als Pflicht des Bürgers gegenüber dem Staat, darf bereits bezweifelt werden, daß auch Minderjährige davon erfaßt werden. Wer Pflichten gegenüber dem Staat zu erfüllen hat und dazu zwangsweise angehalten werden kann, dem muß grundsätzlich auch der Weg der rechtlichen und politischen Einflußnahme auf den Staat eröffnet sein.<sup>38</sup> Von daher lassen sich staatsbürgerliche Mitwirkungspflichten nur für Bürger legitimieren, die mindestens das Wahlalter erreicht haben.

Das deutsche Recht kennt, soweit ersichtlich, zumindest keine Pflichten von Kindern, die diese im Interesse des Staates zu erfüllen hätten. Soweit ihnen Pflichten auferlegt werden, handelt es sich vielmehr um solche, deren Erfüllung (ausschließlich oder vorwiegend) im Eigeninteresse des Kindes liegt; dazu gehört etwa die Schulpflicht, durch die der Staat seinem *Erziehungsauftrag* (Art. 7 GG) nachkommt<sup>39</sup> und gewährleistet, daß allen Kindern und Jugendlichen ihren Fähigkeiten entsprechende Bildungsmöglichkeiten eröffnet werden.<sup>40</sup> Sie dient daher dem „wohlverstandenen Interesse des Kindes“.<sup>41</sup> Ein Strafverfahren aber dient der Durchsetzung des *staatlichen* Strafanspruchs; es sanktioniert die Verletzung der Rechtsordnung des Staates und wird nicht etwa im Interesse des Opfers geführt.<sup>42</sup> Es läßt sich daher

30 Deutlich Pfeiffer/Fischer (Anm. 13), § 163 Rdnr. 4: „Leisten die Betroffenen der Ladung keine Folge, hat sie (sc. die Polizei) keine Möglichkeit, ihr Erscheinen durch Vorführung zu erzwingen; nach der StPO ist niemand verpflichtet, vor der Polizei auszusagen“.

31 Pfeiffer/Fischer (Anm. 13), § 163a Rdnr. 4.

32 Es ist deshalb irreführende Wortklauberei, wenn etwa KK-Wache (Anm. 13), § 163 Rdnr. 15 behauptet, Zeugen hätten zwar generell „die Pflicht zur Sache auszusagen“, könnten jedoch (lediglich) zur Aussage vor der Polizei nicht gezwungen werden; ähnlich Kleinknecht/Meyer-Gofßner (Anm. 21), § 163 Rdnr. 37.

33 Wer Beschuldigter des Verfahrens ist, kann nicht zugleich Zeuge sein; das deutsche Prozeßrecht kennt keinen „Zeugen in eigener Sache“; vgl. nur BGHSt 10, 8, 10. Das gilt auch für einen Mitbeschuldigten; problematisch sind lediglich die Kriterien, nach denen die Rolle des Mitbeschuldigten (in einem Verfahren) von der des Zeugen (in demselben Verfahren gegen einen anderen Mitbeschuldigten) abzugrenzen ist; vgl. dazu nur den zusammenfassenden Überblick bei KK-Pelchen (Anm. 21), Vor § 48 Rdnrn. 6 ff.

34 So der Sache nach RGSt 52, 289; Dahs in Löwe/Rosenberg (Anm. 16), Vor § 48 Rdnr. 1; KK-Pelchen (Anm. 21), Vor § 48 Rdnr. 1; Kleinknecht/Meyer-Gofßner (Anm. 21), Vor § 48 Rdnr. 1; Peters, Strafprozeß. Ein Lehrbuch, 4. Aufl., Heidelberg 1985, S. 342.

35 KMR-Paulus (Anm. 13), Vorb. § 48 Rdnr. 18.

36 So sind etwa Taubstumme auch dann zeugenfähig, wenn sie sich nur durch Mimik oder Gestik verständlich machen können; vgl. nur AK-Kühne (Anm. 28), vor § 48 Rdnr. 12.

37 BGHSt 2, 296, 270; Dahs in Löwe/Rosenberg (Anm. 16), § 48 Rdnr. 9; Kleinknecht/Meyer-Gofßner (Anm. 21), Vor § 48 Rdnr. 13.

38 So Dorsch, Die Konvention der Vereinten Nationen über die Rechte des Kindes, Berlin 1992, S. 103.

39 BVerfG, NJW 1978, S. 807.

40 AG Bonn, NJW 1989, S. 1047.

41 BVerfG, JZ 1986, S. 1019; VGH München, NVwZ 1992, S. 1224, 1225.

42 So heißt es in dem Vordruck StP 211a, der nach der RV des JM NW vom 5. 9. 1995 – 1414E – IB. 555 – für die Ladung

nicht einmal für minderjährige *Opfer*-Zeugen eine entsprechende Zeugnispflicht legitimieren.

Der Hinweis darauf, daß die Strafprozeßordnung einzelne (Schutz-) *Rechte* minderjähriger Zeugen ausdrücklich regelt wie etwa das Zeugnisverweigerungsrecht (§ 52 Abs. 2 StPO), die Vernehmung von Zeugen unter 16 Jahren ausschließlich durch den Vorsitzenden (§ 241a StPO) und die Entfernung des Angeklagten während der Vernehmung eines Zeugen unter 16 Jahren (§ 247 S. 2 StPO), vermag diese Zweifel nicht – jedenfalls nicht vollständig – auszuräumen. Zum einen setzen diese Regelungen nicht zwingend (konkudent) eine *Zeugnispflicht* von Kindern voraus, sondern behalten ihren Sinn auch dann, wenn Kinder – etwa freiwillig – als Zeugen in einem Verfahren aussagen. Zum anderen läßt sich auch aus der Entstehungsgeschichte nicht herleiten, daß eine Zeugnispflicht von Kindern vorausgesetzt wurde. Als die Strafprozeßordnung verfaßt wurde, wurden Kinder nicht in erster Linie als eigenständige Persönlichkeiten mit eigenen Interessen und Rechten betrachtet, sondern als prinzipiell Gewaltunterworfenen.<sup>43</sup> Sie sind also weder positiv noch negativ in den Beratungen berücksichtigt, sondern schlichtweg gar nicht, schon gar nicht als problematische Adressaten der Zeugnispflicht bedacht worden. Erst im Jahre 1974 wurden § 52 Abs. 2<sup>44</sup> sowie §§ 241a und 247 StPO<sup>45</sup> eingeführt. Zu diesem Zeitpunkt war man aufgrund faktischer Rechts tradition bereits so sehr an Kinder in der Rolle von Zeugen gewöhnt, daß die Perspektive auf den Schutzaspekt verengt war. Die Frage nach einer Ermächtigungsgrundlage für die Inpflichtnahme von Kindern wurde aber (ebenfalls, wenn auch aus anderen Gründen, als zu Ende des letzten Jahrhunderts) nicht gestellt und mithin nicht bedacht.

Als Ermächtigungsgrundlage bleibt daher bestenfalls die gewohnheitsrechtliche Anerkennung einer staatsbürgerlichen Mitwirkungspflicht von Minderjährigen, deren Legitimierung im Hinblick auf die eingangs erhobenen Bedenken freilich noch aussteht. Auf diese Frage kommt es indessen nicht an, wenn – wie im folgenden gezeigt werden wird – die gesetzlich ausdrücklich geregelten Voraussetzungen einer wirklichen Zeugenladung zumindest bei Kindern bis zum Alter von 14 Jahren niemals erfüllt, *konkret-individu-*

*elle* Zeugnispflichten also nicht begründet werden können.

#### b) *Materielle Voraussetzungen*

Auch Minderjährige und (Klein-) Kinder nehmen ihre Umgebung und Vorgänge wahr. Sie können also in materieller Hinsicht durchaus „Zeugen“ sein. Als materielle Voraussetzung für die prozeßrechtliche Begründung von Zeugnispflichten ist insoweit lediglich die Zeugnisfähigkeit oder -tüchtigkeit problematisch. Nach ganz herrschender Ansicht gibt es keine feste Untergrenze, jenseits derer Kindern diese Fähigkeit fehlt; es soll ausschließlich darauf ankommen, ob sie in der Lage sind, frühere Wahrnehmungen verständlich wiederzugeben.<sup>46</sup>

#### c) *Formelle Voraussetzungen*

##### aa) *Minderjährige als Adressaten der Ladung*

Da die StPO keine ausdrückliche Regelung darüber trifft, an wen die Ladung zu adressieren ist, muß auf allgemeine Grundsätze zurückgegriffen werden.

Die ganz überwiegende und wohl herrschende Meinung geht davon aus, daß Kinder generell zu Händen des gesetzlichen Vertreters zu laden sind, Jugendliche aber auch persönlich geladen werden können.<sup>47</sup> Dabei werden indessen zwei voneinander zu trennende Fragen miteinander verknüpft: die Frage nach dem *Adressaten* der durch die Ladung bewirkten Aufforderung, als Zeuge zu erscheinen und auszusagen und die Frage nach dem *Empfänger* (dem Zustellungsadressaten) der Ladung.

Geht man davon aus, daß die Zeugnispflicht eine Leistung zum Gegenstand hat, die nur individuell von derjenigen natürlichen Person erbracht werden kann (und muß), die die Wahrnehmungen gemacht hat, über die sie im Verfahren aussagen soll, dann

46 RGSt 58, 396; KK-Pelchen (Anm. 21), vor § 48 Rdnr. 5; KMR-Paulus (Anm. 13), vor § 48 Rdnr. 33 m.w.N.; Pfeiffer/Fischer (Anm. 13), vor § 48 Rdnr. 2; Hetzer-Pfeiffer, Glaubwürdigkeit geistig behinderter Tatzeugen, NJW 1964, S. 441. – Als Erfahrungswert für Zeugentüchtigkeit gibt Gley (Psychologische Grundlagen und Kriterien der Beurteilung von Zeugenaussagen bei Kindern und Jugendlichen, StV 1987, S. 403 ff., 405) allerdings das Alter von 5 Jahren bei intellektuell normal entwickelten Kindern an; jüngere Kinder sollen nach ihrer Ansicht allenfalls als „Stützzeugen“ in Betracht kommen.

47 OLG Hamm, NJW 1965, S. 1613; Dahs in Löwe/Rosenberg (Anm. 16), § 48 Rdnr. 10; KK-Pelchen (Anm. 21), § 48 Rdnr. 6; Kleinknecht/Meyer-Goßner (Anm. 21), § 48 Rdnr. 7; KMR-Paulus (Anm. 13), § 48 Rdnr. 13; Meier, Zwischen Opferschutz und Wahrheitssuche, JZ 1991, S. 638 ff., 640; Pfeiffer/Fischer (Anm. 13), § 48 Rdnr. 2; Skupin, Die Folgen beim Ausbleiben eines kindlichen oder jugendlichen Zeugen im Strafverfahren, MDR 1965, S. 865 ff., 868. – Schwecken-dieck (Die ordnungsgemäße Ladung von jugendlichen Angeklagten und minderjährigen Zeugen in der Hauptverhandlung, NStZ 1990, S. 170 f.) meint hingegen, daß jugendliche Zeugen immer (auch) persönlich zu laden *sind*.

von kindlichen Zeugen, gerichtet an dessen gesetzliche Vertreter, zu verwenden ist:

„Als Zeuge trägt das Kind zur Aufklärung der Angelegenheit bei, auch wenn Sie glauben, es könne nicht viel aussagen. Es erfüllt mit seiner Aussage eine wichtige staatsbürgerliche Pflicht, die im allgemeinen Interesse liegt.“ (Hervorhebung U.N.)

43 Frommel (Anm. 8), KritV 1995, S. 178.

44 Durch Art. 1 Nr. 13 des Ersten Gesetzes zur Reform des Strafverfahrensrechts, BGBl. I, 1974, S. 393.

45 Durch das Gesetz zur Ergänzung des Ersten Gesetzes zur Reform des Strafverfahrensrechts, BGBl. I 1974, S. 3651.

muß auch diese Person *Adressat der Ladung* sein, durch die die Zeugnispflicht begründet werden soll. Sollen Kinder oder Jugendliche als Zeugen verpflichtet werden, muß die Ladung also *inhaltlich* an sie gerichtet werden.<sup>48</sup> Daß etwa bei Kindern, die noch nicht lesen können oder Kindern, die ohne Mitwirkung ihrer Eltern oder gesetzlichen Vertreter der Ladung gar nicht Folge leisten könn(t)en, der Zugang der Aufforderung nur *zu Händen* des gesetzlichen Vertreters bewirkt werden kann, ergibt sich schon aus dem Gesichtspunkt der Fürsorge,<sup>49</sup> hat aber nichts damit zu tun, daß das Kind Adressat des zum Zeugnis verpflichtenden Verwaltungsakts ist.

*bb) Der „Hinweis auf die gesetzlichen Folgen des Ausbleibens“*

Wenn sich nun die in der Ladung enthaltene Aufforderung an einen Minderjährigen persönlich richtet, dann muß auch der Inhalt dieser Aufforderung, dem Gesetz entsprechend, auf die Person des (minderjährigen) Zeugen zugeschnitten sein. Das heißt insbesondere, daß der (minderjährige) Zeuge nach § 48 StPO auf die „gesetzlichen Folgen des Ausbleibens“ hinzuweisen ist. Damit ist die Frage aufgeworfen und zu klären, welche Folgen des Ausbleibens das Gesetz regelt.

48 So selbst für Kinder, die noch nicht lesen können, grundsätzlich und ausnahmslos Schimmack, *Kinder und Jugendliche als Zeugen im Strafverfahren*, JW 1924, S. 1667 ff. Diese These beruht indessen ebenfalls auf der mangelnden Differenzierung zwischen Adressat des Verwaltungsakts und Zustellungsempfänger.

49 Jeweils mit ausführlicher Begründung Schweckendieck (Anm. 47), NStZ 1990, S. 171 und Skupin (Anm. 47), MDR 1965, S. 867.

Gesetzliche Folgen können sein die Auferlegung der „durch das Ausbleiben verursachten Kosten“ (§ 51 Abs. 1 S. 1 StPO), die Verhängung eines Ordnungsgeldes, ersatzweise Ordnungshaft (§ 51 Abs. 1 S. 2 StPO) und die zwangsweise Vorführung (§ 51 Abs. 1 S. 3 StPO).

Die Auferlegung der Kosten und die Festsetzung eines Ordnungsgeldes sind Ungehorsamsfolgen, die, wie sich aus § 51 Abs. 2 StPO ergibt, Verschulden voraussetzen. Es ist deshalb – zu Recht – in Rechtsprechung und Literatur heute unbestritten,<sup>50</sup> daß Ordnungsmittel nur gegen schuldfähige Personen festgesetzt werden dürfen und ihre Verhängung gegenüber Kindern oder anderen schuldunfähigen Personen deshalb unzulässig ist.<sup>51</sup> Da die Schuldfähigkeit in Analogie zu § 19 StGB definiert wird,<sup>52</sup> sind Kinder im diesem Sinne Personen, die das 14. Lebensjahr noch nicht vollendet haben. – Zwar ist auch die Zeugenladung von Kindern und Jugendlichen über 14 Jahren nicht unproblematisch,<sup>53</sup> jedoch werden sich die folgenden Überlegungen auf Kinder unter 14 Jahren beschränken.

Für die Vorführung gilt dasselbe, wenn man sie ebenfalls als Sanktion einordnet.<sup>54</sup> Überwiegend wird dieses Zwangsmittel jedoch als Vollstreckungsmaßnahme beurteilt, die prinzipiell verschuldensunabhängig angeordnet werden kann.<sup>55</sup> Geht man von der Richtigkeit dieser Interpretation aus, dann bleibt gleichwohl zweifelhaft, ob Kinder vorgeführt werden dürfen. Die Lösung dieser Frage ergibt sich aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, dessen Voraussetzungen auch für eine Vorführung zu beachten sind. Mit Rücksicht darauf hält etwa *Meier* die Anordnung der Vorführung eines Kindes „regelmäßig“ für rechtswidrig, weil unverhältnismäßig,<sup>56</sup> während *Vierhaus* das für noch nicht schulpflichtige

50 Anders noch Renner, *Kann ein Jugendlicher nach § 50 StPO zu einer Strafe verurteilt werden?*, Recht 1917, S. 378 und OLG Hamm, NJW 1965, S. 1613. \*

51 OLG Hamm, MDR 1980, S. 322; LG Bremen, NJW 1970, S. 1429; BVerfGE 20, 323, 332; BVerfGE 58, 159 (jew. zu § 890 ZPO); AK-Kühne (Anm. 28), § 51 Rdnr. 10; Dahs in Löwe/Rosenberg (Anm. 16), § 51 Rdnr. 2 m.w.N.; Kleinknecht/Meyer-Goßner (Anm. 11), § 51 Rdnr. 15; Meier (Anm. 47), JZ 1991, S. 640; Schweckendieck (Anm. 47), NStZ 1990, S. 171; Vierhaus, *Zulässigkeit der Ordnungs- und Zwangsmittel des § 51 StPO gegen Kinder als Zeugen*, NStZ 1994, 271 f.

52 Wie Anm. 51.

53 Vgl. dazu Skupin (Anm. 47), MDR, S. 865 ff.; Schweckendieck (Anm. 47), NStZ 1990, S. 170 f.

54 So Skupin (Anm. 47), MDR 1965, S. 867.

55 Dahs in Löwe/Rosenberg (Anm. 16), § 51 Rdnr. 2; Günter, *Einführung in das Recht des Zeugenbeweises*, JA 1979, S. 427, 428; KK-Pelchen (Anm. 21), § 51 Rdnr. 9; Kleinknecht/Meyer-Goßner (Anm. 21), § 51 Rdnr. 20; KMR-Paulus (Anm. 13), § 51 Rdnr. 14; Meier (Anm. 47), JZ 1991, S. 640; Vierhaus (Anm. 51), S. 271.

56 Meier (Anm. 47), JZ 1991, S. 640; ihm folgend Kleinknecht/Meyer-Goßner (Anm. 21), § 51 Rdnr. 20.

Kinder gelten lassen und im übrigen mit steigendem Alter geringere Anforderungen an die Rechtfertigung der Maßnahme stellen will.<sup>57</sup> Beide gelangen zu diesem Ergebnis erst im Rahmen der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne auf Grund einer Abwägung zwischen dem Kindeswohl und der Bedeutung der Zeugenaussage des Kindes für die Wahrheitsfindung im konkreten Strafprozeß.

Diese Abwägung ist indessen vorschnell: Sie setzt voraus, daß es eine *Aussagepflicht* des Kindes gibt. Mit der Vorführung kann nur das *Erscheinen* des Zeugen bewirkt werden; zur Erzwingung einer Aussage ist sie nicht nur ungeeignet, sondern als Maßnahme nach § 70 StPO, der die Folgen einer grundlosen Zeugnis- oder Eidesverweigerung regelt, unzulässig. Die Vorführung eines Kindes ist danach schon keine geeignete Maßnahme – von Erforderlichkeit und Angemessenheit zunächst abgesehen –, wenn das Kind auch im Falle seiner Vorführung nicht zur Aussage verpflichtet ist. Eine Eidespflicht des Kindes scheidet schon nach § 60 Abs. 1 StPO aus, der die Vereidigung einer Person unter 16 Jahren ausdrücklich verbietet. Daß Kinder überdies zur Aussage nicht verpflichtet sind, ergibt sich daraus, daß die in § 70 StPO genannten Ordnungsmittel und die Beugehaft ihres Sanktionscharakters wegen gegen Kinder grundsätzlich nicht angeordnet werden dürfen.<sup>58</sup> Andere Maßnahmen zur Erzwingung einer Aussage sieht die Strafprozeßordnung nicht vor. Daraus folgt, daß die Aussage eines Kindes nicht erzwungen werden kann. Eine „Pflicht“, an deren Verletzung sich keine rechtlichen Folgen knüpfen können, die also nicht durchgesetzt werden kann, ist keine Rechtspflicht.<sup>59</sup>

Für die Verhältnismäßigkeit der Vorführung eines Kindes folgt daraus, daß diese zur Erreichung des Zwecks der Wahrheitsfindung im Strafprozeß ein immer und *ausnahmslos ungeeignetes Mittel* ist. Der Zweck kann nämlich nur erreicht werden, wenn feststeht, also zuvor geklärt wurde, daß das Kind *freiwillig* bereit ist, als Zeuge vor der Staatsanwaltschaft oder vor dem Gericht auszusagen. Dann aber wäre eine Vorführung nicht erforderlich und erst recht nicht angemessen.

Einem kindlichen „Zeugen“ dürfen also im Falle seines Ausbleibens weder „die durch das Ausbleiben verursachten Kosten“ auferlegt (§ 51 Abs. 1 S. 1 StPO), noch darf gegen ihn ein Ordnungsgeld, ersatzweise Ordnungshaft festgesetzt (§ 51 Abs. 1 S. 2 StPO), noch darf er zwangsweise vorgeführt werden

(§ 51 Abs. 1 S. 3). Mithin knüpfen sich an sein Ausbleiben *keine gesetzlichen Folgen*.

Daraus folgt für die Ladung, daß der für ihre Wirksamkeit zwingend vorgeschriebene Hinweis auf die gesetzlichen Folgen ausschließlich in dem Hinweis bestehen kann – und muß! –, daß die Nichtbefolgung der Ladung *folgenlos* bleibt. Jeder andere Hinweis wäre der Sache nach eine Drohung mit einer nach den Vorschriften der Strafprozeßordnung unzulässigen Maßnahme,<sup>60</sup> die nach §§ 69 Abs. 3, 136a Abs. 3 StPO die absolute Unverwertbarkeit einer auf der irrigen Annahme entsprechender Verpflichtung beruhenden Aussage zu Folge hätte.<sup>61</sup>

Es gibt danach kein Argument, die Zeugenladung an ein Kind anders zu beurteilen als die Ladung eines Erwachsenen durch die Polizei,<sup>62</sup> nämlich als höchst unverbindliche Einladung, freiwillig zu erscheinen und auszusagen.

#### cc) Eltern als Adressaten der Ladung

In der Praxis wird nun die Unmöglichkeit, Kinder (zwangsweise) als Zeugen staatlich in Pflicht zu nehmen, umgangen. Es wird nicht nur die Ladung zu Händen der gesetzlichen Vertreter des Kindes gerichtet, sondern ihnen als Erziehungsberechtigten die *eigene Verpflichtung* auferlegt wird, „für das pünktliche Erscheinen des Kindes zum Termin Sorge zu tragen“, wie es etwa in dem in Nordrhein-Westfalen zu verwendenden Vordruck für die Ladung kindlicher Zeugen formuliert ist. Der Vordruck enthält zugleich folgenden an die gesetzlichen Vertreter gerichteten Hinweis: „Vorsorglich werden Sie darauf hingewiesen, daß Zeuginnen oder Zeugen, die ohne rechtzeitige genügende Entschuldigung nicht erscheinen, zwangsweise vorgeführt werden können“.<sup>63</sup>

Diese Praxis ließe sich nur legitimieren, wenn eine entsprechende gesetzliche Verpflichtung bestünde oder sich die Aufforderung auf eine Ermächtigungsgrundlage stützen könnte. § 48 StPO kommt als Ermächtigungsgrundlage jedenfalls nicht in Betracht, weil die Eltern nicht selbst „als“ Zeugen geladen werden; es geht nicht darum, daß sie über Wahrnehmungen aussagen solle. Der Sache nach soll ihnen auf diese Weise aufgegeben werden, ein anderes (persönliches) Beweismittel für Zwecke des Strafverfahrens herbeizuschaffen. Eine Ermächtigungsgrundlage

57 Vierhaus (Anm. 51), NSTz 1994, S. 271.

58 Kleinknecht/Meyer-Gößner (Anm. 21), § 70 Rdnr. 3; KMR-Paulus (Anm. 13), § 70 Rdnr. 11; Dahs in Löwe-Rosenberg (Anm. 16) § 70 Rdnr. 4; Pfeiffer/Fischer (Anm. 13), § 70 Rdnr. 1.

59 Dazu oben I 1 b).

60 So für unzulässige Maßnahmen nach § 70 StPO: Dahs in Löwe/Rosenberg (Anm. 16), § 70 Rdnr.; 3 KK-Pelchen (Anm. 21), § 70 Rdnr. 18; Kleinknecht/Meyer-Gößner (Anm. 21), § 70 Rdnr. 21; Eb. Schmidt (Anm. 19), § 70 Rdnr. 9.

61 OLG Koblenz, OLGSt S. 2; siehe die Nachweise in Anm. 60; anders noch RGSt 73, 31 zu einer Zeit, als § 136a noch nicht eingeführt war und BGHSt 9, 364 unter (deshalb unzutreffender) Bezugnahme auf die Entscheidung des RG.

62 Dazu oben I 1 b).

63 Vordruck StP 211a (Anm. 42).

ge für die „Herausgabe“ von Beweismitteln kennt die Strafprozeßordnung nur für *Sachen*; nach § 95 StPO ist jemand, der einen beschlagnahmefähigen Gegenstand in Gewahrsam hat, verpflichtet, diesen auf Verlangen vorzulegen und auszuliefern. Für die Durchsetzung dieser Pflicht verweist § 95 Abs. 2 StPO auf die Ordnungs- und Zwangsmittel bei unberechtigter Verweigerung des Zeugnisses. Nach Wortlaut, Systematik, Sinn und Zweck der Regelung des Editionsbegehrens ist es ausgeschlossen, die Norm auf die „Herausgabe“ oder „Auslieferung“ von Zeugen, schon gar von Kindern entsprechend anzuwenden. – Auf eine solche Idee ist deshalb bislang zu Recht auch niemand verfallen. Im Gegenteil: es besteht Einigkeit darüber, daß Säumnisfolgen nur gegen den nichterschienenen Zeugen, *nicht* aber gegen „mitgeladene ... Elternteile wegen Nichtgestellung der geladenen Kinder“ verhängt werden dürfen.<sup>64</sup>

Stattdessen wird in Rechtsprechung und Literatur, soweit die Frage thematisiert wird, (inzident) auf das Aufenthaltsbestimmungsrecht nach § 1631 Abs. 1 BGB abgestellt und gefragt, ob die Nichtgestellung des Kindes als Zeuge einen „Mißbrauch des Sorgerechts“ darstelle.<sup>65</sup> Von *Mißbrauch* kann aber nur dann die Rede sein, wenn der richtige *Gebrauch* des Sorgerechts die Pflicht umfaßt, ein Kind als Zeuge zur Verfügung zu stellen. Rechte lassen sich nicht unter der Hand in Pflichten umdefinieren, indem postuliert wird, daß von dem Recht nur in bestimmter Weise Gebrauch gemacht werden dürfe. Insbesondere wäre es widersprüchliches Verhalten des Staates, einerseits das Erziehungsrecht *vor* Eingriffen durch den Staat zu schützen (Art. 6 GG), um es andererseits *für* Eingriffe im Interesse des Staates – etwa ein Strafverfahren – heranzuziehen.

Denkbar bleibt, daß die in dem Sorgerecht enthaltene *Erziehungspflicht* der Eltern bzw. gesetzlichen Vertreter die Pflicht umfaßt, ein Kind für eine Zeugenaussage (zwangsweise) zur Verfügung zu stellen.<sup>66</sup> So weit geht jedoch nicht einmal die Rechtsprechung. Dort wird zwar die Erziehungspflicht bemüht, jedoch aus ihr nur die Pflicht hergeleitet, Kinder dazu „anzuhalten“, daß sie „ihrer Zeugenpflicht nachkommen“.<sup>67</sup> Dazu wird freilich – zu Unrecht – die Parallele zur Schulpflicht und zur Pflicht der Erziehungsberechtigten gezogen, Kinder zur Schule zu schicken.<sup>68</sup>

Zum einen ist das Kind gerade nicht zum Zeugnis verpflichtet. Zum anderen handelt es sich bei der Schulpflicht darum, den staatlichen Erziehungsauftrag *im Interesse des Kindes* nicht zu boykottieren.<sup>69</sup> Deshalb sehen die Schulpflichtgesetze der Länder entsprechende Zwangsmittel bzw. Bußgeldtatbestände für die Eltern vor.<sup>70</sup> Diese dienen also dem Kindesinteresse insofern, als sie den Anspruch der Kinder auf gleiche Bildungsmöglichkeiten mittelbar auch vor solchen Eltern schützen, die andere Erziehungsziele verfolgen. Da es in einem Strafverfahren um staatliche Interessen geht, ist die Strafprozeßordnung konsistent, wenn und weil sie keine Sanktionen gegen die Erziehungsberechtigten vorsieht.

Aus demselben Grund ist auch ein Weg versperrt, der in der Praxis gelegentlich zur Umgehung der Gesetzeslage erwogen wird: die Einschaltung des Vormundschaftsgerichts durch den Strafrichter mit dem Ziel, das elterliche Recht zur Aufenthaltsbestimmung für die Dauer der Vernehmung nach § 1666 Abs. 1 S. 1 BGB zu entziehen.<sup>71</sup> Weder *mißbrauchen* Eltern ihr Recht, wenn sie Kinder nicht als Zeugen an die Strafgerichte ausliefern, so daß schon die materiellen Voraussetzungen nicht vorliegen, noch könnte das Vormundschaftsgericht sachlich anders entscheiden. Es ist nämlich verpflichtet, ausschließlich die Kindesinteressen und Kindesrechte wahrzunehmen<sup>72</sup>, wäre also von daher selbst und in gleicher Weise wie die Eltern gehindert, das staatliche Interesse an effektiver Strafverfolgung als Grundlage für eine Pflicht des Kindes, als Zeuge zu erscheinen und auszusagen, heranzuziehen.

### 3. Zwischenfazit

Das Gesetz läßt keine unmittelbare oder unter Einschaltung der Erziehungsberechtigten mittelbare Begründung und Durchsetzung kindlicher Zeugenpflichten zu. Der Staat hat zu respektieren, daß Kinder in einem Strafverfahren seinem Zugriff generell entzogen sind und daher als Zeugen nicht zur Verfügung stehen.

## II Zulässige Wege zur Gewinnung kindlicher Zeugenaussagen

Obwohl die bisher geschilderte Rechtslage offenkundig ist, hat man sich in Rechtsprechung und Literatur (nur deshalb) gescheut, die Konsequenzen aus der Gesetzeslage auch offen beim Namen zu

64 OLG Hamm, NJW 1965, S. 1613; Dahs in Löwe/Rosenberg (Anm. 16), § 70 Rdnr. 4; Kleinknecht/Meyer-Goßner (Anm. 21), § 70 Rdnr. 3; Meier (Anm. 47), JZ 1991, S. 640; Skupin (Anm. 47), MDR 1965, S. 867; Vierhaus (Anm. 51), NStZ 1994, S. 271.

65 OLG Saarbrücken, NJW 1974, S. 1959, 1960; OLG Hamm, NJW 1965, S. 1613; Meier (Anm. 46), JZ 1991, S. 640; Skupin (Anm. 47), MDR 1965, S. 867.

66 So Skupin (Anm. 47), MDR 1965, S. 867.

67 OLG Hamm, NJW 1965, S. 1613.

68 So ausdrücklich OLG Hamm, NJW 1965, S. 1613.

69 Siehe oben Anm. 41.

70 Z.B. §§ 20 Abs. 1 Nr. 1, 16 Abs. 2 SchulpflichtG NW; Art. 19 Abs. 1 Nr. 2, 4 Abs. 2 S. 1 BaySchulPflG.

71 So z. B. OLG Saarbrücken, NJW 1974, 1959, 1960; Meier (Anm. 47), JZ 1991, S. 640; Skupin (Anm. 47), MDR 1965, S. 867.

72 LG Bonn, DAVorm 1992, S. 91 f.; OLG Köln, FamRZ 1991, S. 1098 f.

nennen, weil eine ganze Kategorie besonders gravierender Delikte, nämlich gerade (sexualisierte Gewalt-) Taten an Kindern, praktisch meistens nur mit Hilfe der Aussage kindlicher (Opfer-) Zeugen aufklärbar und strafrechtlich verfolgbar sind. Der mittelbare Schutz auch von Kindern als Teil der Allgemeinheit *durch* das Strafrecht kollidiert mit der gesetzlichen Freistellung der Kinder von einer Inpflichtnahme *für* das Strafrecht.

### 1. Parallele zur Rechtsprechung über Glaubwürdigkeitsgutachten

Das bedeutet nun nicht, daß solche Taten (künftig) nicht mehr aufklärbar wären. Das Dilemma ist auf dem gleichen Weg lösbar, der im Strafverfahrensrecht für die Glaubwürdigkeitsbegutachtung von Kindern beschränkt wurde.

Für das von der höchstrichterlichen Rechtsprechung vielfach geforderte Glaubwürdigkeitsgutachten als Grundlage für die richterliche Beweiswürdigung der Aussagen kindlicher Zeugen<sup>73</sup> gibt es (ebenfalls) keine Ermächtigungsgrundlage in der Strafprozeßordnung.<sup>74</sup> Kinder können daher nicht verpflichtet und schon gar nicht gezwungen werden, an einer entsprechenden Begutachtung mitzuwirken, die als Exploration im übrigen dem Ablauf einer Zeugenvernehmung vergleichbar ist.<sup>75</sup> Diese Rechtslage hat die Rechtsprechung zunächst ebenso stillschweigend übergangen wie es heute bei der Begründung der prozessualen Zeugenrolle von Kindern der Fall ist. Erst vor rund 5 Jahren hat sich der Bundesgerichtshof insoweit auf das Gesetz besonnen und judiziert, daß jeder Zeuge, der auf seine Glaubwürdigkeit hin untersucht werden soll, nicht nur – wie es bereits früher entschieden wurde – über sein Untersuchungsverweigerungsrecht als Angehöriger in Analogie zu §§ 81c<sup>76</sup> bzw. 52 StPO<sup>77</sup>, sondern auch darüber zu belehren ist, daß es ihm freistehe, freiwillig (oder gar nicht) daran mitzuwirken, weil in Ermangelung einer Eingriffsgrundlage die Mitwirkung nur als *freiwillige Leistung* erbeten, nicht aber verlangt werden könne.<sup>78</sup>

Nicht anders aber ist die Rechtslage für kindliche Zeugenaussagen. Sie sind ein zulässiges Beweismittel, unter der Bedingung, daß das Kind altersgemäß und

unmißverständlich darüber belehrt wird, daß es nicht aussagen muß und daraufhin seine Bereitschaft zur Aussage erklärt hat.

### 2. Umfang und Inhalt der Belehrungspflicht

Da die Entscheidung über das Ob einer Zeugenaussage ein ebenso höchstpersönliches Recht ist, wie etwa die Entscheidung über die Zeugnisverweigerung als Angehöriger, lassen sich die Modalitäten der Belehrung dem Rechtsgedanken des § 52 Abs. 3 StPO entnehmen, der die Belehrung von Minderjährigen über ihr Zeugnisverweigerungsrecht als Angehörige regelt. Nach § 52 Abs. 2 StPO dürfen Minderjährige, die wegen mangelnder Verstandesreife (noch) keine genügende Vorstellung von der Bedeutung des Zeugnisverweigerungsrechts haben, nur vernommen werden, „wenn sie zur Aussage bereit sind *und* auch ihr gesetzlicher Vertreter der Vernehmung zustimmt“. Aus diesem Grunde schreibt § 52 Abs. 3 StPO vor, daß der Minderjährige *und* sein (zur Ausübung des Zeugnisverweigerungsrechts befugter<sup>79</sup>) Vertreter *vor jeder Vernehmung* über ihr Recht zu belehren sind.<sup>80</sup>

73 Ständige Rechtsprechung seit BGHSt 2, 163, 164.

74 Grundlegend Krauß, Richter und Sachverständige im Strafverfahren, ZStW 85 (1973), S. 321 ff., 357 ff.; h.M., vgl. nur KK-Pelchen (Anm. 21), § 81c Rdnr. 9; Kleinknecht/Meyer-Göbner (Anm. 21), § 81c Rdnr. 7 jew. m.w.N..

75 Dazu Ruß, Tatsachenbehauptungen des Sachverständigen im Strafprozeß, NJW 1963, S. 385; Weigend, Anm. zum Ur. des BGH v. 29. 6. 1989 – 4 StR 201/89, JZ 1990, S. 49.

76 BGHSt 13, 394, 399.

77 Eisenberg, Anm. zum Ur. des BGH v. 15. 11. 1994 – 1 StR 461/94 (StV 1995, S. 171), StV 1995, S. 625, 626.

78 BGH, JZ 1990, 47, 48.

79 Das kann nach § 52 Abs. 2 S. 2 StPO – selbstverständlich – nicht derjenige gesetzliche Vertreter sein, der selbst Beschuldiger ist; gleiches gilt für den nichtbeschuldigten Elternteil, wenn die gesetzliche Vertretung beiden Eltern zusteht.

80 Insofern ist der in Nordrhein-Westfalen zu verwendende Vordruck StP 211a (Anm. 42) im Hinblick auf die Verwertbarkeit (§§ 69 Abs. 3, 136a Abs. 3 StPO) kindlicher Zeugenaussagen höchst gefährlich. Es fehlt nicht nur die Belehrung über die Freiwilligkeit einer Mitwirkung, sondern der Text belehrt irreführend und falsch, wenn es dort heißt: „Als Zeuge trägt das Kind zur Aufklärung der Angelegenheit bei, auch wenn Sie glauben, es könne nicht viel aussagen. Es erfüllt mit seiner Aussage eine wichtige staatsbürgerliche Pflicht, die im allgemeinen Interesse liegt.“ Überdies stellt sich der Hinweis

Zur Belehrung ist das Gericht, bei staatsanwaltlicher Vernehmung die Staatsanwaltschaft, verpflichtet. Die Belehrung darf nicht Dritten überlassen werden.<sup>81</sup> Sie muß mündlich erfolgen und „dem Zeugen eine genügende Vorstellung von der Bedeutung seines Weigerungsrechts vermitteln“.<sup>82</sup> Die Belehrung ist vollständig zu protokollieren.<sup>83</sup>

Da nun aber ein kindlicher Zeuge noch nicht einmal zum Erscheinen verpflichtet werden kann, bleibt den Strafverfolgungsbehörden nur die Möglichkeit, ihn notfalls persönlich aufzusuchen und nach entsprechender Belehrung<sup>84</sup> darüber zu befragen, ob er bereit sei, sich als Zeuge in einem konkreten Strafverfahren zur Verfügung zu stellen. Da es freilich noch nicht einmal eine gesetzliche Grundlage gibt, die Wohnung zum Zwecke einer Zeugenbelehrung zu betreten,<sup>85</sup> müssen sie zuvor – ebenfalls nach Belehrung, die Zustimmung der Erziehungsberechtigten zum Besuch des Kindes einholen. Danach liegt es dann bei dem Kind, das Ob und das Wie seiner Vernehmung zu definieren, denn es kann jederzeit („vor jeder Vernehmung“) seine Bereitschaft zur Mitwirkung verweigern.<sup>86</sup>

Die Bereitschaft des Kindes zur Aussage ist freilich nicht hinreichend. In Analogie zu § 52 Abs. 2 StPO müssen auch die gesetzlichen Vertreter einverstanden sein. Sie können also das Kind „sperrn“. Allerdings kann, wenn das Kind selbst zur Aussage bereit ist, die Erziehungsberechtigten es indessen nicht aussagen lassen wollen, ausnahmsweise – aber auch nur in einem solchen Fall – beim Vormundschaftsgericht angeregt werden, das Aufenthaltsbestimmungsrecht des gesetzlichen Vertreters für die Dauer der Vernehmung einzuschränken. Die dafür unerläßliche Voraussetzung ist aber, daß das Kind persönlich aussagen will. Nur für den Fall nämlich, daß die Wahrnehmung der Zeugenfunktion im subjektiv definierten und zugleich auch im wohlverstandenen Interesse des Kindes liegt, kann ein Mißbrauch des Aufenthaltsbestimmungsrechts durch Sperrung des Kindes als Zeuge überhaupt in Erwägung gezogen werden. Ist dage-

auf die Möglichkeit einer Vorführung auf der Basis des geltenden Rechts als Drohung mit einer unzulässigen Maßnahme dar.

81 BGHSt 9, 195; BGH NJW 1991, S. 2432.

82 BGHSt 32, 32.

83 Pfeiffer/Fischer (Anm. 13), § 52 Rdnr. 7.

84 Das Kind ist immer *selbst* zu belehren; KK-Pelchen (Anm. 21), § 52 Rdnr. 32; Eisenberg (Anm. 77), StV 1995, S. 626.

85 Dazu Nelles, Strafprozessuale Eingriffe in das Hausrecht von Angehörigen, StV 1991, S. 488 ff.

86 Im Grundsatz nicht anders BGH StV 1995, S. 171, wo allerdings – wie Eisenberg in seiner Anmerkung zu dieser Entscheidung (Anm. 77) überzeugend dargelegt hat – zu Unrecht „mangelnde Verstandesreife“ bei einem (schon) 7-jährigen Kind angenommen wurde; richtig dagegen BGH 3 StR 163/95 vom 23. 8. 1995: Belehrungspflicht auch gegenüber einer 5-Jährigen; BGH, NStZ 1991, S. 398: Belehrungspflicht gegenüber einem 6-Jährigen.

gen das Kind selbst nicht bereit, als Zeuge mitzuwirken, reicht auch das Einverständnis der Erziehungsberechtigten und an seiner Stelle des Vormundschaftsgerichts nicht aus<sup>87</sup>, denn das Einverständnis des Kindes *und* seines Vertreters ist – in Analogie zu § 52 Abs. 2 S. 1 StPO – *kumulative* Voraussetzung für die Zulässigkeit einer Vernehmung. Insofern ist die Auffassung von Peters (zur Auslegung des § 52 Abs. 2 StPO) in Bezug auf die Entscheidung über das Ob einer Zeugenaussage von Kindern generell zutreffend: Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG – hier: *das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Kindes – verbietet eine Vernehmung* von Beweispersonen, denen wegen mangelnder Verstandesreife das Verständnis für das Recht der Zeugnisverweigerung fehlt.<sup>88</sup>

### 3. Zwischenfazit

Die Strafprozeßordnung ist nicht auf den „Schutz“ kindlicher Zeugen zugeschnitten, sondern schreibt vor, daß das *Kind als selbständige Persönlichkeit mit eigenen Rechten* behandelt werden muß. Es darf um Mitwirkung gebeten werden, nachdem ihm kindgerecht, verständlich und zutreffend alle nötigen Informationen mitgeteilt wurden, die es braucht, um eine eigene sachgerechte Entscheidung zu fällen. Seine Entscheidung ist zu respektieren. Kein Kind kann in die prozeßrechtliche Rolle des Zeugen gezwungen werden.

## III Konsequenzen für Vernehmungen unter Einsatz der Videotechnik

Die in den fachlichen Stellungnahmen zu dem eingangs zitierten Beschluß des Landgerichts Mainz hervorgehobenen verfahrensrechtlichen Probleme stellen sich auf der Grundlage des geltenden Rechts nicht. Vielmehr sind verschiedene Fallgruppen rechtlich zu unterscheiden, die an die jeweilige Entscheidung des Kindes und seiner gesetzlichen Vertreter über die Aussagebereitschaft anknüpfen.

Eine Verletzung des Grundsatzes der Unmittelbarkeit in Gestalt des Grundsatzes der persönlichen Vernehmung (§ 250 StPO) ist nur denkbar, wenn die persönliche Vernehmung unterbleibt, obwohl sie möglich wäre. Insofern ist diese Norm – wie jede andere auch – mit der Einschränkung zu lesen, daß niemand zu Unmöglichem verpflichtet werden kann. Wenn das Gesetz die Befugnis nicht gewährt, eine Person, die Wahrnehmungen über beweis erhebliche Tatsachen gemacht hat, zur Aussage zu zwingen, dann kann das Gesetz nicht gleichzeitig vorschreiben, eben dieses zu tun.<sup>89</sup> Daraus folgt, daß § 250 StPO

87 Anders, aber *contra legem*, für Kinder, denen es an der Verstandesreife mangelt BGH, StV 1995, S. 171.

88 Peters (Anm. 34), S. 349.

89 Diesen Aspekt übersieht Denger (Kinder und Jugendliche als Zeugen in Strafverfahren wegen sexuellen Mißbrauchs, ZRP

nur dann verletzt sein kann, wenn das Kind und seine gesetzlichen Vertreter einer Vernehmung des Kindes in der Hauptverhandlung nach entsprechender Belehrung freiwillig zustimmen und das Gericht dennoch auf Vernehmungssurrogate zurückgreift.

Wie im übrigen zu verfahren ist, ergibt sich aus § 251 StPO.

Nach § 251 Abs. 1 Nr. 2 StPO darf die Vernehmung eines Zeugen (u.a.) durch Verlesung eines Protokolls über eine *richterliche* Vernehmung ersetzt werden, wenn dem Erscheinen des Zeugen für längere oder ungewisse Zeit Krankheit, Gebrechlichkeit oder andere nicht zu beseitigende Hindernisse entgegenstehen. Auf diese Variante fokussiert die aktuelle Diskussion. Sie wird aber verkürzt geführt, wenn sie die Frage in den Mittelpunkt stellt, ob die schlichte „Sperrung“ des Kindes durch seine gesetzlichen Vertreter ein „anderes nicht zu beseitigendes Hindernis“ für die Vernehmung des Kindes ist. Für ein Kind können, wie dargelegt, überhaupt keine Zeugnispflichten begründet werden. Es ist also nicht die persönliche Vernehmung die „Regel“, die das Gesetz aufstellt und § 251 Abs. 1 StPO die Ausnahme, sondern es ist bei Kindern genau umgekehrt: Kinder sind im prozeßrechtlichen Sinn nicht Zeugen, können also nur ausnahmsweise persönlich vernommen werden. Ist ein Kind dazu nicht bereit, gibt es keinen „Zeugen“. Es geht also nicht darum, seine Vernehmung zu „ersetzen“ (§ 251 Abs. 1 StPO), sondern darum, (andere) Beweismittel zu benutzen, die rechtlich und faktisch verfügbar sind. – Das kann die Verlesung eines richterlichen Vernehmungsprotokolls sein. Voraussetzung dafür ist aber, daß das Kind und seine gesetzlichen Vertreter eine richterliche Zeugenvernehmung des Kindes – sei es im Ermittlungsverfahren, sei es als kommissarische Vernehmung – zugelassen haben.

Ist das Kind in keinem Stadium vom Beginn der Ermittlungen bis zur Beendigung des Strafverfahrens zu einer Aussage bereit oder sperren es seine gesetzlichen Vertreter vollständig, liegt ein Fall des § 251 Abs. 2 S. 2 StPO vor. Diese Vorschrift regelt für die allein vergleichbaren Fälle der auf absehbare Zeit objektiven und der endgültigen Unmöglichkeit einer gerichtlichen Zeugenvernehmung, daß Niederschriften über andere (als richterliche) Vernehmungen oder schriftliche Erklärungen des Zeugen verlesen werden dürfen. Dazu gehören auch Urkunden, die nicht von der Beweisperson selbst, aber klar erkennbar<sup>90</sup> mit ihrem Willen und in ihrem Auftrag hergestellt wur-

den.<sup>91</sup> Das können etwa Aufzeichnungen über Gespräche sein, die Psychologen oder Betreuungspersonen mit dem Kind über den verfahrenserheblichen Gegenstand geführt haben.

Es spricht ferner nichts dagegen, neben einer (richterlichen oder nichtrichterlichen) Vernehmungsniederschrift auch ein Videoprotokoll als Augenscheinsobjekt heranzuziehen, wenn dieses unter denselben Voraussetzungen eines klar erkennbaren und erklärten Einverständnisses des Kindes erstellt wurde.<sup>92</sup>

Schließlich stehen als Beweismittel diejenigen (erwachsenen) Personen als Zeugen zur Verfügung, die über das aussagen können, was ihnen das Kind über seine Wahrnehmungen anvertraut hat. § 250 StPO verbietet nach heute ganz herrschender Ansicht nicht die Vernehmung sogenannter Zeugen vom Hörensagen.<sup>93</sup> Lediglich an die *Würdigung* einer solchen Aussage sind gesteigerte Anforderungen zu stellen: das Gericht hat den Fehlerquellen Rechnung zu tragen, die sich aus der Verwendung eines nur mittelbaren und daher möglicherweise unzuverlässigen Beweismittels ergeben.<sup>94</sup>

Freilich sind die Grenzen zu beachten, die einer Verwertung nur mittelbarer Beweismittel durch das Recht des Angeklagten oder seines Verteidigers auf Zeugenbefragung nach Art. 6 Abs. 1 und Abs. 3 lit. d MRK gezogen sind.<sup>95</sup> Danach ist es jedenfalls problematisch, Verurteilungen ausschließlich auf Angaben Dritter – etwa „Verhörspersonen“ – über die Aussagen einer anderen Person<sup>96</sup> zu stützen, wenn kein anderes selbständiges Belastungsmaterial vorliegt.<sup>97</sup> Insofern ist etwa die Verfahrensgestaltung, die das Landgericht Mainz gewählt hat, unbedenklich, denn sie respektiert die von dem Kind und seinen gesetzlichen Vertretern gesetzten Bedingungen für eine (freiwillige) Aussage und gewährleistet das Fragerecht der Verteidigung.

91 BGH, NJW 1992, S. 326; Kleinknecht/Meyer-Goßner (Anm. 21), § 251 Rdnr. 32 m. w. N.

92 Mildnerberger (Anm. 15), S.; Stellungnahme des DJB (Anm. 5), STREIT 1995, S. 111.

93 BVerfG, NStZ 1991, S. 445; BGHSt 36, 159, 160; vgl. aus dem Schrifttum nur Pfeiffer/Fischer (Anm. 13), § 250 Rdnr. 3 mit zahlr. Nachw.

94 BGHSt 33, 181; 36, 159, 166; BGH, NStZ 1994, S. 502; BGH, StV 1994, S. 413.

95 EGMR, StV 1990, S. 481 (Kostovski ./ Niederlande); EGMR, StV 1991, S. 193 (Windisch ./ Österreich); EGMR, StV 1992, S. 499 (Lüdi ./ Schweiz).

96 Der EGMR (siehe Anm. 95) geht insoweit von einem „autonomen“ Zeugenbegriff aus, der nicht nur die Zeugen im rechtstechnischen Sinne der nationalen Verfahrensordnungen umfaßt, sondern jede natürliche Person, deren Aussage über Wahrnehmungen als Mittel zu gerichtlichen Entscheidungsfindung verwendet wird.

97 So auch Gollwitzer in Löwe/Rosenberg, 24. Aufl., 31. Lieferung; MRK, IPBPR, Berlin 1992, Art. 6 MRK, Rdnr. 226 m.w.N.

1991, S. 48 ff., 50), wenn er meint, „die gerichtliche Aufklärungspflicht (sc. *verbiete*) es in aller Regel, auf das Kind als Zeuge zu *verzichten*“ (Hervorhebungen von U.N.)

90 OLG Köln, StV 1983, S. 97.

Für die (künftige) Praxis folgt daraus als Empfehlung, daß dem Angeklagten in einem Verfahren etwa mit dem Vorwurf des Mißbrauchs von Kindern möglichst frühzeitig ein Pflichtverteidiger bestellt werden sollte. Hat dieser nämlich nur die *Gelegenheit* gehabt, seine Fragen in eine (auch nur informelle und/oder videot technisch aufgezeichnete) Befragung des Kindes einzubringen, sind solche Protokolle (in welcher Form auch immer) und die Zeugenaussagen der Befragungspersonen zulässige und in der Hauptverhandlung verwertbare Beweismittel.

#### IV Ergebnis

Das Strafprozeßrecht trägt dem Schutz der kindlichen Persönlichkeit dadurch Rechnung, daß es der

Staatsanwaltschaft und den Gerichten keine Befugnis einräumt, dem Kind irgendeine (aktive) Mitwirkung im Strafverfahren abzuverlangen. Sie dürfen höflich und verständlich anfragen, ob und in welchem Rahmen das Kind im Interesse der Allgemeinheit zu einem Sonderopfer bereit ist und haben jede Entscheidung des Kindes zu respektieren.

Der vielbefürchtete Stillstand der Strafrechtspflege etwa bei der Verfolgung von (Sexual-) Straftaten zum Nachteil von Kindern wird nicht eintreten, weil ohne die Beschränkungen der §§ 250, 251 Abs. 1 StPO auf „mittelbare“ Beweismittel zugegriffen werden darf und die Erfüllung der gerichtlichen Aufklärungspflicht die Nutzung dieser Beweismittel auch gebietet.

*Sabine Gleß*

### Der Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz für ein Sechstes Strafrechtsreformgesetz (6. StrRG)

Das Bundesministerium der Justiz hat im Juli 1996 einen Entwurf für ein Sechstes Strafrechtsreformgesetz in das interne Vorlageverfahren gegeben, der in der Zwischenzeit als Gesetzesvorlage (BT-Drs. 13/7164) in den Bundestag eingebracht wurde. Dieser Reformentwurf wurde vom Justizministerium – und anschließend auch durch die Medien – vor allem unter dem Schlagwort der „Strafrahmenharmonisierung“ vorgestellt. Tatsächlich verfolgt der Entwurf auch im wesentlichen das Anliegen, die (niedrigeren) Strafrahmen von Körperverletzungsdelikten und anderen Delikten gegen höchstpersönliche Rechtsgüter an die (höheren) Strafrahmen der Eigentums- und Vermögensdelikte anzugleichen (I.). Er sieht darüber hinaus aber – zum Teil weitreichende – Änderungen von Tatbeständen vor (II.) sowie die Streichung „nicht mehr zeitgemäße[r] oder entbehrliche[r] Strafvorschriften“. <sup>1</sup> Die folgende Übersicht skizziert die vorgesehenen Änderungen, die Frauen (als Opfer oder Täterinnen) voraussichtlich besonders betreffen werden.

#### I. Anhebung der Strafrahmen

Eine Anhebung der Strafrahmen sieht der Entwurf für folgende Straftatbestände vor:<sup>2</sup>

- 1 Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Strafrechts (6.StrRG) des BMJ (Stand 15. Juli 1996) (im folgenden: Entwurf), S.63; vgl. a. *Information über den Gesetzentwurf des Bundesinnenministeriums der Justiz zur Reform des Strafrechts (Harmonisierung der Strafrahmen) vom 21. Oktober 1996* (im folgenden: Information), S.3. Seitenangaben ohne nähere Spezifizierung beziehen sich auf den Entwurf.
- 2 An dieser Stelle soll auch auf die geplante Änderung des Tatbestandes des sexuellen Mißbrauchs von Kindern durch

a) *Vergewaltigung mit (leichtfertig durch schwere körperliche Mißhandlung herbeigeführter) Todesfolge gem. § 177 Abs.3 StGB*

Hier soll der Strafrahmen zukünftig lebenslange Freiheitsstrafe oder Freiheitsstrafe nicht unter zehn Jahren betragen (S.10); bisher drohte Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren. Durch die Änderung würde der Strafrahmen in der Höhe den anderen durch Todesfolge erfolgsqualifizierten Verbrechen angepaßt (bspw. Raub mit Todesfolge gem. §§ 249, 251 StGB, Brandstiftung mit Todesfolge gem. §§ 306, 307 Nr.1 StGB).

b) *Aussetzung des eigenen Kindes gem. § 221 Abs.2 StGB.*

Nach dem alten Tatbestand, in dem das Regelbeispiel des besonders schweren Falles durch Aussetzung des *eigenen* Kindes nicht vorgesehen war,<sup>3</sup> drohte eine

die Einfügung eines § 176 a (schwerer sexueller Mißbrauch von Kindern) und eines § 176 b (sexueller Mißbrauch von Kindern mit Todesfolge) hingewiesen werden, vgl. BT-Drs. 13/7164, S.4.

- 3 Der Tatbestand der *Aussetzung gem. § 221 StGB* soll umfassend neu geregelt werden: Es soll mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren die Person bestraft werden, die „*einen Menschen 1. in eine hilflose Lage versetzt oder 2. in einer hilflosen Lage im Stich läßt, obwohl er ihn in seiner Obhut hat oder ihm sonst, unabhängig von einer durch § 323 c begründeten Hilfeleistung beizustehen verpflichtet ist, und ihn dadurch in die Gefahr des Todes oder einer schweren Gesundheitsbeschädigung bringt*“ (Abs.1). In besonders schweren Fällen (Abs.2) beläuft sich der Strafrahmen von einem Jahr bis zehn Jahren. Ein Regelbeispiel (von zweien) für einen solchen schweren Fall ist die Tatbegehung „*gegen sein Kind*“ (S.12f.).