

## Das Konfrontationsrecht des Art. 6 Abs. 3 lit. d MRK - „to examine the witness“

Prof. Dr. Ulrich Sommer, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Strafrecht, Köln

### Inhaltsübersicht

1. die Qualitätsidee hinter dem subjektiven Recht
2. Unmittelbarkeit und Transparenz
3. Konfrontation, StPO, MRK und angelsächsische Tradition
4. der praktische Gehalt des Konfrontationsrechts
5. die Folgen der Rechtsverletzung
  - a. traditionelle Relativierung
  - a. das neue System (Al-Khawaja und Tahery ./ UK)
  - b. Testfrage 1: Gab es einen vernünftigen Grund für die Abwesenheit des Zeugen im Gerichtssaal?
    - der nicht verfügbare Zeuge
    - der schützenswerte Zeuge
    - der Nachweis der Schutzbedürftigkeit
  - c. Testfrage 2: War die Zeugenaussage der einzige oder entscheidende Beweis zur Verurteilung des Angeklagten?
  - d. Testfrage 3: Existierten ausreichende Ausgleichsfaktoren, die die Beschränkungen der Verteidigung kompensieren konnten?
    - reduzierte Befragungen
    - Konfrontation im Ermittlungsverfahren
    - die Beobachtung der Zeugenaussage
    - Vorsicht bei der Beweiswürdigung
  - e. Testfrage 4: War das Gesamtverfahren trotz fehlender Konfrontation noch fair?
    - overall fairness
    - die eigenständige Straßburger Prüfung zur Zuverlässigkeit einer belastenden Beweissituation
6. die Aussichten der Konfrontation im europäischen Strafprozess des 21. Jahrhunderts

### Art 6 Abs. 3 lit. d EMRK

Jede angeklagte Person hat mindestens folgende Rechte:

<i>Fragen an Belastungszeugen zu stellen oder stellen zu lassen und die Ladung und Vernehmung von Entlastungszeugen unter denselben Bedingungen zu erwirken, wie sie für Belastungszeugen gelten;</i>	<i>to examine or have examined witnesses against him and to obtain the attendance and examination of witnesses on his behalf under the same conditions as witnesses against him;</i>	<i>interroger ou faire interroger les témoins à charge et obtenir la convocation et l'interrogation des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge;</i>
---	--	--

## 1. die Qualitätsidee hinter dem subjektiven Recht

Jeder Beschuldigte hat insbesondere das Recht, Fragen an Zeugen zu stellen und Entlastungszeugen laden und vernehmen zu lassen. Diese Idee geht weit über das menschenrechtlich verankerte subjektive Recht hinaus. Diese Idee ist getragen von der Überzeugung der legitimierten Rechtsfindung in einem demokratischen Rechtsstaat.

Entscheidungen werden auch im Rechtsstaat allein vom Gericht getroffen. Legitimation und Akzeptanz des Urteils gründen allerdings nicht in Ideen des päpstlichen Unfehlbarkeitsdogmas, sondern in der Gewissheit der Gesellschaft, dass das Gericht die Regeln eines fairen Verfahrens auf dem Weg zu seiner Entscheidung eingehalten hat. Es ist die Einhaltung des richtigen Weges, die Prozeduralisierung der vernunftgeleiteten Wahrheitssuche, dessen Ergebnis in einem wahrheitsanalogen Sinn Richtigkeit in Anspruch nehmen kann und gerade deswegen auch die friedensstiftende Wirkung eines Strafurteils unter Einbeziehung des Verurteilten entfalten kann.\*

\* Börner Legitimation durch Strafverfahren - Die normative Kraft des Misstrauens, 2014, insbes. 184 ff.

Dieser Weg ist - so eine der prozessualen Grundregeln - kein autistischer. Die gerechte Fallentscheidung bedarf der Diskussion. Kontroverse Argumente sind bedingt durch unterschiedliche Interessensituationen, und damit durch unterschiedliche Subjekte. Ausreichendes rechtliches Gehör der Betroffenen ist damit der formalisierte Grundpfeiler jeden Prozessierens. Ein wichtiges Strukturelement des rechtsstaatlichen Strafverfahrens ist damit auch in der Variante der richterlichen Inquisition die Kontradiktorietät. Jenseits schlichter Autoritätsgläubigkeit ebnet erst der Diskurs den Weg zur Akzeptanz der Entscheidung. Er gewährleistet die Chance zum Konsens durch die ihn konstituierenden Bedingungen, die von jedem der Beteiligten anerkannt werden.

Dass der Dialog Grundlage jeder Rechtsfindung ist, wissen wir seit Platon und Cicero, wir kennen es als Element aufgeklärter Rechtsordnungen. Die Idee erfährt ihre Berechtigung durch moderne Forschungen zu Psychologie und juristischer Methodenlehre:

Gerechte Entscheidungen eines Falles werden nicht im Gesetz vorgefunden. Juristen lernen an der Universität als Handwerkszeug die Methode der Subsumtion, um abstrakte Gesetzesformulierungen in angemessene Falllösungen zu transferieren. Schon in der Referendarzeit erfährt er die Relativität - sogar die Beliebigkeit - in der Ausübung seiner angeblichen Kernkompetenz. Das gute Judiz, soziale Kompetenz und ein niemals erklärtes Gerechtigkeitsgefühl sollen den Findungsprozess prägen.

Dass diese Art der Rechtsfindung kein Unfall der Rechtswirklichkeit ist, akzeptiert mittlerweile auch die Wissenschaft. Die Praxis - stellte Esser schon 1972 in seinem Werk „Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtspraxis“ fest - geht nicht von den doktrinären Methoden der Rechtsfindung aus, sondern benutzt sie nur, um die nach ihrem Rechts- und Sachverständnis angemessene Entscheidung lege artis zu begründen.\* Gesteuert wird der Rechtsfindungsprozess maßgeblich durch ein informelles Programm, von der bewussten und unbewussten richterlichen Anwendung eigener Vorstellungen von Alltagstheorien, Typizitäten und entdeckten Widersprüchen im Einzelfall. Die Wissenschaftstheorie reduziert das Ziel der Rechtsfindung auf

„konkrete Vernünftigkeit“, propagiert sogar als maßgebliches Ziel eine Art „Ästhetik“ der Entscheidung.\*\*

\* Esser Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 1972, S.7.

\*\* So z.B. Lege Pragmatismus und Jurisprudenz - Über die Philosophie Charles Sanders Peirce und über das Verhältnis von Logik, Wertung und Kreativität im Recht, 1999. S. 562: *„...dass die Jurisprudenz auf keine Letzkriterien juristische Richtigkeit zurückgreifen kann. Weder bieten die Texte, mit denen sie arbeitet - insbesondere der Wortlaut von Gesetzen - feste Grenzen. Noch ist Gerechtigkeit ein Konzept, das die juristische Richtigkeit determiniert. Unhintergebar und gewissermaßen letzter Grund ist zwar das Rechtsgefühl, insbesondere als das Gefühl für Ungerechtigkeit; aber dieses Gefühl ist überaus lernfähig .... Juristische Richtigkeit hat offenbar einen Eigenwert.“*

Heerschen amerikanischer Wissenschaftler suchen neben genuin juristischen Kriterien die Aufdeckung des „second code“ auf den Feldern der Soziologie und Psychologie. Seit Schweizer wissen auch deutsche Juristen, dass Richter denselben Entscheidungsmechanismen, denselben neurologisch bedingten Heuristiken und damit auch den Folgen der Fehlentscheidung erliegen wie jeder andere.\* Die Bedeutung irrationaler Determinanten im richterlichen Entscheidungsprozess hat kürzlich noch der Kriminologe und Psychoanalytiker Böllinger beschrieben.\*\*

\* Schweizer Kognitive Täuschungen vor Gericht, 2005; zu den umfassenderen Bedingungen der „heuristics and bias“; s. Sommer Effektive Strafverteidigung, 3. Aufl. 2016, III Rn. 58 ff.

\*\* Böllinger Die unbewusste Dynamik richterlichen Entscheidens, Betrifft JUSTIZ 2012, S.224 ff.

Mit dieser Analyse der Rechtsfindung steigt die Bedeutung des prozessualen Dialogs. Der hieran interessierte Prozessbeteiligte ist nicht darauf beschränkt, das Gericht auf eine möglicherweise übersehene Leitentscheidung des Reichsgerichts aufmerksam zu machen. Die Diskussion über die Bedeutsamkeit sozialer Determinanten steht im Vordergrund, wenn beispielsweise über „niedrige Beweggründe“ des § 211 StGB oder die „Unrechtsvereinbarung“ bei einer behaupteten Korruption zu entscheiden ist. Analysen und Deutungen gesellschaftlicher Realität sind hier ein Anliegen der Prozessbeteiligten, um den Überzeugungsprozess zur richterlichen „Rechtsfindung“ mitzugestalten.

Was schon bei der Auslegung von Normen deutlich wird, kulminiert in der vorgelagerten prozessualen Aufgabe der Sachverhaltsfeststellung. Das Gericht ist hier bei jeder normativen Vorgabe in seiner Entscheidung „frei“, daher um so eher an externe Maßstäbe der Vollständigkeit, der Logik und der Konformität mit der gesellschaftlichen Realität gebunden. Interpretationen sind hier stets diskutabel. Angesichts des zwangsläufig verengten richterlichen Vorverständnisses bedarf eine akzeptable richterliche Überzeugungsbildung als Bedingung eines Richtigkeitsanspruchs der Ausbreitung anderer Sichtweisen zur Deutung von Beweisergebnissen, also z.B. der Einordnung des Inhalts einer verlesenen Urkunde oder eines abgehörten Telefonats in einen konkreten gesellschaftlichen Kontext.

Die Dringlichkeit des Blicks auf Alternativen steigt für die Urteilsfindung ein weiteres Mal, wenn nicht Beweisergebnisse kommentiert und interpretiert werden, sondern im Prozess selbst Beweisergebnisse produziert werden. Im Gegensatz zu Beweismitteln wie Objekten oder Urkunden, die in unveränderter Substanz eingeführt werden, wird die Urteilsgrundlage bei einer Zeugenaussage - und faktisch in geringerem Umfang auch beim Sachverständigen - erst im Gerichtssaal geschaffen. Diese Beweiserhebung erfolgt über ein Medium, das sich wie kaum ein anderes der präzisen Bedeutungserfassung entzieht: der Sprache. Sie erfolgt in einem Mikrokosmos, der wie kein anderer Inhalte volatil erscheinen lässt: der menschlichen Kommunikation.

Die Qualität einer Zeugenaussage eröffnet sich erst über den Kommunikationsprozess. Die Erkenntnis über die Kognitions- und Wiedergabefähigkeiten des Zeugen, situative Wahrnehmungsdefizite, Suggestionspotenzen, Irrtümer und Manipulationsabsichten hängen von der Kompetenz des forschenden Kommunikationspartners ab. Ist dieser Kommunikationspartner durch sein Rollenverständnis, seine intellektuellen und sprachlichen Vorprägungen limitiert, muss der Erkenntnisgewinn mit der Zahl der unterschiedlich geprägten Fragesteller zwangsläufig steigen.

Das „Abschöpfen“ des Zeugenwissens ist damit weit entfernt von einem objektivierbaren Vorgang. Erkenntnisgewinn hängt maßgeblich von – häufig nicht erkennbaren – subjektiven Komponenten des befragenden Kommunikationspartners ab. Wer im Prozess den Anspruch auf Fehlerfreiheit eines Urteils und damit auf Richtigkeit und vollständiger Erfassung der Zeugenwahrnehmung verfolgt, muss neben richterlicher Befragung die Möglichkeit alternativer Gestaltung von Sprache und Kommunikation nutzen.

Konfrontation ist damit weit entfernt von einem destruktiven Konflikt. Im Gegenteil: Die von der Verteidigung produzierte Alternative ist in der Verbreiterung des richterlichen Horizonts ein wichtiger Schritt zu einem ebenso fairen wie richtigen Urteil. Das Recht auf konfrontative Befragung fixiert damit letztendlich ein Qualitätskriterium für die Wahrheitsuche. Ist der Zeuge das wichtigste Beweismittel in einem Verfahren, ist seine konfrontative Befragung der entscheidende Ansatz für Wahrheit.

## 2. Unmittelbarkeit und Transparenz

Bedingung für einen effektiven Dialog ist ein konsistenter Raum, in dem alternative Befragung ebenso wie richterliche Kognition und Überzeugungsbildung stattfindet. Nach traditionellem Verständnis kann dies nur die Hauptverhandlung mit einer transparenten und unmittelbaren Beweisaufnahme sein.

*Das Prinzip der Unmittelbarkeit ist wesentlicher – zumeist entscheidender – Bestandteil des Strafprozesses. Rechtlich ist Unmittelbarkeit allerdings nur sehr unvollständig verankert. Die Idee des reformierten Strafprozesses im 19. Jahrhundert war geprägt von der Erfahrung des Inquisitionsprozesses, in dem der Richter seine juristischen Fähigkeiten allenfalls auf der Grundlage einer staubigen Akte entfalten konnte. Dass diese „Blutleere“ maßgeblicher Faktor von Fehlentscheidungen sein musste, war eine der frühen psychologischen Einsichten des Gesetzgebers. Das unmittelbare Erleben der Beweisaufnahme wurde als Basis einer gerechten richterlichen Entscheidung erkannt. Wenn die Qualität von Beweismitteln ein entscheidender Faktor für die Richtigkeit einer Entscheidung ist, kann sie regelmäßig nur derjenige zuverlässig einschätzen, der selbst den Zeugen gehört oder eine Tatwaffe gesehen hat. Die Primärkognition des Beweisgeschehens hat darüberhinaus einen Vorteil: Der Richter kann mit den Beweispersonen in einen kommunikativen Kontakt treten. Nur so können Missverständnisse aufgedeckt und Fehlinterpretationen minimiert werden – die Schriftlichkeit von Protokollen verschließt sich einem solchen kritischen Prozess. Das formale Prinzip der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme hat daher schon als Garant für eine gehobene Urteilsqualität rechtsstaatlichen Grundsatzcharakter.*

Umgesetzt wird diese Idee in gesetzlichen Regelungen, die beispielsweise die ununterbrochene Anwesenheit des entscheidenden Richters bei der Beweisaufnahme sicherstellen oder ausdrücklich sein Entscheidungsmaterial auf den Inbegriff der Hauptverhandlung beschränken. In einem wichtigen Punkt stellte der Gesetzgeber in § 250 StPO sicher, dass das Eigenerleben des Richters nicht durch Zeugenprotokolle der Ermittlungsbehörden ersetzt werden darf.

Die Konsequenz dieser Prozesskonstruktion ist regelmäßig eine doppelte Beweisaufnahme: Zeugen werden sowohl von der Polizei als auch zum selben Thema später vom Gericht angehört. Dass hierbei Qualitätsminderungen durch Zeitablauf eintreten können und Gerichte oft den weniger frischen Eindruck von Zeugen erhalten oder verblichene Tatmittel nur sehr eingeschränkt wahrnehmen können, hat der Gesetzgeber bewusst in Kauf genommen. Die durch zahlreiche psychische Faktoren verursachte Fehlerhaftigkeit von polizeilichen Ermittlungen und deren aktenmäßige Darstellung genoss zu Recht schon im 19. Jahrhundert nur das beschränkte Vertrauen des Gesetzes im Hinblick auf das angestrebte Ziel der „richtigen“ Sachermittlung.

Aktuelle Forschungen verdeutlichen, warum das Ergebnis polizeilicher Ermittlungen – insbesondere Zeugenprotokolle – keine valide Grundlage für richterliche Überzeugungsbildungen sein kann. Schon das vom protokollierenden Polizisten gewählte Sprach-Design beeinflusst den lesenden Richter weitab vom tatsächlichen Vernehmungsgeschehen. \*

\* Zur Rezeptionswirkung s. z.B. *Keijser/Malsch/Kranendonk/Grujter* Written records of police interrogation: Differential registration as determinant of statement credibility and interrogation quality, *Psychology, Crime and Law* 2012, 613-629.

*Vernehmung im Ermittlungsverfahren ist Kommunikation, die geprägt ist durch Erwartenshaltungen und Zielvorstellungen des Kommunikationspartners. Ist dieser Kommunikationspartner gleichzeitig verantwortlich für Frage und Formulierung der Antwort, ergibt sich ein breites Feld einer Transformationsleistung im schriftlichen Protokoll, das dem Leser ein Bild vermitteln muss, das weit entfernt von dem Eindruck ist, den er als unmittelbarer Zuschauer und Zuhörer diese Vernehmung gewinnen könnte. Protokolle sind unzuverlässig, weil selektiv, subjektiv und intuitiv.\* Der Ermittler hat nicht nur als Raster die strafrechtlichen Konsequenzen von einzelnen Sachverhaltselementen vor Augen, sondern darüber hinaus auch die hierauf bezogene eigene Hypothese vom Tatgeschehen. In Erfüllung seiner Aufgabe der Verbrecherjagd wird der Vernehmungsbeamte – unbewusst, instinktiv oder zielgerichtet – sein Vorstellungsbild in die Gestaltung des Protokolls einfließen lassen.*

\* *Altenhain* Dokumentationspflicht im Ermittlungsverfahren, *ZIS* 2015, 269 ff., 277.

*Die Gestaltungsmöglichkeiten sind immens. Im Hinblick auf polizeiliche Vorprägungen werden zwangsläufig nicht nur im Gespräch sich ergebende zeitliche und inhaltliche Gewichtungen der Zeugenbekundungen im Protokoll verschoben. Die Gesprächsintention führt sogar zu Informationsergänzungen im Protokoll, die letztlich in der Kommunikation keine ausreichende Grundlage gefunden haben.\* Der vernehmende Polizeibeamte hat bereits Beweisqualitäten eines zukünftigen Strafverfahrens vor Augen, wenn beispielsweise präzise Angaben zum Ort des Geschehens ins Protokoll aufgenommen werden, die in dieser Präzision von Zeugen gerade nicht dargestellt worden sind.\*\**

\* S. hier z.B. die Untersuchungen von *Cauchi/Powell*, An Examination of Police Officers' notes of interviews with alleged child abuse victims, in: *International Journal of Police Science and Management* 11, 2009, S. 505 - 515.

\*\* *Rock* Witnesses and Suspects in Interviews, in *Coulthard/Johnson*, *The Routledge Handbook of Forensic Linguistic*,

2010, S. 126 - 128.

*Andererseits werden als irrelevant erachtete Informationen in das Protokoll nicht aufgenommen.\* Von Authentizität ist die von vernehmenden Polizeibeamten gewählte Sprache weit entfernt. Aus Gründen der Sprachästhetik oder der schlichten Zeitersparnis werden unvollständige oder grammatikalisch inkorrekte Sätze verkürzt und geglättet. So sind im Protokoll sprachlich gestützte Denkstrukturen auszumachen, wo die Kommunikation in der Vernehmungssituation nur Sachverhaltsketten produzierte. Die für das Verständnis notwendigen emotionalen Schwingungen, ihr Ausdruck durch Zögern, Hektik, Stottern oder sich überschlagende Sprache kommt in den gängigen Polizeiprotokollen nicht einmal andeutungsweise zum Ausdruck.*

\* S. hierzu z.B. die ausführliche Untersuchung *Banscherus* Polizeiliche Vernehmung: Formen, Verhalten, Protokollierung, 1977; *Lamb u.a.* Accuracy of investigators' verbatim notes of their forensic interviews with alleged child abuse victims., *Law and Human Behavior*, 2000, 24, 699-707.

*Der Eindruck der Glaubwürdigkeit kann durch Protokollierungsstil manipuliert werden\*, Glaubhaftigkeitsmerkmale können sprachlich inszeniert werden.\*\* Wer auf das Strafverfahren primär den Blick bürokratischer Ökonomie pflegt, schätzt das Vernehmungsprotokoll als von dem Verfahrensstand unabhängiges zirkulationsfähiges Aggregat singulärer mündlicher Äußerungen.\*\*\* Mit der Minimalfunktion der Beweissicherung sind Vernehmungsprotokolle letztlich die entscheidenden Lenkungsinstrumente für das Urteil\*\*\*\* und damit auch potentielle Ursachen für Fehlurteile.\*\*\*\*\**

\* *Scheffer* Übergänge von Wort und Schrift: Zur Genese und Gestaltung von Anhörungsprotokollen im Asylverfahren, *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 1998, 230-265.

\*\* *Capus/Stoll/Vieth* Protokolle und Vernehmungen im Vergleich und Rezeptionswirkungen im Strafverfahren, *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 2014, 225 - 252, 235.

\*\*\* *Vismann* Akten, Medientechnik und Recht, 2000, 98

\*\*\*\* So selbst für das insoweit zurückhaltendere angelsächsische Recht *Haworth* Police interviews in the judicial process. Police interviews as evidence. In: *Coulthard/Johnson* The Routledge Handbook of Forensic Linguistics, 2010, 169-181.

\*\*\*\*\* S. Fallstudien bei *Serverin/Bruxelles* Enregistrements, procès-verbaux, transcriptions devant la Commission d'enquete: le traitement de l'oral en questions, *Droit et Cultures* 55/2008, 149-180.

Unmittelbares Erleben der Zeugenaussage ist für den Richter Bestandteil einer rechtsstaatlich fairen Beweisaufnahme.\* Ist die alternative Befragung durch die Verteidigung konstitutiver Bestandteil der Qualitätseinschätzung einer Zeugenaussage durch das Gericht, ist sie in den Rahmen dieser unmittelbaren Beweisaufnahme zu integrieren.

\* Konsequenz: der entscheidende Richter kann nicht während laufender Beweisaufnahme ausgewechselt werden, s. P.K. ./Finland v. 9.7.2002 „The Court considers that an important element of fair criminal proceedings is also the possibility of the accused to be confronted with the witness in the presence of the judge who ultimately decides the case. Such a principle of immediacy is an important guarantee in criminal proceedings in which the observations made by the court about the demeanour and credibility of a witness may have important consequences for the accused. Therefore, normally a change in the composition of the trial court after the hearing of an important witness should lead to the rehearing of that witness.“

Zum essentiellen Bestand eines rechtsstaatlichen Strafverfahrens gehört es daher nach den traditionellen und vielfach wiederholten Formulierungen des EGMR, dass alle Beweise in öffentlicher Hauptverhandlung in Gegenwart des Angeklagten mit der Möglichkeit kontradiktorischer Argumentation zu erheben sind.\*

\* Zuletzt *Poletan and Azirovik v. The former Yugoslav Republic of Macedonia* v.12.5.2016, § 81: „All the evidence must

normally be produced at a public hearing, in the presence of the accused, with a view to adversarial argument.“

### 3. Konfrontation, StPO, MRK und angelsächsische Tradition

Das Verständnis des Fragerechts nach der deutschen Strafprozessordnung bezieht sich nur auf den tatsächlich erschienenen Zeugen. Einer besonderen Regel zur Verteidigerbefragung des Belastungszeugen bedurfte es nach der Konzeption der StPO nicht. Dass nicht hinterfragte belastende Zeugenaussagen Urteilsgrundlage werden könnten, war in einem Ausgangsmodell der deutschen StPO nicht vorstellbar, bei dem ohnehin die gesamte Beweisaufnahme im Forum des Gerichtssaals stattfand, die Verlesung von Vernehmungsprotokollen ausdrücklich verboten war und die Ausnahmen streng auf die Fälle der absoluten Unmöglichkeit der persönlichen Zeugenanhörung einerseits und Verlesen richterlicher Protokolle andererseits beschränkt waren.\*

\* Ursprungsfassung des § 250 (heute: § 251) StPO: „Ist ein Zeuge, Sachverständiger oder Mitbeschuldigter verstorben oder in Geisteskrankheit verfallen, oder ist sein Aufenthalt nicht zu ermitteln gewesen, so kann das Protokoll über seine frühere richterliche Vernehmung verlesen werden ...“

Dass die mit dem Fragerecht verbundene Teilhabe der Verteidigung an der Gestaltung des Prozesses entscheidend von der Vorfrage abhängt, dass durch das Erscheinen des Zeugen die Ausübung dieses Rechts erst realisiert werden kann, lässt sich somit der gesetzlichen Konzeption nicht unmittelbar entnehmen. Gründe der allgemeinen Verfahrensfairness, der Subjektstellung des Angeklagten und der hieraus resultierenden Teilhabe am Verfahren, der Umsetzung des rechtlichen Gehörs und eine erweiterte Vorstellung eines Beweisantragsrechts der Verteidigung können hier zunächst als argumentative Bezugspunkte für ein Konfrontationsrecht auch nach deutschem Prozessmodell ausgemacht werden.

Anders das angelsächsische Recht. Der 6. Zusatz der US-amerikanischen Verfassung garantiert jedem Angeklagten als Grundrecht in einem Strafverfahren die Chance, mit einem Zeugen unmittelbar konfrontiert zu werden.

*Die Abschaffung von Geheimprozessen und die Entdeckung der Subjektstellung eines Angeklagten im Strafverfahren haben vor mehr als 200 Jahren zu der Erkenntnis geführt, dass in Abwesenheit des Angeklagten vernommene Belastungszeugen, deren Aussage später lediglich in einer Hauptverhandlung verlesen wurde, eine maßgebliche Ursache für falsche Urteile waren. Ein Gericht kann von der Qualität einer Zeugenaussage erst dann überzeugt werden, wenn die angeblichen Wahrnehmungen des Zeugen auch aus dem Blickwinkel der Interessensituation des Angeklagten hinterfragt worden waren. Obwohl das Problem der Sicherstellung der Qualität einer Zeugenaussage auch prozessual anderweitig geregelt werden könnte, hat sich das angelsächsische Recht zu einer unlöslichen Verquickung dieser Frage mit dem Verteidigungsrecht entschieden. Das Konfrontationsrecht – so der US Supreme Court – bedeute nicht nur das Ziel eines zuverlässigen Beweismittels, sondern beinhalte darüberhinaus die eherne prozessuale Regel, dass eine solche Zuverlässigkeit nur durch ihre Überprüfung in der konfrontativen Befragung erreicht werden könne.\* Der Qualitätsmangel der fehlenden Hinterfragung führte nach dem angelsächsischen Verfahrensrecht zur Konsequenz des Ausschlusses eines solchen Beweismittels.*

Die nicht hinterfragbare Zeugenaussage kann weder verlesen noch durch den Bericht eines weiteren Zeugen (Vernehmungspersonen) dem Gericht präsentiert werden. Konsequenz wird die Einführung eines jeden Zeugen vom Hörensagen unterbunden.\*\*

\* Crawford ./. Washington, 541 US 36 (2004); näher Guirao, FS Wolter 2013, S. 833, 843.

\*\* S. hierzu Weigend, FS Wolter 2013, S. 1145 ff.

Bei Anwendung deutschen Strafprozessrechts kommt angesichts der Unterschiedlichkeit der Rechtssysteme eine Übernahme angelsächsischer Praxis unmittelbar nicht in Betracht. Der vollständige Ausschluss nicht konfrontierter Aussagen beruht auf der Erwägung, der entscheidenden Laienjury von Beginn an nur solche Beweise zu präsentieren, die angesichts ihrer Struktur ein Maximum an Zuverlässigkeit aufweisen. Einen solchen formalen Ausschluss von Beweisen kennt das deutsche Strafprozessrecht nicht. Dem professionellen Gericht wird zugetraut, auch nach Einführung von in ihren Beweiswert stark geminderten Beweismitteln deren beschränkte Wertigkeit zu erkennen und entsprechend in die Gesamtwürdigung des Beweisergebnisses aufzunehmen. Die Berücksichtigung der objektiven Qualität eines Beweismittels findet nach der StPO nicht bei der Frage der Nutzung dieses Beweismittels statt, sondern bei der abschließenden Würdigung dieses Beweises.

Den Kernbereich auch deutschen Prozessverständnisses berührt allerdings die weitergehende Idee des Konfrontationsrechts, dass kein Bürger einer richterlichen Bewertung ausgeliefert sein darf, ohne nicht zuvor als Subjekt einen weitgehenden Einfluss auf Verlauf und Ergebnis der Beweisaufnahme ausüben zu können.

Das Konfrontationsrecht der Europäischen Menschenrechtskonvention in Art. 6 Abs. 3 lit. d beruht zwar historisch auf diesem Hintergrund angelsächsischer Rechtstradition. Der Konventionstext folgt allerdings dem damals schon vorliegenden Entwurf der Vereinten Nationen zum IPBPR, der unabhängig vom angelsächsischen Prozessmodell und der Idee der Qualitätssicherung von Zeugenbeweisen ein Hinterfragen belastender Beweismittel als Kernbereich demokratisch geprägter Teilhabe des freien Bürgers am Prozessgeschehen ausgemacht hatte.\* Unabhängig von englischen und amerikanischen Traditionen entwickelt dieser Grundsatz auch in kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen einen eigenen Charakter.

*Du Bois-Pedain, HRRS 2012, 120 ff.*

Das Verfahren, das ausgerichtet ist auf die transparente Produktion von Beweisergebnissen bei essentieller Teilhabe des betroffenen Angeklagten, ist in seiner Basis erschüttert, wenn es den Angeklagten nur zu einem Zuschauer eines solchen Spektakels degradiert. Die konfrontative Befragung wird vom EGMR daher in einem engen Zusammenhang mit dem Unmittelbarkeitsgrundsatz sowie aus dem allgemeinen Grundsatz der Waffengleichheit abgeleiteten Recht des Angeklagten gesehen, dass alle Beweise in einem kontradiktorischen Verfahren in seiner Gegenwart und im Hinblick auf die Möglichkeit seiner Beeinflussung vorgebracht werden müssen. Es gehört zu den Verfahrensgrundrechten des Angeklagten, dass diesem vor Gericht die effektive Möglichkeit verschafft wird, durch kritische Fragestellungen Antworten des Zeugen sowohl zu den belastenden Tatvorwürfen als auch allgemein zur Zuverlässigkeit des Zeugen zu erhalten.



## 4. der praktische Gehalt des Konfrontationsrechts

Konfrontation im Sinne der Menschenrechtskonvention bedeutet nicht nur die Chance der Verteidigung, den Zeugen selbst zu befragen, sondern auch zwingend den Anspruch darauf, dass das Gericht mit der Konfrontation konfrontiert wird.\* Zielt die konfrontative Befragung auf Erkenntnisgewinn beim Richter ab, muss er dieser Kommunikation beiwohnen.

\* Matytsina ./ Russland v. 27.3.2014 § 153: „It is an important element of fair criminal proceedings that the accused is confronted with the witness “in the presence of the judge who ultimately decides the case” in order for that judge to hear the witness directly, to observe his demeanour and to form an opinion about his credibility.“

Die weitere Konkretisierung des Konventionsrechts hat der EGMR in zahlreichen Entscheidungen vorgenommen.\* In jedem Fall muss nach dem Grundsatz der effektiven und praktischen Durchsetzbarkeit von Menschenrechten Angeklagter und Verteidigung eine wirksame, angemessene und geeignete Gelegenheit zur konfrontativen Befragung erhalten.\*\* Das Recht ist nicht beschränkt auf eine nach vorhergehender richterlicher Vernehmungen subsidiäre oder lediglich ergänzende Befragung; ganz im Sinne einer alternativen Ausschöpfung eines Beweismittels darf und soll das eigenständige Ziel der Verteidigung verfolgt werden, die persönliche Glaubwürdigkeit des Zeugen ebenso zu hinterfragen wie die Glaubhaftigkeit seines Zeugnisses.\*\*\* Das vollständige „Examinieren“ eines Zeugen geht damit essentiell über das schlichte Stellen von Fragen – so die deutsche Übersetzung – hinaus.

\* Zuletzt umfassend Mahler, Das Recht des Beschuldigten auf konfrontative Befragung der Belastungszeugen, 2011.

\*\* Zuletzt Schatschaschwili ./ D. (große Kammer) v. 15.12.2015, § 105: „As a rule, these rights require that the defendant be given an adequate and proper opportunity to challenge and question a witness against him.“

\*\*\* Ellis, Simms, Martin ./ UK v. 10.4.2012: „That principle requires not merely that a defendant should know the identity of his accusers so that he is in a position to challenge their probity and credibility but that he should be able to test the truthfulness and reliability of their evidence, by having them orally examined in his presence...“

Zeugenexaminieren im Strafprozess setzt Informationen zur Person des Zeugen und dem Inhalt seiner bisherigen Aussagen voraus.\* Faires Prozessieren erfordert hier entsprechende Anstrengungen des Gerichts, dem Examinierenden diese Informationen zu verschaffen.\*\* Fraglos darf die Verteidigung sich die notwendigen Informationen auch selbst verschaffen. In jedem Fall setzt die Wahrnehmung des Fragerechts einen ausreichenden Wissensstand vom relevanten Verfahrensstoff voraus. Tauchen nach Abschluss der Befragung neue Anschuldigungen auf, kann das Konventionsrecht eine abermalige Konfrontation mit demselben Zeugen beinhalten.\*\*\*

\* Hümmer ./ D. v. 19.7.2012, § 38.

\*\* Al-Khawaja and Tahery./ Vereinigtes Königreich (Große Kammer) v. 15.12. 2011 § 127.

\*\*\* Bricmont ./ Belgien v. 07.07.1989.

Das „Wie“ des Examinierens ist jenseits dieser Leitkriterien vom EGMR nur grob konturiert.

Die physische Gegenüberstellung ist unabdingbar. Nur so kann der Befragende eine valide Kommunikationsstruktur aufbauen; nur so können er und alle anderen Verfahrensbeteiligten Reaktionen wahrnehmen, die in die Verlässlichkeitsprüfung Eingang finden müssen.\*

\* Van Mechelen ./ NL v. 23.4.1997, § 62; Damir Sibgatullin ./ Russland v. 24.4.2012, § 57.

Der Text der Konvention („... oder stellen zu lassen“) deutet zwar an, dass die Realisierung der konfrontativen Befragung nicht zwingend höchstpersönlich durch den Angeklagten erfolgen

muss. Ist der Fragestoff überschaubar, kann die Konventionsgarantie auch bei Fragestellungen des Angeklagten persönlich in Abwesenheit seines Verteidigers erfüllt sein.\* Die Befragung durch die Verteidigung insgesamt muss gewährleistet sein\*\*, hierzu gehört in jedem Fall die persönliche Anwesenheit des Angeklagten bei der Ausübung von Konfrontationsrechten durch seinen Verteidiger.\*\*\*

- \* EGMR Isgró ./ Italien v. 21.01.1991.
- \*\* Gollwitzer GS Meyer 1990, S. 147, 156 ff.
- \*\*\* Ellis, Simms and Martin ./ UK v. 10.4.2012 § 74: „...he should be able to test the truthfulness and reliability of their evidence, by having them orally examined in his presence.“

Da die Konventionsgarantie auf die Beeinflussungsmöglichkeit hinsichtlich des maßgeblichen Überführungsmittels abzielt, kann seine Realisierung nicht von der – unter Umständen zufälligen – Bezeichnung als Zeuge nach dem nationalen Recht abhängig sein. „Zeuge“ im Sinne des Abs. 3 lit. d kann daher der Mitangeklagte\* ebenso sein wie der Sachverständige.\*\* Dies verbietet eine Umgehung z.B. durch Verlesung einer schriftlichen Aussage dieser Personen im Vorverfahren.\*\*\*

- \* EGMR Luca. ./ Italien, Entsch. v. 27.02.2001; Ferrantelli u. Santangelo ./ Italien, ÖJZ 1997, 151; Craxi ./ Italien v. 05.12.2002; Kaste u. Mathisen ./ Norwegen v. 09.11.2006.
- \*\* EGMR Mantovanelli ./ Frankreich, Entsch. v. 18.03.1997; offen in Böhnisch ./ Österreich, EuGRZ 1986, 127.
- \*\*\* Krivoschapkin ./ Russland, v. 27.01.2011.

Der Ort der Konfrontation ist der Gerichtssaal des zu entscheidenden Prozesses.\* Der EGMR folgt hier zwingend den traditionellen Vorstellungen vom Ablauf eines Strafprozesses. Eine Konfrontation im Ermittlungsverfahren nimmt der Verteidigung nicht das Recht zur Befragung vor Gericht.\*\*

- \* Matytsina ./ Russland v. 27.3.2014 § 153.
- \*\* Damir Sibgatullin ./ Russland v. 24.4.2012 § 47: „...that the very fact of the participation of an accused person in confrontation interviews with witnesses during the pre-trial stage cannot of itself strip him or her of the right to have those witnesses examined in court.“ Ähnlich Matytsina ./ Russland v. 27.3.2014, § 153. „Even where the defence was able to cross-examine a witness or an expert at the stage of the police investigation, it cannot replace cross-examination of that witness or expert at the trial before the judges.“

Ebenso wenig kann sich ein Berufungsgericht auf die Konfrontation in der ersten Instanz berufen; hat es selbständig die Schuld festzustellen, hat es auch die Zeugen konfrontativ zu vernehmen.\* Konfrontationen mit Zeugen im Ermittlungsverfahren oder einer Vorinstanz können das Prozessrecht nicht ersetzen. Denn zum einen muss sich der Kommunikationsprozess mit dem Zeugen stets an dem aktuellen Wissensstand der Verteidigung und der – in verschiedenen Verfahrensstadien changierenden – Beweisbedeutung orientieren. Zum anderen hängt die prozessuale Wirkung des Gestaltungsrechts der Verteidigung davon ab, dass der entscheidende Richter diesen Kommunikationsprozess selbst erlebt. Eine außerhalb der maßgeblichen Beweisaufnahme erfolgte Konfrontation kann zwangsläufig nur Bruchteile des Menschenrechtsgehalts umsetzen.

- \* Hanu ./ Rumänien v. 4.6.2013 § 40: „The omission of the Court of Appeal to hear the witnesses in person, and the failure of the Supreme Court to redress the situation by referring the case back to the Court of Appeal for a fresh examination of the evidence, substantially reduced the applicant's defence rights.“; ähnlich Kashlev ./ Estland v. 26.4.2016, § 38: „Nevertheless, the Court has held that where an appellate court is called upon to examine a case as to the facts and the law and to make a full assessment of the question of the applicant's guilt or innocence, it cannot, as a matter of fair trial, properly determine those issues without a direct assessment of the evidence given in person by the accused who claims that he has not committed the act alleged to constitute a criminal offence.“

Die Beschwerde scheiterte allerdings daran, dass auch der Beschwerdeführer in der Berufungsinstanz nicht persönlich anwesend war und der EGMR sein Verhalten insgesamt als Verzicht auf sein Konfrontationsrecht auslegte

## 5. die Folgen der Rechtsverletzung

Die überragende Bedeutung des Konfrontationsrechts hat den EGMR nicht an dessen Relativierung gehindert.

### a. traditionelle Relativierung

Der EGMR zieht nicht die Konsequenz angelsächsischer Rechtstradition, eine nicht hinterfragte Aussage von vornherein als konventionswidrig anzusehen. In Anwendung des Konventionsgrundsatzes auf kontinentaleuropäische Rechtsordnungen lehnt er es auch ab, prinzipiell Zeugen vom Hörensagen auszuschließen. Die auf dieser Basis denkbare Akzeptanz von nicht konfrontierten Zeugenaussagen für ein Strafurteil ist Gegenstand von fast 300 Gerichtsentscheidungen – so viel wie kaum zu anderen Konventionsregeln. Auch wenn im Ergebnis der EGMR eine Akzeptanz bislang auf wenige Ausnahmefälle beschränkt, ist insgesamt der Weg des EGMR zum Umgang mit nicht oder nicht ausreichend konfrontierten Aussagen nicht sehr durchsichtig. Die Spruchpraxis des EGMR zum Konfrontationsrecht gilt – positiv formuliert – als das komplexeste Gebilde in seiner Rechtsprechung zum Fairnessgrundsatz.\* Negativ gewendet: Gerade zu diesem Thema hat sich der Gerichtshof in Europa seinen Ruf hart erarbeitet, sich als Vorreiter unvorhersehbarer Rechtsprechung zu etablieren.

\* Meyer HRRS 2012, 117 ff.

Diese Tendenz ist jüngst dramatisch verschärft worden. Der Versuch einer Strukturierung vorliegender Ergebnisse sei hier dennoch gewagt.

### b. das neue System (Al-Khawaja und Tahery ./ UK)

Der jahrzehntelangen Entwicklung eines case-law zur Verwendung nicht konfrontierter Aussagen gab die Große Kammer des EGMR am 15.12.2011 formal und inhaltlich eine neue Richtung. Ungewöhnlich konkret wurden Prüfungsschritte vorgegeben, die vordergründig den Eindruck präziser juristischer Kriterien erwecken. Seitdem wird jedoch im Gerichtshof härter denn je um deren Auslegung gestritten. Seitdem gibt es Dutzende neuer variierender Entscheidungen, die ihren vorläufigen Höhepunkt in einer weiteren Entscheidung der Großen Kammer fand, in der im Dezember 2015 Deutschland im Fall Schatschaschwili wegen Verletzung des Art. 6 verurteilt wurde. Das Stimmenverhältnis von 9 : 8 im Spruchkörper macht die aktuelle Zerrissenheit des Gerichtshofs sehr deutlich.

Der rechtspolitische Hintergrund des Falles Al-Khawaja war brisant. In einer ersten Kammerentscheidung war das Vereinigte Königreich verurteilt worden. Der Supreme Court in London äußerte Kritik an der angeblich z.T. unflexiblen Bewertung durch den EGMR und sah die Möglichkeiten individueller nationaler Lösungen zur Wahrung des fairen Verfahrens gefährdet. Ausdrücklich wurde dem EGMR die Gefolgschaft verweigert, er wurde sogar zum Umdenken eingeladen.\*

\* UKSC, R. v. Horncastle 9.12.2009, § 11.

Dem trug die Große Kammer in ihrer Entscheidung zwei Jahre später Rechnung, weichte ausdrücklich überkommene Kriterien der Rechtsprechung auf und schuf gleichzeitig ein verbindliches Prüfungssystem.

*Der zugrunde liegende Fall erschien nicht ungewöhnlich. Al-Khawaja war Therapeut in einer medizinischen Rehabilitation. Ihm wurde vorgeworfen, zwei verschiedene Frauen bei der Behandlung unter angeblicher Hypnose sexuell belästigt zu haben. Beide hatten bei der Polizei Strafanzeige erstattet, sie waren allein von Beamten vernommen worden. Kurz darauf starb eine der beiden durch Selbstmord. Sie hatte gegenüber zwei weiteren Bekannten von dem angeblichen sexuellen Übergriff berichtet. Obwohl Al-Khawaja diese einzige Zeugin niemals befragen konnte, verwandte das englische Strafgericht u.a. auch die frühere Vernehmung als Beweismittel und verurteilte ihn auch in diesem Fall.*

*Der zweite verbundene Fall des Beschwerdeführers Tahery betraf eine differenzierte Fallgestaltung. Herrn Tahery, der der iranischen Community in London angehört, wurde vorgeworfen, eine andere Person mit einem Messer in den Rücken gestochen zu haben. Der Verletzte selbst konnte dies nicht bestätigen. Er hatte sich mit Tahery gestritten, er hatte den Stich verspürt, aber nicht Tahery als Verursacher ausgemacht. Um beide herum standen andere Personen. Eine dieser Personen wandte sich an die Polizei und belastete Herrn Tahery als Verursacher der Stiche. Vor Gericht erschien er nicht, weil er Angst vor Tahery hatte. Er habe undefinierbare Drohtelefonate erhalten, bekundete er allein vor dem Richter - in Abwesenheit der Jury und des Angeklagten. Der englische Richter hielt die Angst für plausibel und ordnete die Verlesung der früheren Vernehmung des Zeugen an. Tahery wurde wegen Körperverletzung auf Grund dieser unkonfrontierten Aussage zu neun Jahren Haft verurteilt.*

Im Fall Al-Khawaja sah die Große Kammer im Gegensatz zur ersten Kammer keine Verletzung des Konfrontationsrechts, im Fall Tahery wurde die erste Instanz mit ihrer Bewertung der Konventionsverletzung bestätigt.

Die beiden unterschiedlich gelagerten Fallgestaltungen nahm die Große Kammer zum Anlass, ein regulierendes Prüfungssystem für die Frage der Verwendung nicht konfrontierter Zeugenaussagen zu etablieren, den der EGMR nunmehr selbst als „Al-Khawaja-Test“ bezeichnet.

Drei Stufen sind zu „testen“: \*

- a. Gab es einen vernünftigen Grund für die Abwesenheit des Zeugen im Gerichtssaal?
- b. War die Zeugenaussage der einzige oder entscheidende Beweis zur Verurteilung des Angeklagten?
- c. Existierten ausreichende Ausgleichsfaktoren, die die Beschränkungen der Verteidigung kompensieren konnten?

\* Zusammengefasst zuletzt bei Schatschaschwili ./ D. v. 15.12.2015, § 107:

„The Court must examine

(i) whether there was a good reason for the non-attendance of the witness and, consequently, for the admission of the absent witness's untested statements as evidence;

(ii) whether the evidence of the absent witness was the sole or decisive basis for the defendant's conviction; and

(iii) whether there were sufficient counterbalancing factors, including strong procedural safeguards, to compensate for the

handicaps caused to the defence as a result of the admission of the untested evidence and to ensure that the trial, judged as a whole, was fair).“

Die Terminologie der Testfragen ist weitgehend traditionell. Neu ist ihre Relativierung.

Als faktischen vierten Prüfungsschritt etablierte der EGMR eine die vorhergehenden drei Schritte relativierende Gesamtbetrachtung des fairen Verfahrens. Auch dieser Ansatz ist nicht neu. Die Qualifizierung des Konfrontationsrechts als Ausprägung des allgemeinen Fairnessgrundsatzes diene dem EGMR von jeher dazu, auch bei einer Verletzung des Konfrontationsrechts das Verdikt einer Konventionswidrigkeit von einer Betrachtung der Fairness des gesamten Verfahrens abhängig zu machen.\* Eine derartige Gesamtschau auf ein faires Verfahren mochte man optimistisch als in dem Institut des „summing up“ des angelsächsischen Geschworenengerichtsvorgangs verwurzelt ansehen, das jedenfalls eingebettet ist in die strenge Beachtung der Rechte der Verteidigung.\*\* Eine der Abstraktion zugängliche Konsequenz war schon bislang bei dieser „ominösen Gesamtbetrachtungs-Methode“\*\*\* nicht auszumachen. Das offensichtliche Ziel des Gerichtshofs ist ein angemessener Ausgleich zwischen Beschuldigten-rechten, Zeugeninteressen, gerichtlicher Organisationsmöglichkeiten und sogar staatlichen Verfolgungsinteressen.

\* Z.B. Molusmani ./ . Albania v. 8.10.2013: „*The question which must be answered is whether the proceedings as a whole, including the way in which the evidence was obtained, were fair. This involves an examination of the “unlawfulness” in question and, where a violation of another Convention right is concerned, the nature of the violation found (see, among other authorities, Khan v. the United Kingdom, § 34, ECHR 2000-V; P.G. and J.H. v. the United Kingdom, § 76, ECHR 2001-IX; Heglás v. the Czech Republic, no. §§ 89-92, 1 March 2007; Allan v. the United Kingdom, § 42, ECHR 2002-IX; and Bykov, cited above, § 89).*“

\*\* S. hierzu Gaede HRRS 2004, 44, 50.

\*\*\* SK-StPO/Paeffgen Art.6 MRK Rn. 162 e.

Die Kriterien für die Abwägung waren schon bislang nebulös, die Entscheidung im Einzelfall verbleibt im Bereich des Unkalkulierbaren. Ein schlüssiges System der Relativierung, das eine zuverlässige Vorhersehbarkeit im Einzelfall ermöglicht, existierte nicht, erst recht nicht nach seiner Aufwertung im Fall Al-Khawaja. Ausdrücklich soll diese Gesamtabwägung sich aufdrängende Prüfungsergebnisse einer einzigen Stufe relativieren – bei Al-Khawaja betraf dies die sole-or-decisive-Regel. Selbst wenn auf allen drei Stufen Voraussetzungen einer Unverwertbarkeit gegeben sind, will sich der Gerichtshof die Möglichkeit offen halten, das Gesamtverfahren im Einzelfall doch noch für fair zu erachten. Die Kriterien hierfür sind nicht bekannt. Umgekehrt soll in der Gesamtabwägung die Gewichtung der einzelnen Prüfungsergebnisse gerade von der nebulösen Gesamtfairness abhängen.

## **c. Testfrage 1: Gab es einen vernünftigen Grund für die Abwesenheit des Zeugen im Gerichtssaal?**

### **- der nicht verfügbare Zeuge**

Primär liegt für den Gerichtshof nicht nur ein guter, sondern zumeist zwingender Grund für die Abwesenheit des Zeugen vor, wenn seiner Anwesenheit unüberwindliche faktische Hindernisse entgegenstehen. „*Impossibilium nulla est obligatio*“.\* Bei der schlichten Unmöglichkeit, einen Zeugen zu vernehmen, weil er entweder tot oder aufgrund schwerster Krankheit vernehmungsunfähig ist, erscheint dem EGMR der völlige Verzicht auf vorliegende Vernehmungsprotokolle nicht hinnehmbar. Konfrontation hat hier nie stattgefunden und kann

auch nicht stattfinden. Das Gericht und Verteidigung hier zwangsläufig auf Beweissubstitute angewiesen sind, erscheint dem Gerichtshof auf den ersten Blick nicht als Verletzung des Konfrontationsrechts. Die Gesamtschau auf die Fairness des Verfahrens hindert ihn angesichts weiterer Umstände des Falles – insbesondere Defizite auf der Kompensationsebene – allerdings nicht daran, trotz dieses Ausgangspunktes eine Konventionsverletzung nach Art. 6 Abs. 1 anzunehmen (s.u.).

- \* Gani ./ Spanien v. 9.9.2013: „*However, impossibilium nulla obligatio est; provided that the authorities cannot be accused of a lack of diligence in their efforts to award the defendant an opportunity to examine the witnesses in question, the witnesses' unavailability as such does not make it necessary to discontinue the prosecution.*“

Nationale Strafgerichte und Ermittlungsbehörden finden gerne Parallelen zur Situation der Unmöglichkeit des verstorbenen Zeugen. Mit hilflosem Schulterzucken wird dem Angeklagten das große staatliche Bedauern darüber vermittelt, dass der im Ermittlungsverfahren vernommene Belastungszeuge zwischenzeitlich unbekanntes Aufenthaltsort ist, in sein Heimatland zurückgereist ist und nicht wiederkehren wird oder allein angesichts der großen Entfernung zu seinem Wohnort quasi nicht verfügbar sei. Bequemlichkeiten der nationalen Justiz widersetzt sich der Gerichtshof: Verwertungen von Surrogaten, die ohne Konfrontation erfolgten, sind nach seinen Vorstellungen nur denkbar, wenn das Strafgericht zuvor – ggf. mehrfach – alle denkbaren Anstrengungen unternommen hatte, um einen Zeugen der Konfrontation zuzuführen.\* Die Erschöpfung aller Zwangs- und Vorführungsrechte nach nationalem Recht ist zwingende Voraussetzung.\*\*

- \* Bonev ./ Bulgarien v. 8.6.2006, HRRS 2006 Nr. 660; Artner ./ Österreich v. 28.8.1992, EuGRZ 1992, 476; Doorson ./ Niederlande v. 26.3.1996, ÖJZ 1996, 715; Hümmel ./ Deutschland, Urte. v. 09.07.2012, NJW 2013, 3225.
- \*\* Delta ./ Frankreich v. 19.12.1990, ÖJZ 1991, 425.

Schon das Fehlen einer nachvollziehbaren Begründung, warum ein Zeuge vom Gericht nicht geladen wurde, ist für den Gerichtshof in Straßburg ausreichend, eine Verletzung der Konvention anzunehmen. Auch den Hinweis des Strafgerichts, dass manche Zeugen angesichts ihres weit entfernten Wohnsitzes oder anderer Gründe als entschuldigt zu gelten haben, lässt der Gerichtshof nicht als Rechtfertigung für die Missachtung des Konfrontationsgebots gelten.\*

- \* Nechto ./ Russland v. 24.01.2012.

Dieser prozessualen Gesamtverantwortung wird das Strafgericht ebenfalls nicht gerecht, wenn es Beweiserhebungen im Ausland im Rechtshilfewege anstrebt,\* der Angeklagte im ausländischen Rechtshilfverfahren bei der entscheidenden Zeugenvernehmung nicht zugelassen wird und das Strafgericht seine Verurteilung auf Verlesung dieses Zeugenprotokolls stützt. Hier ist in der Gesamtschau das Konfrontationsrecht des Angeklagten verletzt gewesen.\*\*

- \* Der Auslandsaufenthalt des Zeugen minimiert nicht das Konfrontationsgebot, s. zuletzt Pačić ./ Kroatien v. 29.3.2016, § 38: „*The fact that a witness is absent from the country where the proceedings are being conducted is in not itself sufficient to satisfy the requirements of Article 6 § 3 (d), which requires the Contracting States to take positive steps to enable the accused to examine or have examined witnesses testifying against him (see Sadak and Others v. Turkey, nos. 29900/96, 29901/96, 29902/96 and 29903/96, § 67, ECHR 2001–VIII, and Gabrielyan v. Armenia, no. 8088/05, § 81, 10 April 2012).*“
- \*\* A.M. ./ Italien v. 14.12.1999, StraFo 2000, 374.

Andererseits: Auch wenn eine Konfrontation mit im außereuropäischen Ausland befindlichen Zeugen scheitert, können erkennbare außerordentliche Anstrengungen des Gerichts, die Befragungsmöglichkeit zu realisieren, in die Abwägung zur Feststellung einer Verletzung einbezogen werden.\*

\* EGMR Haas ./. Deutschland v. 17.11.2005, JR 2006, 289 m. Anm. Gaede, s. auch abl. Anm. Esser NStZ 2007, 104.

## - der schützenswerte Zeuge

Zentraler Diskussionspunkt der jüngeren Vergangenheit sind Konstellationen, bei denen eine Konfrontation mit dem Zeugen sehr wohl möglich ist, im Hinblick auf anderweitige Interessen dem Angeklagten und seiner Verteidigung bewusst vorenthalten wird.

Andere Zeugeninteressen können einer Durchführung der Konfrontation entgegenstehen: Als Ansatzpunkt nicht ausgeschlossen sind Überlegungen zu Zeugenrechten, die mit den Interessen der Verteidigung an einer Konfrontation kollidieren können. Dass Gefahren für die Gesundheit des Zeugen einer konfrontativen Befragung entgegenstehen können, hat der EGMR zwar theoretisch angenommen, in der Praxis hat er nahezu regelmäßig dem Konfrontationsrecht den Vorrang eingeräumt. Auch wenn dem Gerichtshof gerade im Falle sexueller Straftaten die Vermeidung sekundärer Viktimisierung junger Zeugen als hinreichend legitimer Abwesenheitsgrund erscheint, kommt er im Einzelfall selten zu dem Ergebnis der Dominanz eines solchen Zeugenrechts. Selbst wenn – wie in einem deutschen Fall – psychische Schäden der minderjährigen, angeblich sexuell missbrauchten Zeugin ebenso wenig auszuschließen waren wie Auswirkungen auf ihre Neurodermitis.\*

\* P.S. ./. Deutschland v. 20.12.2001, EuGRZ 2002, 37; ÖJZ 2003, 235; StraFo 2002, 123; StV 2002, 289; NJW 2003, 1893.

Konkrete Lebensgefahr des Zeugen – erst recht wenn sie auf dem Angeklagten zuzurechnenden Drohungen beruht\* – begründet einen legitimen Ausgangspunkt für dessen Abwesenheit in der Verhandlung. Demgegenüber rechtfertigt der schlichte Wunsch des Zeugen nach Anonymisierung ebenso wenig den Entzug des Konfrontationsrechts\*\* wie die von der Polizei aus nachvollziehbaren ermittlungstaktischen Gründen ausdrücklich abgegebene Zusage der Vertraulichkeit einer Zeugenaussage.\*\*

\* Hier soll der Angeklagte sein Recht auf Konfrontation „verwirkt“ haben, s. Al-Khawaja and Tahery./. Vereinigtes Königreich (Große Kammer) v. 15.12.2011, § 126. „Consequently, a defendant who has acted in this manner must be taken to have waived his rights to question such witnesses under Article 6 § 3 (d).“

\*\* Kostovski ./. Niederlande v. 20.11.1989, StV 1990, 481; Visser ./. Niederlande v. 14.2.2002, StraFo 2002, 160.

\*\*\* Windisch ./. Österreich v. 28.6.1993, StV 1991, 193.

Droht die Lebensgefahr nicht „einfachen“ Zeugen, sondern Polizeibeamten, hat der Gerichtshof bislang kaum stichhaltige Gründe für deren berechtigte Abwesenheit gefunden. Auch die höhere Gefährdung von Polizeibeamten durch Kriminelle kann aus Sicht des Gerichtshofs kein berechtigter Grund zur Einschränkung von Verteidigungsrechten sein. Im Gegenteil: Stehen Beamte unter einer generellen Gehorsamspflicht gegenüber staatlichen Behörden und agieren sie sogar für die Staatsanwaltschaft, kann hieraus ihre erhöhte Verantwortung abgeleitet werden, in einer offenen Zeugenrolle zur Realisierung eines fairen Prozesses beizutragen.\*

\* Van Mechelen u.a. ./. Niederlande v. 23.4.1997, StraFo 1997, 293 mit Anm. Sommer; Anm. Wattenberg/Violet, StV 1997, 617.

Großzügiger ist der Gerichtshof bei Verdeckten Ermittlern. Er betont die Notwendigkeit verdeckter Ermittlungen zur Verbrechensbekämpfung und sieht grundsätzlich ein berechtigtes Interesse daran, die Person des geheimen Ermittlers nicht in einer Hauptverhandlung decouvrieren zu lassen. Hintergrund ist die in bestimmten kriminellen Milieus bestehende Lebens- und Leibesgefahr für den Ermittler, nicht jedoch die einsatztaktische Überlegung der Polizei zur „Wiederverwendung“ des V-Mannes in anderen Fällen.\*

\* Van Mechelen ./ NL § 60; andeutungsweise anders allerdings Lüdi ./ Schweiz v. 15.6.1992, § 56 und zuletzt Dončev und Burgov ./ Macedonia v. 12.6.2014, § 52.

„Berechtigt“ ist letztlich auch die Rücksichtnahme auf Zeugnisverweigerungsrechte, die dem Zeugen Kollisionen mit seiner familiären Solidarität oder der Selbstbelastungsfreiheit\* ersparen sollen. Der Respekt des Strafgerichts gegenüber diesen bedrängenden Zeugensituationen ist rechtsstaatlich ebenso geboten wie gegenüber dem Schweigerecht des Mitangeklagten, der allein dem Gericht – und nicht der Verteidigung des von ihm belasteten Beschuldigten – Auskunft erteilt.

\* Vidgen ./ Niederlande v. 10.7.2012 § 42; Seton ./ UK v. 31.3.2016, § 62.

## - der Nachweis der Schutzbedürftigkeit

Die bewusst tolerierte Verhinderung der Konfrontation setzt zur Bejahung eines legitimen Ziels stets den „strengen“\* Nachweis der dominierenden Zeugenrechte voraus. Der notwendige Schutz des „Opferzeugen“ kann zumeist nur durch psychiatrische Gutachten erfolgen.\*\* Zur Leibes- und Lebensgefahr kann selbstverständlich eine schlichte Behauptung ebenfalls nicht ausreichen.\*\*\* Denn jeder Zeuge befürchtet subjektiv Nachteile.\*\*\*\*

\* Karpenko ./ Russland v. 13.3.2012, § 71 : „...strictly necessary in order to satisfy a legitimate aim.“

\*\* Matytsina ./ Russland v. 27.3.2014 § 163; Gani ./ Spanien v. 9.9.2013 § 45; bei kindlichen Opferzeugen s. Rosin ./ Estland v. 19.12.2013 § 55.

\*\*\* Krasniki ./ Tschechien v. 28.2.2006, § 80: „The trial court must conduct appropriate enquiries to determine, firstly, whether or not there are objective grounds for that fear, and, secondly, whether those objective grounds are supported by evidence.“

\*\*\*\* Al-Khawaja and Tahery ./ Vereinigtes Königreich (Große Kammer) v. 15.12.2011, § 124: „The Court’s own case-law shows that it is more common for witnesses to have a general fear of testifying... There is, therefore, no requirement that a witness’s fear be attributable directly to threats made by the defendant in order for that witness to be excused from giving evidence at trial.“

Welche konkrete Beweisqualität oder welcher richterliche Überzeugungsgrad insoweit vorliegen muss, ist vom Gerichtshof bislang nur sehr unvollkommen untersucht worden, so dass z.B. die behauptete Lebensgefahr von V-Männern in deutschen Sperrerklärungen nicht als das entlarvt werden konnte, was sie regelmäßig sind: abstrakte Worthülsen ohne jeden ernsthaften konkreten Individualbezug.\*

\* Sapunarescu ./ Deutschland v. 11.9.2006, StraFo 2007, 107 mit Anm. Sommer.

Allgemeine Überlegungen zur Gefährlichkeit von Zeugenaussagen in bestimmten kriminellen Milieus sollen zwar grundsätzlich keine ausreichende Begründung darstellen,\* im Einzelfall neigt der Gerichtshof mittlerweile jedoch dazu, schon Beweisanzeichen in diesen Konstellationen genügen zu lassen.\*\*

\* Saidi ./ Frankreich v. 20.9.1993, ÖJZ 1994, S. 232.



\*\* Ellis, Simms and Martin ./ UK v. 10.4.2012, § 80; Pesukic ./ Schweiz v. 6.12.2012, § 46.

## d. Testfrage 2: War die Zeugenaussage der einzige oder entscheidende Beweis zur Verurteilung des Angeklagten?

Niemals – so die Überzeugung des EGMR über Jahrzehnte – sollte sich die Verurteilung allein auf einen nicht hinterfragten Zeugen stützen.\* Der Gerichtshof forderte zur Bejahung der Konventionswidrigkeit daher, dass das Urteil, das auch andere belastende Beweismittel anführt, jedenfalls zu einem wesentlichen Teil auf den Angaben des nicht hinterfragten Zeugen beruht.\*\*

\* Rachdad ./ Frankreich, v. 13.11.2003; Al-Khawaja and Tahery./ Vereinigtes Königreich (Große Kammer) v. 15.12. 2011.

\*\* Unterpertinger ./ Österreich v. 24.11.1986, EuGRZ 1987, 147; Asch ./ Österreich v. 26.4.1991, EuGRZ 1992,474; P.S. ./ Deutschland v. 20.12.2001, StraFo 2002, 123; Lucà ./ Italien v. 27.2.2001, HRRS 2006 Nr.62.

Oder anders formuliert: An der Konventionswidrigkeit führte trotz aller Kompensationsbemühungen zumeist kein Weg vorbei, wenn es sich bei der nicht hinterfragten Zeugenaussage um das einzige oder das entscheidungserhebliche (*“sole or decisive”*) Beweismittel handelte.

Diese Zwangsläufigkeit hat der Gerichtshof mit der Entscheidung Al-Khawaja beseitigt. Zwar soll nach wie vor die besondere Entscheidungserheblichkeit der unkonfrontierten Aussage Voraussetzung der Konventionswidrigkeit sein. Auch in einer solchen Konstellation kann sich der Gerichtshof nunmehr allerdings Ergebnisse der weiteren Prüfungsschritte vorstellen, die die Konformität mit der Konvention retten. Ausdrücklich sollten den einzelnen Rechtsordnungen – gemeint war vornehmlich die englische – ein zusätzlicher Spielraum der Verfahrensgestaltung eines fairen Prozesses eingeräumt werden.\*

\* Al-Khawaja and Tahery./ Vereinigtes Königreich (Große Kammer) v. 15.12. 2011, §146: *„It would not be correct, when reviewing questions of fairness, to apply this rule in an inflexible manner. Nor would it be correct for the Court to ignore entirely the specificities of the particular legal system concerned and, in particular its rules of evidence, notwithstanding judicial dicta that may have suggested otherwise (see, for instance, Lucà, cited above, at § 40). To do so would transform the rule into a blunt and indiscriminate instrument that runs counter to the traditional way in which the Court approaches the issue of the overall fairness of the proceedings, namely to weigh in the balance the competing interests of the defence, the victim, and witnesses, and the public interest in the effective administration of justice.”*

In diesem Bereich hat der Gerichtshof eine neue Diskussion eröffnet. Bislang gesicherte Einsichten sind zu hinterfragen. Eine Verletzung der Konventionsrechte kommt nach bisheriger Rechtsprechung dann nicht in Betracht, wenn der nicht zu hinterfragende Zeuge für das Urteilsergebnis letztlich irrelevant war. Praktischen Verfahrensüberlegungen folgend will der Gerichtshof traditionell unwesentlich erscheinende Verteidigungsbeschränkungen bei seinen Überlegungen zur Konventionswidrigkeit ausscheiden. Die Maßstäbe dafür, welchen Stellenwert das bemakelte Beweismittel im gesamten Beweisgefüge haben muss, werden allerdings aktuell schon unterschiedlich formuliert. Konventionswidrigkeit wurde zum Teil bei Beweiskonstellationen angenommen, in denen zahlreiche andere Beweismittel auf die Schuld des Angeklagten hinwiesen\*.

\* Visser ./ Niederlande, v. 14.2.2002, StraFo 2002, 160.

Sind die nicht hinterfragten Aussagen die einzig schlüssigen und stützen andere Zeugen das Ergebnis der Schuld nur mittelbar, sollten diese nicht den Charakter einer Kompensation haben.\* Sogar ein nachfolgendes Geständnis als tragende Urteilsgrundlage vermochte unter

Umständen den entscheidenden Charakter einer nicht hinterfragten anonymen Aussage nicht zu verändern. \*\*

\* Hümmer ./ Deutschland v. 19.7.2012, StV 2014, 452, 455 m. Anm. Pauly.

\*\* Lüdi ./ Schweiz, v. 15.6.1992, EuGRZ 1992, 300; andererseits hatte der Gerichtshof in einem Einzelfall gerade aufgrund der Fülle unterschiedlicher mittelbarer Beweismittel, die sich hinsichtlich der Bestätigung der Schuld deckten und ergänzten, eine relevante Verletzung von Verteidigungsrechten verneint: Haas ./ Deutschland v. 17.11.2005, JR 2006, 289 m. Anm. Gaede, s. auch abl. Anm. Esser NSTZ 2007, 104.

Die neue Linie erweitert allerdings auch die Überlegungen zur Gewichtung des fraglichen Beweises. Zugunsten eines Beschwerdeführers wird nunmehr auch untersucht, ob angesichts gravierender Umstände der Verletzung der Konfrontation eine Unfairness bejaht werden kann, wenn im gesamten Beweisgefüge diese Aussage nicht entscheidend, sondern „nur“ von erheblichem Gewicht war.\* Insgesamt ist die „sole-or-decisive-Regel“ damit relativiert zu einem von mehreren Prüfungspunkten bei der Untersuchung der Gesamtfairness.

\* In der dissenting opinion des Richters Kjolbro in Schatschaschwili ./ D. v. 15.12.2015 wird die neue begriffliche Kategorisierung wie folgt zusammengefasst: „...thereby creating three categories: “sole evidence”, “decisive evidence” or “evidence carrying significant weight.”

## e. Testfrage 3: Existierten ausreichende Ausgleichsfaktoren, die die Beschränkungen der Verteidigung kompensieren konnten?

Erst auf der dritten Prüfungsstufe wendet sich der Gerichtshof wieder der Blickrichtung des Angeklagten und seiner Verteidigung zu. Auch wenn auf der ersten Stufe akzeptable individuelle oder öffentliche Gründe für eine Vermeidung der Konfrontation festgestellt werden, legitimiert dies – jedenfalls bei entscheidungserheblichen Aussagen – nicht die Abschaffung eines Prozessgrundrechts im Einzelfall. Der Ausgleich unterschiedlicher Interessen unter relativierender Wahrung der Verteidigungsoption ist das Anliegen des Gerichtshofs. Er fordert daher stets positive prozedurale Maßnahmen, die die Einschränkungen der Verteidigung ausgleichen sollen.

Bislang\* ließ die Rechtsprechung wenige Zweifel daran, dass nach Prüfungsstufe 2 eine Verletzung des Konfrontationsgebots im Raum stand. Al-Khawaja hat dies relativiert: Das Ergebnis der suboptimalen oder gar fehlenden Konfrontation einerseits und der Entscheidungserheblichkeit der Zeugenaussage andererseits fixiert angeblich eine Situation, in der das Konventionsrecht des Beschwerdeführers verletzt sein mag.\*\*

\* Van Mechelen u.a. § 54: „Article 6 para. 3 (d) of the Convention (art. 6-1+6-3-d) requires that the handicaps under which the defence labours be sufficiently counterbalanced by the procedures followed by the judicial authorities.“

\*\* Al-Khawaja and Tahery./ Vereinigtes Königreich (Große Kammer) v. 15.12. 2011, § 119: “... the rights of the defence may be restricted to an extent that is incompatible with the guarantees provided by Article 6.“

Auch der Charakter der zu überprüfenden Kompensationsmaßnahmen hat sich terminologisch geändert. Während bislang das Verteidigungsrecht nur durch installierte prozedurale Maßnahmen\* ausgeglichen werden konnte, sollen nunmehr als Ausgangspunkt allgemein ausgleichende Faktoren\*\* überprüft werden.

\* „strong procedural safeguards“.

\*\* Al-Khawaja v. 20.1.2009 § 37 : „...whatever counterbalancing factors might be present.“ Al-Khawaja and Tahery./ Vereinigtes Königreich (Große Kammer) v. 15.12. 2011, § 148: „The Court will therefore examine the counterbalancing measures in place...“

Kompensation kann somit nicht zur „Heilung“ eines Konventionsverstoßes führen. Je nach Gewichtung der anderen Prüfungspunkte kommt den Kompensationselementen allerdings eine erhebliche Bedeutung bei der Schlussfolgerung auf die Gesamtfairness zu. Abgesehen von diesen Relativierungstendenzen schreibt der Gerichtshof hier allerdings seinen Katalog von individuellen Erwägungen fort, denen ein Kompensationseffekt zukommen kann.

Unverkennbar ist dabei die Tendenz, den Bemühungen der Verteidigung um Realisierung des Konfrontationsrechts einen bedeutenden Stellenwert in der Gewichtung zuzubilligen: Passivität wird hier leicht als Verzicht interpretiert.\*

\* Poletan and Azirovik v. The former Yugoslav Republic of Macedonia v.12.5.2016 § 84: „The Court observes that the applicants and their representatives did not object to the trial court’s decision, which contained alternative orders as to the examination of these witnesses. They neither expressed any intention to attend the witnesses’ questioning were it to take place in Montenegro, nor did they propose any questions that they would have liked to be put to these witnesses.“ Ähnlich Kashlev ./ Estland v. 26.4.2016, hier hatte der (selbst abwesende) Angeklagte in der Berufungsinstanz angeblich nicht ausreichend deutlich darauf beharrt, die erstinstanzlich gehörten Zeugen nochmals anzuhören.

## - reduzierte Befragungen

Fehlende Konfrontation bei verstorbenen oder unerreichbaren Zeugen ist nicht reparabel. Anders ist dies bei gefährdeten Zeugen, deren Anhörung das Gericht organisieren kann. Hier ist es seine genuine Aufgabe, alle verfahrensmäßigen Möglichkeiten auszuschöpfen, um die Grundidee der konfrontativen Verteidigungsbefragung zumindest in einer reduzierten Variante zu realisieren.

Ein schriftlicher Fragenkatalog statt einer persönlichen Konfrontation wird hierbei regelmäßig als nicht konventionskonform verworfen. Dies ist kein geeigneter Ersatz für eine direkte Beobachtung.\* Liegt ein berechtigtes Anonymisierungsinteresse von Zeugen vor, kann im Einzelfall eine ausreichende kompensatorische Maßnahme darin liegen, dass ein Verteidiger ohne den Angeklagten und ohne die Kenntnis der Identität bei einer richterlichen Vernehmung sämtliche Fragen an den Zeugen richten kann, die er im Interesse der Verteidigung für geboten hält, um die Glaubhaftigkeit der Zeugenangaben in Zweifel zu ziehen.\*\*

\* Kostovski ./ Niederlande v. 20.11.1989, StV 1990, 481.  
\*\* Doorson ./ Niederlande v. 26.3.1996, ÖJZ 1996, 715.

Eine lediglich mit akustischen Hilfsmitteln vorgenommene Befragung eines Zeugen, der sich in einem Zimmer neben dem Gerichtssaal aufhielt, hielt der Gerichtshof als kompensatorische Maßnahme nicht für ausreichend.\* Über das Hilfsmittel der audiovisuellen Übertragung der Zeugenvernehmung hatte der Gerichtshof bislang nicht zu entscheiden. Auf Video\*\* festgehaltene Zeugenaussagen Minderjähriger werden ebenso wie sog. Einwegspiegel\*\*\* zumindest als Möglichkeit von Kompensationen erwogen. Denkbar erscheint ihm auch das Auftreten des zu vernehmenden Zeugen in einer Verkleidung.\*\*\*\*

\* van Mechelen u.a. ./ Niederlande v. 23.4.1997.  
\*\* S. N. ./ Schweden v. 02.07.2002.  
\*\*\* Accardi u.a. ./ Italien v. 20.01.2005.  
\*\*\*\* van Mechelen u.a. ./ Niederlande v. 23.4.1997, StraFo 1997, 239.

Durchaus phantasievoll nimmt die deutsche Rechtsprechung Anregungen aus Straßburg auf, das Konfrontationsrecht trotz Anonymisierung und letztlichem Verbergen des Zeugen durch

adäquate Ausgleichsmaßnahmen zu bewahren. Hilfestellung bietet hier die gesetzlich vorgesehene Möglichkeit der Videovernehmung, die auch durch Stimmverzerrungen und elektronische Verfremdung von Gesichtszügen zusätzlichen Zeugenschutz erlauben soll.\* Ob im Ergebnis massiver Verfremdung das Verteidigungsrecht noch gewahrt ist, darf allerdings bezweifelt werden,\*\* so dass eine solche Maßnahme unter Umständen einen sehr geringen kompensatorischen Effekt hat.

\* BGH, NStZ 2003, 274; 2004, 345; BGH, NStZ 2005, 43; BGH, NStZ 2006, 682; anders noch BGHSt 32, 115, 124.

\*\* Renzikowski FS Mehle 2009, S. 538 ff.

## - Konfrontation im Ermittlungsverfahren

Auch wenn der Ort der konfrontativen Befragung die Beweisaufnahme vor dem Strafgericht ist, kann bei Unmöglichkeit seiner Realisierung der Tatsache Bedeutung zukommen, dass die Verteidigung in einer früheren Phase des Verfahrens Gelegenheit zur Zeugenbefragung hatte. Auch wenn der Gerichtshof niemals ein Prozessmodell gutheißt, das generell Konfrontation in das Ermittlungsverfahren verlagert,\* kommt einer solchen effektiven Befragungsmöglichkeit ein hohes kompensatorisches Gewicht zu.

\* Dies leitet der Gerichtshof schon aus der Tatsache ab, dass der Ermittlungsführer interessegebunden und damit nicht ausreichend neutral eine konfrontative Befragung ermöglichen kann, s. z.B. Melnikov ./ Russland v. 14.1.2010, § 80 f.: *„Moreover, the Court notes that the confrontation was conducted by an investigator who did not meet the requirements of independence and impartiality, and had a large discretionary power to block questions during the confrontation. In view of the above, the pre-trial confrontation procedure in the present case was not an appropriate substitute for the examination of the co-accused in open court.“*

Ist ein kompensatorischer Effekt denkbar, nach den nationalen Gesetzen möglich oder sogar vorgeschrieben, kommt den konkreten Verhaltensweisen der Justiz in der Gesamtabwägung eine enorme Bedeutung zu. Staatsanwaltschaft und Gericht haben nicht nur die Aufgabe, alles Zumutbare zur Herstellung der idealen Konfrontationssituation zu unternehmen (s.o.); für den Fall des Scheiterns dieser Idealsituation besteht die weitergehende Verpflichtung, kompensatorische Maßnahmen zu ermöglichen und zu fördern.

Der Justiz werden prognostische Fähigkeiten abverlangt. Ist die Unmöglichkeit der Konfrontation im Gerichtssaal absehbar, schwindet die Bedeutung des „impossibilium nulla obligatio est“. Die Akzeptanz der im Gerichtssaal unmöglichen Konfrontation reduziert der Gerichtshof, wenn in diesem Zusammenhang den staatlichen Stellen ein Nachlässigkeitsvorwurf gemacht werden kann; war angesichts eines prognostizierten Ablebens eines Zeugen eine frühe konfrontative Befragung angezeigt, aber nicht realisiert worden, kann der Prozess konventionswidrig sein. Auch bei Protokollverlesung des nicht konfrontierten toten Zeugen kann damit das Verfahren unfair sein.\*

\* Angedeutet bei Ferrantelli u. Santangelo ./ Italien v. 7.8.1996, § 52: „... even though the judicial authorities did not, as would have been preferable, organise a confrontation between all the accused during the twenty months preceding, G.V.'s tragic death...“; deutsch: ÖJZ 1997, 151.

Das gilt erst recht in Fällen ausländischer Zeugen, deren Verfügbarkeit in einer späteren Hauptverhandlung regelmäßig problematisch ist.\* Die deutsche Rechtsprechung hat früh in einer vereinzelt gebliebenen Entscheidung die Konsequenz einer frühzeitigen Verteidigerbeordnung zur Sicherung der Konfrontation zumindest im Ermittlungsverfahren gezogen.\*\*

- \* Für die deutsche Situation jüngst Schatschaschwili ./. D. v. 15.12.2015 (Große Kammer) § 155. *„The Court considers that in the present case it is sufficient for it to note that, under the provisions of German law, the prosecution authorities could have appointed a lawyer for the applicant (Article 141 § 3 of the Code of Criminal Procedure, read in conjunction with Article 140 § 1). That lawyer would have had a right to be present at the witness hearing before the investigating judge and, as a rule, would have had to be notified thereof (Article 168c §§ 2 and 5 of the Code of Criminal Procedure). However, these procedural safeguards, which existed in the Code of Criminal Procedure and were reinforced by their interpretation by the Federal Court of Justice (see paragraphs 58-59 above), were not used in the applicant’s case.“*
- \*\* BGHSt 46, 93 = NJW 2000, 3505; einschränkend wieder BGH, StV 2005, 533, mit abl. Anm. Wohlers.

Keine praktischen Hinweise finden sich beim Gerichtshof, wie den Besonderheiten des Ermittlungsverfahrens zuzuschreibende Einschränkungen von Verteidigungsrechten in dieser Situation zwingend entgegenzuwirken ist. Speziell ungelöst ist der Charakter der Verpflichtung, eine Verteidigungskonfrontation zu ermöglichen, wenn es noch keine Verteidigung gibt. So ist z.B. aus taktischem Geheimhaltungsinteresse der Ermittlungsvorwurf dem Beschuldigten noch nicht offenbart worden. Den meisten Rechtsordnungen ist Verteidigung ohne Mandant fremd. Unbeantwortet bleibt bei diesem Modell auch, ob der Kompensationswert nicht gegen Null tendiert, wenn die frühe Verteidigerbefragung nur eine symbolische ist, da die notwendige Kenntnis des Sachverhalts dem Verteidiger erst zu einem Zeitpunkt verschafft wird, zu dem Konfrontation schon nicht mehr möglich ist.

## - die Beobachtung der Zeugenaussage

Der Gerichtshof protegiert seit vielen Jahren eine weitere Kompensationsmöglichkeit: Kann der Zeuge nicht vor Gericht befragt werden, so soll sich die Verteidigersituation – u.U. entscheidend – verbessern, wenn die Aussage zumindest „beobachtet“ werden kann.\* Die Videovernehmung im Ermittlungsverfahren\*\* hat der Gerichtshof hier ebenso im Blick\*\*\* wie den im Gerichtssaal erscheinenden verweigerungsberechtigten Zeugen – oder Mitangeklagten –, der Auskunft ausschließlich auf Fragen des Gerichts und der Staatsanwaltschaft geben will, bei Fragen der Verteidigung sich allerdings auf sein Schweigerecht zurückzieht.\*\*\*\*

- \* Leitend Asch ./. Österreich v. 26.4.1991, EuGRZ 1992, 474 ff; die Konformität mit der Konvention wurde auf die Beobachtungs- und Kommentierungsmöglichkeit der Verteidigung gestützt, unterschied sich von früheren konventionswidrigen Konstellationen aber maßgeblich durch die belastenden zusätzlichen Beweise gegen den Angeklagten.
- \*\* Accardi u.a ./. Italien (dec.), 30598/02, ECHR 2005-II.
- \*\*\* Schatschaschwili ./. D. v. 15.12.2015 (Große Kammer) § 127: *„An additional safeguard in that context may be to show, at the trial hearing, a video recording of the absent witness’s questioning at the investigation stage in order to allow the court, prosecution and defence to observe the witness’s demeanour under questioning and to form their own impression of his or her reliability (see A.G. v. Sweden, cited above; Chmura v. Poland, no. 18475/05, § 50, 3 April 2012; D.T. v. the Netherlands (dec.), no. 25307/10, § 50, 2 April 2013; Yevgeniy Ivanov, cited above, § 49; Rosin v. Estonia, no. 26540/08, § 62, 19 December 2013; and Gonzáles Nájera v. Spain (dec.), no. 61047/13, § 54, 11 February 2014).“*
- \*\*\*\* So die Ausgangssituation bei Sievert ./. Deutschland v. 19.7.2012, JR 2013, 170 ff; eine der ganz wenigen Entscheidungen, bei der die Beobachtungs- und Kommentierungsmöglichkeit der Verteidigung angeblich zu einer wesentlichen Kompensation der nicht existierenden Konfrontation führen sollte. *„63. In this connection the Court notes that the applicant and defence counsel who were able to observe the witnesses’ demeanour under questioning had an opportunity to challenge the latter’s credibility as well as the accuracy of their testimonies in the course of the trial. In accordance with sections 257 and 258 of the Code of Criminal Procedure they had the right to comment on and to challenge the statements made by G. and H. directly after the examination of the witnesses by the court and the public prosecutor and once the taking of evidence as a whole had been concluded. The applicant, while not being able to question the witnesses directly, thus nevertheless had the possibility to cast doubt on their credibility and contradict their account of the circumstances of the case.“*

Dem Gerichtshof ist zuzugestehen, dass gegenüber einem schlichten Text eines polizeilichen Vernehmungsprotokolls die Beobachtung der Vernehmung zusätzliche Hinweise für eine Qualitätsbeurteilung der Beweisaufnahme liefert. Dennoch verbleibt der Verteidigung letztlich

nur ein externer Kommentar. Besteht der Kern des Konfrontationsrechts darin, aktiv in einen Kommunikationsprozess mit dem Zeugen einzutreten und ihn mit sprachlichen Mitteln zu „examinieren“, lässt die passive Beobachtung einer von anderen Personen geführten Kommunikation hiervon nichts mehr übrig. Sie ist letztlich nur unverbindlicher Beitrag zur Beweiswürdigung einer bereits erfolgten Beweisaufnahme und nicht die notwendige Beeinflussung der Beweisaufnahme selbst.\*

\* Diese Grunderkenntnis bleibt dem Gerichtshof keinesfalls verborgen, *Pačić* ./ Kroatien v. 29.3.2016, § 51: „*That the applicant was in a position to challenge or rebut the statement of E.R. by giving evidence himself or examining one other witness cannot be regarded as a sufficient counterbalancing factor to compensate for the handicap under which the defence laboured.*“

Dass u.U. auch der Richter in seinem Urteil nur auf eine solche Beobachtung einer bereits durchgeführten einseitigen Vernehmung angewiesen ist, kann das Konfrontationsrecht erst recht nicht einschränken. Dies hat gerade den Sinn, dem Gericht nur Aussagen zur Würdigung vorzulegen, die durch kontroverse Befragungen einen Qualitätsstandard absichern sollen. Ein Kompensationseffekt für das Gestaltungsrecht der Verteidigung ist dies nicht.

Dies betont der Gerichtshof gerade in den Fällen der berechtigten Zeugnisverweigerung. Dass die staatlichen Organe für die Unmöglichkeit der Konfrontation keine Verantwortung tragen, sondern im Gegenteil zur Gewährung der Verweigerung den Zeugen verpflichtet sind, kann für die Fairness des Verfahrens nicht von Belang sein.\* Konsequenz muss das deutsche Prozessmodell, das Verurteilungen gerne ausschließlich auf Angaben von Mitangeklagten stützt, die sich nicht von der Verteidigung befragen lassen wollen, als kaum konventionskonform bewertet werden. Allein die teilnahmsvoll begleitete Beobachtung eines konventionswidrigen Vorgangs beseitigt nicht die Konventionswidrigkeit.

\* So allerdings die merkwürdig erscheinende Erwägung bei *Sievert* ./ Deutschland v. 19.7.2012 § 61, JR 2013, 170 ff.

## - Vorsicht bei der Beweiswürdigung

Ein weiteres Element mäandert durch das Gewirr der Kompensationsüberlegungen: die besonders kritische richterliche Würdigung des Beweisergebnisses. Dass eine solche Anforderung an die richterliche Haltung nach erfolgter Beweisaufnahme das Recht zur Mitgestaltung der Beweisaufnahme durch den Angeklagten nicht ansatzweise ersetzen kann, scheint auch dem Gerichtshof klar zu sein.\*

\* *Hulki Günes* ./ Türkei v. 19.06.2003, § 95: „*In any event, as the witnesses in question did not appear before the trial court, the judges were unable to observe their demeanour under questioning and thus form their own impression of their reliability (see *Kostovski v. the Netherlands*, judgment of 20 November 1989, Series A no. 166, p. 20, § 43). Admittedly, they undertook a careful examination of the statements taken from the witnesses on commission and gave the applicant an opportunity to contest them, but this can scarcely be regarded as a proper substitute for direct examination and attendance.*“  
*Al-Khawaja and Tahery* ./ Vereinigtes Königreich (Große Kammer) v. 15.12. 2011, § 164 „*It is true that the direction in the judge's summing up to the jury was both full and carefully phrased, drawing attention to the dangers of relying on untested evidence. However the Court does not consider that such a warning, however clearly or forcibly expressed, could be a sufficient counterbalance where an untested statement of the only prosecution eyewitness was the only direct evidence against the applicant.*“

Es gibt keine Entscheidung, in der diesem Faktor der entscheidende Kompensationseffekt beigemessen wird. Im Gegenteil wird betont, dass das Verteidigungsdefizit gerade nicht dadurch ausgeglichen werden kann, dass nicht hinterfragte Beweissurrogate später vom Gericht

einer besonders kritischen Würdigung unterzogen werden. Der Gerichtshof betonte mehrfach, dass kaum davon auszugehen ist, dass beispielsweise eine ermittelungsrichterliche Beurteilung, die Zeugenaussagen aus dem Vorverfahren seien glaubhaft gewesen und es gebe keine Anhaltspunkte dafür, dass sie versucht hätten, den Beschuldigten übermäßig zu belasten, die Möglichkeit der Verteidigung oder des Tatgerichts, die Zeugen in Anwesenheit zu befragen und sich selbst ein Urteil über deren Auftreten und Vertrauenswürdigkeit zu bilden, angemessen ersetzen könne.\*

\* Zuletzt Hümmel ./. Deutschland v. 19.7.2012, NJW 2013, 3225.

Ist die Einführung früherer unkonfrontierter Vernehmungen das maßgebliche Beweismittel, kann auch die intensive Kommentierung der früheren Aussage durch die Verteidigung zumeist nichts daran ändern, dass das Konventionsrecht des Angeklagten unwiderruflich verletzt ist.\* Wenn dennoch häufiger vom Gerichtshof auf den notwendigen vorsichtigen Umgang mit derartigen Beweismitteln hingewiesen wird, erfolgt dies zumeist in Abrundung der stets komplexen Interessenabwägungen.

\* Das gilt auch und gerade bei der Zeugnisverweigerung aus Gründen der Selbstbelastung und der Einführung früherer unkonfrontierter Aussagen, s. Vidgen ./. NL v. 10.7.2012; zum Schweigerecht der Familienangehörigen Hümmel ./. Deutschland v. 19.7.2012, NJW 2013, 3225.

Der Hintergrund für die Einbeziehung der Vorsichtsregel ergibt sich aus dem angelsächsischen Prozess. Wenn der Richter nach Abschluss der Beweisaufnahme die Jury in die Beratung mit dem Hinweis entlässt, man möge sich der nicht konfrontierten Zeugenaussage in der Bewertung mit besonderer Vorsicht nähern, kommt dem in seiner Ungewöhnlichkeit in diesem System ein außerordentlicher Warnereffekt zu. Kontinentaleuropäischen Berufsrichtern sollte die Vorsicht bei der Beweiswürdigung demgegenüber regelhaft erscheinen.

Das hat die deutsche Rechtsprechung allerdings nicht daran gehindert, den Kern der Lösung des Gesamtproblems in der besonders vorsichtigen Beweiswürdigung zu suchen.\*

\* Die unzureichende Umsetzung der Vorgaben des EGMR durch die deutsche höchstrichterliche Rechtsprechung ist generell in den letzten Jahren ein ständiger Kritikpunkt der Literatur gewesen; siehe z.B. *Schleiminger* Konfrontation im Strafprozess, 2001; *Demko* HRRS 2004, 416; *Gaede* StraFo 2004, 195; *Ambos* NSTZ 2003, 17; *ders.* ZStW 115 (2003), 613; *Sommer* StraFo 2000, 150; *ders.* StraFo 2002, 309; *Renzikowski* in: Die EMRK im Privat-, Straf- und Öffentliches Recht, 2004, S. 97; *ders.*, FS Mehle 2009, S. 538 ff.; *Pauly* StV 2002, 291; *Krauß* V-Leute im Strafprozess u. die EMRK, 1999; *Schlothauer* StV 2001, 127; *Wohlens* GA 2005, 11; *Safferling* StV 2010, 339 ff.; *Krausbeck* Konfrontative Zeugenbefragung: Vorgaben des Art. 6 Abs. 3 lit.d EMRK für das deutsche Strafverfahren, 2010; *Mahler* Das Recht des Beschuldigten auf konfrontative Befragung der Belastungszeugen, 2011; *ders.* HRRS 2013, 334 ff.; *Jäger* Prozessuale Gesamtbetrachtungs- und Kausalüberlegungen als Erosionserscheinungen in einem justizförmigen Strafverfahren, FS Wolter 2013, S. 947 ff.; *Eschelbach/Wasserburg* Antastung der Menschenwürde im Strafverfahren, FS Wolter 2013, S. 877 ff., 880 ff.

Bar einer näheren sachlichen Identifizierung\* wird Straßburgs Begrifflichkeit gerne übernommen, um sich dadurch die Möglichkeit zu verschaffen, sämtliche Verfahrensdefizite mit der richterlichen Versicherung der besonders vorsichtigen Beweiswürdigung zu kompensieren.\*\*

\* Generelle Bedenken gegen diese „Methode“ der Rechtsfindung finden sich bei Jäger FS Wolter 2013, S. 947 ff.  
\*\* BGHSt 33, 178, 181; BGH, StV 2000, 593; 2000, 649.

„Gerettet“ werden sollen damit ebenso häufige wie ansonsten schlicht konventionswidrige Prozessmodelle, bei denen die Verurteilung ausschließlich auf dem polizeilichen Bericht über frühere Vernehmungen von Zeugen beruht, die in der Hauptverhandlung berechtigterweise gem. § 52 oder § 55 StPO schweigen können.

Den konkreten Inhalt der besonders vorsichtigen Beweiswürdigung hat die Rechtsprechung niemals deutlich gemacht. Die Abgrenzung zur normalen, womöglich gar unvorsichtigen Beweiswürdigung bleibt rätselhaft. Der Begriff ist letztlich eine Leerformel\* oder bloße Beschwichtigung\*\* und einer rechtsstaatlichen Richterbewertung unwürdig. Dass zuletzt auch deutsche Instanzgerichte konsequent stattdessen ein Verfahrenshindernis annehmen wollen, dokumentiert das Unbehagen an dieser „Lösung“ auch auf Richterseite.\*\*\*

\* Nehm FS Widmeier 2008, S. 375.

\*\* SSW-StPO/*Eschelbach* § 96 Rn. 24; SK-StPO/*Wohlers* § 96 Rn. 45; *Wohlers* StV 2014, 563 ff.

\*\*\* So z.B. LG Düsseldorf (5 KLS 4/14 - 40 Js 2049/11 Urteil v. 16.3.2016) in einem Fall, in dem Konfrontation im Prozess nicht stattfinden konnte, weil die entscheidenden Belastungszeugen von der StA kurz vor deren gerichtlicher Vernehmung unauffindbar aus deren Haft entlassen wurden; das Urteil ist nicht rechtskräftig

Eine Auswirkung der besonderen Vorsicht könnte allerdings darin bestehen, Verteidigungsvorbringen in Anwendung des Zweifelssatzes dann als zutreffend zu behandeln, wenn dessen Richtigkeit bei konfrontativer Befragung des gesperrten Zeugen hätte geprüft werden können.\* Im Rahmen der Beweiswürdigung unkonfrontierter V-Mann-Aussagen versucht die deutsche Rechtsprechung darüber hinaus, polizeiliche Überwachungspflichten anzumahnen und Defizite in die Gesamtbewertung mit einzubeziehen. Betont wird die Verpflichtung, V-Leute bestmöglich zu überwachen\*\* sowie deren Einsatz aktenkundig zu machen.\*\*\* Kontrollmechanismen durch Beweiswürdigung sind jedoch angesichts der Phänomenologie des V-Mann-Einsatzes „strukturell unbrauchbar“.\*\*\*\*

\* BGHSt 49, 112 ff, 122; *Meyer-Goßner/Schmitt* § 96 Rn. 10; *Wohlers* StV 2014, 567; kritisch *Mosbacher* JR 2004, 523 ff.

\*\* BGHSt 45, 321, 336.

\*\*\* BGH, NStZ 2014, 277, 281.

\*\*\*\* *Eschelbach/Wasserburg* FS Wolter, S. 883.

Alle Bemühungen um redliche richterliche Bewertungen vorliegender Beweisergebnisse ändern nichts an dem Ansatz der Beweiswürdigungslösung, letztlich die komplette Entbehrlichkeit des Konfrontationsrechts zu begründen. Substantiell geht es nicht um den Ausgleich verletzter Prozessrechte, sondern um die Legitimierung ihrer Abschaffung.

## a. Testfrage 4: War das Gesamtverfahren trotz fehlender Konfrontation noch fair?

### - overall fairness

Der Mittelpunkt aller Überlegungen des Gerichtshofs ist die „overall fairness“. Der bereits in der früheren Rechtsprechung betonte Ausgangspunkt, wonach das Konfrontationsrecht lediglich eine besondere Ausprägung des allgemeinen Fairnessgrundsatzes sei, wird in der neuen Linie zum vorgeblich logischen Ausgangspunkt genommen, um sich entscheidungserheblich der Gesamtbetrachtung zu widmen. Das neue System der Testfragen hat letztlich den Effekt, niemals einen einzigen Gesichtspunkt einer Beschwerde als tragendes Element akzeptieren zu müssen. Die Gesamtbetrachtung relativiert jeden einzelnen vorhergehenden Aspekt. Das Ausmaß der Verletzung des Konfrontationsrechts wird ebenso in Bezug zur Bedeutung des Beweismittels im



Gesamtgefüge genommen, wie die Anforderungen an die Kompensationsbemühungen sich an der Grundlage eines letztendlich nicht näher definierten Bildes des gesamten fairen Verfahrens orientieren. Eine bislang schon sehr undurchsichtige Rechtsprechung ist nunmehr für den Einzelfall unvorhersehbar geworden.

## - die eigenständige Straßburger Prüfung zur Zuverlässigkeit einer belastenden Beweissituation

Die qualitative Bedeutung der aktuellen Rechtsprechung des Gerichtshofs liegt auf einer anderen Ebene: Der Gerichtshof identifiziert die von ihm untersuchte Gesamtfairness des Verfahrens maßgeblich unter dem Gesichtspunkt, ob verantwortet werden könne, eine vollständig unkonfrontierte Zeugenaussage als ausreichend zuverlässiges Beweismittel einer strafrechtlichen Verurteilung zugrunde zu legen.\*

\* Den richterlichen Zuverlässigkeitseindruck abseits jeder Konfrontation hielt der Gerichtshof bereits im Fall Sievert ./ Deutschland v. 19.7.2012 für ausreichend: „67. Having regard to ... the evidence in support of G. and H.'s statements, the Court considers that the Regional Court was able to conduct a fair and proper assessment of the latter's reliability. Against this background, and viewing the fairness of the proceedings as a whole, the Court considers that, notwithstanding the handicaps under which the defence laboured, there were sufficient counterbalancing factors to conclude that the admission in evidence of G. and H.'s testimonies did not result in a breach of Article 6 § 1 read in conjunction with Article 6 § 3 (d) of the Convention.“

Gerade im Fall Al-Khawaja und Tahery scheute sich der Gerichtshof nicht, die abschließende Zuverlässigkeit einer nicht hinterfragten Zeugenaussage mit Beweisregeln des Common Law zu begründen. So hält es der Gerichtshof nicht für ausgeschlossen, dem englischen Recht zu folgen, wonach z.B. regelmäßig ein sterbender Zeuge – den Tod vor Augen – die Wahrheit spreche („dying declaration“). Ebenso wenig bezweifelt der Gerichtshof die Existenz von schriftlichen Zeugenaussagen, die aus sich heraus nachweislich zuverlässig seien („demonstrably reliable“). Der deutsche Betrachter ist verduzt, sollen doch hier ins Mittelalter verbannte Beweisregeln den entscheidenden Bewertungsstrang für die Kompensation eines verletzten Menschenrechts formen.

*Die für den Beschwerdeführer Al-Khawaja negative Entscheidung des Gerichtshofs stützte er beispielweise darauf, dass die nicht zu befragende einzige Zeugin dem Polizeiprotokoll ähnliche – wenn auch teils abweichende – Aussagen unmittelbar nach dem Geschehnis Dritten gegenüber gemacht habe und Herrn Al-Khawaja in einem Parallellfall eine ähnliche Tat tatsächlich nachgewiesen werden konnte. In derselben Entscheidung gab der Gerichtshof dem Beschwerdeführer Tahery allerdings Recht, dass sein Konfrontationsrecht konventionswidrig verletzt sei. Hier ließ sich der Gerichtshof ganz offensichtlich von der Tatsache leiten, dass der einzige Zeuge zwar behauptete, den Stich mit dem Messer durch den Beschwerdeführer wahrgenommen zu haben, das Opfer selbst dies allerdings nicht bestätigen konnte. Es war gerade die Besonderheit dieser Beweissituation, die letztlich die unkonfrontierte Aussage nicht als über jeden Zweifel erhaben zuverlässig erscheinen ließ.*

Es sind Beweiswürdigungselemente, die auch in den beiden nachfolgenden gegen Deutschland gerichteten Entscheidungen für den Gerichtshof maßgeblich waren. So gab der Gerichtshof der Beschwerde des deutschen Staatsbürgers Herrn Hümmer recht. Als Angeklagtem war ihm vorgeworfen worden, er habe im Haus seiner Eltern seine Schwester gewürgt und seinen Bruder mit einer Axt angegriffen. Hiervon war das Strafgericht überzeugt,

auch wenn wegen der Voraussetzungen des § 20 StGB eine strafrechtliche Verurteilung nicht erfolgte. Die Überzeugung stützte das Gericht auf die im Ermittlungsverfahren erfolgte richterliche Vernehmung seines Bruders, seiner Schwester und seiner Mutter. Bei dieser richterlichen Vernehmung war kein Verteidiger anwesend, ein Verteidiger war auch nicht beigeordnet worden. In der Hauptverhandlung verweigerten die Verwandten die Aussage nach § 52 StPO, das Gericht stützte sich auf die Aussage des vernehmenden Ermittlungsrichters.

Der Gerichtshof stellte fest, dass andere Beweismittel, wie die später vom Bruder übergebene Axt, bestenfalls eine indirekte Unterstützung des Anklagevorwurfs bewirken konnten. Eine Konfrontation der belastenden Aussagen sei allerdings insbesondere deswegen angezeigt, weil die vorliegenden Aussagen zu einem gewissen Grad widersprüchlich oder zumindest inkohärent gewesen seien. Eine sich aufdrängende Zuverlässigkeit der Aussagen konnte der Gerichtshof auch deswegen nicht bescheinigen, weil zum einen die Zeugenaussagen erst drei Monate nach dem Vorfall erfolgten und durch einen weiteren Zeitablauf jedenfalls die offensichtliche Möglichkeit der drei Zeugen bestand, sich vor einer Aussage vor dem Ermittlungsrichter hinsichtlich ihrer Darlegungen abzusprechen. Eine zusätzliche Ungereimtheit entdeckte der Gerichtshof in dem - vom deutschen Landgericht nicht erwähnten - Faktum, dass es bei der Untersuchung des angeblichen Opfers, der Schwester des Beschwerdeführers, im Krankenhaus keinerlei Indizien für irgendwelche Verletzungen gab. Im Ergebnis ist der Gerichtshof entscheidend - sogar konträr zum deutschen Strafgericht - in eine Bewertung der Beweissituation eingetreten und hat sein Beweismittelwertigkeitsergebnis zum wesentlichen Anlass genommen, die fehlende Konfrontation als Konventionswidrigkeit zu brandmarken.

Ein konventionsrechtlich fundiertes Beweismittelwertigkeitssystem wird nicht formuliert. Bestimmungen von Beweiswert, Schlussfolgerungspotenzen oder objektive Wahrscheinlichkeitsüberlegungen bleiben im Dunkel. Frei agierende nationale Richter werden gemäßregelt von frei agierenden europäischen Richtern. Verlässt der Gerichtshof die feste Plattform juristischer Begrifflichkeiten und begibt sich auf das Glatteis einer individuellen Beweismittelwertigkeit, sind Unwägbarkeiten vorgezeichnet.

Die unterschiedlichen Bewertungen der EGMR-Richter der großen Kammer im Fall Schatschaschwili gegen Deutschland dokumentiert, zu welchen Differenzen im Ergebnis ein solcher Weg auch innerhalb des Gerichtshofs führen muss.

*Dem Beschwerdeführer Herr Schatschaschwili war in Deutschland vorgeworfen worden, mit einem Mittäter in Wohnungen von Prostituierten eingedrungen und diese beraubt zu haben. Unter Vorhalt von Waffen hätten die Täter jeweils die Prostituierten gezwungen, ihnen Bargeld und Mobiltelefone zu übergeben. Die betroffenen Frauen waren zunächst aus Angst bei einer Freundin eingezogen, hatten ihr von dem Überfall berichtet. Diese wandte sich an die Polizei. Es erfolgte eine richterliche Vernehmung der Prostituierten, bei der der über das Ermittlungsverfahren noch nicht informierte Beschuldigte nicht anwesend war; er wurde sogar ausdrücklich nach § 168c StPO ausgeschlossen. Nach der Aussage reisten die Zeuginnen in ihr Heimatland Lettland und konnten trotz eingehender Bemühungen der Strafkammer im Prozess selbst nicht vernommen werden. Die Strafkammer stützte sich auf die Aussagen des Ermittlungsrichters und verurteilte Herr Schatschaschwili zu einer Freiheitsstrafe von neun Jahren und sechs Monaten.*

Die Kammer der 5. Sektion des Gerichtshofes entschied am 17.04.2014 bei einem Abstimmungsverhältnis von 5 : 2, dass dieses Verfahren keine Verletzung des Konfrontationsrechts darstelle. Demgegenüber entschied die Große Kammer in der zweiten Instanz am 15.12.2015, dass eine Verletzung des Artikels 6 sehr wohl gegeben sei. Unter Betonung der Verschränkung aller Prüfungsschritte ineinander konzidierte die Große Kammer dem deutschen Strafgericht zwar ausreichende – wenn auch erfolglose – Bemühungen um die Realisierung einer Konfrontation in der Hauptverhandlung. Gleichzeitig wird allerdings kritisiert, dass – obwohl dies möglich und absehbar war – eine konfrontative Vernehmung durch die Verteidigung bereits beim Ermittlungsrichter nicht realisiert worden war. Auch die dem deutschen Strafgericht attestierte besonders vorsichtige Beweiswürdigung könne allerdings im vorliegenden Fall die fehlende Konfrontation deswegen nicht kompensieren, weil trotz aller weitergehenden Beweisanzeichen die Zeuginnen letztlich die einzigen ernsthaften Beweismittel zur Überführung des Beschwerdeführers gewesen seien. Entscheidend sei die Wichtigkeit dieser Zeugenaussagen („importance of the statements“) und damit das konkrete Beweiswürdigungsergebnis des Gerichtshofs, das ihn bei der Entscheidung der fehlenden Gesamtfairness leitete.

Der Kern der Vorgehensweise des Gerichtshofs wird in der abweichenden Meinung der überstimmten Richter, unter anderem auch der deutschen Richterin, deutlich. Deren Überzeugung von der Fairness des Gesamtverfahrens trotz fehlender Konfrontation läuft allein auf die Überlegung hinaus, dass das gesamte Beweisergebnis ausreichend zuverlässig sei, um den Beschwerdeführer für schuldig zu erachten. Maßgeblich seien im konkreten Fall die sehr starken direkten und zuverlässigen technischen Erkenntnisse, die die Ermittlungen erbracht hatten. Die Überwachung zweier Mobiltelefone habe eindeutig ergeben, dass der Beschwerdeführer an dem Geschehen in der Wohnung der Prostituierten beteiligt gewesen sei. Während die Mehrheitsmeinung der Großen Kammer sich auf die Einschätzung des deutschen Strafgerichts stützte, dass die beiden Frauen „die maßgeblichen Belastungszeuginnen“ seien und sowohl Inhalte von abgehörten Telefonaten und GPS-Daten an dem Fahrzeug des Beschwerdeführers allenfalls als die äußeren Umstände betreffende technische Erkenntnisse bewertet wissen wollte, geben die Richter in ihrer abweichenden Meinung diesen Indizien ein derartiges Gewicht, dass sie von einer zuverlässigen Beweislage ausgehen, die eine Konfrontation als entbehrlich erscheinen lässt.

Die Diskussion zeigt, dass das richterliche Ringen um den Gehalt eines Prozessgrundrechts degeneriert ist zu außerhalb jeder juristischen Kategorie angesiedelten Zuverlässigkeitseinschätzungen von Beweisführungen.\*

\* Ungeschminkt noch jüngst formuliert bei *Poletan and Azirovik v. The former Yugoslav Republic of Macedonia* v. 12.5.2016, § 82: „The question in each case is whether there are sufficient counterbalancing factors in place, including measures that permit a fair and proper assessment of the reliability of that evidence to take place. This would permit a conviction to be based on such evidence only if it is sufficiently reliable given its importance to the case.“

## 6. Die Aussichten der Konfrontation im europäischen Strafprozess des 21. Jahrhunderts

Ein Menschenrecht steht zur Disposition. Papst Franziskus wunderte sich vor einigen Tagen in seiner Rede zum Karlspreis: "Was ist mit dir los, humanistisches Europa, du Verfechterin der Menschenrechte, der Demokratie und der Freiheit?" Man möchte als Strafrechtler hinzufügen:

Was ist los Europa mit deiner Idee, Menschenrechte gegen die Gefahr willkürlicher richterlicher Entscheidungen im Strafprozess zu verankern?

Das Konfrontationsrecht entgeht nicht dem Zeitgeist. Verängstigte, Geschichtsvergessene, Sicherheitsbedürftige und gesellschaftspolitische Abenteuerer unterminieren seit langem das traditionelle Straf- und Strafprozessrecht, riskieren seinen Einsturz ohne zu wissen, was an seine Stelle zu setzen ist. Konzeptionelle Alternativen werden nicht geboten, weshalb bevorzugt kleinteilig Begriffsstrukturen ummodelliert werden. Der Umgang mit dem allseits pathetisch hochgehaltenen Menschenrecht des Angeklagten, seinen Belastungszeugen direkt zu befragen, wirkt in dieser Tendenz exemplarisch. Denn entgegen den menschenrechtlichen Wurzeln des Konfrontationsrechts sind europäische - und deutsche - Strafrichter bereit, sich zum einen ihre Urteilsgrundlagen maßgeblich von der Polizei präsentieren zu lassen und sich zum anderen den Kommunikationspflichten im eigenen Entscheidungsprozess zu entziehen.

Aktuell breitet die angeblich ausdifferenzierende Methode der inhaltlichen Erfassung des Konfrontationsrechts einen direkten Argumentationsteppich zu seiner faktischen Abschaffung aus. Die Äußerungen des EGMR und des BGH trüben vor Verständnis für Sorgen und Nöte polizeilichen Handelns - vom V-Mann bis zu vorschnell als zu behütendem Opfer erkannter Zeugen. Sie tragen im Strafprozess den Bedenken durch Einschränkung von Verteidigungsrechten Rechnung und lassen ihre richterliche Aufgabe im Stich, gesellschaftliches Vertrauen in Wahrheit und Gerechtigkeit der dritten Gewalt zu stärken, indem sie das zwangsläufig grobschlächtige, einseitige und fehleranfällige polizeiliche Ermittlungen durch fein ziseliertes prozessuales Agieren ersetzen.

Der Eindruck einer gegenteiligen Tendenz drängt sich auf, wenn ohne den Ansatz einer inhaltlichen Überprüfung Ermittlungsergebnisse übernommen werden und die Richterrolle sich nur noch darin erschöpft, diese Ergebnisse in einem inhaltsleeren gerichtlichen Ritual mit dem Purpur der Rechtsstaatlichkeit zu veredeln. Die dargestellte Rechtsprechungsentwicklung hat in diesem Kontext den Effekt, Polizeiarbeit mit flankierender juristischer Argumentation nahtlos in ein strafgerichtliches Urteil zu überführen. Weder der Richter noch der Angeklagte noch seine Verteidigung kommunizieren mit Tatzeugen. Wer das rechtsstaatliche Dogma der doppelten Beweisaufnahme aus vordergründig praktischen Erwägungen abschaffen will, wem eine richterliche Befragung des Zeugen nicht mehr von Wert erscheint, für den muss eine konfrontative Verteidigerbefragung erst recht als überflüssig gelten.

Wer bereit ist, dem den Beweisstoff gestaltenden Polizisten allein den entscheidenden Beweiswert bei einer strafrechtlichen Verurteilung zuzubilligen, eröffnet Formen gesellschaftlicher Sozialkontrolle, die die Demokratie längst überwunden glaubte. Wer bereit ist, das den Richter zwingend begleitende Qualitätskriterium der Konfrontation von diffusen richterlichen Abwägungsentscheidungen zur Zuverlässigkeit von Beweismitteln abhängig zu machen, lässt die Idee der Vermeidung von Fehlurteilen durch formalisierte Beteiligung der Verteidigung am Kommunikationsprozess mit dem Zeugen verrotten.

Wer dem Gericht durch Konfrontation vermittelte Verständnialternativen komplett entzieht, geht den bequemen, nicht den richtigen Weg. Wenn Effizienz der Maßstab für die Reform eines modernen Strafprozesses darstellt, hat der Gerichtshof für viele nationale Bemühungen ein neues Betonfundament gegossen. Ein Menschenrecht behütet er nicht.