

Fairness durch Konfrontation

Das konfrontative Fragerecht als Element eines fairen Strafverfahrens

Martin Salomon*

Der Beitrag befasst sich mit Problemen, die die Einräumung eines konfrontativen Fragerechts aufwirft. Ziel ist es aufzuzeigen, welche prozessualen Mechanismen zu dessen Sicherung existieren und wie eine faire Verfahrensgestaltung unter Berücksichtigung gegenläufiger Interessen aussehen könnte.

I. Einleitung

Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK gibt jedem Beschuldigten das Recht, einen Belastungszeugen¹ konfrontativ zu befragen. Dieses Recht versteht der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte als besondere Ausformung eines fairen Verfahrens.²

Der Gedanke eines fairen Verfahrens durch wehrhafte, konfrontative Parteien entstammt der angelsächsischen Rechtstradition, die ein adversatorisches Verfahrensmodell pflegt. Auch der EMRK, wenngleich sie kein Prozessmodell direkt fordert oder ausschließt,³ schwebt ein solcher Parteienprozess angelsächsischer Prägung vor.⁴ Die deutsche StPO, die durch den Amtsermittlungsgrundsatz geprägt wird und in erster Linie an der Wahrheitsfindung orientiert ist, kennt zwar auch Anwesenheits- und Fragerechte des Beschuldigten; diese sind für sich genommen jedoch deutlich weniger weitreichend als Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK.⁵ Bei der Integration eines solchen „Fremdkörpers“⁶ ergeben sich Friktionen entlang der Grenze zwischen dem Recht auf effektive Verteidigung und dem Amtsermittlungs- und Verfolgungsgrundsatz.

Obwohl das Konfrontationsrecht seiner Konzeption nach ein Verteidigungsrecht des Angeklagten darstellt, kann es gegen den Zeugen Angriffswirkung entfalten und tritt somit in Konkurrenz zu den ebenfalls durch die Konvention geschützten Rechten des Zeugen (Art. 2 Abs. 1 S. 1, 8 Abs. 1 EMRK). Darüber hinaus sind auch Berührungspunkte mit dem Unmittelbarkeitsgrundsatz etwa dann denkbar, wenn eine Aussage des Zeugen in der Hauptverhandlung nicht möglich ist, was zur Klärung der Frage führen muss, ob eine mittelbare Beweisführung zulässig ist. Diesen Problemen widmet sich der erste Teil des Beitrags (II). Dabei wird auch die Möglichkeit eines stärker partizipatorischen Vorverfahrens erörtert (III).

Anschließend sollen die Probleme beleuchtet werden, die sich in Zeiten zunehmender Mobilität über Landesgrenzen hinweg bei der Befragung von Auslandszeugen insbesondere hinsichtlich der Wahrung des Konfrontationsrechts stellen. Der internationale Bezug des Themas ermöglicht eine kritische Analyse der BGH-Rechtsprechung durch einen rechtsvergleichenden Blick in die Schweiz (IV).

Schließlich sollen die Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen das Gebot eines fai-

* Der Verfasser ist Studierender der Rechtswissenschaften an der LMU München.

1 Zum Begriff des Belastungszeugen: Esser, in: Löwe/Rosenberg, StPO, Bd. 11, 26. Aufl. 2012, Art. 6 Rn. 764.

2 EGMR, Sievert/Deutschland, No. 29881/07, Ziff. 58 = JR 2013, 170; EGMR, Haas/Deutschland, No. 73047/01, Ziff. 79 = NStZ 2007, 103 (104); EGMR, Schatschaschwili/Deutschland, No. 9154/10, Ziff. 62 = JR 2015, 95.

3 Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht, 6. Aufl. 2013, § 11 Rn. 74; Ambos, Internationales Strafrecht, 4. Aufl. 2014, § 10 Rn. 19.

4 Renzikowski, in: GS Keller, 2003, S. 210.

5 Walther, GA 2003, 204 (207); BGHSt 22, 289 (298) lehnt eine physische Gegenüberstellung beispielsweise ab (ohne die EMRK zu thematisieren).

6 Weigend, in: FS Wolter, 2013, S. 1145.

ren Strafverfahrens und speziell des Konfrontationsrechts dargestellt werden. Hierbei soll ausgehend von einer dogmatischen Untersuchung ein eigener Begründungsansatz entwickelt werden (V).

II. Wirksame Verteidigung – Eine Frage der Unmittelbarkeit?

1. Die Bedeutung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes für eine konfrontative Befragung

Der in § 250 StPO verankerte Unmittelbarkeitsgrundsatz rechtfertigt sich traditionell daraus, dass sich das Gericht einen unvermittelten Eindruck über die Beweise verschaffen kann, um eine verlässliche Urteilsgrundlage zu schaffen. Der Schutz des Beschuldigten ist dabei nicht das zentrale Anliegen.⁷ Wie zu zeigen sein wird, entfaltet er dennoch insbesondere im Hinblick auf die Wahrung seines konfrontativen Fragerechts auch für diesen Schutzwirkung.

Zur Beurteilung eines Zeugen muss es dem Richter grundsätzlich möglich sein, den Zeugen und dessen Reaktionen zu beobachten. Diese Notwendigkeit einer persönlichen, auch visuellen Interaktion zwischen Richter und Zeuge⁸ wird für so wichtig erachtet, dass in Rechtsprechung und Literatur ganz überwiegend ein Ausschluss von blinden Richtern in der Tatsacheninstanz angenommen wird.⁹ Führt man sich den Zweck eines konfrontativen Fragerechts vor Augen, wird klar, dass für dessen effektive Wahrnehmung die gleichen Maßstäbe, die für den Richter gelten, auch für den Beschuldigten gelten müssen.

Nach der traditionellen anglo-amerikanischen Auffassung dient das Konfrontationsrecht zur Validierung der Aussage.¹⁰ Indem der Beschuldigte einen Belastungszeugen unmittelbar selbst befragt, soll es ihm ermöglicht werden, dessen Glaubwürdigkeit auf die Probe zu stellen, auf Widersprüche in der Aussage hinzuweisen und damit deren Beweiswert in Zweifel zu ziehen.¹¹ Durch die Einräumung eines konfrontativen Fragerechts wird dem Beschuldigten somit ein Verteidigungsmittel an die Hand gegeben; daneben dient die Befragung jedoch auch der objektiven Wahr-

heitsfindung, indem sie eine von allen Seiten ausgeleuchtete Grundlage zur Beurteilung der Glaubwürdigkeit der Zeugetnaussage schafft.¹²

Auch wenn die Zielsetzung des Beschuldigten eine einseitige und damit eine grundlegend andere ist als die des Richters, ist seine Situation bei der Ausübung seines Fragerechts vergleichbar mit der des Richters bei einer Zeugenvernehmung. Beide wollen sich ein Bild über die Glaubwürdigkeit der getätigten Aussage machen. Deshalb muss es im Grundsatz auch beiden gleichermaßen möglich sein, die dafür erforderlichen Reaktionen des Zeugen akustisch und visuell wahrnehmen zu können.

Im Ergebnis zeigt sich, dass eine wirklich effektive Wahrnehmung des Konfrontationsrechts erst durch die Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme möglich wird, sodass die Wahrung der Unmittelbarkeit auch der Wahrung des Konfrontationsrechts des Beschuldigten dient.¹³

2. Einschränkungen des Unmittelbarkeitsgrundsatzes als Beeinträchtigung des Konfrontationsrechts?

Aus der dargestellten Schutzfunktion des Unmittelbarkeitsgrundsatzes für die Wahrung des Konfrontationsrechts folgt gleichzeitig, dass jede Einschränkung der Unmittelbarkeit auch die Gefahr birgt, die Ausübung des Konfrontationsrechts zu beeinträchtigen. Wie eingangs bereits erwähnt, können dem Konfrontationsrecht jedoch gegenläufige, gleichfalls schützenswerte Interessen von Opfern, Zeugen sowie das öffentliche Interesse an einer wirksamen Strafverfolgung gegenüber stehen, die eine Einschränkung der Unmittelbarkeit rechtfertigen können. Bei der Lösung dieser Interessenkonflikte sollte versucht werden, im Sinne praktischer Konkordanz beide Interessen bestmöglich zur Geltung zu bringen.

a) Prozessökonomie versus wirksame Verteidigung

Die Unerreichbarkeit des Zeugen kann gemäß § 251 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 1, 2 StPO zu einer Ersetzung der Zeugenvernehmung durch Protokollverlesung und damit zu einem Abweichen vom Unmittelbarkeitsgrundsatz führen. Unabhängig davon zulässig, weil den Unmittelbarkeitsgrundsatz nicht berührend, ist auch die Vernehmung der

7 Krüger, Unmittelbarkeit und materielles Recht, 2014, S. 62 bezeichnet den Beschuldigtenschutz als „Schutzreflex eines mehr objektiv ausgerichteten Elements“; Weigend, in: FS Eisenberg, 2009, S. 665 sieht lediglich einen „relativ lockeren Zusammenhang“; dem zustimmend: Schmitt, in: FS Rissing van Saan, 2011, S. 620.

8 Kölbl, NStZ 2005, 220 spricht plastisch von „face-to-face-Interaktion“.

9 BGHSt 35, 164; BVerfG, Beschl. v. 07.11.1989 – 2 BvR 467/89 – juris; BVerfG, NJW 2004, 2150; Wimmer, JZ 1953, 671; Schmidt, JZ 1970, 337 (340); Fezer, NStZ 1987, 335; ders., NStZ 1988, 375.

10 Ausf. zur US-amerikanischen Dogmatik eines Konfrontationsrechts: Weigend (Fn. 6), S. 1146 ff.

11 Esser, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht, 2002, S. 631; Wohlers, in: FS Trechsel, 2002, S. 816; Schmitt (Fn. 7), S. 618; Safferling, NStZ 2004, 181 (187); ders., NStZ 2006, 75 (78); Cornelius, NStZ 2008, 244 (247).

12 Zum zweigeteilten Verständnis des Konfrontationsrechts vgl. Weigend (Fn. 6), S. 1163 f.; vgl. außerdem: Guirao, in: FS Wolter, 2013, S. 843, der die Ausprägung als prozessuales Recht betont; noch deutlicher: Walther, GA 2003, 204 (220), die die Verbindung des Konfrontationsrechts mit dem Anspruch auf rechtliches Gehör hervorhebt, deren „tieferer letzter Grund“ nicht in der Wahrheitsfindung liege.

13 Radtke, GA 2012, 187 (198); Cornelius, NStZ 2008, 244 (248); Ganter, in: Graf (Hrsg.), StPO, 2. Aufl. 2012, § 250 Rn. 1; ausf. zur Schutzfunktion des Unmittelbarkeitsgrundsatzes für den Angeklagten: Krüger (Fn. 7), S. 56 ff.

Verhörsperson als Zeuge vom Hörensagen.¹⁴ In Konflikt mit dem Fragerecht des Beschuldigten gerät dies, wenn bei der fraglichen Vernehmung für die Verteidigung keine Möglichkeit zur Konfrontation bestand, und diese ihr auch im weiteren Verfahrensverlauf nicht eingeräumt wurde. Problematisch ist insbesondere, dass abgesehen von endgültigen Hindernissen (z.B. Tod des Zeugen) auch Konstellationen zur Annahme einer Unerreichbarkeit führen können, in denen ein Erscheinen vor Gericht zumindest theoretisch möglich wäre (vorübergehende Unauffindbarkeit, Krankheit etc.). Stehen einer Zeugenvernehmung Krankheit oder Gebrechlichkeit des Zeugen entgegen, besteht die Möglichkeit der kommissarischen Vernehmung (§ 223 Abs. 1 StPO). Ein solches Besuchsrecht wird auch für den Beschuldigten gefordert, wenn es sich um einen Belastungszeugen handelt.¹⁵ Dem ist mit Einschränkungen zuzustimmen. Wirkt sich das Leiden lediglich auf die Transportfähigkeit des Zeugen aus, ist ein Besuchsrecht ein probates Mittel zur Wahrung des Konfrontationsrechts. Geht die Gesundheitsgefährdung von der Vernehmung in der Hauptverhandlung aus,¹⁶ ist ein Besuchsrecht keine Alternative. Das gilt insbesondere, wenn die befürchtete Gefahr vom Beschuldigten selbst ausgeht.

b) Schweigerecht versus Fragerecht

Eine berechtigte Aussageverweigerung macht eine weitere Befragung unzulässig.¹⁷ Das bedeutet, dass ein Zeuge, der den Beschuldigten in einer früheren Aussage belastet hat, einer Konfrontation entgehen kann, indem er sich auf sein Verweigerungsrecht beruft. Zwar schließt § 252 StPO die Verwertung früherer Aussagen aus, wenn sich der Zeuge später auf sein Zeugnisverweigerungsrecht beruft, allerdings lässt der BGH eine Ausnahme für richterliche Vernehmung zu, weshalb richterliche Verhörprotokolle verlesen werden dürfen.¹⁸ Außerdem will die h.M. die Regelung des § 252 StPO nicht auf das Auskunftsverweigerungsrecht aus § 55 StPO erstrecken, weshalb hier eine Vernehmung der (auch nicht richterlichen) Verhörsperson zulässig sein soll.¹⁹ Begründet werden diese Ausnahmen damit, dass § 252 StPO nicht den Schutz des Beschuldigten bezwecke, sondern den Zeugnisverweigerungsberechtigten vor Interessenkonflikten schützen soll.²⁰ Das hat jedoch zur Folge, dass der wenigstens mittelbar bewirkte Schutz des Beschuldigten aufgeweicht wird. Wird nämlich statt des Belas-

tungszeugen die Verhörsperson befragt, wird der Aussageinhalt Teil der Beweiserhebung, ohne dass Gelegenheit zur Konfrontation bestand. Als Belastungszeuge befragt werden kann nur der Zeuge vom Hörensagen.²¹ Jedoch dürfte es dem Beschuldigten regelmäßig schwer fallen, dessen Glaubwürdigkeit in Frage zu stellen, da es sich hierbei um Polizeibeamte, Staatsanwälte und Richter handelt. Diese sind in Prozess- und Aussagesituationen erfahren und genießen bereits kraft ihres Amtes eine besondere Glaubwürdigkeit. Hinzu kommt, dass die Begründung der Ausnahmen nicht überzeugt. Die Sonderstellung richterlicher Vernehmungen beruht auf deren höherer Kreditibilität.²² Geht man jedoch davon aus, dass § 252 StPO das Recht des Zeugen zur Zeugnisverweigerung schützt, ist es unerheblich, wie integer die Verhörsperson ist. Es kommt nicht auf den Wahrheitsgehalt der Aussage an, sondern darauf, dass ein Zeugnisverweigerungsberechtigter seine Mitwirkung an der Strafverfolgung in jedem Verfahrensstadium effektiv verweigern kann.²³

Eine Lösung, die sowohl die Interessen des Zeugen, als auch die des Beschuldigten wahrt, gestaltet sich schwierig, da hier aufgrund der Berührungspunkte mit dem Nemo-tenetur-Grundsatz Zurückhaltung geboten ist. Möglicherweise ist eine Wahrung des Konfrontationsrechts durch eine moderate Einschränkung des Rechts aus § 55 StPO dennoch möglich, wenn man gleichzeitig dem Interesse des Zeugen am Schutz vor Strafverfolgung Rechnung trägt.

§ 55 StPO schützt den Zeugen davor, sich selbst der Gefahr einer strafrechtlichen Verfolgung auszusetzen. Die Berufung auf § 55 StPO ist jedoch unzulässig, wenn die Gefahr der Strafverfolgung sicher ausgeschlossen ist.²⁴ Da zur Begründung eines Auskunftsverweigerungsrechts bereits die Möglichkeit der Einleitung eines Strafverfahrens genügt,²⁵ muss bereits die Entstehung eines Anfangsverdachts verhindert werden.

Daraus ergibt sich folgende Überlegung: Der Zeuge kann sich unter Berücksichtigung des Konfrontationsrechts nicht auf § 55 StPO berufen. Das bedeutet, er bliebe gem. § 48 Abs. 2 S. 2 StPO zur Aussage verpflichtet. Gleichzeitig könnte man die Gefahr drohender Strafverfolgung dadurch bannen, dass man für seine Aussage ein umfassendes Beweisverwertungsverbot annimmt.

Trotz der bereits angesprochenen Bedenken lässt sich festhalten, dass die eben beschriebene Konstruktion aus Offenbarungsverpflichtung kombiniert mit einem strafverfahrensrechtlichen Beweisverwertungsverbot bereits in Gesetzesform existiert. Hierbei zu nennen sind § 97 InsO, sowie der relativ junge § 630c Abs. 2 BGB. Ein gesetzlich kodifiziertes Beweisverwertungsverbot für unter Verletzung

14 Volk/Engländer, Grundkurs StPO, 8. Aufl. 2013, § 18 Rn. 26, § 27 Rn. 28; BGHSt 17, 382 (384); BVerfG, NStZ 1991, 445; Überblick zur Rspr. zum Zeugen vom Hörensagen: *Detter*, NStZ 2003, 1 (2 ff.).

15 *Paeffgen*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar StPO, Bd. 10, 4. Aufl. 2012, Art. 6 Rn. 156.

16 BGHSt 51, 325 (328).

17 *Senge*, in: Hannich (Hrsg.), Karlsruher Kommentar StPO, 7. Aufl. 2013, § 52 Rn. 43.

18 BGH, NStZ 2012, 521; BGH, StV 2014, 717 ändert daran nichts.

19 BGHSt 17, 245; *Huber*, in: Graf (Hrsg.), StPO, 2. Aufl. 2012, § 55 Rn. 10 m.w.N.; a.A. *Kühne*, Strafprozessrecht, 8. Aufl. 2010, Rn. 943; *Geppert*, Jura 1988, 312.

20 *Ganter*, in: Graf (Hrsg.), StPO, 2. Aufl. 2012, § 252 Rn. 1; *König/Harrendorf*, in: Dölling/Duttge/Rössner (Hrsg.), Handkommentar Gesamtes Strafrecht, 3. Aufl. 2013, § 252 Rn. 2.

21 *Esser*, in: Löwe/Rosenberg, StPO, Bd. 11, Art. 6 Rn. 770 m.w.N.

22 BT-Drs. 15/1508, S. 26.

23 Zum Telos von § 252 vgl. *Rogall*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar StPO, Band I, 4. Aufl. 2013, § 55 Rn. 55.

24 BGHSt 9, 34; *Eschelbach*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), StPO, 2014, § 55 Rn. 10; *Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 58. Aufl. 2015, § 55 Rn. 8; *Beulke*, Strafprozessrecht, 12. Aufl. 2012, Rn. 195.

25 OLG Hamm, StraFo 1998, 119.

des Konfrontationsrechts zustande gekommene Aussagen wurde jüngst von einem Arbeitskreis deutscher und schweizerischer Strafrechtsprofessoren im Rahmen eines „Alternativentwurf-Beweisaufnahme“ vorgeschlagen.²⁶ Die dort angeregte Lösung möchte dem Beschuldigten diesen Schutz jedoch verwehren, wenn von diesem oder dessen Umfeld versucht wird, den Zeugen zu bedrohen.²⁷ Damit entfernt sich der Vorschlag von der Sichtweise, die eine Konfrontation für ein Element der Aussageanalyse und damit ein objektives Element der Wahrheitsfindung hält und geht von einem subjektiven Verteidigungsrecht des Angeklagten aus, das dieser durch sein Verhalten verwirken kann.

c) Zeugen- und Opferschutz versus Beschuldigtenschutz

In den letzten Jahrzehnten wurden die Rechte des Opfers im Strafprozess stetig ausgebaut.²⁸ Aus Sicht des Opferschutzes ist das begrüßenswert; die Verteidigung des Beschuldigten kann jedoch beeinträchtigt sein.²⁹

Die Informationsrechte (§§ 406d, 406e, 201 Abs. 2 S. 2 StPO) und das Recht, sich eines Anwalts zu bedienen (§ 68b StPO bzw. § 406f StPO), geben dem als Zeuge auftretenden Opfer die Möglichkeit, der Verteidigung vorbereitet und auf Augenhöhe zu begegnen und seine Rechte effektiv wahrzunehmen. Dazu gehört insbesondere die Zurückweisung unzulässiger Fragen (§ 68a StPO).³⁰ Dadurch wird es der Verteidigung zwar erschwert, den Zeugen mit überraschenden Fragen aus dem Konzept zu bringen und dessen Glaubwürdigkeit in Zweifel zu ziehen, jedoch sollte man sich darauf einigen, dass Fragen nach dem Familien-, Intim- und insbesondere Sexualleben – sofern sie mit der Tat oder dem Täter in keinem Zusammenhang stehen, sondern lediglich das Ziel verfolgen, den Zeugen als Person zu diskreditieren – nicht durch das Konfrontationsrecht gedeckt sind.³¹ Die Grundrechte des Zeugen dürfen nicht durch eine zu weite Interpretation des Konfrontationsrechts negiert werden.³²

Der BGH hat in einigen Fällen den zeugnisverweigerungsberechtigten Opfern die Möglichkeit zugestanden, eine Konfrontation in der Hauptverhandlung dadurch zu umgehen, dass sie die Aussage zwar verweigern, einer Verwertung ihrer früheren Aussage jedoch zustimmen.³³ Diese Rechtsprechung ist neben Zustimmung³⁴ vor allem auf Ablehnung gestossen.³⁵ Selbst der 3. Strafsenat des BGH hat

in der Vergangenheit ausdrücklich offen gelassen, ob er der Rechtsprechung der übrigen Senate in dieser Sache folgen möchte.³⁶ Eingewendet wird insbesondere, dass der Zeuge dadurch den Prozess an sich reiße und einer Konfrontation durch eine unzulässige Aufspaltung des Rechts aus § 52 StPO aus dem Weg gehen könne.

Die Konstruktion eines gespaltenen Zeugnisverweigerungsrechts ist dogmatisch sicher angreifbar, jedoch ist zu beachten, dass es sich bei den zitierten Entscheidungen um Härtefälle mit jeweils minderjährigen Opfern sexuellen Missbrauchs handelte, weshalb sich der BGH aus nachvollziehbaren Gründen des Opferschutzes zu diesem Schritt entschlossen hat. Gerade bei schambesetzten Delikten ist der Wunsch des Zeugen, nicht mit dem mutmaßlichen Täter konfrontiert zu werden, genauso nachvollziehbar wie das Interesse an dessen Überführung,³⁷ jedoch müssen diese Interessen das Interesse des Beschuldigten an der Wahrung seines Konfrontationsrechtes auch im konkreten Fall tatsächlich überwiegen. In Härtefällen, wie den eingangs zitierten Entscheidungen, ist ein Überwiegen regelmäßig zu bejahen. Bedenklich ist es dagegen, wenn der BGH erwachsenen Zeugen, die selbst nicht unmittelbare Opfer der angeklagten Straftat waren, ebenfalls zugesteht, die Verwertung ihrer früheren Aussagen – bei gleichzeitiger Zeugnisverweigerung – zu genehmigen.³⁸ Hier kann ein Überwiegen der Zeugenschutzinteressen in der Regel nicht angenommen werden, weshalb es eine unangemessene Beschränkung des Konfrontationsrechts darstellt, den Zeugen nicht in der Hauptverhandlung zu vernehmen, wenn bis dato keine Möglichkeit zur Konfrontation bestand. Auch ein verschärfter Maßstab bei der Beweiswürdigung³⁹ vermag das nicht hinreichend auszugleichen. Die Beweiswürdigungslösung ist nur dann ein hinreichender Ausgleich, wenn eine Konfrontation nicht möglich ist oder aus berechtigten Gründen unterbleiben darf. Sie vermag nicht grundsätzlich das Erfordernis der unmittelbaren Beweisaufnahme außer Kraft zu setzen, da der unmittelbare Eindruck des Zeugen in der Vernehmungssituation – in den Worten von Schmitt – eine „wesentliche Sicherung vor Fehlurteilen“⁴⁰ darstellt.

Im Übrigen bieten die vorhandenen gesetzlichen Regelungen hinreichend Möglichkeiten, den Zeugen zu schützen. Es kann eine Videovernehmung gemäß § 58b StPO, und für den Fall, dass auch diese Maßnahme keinen ausreichenden Zeugenschutz gewährleistet, eine kommissarische Vernehmung durchgeführt werden. Dies schützt den Zeugen vor einer direkten Konfrontation und garantiert gleichzeitig, dass der Richter sich einen unvermittelten Eindruck von dem Zeugen verschaffen kann. Es ist auch zu prüfen, ob dem Zeugen – als eine Art „Minimallösung“ – ein schrift-

26 Eser/Frister/Roxin/Schöch u.a. (Arbeitskreis Alternativentwurf), GA 2014, 1.

27 Arbeitskreis Alternativentwurf, GA 2014, 1 (12).

28 Überblick bei: Schroth, NJW 2009, 2916.

29 Sehr kritisch deshalb: Schünemann, StV 1998, 391 (392 f.).

30 Ausf. Schöch, in: FS Wolter, 2013, S. 1098 ff.

31 Ebenso: Schöch, in: FS Riess, 2002, S. 523.

32 Zur gegenläufigen Praxis: Sommer, StraFo 2010, 102 (104).

33 BGHSt 45, 203; 596; BGH, NStZ 2007, 652; BGHSt 57, 254.

34 Ranft, NJW 2001, 1305; ders., NJW 2001, 3761; Sander/Cirener, in: Löwe/Rosenberg, StPO, Band 6/1, 26. Aufl. 2009, § 252 Rn. 22.

35 Roxin, in: FS Riess, 2002, S. 455; Schädlér, StraFo 2008, 229; Fezer, JR 2000, 341; ebenfalls kritisch: Schmitt, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 58. Aufl. 2015, § 252 Rn. 16b; ders., NStZ 2013, 213; Fezer, JR 2000, 341; Vogel, StV 2003, 598; Kraatz, JA 2014, 773 (774 f.).

36 BGH, NJW 2003, 2692 (2693); BGH, NJW 2004, 1605 (1606).

37 Mosbacher, JuS 2013, 131.

38 BGH, NStZ 2007, 712.

39 Zur Rechtsprechung des BGH zu den Rechtsfolgen einer Missachtung von Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK siehe unten V.2.

40 Schmitt, NStZ 2013, 213 (214).

licher Fragenkatalog vorgelegt werden kann,⁴¹ oder ob es bereits ausreicht, den Angeklagten gemäß § 247 StPO vorübergehend zu entfernen.⁴²

III. Die Forderung nach einem partizipatorischen Vorverfahren

Um zu verhindern, dass Beweise, die im Vorfeld mühsam gesammelt wurden, in der Hauptverhandlung wertlos werden, muss versucht werden, Aussagen bereits im Vorverfahren hinreichend zu validieren. Zu diesem Zweck wurde angeregt, die Mitwirkungsrechte des Beschuldigten im Vorverfahren auszuweiten.⁴³

Gegen ein solches partizipatorisches Vorverfahren wird allerdings vorgetragen, dass eine effektive Verteidigung zu einem solch frühen Zeitpunkt nicht zu leisten sei. Vielmehr sei eine „Verteidigung zur Unzeit“ für den Beschuldigten überaus gefährlich, da Fehler, die später nicht mehr ausgeglichen werden könnten, hier „vorprogrammiert“ seien.⁴⁴ Dieser Einwand ist berechtigt und muss ebenso berücksichtigt werden wie die Funktionsfähigkeit der Ermittlungsbehörden. Die bereits vorhandenen Mitwirkungsrechte sollten zunächst konsequent angewandt werden. Dennoch kann eine Ausweitung der Beschuldigtenrechte im Vorverfahren sinnvoll sein, wenn diese mit Augenmaß geschieht, die Hauptverhandlung nicht vorwegnimmt und wenn andernfalls ein Beweisverlust oder eine schwere Beeinträchtigung der Verteidigungsrechte zu befürchten wäre. Ein möglicher Forderungskatalog für ein stärker partizipatorisches Vorverfahren könnte deshalb wie folgt aussehen:

(1) Eine Ausschließung des Beschuldigten gemäß § 168c Abs. 3 StPO darf bei der Vernehmung von Zeugen, bei denen zu befürchten ist, dass sie in der Hauptverhandlung nicht mehr vernommen werden können, nur erfolgen, wenn seinem Verteidiger weiterhin die Anwesenheit gestattet ist. Gegebenenfalls ist ein Verteidiger zu bestellen. Das Ermessen der Staatsanwaltschaft (§ 141 Abs. 3 S. 1 StPO) ist dann auf Null reduziert.

(2) Ist abzusehen, dass eine Konfrontation in der Hauptverhandlung nicht mehr möglich sein wird, ist dem Beschuldigten bereits im Vorverfahren ein Verteidiger zur Seite zu stellen.⁴⁵

(3) Ist ein Ausschluss des Beschuldigten (§ 168c Abs. 3 StPO) geboten und zulässig, ist dem Beschuldigten ein Verteidiger zu bestellen, um sein Fragerecht stellvertretend auszuüben.⁴⁶

(4) Da dem Beschuldigten zwar bei richterlichen Ver-

nehmungen, nicht jedoch bei Vernehmungen durch Polizei oder Staatsanwaltschaft, ein Anwesenheitsrecht zusteht, muss zur Wahrung des Konfrontationsrechts im Zweifel eine richterliche Vernehmung stattfinden. Das Argument, dass eine richterliche Vernehmung mit den Garantien des § 168c Abs. 2 StPO in diesem Verfahrensstadium oft nicht möglich sei,⁴⁷ kann nicht überzeugen. Verfahrensgarantien sollen gerade verhindern, dass Beschuldigtenrechte reinen Praktikabilitätsabwägungen geopfert werden. Ob die Einräumung eines Anwesenheitsrechts bei staatsanwaltschaftlichen Vernehmungen eine Alternative darstellt, wird vom Gesetzgeber, mit Blick auf eine zu erwartende Mehrbelastung, zu entscheiden sein.

(5) Ein Auskunftsverweigerungsrecht des Zeugen (§ 55 StPO) stellt einen Grund zur Beantragung einer richterlichen Vernehmung dar.

Der BGH sieht das anders und verweist darauf, dass dem Zeugen bereits im Vorverfahren ein Verweigerungsrecht zusteht.⁴⁸ Das geht an dem eigentlichen Problem vorbei. Durch eine frühzeitige Beteiligung des Beschuldigten soll verhindert werden, dass Aussagen, die im Vorverfahren ohne Konfrontationsmöglichkeit entstehen, später mittelbar in die Hauptverhandlung eingeführt werden. Beruft sich der Zeuge im Vorverfahren bereits auf sein Auskunftsverweigerungsrecht, entsteht das Problem gar nicht, da es gar nicht zu einer Aussage kommt, die später mittelbar eingeführt werden könnte.

IV. Probleme bei der Vernehmung von Auslandszeugen

1. Problemaufriss

Ein Sonderproblem ergibt sich, wenn der Zeuge sich im Ausland aufhält und ein Erscheinen vor Gericht ablehnt. Mangels Hoheitsgewalt ist sein Erscheinen durch die deutsche Justiz nicht erzwingbar. Handelt es sich bei dem Staat, in dem sich der Zeuge aufhält, um einen Unterzeichnerstaat des Europäischen Übereinkommens über die Rechtshilfe in Strafsachen des Europarates vom 20.04.1959, verbietet ihm Art. 8 des Abkommens, den Zeugen hierfür zu bestrafen oder Zwangsmittel anzuwenden. Zur Ermöglichung einer Aussage im Gerichtssaal kann die Justiz lediglich freies Geleit zusichern und eine audiovisuelle Vernehmung (§ 247a S. 1 Hs. 2 StPO) anbieten. Ansonsten ist sie auf die Möglichkeit der Vernehmung im Wege der Rechtshilfe angewiesen. Grundsätzlich stehen zumindest richterliche ausländische Vernehmungsprotokolle deutschen Verhörprotokollen gleich, wenn ihnen eine vergleichbare Beweisfunktion zukommt, die im Ausland geltenden Vorschriften eingehalten wurden, und diese ein vergleichsweises Schutzniveau für den Beschuldigten garantieren.⁴⁹ Werden bei einer solchen Vernehmung die Beschuldigtenrechte nach deutscher

41 A.A. Ambos (Fn. 3), § 10 Rn. 39; ders., NStZ 2003, 16.

42 Esser (Fn. 21), Art. 6 Rn. 781; einzig eine Video-Simultanvernehmung für möglich haltend: Schleiminger, Konfrontation im Strafprozess, 2001, S. 318 ff.

43 Beulke, in: FS Riess, 2002, S. 4; Ambos, ZStW 115, 583 (617 ff.); ebenfalls für eine möglichst frühe Beteiligung: Schleiminger (Fn. 42), S. 291.

44 Walther, GA 2003, 204 (225); ausf. zur Kritik: Salditt, StV 2001, 311.

45 BGH, NJW 2000, 3505.

46 BGHSt 46, 93 (99); Schmitt (Fn. 7), S. 630.

47 BGH, NStZ-RR 2005, 321 (322).

48 BGH, NStZ-RR 2005, 321 (322).

49 Kudlich/Schuh, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), StPO, 2014, § 251 Rn. 31; krit. Böse, ZStW 114, 148 (151).

Rechtslage nicht hinreichend beachtet, stellt sich die Frage nach deren Verwertbarkeit. Für die Zwecke dieses Beitrags ist hierbei v.a. die Wahrung des Konfrontationsrechts von Bedeutung.

2. Rechtsprechung des BGH

Folgenden Fall hatte der 2. Strafsenat des BGH zu entscheiden:

Der Angeklagte war vom Landgericht Darmstadt wegen eines in der Türkei begangenen gemeinschaftlichen Mordes zu einer lebenslangen Freiheitsstrafe verurteilt worden. Die Beweisgrundlage bildeten Angaben von Zeugen, die in der Türkei im Wege der Rechtshilfe vernommen worden waren. Bei den fraglichen Vernehmungen waren, neben zwei deutschen Berufsrichtern, auch der sachbearbeitende Staatsanwalt, nicht aber der Angeklagte oder dessen Verteidiger anwesend. Der Verteidigung war auch zu keinem anderen Verfahrenszeitpunkt eine Befragung der Zeugen möglich. Diese Vorgehensweise war nach türkischem Recht zulässig. Die Zeugenaussagen wurden gemäß § 251 Abs. 1 Nr. 2 StPO in der Hauptverhandlung verlesen.⁵⁰

Der BGH hält diese Vorgehensweise des Landgerichts für rechtsfehlerfrei. Eine Verletzung von Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK liege nicht vor, da die deutsche Justiz sich das Verhalten der türkischen Behörden nicht zurechnen lassen müsse.⁵¹ In anderen Fällen gelangt der BGH zum gegenteiligen Ergebnis. So hat der 5. Strafsenat in einer Entscheidung drei Jahre zuvor entschieden, dass die Aussage eines Angeklagten, der im Wege der Rechtshilfe in Frankreich vernommen worden war, unverwertbar sei, da der Verteidiger – nach französischem Recht zulässig – von der Vernehmung nicht benachrichtigt worden war.⁵² Dabei stellte der BGH fest, dass bei einer Vernehmung im Wege der Rechtshilfe ausschließlich deutsches Recht gelte.⁵³ Zum selben Ergebnis gelangt der 1. Strafsenat in einer jüngeren Entscheidung.⁵⁴

Als Grundlage dieser Ungleichbehandlung sieht der BGH offenbar die Unterschiede zwischen den rechtshilfegebährenden Staaten, insbesondere deren Zugehörigkeit zur EU. Während im Ausgangsfall der Nicht-EU-Staat Türkei die Vernehmung durchführte, handelte es sich in den beiden anderen Fällen um Mitgliedstaaten der EU (Frankreich/Tschechien). Zwischen EU-Staaten gilt das Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen zwischen den Mitgliedsstaaten der EU vom 29.05.2000 (EURhÜbk). Gemäß Art. 4 Abs. 1 EURhÜbk erfolgt die Erledigung von Rechtshilfeersuchen nach dem Recht des ersuchenden Staates. Die Türkei ist kein Unionsstaat, sie hat jedoch das weiter oben bereits genannte Europäische Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen des Europarates vom 20.04.1959

unterzeichnet. Hierin heißt es in Art. 3 Abs. 1, dass – anders als im EURhÜbk – die Rechtshilfe nach den Formvorschriften des ersuchten Staates stattfindet. Art. 8 des 2. Zusatzprotokolls sähe zwar eine Erledigung unter Anwendung der Formvorschriften des ersuchenden Staates vor, sofern diese den Grundprinzipien der Rechtsordnung des ersuchten Staates nicht widersprechen, jedoch weist der BGH – formal korrekt – darauf hin, dass die Türkei das 2. Zusatzprotokoll nie ratifiziert hat.⁵⁵ Das mag formal richtig sein, kann jedoch mit Blick auf die in Rede stehende Rechtsfrage nicht überzeugen. Folgt man dem BGH, muss man festhalten, dass nur Länder, die Mitglied der EU sind, oder die das 2. Zusatzprotokoll des Europäischen Rechtshilfeübereinkommens unterzeichnet haben, eine Zeugenbefragung gewährleisten müssen, die deutschen Maßstäben genügt.

In der völkerrechtlichen Beziehung der Staaten untereinander ist daran nicht zu zweifeln. Die Folgen, die der BGH daraus für das Beweisrecht ableitet, sind jedoch bedenklich. Demnach sind Aussagen verwertbar, sofern der Staat, der die Vernehmung durchführt, dabei seine völkerrechtlichen Verpflichtungen gegenüber Deutschland einhält. Dass dieses Ergebnis nicht richtig sein kann, wird deutlich, wenn man den Gedanken konsequent und nur auf das soeben herausgearbeitete Differenzierungskriterium verengt an einem anderen Beispiel fortführt. Angenommen ein Staat ohne völkerrechtliche Verbindungen zur BRD erlaubte Folter als Verhörmethode. Dann wäre, dem völkervertraglichen Gedanken folgend, eine durch Folter erzwungene Aussage in Deutschland verwertbar. Das (gewiss überspitzte) Beispiel zeigt deutlich: Stellt man für die Verwertbarkeit von Aussagen, die im Wege der Rechtshilfe gewonnen werden, darauf ab, ob der ersuchte Staat dabei seine völkervertraglichen Pflichten erfüllt, hinge es vom Zufall ab, ob die Beschuldigtenrechte gewahrt würden. Ein deutsches Gericht, das an Recht und Gesetz gebunden ist, darf eine Rechtsverletzung nicht sehenden Auges vertiefen, indem es nicht gemäß den deutschen Beweisverwertungsregeln darauf reagiert. Auch dürfen sich die Strafverfolgungsbehörden nicht den Bestimmungen der EMRK entziehen, indem sie die Verantwortung auf andere Staaten auslagern.⁵⁶

3. Rechtsprechung in der Schweiz

Dass eine andere Sichtweise möglich ist, zeigt ein Blick in die Schweiz. Das BG Zürich hatte folgenden Fall zu entscheiden:

In einem Verfahren sollten die Aussagen der mutmaßlichen Opfer als Beweis zugelassen werden. Diese entstanden in Vernehmungen durch ungarische Behörden, bei denen der ermittelnden Staatsanwältin, nicht aber den Angeklagten oder deren Anwälten, die Anwesenheit gestattet war. Dieses Vorgehen war nach ungarischem Recht zulässig.⁵⁷

50 Verkürzt BGH, NJW 2010, 2224; weitere Darstellungen finden sich u.a. bei Zöller, ZJS 2010, 441; Gless, in: FS Wolter, 2013, S. 1362 f.

51 BGH, NJW 2010, 2224 (2225).

52 BGH, StV 2007, 627.

53 BGH, StV 2007, 627.

54 BGHSt 58, 32.

55 BGH, NJW 2010, 2224.

56 Klargestellt durch EGMR, *Stojkovic/Frankreich*, No. 25303/08 Ziff. 55 = NJW 2012, 3709 (3711 f.); ebenso: *Esser/Gaede/Tsambikakis*, NStZ 2012, 619 (623); *Ambos* (Fn. 3), § 10 Rn. 43; ähnlich: *Sommer*, StraFo 2010, 284.

57 Dem Sachverhalt zugrunde liegt: Bezirksgericht Zürich vom

Die Frage, über die das Gericht zu entscheiden hatte, entsprach also derjenigen, die sich auch dem BGH gestellt hatte. Das Gericht kam zu dem Ergebnis, dass die Aussage unverwertbar sei, mit der Begründung, dass jedes Gericht, unabhängig von der Beweiserhebung, jedenfalls für die Beweisverwertung nach innerstaatlichem Recht verantwortlich sei.⁵⁸ Damit liegt das Bezirksgericht auf einer Linie mit dem Schweizer Bundesgericht, das klargestellt hat, dass es für die Beweisverwertung unerheblich ist, ob die Beweise aus dem In- oder Ausland stammen.⁵⁹

4. Stellungnahme

Indem man auf das Recht des die Beweise verwertenden Landes abstellt (lex-fori-Prinzip)⁶⁰, ist sichergestellt, dass die nationalen Beschuldigtenrechte gewahrt bleiben. Andererseits kann ein ganzes Strafverfahren kippen, wenn die Aussage den zentralen Beweis des Verfahrens bildet. Jedoch weist Gless zu Recht darauf hin, dass dies durch die vorzunehmende Gesamtwürdigung des Verfahrens (dazu gleich unter V.2.) regelmäßig ausgeglichen werden könne.⁶¹ Im Ergebnis darf das Gericht eine Verletzung des Konfrontationsrechts durch ausländische Behörden bei der Bewertung der Verfahrensfairness nicht anders behandeln als die gleiche Verletzung durch inländische Behörden. Deshalb kann eine Vernehmung, die nach dem Recht des ersuchten Staates rechtmäßig erfolgte, zur Unverwertbarkeit der Aussage in Deutschland führen, wenn derselbe Verstoß einer deutschen Behörde ebenfalls ein Beweisverwertungsverbot begründen würde.

V. Die Frage nach der richtigen Reaktion auf mangelnde Fairness im Strafverfahren

Der BGH hat aus der Verletzung der Verfahrensfairness verschiedene Folgen abgeleitet. So folgerte er beispielsweise – auf Grundlage einer Abwägungslösung⁶² – aus der Verletzung des Fair-trial-Grundsatzes ein Verwertungsverbot für unfair erhobene Beweise,⁶³ oder berücksichtigte die mangelnde Verfahrensfairness bei der Strafzumessung bzw. der Strafvollstreckung.⁶⁴ In extremen Fällen hat er mittlerweile auch die Möglichkeit eines Verfahrenshindernisses anerkannt.⁶⁵ Nach welchen Kriterien die Festsetzung der

26.11.2008, DG070656/U; teilweise abgedruckt in: *forum* 2010, 35; vgl. auch die Darstellung bei Gless (Fn. 50), S. 1363 f.

58 *Bezirksgericht Zürich* vom 26.11.2008, DG070656/U, 1.4.

59 BGer (CH), IStR 2012, 774.

60 Gless, ZStW 125, 573 ff.

61 Gless (Fn. 50), S. 1368.

62 Vgl. dazu: *Ambos* (Fn. 3), § 10 Rn. 41.

63 BGHSt 53, 294.

64 Zur Strafzumessungslösung: BGHSt 24, 239; 32, 345 (348 ff.); 46, 93 (100); *Valerius*, in: Graf (Hrsg.), StPO, 2. Aufl. 2012, Art. 6 Rn. 17; zur Vollstreckungslösung: BGHSt 52, 124, m. Anm. *Gaede*, JZ 2008, 422.

65 *Pfeiffer/Miebach*, NStZ 1987, 16 Nr. 20; im Anschluss an BVerfG, NJW 1984, 967; BGHSt 35, 137 (140); 46, 159; ausf. *I. Roxin*, Die Rechtsfolgen schwerwiegender Rechtsstaatsverstöße in der Strafrechtspflege, 4. Aufl. 2004, S. 230 ff.; zu Recht kritisch: *Volk/Engländer* (Fn. 14), § 14 Rn. 24 ff.

Rechtsfolge erfolgt, bleibt mit Blick auf höchstrichterliche Rechtsprechung undurchsichtig.

1. Allgemeine Überlegungen auf Basis der Fair-Trial-Dogmatik

Bei der Bestimmung der Rechtsfolge ist zunächst zu differenzieren, ob ein Fairnessverstoß auf Ebene der Beweiserhebung vorliegt, oder ob das Verfahren aus anderen Gründen unfair ist. Hintergrund dieser Differenzierung ist die Überlegung, dass eine angemessene Rechtsfolge auf derselben Ebene eingreifen muss, auf der zuvor ein Fairnessdefizit festgestellt worden ist. Dies ergibt sich aus der Natur des Fair-trial-Prinzips.

Das Fair-trial-Prinzip, das seine Verankerung neben der EMRK im deutschen Rechtsstaatsprinzip hat,⁶⁶ schützt den Einzelnen vor der faktischen Übermacht des Staates. Es soll ein einseitig geführtes Verfahren verhindern.⁶⁷ Begreift man das Wort Fairness wörtlich, bedeutet es Gerechtigkeit. Es geht, bildlich gesprochen, um die Tarierung einer Waage mit dem staatlichen Straf- und Verfolgungsanspruch in der einen sowie den individualschützenden Verteidigungsrechten des Beschuldigten in der anderen Schale. Gerät die Waage durch unfaire Verfahrensführung der Behörden aus dem Gleichgewicht, ist es Aufgabe der Gerichte, diese wieder ins Gleichgewicht zu bringen.

Dass die Herstellung von Gleichgewicht im Sinne von Gerechtigkeit nur durch eine differenzierte Behandlung nach Art der Verletzung erreicht werden kann, zeigen zwei unterschiedlich gelagerte Fälle eines unfairen Verfahrens. Wird ein Verfahren übermäßig verzögert, sagt dies nichts darüber aus, ob einseitig und voreingenommen ermittelt wurde. Die erhobenen Beweise sind allein aufgrund der Verfahrensdauer nicht bemakelt. Es wäre jedoch ungerecht, den Beschuldigten anschließend zu einer hohen Strafe zu verurteilen, ohne zu berücksichtigen, dass er bereits durch die Belastungen des Verfahrens eine faktische Bestrafung erlitten hat. Werden dagegen Beweise unter Missachtung elementarer Beschuldigtenrechte gewonnen, handelt es sich um eine unfaire Beweiserhebung, da Beschuldigtenrechte einseitig zu Gunsten einer effizienten Strafrechtspflege geopfert werden. Hier ist es zulässig, diese unrechtmäßig gewonnenen Beweise zum Gegenstand der Rechtsfolge zu machen.

2. Folgen für Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK

Vor diesem Hintergrund erscheint es konsequent, dass sich der BGH in Fällen, in denen speziell das Recht aus Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK missachtet wurde, welches ein Teilhaberecht des Beschuldigten auf Ebene der Beweiserhebung darstellt, für eine Rechtsfolge entschieden hat, die beim Umgang mit den entsprechend gewonnenen Beweismitteln in Form von unkonfrontierten Aussagen ansetzt. Der BGH betont dabei jedoch, dass allein aus dem Umstand, dass keine Möglichkeit zur Konfrontation bestand, nicht zwingend

66 BVerfG, NJW 2010, 925; *Beulke* (Fn. 43), S. 6; *Günther*, in: FS Widmaier, 2008, S. 255; *Volk/Engländer* (Fn. 14), § 18 Rn. 9.

67 Vgl. *Volk/Engländer* (Fn. 14), § 18 Rn. 9.

ein Verstoß gegen das Gebot der Verfahrensfairness folge.⁶⁸ Diese sieht der BGH erst dann verletzt, wenn das Verfahren in seiner Gesamtheit nicht mehr als fair erachtet werden könne. Dazu nimmt der BGH eine Gesamtschau des Verfahrens vor. Dabei sei insbesondere entscheidend, ob zu einem anderen Zeitpunkt die Möglichkeit einer Befragung bestand oder die Verletzung von Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK anderweitig kompensiert wurde. Mit dieser Rechtsprechung bewegt sich der BGH auf einer Linie mit dem EGMR.⁶⁹ Auch bei der Rechtsfolge orientiert er sich an der Rechtsprechung des Gerichtshofs, indem er ein pauschales Beweisverwertungsverbot für unkonfrontierte Aussagen ablehnt und lediglich eine vorsichtige Beweiswürdigung anmahnt. Allerdings hält der BGH eine unkonfrontiert gebliebene Aussage nicht für belastbar genug, um ein Urteil alleine zu tragen, sodass er fordert, dass deren Inhalt durch andere gewichtige Gesichtspunkte außerhalb der Aussage gestützt werden müsse.⁷⁰ Auch dieses Vorgehen lässt sich inhaltlich an Urteilspassagen des EGMR festmachen,⁷¹ jedoch anders als die inhaltlichen Vorgaben zu Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK nicht damit begründen. Denn dem EGMR kommt zwar die Auslegungshoheit über den materiellen Gehalt des Konventionstextes zu,⁷² Fragen des Beweisrechts sind jedoch ausschließlich Sache der nationalen Rechtsordnung⁷³ und bedürfen daher einer eigenständigen Begründung.

Diese weiche und weitestgehend am Einzelfall orientierte Beweiswürdigungslösung des BGH ist im Schrifttum vielfach auf Kritik gestoßen.⁷⁴ Bemängelt wird insbesondere ein hohes Maß an Rechtsunsicherheit sowie negative Folgen für die Revision. Das Beweisergebnis obliege der Beliebigkeit des Tatrichters,⁷⁵ der nur reversionssicher formulieren

müsse.⁷⁶ Außerdem bleibe die schuldhaft Verletzung eines Prozessgrundrechts sanktionslos.⁷⁷ Gefordert wird stattdessen ein Beweisverwertungsverbot für unkonfrontierte Aussagen.⁷⁸

Die Kritik ist zum Teil berechtigt, insgesamt jedoch überzogen. Einerseits ergeben sich für eine Revision des Angeklagten tatsächlich Nachteile. Indem der BGH eine unterbliebene Konfrontation als Element der Beweiswürdigung einstuft, ist nämlich gegen ein so zustande gekommenes Urteil die Sachrüge, anstatt der eigentlich näherliegenden Verfahrensrüge statthaft.⁷⁹ Im Gegensatz zu Verfahrensfehlern sind Fehler im Rahmen der Beweiswürdigung schwer nachprüfbar und unterliegen nur eingeschränkter revisionsrechtlicher Kontrolle.⁸⁰ Der BGH hat damit die tatrichterliche Beweiswürdigung gestärkt. Das mag man begrüßen oder kritisieren, verfassungsrechtlich zu beanstanden ist es jedenfalls nicht.⁸¹ Andererseits erscheint die pauschale Annahme eines Beweisverwertungsverbot nicht geeignet, um sachgerechte Ergebnisse zu erzielen. So kann ein starres Beweisverwertungsverbot nicht adäquat auf unterschiedlich schwere Beeinträchtigungen des Konfrontationsrechts reagieren. Um noch einmal das Bild der Waage zu bemühen: Ein Verwertungsverbot wiegt immer gleich schwer, ungeachtet dessen wie schwer die Verletzung des Konfrontationsrechts in der anderen Schale wiegt. Es erscheint daher sinnvoll ein abgestuftes Modell zu verfolgen. Während in besonders gravierenden Fällen – insbesondere solches Verhalten der Strafverfolgungsbehörden, das von Willkür geprägt ist oder in der Absicht erfolgt, den Beschuldigten zu benachteiligen – ein Beweisverwertungsverbot die einzige hinreichend gewichtige Maßnahme darstellt, um einen angemessenen Ausgleich zu schaffen, kann in weniger gravierenden Fällen die vom BGH gewählte Lösung der vorsichtigen Beweiswürdigung ein ausreichendes Mittel sein, um die Fairness des Verfahrens zu wahren.

IV. Fazit

Das Konfrontationsrecht ist ein scharfes Schwert der Verteidigung, da es ihr die Möglichkeit gibt, das Verfahren partiell an sich zu ziehen. Das birgt die Gefahr des Missbrauchs, insbesondere zu Lasten des Zeugen und eines straffen Verfahrens. Deshalb kann es nicht unbeschränkt gelten. Andererseits darf es nicht trivialisiert werden, indem es nur gewährt wird, wo es nicht stört. Es soll dem Beschuldigten ermöglichen, um seine Freiheit zu kämpfen. Diesen Kampf für alle Seiten fair zu gestalten ist ein Balanceakt. Er kann nur gelingen, wenn man stets versucht, nicht ein Interesse über das andere obsiegen zu lassen, sondern sich zunächst um praktische Konkordanz bemüht.

68 Vgl. hierzu sowie zum Folgenden: BGHSt 46, 93 = NJW 2000, 3505 (3506); BGH, NStZ-RR 2005, 321; NJW 2007, 237 (238); NStZ-RR 2014, 246 (248) = JuS 2014, 948 m. Bespr. Jahn.

69 Vgl. EGMR, *Kostovski/Niederlande*, No. 10/1988/154/208 = MDR 1991, 406; EGMR, *Lüdi/Schweiz*, No. 17/1991/269/340, Ziff. 47 = NJW 1992, 3088 (3089); EGMR, *van Mechelen u.a./Niederlande*, No. 55/1996/674/861 – 864 = StV 1997, 617; EGMR, *Luca/Italien*, No. 33354/96, Ziff. 39; EGMR, *Hümmer/Deutschland*, No. 26171/07, Ziff. 37 = NJW 2013, 3225 (3226); EGMR, *Schatschaschwili/Deutschland*, No. 9154/10, Ziff. 62; kritisch ggü. dieser Ausrichtung der BGH-Rspr. an den Urteilen des EGMR: *Weigend* (Fn. 6), S. 1162 f.

70 Vgl. die Nachweise oben Fn. 68, sowie die Bestätigung der BGH-Rechtsprechung durch das BVerfG, NJW 2010, 925 ff.

71 Vgl. z.B. EGMR, *Haas/Deutschland*, No. 73047/01, Ziff. 83 = NStZ 2007, 103 (104); EGMR, *Dzelili/Deutschland*, No. 15065/05, Ziff. 80 = NJOZ 2011, 238 (239).

72 *Jung*, GA 2009, 235; *Schmitt* (Fn. 7), S. 617 f.; grundlegend: *Esser* (Fn. 11), S. 834 ff.

73 St. Rspr. vgl. EGMR, *Haas/Deutschland*, No. 73047/01, Ziff. 81 = NStZ 2007, 103 (104); EGMR, *Dzelili/Deutschland*, No. 15065/05, Ziff. 77 = NJOZ 2011, 238 (239); EGMR, *Hümmer/Deutschland*, No. 26171/07, Ziff. 40 = NJW 2013, 3225 (3226); EGMR, *Schatschaschwili/Deutschland*, No. 9154/10, Ziff. 62; jeweils m.w.N.

74 *Sommer*, StraFo 2002, 309 (314); *ders.*, NJW 2005, 1240; *Gaede*, JR 2009, 493 (495); *ders.*, Fairness als Teilhabe, 2007, S. 427 ff., S. 442 ff.; *Esser*, NStZ 2007, 106 (106 f.); *Schädler*, StraFo 2008, 229 (233); *Renzikowski* (Fn. 4), S. 207 ff.; differenzierend aber i.E. gleich: *Ambos*, ZStW 115, 583 (611 ff.).

75 *Schwenn*, StraFo 2008, 225 (226); *Ambos*, ZStW 115, 583 (631).

76 *Sommer*, StraFo 2002, 309 (314).

77 *Swoboda*, NStZ 2005, 1 (7).

78 *Esser*, JR 2005, 248 (254); *Ambos*, ZStW 115, 583 (613).

79 *Hannack*, in: *Löwe/Rosenberg*, StPO, Bd. 7/2, 26. Aufl. 2013, § 337 Rn. 144.

80 *Schuska*, Rechtsfolgen von Verstößen gegen Art. 6 EMRK, 2006, S. 212.

81 BVerfG, NJW 2010, 925 ff.