

**Das Konfrontationsrecht nach Art. 6(3)(d) EMRK
in der konventionsrechtlichen und schweizerischen Praxis**

*Eine Analyse mit besonderer Berücksichtigung
der Kompensationsprüfung bei Einschränkungen*

Masterarbeit von *Simone Beckers*
B.A. HSG (Rechtswissenschaft) et B.A. HSG (Internationale Beziehungen)

Universität St. Gallen
Referent: Prof. Dr. Marc Forster

17. November 2014

Simone Beckers
Fellenbergstrasse 301
CH-8047 Zürich
simone.beckers@student.unisg.ch
Matrikel-Nr.: 08-613-754

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	III
Literaturverzeichnis	VI
Materialienverzeichnis	XV
Rechtsprechungsverzeichnis	XVI
I. Einführung	1
II. Konfrontationsrecht nach Art. 6(3)(d) EMRK – Tradiertes aus aktueller Perspektive	3
1. Konfrontationsrecht und faires Verfahren.....	3
2. Grundgehalt des Konfrontationsrechts	4
a) Allgemeines	4
b) Verfahrensstadium der Konfrontation	5
c) Die „optimale“ Konfrontation	6
d) Verzicht und Verwirksamkeit	7
3. Einschränkungen des Konfrontationsrechts	9
a) Einschränkbarkeit und Voraussetzungen im Überblick	9
b) Besondere Umstände	11
c) Kompensationsprüfung, sorgfältige Beweiswürdigung und ‚sole or decisive‘-Rule	15
III. Umsetzung von Art. 6(3)(d) EMRK in der Schweiz	17
1. Allgemeines	17
2. Die Schweiz vor dem EGMR	19
3. Wesentliche Divergenzen zur EGMR-Rechtsprechung.....	19
a) Wider die grundsätzlich unmittelbare Konfrontation vor Gericht.....	19
aa) Bundesgerichtliche Rechtsprechung.....	19
bb) Fakultatives Unmittelbarkeitsprinzip der StPO	22
b) Bundesgerichtlicher Hader mit der ‚sole or decisive‘-Rule	24
aa) Abwägungslösung statt formales Kriterium	24
bb) Freie Beweiswürdigung und Mosaiklösung	25
cc) Grundproblem.....	27
4. Teilnahmerecht nach Art. 147 StPO	28
a) Inhalt.....	28
aa) Anwesenheits- und Fragerecht (Abs. 1)	28
bb) Wiederholungsanspruch (Abs. 3)	30
cc) Rechtshilfeweise Einvernahme von Auslandszeugen (Art. 148 StPO).....	31
b) Rechtliche Grenzen des Teilnahme- und Konfrontationsrechts.....	32
aa) Gefährdete Belastungszeugen.....	33
bb) Opferzeugen.....	34
c) Verletzungsfolgen.....	36
d) Verhältnis zwischen Teilnahme- und Konfrontationsrecht	37

IV.	Kompensationsprüfung seit <i>Al-Khawaja and Tahery</i> [GC]	39
1.	Ent-Absolutierung der ‚sole or decisive‘-Rule	39
2.	Kompensation in abstracto in der EGMR-Rechtsprechung.....	41
3.	Kompensation in concreto in der EGMR-Rechtsprechung	44
a)	Bei ausschlaggebenden Belastungszeugnissen.....	44
aa)	Gänzlich unkonfrontierbare Belastungszeugen	45
bb)	An der Hauptverhandlung nicht konfrontierbare Belastungszeugen mit Konfrontationsgelegenheit im Vorverfahren.....	47
cc)	An der Hauptverhandlung nur indirekt konfrontierbare Belastungszeugen.....	48
b)	Bei nicht ausschlaggebenden Belastungszeugnissen.....	50
4.	<i>Al-Khawaja and Tahery</i> [GC] in der Kritik	52
a)	Ent-Absolutierung der ‚sole or decisive‘-Rule	52
b)	Verlässlichkeits-Fokus des EGMR.....	54
c)	Zirkelschluss im Verhältnis zwischen ‚sole or decisive‘-Test und ‚corroboration‘-Kriterium.....	57
5.	Bundesgerichtliche Kompensationsprüfung seit <i>Al-Khawaja and Tahery</i> [GC]...	58
a)	Gänzlich unkonfrontierbare Belastungszeugen	58
b)	An der Hauptverhandlung nur indirekt konfrontierbare Belastungszeugen ...	61
c)	An der Hauptverhandlung unkonfrontierbare Belastungszeugen mit Gelegenheit zur Konfrontation im Vorverfahren	62
V.	Zusammenfassung und Ausblick	62
	Eigenständigkeitserklärung	66

Abkürzungsverzeichnis

a.a.O.	am angegebenen Ort
a.M.	anderer Meinung
AB NR	Amtliches Bulletin Nationalrat
Abs.	Absatz
AG	Kanton Aargau
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
aOHG	Bundesgesetz über die Hilfe an Opfer von Straftaten vom 4. Oktober 1991 (AS 1992 2465 ff.)
AppGer	Appellationsgericht
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts der Schweizerischen Eidgenossenschaft
Aufl.	Auflage
BBl	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft
BE	Kanton Bern
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (Amtliche Sammlung)
BGer	Schweizerisches Bundesgericht
BGG	Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, SR 173.110)
Botsch.	Botschaft
BS	Kanton Basel-Stadt
BSK	Basler Kommentar
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
BV 1874	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874 (AS 1875 1 ff.)
bzw.	beziehungsweise
c., v.	contre, versus
CR	Commentaire Romand
dec., déc.	decision, décision
Ders., Dies.	Derselbe, Dieselbe/Dieselben
Diss.	Dissertationsschrift
E.	Erwägung
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EMRK	Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (SR 0.101)
et al.	und weitere
etc.	et cetera
EUeR	Europäisches Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen vom 20. April 1959 (SR 0.351.1)
EUeR-II	Zweites Zusatzprotokoll zum Europäischen Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen vom 8. November 2001 (SR 0.351.12)

f., ff.	folgende, fortfolgende
Fn.	Fussnote(n)
FP	forum poenale
GC	Grand Chamber (EGMR)
gl.M.	gleicher Meinung
GR	Kanton Graubünden
GVP	St. Gallische Gerichts- und Verwaltungspraxis
h.L.	herrschende Lehre
Habil.	Habilitationsschrift
Hrsg.	Herausgeber/in
HUDOC	Human Rights Documentation (Datenbank)
i.d.R.	in der Regel
i.d.S.	in diesem Sinne
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
inkl.	inklusive
insb.	insbesondere
IntKommEMRK	Internationaler Kommentar zur EMRK
Kap.	Kapitel
KassGer	Kassationsgericht
KGer	Kantonsgericht
Komm.	Kommentar
lit.	litera
m.a.W.	mit anderen Worten
m.E.	meines Erachtens
m.H., m.w.H.	mit Hinweisen, mit weiteren Hinweisen
no., n ^o , Nr.	Nummer
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
OGer	Obergericht
PK	Praxiskommentar
Rec.	Recommendation
resp.	respektive
Rspr.	Rechtsprechung
Rz.	Randziffer
S.	Seite
s., s.a.	siehe, siehe auch
s.E.	seines Erachtens
SCC	Supreme Court of Canada
SG	Kanton St. Gallen
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
sog.	sogenannt
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts der Schweizerischen Eigenossenschaft
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0)

StPO	Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (SR 312.0)
StPO/ZH	Strafprozessordnung vom 4. Mai 1919 (Kanton Zürich)
u.a.	unter anderem
U.S., US	United States Supreme Court, United States (of America)
u.U.	unter Umständen
UKSC	Supreme Court of the United Kingdom
UNO-Pakt II	Internationaler Pakt vom 16. Dezember 1966 über bürgerliche und politische Rechte (SR 0.103.2)
v.a.	vor allem
VE	Vorentwurf, Verdeckter Ermittler
vgl.	vergleiche
V-Leute	Verbindungsleute
Vorbem.	Vorbemerkungen
z.B.	zum Beispiel
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
ZH	Kanton Zürich
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZK	Zürcher Kommentar
ZStR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht

Literaturverzeichnis

- ACKERMANN JÜRIG-BEAT, CARONI MARTINA & VETTERLI LUZIA, Anonyme Zeugenaussagen: Bundesgericht contra EGMR, AJP 9 (2007), S. 1071.
- AEMISEGGER HEINZ, Zur Umsetzung der EMRK durch das Bundesgericht, in: Stefan Breitenmoser & Bernhard Ehrenzeller (Hrsg.), EMRK und die Schweiz, St. Gallen 2010, S. 43.
- ALBRECHT PETER, Was bleibt von der Unmittelbarkeit?, ZStrR 128 (2010), S. 180 (zit. Unmittelbarkeit).
- DERS., Zur rechtlichen Problematik des Einsatzes von V-Leuten, AJP 11 (2002), S. 632 (zit. V-Leute).
- ARQUINT SARARARD & SUMMERS SARAH, Al-Khawaja and Tahery v. UK (GC), FP 2 (2012), S. 112 (zit. Al-Khawaja).
- DIES., Konfrontationen nur vor dem Gericht, plädoyer 2 (2008), S. 38 (zit. Konfrontationen).
- BACHMAIER WINTER LORENA, Transnational Criminal Proceedings, Witness Evidence and Confrontation: Lessons from the ECtHR's Case Law, Utrecht Law Review 9.4 (2013), S. 127.
- BARNES REBECCA P., Al-Khawaja & Tahery v. United Kingdom (Eur. Ct. H.R.), Introductory Note, International Legal Materials 51.3 (2012), S. 477.
- BEUSCH MICHAEL, Der Einfluss „fremder“ Richter – Schweizer Verwaltungsrechtspflege im internationalen Kontext, SJZ 109 (2013), S. 349.
- BIAGGINI GIOVANNI, Über die Auslegung der Bundesverfassung und ihr Verhältnis zur EMRK, ZBl 114 (2013), S. 316.
- BISCHOFF PATRICK, Die Anonymisierung gefährdeter Zeugen im Strafprozess, Diss., Zürich 2010.
- BOMMER FELIX, Parteirechte der beschuldigten Personen bei Beweiserhebungen in der Untersuchung, recht 6 (2010), S. 211 (zit. Parteirechte).
- DERS., Zur Einschränkung des Teilnahmerechts des Beschuldigten an der Einvernahme Mitbeschuldigter, recht 5-6 (2012), S. 143 (zit. Einschränkung).
- BORGHINI MARCO, The Effect of the ECHR on the Legal and Political Systems of Member States: Switzerland, in: Robert Blackburn & Jörg Polakiewicz (Hrsg.), Fundamental Rights in Europe, Oxford 2001, S. 855.
- BRUNHÖBER BEATRICE, Für ein Grundrecht auf ein faires Verfahren in der strafprozessualen Praxis, Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik 12 (2010), S. 761.
- CHRISTEN STEFAN, Anwesenheitsrecht im schweizerischen Strafprozessrecht mit einem Exkurs zur Vorladung, Diss., Zürich 2010.
- CLARK SHERMAN J., An Accuser-Obligation Approach to the Confrontation Clause, Nebraska Law Review 81 (2002-2003), S. 1258.

- CLÉMENT THIERRY, GOLDSCHMID PETER, RIDORÉ CARL-ALEX, SCHEIDEGGER ADRIAN & SCHÜRMAN FRANK, Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte. Urteile Visser gegen Niederlande vom 14.2.2002 (Beschwerde Nr. 26668/95), S.N. gegen Schweden vom 2.7.2002 (Beschwerde Nr. 34209/96) und Craxi gegen Italien vom 5. Dezember 2002 (Beschwerde Nr. 34896/97), AJP 12 (2003), S. 1499 (zit. CLÉMENT et al.).
- CORSTENS GEERT & PRADEL JEAN, European Criminal Law, Den Haag 2002.
- COSTIGAN RUTH, Anonymous Witnesses, Northern Ireland Legal Quarterly 51.2 (2000), S. 26.
- DE WILDE BAS, A fundamental review of the ECHR right to examine witnesses in criminal cases, The International Journal of Evidence & Proof 17 (2013), S. 157.
- DEHNE-NIEMANN JAN, Nie sollst du mich befragen – Zur Behandlung des Rechts zur Konfrontation mitbeschuldigter Belastungszeugen (Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK) durch den BGH, Onlinezeitschrift für Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht 4 (2011), S. 189.
- DEMKO DANIELA, Das Fragerecht des Angeklagten nach Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK aus Sicht des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, der schweizerischen sowie der deutschen Rechtsprechung, ZStrR 122 (2004), S. 416.
- DONATSCH ANDREAS, Erste Erfahrungen mit dem Beweisrecht, FP 4 (2012), S. 235.
- DONATSCH ANDREAS & CAVEGN CLAUDINE, Beweisrecht, insbesondere Zeugen, Auskunftspersonen und Sachverständige, in: Brigitte Tag & Max Hauri (Hrsg.), Schweizerische Strafprozessordnung. Ausgewählte Aspekte aus Zürcher Sicht, Zürich/St. Gallen 2010, S. 51.
- DONATSCH ANDREAS, HANSJAKOB THOMAS & LIEBER VIKTOR (Hrsg.), Zürcher Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), 2. Aufl., Zürich etc. 2014 (zit. BEARBEITER, ZK StPO).
- DONATSCH ANDREAS & HIESTAND ELIANE, Entwicklungen im Strafprozessrecht/Le point sur le droit de la procédure pénale, SJZ 109 (2013), S. 385 (zit. Entwicklungen 2013).
- DIES., Entwicklungen im Strafprozessrecht/Le point sur le droit de la procédure pénale, SJZ 108 (2012), S. 405 (zit. Entwicklungen 2012).
- EHRENZELLER BERNHARD, SCHINDLER BENJAMIN, SCHWEIZER RAINER J. & VALLENDER KLAUS A. (Hrsg.), Die Schweizerische Bundesverfassung: St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014 (zit. BEARBEITER, St. Galler Komm. BV).
- ERNI LORENZ, Prozessieren vor Bundesstrafgericht aus Sicht der Advokatur, FP 5 (2008), S. 295.
- ESSER ROBERT, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht, Diss., Berlin 2002.
- ESSER ROBERT, GAEDE KARSTEN & TSAMBIKAKIS MICHAEL, Übersicht zur Rechtsprechung des EGMR in den Jahren 2010 bis 2011 (Teil 2), Neue Zeitschrift für Strafrecht 2012, S. 619 (zit. EGMR 2010-2011).
- DIES., Übersicht zur Rechtsprechung des EGMR in den Jahren 2008 bis Mitte 2010 – Teil II, Neue Zeitschrift für Strafrecht 2011, S. 140 (zit. EGMR 2008-2010).
- FIEDLER MARIA, Die Überprüfung der Glaubhaftigkeit von Aussagen, in: Frank Stein (Hrsg.), Grundlagen der Polizeipsychologie, 2. Aufl., Göttingen etc. 2003, S. 180.

- FONTANA KATHARINA, „Mehr Menschenrechtsschutz ist nicht immer besser“, Gespräch mit Luzius Wildhaber, NZZ vom 7. September 2014, verfügbar unter <www.nzz.ch/schweiz/mehr-menschenrechtsschutz-ist-nicht-immer-besser-1.18378980> (zuletzt abgerufen am 16. November 2014) (zit. WILDHABER, in: Fontana).
- FORNITO ROBERTO, Beweisverbote im schweizerischen Strafprozess, Diss., St. Gallen 2000.
- FRIEDMAN RICHARD D., Confrontation as a Hot Topic: The Virtues of Going Back to Square One, *Quinnipiac Law Review* 21.4 (2003), S. 1041 (zit. Hot Topic).
- DERS., The Conundrum of Children, Confrontation, and Hearsay, *Law and Contemporary Problems* 65.1 (2002), S. 243 (zit. Conundrum).
- FROWEIN JOCHEN A. & PEUKERT WOLFGANG (Hrsg.), EMRK-Kommentar, 3. Aufl., Kehl 2009 (BEARBEITER, EMRK-Komm. Frowein/Peukert).
- FUCHS CLAUDIA, Verfahrensgrundrechte im Eingriffs- und Schrankenmodell? Überlegungen zur Struktur grundrechtlicher Verfahrensgarantien, *Zeitschrift für öffentliches Recht* 67.3 (2012), S. 537.
- GAEDE KARSTEN, Fairness als Teilhabe – Das Recht auf konkrete und wirksame Teilhabe durch Verteidigung gemäss Art. 6 EMRK, Diss., Berlin 2007.
- GERDEMANN ANNA, Die Verwertbarkeit belastender Zeugenaussagen bei Beeinträchtigungen des Fragerechts des Beschuldigten, Diss., Baden-Baden 2010.
- GLESS SABINE, Internationales Strafrecht, Basel 2011 (zit. Strafrecht).
- DIES., Transnational Cooperation in Criminal Matters and the Guarantee of a Fair Trial: Approaches to a General Principle, *Utrecht Law Review* 9.4 (2013), S. 90 (zit. Cooperation).
- GODENZI GUNHILD, Heimliche Einvernahmen, *ZStrR* 129 (2011), S. 322.
- GOLDSCHMID PETER, MAURER THOMAS & SOLLBERGER JÜRIG (Hrsg.), Kommentierte Textausgabe zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO) vom 5. Oktober 2007, Bern 2008 (zit. BEARBEITER, StPO-Komm. Goldschmid/Maurer/Sollberger).
- GOLLWITZER WALTER, Menschenrechte im Strafverfahren, Berlin 2005.
- GRABENWARTER CHRISTOPH, European Convention on Human Rights. Commentary, München 2014 (zit. ECHR).
- GRABENWARTER CHRISTOPH & MARAUHN THILO, Grundrechtseingriff und -schränken, in: Rainer Grothe & Thilo Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG: Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz, Tübingen 2006, Kap. 7.
- GRABENWARTER CHRISTOPH & PABEL KATHARINA, Der Grundsatz des fairen Verfahrens, in: Oliver Dörr, Rainer Grothe & Thilo Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG: Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz, Band 1, 2. Aufl., Tübingen 2013, Kap. 14 (zit. Grundsatz).
- DIES., Europäische Menschenrechtskonvention, 5. Aufl., München/Basel/Wien 2012 (zit. EMRK).

- GRONER ROGER, Beweisrecht – Beweise und Beweisverfahren im Zivil- und Strafrecht, Bern 2011.
- GUERRIN MURIEL, Le témoignage anonyme au regard de la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme* 49 (2002), S. 45.
- HAEFLIGER ARTHUR, Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz, Bern 2008.
- HAEFLIGER ARTHUR & SCHÜRMAN FRANK, Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz. Die Bedeutung der Konvention für die schweizerische Rechtspraxis, 2. Aufl., Bern 1999.
- HALE BRENDA, Argentorum Locutum: Is Strasbourg or the Supreme Court Supreme?, *Human Rights Law Review* 12.1 (2012), S. 65.
- HANGARTNER YVO, Bundesgerichtlicher Positionsbezug zum Verhältnis von Bundesverfassung und Völkerrecht, *AJP* 5 (2013), S. 698 (zit. Positionsbezug).
- DERS., Missverständener Gerichtshof für Menschenrechte, *AJP* 3 (2012), S. 303 (zit. Missverständen).
- HANSJAKOB THOMAS, Die neuen Bestimmungen zu verdeckter Fahndung und Ermittlung, *FP* 4 (2013), S. 214 (zit. Bestimmungen).
- DERS., Geheime Erhebung von Beweisen nach StPO, *FP* 5 (2011), S. 299 (zit. Erhebung).
- HÄRING DANIEL, Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweise gemäss Schweizerischer Strafprozessordnung – alte Zöpfe oder substanzielle Neuerungen?, *ZStrR* 127 (2009), S. 225.
- HAUSER ROBERT, Anonyme Gewährspersonen im Strafprozess, *ZStrR* 82 (1966), S. 306 (zit. Gewährspersonen).
- DERS., Zum Prinzip der Unmittelbarkeit, *ZStrR* 98 (1981), S. 168 (zit. Unmittelbarkeit).
- HAUSER ROBERT, SCHWERI ERHARD & HARTMANN KARL, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. Aufl., Basel 2005.
- HIRSIG-VOUILLOZ MADELEINE, Intimidation des témoins et mesures de protection en procédure pénale suisse, *AJP* 12 (2011), S. 1615.
- HOTTELIER MICHEL, MOCK HANSPETER & PUÉCHAVY MICHEL, La Suisse devant la Cour européenne des droits de l'homme, 2. Aufl., Genf 2011.
- HOYANO LAURA, What is Balanced on the Scales of Justice? In Search of the Essence of the Right to a Fair Trial, *The Criminal Law Review* 1 (2014), S. 4.
- HUG MARKUS, Zur Vorbereitung von Konfrontationseinvernahmen aus der Sicht des Strafverteidigers, in: Andreas Donatsch et al. (Hrsg.), 125 Jahre Kassationsgericht des Kantons Zürich, Festschrift, Zürich 2000, S. 387.
- HUSSELS MARTIN, Von Wahrheiten und Lügen – Eine Darstellung der Glaubhaftigkeitskriterien anhand der Rechtsprechung, *FP* 6 (2012), S. 368.

- JACKSON JOHN D. & SUMMERS SARAH J., *The Internationalisation of Criminal Evidence: Beyond the Common Law and Civil Law Traditions*, Cambridge 2012.
- JACOBS FRANCIS G., WHITE ROBIN C. A. & OVEY CLARE, *The European Convention of Human Rights*, 5. Aufl., New York 2010.
- JOSITSCH DANIEL, *Grundriss des schweizerischen Strafprozessrechts*, 2. Aufl. Zürich/St. Gallen 2013.
- KÄLIN WALTER, EPINEY ASTRID, CARONI MARTINA & KÜNZLI JÖRG, *Völkerrecht – Eine Einführung*, 3. Aufl., Bern 2010 (zit. KÄLIN et al.).
- KÄLIN WALTER, KIENER REGINA, LIENHARD ANDREAS, TSCHANNEN PIERRE & TSCHENTSCHER AXEL, Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2007 und 2008, ZBJV 144 (2008), S. 733 (zit. BEARBEITER, *Staatsrechtliche Rechtsprechung 2007-2008*).
- KÄLIN WALTER, KIENER REGINA, MÜLLER MARKUS, TSCHANNEN PIERRE & TSCHENTSCHER AXEL, Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2006 und 2007, ZBJV 143 (2007), S. 649 (zit. BEARBEITER, *Staatsrechtliche Rechtsprechung 2006-2007*).
- KARPENSTEIN ULRICH & MAYER FRANZ C., *EMRK Kommentar*, München 2012 (zit. BEARBEITER, *EMRK-Komm. Karpenstein/Mayer*).
- KAUFMANN ARIANE, *Das Unmittelbarkeitsprinzip und die Folgen seiner Einschränkung in der Schweizerischen Strafprozessordnung*, Diss., Zürich 2013 (zit. A. KAUFMANN).
- KAUFMANN MARTIN, *Beweisführung und Beweiswürdigung*, Zürich/St. Gallen 2009 (zit. M. KAUFMANN).
- KIENER REGINA & KÄLIN WALTER, *Grundrechte*, 2. Aufl., Bern 2013.
- KLEMM ADRIAN, Die Befragung von Zeugen im Strafprozess, AJP 11 (2000), S. 1377.
- KRAUSBECK MATTHIAS, *Konfrontative Zeugeneinvernahme*, Diss., Tübingen 2010.
- KRAUSS DETLEF, Strafverteidigung – wohin?, recht 4 (1999), S. 117.
- KRAUB KATHARINA, *V-Leute im Strafprozess und die Europäische Menschenrechtskonvention*, Diss., Freiburg im Breisgau 1999.
- KUCSKO-STADLMAYER GABRIELE, Die allgemeinen Strukturen der Grundrechte, in: Detlef Merten & Hans-Jürgen Papier (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte VII/1*, Heidelberg 2009, § 187.
- KUHN ANDRÉ & JEANNERET YVAN (Hrsg.), *Code de procédure pénale suisse. Commentaire Romand*, Basel 2011 (zit. BEARBEITER, CR StPO).
- DIES., *Précis de procédure pénale*, Bern 2013.
- KUNZ KARL-LUDWIG, Zur Herstellung des strafrechtlichen Schuld- oder Freispruchs, ZStrR 132 (2014), S. 47.
- LUDEWIG REVITAL, TAVOR DAPHNA & BAUMER SONJA, Wie können aussagepsychologische Erkenntnisse Richtern, Staatsanwälten und Anwälten helfen?, AJP 11 (2011), S. 1415.

- MAHLER FRANZISKA, Das Recht des Beschuldigten auf konfrontative Befragung der Belastungszeugen, Diss., Frankfurt am Main etc. 2011.
- MASSARO TONI M., The dignity value of face-to-face confrontations, *University of Florida Law Review* 40.5 (1988), S. 863.
- MATHYS HANS, Erstinstanzliches Hauptverfahren – Berufungsverfahren, in: Brigitte Tag & Max Hauri (Hrsg.), *Schweizerische Strafprozessordnung. Ausgewählte Aspekte aus Zürcher Sicht*, Zürich/St. Gallen 2010, S. 119.
- MEYER FRANK & WIECKOWSKA MARTA, Die Rechtsprechung des EGMR in Strafsachen im Jahr 2012, *FP 4* (2013), S. 241 (zit. EGMR 2012).
- DIES., Die Rechtsprechung des EGMR in Strafsachen im Jahr 2011, *FP 2* (2012), S. 116 (zit. EGMR 2011).
- MÜLLER JÖRG PAUL & SCHEFER MARKUS, *Grundrechte in der Schweiz*, 4. Aufl., Bern 2008.
- NEVERMANN-JASKOLLA URTE, *Das Kind als Opferzeuge im Strafverfahren*, Frankfurt am Main etc. 2004.
- NIGGLI MARCEL A., HEER MARIANNE & WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.), *Basler Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung und Jugendstrafprozessordnung*, Basel 2011 (zit. BEARBEITER, BSK StPO).
- NOLL ANDREAS, *Das Recht des Beschuldigten zur Teilnahme an Einvernahmen*, Bern 2013.
- OBERHOLZER NIKLAUS, *Grundzüge des Strafprozessrechts*, 3. Aufl., Bern 2012.
- O'BRIAN WILLIAM E. JUNIOR, The Right of Confrontation: US and European Perspectives, *Law Quarterly Review* 121 (2005), S. 481, verwendete Version verfügbar unter <ssrn.com/abstract=1503966> (zuletzt abgerufen am 16. November 2014).
- PABEL KATHARINA & SCHMAHL STEFANIE (Hrsg.), *Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention*, Loseblatt-Ausgabe, Köln etc. 1986 ff., 16. Lieferung 2013 (zit. BEARBEITER, IntKommEMRK).
- PARSONS JIM & BERGIN TIFFANY, The impact of criminal justice involvement on victims' mental health, *Journal of Traumatic Stress* 23.2 (2010), S. 182.
- PIFFNER BRIGITTE & BOLLINGER SUSANNE, Ausweitung konventionsgeschützter Rechte durch den EGMR und Probleme der innerstaatlichen Umsetzung, *Jusletter* vom 21. November 2011.
- PIETH MARK, *Schweizerisches Strafprozessrecht*, Basel 2009 (zit. Strafprozessrecht).
- DERS., Vom Inquisitionsprozess direkt zum postmodernen Kontrollmodell?, in: Andreas Donatsch, Marc Forster & Christian Schwarzenegger (Hrsg.), *Strafrecht, Strafprozessrecht und Menschenrechte*, Festschrift für Stefan Trechsel zum 65. Geburtstag, Zürich etc. 2002, S. 415 (zit. Kontrollmodell).
- DERS., Von der Inquisition zum Sicherheitsstaat: ketzerische Gedanken zur aktuellen Strafprozessreform, *AJP* 6 (2002), S. 626 (zit. Ketzerische Gedanken).

- REDMAYNE MIKE, *Confronting Confrontation*, LSE Law, Society and Economy Working Papers 10 (2010), S. 1, verwendete Version verfügbar unter <ssrn.com/abstract=1616200> (zuletzt abgerufen am 16. November 2014) (zit. *Confrontation*).
- DERS., *Hearsay and Human Rights: Al-Khawaja in the Grand Chamber*, *The Modern Law Review* 75.5 (2012), S. 865 (zit. *Al-Khawaja*).
- REHBERG JÖRG, *Aussagen von Mitbeschuldigten als Beweismittel*, in: *Aktuelle Probleme der Kriminalitätsbekämpfung, Festschrift zum 50jährigen Bestehen der Schweizerischen Kriminalistischen Gesellschaft*, Bern 1992, S. 186.
- RENZIKOWSKI JOACHIM, *Fair trial als Waffengleichheit – adversatorische Elemente im Strafprozess?*, in: Ders. (Hrsg.), *Die EMRK im Privat-, Straf- und Öffentliches Recht*, Zürich etc. 2004, S. 97 (zit. *Waffengleichheit*).
- DERS., *Fair trial und anonymer Zeuge: Die Drei-Stufen-Theorie des Zeugenschutzes im Lichte der Rechtsprechung des EuGHMR*, *JuristenZeitung* 54.12 (1999), S. 605 (zit. *Fair trial*).
- RHINOW RENÉ, KOLLER HEINRICH, KISS CHRISTINA, THURNHERR DANIELA & BRÜHL-MOSER DENISE, *Öffentliches Prozessrecht*, 3. Aufl., Basel 2014 (zit. *RHINOW et al.*).
- RIEDO CHRISTOF, FIOKA GERHARD & NIGGLI MARCEL A., *Schweizerisches Strafprozessrecht sowie Rechtshilfe in Strafsachen*, Basel 2011.
- RIETIKER DANIEL, *Kommentierte Chronik der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in Fällen gegen die Schweiz im Jahr 2012*, *AJP* 12 (2013), S. 1844.
- RIKLIN FRANZ, *StPO Kommentar*, 2. Aufl., Zürich 2014 (zit. *StPO-Komm.*).
- ROXIN CLAUS & SCHÜNEMANN BERND, *Strafverfahrensrecht*, 27. Aufl., München 2012.
- RUCKSTUHL NIKLAUS, *Strafprozessrecht*, Vorlesungsskript Universität Basel, Herbstsemester 2008.
- RUCKSTUHL NIKLAUS, DITTMANN VOLKER & ARNOLD JÖRG, *Strafprozessrecht*, Zürich etc. 2011.
- RYSER BÜSCHI NADINE, *Familiäre Gewalt an Kindern. Eine Untersuchung der Umsetzung der staatlichen Schutzpflicht im Strafrecht*, Diss., Zürich 2012.
- SCALLEN EILEEN A., *Constitutional Dimensions of Hearsay Reform: Toward a Three-Dimensional Confrontation Clause*, *Minnesota Law Review* 76 (1991-1992), S. 623.
- SCHÄFER MICHAEL, *Die Teilnahme an Einvernahmen von Mittätern – Theorie und Praxis*, *FP* 1 (2013), S. 39.
- SCHÄFFER HEINZ, *Die Grundrechte im Spannungsverhältnis von nationaler und europäischer Perspektive*, *Zeitschrift für öffentliches Recht* 62 (2007), S. 1.
- SCHEFER MARKUS, *Die Kerngehalte von Grundrechten*, Habil., Bern 2001.
- SCHIEDEGGER ALEXANDRA, *Minderjährige als Zeugen und Auskunftspersonen im Strafverfahren*, Diss., Zürich 2006.
- SCHLEIMINGER DORRIT, *Aktuelle Fragen zum Konfrontationsrecht*, *AJP* 8 (2012), S. 1069 (zit. *Aktuelle Fragen*).

- DIES., Das Konfrontationsrecht des Angeklagten nach Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK. Bemerkungen zu BGE 125 I 127, AJP 7 (1999), S. 1223 (zit. Bemerkungen).
- DIES., Konfrontation im Strafprozess, Diss., Basel/Genf/München 2001 (zit. Konfrontation).
- SCHMID NIKLAUS, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2013 (zit. Handbuch).
- DERS., Schweizerische Strafprozessordnung (StPO). Praxiskommentar, Zürich/St. Gallen 2009 (zit. PK StPO).
- SCHUBARTH MARTIN, Schweizer Demokratie und Strassburger Richter, NZZ vom 13. Mai 2013, S. 17.
- SCHÜNEMANN BERND, Der Richter im Strafverfahren als manipulierter Dritter? Zur empirischen Bestätigung von Perservanz- und Schulterschlusseffekt, Strafverteidiger 2000, S. 159.
- SEILER HANSJÖRG, Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte: Hüter der Menschenrechte, Appellationsinstanz oder Verfassungsgeber?, ZBl 113 (2012), S. 223 (zit. EGMR).
- DERS., Einfluss des europäischen Rechts und der europäischen Rechtsprechung auf die schweizerische Rechtspflege, ZBJV 150 (2014), S. 265 (zit. Einfluss).
- SIMON OLIVER, Die Beschuldigtenrechte nach Art. 6 Abs. 3 EMRK: ein Vergleich zur StPO im Hinblick auf die Auswirkungen der Konventionsrechte auf die deutsche Strafrechtsprechung, Diss., Tübingen 1998.
- SKLANSKY DAVID A., Confrontation and Fairness, Texas Tech Law Review 45 (2012), S. 103.
- SOTTIAUX STEFAN & VAN DER SCHYFF GERHARD, Methods of International Human Rights Adjudication: Towards a More Structured Decision-Making Process for the European Court of Human Rights, Hastings International and Comparative Law Review 31.3 (2008), S. 115.
- SPORER SIEGFRIED L. & KÖHNKEN GÜNTER, Nonverbale Indikatoren von Täuschung, in: Renate Volbert & Max Steller (Hrsg.), Handbuch der Rechtspsychologie, Göttingen etc. 2008, S. 353.
- SPRENGER THOMAS, Teilnahmerechte der Parteien im Strafverfahren – wird die Ausnahme zum Grundsatz?, FP 3 (2013), S. 167.
- ŠTARIENÉ LIJANA, The Limits of the use of undercover agents and the right to a fair trial under Article 6(1) of the European Convention of Human Rights, Jurisprudence 117.3 (2009), S. 263.
- STAVROS STEPHANOS, The Guarantees for Accused Persons Under Article 6 of the European Convention on Human Rights, Dordrecht etc. 1993.
- SUMMERS SARAH J., The Right to Confrontation after Crawford v. Washington: A 'Continental European' Perspective, International Commentary on Evidence 2.1 (2004), S. 1.
- TRECHSEL STEFAN, Human Rights in Criminal Proceedings, Oxford 2006 (zit. Human Rights).
- DERS., Unmittelbarkeit und Konfrontation als Ausfluss von Art. 6 EMRK, AJP 11 (2000), S. 1366 (zit. Unmittelbarkeit).
- TSCHANNEN PIERRE, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 3. Aufl., Bern 2011.

-
- VILLIGER MARK E., Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), 2. Aufl., Zürich 1999.
- VOGELANG ANDRÉ, Art. 147 StPO: Wirksamer Gegenpol zur Allmacht der Staatsanwaltschaft oder bloss toter Buchstabe?, *Anwaltsrevue* 5 (2012), S. 230.
- VON BERNSTORFF JOCHEN, Kerngehaltsschutz durch den UN-Menschenrechtsausschuss und den EGMR: Vom Wert kategorialer Argumentationsformen, *Der Staat* 50.2 (2011), S. 165.
- WEDER ULRICH, Die Teilnahmerechte in der delegierten Einvernahme einer Auskunftsperson, *FP* 4 (2012), S. 228.
- WEIRICH ANGELA, Rechtliche und praktische Schwierigkeiten bei der Erhebung und Verwertung von Personalbeweisen aus staatsanwaltschaftlicher Sicht, *AJP* 8 (2012), S. 1046.
- WINZAP PIERRE-HENRI, La procédure de première instance (CPP 328 à CPP 351), in: Renate Pfister-Liechti (Hrsg.), *La procédure pénale fédérale*, Bern 2010, S. 95.
- WIPRÄCHTIGER HANS, Aussagepsychologische Begutachtung im Strafrecht, *FP* 1 (2010), S. 40.
- WOHLERS WOLFGANG, Aktuelle Fragen des Zeugenschutzes – zur Vereinbarkeit der im Strafprozessrecht des Kantons Zürich anwendbaren Zeugenschutznormen mit Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK, *ZStrR* 123 (2005), S. 144 (zit. Zeugenschutz).
- DERS., Das Anwesenheits- und Fragerecht der Verfahrensparteien bei Einvernahmen im Vorverfahren, *FP* 3 (2013), S. 160 (zit. Fragerecht).
- DERS., Die formelle Unmittelbarkeit der Hauptverhandlung, *ZStrR* 131 (2013), S. 318 (zit. Unmittelbarkeit).
- DERS., Die Grenzen von Schutzmassnahmen zugunsten sensibler Zeugen und gefährdeter Personen, *ZStrR* 129 (2011), S. 127 (zit. Schutzmassnahmen).
- DERS., Nr. 15 EGMR, Former Fifth Section, *Pesukic v. Switzerland*, Urteil vom 6. Dezember 2012 – Application no. 25088/07, *FP* 2 (2013), S. 84 (zit. *Pesukic*).
- ZÜND ANDREAS, Das Schweizerische Bundesgericht im Dialog mit dem EGMR, *Europäische Grundrechte Zeitschrift* 1-5 (2014), S. 21.

Materialienverzeichnis

Hinweis: Alle aufgeführten Materialien werden in den Fussnoten abgekürzt zitiert. Die Zitierweise ist jeweils kursiv vorangestellt.

„Aus 29 mach 1“, Konzept einer eidgenössischen Strafprozessordnung, Bericht der Expertenkommission „Vereinheitlichung des Strafprozessrechts“, Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement, Bern, Dezember 1997.

Begleitbericht VE StPO, Begleitbericht zum Vorentwurf für eine Schweizerische Strafprozessordnung, Bundesamt für Justiz, Bern, Juni 2001.

Bericht EMRK, Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 9. Dezember 1968, BBl 1968 II 1057.

Bericht Vorbereitungsarbeiten Art. 6 EMRK, Preparatory Work on Article 6 of the European Convention on Human Rights, Information Document Nr. DH (56) 11, Europäische Menschenrechtskommission, Strassburg, Oktober 1965, verfügbar unter <[www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-ART6-DH\(56\)11-EN1338886.PDF](http://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-ART6-DH(56)11-EN1338886.PDF)> (zuletzt abgerufen am 16. November 2014).

Botsch. BV, Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997 I 1.

Botsch. StPO, Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005, BBl 2006 1085.

EGMR Jahresbericht 2013, Annual Report 2013, Kanzlei des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, Strassburg, März 2014, verfügbar unter <www.echr.coe.int/Documents/Annual_report_2013_ENG.pdf> (zuletzt abgerufen am 16. November 2014).

Rec. No. R (97) 13, Recommendation of the Committee of Ministers to member states concerning intimidation of witnesses and the rights of the defence, Strassburg, 10. September 1997.

Rec. No. R (2000) 2, Recommendation of the Committee of Ministers to member states on the re-examination or reopening of certain cases at domestic level following judgments of the European Court of Human Rights, Strassburg, 19. Januar 2000.

Rechtsprechungsverzeichnis

Hinweis: Alle aufgeführten Urteile und Entscheidungen werden in den Fussnoten abgekürzt zitiert. Die Zitierweise ist jeweils kursiv vorangestellt.

Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte

Hinweis: (Zulässigkeits-)Entscheidungen sind mit (decision) resp. (décision) gekennzeichnet.

A. A. (dec.), A. A. v. Switzerland (decision), no. 17298/90, 11 January 1993.

Aigner, Aigner v. Austria, no. 28328/03, 10 May 2012.

Aksamawati (déc.), Aksamawati c. la Suisse (décision), n° 23101/93, 11 janvier 1995.

Ali (déc.), Ali c. la Suisse (décision), n° 24881/94, 17 mai 1995.

Al-Khawaja and Tahery, Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom, nos. 26766/05 and 22228/06, 20 January 2009.

Al-Khawaja and Tahery [GC], Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom [Grand Chamber], nos. 26766/05 and 22228/06, 15 December 2011.

Altieri (déc.), Altieri c. la France, Chypre et la Suisse (décision), n° 28140/95, 15 mai 1996.

Artico, Artico v. Italy, no. 6694/74, 13 May 1980.

Artner, Artner v. Austria, no. 13161/87, 28 August 1992.

Asadbeyli, Asadbeyli and Others v. Azerbaijan, nos. 3653/05, 14729/05, 20908/05, 26242/05, 36083/05 and 16519/06, 11 December 2012.

Baragiola (dec.), Baragiola v. Switzerland (decision), no. 17265/90, 21 October 1993.

Beraru, Beraru v. Romania, no. 40107/04, 18 March 2014.

Bielaj, Bielaj v. Poland, no. 43643/04, 27 April 2010.

Bifl (dec.), Bifl v. Switzerland (decision), no. 32969/96, 23 February 1999.

Birutis, Birutis and Others v. Lithuania, nos. 47698/99 and 48115/99, 28 March 2002.

Blake (dec.), Blake v. the United Kingdom (decision), no. 68890/01, 25 October 2005.

Bloesch (déc.), Bloesch c. la Suisse (décision), n° 21565/93, 16 janvier 1996.

Blokhin, Blokhin v. Russia, no. 47152/06, 14 November 2013.

Bocos-Cuesta, Bocos-Cuesta v. the Netherlands, no. 54789/00, 10 November 2005.

Bonev, Bonev v. Bulgaria, no. 60018/00, 8 June 2006.

Borrelli (dec.), Borrelli v. Switzerland (decision), no. 17571/90, 2 September 1993.

Breukhoven, Breukhoven v. the Czech Republic, no. 44438/06, 21 July 2011.

Bricmont, Bricmont v. Belgium, no. 10857/84, 7 July 1989.

- C. B. (dec.)*, *C. B. v. Switzerland* (decision), no. 27741/95, 17 January 1997.
- C. G. (dec.)*, *C. G. v. Switzerland* (decision), no. 18568/91, 1 December 1993.
- Camilleri (dec.)*, *Camilleri v. Malta* (decision), no. 51760/99, 16 March 2000.
- Chappex (déc.)*, *Chappex c. la Suisse* (décision), n° 20338/92, 12 octobre 1994.
- Chmura*, *Chmura v. Poland*, no. 18475/05, 3 April 2012.
- Damir Sibgatullin*, *Damir Sibgatullin v. Russia*, no. 1413/05, 24 April 2012.
- Dankovsky (dec.)*, *Dankovsky v. Germany* (decision), no. 36689/97, 29 June 2000.
- Demski*, *Demski v. Poland*, no. 22695/03, 4 November 2008.
- Dončev and Burgov*, *Dončev and Burgov v. the former Yugoslav Republic of Macedonia*, no. 30265/09, 12 June 2014.
- Doorson*, *Doorson v. the Netherlands*, no. 20524/92, 26 March 1996.
- Ellis, Simms and Martin (dec)*, *Ellis, Simms and Martin v. the United Kingdom* (decision), nos. 46099/06 and 46699/06, 10 April 2012.
- Engel*, *Engel and Others v. the Netherlands*, nos. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 and 5370/72, 8 June 1976.
- F. K. (dec.)*, *F. K. v. Austria* (decision), no. 16925/90, 11 May 1994.
- Fafrowicz*, *Fafrowicz v. Poland*, no. 43609/07, 17 April 2012.
- Freudiger (déc.)*, *Freudiger c. la Suisse* (décision), n° 37087/04, 6 décembre 2007.
- Gabrielyan*, *Gabrielyan v. Armenia*, no. 8088/05, 10 April 2012.
- Galstyan*, *Galstyan v. Armenia*, no. 26986/03, 15 November 2007.
- Gani*, *Gani v. Spain*, no. 61800/08, 19 February 2013.
- Garofolo (dec.)*, *Garofolo v. Switzerland* (decision), no. 4380/09, 2 April 2013.
- Gossa*, *Gossa v. Poland*, no. 47986/99, 9 January 2007.
- Haas (dec.)*, *Haas v. Germany* (decision), no. 73047/01, 17 November 2005.
- Haxhia*, *Haxhia v. Albania*, no. 29861/03, 8 October 2013.
- Hümmer*, *Hümmer v. Germany*, no. 26171/07, 19 July 2012.
- Huseyn*, *Huseyn and Others v. Azerbaijan*, nos. 35485/05, 45553/05, 35680/05 and 36085/05, 26 July 2011.
- I. (dec.)*, *I. v. Switzerland* (decision), no. 13972/88, 31 May 1991.
- I. O. (déc.)*, *I. O. c. la Suisse* (decision), n° 21529/93, 6 septembre 1995.
- Idalov [GC]*, *Idalov v. Russia [Grand Chamber]*, no. 5826/03, 22 May 2012.
- Imbrioscia*, *Imbrioscia v. Switzerland*, no. 13972/88, 24 November 1993.
- Jakubczyk*, *Jakubczyk v. Poland*, no. 17354/04, 10 May 2011.
- Jalloh [GC]*, *Jalloh v. Germany [Grand Chamber]*, no. 54810/00, 11 July 2006.

- K. N. (dec.)*, K. N. v. Switzerland (decision), no. 22814/93, 17 May 1995.
- K. S. and K. S. AG (dec.)*, K. S. and K. S. AG v. Switzerland (decision), no. 19117/91, 12 January 1994.
- Kamasinski*, Kamasinski v. Austria, no. 9783/82, 19 December 1989.
- Karpenko*, Karpenko v. Russia, no. 5605/04, 13 March 2012.
- Kennedy*, Kennedy v. the United Kingdom, no. 26839/05, 18 May 2010.
- Khodorkovskiy and Lebedev*, Khodorkovskiy and Lebedev v. Russia, nos. 11082/06 and 13772/05, 25 July 2013.
- Kok (dec.)*, Kok v. the Netherlands (decision), no. 43149/98, 4 July 2000.
- Kostovski*, Kostovski v. the Netherlands, no. 11454/85, 20 November 1989.
- Kovač*, Kovač v. Croatia, no. 503/05, 12 July 2007.
- Krasniki*, Krasniki v. the Czech Republic, no. 51277/99, 28 February 2006.
- Kuralić*, Kuralić v. Croatia, no. 50700/07, 15 October 2009.
- Lüdi*, Lüdi v. Switzerland, no. 12433/86, 15 June 1992.
- Lucà*, Lucà v. Italy, no. 33354/96, 27 February 2001.
- Lučić*, Lučić v. Croatia, no. 5699/11, 27 February 2014.
- Martin*, Martin v. Estonia, no. 35985/09, 30 May 2013.
- Matytsina*, Matytsina v. Russia, no. 58428/10, 27 March 2014.
- Melnikov*, Melnikov v. Russia, no. 23610/03, 14 January 2010.
- Mirilashvili*, Mirilashvili v. Russia, no. 6293/04, 11 December 2008.
- Mitkus*, Mitkus v. Latvia, no. 7259/03, 2 October 2012.
- Mulosmani*, Mulosmani v. Albania, no. 29864/03, 8 October 2013.
- Öcalan [GC]*, Öcalan v. Turkey [Grand Chamber], no. 46221/99, 12 May 2005.
- P. S.*, P. S. v. Germany, no. 33900/96, 20 December 2001.
- Papadakis*, Papadakis v. the Former Yugoslav Republic of Macedonia, no. 50254/07, 26 February 2013.
- Pesukic*, Pesukic v. Switzerland, no. 25088/07, 6 December 2012.
- Pichugin*, Pichugin v. Russia, no. 38623/03, 23 October 2012.
- Pishchalnikov*, Pishchalnikov v. Russia, no. 7025/04, 24 September 2009.
- Plüss (déc.)*, Plüss c. la Suisse (décision), n° 19535/92, 5 avril 1995.
- Prăjină*, Prăjină c. Roumanie, n° 5592/05, 7 janvier 2014.
- Pullar*, Pullar v. the United Kingdom, 22399/93, 10 June 1996.
- Q. H. (déc.)*, Q. H. c. la Suisse (décision), n° 20770/92, 24 février 1995.
- R. D. (dec.)*, R. D. v. Switzerland (decision), no. 23642/94, 4 September 1996.

-
- Rosin*, *Rosin v. Estonia*, no. 26540/08, 19 December 2013.
- Rudnichenko*, *Rudnichenko v. Ukraine*, no. 2775/07, 11 July 2013.
- S. E. (dec.)*, *S. E. v. Switzerland (decision)*, no. 28994/95, 4 March 1998.
- S. N.*, *S. N. v. Sweden*, no. 34209/96, 2 July 2002.
- Sadiki (déc.)*, *Sadiki c. la Suisse (décision)*, n° 28649/95, 22 octobre 1997.
- Saïdi*, *Saïdi v. France*, no. 14647/89, 20 September 1993.
- Salduz [GC]*, *Salduz v. Turkey [Grand Chamber]*, no. 36391/02, 27 November 2008.
- Salikhov*, *Salikhov v. Russia*, no. 23880/05, 3 May 2012.
- Şandru*, *Şandru v. Romania*, no. 33882/05, 15 October 2013.
- Schälchli (dec.)*, *Schälchli v. Switzerland (decision)*, no. 54908/00, 25 November 2003.
- Schatschaschwili*, *Schatschaschwili v. Germany*, no. 9154/10, 17 April 2014.
- Senn (dec.)*, *Senn v. Switzerland (decision)*, no. 17601/91, 7 April 1994.
- Solakov*, *Solakov v. the Former Yugoslav Republic of Macedonia*, no. 47023/99, 31 October 2001.
- Štefančič*, *Štefančič v. Slovenia*, no. 18027/05, 25 October 2012.
- Stojkovic*, *Stojkovic c. France et Belgique*, n° 25303/08, 27 octobre 2011.
- Suldin*, *Suldin v. Russia*, no. 20077/04, 16 October 2014.
- Taal*, *Taal v. Estonia*, no. 13249/02, 22 November 2005.
- Thompson*, *Thompson v. the United Kingdom*, no. 36256/97, 15 June 2004.
- Trampevski*, *Trampevski v. the Former Yugoslav Republic of Macedonia*, no. 4570/07, 10 July 2012.
- Tseber*, *Tseber c. République tchèque*, n° 46203/08, 22 novembre 2012.
- Unterpertinger*, *Unterpertinger v. Austria*, no. 9120/80, 24 November 1986.
- Van Mechelen*, *Van Mechelen and Others v. the Netherlands*, nos. 21363/93, 21364/93, 21427/93 and 22056/93, 23 April 1997.
- Vidgen*, *Vidgen v. the Netherlands*, no. 29353/06, 10 July 2012.
- Visser*, *Visser v. the Netherlands*, no. 26668/95, 14 February 2002.
- Vladimir Romanov*, *Vladimir Romanov v. Russia*, no. 41461/02, 24 July 2008.
- Vozhigov*, *Vozhigov v. Russia*, no. 5953/02, 26 April 2007.
- Vronchenko*, *Vronchenko v. Estonia*, no. 59632/09, 18 July 2013.
- Vyerentsov*, *Vyerentsov v. Ukraine*, no. 20372/11, 11 April 2013.
- W. K. (dec.)*, *W. K. v. Switzerland (decision)*, no. 15668/89, 6 December 1991.
- W. S.*, *W. S. v. Poland*, no. 21508/02, 19 June 2007.
- W. S. (déc.)*, *W. S. c. la Suisse (décision)*, n° 19409/92, 18 octobre 1995.

Weber (déc.), Weber c. la Suisse (décision), n° 24501/94, 17 mai 1995.

Windisch, Windisch v. Austria, no. 12489/86, 27 September 1990.

Zdravko Petrov, Zdravko Petrov v. Bulgaria, no. 20024/04, 23 June 2011.

Schweizerisches Bundesgericht

Amtlich publizierte Entscheide:

BGE 101 Ia 67, Urteil vom 19. März 1975.

BGE 101 IV 252, Urteil vom 6. August 1975.

BGE 104 Ia 314, Urteil vom 20. September 1978.

BGE 105 Ia 396, Urteil vom 12. Dezember 1979.

BGE 111 Ia 239, Urteil vom 27. November 1985.

BGE 113 Ia 412, Urteil vom 18. März 1987.

BGE 116 Ia 289, Urteil vom 25. April 1990.

BGE 118 Ia 17, Urteil vom 5. Mai 1992.

BGE 118 Ia 462, Urteil vom 8. Dezember 1992.

BGE 120 Ia 48, Urteil vom 22. Februar 1994.

BGE 124 I 241, Urteil vom 27. August 1998.

BGE 124 I 274, Urteil vom 23. September 1998.

BGE 125 I 127, Urteil vom 2. Dezember 1998.

BGE 125 II 417, Urteil vom 26. Juli 1999.

BGE 127 I 54, Urteil vom 28. November 2000.

BGE 128 I 81, Urteil vom 20. Dezember 2001.

BGE 129 I 49, Urteil vom 7. November 2002.

BGE 129 I 151, Urteil vom 6. November 2002.

BGE 131 I 476, Urteil vom 12. Oktober 2005.

BGE 132 I 127, Urteil vom 25. April 2006.

BGE 133 I 33, Urteil vom 2. November 2006.

BGE 137 IV 1, Urteil vom 16. Dezember 2010.

BGE 139 IV 25, Urteil vom 10. Oktober 2012.

BGE 139 I 16, Urteil vom 12. Oktober 2012.

Nicht amtlich publizierte Entscheide:

BGer 1P.650/2000, Urteil vom 26. Januar 2001.

BGer 6P.46/2000, Urteil vom 10. April 2001.

BGer 6P.90/2002, Urteil vom 6. Februar 2003.

BGer 6P.172/2004, Urteil vom 3. Oktober 2005.

BGer 6B_45/2008, Urteil vom 2. Juni 2008.

BGer 6B_255/2008, Urteil vom 10. Oktober 2008.

BGer 1B_198/2010, Urteil vom 5. Juli 2010.

BGer 1B_309/2010, Urteil vom 7. Oktober 2010.

BGer 6B_325/2011, Urteil vom 22. August 2011.

BGer 6B_324/2011, Urteil vom 26. Oktober 2011.

BGer 6B_453/2011, Urteil vom 20. Dezember 2011.

BGer 6B_647/2011, Urteil vom 29. Dezember 2011.

BGer 6B_807/2011, Urteil vom 5. Januar 2012.

BGer 6B_569/2011, Urteil vom 12. März 2012.

BGer 6B_370/2011, Urteil vom 17. April 2012.

BGer 1B_188/2012, Urteil vom 19. April 2012.

BGer 6B_22/2012, Urteil vom 2. Mai 2012.

BGer 6B_125/2012, Urteil vom 28. Juni 2012.

BGer 6B_207/2012, Urteil vom 17. Juli 2012.

BGer 1B_388/2012, Urteil vom 19. Juli 2012.

BGer 6B_251/2012, Urteil vom 2. Oktober 2012.

BGer 6B_370/2012, Urteil vom 22. Oktober 2012.

BGer 6B_295/2012, Urteil vom 24. Oktober 2012.

BGer 1B_531/2012, Urteil vom 27. November 2012.

BGer 6B_573/2011, Urteil vom 27. November 2012.

BGer 6B_446/2012, Urteil vom 29. November 2012.

BGer 1B_404/2012, Urteil vom 4. Dezember 2012.

BGer 6B_484/2012, Urteil vom 11. Dezember 2012.

BGer 6B_534/2012, Urteil vom 10. Januar 2013.

BGer 6B_514/2012, Urteil vom 24. Januar 2013.

BGer 6B_544/2012, Urteil vom 11. Februar 2013.

BGer 6B_614/2012, Urteil vom 15. Februar 2013.
BGer 6B_333/2012, Urteil vom 11. März 2013.
BGer 6B_442/2012, Urteil vom 11. März 2013.
BGer 6B_681/2012, Urteil vom 12. März 2013.
BGer 6B_702/2012, Urteil vom 11. April 2013.
BGer 6B_75/2013, Urteil vom 10. Mai 2013.
BGer 6B_183/2013, Urteil vom 10. Juni 2013.
BGer 6B_34/2013, Urteil vom 17. Juni 2013.
BGer 6B_139/2013, Urteil vom 20. Juni 2013.
BGer 6B_721/2012, Urteil vom 27. Juni 2013.
BGer 6B_670/2012, Urteil vom 15. Juli 2013.
BGer 6B_265/2013, Urteil vom 26. August 2013.
BGer 6B_717/2012, Urteil vom 17. September 2013.
BGer 6B_125/2013, Urteil vom 23. September 2013.
BGer 6B_200/2013, Urteil vom 26. September 2013.
BGer 6B_369/2013, Urteil vom 31. Oktober 2013.
BGer 6B_441/2013, Urteil vom 4. November 2013.
BGer 6B_536/2013, Urteil vom 28. November 2013.
BGer 6B_718/2013, Urteil vom 27. Februar 2014.
BGer 6B_510/2013, Urteil vom 3. März 2014.
BGer 6B_1112/2013, Urteil vom 20. März 2014.
BGer 6B_676/2013, Urteil vom 28. April 2014.
BGer 6B_1162/2013, Urteil vom 8. Mai 2014.
BGer 1B_152/2014, Urteil vom 15. Mai 2014.
BGer 6B_1057/2013, Urteil vom 19. Mai 2014.
BGer 6B_970/2013, Urteil vom 24. Juni 2014.
BGer 6B_364/2014, Urteil vom 30. Juni 2014.
BGer 6B_1152/2013, Urteil vom 28. August 2014.
BGer 6B_620/2014, Urteil vom 25. September 2014.
BGer 6B_1021/2013, Urteil vom 29. September 2014.
BGer 6B_98/2014, Urteil vom 30. September 2014.

Kantonale Gerichte

AppGer BS, BE.2011.87, Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt vom 19. Januar 2012.

KassGer ZH, ZR 98 (1999) Nr. 63, Urteil des Kassationsgerichts des Kantons Zürich vom 2. März 1999.

KGer SG, GVP 2012 Nr. 5 S. 13, Urteil des Kantonsgerichts St. Gallen vom 5. Juni 2012.

KGer GR, SK1 12 40, Beschluss des Kantonsgerichts Graubünden vom 6. November 2012.

OGer AG, SBK.2011.91, Urteil des Obergerichts des Kantons Aargau vom 19. Mai 2011.

OGer BE, BK 12 35, Urteil des Obergerichts des Kantons Bern vom 30. April 2012.

OGer BE, BK 12 302, Urteil des Obergerichts des Kantons Bern vom 30. Januar 2013.

OGer ZH, UH110023, Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich vom 11. Mai 2011.

OGer ZH, SB120097, Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 18. Dezember 2012.

OGer ZH, UP120041, Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich vom 10. Januar 2013.

OGer ZH, SB120347, Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 25. Januar 2013.

OGer ZH, SB120361, Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 28. Januar 2013.

OGer ZH, SU120041, Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 8. Mai 2013.

OGer ZH, UH130106, Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich vom 24. Mai 2013.

OGer ZH, SB130090, Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 24. Juni 2013.

OGer ZH, SB130145, Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 23. August 2013.

OGer ZH, SB130427, Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 18. März 2014.

Oberste Gerichtshöfe anderer Länder

Grossbritannien: *UKSC, R. v. Horncastle*, *R. v. Horncastle and Others*, [2009] UKSC 14.

Kanada: *SCC, R. c. Khelawon*, 2006 SCC 57, [2006] 2 S.C.R. 787.

USA: *U.S., Barber v. Page*, 390 U.S. 719 (1968).

USA: *U.S., Crawford v. Washington*, 541 U.S. 36 (2004).

I. Einführung*

„Everyone charged with a criminal offence has the [...] minimum right [...] to examine or have examined witnesses against him”¹, stipuliert Art. 6(3)(d)(1. Halbsatz)² EMRK das sogenannte Konfrontationsrecht des Beschuldigten. Ein Strafverfahren, so die Grundidee, kann nur fair sein, wenn belastende Personalbeweise waffengleich erhoben werden. Ebenso wie die Strafverfolgungsbehörden soll auch der Beschuldigte Gelegenheit erhalten, Fragen an die Belastungszeugen zu stellen und deren Aussagen konfrontativ in Zweifel zu ziehen. Im Verhältnis zwischen EGMR und oberen nationalen Gerichten besitzt das Konfrontationsrecht beträchtliches Konfliktpotential: Art. 6(3)(d) EMRK als wohl „wichtigste Bestimmung der Konvention für das Beweisverfahren“³ ist eng verflochten mit Fragen der Zulässigkeit und Würdigung von Beweismitteln – ein Bereich von elementarer Bedeutung für den Strafrechtsalltag⁴, in welchem die nationale Verfahrenshoheit besonders gross geschrieben wird. Die fourth instance doctrine verbietet dem EGMR, als Superrevisionsinstanz über nationales Prozessrecht zu richten; er darf ausschliesslich die Beachtung der Konventionsrechte kontrollieren⁵. In seiner Rechtsprechung zum Konfrontationsrecht betont der Gerichtshof denn auch beständig, „that the admissibility of evidence is primarily a matter for regulation by national law and as a general rule it is for the national courts to assess the evidence before them“⁶. Dennoch sorgt die Strassburger Konzeption des Konfrontationsrechts in den Konventionsstaaten regelmässig für Unmut; nicht zuletzt auch am Schweizerischen Bundesgericht. Zur wohl grössten Kraftprobe zwischen dem EGMR und einem Vertragsstaat kam es 2009, als sich der Oberste Gerichtshof des Vereinigten Königreichs durch das Kammer-Urteil *Al-Khawaja and Tahery* zur offenen Rebellion veranlasst sah: Konsterniert über das Ausmass, in welchem unter dem Banner von Art. 6(3)(d) EMRK in die nationale Regulierung von hearsay evidence eingriffen worden war, verweigerte der Supreme Court der EGMR-Rechtsprechung in *R. v. Horncastle* kurzerhand die Anwendung und lud den Gerichtshof ein, seinen Entscheid zu überdenken⁷. Seitdem hat sich in Sachen Konfrontationsrecht einiges getan. Die Grosse Kammer des EGMR, an die Grossbritannien *Al-Khawaja and Tahery* weiterzog, nahm die Kritik des Supreme Court 2011 auf und flexibilisierte seine Rechtsprechung zum Konfrontationsrecht, um nationalen Besonderheiten

* *Leserhinweise*: Stand der Einarbeitung von Literatur und Rechtsprechung ist der 9. November 2014. Auch die Rechtsprechung wird durchwegs abgekürzt zitiert. Auf eine Verwendung von Paarformen und Doppelbezeichnungen verzichtet die Autorin; stets steht die männliche Form auch für die weibliche.

Dank: Prof. Dr. Marc Forster danke ich herzlich für den thematischen Impuls und die Übernahme des Referats. Besonderer Dank gebührt Gabriel Gertsch, BLaw et BIA HSG, für kritische Bemerkungen und sorgfältige Durchsicht.

¹ Ein im Wortlaut nahezu identisches Recht enthält auch Art. 14(3)(e) UNO-Pakt II.

² Fortan wird als Referenz nur noch Art. 6(3)(d) EMRK verwendet, womit für den Zweck der vorliegenden Arbeit ausschliesslich das Recht auf Konfrontation von Belastungszeugen gemeint sein soll. Wo die Verfasserin sich zusätzlich auf den zweiten Teilgehalt von Art. 6(3)(d) EMRK – das Recht auf Ladung und Befragung von Entlastungszeugen – bezieht, wird explizit darauf hingewiesen.

³ TRECHSEL, Unmittelbarkeit, 1366.

⁴ Vgl. DERS., Human Rights, 193: „The admissibility of [...] evidence [...] will regularly be decisive to the question of whether to convict or to acquit.”

⁵ Vgl. etwa DEHNE-NIEMANN, 193; HOYANO, 7 f.; PFIFFNER & BOLLINGER, Rz. 12; SUMMERS, 3 f.

⁶ Siehe z.B. *Doorson*, § 67; *Lucà*, § 38; *Van Mechelen*, § 50; *Visser*, § 43.

⁷ Vgl. UKSC, *R. v. Horncastle*, § 11; s.a. BARNES, 478; DE WILDE, 160; HALE, 76; REDMAYNE, Confrontation, 2.

stärker Rechnung zu tragen⁸. Im gleichen Jahr erhielt die Schweiz mit der eidgenössischen Strafprozessordnung erstmals eine einheitliche gesetzliche Kodifikation der Verteidigungsrechte, die in Art. 147 Abs. 1 StPO ein umfassendes Teilnahmerecht für Beweiserhebungen vorsieht. Diesen und anderen Entwicklungen rund um Art. 6(3)(d) EMRK gilt das Interesse der vorliegenden Arbeit: Unter Berücksichtigung der neueren EGMR-Rechtsprechung untersucht die Autorin den Gehalt des Konfrontationsrechts und dessen Einschränkbarkeit. Zugleich geht sie der Frage nach, ob den konventionsrechtlichen Vorgaben in der Schweiz ausreichend Rechnung getragen wird. Vertieft befasst sich die Arbeit mit der Ent-Absolutierung der ‚sole or decisive‘-Rule, die Einschränkungen des Konfrontationsrechts bis *Al-Khawaja and Tahery* [GC] eine strikte Grenze gesetzt hatte.

Die Autorin verfährt wie folgt: Kap. II. gibt einen Überblick über die Hintergründe des Konfrontationsrechts und seinen Schutzgehalt in der Judikatur des EGMR. Geklärt wird, was der Gerichtshof unter einer optimalen Konfrontation versteht und unter welchen Bedingungen er Abweichungen von dieser zulässt. *Al-Khawaja and Tahery* [GC] und andere jüngere Urteile finden dabei Berücksichtigung, soweit sie die bisherige Rechtsprechung des EGMR präzisieren oder verdeutlichen (die grundlegenden Veränderungen werden dann in Kap. IV. dargestellt und diskutiert). In Kap. III. erfolgt ein Blickwechsel hin zur Schweiz. Die Arbeit bilanziert kurz die bislang in Zusammenhang mit Art. 6(3)(d) EMRK gegen die Schweiz geführten Verfahren vor dem EGMR. Anschliessend wird aufgezeigt, in welchen Punkten Schweizer Recht und Praxis von den konventionsrechtlichen Vorgaben wesentlich abweichen. Zuletzt wendet sich das Kapitel Art. 147 StPO zu und versucht, dessen Verhältnis zur konventionsrechtlichen Mindestgarantie des Art. 6(3)(d) EMRK zu erhellen. Kap. IV. schliesslich gilt der Flexibilisierung der ‚sole or decisive‘-Rule seit *Al-Khawaja and Tahery* [GC]. Die Verfasserin geht der Frage nach, welche Konsequenzen die Rechtsprechungsänderung für das Konfrontationsrecht zeitigt. Am stärksten betroffen ist die Kompensationsprüfung als bisher dritte Voraussetzung für Einschränkungen von Art. 6(3)(d) EMRK – sie steht im Vordergrund des Kapitels. Ihr Wandel wird zunächst *abstrakt* in seinen methodischen und begrifflichen Dimensionen nachvollzogen. Im Anschluss soll eine systematische Rechtsprechungsanalyse zeigen, wie der Gerichtshof die Kompensationsprüfung seit *Al-Khawaja and Tahery* [GC] *konkret* handhabt. Berücksichtigt werden alle Urteile zwischen Dezember 2011 und November 2014, die im offiziellen HUDOC-Suchkatalog⁹ unter Case Reports, High Importance oder Medium Importance katalogisiert sind. Auf Grundlage der gewonnenen Ergebnisse hinterfragt die Autorin die im Schrifttum an *Al-Khawaja and Tahery* [GC] geäusserte Kritik und untersucht, ob und wie die konventionsrechtlichen Veränderungen in der schweizerischen Praxis nachvollzogen wurden. Nach einer kurzen Zusammenfassung schliesst die Arbeit mit einigen grundsätzlichen Bemerkungen (Kap. V.).

⁸ Siehe *Al-Khawaja and Tahery* [GC], § 146 f.; s.a. DU BOIS-PÉDAIN, 121 f.; ESSER, GAEDE & TSAMBIKAKIS, EGMR 2008-2010, 621; MEYER, 117 ff.

⁹ Zu finden unter <hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#> (zuletzt abgerufen am 16. November 2014).

II. Konfrontationsrecht nach Art. 6(3)(d) EMRK – Tradiertes aus aktueller Perspektive

1. Konfrontationsrecht und faires Verfahren

Begreifen lässt sich das Konfrontationsrecht nur vor dem Hintergrund von Art. 6 EMRK. Diese „wichtigste Norm der EMRK“¹⁰ garantiert den Rechtsunterworfenen das Recht auf ein faires Verfahren (right to a fair trial) mit minimalen Organisationsgarantien und Verfahrensrechten¹¹. Für den strafrechtlich Beschuldigten¹² gewährleistet Art. 6(1) EMRK als allgemeines Fairnessgebot, dass gegen ihn in einem fairen Verfahren (fair hearing) verhandelt wird. Ein solches hat sich nach der EGMR-Rechtsprechung an der Leitvorstellung eines kontradiktorischen und waffengleichen Verfahrensablaufs zu orientieren – die Verfahrensbeteiligten sollen ihre Prozessstandpunkte unter gleichartigen Bedingungen vertreten können¹³. Konkretisierend statuiert Abs. 3 jene minimum rights, die dem Beschuldigten eines jeden fairen Strafprozesses zukommen müssen; unter ihnen in lit. d das Recht auf Konfrontation von Belastungszeugen. Diese Mindestrechte, geeint durch den Grundsatz effektiver Verteidigung, sind jeweils Ausdruck spezifischer Aspekte des allgemeinen Fairnessgebots¹⁴. Beim Konfrontationsrecht liegt dieser Aspekt in der Herstellung von Waffengleichheit bei der Erhebung von Personalbeweisen: „The purpose of this paragraph is to place the accused on a footing of equality with the public prosecutor, as regards the hearing of witnesses“¹⁵. Weil menschliche Aussagen immer auch dadurch geprägt sind, welche Fragen wie und in welchem Kontext gestellt werden, soll auch die Verteidigung durch Ergänzungsfragen Einfluss nehmen können. Der Ursprung der Abs. 3-Rechte im allgemeinen Fairnessgebot von Abs. 1 ist aber nicht nur von theoretischem Interesse, sondern in der Praxis des EGMR höchst relevant. „When compliance with paragraph 3 is being reviewed, its basic purpose must not be forgotten nor must it be severed from its roots“, erinnert der Gerichtshof in *Artico*¹⁶. Behauptete Verstöße gegen die Mindestrechte des Beschuldigten prüft er kaum je isoliert, sondern zieht Abs. 1 regelmässig ergänzend heran. Gerade bei Art. 6(3)(d) EMRK mit seiner heiklen Nähe zu Beweiszulassung und -würdigung greift der EGMR aus Rücksicht auf nationale Verfahrensbesonderheiten stets auf den allge-

¹⁰ MEYER, EMRK-Komm. Karpenstein/Mayer, Art. 6 Rz. 1. Im Jahr 2013 etwa betrafen über 30% der festgestellten Konventionsverletzungen Art. 6 EMRK, vgl. EGMR Jahresbericht 2013, 195. Zur Bedeutung der Bestimmung auch ESSER, 401; GRABENWARTER & PABEL, Grundsatz, Rz. 8; HAEFLIGER, 30.

¹¹ Vgl. MEYER, a.a.O., Art. 6 Rz. 2. GRABENWARTER & PABEL, a.a.O., Rz. 1 ff., sehen die Rechtsweggarantie, die Garantie des gesetzlichen Richters sowie das rechtliche Gehör als gemeineuropäische Herzstücke des fairen Verfahrens. Zur anglo-amerikanischen Geprägtheit von Art. 6 EMRK z.B. DIES., a.a.O., Rz. 8; HAEFLIGER & SCHÜRMANN, 239; TRECHSEL, Human Rights, 292; relativierend hingegen DU BOIS-PÉDAIN, 135 f.

¹² Zur autonomen konventionsrechtlichen Bestimmung, wann ein nationales Verfahren strafrechtlichen Charakter besitzt und damit die strafprozessualen Garantien von Art. 6 EMRK auslöst, vgl. insb. den Leitentscheid *Engel*, § 80 ff., sowie VOGLER, IntKommEMRK, Art. 6 Rz. 187 ff.; MEYER, a.a.O., Art. 6 Rz. 23 ff.; PEUKERT, EMRK-Komm. Frowein/Peukert, Art. 6 Rz. 25 ff.

¹³ Siehe ESSER, 401 m.H.; vgl. auch GRABENWARTER & PABEL, Grundsatz, Rz. 93.

¹⁴ Abs. 3 darf deshalb nicht als abschliessend missverstanden werden, siehe *Artico*, § 32; Bericht EMRK, 1108. Die zentrale Bedeutung von Art. 6 EMRK liegt für den Beschuldigten darin, dass der Gerichtshof dem allgemeinen Fairnessgebot in steter Konkretisierung neue ungeschriebene Garantien entnimmt. Für Beispiele vgl. ESSER, 400 f.; MEYER, EMRK-Komm. Karpenstein/Mayer, Art. 6 Rz. 171.

¹⁵ Bericht Vorbereitungsarbeiten Art. 6 EMRK, 22; ebenso *Huseyn*, § 200; s.a. CORSTENS & PRADEL, 426 f.; ESSER, 633; GRABENWARTER & PABEL, Grundsatz, Rz. 156; HAEFLIGER & SCHÜRMANN, 239; KÜHNE, IntKommEMRK, Art. 6 Rz. 577, sowie BGE 129 I 151 E. 3.1; 131 I 476 E. 2.2.

¹⁶ *Artico*, § 32; s.a. KÜHNE, IntKommEMRK, Art. 6 Rz. 486; SCHLEIMINGER, Konfrontation, 7.

meinen Fairnessgrundsatz zurück und prüft „whether the proceedings as a whole, including the way in which evidence was taken, were fair“¹⁷ (hierzu Kap. II.3.).

2. Grundgehalt des Konfrontationsrechts

a) Allgemeines

Mit Art. 6(3)(d) EMRK – „[right to] to examine or have examined witnesses against him“ – wird das Konfrontationsrecht nur sehr vage umschrieben. Unstrittig ist, dass der Beschuldigte grundsätzlich alle belastenden Aussagen konfrontativ überprüfen können muss¹⁸. Über den Umfang dieses Anspruchs und die Modalitäten seiner Ausübung aber lässt uns der Wortlaut im Unklaren. Der Gerichtshof hat seinen Gestaltungsspielraum genutzt und der Bestimmung in einer umfangreichen Rechtsprechung Leben eingehaucht. Das Konfrontationsrecht gewährt er dem Beschuldigten gegenüber jeder Person, „[whose] deposition may serve to a material degree as the basis for a conviction“¹⁹. Ob die Person nach nationalem Verfahrensrecht Zeugenstatus innehat oder zu welchem Zeitpunkt und in welcher Form ihre Aussage erfolgt ist, spielt für diese autonome Begriffsbestimmung keine Rolle. Entscheidend kann (ex ante) nur sein, dass die Aussage dem Urteilsgericht de facto vorliegt und grundsätzlich gegen den Beschuldigten verwendet werden könnte. Ohne weiteres als Belastungszeugen i.S.v. Art. 6(3)(d) EMRK gelten daher auch Mitbeschuldigte, Sachverständige²⁰, Informanten der Polizei oder Observationspersonen, die ihre Beobachtungen in einem schriftlichen Bericht festhalten²¹. Anders als das Recht auf Ladung und Befragung von Entlastungszeugen gemäss Art. 6(3)(d)(2. Halbsatz) EMRK, das die nationalen Gerichte an die Entscheidungserheblichkeit der zu erwartenden Aussage knüpfen dürfen²², ist das Konfrontationsrecht grundsätzlich *absolut*. Damit ist freilich nicht gemeint, dass es schlechthin uneinschränkbar wäre (dazu Kap. II.3.). Seine Gewährung darf aber weder von der Bedeutung der Aussage abhängig gemacht noch in antizipierter Beweiswürdigung als unnötig abgelehnt werden: „If the prosecution decides that a particular person is a relevant source of information and relies on his or her testimony at the trial [...], and if the testimony of that witness is used by the court to support a guilty verdict [...], it must be

¹⁷ Z.B. *Beraru*, § 74; *Gabrielyan*, § 75; *Gani*, § 37; *Mulosmani*, § 124; *Papadakis*, § 86; *Rudnichenko*, § 100.

¹⁸ Vgl. anstatt vieler MEYER, EMRK-Komm. Karpenstein/Mayer, Art. 6 Rz. 198.

¹⁹ Z.B. *Lucà*, § 41; *Melnikov*, § 66; *Rudnichenko*, § 102.

²⁰ Auf Sachverständige kann die EGMR-Rspr. zum Konfrontationsrecht indes nicht pauschal übertragen werden, da sie auf den Normalfall des Augenzeugen zugeschnitten ist. Die besondere Verfahrensstellung von Sachverständigen macht eine differenzierte Anwendung der entwickelten Grundsätze und Prinzipien erforderlich, vgl. insb. *Matytsina*, § 168; s.a. *Khodorkovskiy and Lebedev*, § 711; TRECHSEL, Human Rights, 303.

²¹ Zum Begriff des Belastungszeugen vgl. *Kostovski*, § 40; *Windisch*, § 23; CORSTENS & PRADEL, 427; ESSER, 630; GRABENWARTER, ECHR, Art. 6 Rz. 144; JACOBS, WHITE & OVEY, 294; MEYER, EMRK-Komm. Karpenstein/Mayer, Art. 6 Rz. 200; WOHLERS, ZK StPO, Art. 147 Rz. 12; s.a. die Rezeption durch das BGer in BGE 125 I 127 E. 6a; 129 I 151 E. 3.1; 131 I 476 E. 2.2; BGer 6B_22/2012 E. 3.1; 6B_125/2012 E. 3.3.2.

²² Weil sich das Ladungsrecht auf *zusätzliche* Zeugen bezieht, die anders als beim Konfrontationsrecht nicht schon durch staatliche Organe in das Verfahren einbezogen worden sind, kann es um der Verfahrensdauer willen nicht uneingeschränkt gelten, hierzu ausführlich SCHLEIMINGER, Konfrontation, 31 ff. Der EGMR stellt die Zulassung entsprechender Anträge daher in das Ermessen des nationalen Richters, solange für Beschuldigten und Ankläger gleiche Bedingungen gelten, vgl. z.B. *Bricmont*, § 89; *Solakov*, § 57, 66.

presumed that his or her personal appearance and questioning are necessary, unless the testimony of that witness is manifestly irrelevant or redundant”²³.

b) *Verfahrensstadium der Konfrontation*

Nach der Standardformulierung des EGMR verlangen Art. 6(3)(d) und 6(1) EMRK, „that witness statements be made at a public hearing in the presence of the accused with a view to adversarial argument”²⁴. Noch deutlichere Worte findet der Gerichtshof in *Matytsina* und betont, „[that] [i]t 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”²⁵. Der Konvention liegt die Idealvorstellung einer mündlichen Verhandlung vor dem Urteilsgericht zugrunde, in deren Rahmen Belastungszeugnisse ‚live‘ abgenommen und unmittelbar vom Beschuldigten konfrontiert werden²⁶. Zwar kann unter Umständen auch die Gelegenheit zur Konfrontation im Vorverfahren genügen, *wenn die Verteidigungsrechte gewahrt bleiben*²⁷. Diese Rechtsprechung darf aber nicht dahingehend missverstanden werden, dass eine Gegenüberstellung im Ermittlungs- oder Untersuchungsverfahren den konventionsrechtlichen Vorgaben per se entspricht²⁸. In neueren Urteilen hat der Gerichtshof unmissverständlich klargestellt: „(T)he 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”²⁹ – die Konfrontation nur im Vorverfahren ist nicht Regel, sondern begründungsbedürftige Ausnahme; keine vollwertige Gewährung des Konfrontationsrechts, sondern dessen Einschränkung. Zwar ist die Rhetorik des Gerichtshofs nicht immer derart klar. Bei genauem Hinsehen aber lassen auch andere Urteile keinen Zweifel: Art. 6(3)(d) EMRK verleiht ein *Recht auf Konfrontation in der Hauptverhandlung*, dessen Einschränkung denselben Voraussetzungen untersteht wie andere Abweichungen von der optimalen Konfrontation³⁰.

²³ *Khodorkovskiy and Lebedev*, § 712; s.a. BGer 6B_573/2011 E. 2.4; 6B_125/2012 E. 3.3.1; 6B_446/2012 E. 4.1, 5.2; 6B_183/2013 E. 1.4; SCHLEIMINGER, Konfrontation, 33. Solche Ergänzungsfragen zurückzuweisen, die ungebührlich oder offensichtlich irrelevant sind, ist mit Sinn und Zweck des Konfrontationsrechts demgegenüber ohne weiteres vereinbar, solange die Konfrontation an sich gewährt wird und der Beschuldigte alle Fragen stellen darf, die nur irgendwie erheblich sein könnten, vgl. BGE 129 I 151 E. 4.2, 4.3; BGer 6B_251/2012 E. 2.3.2; BISCHOFF, 94; M. KAUFMANN, 120 f.; SCHEIDEGGER, 240.

²⁴ *Al-Khawaja and Tahery* [GC], § 118; s.a. *Gani*, § 38; *Lüdi*, § 47; *Melnikov*, § 65; *Rosin*, § 52; *Van Mechelen*, § 51. Allerdings schreibt die Konvention nicht vor, „that evidence given by a witness in open court [...] should always be relied on in preference to other statements made by the same witness in the course of criminal proceedings, not even when the two are in conflict” (*Camilleri* [dec.], S. 5; *Doorson*, § 78; s.a. JACKSON & SUMMERS, 358 f.).

²⁵ *Matytsina*, § 153 m.w.H.

²⁶ Vgl. GAEDE, 829; GRABENWARTER, ECHR, Art. 6 Rz. 144; MEYER, EMRK-Komm. Karpenstein/Mayer, Art. 6 Rz. 199; TRECHSEL, Human Rights, 299. Der gleichen Konzeption folgt die US-Confrontation Clause, vgl. bereits U.S., *Barber v. Page*, 725 f.

²⁷ Siehe z.B. *Al-Khawaja and Tahery* [GC], § 118; *Lüdi*, § 47; *Van Mechelen*, § 51.

²⁸ So aber die wohl h.L. in der Schweiz, vgl. insb. WOHLERS, ZK StPO, Art. 147 Rz. 13; s.a. GRONER, 259; GUT & FINGERHUTH, ZK StPO, Art. 343 Rz. 13; HAEFELIGER & SCHÜRMANN, 239; JACKSON & SUMMERS, 343 f.; SCHMID, Handbuch, Rz. 832; gl.M. für Deutschland etwa GERDEMANN, 92 f. Auch das BGer erliegt diesem Missverständnis, hierzu unten, Kap. III.3.a.a.

²⁹ *Damir Sibgatullin*, § 47; ebenso auch *Karpenko*, § 68; *Matytsina*, § 153.

³⁰ Beispiel: In *Aigner*, § 35, wo der Beschuldigte mit seinem vorgeblichen Opfer nur, aber immerhin, vor dem Untersuchungsrichter konfrontiert worden war, prüfte der Gerichtshof explizit, ob die nationalen Behörden diese Einschränkung von Art. 6(3)(d) EMRK ausreichend kompensiert hatten. Zum Ganzen *Karpenko*, § 68, 70 f., 76. Gleiche Interpretation der EGMR-Rspr. schon bei ALBRECHT, Unmittelbarkeit, 192; DEMKO, 424; HAUSER, Unmittelbarkeit, 174 f.; KRAUSBECK, 92 f.; TRECHSEL, Human Rights, 305 f.; DERS., Unmittelbarkeit, 1369 f.

Umgekehrt fliesst aus der Konvention grundsätzlich kein Anspruch, Belastungszeugen bereits im Ermittlungs- oder Untersuchungsverfahren zu konfrontieren³¹. Zwar sind die strafrechtlichen Verfahrensgarantien des Art. 6 EMRK nicht erst in der Hauptverhandlung beachtlich, doch haben die Konventionsstaaten vorher grossen Spielraum in Art und Ausmass ihrer Gewährung. Schon die Gesamtfairness-Betrachtung des EGMR schliesst einen Konfrontationsanspruch für das Vorverfahren, der von der konkreten Gestaltung des Hauptverfahrens losgelöst ist, logisch aus³². Dennoch erstreckt sich der Geltungsbereich des Konfrontationsrechts in verschiedener Hinsicht in frühere Verfahrensstadien. Insbesondere müssen die nationalen Behörden jedenfalls dann im Vorverfahren um die Gewährleistung der Abs. 3-Rechte besorgt sein, „if and in so far as the fairness of the trial is likely to be seriously prejudiced by an initial failure to comply with them“³³. In der Rechtsprechung zum Konfrontationsrecht schlägt sich dieser Grundsatz sehr konkret nieder, wo der Gerichtshof Prozesse ohne Konfrontation im Hauptverfahren auf ihre EMRK-Konformität beurteilt. Wurde dem Tatverdächtigen im Vorverfahren keine Gelegenheit zur Ausübung seines Rechts geboten, obschon sich das spätere Konfrontationshindernis bereits abzeichnete, wirkt sich dies für den Konventionsstaat belastend aus. In der neueren Fallpraxis dominieren in diesem Zusammenhang Sexualdelikte gegenüber Minderjährigen, bei denen die Strafbehörden früh die Absicht gefasst hatten, den Opfern eine Teilnahme an der Hauptverhandlung zu ersparen³⁴. Für derlei Fälle sind die Strafverfolgungsbehörden verpflichtet, eine Konfrontation durchzuführen, solange sie noch möglich ist.

c) Die „optimale“ Konfrontation

Von der Art und Weise, in der eine Konfrontationseinvernahme optimalerweise abläuft, hat der Gerichtshof recht klare Vorstellungen. Leitkriterien sind ihm dabei die beiden Formeln *practical and effective rights*³⁵ und *adequate and proper opportunity*³⁶ – der Beschuldigte muss eine wirksame, angemessene und geeignete Konfrontationsgelegenheit erhalten. Im Normalfall setzt dies voraus, dass der Beschuldigte und sein Verteidiger das Konfrontationsrecht gemeinsam ausüben³⁷. Die Konfrontation des Belastungszeugen über *Ergänzungsfragen* zu dessen Aussage steht dabei zwar im Vordergrund. Art. 6(3)(d) EMRK gewährt dem Beschuldigten aber mehr als ein blosses Fragerecht. Dies bringt der Gerichtshof zum Ausdruck, indem er den EMRK-Wortlaut „right to examine witnesses against him“ in seiner Rechtsprechung zur „op-

³¹ Gl.M. z.B. BISCHOFF, 99; ESSER, 646; GAEDE, 280; GOLLWITZER, Rz. 225; SIMON, 106. A.M. hingegen TRECHSEL, Human Rights, 308 f. (zustimmend noch in DERS., Unmittelbarkeit, 1370).

³² Vgl. z.B. *Galstyan*, § 89 (Anwendung von Art. 6[3][c] EMRK im Vorverfahren); s.a. GRABENWARTER & PABEL, Grundsatz, Rz. 28; MEYER, EMRK-Komm. Karpenstein/Mayer, Art. 6 Rz. 37; MÜLLER & SCHEFER, 992.

³³ *Imbrioscia*, § 36; s.a. *Kuralić*, § 44; *Martin*, § 77; *Öcalan* [GC], § 131; GAEDE, 455; MEYER, a.a.O., Art. 6 Rz. 37; MÜLLER & SCHEFER, 992.

³⁴ Vgl. *Rosin*, § 57, 59 f.; *Vronchenko*, § 63. Weitere Fälle betreffen fluchtgefährdete Zeugen, wie etwa in *Chmura*, § 51, oder tödlich erkrankte Belastungszeugen. Siehe e contrario auch *Lučić*, § 83; *Schatschaschwili*, § 75. Zu dieser Problematik bereits GOLLWITZER, Rz. 227a. Näheres unten, Kap. IV.3.a.aa.

³⁵ Diese Zielsetzung gilt für alle Konventionsrechte, insb. aber für die Verteidigungsrechte des Beschuldigten im Strafverfahren, vgl. z.B. *Artico*, § 33; *Gabrielyan*, § 65; *Khodorkovskiy and Lebedev*, § 627.

³⁶ Siehe unter vielen z.B. *Al-Khawaja and Tahery* [GC], § 118; *Lucà*, § 40; *Schatschaschwili*, § 63; *Van Mechelen*, § 51.

³⁷ Vgl. z.B. *Doorson*, § 74. Die Mitwirkung des Beschuldigten drängt sich auf, wenn die Aussage des Belastungszeugen Vorgänge betrifft, an denen der Beschuldigte aktiv oder beobachtend beteiligt war. Andererseits ist das Fachwissen des Verteidigers unentbehrlich, um die urteilerheblichen Aussagepunkte mit präzisen Fragen zu überprüfen, siehe TRECHSEL, Unmittelbarkeit, 1370 f. Gl.M. auch das BGER, s. z.B. BGER 6B_45/2008 E. 2.4 m.H.; 6B_324/2011 E. 1.2; 6B_681/2012 E. 2.3.1.

portunity to challenge *and* question a witness against him³⁸ macht. Ein Blick in die Judikatur zeigt, was genau der Beschuldigte *hinterfragen* bzw. überprüfen können muss: Die persönliche Glaubwürdigkeit der Belastungszeugen (probity and credibility of his accusers) ebenso wie die Glaubhaftigkeit der Belastungszeugnisse (truthfulness and reliability of their statements)³⁹.

Diese sachlich-inhaltliche Zielsetzung von Art. 6(3)(d) EMRK verlangt nach EGMR-Rechtsprechung drei zentrale Konfrontationsmodalitäten: (1) Kenntnis der Identität des Belastungszeugen und (2) dessen bisheriger Aussagen⁴⁰ sowie (3) die unmittelbare physische Gegenüberstellung von Angesicht zu Angesicht; bei der Ergänzungsbefragung ebenso wie bei der vorangehenden Einvernahme durch Richter oder Staatsanwaltschaft. Nur in Kenntnis der Identität kann der Beschuldigte die Motiv- und Interessenlage des Zeugen hinsichtlich des Prozessausgangs durchleuchten und persönliche Feindseligkeiten oder Voreingenommenheiten enttarnen. Dabei ist er nun eben nicht auf das Mittel der Ergänzungsbefragung beschränkt: Es steht ihm offen, eigene Nachforschungen zu betreiben und den Zeugen mit seinen Ergebnissen zu konfrontieren⁴¹. Auf die physische Gegenüberstellung andererseits legt der EGMR Wert, damit verbales und nonverbales Aussageverhalten des Belastungszeugen für den Beschuldigten wahrnehmbar sind; er mithin physisch-stimmliche Reaktionen (Erröten, Stottern, Schwitzen etc.) in seiner Glaubwürdigkeits- resp. Verlässlichkeitsprüfung berücksichtigen kann⁴². Zudem soll es der Verteidigung möglich sein, die Art und Weise, in welcher die belastende Aussage zustande kam, nachzuvollziehen und in Frage zu stellen⁴³. Art. 6(3)(d) EMRK erhält damit in gewisser Weise die Bedeutung eines Anwesenheitsrechts des Beschuldigten; mit den Worten des EGMR: „[the right] to test the truthfulness and reliability of their [the witnesses’] evidence, by having them orally examined in his presence”⁴⁴.

d) *Verzicht und Verwirkbarkeit*

Es bleibt den Konventionsstaaten überlassen, wie sie ihre Pflicht zur Gewährleistung der Konventionsrechte verfahrensrechtlich ausgestalten⁴⁵. In diesem Sinne knüpft das Schweizerische Bundesgericht die Ausübung des Konfrontationsrechts an die frist- und formgerechte Stellung eines entsprechenden Beweisantrags. Wird der Antrag nicht spätestens in der erstinstanzlichen Verhandlung gestellt, obschon dazu nach Treu und Glauben Anlass bestanden hätte, geht das Bundesgericht von einem konkludenten *Verzicht* aus⁴⁶. Auch der EGMR betrachtet Art. 6(3)(d)

³⁸ Z.B. *Al-Khawaja and Tahery* [GC], 118; *Lucà*, § 39; *Mulosmani*, § 130; *S. N.*, § 44; *Solakov*, § 57; *Van Mechelen*, § 51. Die deutsche Sprachfassung von Art. 6(3)(d) EMRK, der zufolge der Beschuldigte das Recht hat, „Fragen an Belastungszeugen zu stellen oder stellen zu lassen“, erscheint insofern etwas verkürzt, vgl. DEHNE-NIEMANN, 190 f.

³⁹ Vgl. insb. *Damir Sibgatullin*, § 57; *Ellis, Simms and Martin* (dec.), § 74; *Rosin*, § 57; s.a. GAEDE, 278; MAHLER, 3 f.; WOHLERS, ZK StPO, Art. 147 Rz. 15.

⁴⁰ Für Details vgl. BISCHOFF, 97; GAEDE, 830; WOHLERS, a.a.O., Art. 147 Rz. 18; DERS., Zeugenschutz, 166.

⁴¹ Siehe *Al-Khawaja and Tahery* [GC], § 127; *Ellis, Simms and Martin* (dec.), § 74; *Garofolo* (dec.), § 46; *Hümmer*, § 38; *Schatschaschwili*, § 63; vgl. insb. auch BISCHOFF, 97; ferner ACKERMANN, CARONI & VETTERLI, 1072; GAEDE, 280; WOHLERS, ZK StPO, Art. 147 Rz. 15; DERS., Zeugenschutz, 165.

⁴² So schon *Van Mechelen*, § 62; aktuell auch *Damir Sibgatullin*, § 57; *Karpenko*, § 69; *Papadakis*, § 91; *Salikhov*, § 118; s.a. ACKERMANN, CARONI & VETTERLI, 1072; BISCHOFF, 96; WOHLERS, ZK StPO, Art. 147 Rz. 16.

⁴³ Siehe *Damir Sibgatullin*, § 57; *Rosin*, § 62; *Salikhov*, § 118.

⁴⁴ *Ellis, Simms and Martin* (dec.), § 74 (Hervorhebung hinzugefügt). Gleiche Interpretation bei GAEDE, 280.

⁴⁵ Siehe GRABENWARTER & PABEL, Grundsatz, Rz. 160.

⁴⁶ Vgl. z.B. BGE 125 I 127 E. 6c/bb; BGer 6B_573/2011 E. 2.5; 6B_647/2011 E. 1.3; 6B_34/2013 E. 1.5.1.

EMRK als (ausdrücklich oder konkludent) verzichtbar. Neben der Nichtbeantragung der Konfrontationseinvernahme nach nationalem Verfahrensrecht kann auch das vorbehaltlose Einverständnis zur Verlesung einer unkonfrontierten Aussage als Verzicht wirken⁴⁷. Indes gilt es zu beachten, dass der Gerichtshof für das Konfrontationsrecht den besonderen Schutz des *knowing and intelligent waiver standard* verlangt: Von einem wirksamen Verzicht ist nur auszugehen, wenn dieser von angemessenen Verfahrenssicherungen begleitet wird, welche die begründete Erwartung rechtfertigen, dass der Beschuldigte im Wissen um die Natur des Konfrontationsrechts und die prozessualen Konsequenzen seiner Nichtausübung unmissverständlich verzichten will⁴⁸. Bei anwaltlich nicht vertretenen Beschuldigten hat dabei besondere Sorgfalt zu walten⁴⁹. Ein verteilter Beschuldigter hingegen muss sich (Fach-)Wissen und Handeln seines Verteidigers zurechnen lassen⁵⁰.

Neuerdings soll der Beschuldigte das Konfrontationsrecht auch *gegen seinen* (expliziten oder konkludenten) *Willen verwirken* können. Dies zumindest bekräftigt die grosse Kammer in *Al-Khawaja and Tahery* [GC] für Fälle, in denen der Beschuldigte die Konfrontation auf verwerfliche Weise selbst erschwert bzw. verunmöglicht, namentlich indem er den Belastungszeugen bedroht resp. einschüchtert oder andere hierzu anhält. Kann dem Beschuldigten solch Tun nachgewiesen werden, dürfen die nationalen Gerichte die fragliche Aussage ganz ohne Konfrontation verwerten – unabhängig von ihrem Beweiswert⁵¹. „To allow the defendant to benefit from the fear he has engendered in witnesses would be incompatible with the rights of victims and witnesses. No court could be expected to allow the integrity of its proceedings to be subverted in this way”⁵², begründet der Gerichtshof diese einschneidende Verwirkungsfolge. Ob die Verwirkung auch in anderen Fallkonstellationen in Betracht kommt, muss die zukünftige Praxis erst zeigen. Zu denken wäre etwa an einen landes- bzw. verfahrensflüchtigen Beschuldigten, der erst zu einem Zeitpunkt zurückkehrt, da die von ihm mutmasslich missbrauchten Kindzeugen mangels Erinnerung an die zurückliegenden Ereignisse nicht mehr konfrontiert werden können.

⁴⁷ Siehe etwa *Bricmont*, § 87 f., und *Pullar*, § 46 (Nichtbeantragung); *Kamasinski*, § 91 (Einverständnis zur Verlesung). Vgl. allgemein auch *Damir Sibgatullin*, § 46; *Vozhigov*, § 57; GAEDE, 741; STAVROS, 246 f.

⁴⁸ Für das Konfrontationsrecht siehe *Damir Sibgatullin*, § 47 f.; bezüglich anderer Art. 6-Rechte *Blake* (dec.), § 127; *Thompson*, § 43; s.a. BISCHOFF, 98.

⁴⁹ Dass der unvertretene Beschuldigte über Art. 6(3)(d) EMRK und seine Obliegenheit zur Antragstellung belehrt wurde, ohne entsprechend tätig zu werden, kann für sich gesehen nicht genügen, um einen Verzicht eindeutig zu bejahen, vgl. (allerdings für andere Abs. 3-Rechte) *Salduz* [GC], § 59; *Pishchalnikov*, § 9 f.; s.a. ESSER, GAEDE & TSAMBIKAKIS, EGMR 2008-2010, 145; GAEDE, 746.

⁵⁰ „For the purposes of Article 6 § 3 (d), the applicant must be identified with the counsel who acted on his behalf”, erklärt der EGMR in *Zdravko Petrov*, § 37; ebenso *Dankovsky* (dec.), S. 6; *Kamasinski*, § 91. A.M. BISCHOFF, 98, dem zufolge der Verzicht des Verteidigers ebenso wenig den Verzicht des Beschuldigten impliziert wie vice versa. Gleiche Interpretation der EGMR-Rspr. hingegen bei ESSER, 641, sowie GAEDE, 744, 756, 757 ff., der diese Rspr. indes ablehnt: Für die Zurechnung des Verteidigerhandelns brauche es die begründete Annahme eines zurechnungstragenden Konsenses zwischen Verteidigerhandeln und Beschuldigtem.

⁵¹ Vgl. *Al-Khawaja and Tahery* [GC], § 122 f.; s. hierzu auch ESSER, GAEDE & TSAMBIKAKIS, EGMR 2010-2011, 621; REDMAYNE, Confrontation, 9.

⁵² *Al-Khawaja and Tahery* [GC], § 123.

3. Einschränkungen des Konfrontationsrechts

a) *Einschränkbarkeit und Voraussetzungen im Überblick*

Im Unterschied zu verschiedenen anderen Konventionsgarantien schweigt Art. 6(3)(d) EMRK darüber, ob und unter welchen Umständen Einschränkungen statthaft sind. Bereits in seinem ersten Fall zum Konfrontationsrecht – *Unterpertinger* (1986) – stellte der EGMR klar, dass nicht jede Abweichung von Art. 6(3)(d) EMRK automatisch auch eine Verletzung der Konvention nach sich zieht. Mit anderen Worten: Das Konfrontationsrecht ist Einschränkungen zugänglich⁵³. Diese Schlussfolgerung, wiewohl im Schrifttum weithin unumstritten⁵⁴, erscheint z.B. mit Blick auf die Vereinigten Staaten nicht ganz selbstverständlich. Deren Confrontation Clause im 6. Verfassungszusatz nämlich wird absolut verstanden – ein Zeugnis, das die Verteidigung nicht im Kreuzverhör überprüfen konnte, gilt als inhärent unverlässlich und darf vor Gericht keine Berücksichtigung finden⁵⁵. Ein eigentliches Verwertungsverbot aber vertrüge sich nur schlecht mit der vom EGMR proklamierten und von den Konventionsstaaten eingeforderten Rücksicht auf das nationale Beweisrecht⁵⁶. Stattdessen sucht der Gerichtshof einen Ausgleich zwischen den widerstreitenden Interessen von Verteidigung, Zeuge und Staat⁵⁷ und prüft unter Rückgriff auf Art. 6(1) EMRK, „whether the proceedings as a whole, including the way in which evidence was taken, were fair“⁵⁸. Im Schrifttum findet sich der Einwand, durch diese Gesamtbetrachtung würde das Mindestrecht auf Konfrontation in der breiteren Garantie eines fairen Verfahrens (Art. 6[1] EMRK) aufgelöst, oder, um mit den Worten von SKLANSKY zu sprechen, „that anything fair counts as adequate confrontation“⁵⁹. M.E. relativiert der EGMR mit seinem Vorgehen aber nicht den eigenständigen Schutzgehalt des Konfrontationsrechts. Vielmehr versucht er, diesen Gehalt ausgehend vom Grundgedanken der Verfahrensfairness, welcher allen Abs. 3-Garantien zugrunde liegt, zu konkretisieren, um die Zulässigkeit

⁵³ Vgl. *Unterpertinger*, § 31; hierzu auch DU BOIS-PÉDAIN, 122; STAVROS, 231. Vertreter jener Lehre, der zufolge Verfahrensrechte niemals einschränkbar sind, da sie stets nur gewahrt oder verletzt sein können, werden freilich vorziehen, von einer Konkretisierung des Schutzzumfanges zu sprechen, vgl. hierzu z.B. FUCHS, 546 ff.; KUCSKO-STADLMAYER, Rz. 80. M.E. handelt es sich hier um terminologische Haarspalterei, die am eigentlichen Ziel – der effektiven Gewährleistung der Verteidigungsrechte – vorbeischießt. Für den Beschuldigten entscheidend ist allein, welche Abweichungen von der optimalen Konfrontation mit der Konvention vereinbar sind. Dies aber lässt sich besser nachvollziehen, wenn die Rspr. des EGMR nicht als Durchlöcherung des Konfrontationsrechts mit Bereichen zulässiger Ausnahmen verstanden wird, sondern als Festlegung der hinzunehmenden Einschränkungen. Von Einschränkbarkeit sprechen z.B. auch DEMKO, 424; GRABENWARTER, ECHR, Art. 6 Rz. 145; WOHLERS, ZK StPO, Art. 147 Rz. 19 ff.

⁵⁴ Siehe nur SCHLEIMINGER, Konfrontation, 22: „[K]ein Grundrecht – auch kein Verfahrensgrundrecht und keine Mindestgarantie – [gilt] unbeschränkt“.

⁵⁵ Ausnahmen bilden lediglich der Verwirkungstatbestand (forfeiture by wrongdoing) und die sogenannten dying declarations, siehe MEYER, 119; REDMAYNE, Confrontation, 7.

⁵⁶ „The Court’s task under the Convention is not to give a ruling as to whether statements of witnesses were properly admitted as evidence“, betont der EGMR beständig, vgl. z.B. *Doorson*, § 67; *Gabrielyan*, § 75; *Lucà*, § 38; *Rudnichenko*, § 100; *Solakov*, § 57; s.a. HOYANO, 7 f.; STAVROS, 231. Sobald das Konfrontationsrecht verletzt ist, schwingt es sich aber de facto zur Messlatte für die faire Beweisverwertung auf. Gl.M. DEHNE-NIEMANN, 196.

⁵⁷ Allgemein zu dieser Vorgehensweise *Al-Khawaja and Tahery* [GC], § 146. Vgl. auch *Schatschaschwili*, § 75, mit „regard to the domestic authorities’ obligation to conduct an effective investigation“, und die Berücksichtigung der Zeugeninteressen in *Unterpertinger*, § 31 (moralisches Dilemma bei verwandtschaftlicher Beziehung zum Beschuldigten), und *Van Mechelen*, § 53; *Doorson*, § 70 (Sicherheitsinteressen).

⁵⁸ Z.B. *P. S.*, § 22 f.; *Van Mechelen*, § 50; s.a. *Beraru*, § 74; *Gabrielyan*, § 75; *Mulosmani* § 124; *Papadakis*, § 86.

⁵⁹ SKLANSKY, 106. Entsprechende Kritik findet sich auch bei HOYANO, 7 f., 21, 28; TRECHSEL, Human Rights, 87 f.

von Einschränkungen angemessen beurteilen zu können. Es handelt sich bei der Gesamtbetrachtung damit letztlich um nichts anderes als eine Prüfungsmethode⁶⁰.

Bis zur Entscheidung der Grossen Kammer in *Al-Khawaja and Tahery* verfuhr der EGMR dabei ausgehend von der Prämisse, dass die Gesamtfairness des Verfahrens grundsätzlich nur dann aufrechterhalten werden kann, wenn

1. *besondere Gründe bzw. Umstände* die dem Beschuldigten konkret aufgebürdete Abweichung von der optimalen Konfrontation strengstens erfordern (dazu Kap. II.3.b),
2. die Verteidigungsrechte des Beschuldigten durch Ausgleichsmassnahmen gewahrt bleiben (sog. Kompensationsprüfung, dazu Kap. II.3.c und – für die Veränderungen seit *Al-Khawaja and Tahery* [GC] – Kap. IV.) und
3. das Belastungszeugnis *sorgfältig gewürdigt* wird, wobei ein allfälliger Schuldspruch in keinem Fall *allein oder in entscheidendem Ausmass* auf die Aussagen eines anonymen oder gänzlich unkonfrontierten Zeugen gestützt werden darf (sog. ‚sole or decisive‘-Rule, dazu Kap. II.3.c und Kap. IV.)⁶¹.

In der wechselhaften und nicht immer konsistenten Rechtsprechung des EGMR zum Konfrontationsrecht verkörperten diese drei Kriterien klare Konstanten. Gerade in frühen Urteilen aber handhabt der Gerichtshof sie nicht als strikt voneinander abgegrenzte kumulative Voraussetzungen, sondern unter wechselseitiger Bezugnahme. Insbesondere im Verhältnis der ersten beiden Kriterien scheint besondere Sorgfalt bei der Kompensation einen allzu strengen Blick auf die besonderen Gründe entbehrlich zu machen⁶². Dieser Umstand dürfte mitverantwortlich sein für das bis heute in Schweizer Rechtsprechung und Schrifttum verbreitete Missverständnis, demzufolge es ohne weiteres – also ohne besonderen Grund – mit der Konvention vereinbar sei, dem Beschuldigten nur im Vorverfahren Gelegenheit zur Konfrontation zu geben, solange diese Gelegenheit eine angemessene und geeignete ist⁶³. Weder am Erfordernis der besonders begründeten und strengstens erforderlichen Einschränkung noch an deren Kompensationsbedürftigkeit hat sich seit 2011 etwas Grundsätzliches geändert. Stattdessen hat der Gerichtshof *Al-Khawaja and Tahery* [GC] und dessen Folgeurteile genutzt, um das Verhältnis der beiden Kriterien klarzustellen und mit allen Missverständnissen auszuräumen: Ob ein Konventionsstaat *mit gutem Grund* Anonymisierungen gewährt *oder mit gutem Grund* auf die Anwesenheit des Belastungszeugen im Hauptverfahren verzichtet, ist eine Vorfrage (preliminary question). Ihre Verneinung zieht den Konventionsverstoss *automatisch* nach sich: „The Court, [then] [...], does not need to consider further what effect that decision had on the overall fairness of the criminal proceedings against the applicant and whether the handicap arising from

⁶⁰ G.L.M. DEHNE-NIEMANN, 192 ff., insb. 194 f.; GAEDE, 442 ff. Eingehend zur Gesamtbetrachtung DERS., 440 ff.; KRAUSBECK, 50 ff.

⁶¹ Zum Gesamt-Prüfungsschema s. anstatt vieler ACKERMANN, CARONI & VETTERLI, 1074 ff.; MEYER, EMRK-Komm. Karpenstein/Mayer, Art. 6 Rz. 202 ff. Für Prüfungsebene 1 vgl. z.B. *Mitkus*, § 101; *Rudnichenko*, § 104; *Van Mechelen*, § 58; für die Kompensationsprüfung *Al-Khawaja and Tahery* [GC], § 147; *P. S.*, § 23; *Van Mechelen*, § 54; für sorgfältige Beweiswürdigung und ‚sole or decisive‘-Test *Lucà*, § 40; *Saidi*, § 44; *Van Mechelen*, § 55.

⁶² Vgl. SCHLEIMINGER, Aktuelle Fragen, 1070 f.; DIES., Konfrontation, 10 f., sowie DE WILDE, 168, der über das Begründungserfordernis in der Zeit vor *Al-Khawaja and Tahery* [GC] nicht mehr zu sagen wagt, als dass es „ein relevantes Beurteilungskriterium“ in der Gesamtbetrachtung darstelle.

⁶³ Für Belegstellen vgl. oben, Kap. II.2.b, Fn. 28.

the witnesses' absence from the trial was counterbalanced"⁶⁴. Ob die Aussage die einzige oder für die Verurteilung ausschlaggebende war, spielt dabei keine Rolle: Die Vorfrage stellt sich, „before any consideration is given as to whether that evidence was sole or decisive“⁶⁵. Damit ist der bislang vereinzelt anzutreffenden konventionsrechtlichen Praxis, die Möglichkeit einer Verletzung des Konfrontationsrechts bei nicht ausschlaggebenden Belastungszeugnissen pauschal zu verneinen⁶⁶, eine klare Absage erteilt.

b) *Besondere Umstände*

Abweichungen von der optimalen Konfrontation, wie sie dem EGMR vorschwebt, können in der Praxis unausweichlich sein, wenn sich Rechte und Interessen anderer Verfahrensbeteiligter an jenen des Beschuldigten stossen oder tatsächlichen Umständen Tribut zu zollen ist⁶⁷: Traumatisierte Opfer weigern sich, ihren Peinigern gegenüberzutreten. Bedrohte Belastungszeugen fürchten um ihr Leben und pochen auf Anonymisierung. Zeugen berufen sich auf ihr Aussageverweigerungsrecht, wenn der Beschuldigte sie zu konfrontieren verlangt. Polizeidienste beharren darauf, die Identität verdeckter Ermittler geheim zu halten, um zukünftige Operationen nicht zu diskreditieren. Der Zeuge stirbt, verunfallt oder erkrankt, nachdem er den Beschuldigten belastet hat. Ein selbst nicht ganz unbescholtener Belastungszeuge taucht unter und wird unauffindbar – die Liste möglicher Konstellationen ist lang, facettenreich und vor allem: höchst praxisrelevant⁶⁸. All diese Fälle bewirken, dass die Gelegenheit zur Konfrontation im Hauptverfahren *gar nicht* oder *unter suboptimalen Bedingungen*⁶⁹ gewährt wird (z.B. unter Vorenthaltung der Identität des Belastungszeugen und/oder ohne physische Gegenüberstellung). Im Folgenden ist zunächst auf abwesende Belastungszeugen (i) einzugehen. Es folgen Ausführungen zu gerichtlichen Konfrontationseinvernahmen, deren Modalitäten an die besonderen Umstände des Falls angepasst werden (ii), sowie zum Sonderfall des (iii) aussageverweigernden Belastungszeugen.

Will das Gericht ein im Vorverfahren gewonnenes Zeugnis nicht aus dem Recht verweisen, muss es bei (i) *abwesenden Belastungszeugen* (absent witnesses) auf Beweissurrogate zurück-

⁶⁴ So *Karpenko*, § 76, zur Frage, ob es mit Art. 6(3)(d) EMRK vereinbar ist, den Belastungszeugen ohne besonderen Grund von der Anwesenheit im Hauptverfahren zu entbinden, wenn der Beschuldigte bereits im Vorverfahren Gelegenheit zur Konfrontation erhalten hat. Zum Ganzen *Al-Khawaja and Tahery* [GC], § 120 m.w.H.; *Lučić*, § 73; *Mitkus*, § 101, sowie DE WILDE, 168. Einen derartigen Vorfilter setzt auch der UN-Menschenrechtsausschuss für einschränkbare Garantien des UNO-Pakts II ein, vgl. VON BERNSTORFF, 177 f.

⁶⁵ *Aigner*, § 38; *Al-Khawaja and Tahery* [GC], § 120; *Gabrielyan*, § 78; *Rudnichenko*, § 104; *Suldin*, § 54.

⁶⁶ Siehe etwa *Kok* (dec.), S. 18 m.w.H.; *Mirilashvili*, § 164, sowie den erst 2012 geäußerten Eindruck von JACKSON & SUMMERS, 340: „Even bad faith on the part of the authorities in preventing the defence from challenging witness evidence seems [...] to be irrelevant, providing the evidence at issue was not decisive“.

⁶⁷ Das Schrifttum unterscheidet i.d.S. überwiegend zwischen rechtlichen und tatsächlichen Einschränkungsründen, vgl. etwa DEMKO, 421; DU BOIS-PÉDAIN, 123 f.; MAHLER, 56; SCHLEIMINGER, Konfrontation, 10.

⁶⁸ Im HUDOC-Suchkatalog finden sich 245 Urteile in englischer Sprache, die sich in irgendeiner Weise mit behaupteten Verletzungen von Art. 6(3)(d) EMRK (beide Teilgehalte) auseinandersetzen. Zum Vergleich: Im Hinblick auf Art. 6(3)(a) EMRK – Recht auf Unterrichtung über die Anklage – sind es derer 57 (Stand am 14. November 2014). Einen Überblick über mögliche Fallkonstellationen bieten z.B. DEMKO, 420; GRABENWARTER & PABEL, Grundsatz, Rz. 158; DU BOIS-PÉDAIN, 123 f. S.a. die Ausführungen des EGMR in *Al-Khawaja and Tahery*, § 35; *Gani*, § 40.

⁶⁹ Ist die Wirksamkeit der Konfrontationseinvernahme beschnitten, weil der Belastungszeuge Erinnerungslücken hat oder seine Aussagen aus dem Vorverfahren widerruft, gilt das Konfrontationsrecht nicht (zwingend) als eingeschränkt. Solange der Zeuge bereit und fähig ist, sich nochmals *substantiell* zur Sache bzw. zur widerrufenen Aussage zu äussern, dürfte analog zur BGer-Rspr. eine Frage der Beweiswürdigung vorliegen, vgl. *Camilleri* (dec.), S. 5 f. (Widerruf des Belastungszeugnisses); *F. K.* (dec.), The Law Ziff. 2 (Erinnerungslücken); s.a. JACKSON & SUMMERS, 357 ff. Für die Rspr. des BGer s. BGer 6B_325/2011 E. 2.3; 6B_369/2013 E. 2.3.3; 6B_364/2014 E. 1.4.

greifen, z.B. indem es die Aussage im Hauptverfahren verlesen lässt. Dieses Vorgehen akzeptiert der Gerichtshof vor allem in Fällen *tatsächlicher Unverfügbarkeit*; namentlich wenn der Belastungszeuge verstorben, unauffindbar, dauerhaft einvernehmungsunfähig oder im Ausland ansässig und daher der Zwangsgewalt des Konventionsstaats entzogen ist (vgl. Art. 8 EUeR)⁷⁰. ‚Impossibilium nulla est obligatio‘ konstatiert der EGMR in diesem Kontext. Bei uneinbringlichen oder unauffindbaren Belastungszeugen müssen die nationalen Behörden aber alles nach den Umständen des Einzelfalls Erforderliche und Zumutbare unternommen haben, um deren Anwesenheit und damit eine Konfrontationsgelegenheit vor Gericht sicherzustellen⁷¹. Von dieser Verpflichtung sind sie auch bei Auslandszeugen nicht entbunden⁷². Nicht zwingend aber ist Art. 6(3)(d) EMRK verletzt, wenn dem Beschuldigten eine an sich mögliche gerichtliche Konfrontation verwehrt wird. Ein Belastungszeuge kann u.U. zu seinem eigenen Schutz vom Erscheinen an der Hauptverhandlung dispensiert werden (*normative Unverfügbarkeit*)⁷³. Regelmässig als hinreichend guter Abwesenheitsgrund gilt dem EGMR das Anliegen, Opfern sexueller Delinquenz, insbesondere Kindern, eine sekundäre Viktimisierung zu ersparen⁷⁴. In Einzelfällen kann die Abwesenheit eines Belastungszeugen auch durch drohende Vergeltungsschläge gerechtfertigt sein⁷⁵. Zwar verpflichten Art. 2, 5 und 8 EMRK die Konventionsstaaten, ihre Strafverfahren in einer Weise auszugestalten, die Bedrohungen für Leben, Freiheit, Sicherheit, Privat- und Familienleben der involvierten Personen gar nicht erst entstehen lässt. Kommt es im Einzelfall dennoch zu einer (psychischen oder physischen) Gefährdung des Zeugen, sind Einschränkungen des Konfrontationsrechts aber ausnahmsweise zulässig, um seine Kooperation zu sichern und Zeugen- und Verteidigungsrechte miteinander zu versöhnen⁷⁶.

Beide Problemstellungen, die des sensiblen Opferzeugen ebenso wie die des gefährdeten Belastungszeugen, lassen sich konventionsrechtlich aber nur dann durch Verzicht auf Teilnahme an der Hauptverhandlung lösen, wenn eine blosser (ii) *Anpassung der Konfrontationsmodalitäten* nicht in Frage kommt: Jede Einschränkung des Konfrontationsrechts muss von den nationalen Behörden auf ein absolutes Minimum reduziert werden; „strictly necessary in order to

⁷⁰ Vgl. z.B. *Al-Khawaja and Tahery* [GC], § 153 (verstorbenen Belastungszeuge); *Chmura*, § 50 (Unauffindbarkeit); *Schatschaschwili*, § 67 ff. (Auslandszeugen). Zum Ganzen auch DU BOIS-PÉDAIN, 123 f.; GRABENWARTER & PABEL, Grundsatz, Rz. 158; MEYER, EMRK-Komm. Karpenstein/Mayer, Art. 6 Rz. 204.

⁷¹ Siehe *Bielaj*, § 56; *Gani*, § 39; *Gossa*, § 55; *Haas* (dec.), S. 14; *Schatschaschwili*, § 68; materiell bereits *Artner*, § 21 f. Bei der Beurteilung einfließen dürfen auch Kostenüberlegungen, die Bedeutung des Belastungszeugnisses für das Verfahren sowie die zu erwartende Verzögerung, vgl. z.B. *Garofalo* (dec.), § 54 (kein weiteres Zuwarten bis zur Gesundung des im Ausland hospitalisierten Belastungszeugen bei bereits langer Verfahrensdauer und untergeordneter Bedeutung der fraglichen Aussage).

⁷² Die Behörden müssen den Zeugen zumindest laden und seine freiwillige Kooperation zu gewinnen suchen (etwa durch Ersatz der Reisekosten). Erst wenn dies nicht gelingt und auch rechtshilfweise Optionen scheitern (z.B. Vernehmung durch die Behörden des Aufenthaltsstaates mit Video-Übertragung in die Hauptverhandlung und/oder in Anwesenheit der angereisten Verteidigung), ist ein tatsächliches Konfrontationshindernis anzunehmen, vgl. *Damir Sibgatullin*, § 56; *Gabrielyan*, § 81. Zum Problem des Auslandszeugen auch BACHMAIER WINTER, 135 ff., 137 f. mit dienlichen Hinweisen auf die Rechtslage in der EU, sowie GLESS, Cooperation, 96 f.

⁷³ Begriff entlehnt bei MAHLER, 57. Wie die tatsächliche Unverfügbarkeit geht auch die normative letztlich auf faktische Gründe zurück. Sie ist im Gegenzug zu dieser aber nicht zwingend.

⁷⁴ Vgl. z.B. *Aigner*, § 37; *Rosin*, § 53; *Vronchenko*, § 56; s.a. MEYER, EMRK-Komm. Karpenstein/Mayer, Art. 6 Rz. 203. Zur Problematik des Opferzeugen allgemein *Gani*, § 47; PARSONS & BERGIN, passim; WEIRICH, 1050; WOHLERS, Schutzmassnahmen, 129; speziell zu minderjährigen Opfern NEVERMANN-JASKOLLA, passim; RYSER BÜSCHI, 264; SCHEIDEGGER, passim.

⁷⁵ So z.B. in *Al-Khawaja and Tahery* [GC], § 159. Lässt sich der Beschuldigte als Urheber von Drohungs- oder Einschüchterungshandlungen identifizieren, gilt das Konfrontationsrecht ohnehin als verwirkt, vgl. oben, Kap. II.2.d.

⁷⁶ Vgl. *Doorson*, § 70, und *Van Mechelen*, § 53 (gefährdete Belastungszeugen); *Aigner*, § 37 (sensibler Opferzeuge).

satisfy a legitimate aim⁷⁷. Beim Opferzeugen wird dem Erforderlichkeits-Kriterium Genüge getan, wenn ein psychiatrisches Expertengutachten verfügbare mildere Schutzmassnahmen (Einvernahme des Opfers in einem separaten Raum, u.U. mit Videoübertragung in den Gerichtssaal, psychologisch-medizinische Begleitung während der Konfrontation, Befragung nur durch den Verteidiger etc.⁷⁸) als ungenügend ausweist⁷⁹. Dem Schutzinteresse des gefährdeten Belastungszeugen kann demgegenüber in aller Regel dadurch Rechnung getragen werden, dass er zum Zwecke der Konfrontationseinvernahme anonymisiert und allenfalls von der Verteidigung abgeschirmt wird⁸⁰. Selbst dieses Vorgehen setzt in der EGMR-Rechtsprechung ein im Zeitpunkt der Konfrontation objektiv bestehendes, durch äussere Tatsachen erhärtetes Risiko von Repressalien voraus, das die Furcht des Belastungszeugen vor der Offenlegung seiner Identität nachvollziehbar erscheinen lässt. Regelmässig ist die Furcht des Belastungszeugen eine um Leib und Leben; seiner selbst oder Nahestehender. In *Al-Khawaja and Tahery* [GC] indes signalisiert die grosse Kammer, dass auch berechtigten Sorgen um finanzielle Verluste Rechnung zu tragen ist. M.E. können damit nur Situationen gemeint sein, in denen mit Repressalien gegen Hab und Gut des Belastungszeugen gerechnet werden muss⁸¹. Eine objektiv begründete Furcht darf von den Konventionsstaaten jedenfalls nicht schon deshalb angenommen werden, weil das dem Beschuldigten vorgeworfene Delikt ein besonders schweres ist oder weil es die Bereitschaft zu Racheakten zum Ausdruck bringt. Dass der Belastungszeuge bedroht oder eingeschüchtert wurde, ist weder notwendig noch hinreichend⁸². Auch den Nachweis einer individuellen Gefährdung braucht es in der neueren EGMR-Rechtsprechung nicht zwingend: U.U. kann es genügen, dass das Umfeld des Beschuldigten für seine Gewalttätigkeit bekannt ist oder dass die Tat in Verbindung zu gewaltbereiten Milieus steht (z.B. Bandenfehden, organisierter Drogenhandel). Obendrein darf eine objektive Bedrohungslage bereits dann angenommen werden, wenn die subjektive Furcht des Belastungszeugen durch entsprechende Ängste anderer involvierter Zeugen- und Auskunftspersonen bestätigt wird⁸³. Ein Anonymisierungsgrund wird bisweilen auch in Zusammenhang mit verdeckten Ermittlern (VE) geltend gemacht, die unter einer Legende in ein kriminelles Umfeld eindringen, um zur Aufklärung besonders schwerer Straftaten beizutragen. Misslingt es den ordentlichen Strafverfolgungsorganen in der Folge, den Verdächtigen mithilfe der Informationen des verdeckten Ermittlers

⁷⁷ *Karpenko*, § 71; s. schon *Van Mechelen*, § 58, 60 f. Verlangt ist eine detaillierte Überprüfung, ob die durch Strafverfolgungsbehörden oder Belastungszeugen angerufenen besonderen Umstände wirklich vorliegen, und welche der zur Verfügung stehenden prozessualen Behelfe diesen Umständen unter geringstmöglicher Einschränkung der Verteidigungsrechte Rechnung tragen – m.a.W.: eine reine Erforderlichkeitsprüfung (legitimer Zweck, Eignung und Erforderlichkeit) und keine eigentliche Verhältnismässigkeitsprüfung (Angemessenheit). Gl.M. DU BOIS-PÉDAIN, 125; MEYER, EMRK-Komm. Karpenstein/Mayer, Art. 6 Rz. 205; s.a. COSTIGAN, 355 f.; JACKSON & SUMMERS, 351 f.; TRECHSEL, Human Rights, 313.

⁷⁸ Vgl. z.B. *Gani*, § 45; *W. S.*, § 61. Zu den verschiedenen in Frage kommenden Opferschutzmassnahmen s.a. BGer 1P.650/2000 E. 3d m.H.; 6B_207/2012 E. 3.3.3; 6B_295/2012 E. 1.2.2.

⁷⁹ Bei kindlichen Opferzeugen scheint der Ausweis einer allgemeinen psychischen Gefährdung zu genügen (‘eine Aussage vor Gericht könnte schädlich sein’ oder Ähnliches, vgl. *Rosin*, § 55, 60; *Vronchenko*, § 58, 63). Für erwachsene Opfer s. *Gani*, § 45, 47 (post-traumatisches Belastungssyndrom); *Matytsina*, § 163 (mental-psychische Störung).

⁸⁰ Ausreichende Gründe für eine Prozessabwesenheit wurden i.d.S. verneint in *Lüdi*, § 48 ff.

⁸¹ Vgl. *Al-Khawaja and Tahery* [GC], § 124. DU BOIS-PÉDAIN, 131, hält für möglich, dass die Bemerkung des EGMR auch die Furcht des Zeugen, seine Anstellung durch die öffentliche Exponierung zu verlieren, einschliesst.

⁸² Zum Ganzen *Al-Khawaja and Tahery* [GC], § 124; *Krasniki*, § 80 ff.; *Van Mechelen*, § 26, 61; *Visser*, § 47; s.a. ACKERMANN, CARONI & VETTERLI, 1074 f.; CLÉMENT et al., 1500.

⁸³ Siehe *Al-Khawaja and Tahery* [GC], § 124; *Ellis, Simms and Martin* (dec.), § 80; *Pesukic*, § 46 i.V.m. § 12 f. Mit Vorbehalten gegenüber dieser Rechtsprechungslinie WOHLERS, *Pesukic*, 88.

zu überführen, wird der VE bisweilen als Belastungszeuge in das Strafverfahren einbezogen⁸⁴. Nicht restlos geklärt scheint m.E., ob diesfalls bereits das Interesse daran, die Einsatzfähigkeit des VE für zukünftige Operationen aufrechtzuerhalten, Identitätsschutzmassnahmen rechtfertigt⁸⁵.

Einen Sonderfall stellt der *(iii) aussageverweigernde Belastungszeuge* dar. Er ist an der Hauptverhandlung zwar verfügbar. Dennoch steht er der Kategorie des abwesenden Zeugen nahe, da dem Beschuldigten ein schweigender Zeuge ebenso wenig nützt wie einer, der an der Hauptverhandlung gar nicht erst erscheint⁸⁶. Verweigert der Belastungszeuge die Beantwortung der Ergänzungsfragen nach nationalem Prozessrecht rechtmässig⁸⁷, liegt hierin eine i.d.R. zulässige, da legitimen Interessen dienende Einschränkung von Art. 6(3)(d) EMRK: Familienangehörigen des Beschuldigten wird das moralische Dilemma erspart, sich offen gegen ‚einen der ihren‘ zu stellen, und dem Mitbeschuldigten sein konventionsrechtlicher Anspruch auf Selbstbelastungsfreiheit (Art. 6[1] EMRK) gewährt⁸⁸. Auch kann weder im einen noch im anderen Fall per se auf unredliche Motive geschlossen werden, nur weil der Zeuge den Beschuldigten zunächst belastet und ihm die Redewilligkeit erst bei der Konfrontation abhandenkommt⁸⁹.

⁸⁴ Siehe PERRIN, CR StPO, Art. 151 Rz. 1; TRECHSEL, Human Rights, 315 f. Abzugrenzen ist der VE von Informanten und Vertrauenspersonen ohne Zugehörigkeit zum Polizeidienst, denen Vertraulichkeit zugesichert wird und deren Informationen nur als Grundlage für eigene polizeiliche Ermittlungen, nicht aber als Beweismittel im Strafverfahren genutzt werden können, vgl. HANSJAKOB, ZK StPO, Art. 285a Rz. 16 ff., 19. Zur Unterscheidung von der rechtsstaatlich weniger problematischen, da keinen Aufbau eines Vertrauensverhältnisses voraussetzenden verdeckten Fahndung vgl. DERS., Bestimmungen, 216 ff.

⁸⁵ G.I.M. ACKERMANN, CARONI & VETTERLI, 1074; KRAUSBECK, 279 ff. m.w.H. Während nämlich *Lüdi*, § 49, diesen Eindruck erweckt, schlägt der EGMR in *Van Mechelen* einen strengeren Ton gegenüber rein operationellen Bedürfnissen der Strafverfolgungsbehörden an (§ 60) und tritt dafür ein, Polizeibeamte wegen ihrer beruflichen Pflichten generell nur in „aussergewöhnlichen Umständen“ zu anonymisieren (§ 56). Ein aktuelles Urteil aus dem Jahre 2014, *Dončev and Burgov*, weist demgegenüber wieder in die Richtung von *Lüdi*: Hier erachtet es der Gerichtshof ohne weiteres für legitim, die Identität eines offenbar nicht gefährdeten VE vor der Verteidigung geheim zu halten, „so that they could make use of him again in the future“ (§ 52). In Praxis und Schrifttum wird je nach Präferenz auf *Lüdi* (z.B. BGE 125 I 127 E. 6d/cc; DEMKO, 421; GRÖNER, 274; SCHLEIMINGER, Konfrontation, 16; TRECHSEL, Human Rights, 316) oder *Van Mechelen* (z.B. ESSER, 662; ŠTARIENÉ, 278; WOHLERS, ZK StPO, Art. 149 Rz. 8) verwiesen. Generell gegen die Anonymisierung von VE positioniert sich z.B. ALBRECHT, V-Leute, 633 f.

⁸⁶ G.I.M. das BGer, s. z.B. BGer 6B_255/2008 E. 2.3.3; 6B_670/2012 E. 4.3. Auch der EGMR behandelt beide Kategorien in der Kompensationsprüfung gleich, vgl. hierzu unten, Kap. IV.3.a.aa. Jedenfalls nicht vereinbar mit der ‚practical and effective rights‘-Formel des EGMR ist m.E. die Auffassung von REHBERG, 193 ff., dem zufolge der Beschuldigte nur ein *Recht zu fragen*, nicht aber ein *Recht auf Erhalt von Antworten* hat.

⁸⁷ In der Schweiz gestützt auf die Zeugnisverweigerungsrechte (Art. 168 ff. StPO) oder die Aussageverweigerungsrechte des Mitbeschuldigten (Art. 113 Abs. 1, Art. 158 Abs. 1 lit. b StPO) und der Auskunftspersonen i.S.v. Art. 178 lit. b-g StPO (Art. 180 Abs. 1 StPO). Verweigert ein Belastungszeuge hingegen die Aussage, ohne hierzu berechtigt zu sein, muss das nationale Gericht alle prozessual verfügbaren Mittel direkten oder indirekten Zwanges aufwenden, um eine Konfrontationseinvernahme zu ermöglichen. In der Schweiz kommen in Frage: Ordnungsbusse, Ungehorsamsstrafe gemäss Art. 292 StGB und Eröffnung eines Strafverfahrens wegen Zuwiderhandlung gegen Art. 292 StPO (Art. 176 StPO). Bleiben entsprechende Bemühungen erfolglos, dürfte von einem tatsächlichen Konfrontationshindernis auszugehen sein, vgl. ILL, 165.

⁸⁸ Vgl. *Hümmer*, § 41; *Unterpertinger*, § 30; *Vidgen*, § 42.

⁸⁹ Im Hinblick auf aussageverweigernde Mitbeschuldigte führt HUG, 400 f., das Beispiel eines Drogenkonsumenten an, der seinen vorgeblichen Dealer zunächst schwer belastet und sich dann in der Konfrontationseinvernahme auf sein Schweigerecht beruft. Dieses Verhalten könne sowohl durch sein Eigeninteresse (schnelle Haftentlassung und/oder milde Strafe dank Kooperation) als auch durch Druck seitens des Dealers verursacht sein. Überzeugt von einer „institutionelle[n] Belastungstendenz“ des Mitbeschuldigten und für ein striktes Verwertungsverbot für Zeugnisse aussageverweigernder Mitbeschuldigter demgegenüber DEHNE-NIEMANN, 198. Generell kritisch zur Verwertung von infolge Aussageverweigerung unkonfrontierbaren Belastungszeugnissen WOHLERS, Zeugenschutz, 171.

c) *Kompensationsprüfung, sorgfältige Beweiswürdigung und ‚sole or decisive‘-Rule*

Mit der Feststellung, dass besondere Gründe eine Einschränkung des Konfrontationsrechts strengstens erfordert haben, ist noch nichts darüber gesagt, ob es dem Beschuldigten um der Strafverfolgung willen auch zuzumuten ist, ein mangelhaft konfrontiertes Beweismittel gegen sich gelten zu lassen. Erst auf den folgenden beiden Prüfungsebenen wendet sich der EGMR der Beschuldigten-Perspektive zu. Beide Ebenen haben durch *Al-Khawaja and Tahery* [GC] starke Veränderungen erfahren. Mit letzteren beschäftigt sich eingehend Kap. IV. Zum besseren Verständnis der Rechtsprechungsentwicklung drängt es sich indes auf, bereits an dieser Stelle gewisse Begrifflichkeiten und Grundregeln zu erläutern.

Damit das Strafverfahren trotz Verwendung einer mangelhaft konfrontierten Aussage als ‚insgesamt fair‘ gelten kann, müssen die Verteidigungsrechte des Beschuldigten gewahrt werden. Dies setzt nach konstanter Rechtsprechung des Gerichtshofs voraus, „[that] the handicaps under which the defence labours be sufficiently counterbalanced by the procedures followed by the judicial authorities“⁹⁰ (*Prüfungsebene 2*). Als *Kompensationsmassnahmen* kamen dabei bis *Al-Khawaja and Tahery* [GC] alle verfahrensmässigen Vorkehrungen in Betracht, welche die Verteidigung befähigten, das Belastungszeugnis aktiv in Frage zu stellen und sich gegen seine Verwendung als Beweismittel zu wehren. Gegenüber Versuchen, die mangelhafte Gelegenheit zur Mitwirkung an der Verlässlichkeitsprüfung über eine intensiviertere stellvertretende Kontrolle durch Gerichtspersonen oder Mitglieder der Strafverfolgungsorgane auszugleichen, hatte sich der Gerichtshof wiederholt skeptisch bis klar ablehnend gezeigt⁹¹. Wann die Kompensation in zeitlicher Hinsicht erfolgt, spielt demgegenüber keine Rolle. Auch ist nicht erforderlich, dass sie von den Behörden als solche beabsichtigt war. Bei abwesenden Belastungszeugen wird insbesondere berücksichtigt, in welchem Ausmass die Verteidigung an Einvernahmen in früheren Verfahrensstadien beteiligt wurde. Musste ein anonymisierter Zeuge oder ein sensibles Opfer während der Konfrontation räumlich abgeschirmt werden, können besondere Vernehmungsmethoden (etwa die akustische Simultanübertragung) als Ausgleich dienen⁹².

Auf der *dritten Prüfungsebene* gemahnte der EGMR bis zur Rechtsprechungsänderung 2011, nicht oder nicht optimal konfrontierte Aussagen mit äusserster Sorgfalt (*extreme care*) zu behandeln⁹³. Verlangt war, dass die nationalen Gerichte das Belastungszeugnis auf Widersprüche oder Ungereimtheiten prüfen und potentiellen Motiven des Zeugen für eine falsche Anschuldigung nachgehen⁹⁴. Die Grenze dessen, was die Fairness eines Verfahrens nicht mehr zu verschmerzen vermag, markierte dabei bis *Al-Khawaja and Tahery* [GC] die sogenannte ‚*sole or decisive*‘-Rule: Keinesfalls durfte eine Verurteilung allein oder in entscheidendem Ausmass auf

⁹⁰ *Birutis*, § 29; *Van Mechelen*, § 54; vgl. auch *Demski*, § 39; *Kostovski*, § 43; *Krasniki*, § 76; *Visser*, § 42.

⁹¹ Nach *Van Mechelen*, § 62, können derartige Massnahmen nicht als „proper substitute for the possibility of the defence to question the witnesses in their presence and make *their own judgment* as to their demeanour and reliability“ gelten (Hervorhebung hinzugefügt); bestätigt z.B. in *Bocos-Cuesta*, § 71; *Kovač*, § 30; *Vladimir Romanov*, § 105. Vgl. ferner die Hinweise in *Birutis*, § 29, und *Krasniki*, § 76, „[that] an applicant should not be prevented from testing the [...] witness’s reliability“. Zum Ganzen auch COSTIGAN, 356.

⁹² Zum Ganzen MEYER, EMRK-Komm. Karpenstein/Mayer, Art. 6 Rz. 206 ff.

⁹³ Siehe z.B. *Gossa*, § 55; *Jakubczyk*, § 45; *Krasniki*, § 77; *Mirilashvili*, § 216; *S. N.*, § 53. Zur Kritik an diesem Kriterium vgl. z.B. TRECHSEL, *Human Rights*, 313 („[I]s there ever evidence which must not be critically and carefully evaluated?“); ähnlich auch BISCHOFF, 181 f.; CHRISTEN, 49 f.; DEHNE-NIEMANN, 199 f. („Güteklasse-A-Beweiswürdigung“); DU BOIS-PÉDAIN, 126.

⁹⁴ Vgl. insb. *Bielaj*, § 61; *S. N.*, § 53.

die Aussage eines Zeugen gestützt werden, der anonymisiert war oder in keinem Verfahrensstadium für eine Konfrontation zur Verfügung stand⁹⁵. Der Regel lag zweierlei zugrunde: die Annahme, dass unkonfrontierte und anonyme Zeugenaussagen stets ein Restrisiko an Unzuverlässigkeit in sich tragen, das bei ausschlaggebenden Aussagen untragbar wird (1), und die Überzeugung, dass der Beschuldigte ansonsten jeder realen Chance, sich gegen die Anklage effektiv zu verteidigen, beraubt würde (2). Zu gross wären die für den Beschuldigten resultierenden Nachteile, als dass seine Verteidigungsrechte durch kompensierende Massnahmen oder sorgfältige Beweiswürdigung gewahrt werden könnten, so die unwiderlegbare Vermutung⁹⁶. Mit dieser Rechtsprechung sorgte der EGMR von Beginn an für Unbehagen unter den Konventionsstaaten, die sich in ihrer Beweiswürdigung ungehörig beschränkt fühlten⁹⁷. Auch im Schrifttum wird rege Kritik geübt⁹⁸. Am häufigsten muss sich der EGMR den Vorwurf gefallen lassen, der ‚sole or decisive‘-Test sei nicht vernünftig handhabbar, da terminologisch vage. Namentlich lasse sich seiner Rechtsprechung nicht entnehmen, wann eine Aussage als entscheidend resp. ausschlaggebend zu gelten habe⁹⁹. In *Al-Khawaja and Tahery* [GC] trug der Gerichtshof dem Bedürfnis nach stärkerer Wegleitung durch eine Definition des Begriffs Rechnung:

„Decisive‘(or ‚déterminante‘) in this context means more than ‚probative‘. It further means more than that, without the evidence, the chances of a conviction would recede and the chances of an acquittal advance [...]. Instead, the word ‚decisive‘ should be narrowly understood as indicating *evidence of such significance or importance as is likely to be determinative of the outcome of the case*. Where the untested evidence of a witness is supported by other corroborative evidence, the assessment of whether it is decisive will depend on the strength of the supportive evidence; *the stronger the corroborative evidence, the less likely that the evidence [...] will be treated as decisive*”¹⁰⁰.

Erst ein Blick in die konventionsrechtliche Urteilspraxis aber vermag derlei abstrakten Ausführungen Leben einzuhauchen. Tatsächlich besitzt der EGMR nämlich eine sehr genaue Vorstellung davon, welche Verurteilungen von der ‚sole or decisive‘-Regel erfasst sind. In der grossen Mehrheit der Fälle gilt ein Zeugnis dann als ausschlaggebend, wenn es unter allen Beweismitteln, auf die sich der Schuldspruch *effektiv* abstützt¹⁰¹, das *einzig direkte* ist bzw. wenn *kein anderes den Beschuldigten eindeutig als Täter identifizieren kann*¹⁰². Im Gegenzug greift die

⁹⁵ Siehe z.B. *Bielaj*, § 55; *Gossa*, § 54, und *Lucà*, § 40 (gänzlich unkonfrontierbare Belastungszeugen); *Doorson*, § 76; *Taal*, § 31, und *Van Mechelen*, § 55 (anonyme Belastungszeugen); s.a. DE WILDE, 161 ff.; DU BOIS-PÉDAIN, 127 f.

⁹⁶ Vgl. *Al-Khawaja and Tahery* [GC], § 139, 142. Zur Ratio der ‚sole or decisive‘-Rule auch DU BOIS-PÉDAIN, 130.

⁹⁷ Hierzu sogleich in Kap. III.3.b sowie Kap. IV.1.

⁹⁸ Ob die ‚sole or decisive‘-Rule ein sinnvolles Kriterium zum Schutz des Beschuldigten ist, stellen z.B. in Frage BIRSCHOFF, 176 f.; CHRISTEN, 47 f.; DEHNE-NIEMANN, 201; DEMKO, 434; KRAUB, 114; SCHLEIMINGER, Bemerkungen, 1226; DIES., Konfrontation, 20 f.; WOHLERS, ZK StPO, Art. 147 Rz. 25, DERS., Zeugenschutz, 171.

⁹⁹ So z.B. DU BOIS-PÉDAIN, 127; ESSER, 674; JACKSON & SUMMERS, 365; KÜHNE, IntKommEMRK, Art. 6 Rz. 599; MEYER, EMRK-Komm. Karpenstein/Mayer, Art. 6 Rz. 210 f.; RENZIKOWSKI, Fair trial, 610; SCHLEIMINGER, Konfrontation, 19 f.

¹⁰⁰ *Al-Khawaja and Tahery* [GC], § 131 (Hervorhebungen hinzugefügt); bestätigt in *Lučić*, § 73; *Pichugin*, § 197; *Schatschaschwili*, § 73; *Štefančić*, § 37; *Vidgen*, § 40. DE WILDE, 164, hält die Definition immer noch für wenig präzise, gesteht aber ein, „that not much more could be added“.

¹⁰¹ Vgl. z.B. *Bonev*, § 44; *Breukhoven*, § 46 ff.; *Prājinā*, § 50; *Tseber*, § 54.

¹⁰² Die anderen verfügbaren Beweismittel sind m.a.W. lediglich Indizienbeweise. So bereits *Van Mechelen*, § 63 („the only evidence [...] which provided positive identification of the applicants as the perpetrators“). Für weitere Beispiele vgl. *Aigner*, § 40 (keine weiteren Augenzeugen von der Tat); *Gabrielyan*, § 79; *Lučić*, § 81, und *Rosin*, § 56 (andere Be-

‘sole or decisive’-Rule regelmässig ins Leere, wo eine anonyme oder unkonfrontierte Aussage durch andere direkte Beweise erhärtet wird oder selbst nur Indizien liefert¹⁰³.

III. Umsetzung von Art. 6(3)(d) EMRK in der Schweiz

1. Allgemeines

Seit die EMRK am 28. November 1974 für die Schweiz in Kraft trat, ist Art. 6(3)(d) EMRK verbindlicher Bestandteil der (monistischen) Rechtsordnung und findet auf das schweizerische Strafverfahren unmittelbar Anwendung¹⁰⁴. Dabei kann die EMRK als menschenrechtlicher Staatsvertrag auch gegenüber konfligierenden Bundesgesetzen angerufen werden (vgl. Art. 5 Abs. 4, Art. 190 BV)¹⁰⁵. Der Bundesverfassung wird sie ihres grundrechtlichen Inhalts wegen für gewöhnlich gleichgestellt¹⁰⁶. Erst in jüngster Zeit aber sprach sich das Bundesgericht qua obiter dictum für einen Anwendungsvorrang der EMRK auch gegenüber späterem Verfassungsrecht aus. Begründet hat es dies mit der Verpflichtung der Schweiz, sich dem konventionsrechtlichen Überwachungsverfahren zu unterwerfen und die sie betreffenden Urteile des Gerichtshofs zu befolgen, allenfalls auch durch Revision rechtskräftiger nationaler Entscheide (vgl. Art. 46 EMRK, Art. 122 BGG, Art. 410 Abs. 2 StPO)¹⁰⁷. In der Tat drängt es sich auf, im Lichte der EGMR-Praxis absehbare Verurteilungen zu verhindern, statt den Konventionsrechten erst im Nachgang zu Verurteilungen der Schweiz zum Durchbruch zu verhelfen¹⁰⁸. Ganz unabhängig davon, was hieraus für das Verhältnis von Verfassungs- und Konventionsrecht abzuleiten ist, entfalten damit auch die an andere Konventionsstaaten gerichteten Urteile des EGMR eine bisweilen als Orientierungswirkung bezeichnete Relevanz für gleichgeartete

weismittel nur „circumstantial“); *Hümmer*, § 44 („the only evidence conclusively demonstrating that the applicant had committed the assault“); *Salikhov*, § 155 (sonst nur Beweise vom Hörensagen und uneindeutige forensische Berichte); *Trampevski*, § 47 (andere Beweismittel bieten nur „indirect support for the applicant’s guilt“); *Vronchenko*, § 99 (alle anderen Zeugen ohne „direct knowledge of the acts in issue“). Eine etwas andere Interpretation des decisive-Begriffs entnehmen aus einer Serie jüngerer Kindesmissbrauchsfälle JACKSON & SUMMERS, 340: „decisive evidence is defined as evidence which is not supported by other independent evidence“. M.E. trifft es diese Definition nicht ganz, weil in der EGMR-Rspr. auch solche Beweismittel als ausschlaggebend gelten, die von aus unabhängiger Quelle stammenden, aber als blosse Indizien einzustufenden Beweismitteln gestützt werden.

¹⁰³ Vgl. z.B. *Fafrowicz*, § 59; *Gossa*, § 63; *Mitkus*, § 108.

¹⁰⁴ Für die unmittelbare Anwendbarkeit vgl. schon BGE 111 Ia 239 E. 6. Zum Ganzen HAEFLIGER & SCHÜRMAN, 36 f., 39; VILLIGER, 23, 42 f.

¹⁰⁵ Seit jeher wird der EMRK „zumindest Gesetzesrang“ zugesprochen, s. schon BGE 101 IV 252 E. 1; m.w.H. HAEFLIGER & SCHÜRMAN, 40 f.; VILLIGER, 44 f. Nach BGE 125 II 417 E. 4d (PKK-Urteil) gehen staatsvertragliche Menschenrechtsgarantien jüngeren Bundesgesetzen in der Anwendung grundsätzlich vor. Im Verhältnis zwischen EMRK und Bundesgesetzen dürfte die Schubert-Praxis insofern nicht mehr zum Tragen kommen, vgl. BIAGGINI, 331 f.; KÄLIN et al., 124; SEILER, Einfluss, 307; TSCHANNEN, § 9 Rz. 34.

¹⁰⁶ Vgl. TSCHANNEN, § 9 Rz. 21; ferner auch AEMISEGGER, 49; BORGHI, 857; SEILER, a.a.O., 307. Insbesondere können die Konventionsrechte in gleicher Weise wie verfassungsmässige Grundrechte vor nationalen Gerichten geltend gemacht werden, s. bereits BGE 101 Ia 67 E. 2c.

¹⁰⁷ Siehe BGE 139 I 16 E. 5.1; vgl. hierzu die Besprechungen von BIAGGINI, insb. 331 ff. mit Kritik; EPINEY, 8 ff.; HANGARTNER, Positionsbezug, 702 ff. Die Konventionsstaaten trifft zwar keine eigentliche Pflicht zur Beseitigung nationaler Urteile, deren Konventionswidrigkeit durch den EGMR festgestellt wurde. Eine blosse Entschädigung wird sich aber selten eignen, um Verletzungen der aus Art. 6(1) EMRK fliessenden Verfahrensrechte auszugleichen. Bei Verfahrensfehlern, die derart schwer wiegen, dass ernsthafte Zweifel hinsichtlich des Ausgangs des angefochtenen innerstaatlichen Verfahrens bestehen, empfiehlt das Ministerkomitee denn auch die Wiederaufnahme des Verfahrens, s. Rec. No. R (2000) 2, Ziff. II.ii.b. Zum Ganzen BREUER, EMRK-Komm. Karpenstein/Mayer, Art. 46 Rz. 40 f.

¹⁰⁸ Vgl. BIAGGINI, 331: „Denn andernfalls wäre das Einlegen einer Beschwerde beim Bundesgericht eine leere Formalität, die einzig dem Zweck dient, die prozessualen Voraussetzungen für den ‚Gang nach Strassburg‘ zu erfüllen (Art. 34 EMRK), um von dort gegebenenfalls wieder nach ‚Lausanne‘ zurückkehren zu können (Art. 122 BGG)“.

schweizerische Fälle¹⁰⁹. In aller Regel zeigt sich das Bundesgericht vor diesem Hintergrund bemüht, die Entscheidungspraxis des EGMR zu berücksichtigen. Namentlich dort, wo ein Grundrecht in gleicher oder ähnlicher Weise von BV und EMRK gewährt wird, zieht es die konventionsrechtlichen Regeln und Rechtsprechungslinien zur Konkretisierung des verfassungsrechtlichen Anspruches harmonisierend heran¹¹⁰. Geht das nationale Recht hingegen weiter als das entsprechende Konventionsrecht, so verbietet das Günstigkeitsprinzip (Art. 53 EMRK), dass unter dem Deckmantel konventionskonformer Auslegung eine Verkürzung auf das Niveau der EMRK erfolgt: Die EMRK garantiert einen Mindeststandard; der Einzelne aber hat stets Anspruch auf den Schutz, der am weitesten reicht¹¹¹. Diese Prinzipien dürfen gerade im Hinblick auf Art. 6 EMRK, der als Verfahrensgarantie stärker nach gesetzgeberischer Ausgestaltung verlangt als die materiellen Freiheitsrechte der Konvention, nicht vergessen gehen¹¹².

Auf verfassungsmässiger Ebene ist das Konfrontationsrecht heute als Teilgehalt des rechtlichen Gehörs (Art. 29 Abs. 2 BV) in Art. 32 Abs. 2 BV verankert. Art. 32 Abs. 2 BV garantiert der angeklagten Person¹¹³, die „ihr zustehenden Verteidigungsrechte“ wirksam geltend machen zu können. Welche dies sind, definiert die entwicklungssoffen angelegte Bestimmung selbst nicht. Das Recht auf Befragung von Belastungszeugen aber gehört nach Botschaft und bundesgerichtlicher Rechtsprechung zum festen Arsenal der Verteidigungsrechte und soll dem Beschuldigten einen mit Art. 6(3)(d) EMRK grundsätzlich identischen Schutz verleihen¹¹⁴. Ob der verfassungs- und konventionsrechtliche Konfrontationsanspruch im Einzelfall verletzt wurde, prüft das Bundesgericht dabei nicht nach Art. 36 BV, sondern in Anlehnung an das Vorgehen des Gerichtshofes. Während die *fourth instance doctrine* dem EGMR untersagt, sich über die Zulässigkeit einer Beweisverwertung auszusprechen¹¹⁵, verschafft das Bundesgericht dem Konfrontationsrecht durch ein eigentliches Beweisverwertungsverbot Nachachtung: Wurde das Konfrontationsrecht verletzt, darf die Aussage des mangelhaft konfrontierten Belastungszeugen nicht zu Lasten des Beschuldigten verwendet werden. Den fehlbaren Entscheid hebt das Bundesgericht auf und weist ihn zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurück¹¹⁶.

¹⁰⁹ Als Folge der Auslegungshoheit des EGMR über die Konvention (Art. 32[1] EMRK). *Rechtlich verbindliche* Wirkung aber kommt seinen Urteilen nur *inter pares* zu. Vgl. BIAGGINI, 332 ff.; BEUSCH, 353; BREUER, EMRK-Komm. Karpenstein/Mayer, Art. 46 Rz. 31, 45; GRABENWARTER & PABEL, EMRK, § 16 Rz. 2, 8 f.; PFIFFNER & BOLLINGER, Rz. 20.

¹¹⁰ Vgl. nur den ersten zu Art. 6(3)(d) EMRK ergangenen Entscheid BGE 104 Ia 314 E. 4, in dem das BGer untersucht, ob seine Praxis zum damaligen Art. 4 BV 1874 unter dem Gesichtswinkel von Art. 6(3)(d) EMRK modifiziert werden muss. Zum Ganzen HAEFLIGER & SCHÜRMAN, 44; SEILER, Einfluss, 308; VILLIGER, 258.

¹¹¹ Siehe FROWEIN, EMRK-Komm. Frowein/Peukert, Art. 53; GRABENWARTER & PABEL, EMRK, § 2 Rz. 14 ff.; HAEFLIGER, 9 f.; HAEFLIGER & SCHÜRMAN, 42; THIENEL, EMRK-Komm. Karpenstein/Mayer, Art. 53 Rz. 2.

¹¹² Zur sog. Normgeprägtheit von Art. 6 EMRK vgl. BRUNHÖBER, 766 ff.; GRABENWARTER & MARAUHN, Rz. 62; MEYER, EMRK-Komm. Karpenstein/Mayer, Art. 6 Rz. 10.

¹¹³ Die Bezugnahme auf den Angeklagten stellt die Hauptverhandlung in den Fokus der verfassungsmässigen Verteidigungsrechte. Zunehmend aber vertritt das Schrifttum die Auffassung, dass Art. 32 Abs. 2 BV wie Art. 6(3)(d) EMRK situativ auch für frühere Verfahrensstadien Geltung beanspruchen kann, vgl. MÜLLER & SCHEFER, 991 f.; RHINOW et al., Rz. 620; VEST, St. Galler Komm. BV, Art. 32 Rz. 23.

¹¹⁴ Vgl. Botsch. BV, 187; BGE 131 I 476 E. 2.2; BGer 6B_125/2012 E. 3.3.1; 6B_207/2012 E. 3.3.1; 6B_251/2012 E. 2.3.2; 6B_446/2012 E. 4.1; 6B_681/2012 E. 2.3.1; 6B_183/2013 E. 1.3; 6B_369/2013 E. 2.3.1. Zum Ganzen KIENER & KÄLIN, 549 f., 553 f., 556 ff.; RHINOW et al., Rz. 617, 623; VEST, St. Galler Komm. BV, Art. 32 Rz. 3 f., 23, 35, insb. 39 ff.

¹¹⁵ Siehe hierzu oben, Kap. II.3.a.

¹¹⁶ Dies nicht erst seit Inkrafttreten von Art. 147 StPO mit seiner expliziten Verwertungsverbotsfolge (Abs. 4), s. z.B. BGE 131 I 476 E. 2.2; BGer 6P.90/2002 E. 2.1. Für neuere Entscheide vgl. etwa BGer 6B_125/2012 E. 3.3.4, 4; 6B_333/2012 E. 2.3.2, 3; 6B_510/2013 E. 1.4, 3.4.1. Zum Ganzen GRONER, 258.

2. Die Schweiz vor dem EGMR

Die Schweiz kann sich im Hinblick auf das Konfrontationsrecht einer nahezu weissen Weste rühmen: Erst ein einziges Mal sah der EGMR Art. 6(3)(d) EMRK durch die schweizerischen Behörden verletzt. Aus der Verurteilung im Fall *Lüdi* (1992), wo dem Beschwerdeführer *jede* Möglichkeit zur Befragung eines anonymen verdeckten Ermittlers („Toni“) versagt worden war¹¹⁷, hat die Schweiz schnell gelernt. Bereits die zweite Individualbeschwerde im Bereich der verdeckten Ermittlung (*S. E.*) erklärte die Kommission für offensichtlich unbegründet (heutiger Art. 35[3][a] EMRK), weil dem Beschwerdeführer eine zumindest indirekte Konfrontation ermöglicht wurde und umfangreiche Kompensationsmassnahmen erfolgten¹¹⁸. Seitdem hat die Problematik keine konventionsrechtlichen Beschwerden gegen die Schweiz mehr hervorgebracht. Von den insgesamt 47 Individualbeschwerden, die seit EMRK-Beitritt der Schweiz Rügen zu Art. 6(3)(d) EMRK enthielten¹¹⁹, betraf die Mehrzahl nicht das Konfrontationsrecht, sondern den Anspruch auf Ladung von Entlastungszeugen. Zwanzig Beschwerdeführer zogen vor den EGMR, nachdem ihnen eine Konfrontation des Belastungszeugen gänzlich oder in einem bestimmten Verfahrensstadium verwehrt worden war¹²⁰. Eine einzige Beschwerde – *Sadiki* – hatte aussageverweigernde Belastungszeugen zum Gegenstand, und neben *Lüdi* und *S. E.* richtete sich lediglich eine weitere gegen die Anonymisierung eines Belastungszeugen (*Pesukic* [gefährdeter Zufallszeuge], dazu Kap. IV.3.a.cc). In fünf Beschwerden wurde gestützt auf Art. 6(3)(d) EMRK in allgemeinerer Weise die Verletzung der Verfahrensfairness und/oder des Waffengleichheitsprinzips geltend gemacht¹²¹. Dabei fiel nur in *Lüdi* und *Pesukic* überhaupt eine Sachentscheidung; alle anderen Beschwerden scheiterten bereits an den Zulässigkeitsvoraussetzungen von Art. 35 EMRK (insb. Nicht-Erschöpfung des innerstaatlichen Rechtswegs, offensichtliche Unbegründetheit und Beschwerdefrist). Diese gute Bilanz darf indes nicht darüber hinwegtäuschen, dass die schweizerische Praxis zum Konfrontationsrecht der EGMR-Rechtsprechung durchaus nicht in allen Punkten folgt. Die zentralen Divergenzen sollen im Folgenden dargestellt werden.

3. Wesentliche Divergenzen zur EGMR-Rechtsprechung

a) *Wider die grundsätzlich unmittelbare Konfrontation vor Gericht*

aa) *Bundesgerichtliche Rechtsprechung*

Das Bundesgericht weigert sich beharrlich, Art. 6(3)(d) EMRK einen Anspruch auf Konfrontation vor dem Urteilsgericht zu entnehmen. Schon in frühen Urteilen genügt ihm, dass die Gele-

¹¹⁷ Vgl. *Lüdi*, § 49 f.; s.a. SEILER, EGMR, 231 f.

¹¹⁸ Siehe *S. E.* (dec.), The Law Ziff. 2.

¹¹⁹ Alle folgenden Rechercheergebnisse gemäss HUDOC-Suchkatalog (Stand am 16. November 2014).

¹²⁰ Vgl. *A. A.* (dec.); *Aksamawati* (déc.); *Ali* (déc.); *Altieri* (déc.); *Baragiola* (dec.); *Bjfl* (dec.); *Bloesch* (déc.); *C. B.* (dec.); *Garofolo* (dec.); *I.* (dec.); *I. O.* (déc.); *K. S. and K. S. AG* (dec.); *Q. H.* (déc.); *R. D.* (dec.); *Sadiki* (déc.); *Schälchli* (dec.); *Senn* (dec.); *W. K.* (dec.); *W. S.* (déc.); *Weber* (déc.).

¹²¹ Vgl. *Borrelli* (dec.); *C. G.* (dec.); *Chappex* (déc.); *Freudiger* (déc.); *K. N.* (dec.); *Plüss* (déc.).

genheit zur Konfrontation „*irgend einmal* im Lauf des Verfahrens gewährt wird“¹²². Wann genau, sei von geringerer Bedeutung, als dass es sich um eine wirksame Gelegenheit handelt. Hat eine Konfrontation im Vorverfahren stattgefunden, misst das Bundesgericht der abermaligen Konfrontation vor Gericht nur dann (ergänzende) Bedeutung bei, wenn die polizeiliche oder staatsanwaltschaftliche Konfrontationseinvernahme mit Fehlern behaftet war, etwa weil dem Beschuldigten noch kein Verteidiger zur Seite stand¹²³. Der konventionsrechtliche Grundsatz, auf den sich das Bundesgericht hierbei beruft – „that the defendant be given an adequate and proper opportunity to challenge and question a witness against him either when he was making his statements or at a later stage of the proceedings“¹²⁴ – ist aber ein Prinzip der Kompensation, das einen ausreichenden Grund für die Abwesenheit des Belastungszeugen von der Hauptverhandlung voraussetzt. Spätestens *Al-Khawaja and Tahery* [GC] und dessen Folgeurteile lassen hieran keinen Zweifel und proklamieren als logische Konsequenz den Konventionsverstoss für Staaten, die dem Beschuldigten eine Gegenüberstellung vor Gericht allein deshalb verwehren, weil eine Konfrontationsgelegenheit bereits im Vorverfahren bestand¹²⁵. Dennoch hält das Bundesgericht auch in neueren Urteilen an seiner Rechtsprechung fest: Die ‚wenigstens einmal‘-Formel ist Ausgangspunkt nahezu jeder Prüfung einer geltend gemachten Verletzung des Konfrontationsrechts¹²⁶.

Nicht nur im Hinblick auf zukünftige konventionsrechtliche Verfahren gegen die Schweiz gibt diese Rechtsprechung zu denken. Auch sachlich hat ihr der EGMR Argumente entgegenzusetzen. Einerseits betrachtet er es als elementares Gebot der Verfahrensfairness, dass der spätere Entscheidungsträger der Konfrontation selbst beiwohnt und den Belastungszeugen bei der Gegenüberstellung beobachten kann, denn in *ihm* muss der Beschuldigte Zweifel an der Verlässlichkeit der Aussage wecken¹²⁷. Letztlich ist das Prinzip gerichtsunmittelbarer Konfrontation damit logische Konsequenz der Überzeugung, dass die korrekte Würdigung einer Aussage Kenntnis auch des nonverbalen Aussageverhaltens voraussetzt¹²⁸. Diese Auffassung aber teilt das Bundesgericht gerade nicht (mehr): Nach seiner Rechtsprechung kommt der Glaubhaftigkeit der Aussage gegenüber der persönlichen Glaubwürdigkeit des Zeugen eine weitaus grössere Bedeutung zu (These 1). Die Würdigung der Aussage verlange dabei im Wesentlichen eine durch Realitätskriterien geleitete „methodische Analyse ihres Inhalts darauf [...], ob die auf ein bestimmtes Geschehen bezogenen Angaben einem tatsächlichen Erleben des Zeugen

¹²² BGE 113 Ia 412 E. 3c (Hervorhebung hinzugefügt); s.a. BGE 104 Ia 314 E. 4c; 105 Ia 396 E. 3b; 116 Ia 289 E. 3a; 125 I 127 E. 6b, 6c/aa; vgl. ferner SCHLEIMINGER, Konfrontation, 29 f.

¹²³ Das durch den EGMR stipulierte Verhältnis von Ausnahme und Regel kehrt sich damit in sein Gegenteil. Während der Gerichtshof nach besonderen Umständen verlangt, wo auf die Konfrontation vor Gericht verzichtet wird, betrachtet das BGE eine gerichtliche Konfrontationseinvernahme bei bereits im Vorverfahren erfolgter Gegenüberstellung nur unter besonderen Umständen als erforderlich, s. z.B. BGE 116 Ia 289 E. 3c, 3d; 118 Ia 462 E. 5a/aa; 120 Ia 48 E. 2b/aa.

¹²⁴ Z.B. *Bocos-Cuesta*, § 68; *Saïdi*, § 43; *Taal*, § 31; s.a. *Al-Khawaja and Tahery* [GC], § 118; *Rudnichenko*, § 101; *Schatschaschwili*, § 63; *Suldin*, § 52; *Trampevski*, § 44.

¹²⁵ Siehe hierzu oben, Kap. II.2.b und Kap. II.3.a.

¹²⁶ Vgl. etwa BGE 6B_207/2012 E. 3.3.1; 6B_251/2012 E. 2.3.2; 6B_295/2012 E. 1.2.1; 6B_183/2013 E. 1.5; 6B_369/2013 E. 2.3.1; 6B_510/2013 E. 1.3.1.

¹²⁷ Siehe insb. *Matytsina*, § 153; ferner auch *Damir Sibgatullin*, § 47; *Karpenko*, § 76. Auch der US Supreme Court verfolgt diesen Ansatz, vgl. U.S., *Barber v. Page*, 725 f.: „[The right to confrontation] includes both the opportunity to cross-examine and the occasion for the jury to weigh the demeanor of the witness“.

¹²⁸ Zu dieser Überzeugung des EGMR vgl. oben, Kap. II.2.c.

entspringen¹²⁹ (These 2). Im Hinblick auf seine erste These befindet sich das Bundesgericht in guter Gesellschaft¹³⁰. Doch folgt aus ihr nicht zwingend auch die zweite, mit der sich das Bundesgericht klar beim inhaltsorientierten Ansatz der Glaubhaftigkeitsbeurteilung verortet. Vertreter verhaltensorientierter Ansätze nämlich wollen vom nonverbalen Aussageverhalten durchaus auf die Glaubhaftigkeit der Aussage schliessen¹³¹. Die *Meinungsverschiedenheit* zwischen Bundesgericht und EGMR ist damit nicht zuletzt auch eine *aussagepsychologische*, in-nerer derer beide Positionen ihre Gegner und Befürworter haben¹³².

Der EGMR spricht sich aber noch aus einem zweiten, zentraleren Grund für die gerichtsunmittelbare Konfrontation aus, nämlich „because pre-trial questioning is primarily a process by which the prosecution gather information in preparation for the trial in order to support their case in court whereas the tribunal conducting the trial is called upon to determine a defendant’s guilt following a fair assessment of all evidence actually produced at the trial“¹³³. Die Konfrontation soll, das wird hierin deutlich, *vor einer unabhängigen und unparteiischen Verfahrensleitung* vonstattengehen, um ihrer kontradiktorischen Grundidee gerecht zu werden¹³⁴. Wer die Konfrontationseinvernahme auf die einmalige Gelegenheit zu einem beliebigen Zeitpunkt des Verfahrens beschränkt, nimmt in Kauf, dass sie u.U. allein durch Polizei oder Staatsanwaltschaft vorgenommen und überwacht wird. Auch der schweizerische Untersuchungsgrundsatz kann diese Problematik nicht vollständig entschärfen. Anders als im Parteiprozess nach angelsächsischem Muster, auf den das Bundesgericht Art. 6(3)(d) EMRK zugeschnitten sieht, ist die schweizerische Staatsanwaltschaft zwar der materiellen Wahrheit verpflichtet und hat mithin *be-* und *entlastende* Umstände gleichermaßen zu untersuchen (Art. 6 Abs. 2 StPO)¹³⁵. Im Strafrechtsalltag aber dürfte die Verwirklichung dieses Ideals keineswegs immer gelingen. Die Staatsanwaltschaft als Vertreterin der Anklage tritt in der Hauptverhandlung als Partei auf. Auch im Vorverfahren ist sie funktionell als solche zu begreifen, denn ihre primäre Aufgabe liegt in der Verfolgung und Überführung Tatverdächtiger¹³⁶. Von einer Gelegenheit zur Konfrontation, bei der sich Beschuldigter und Anklage im Sinne des Waffengleichheitsprinzips

¹²⁹ Zum Ganzen BGE 133 I 33 E. 4.3; s.a. BGE 128 I 81 E. 2, 3c; 129 I 49 E. 5. Eine Darstellung der in Schrifttum und Judikatur gebräuchlichen Realitätskriterien, deren Vorhandensein eine Aussage als erlebnisfundiert ausweisen soll, liefert HUSSELS, 369 ff.

¹³⁰ Dass sich weder aus gutem noch aus schlechtem Leumund Schlüsse auf die Verlässlichkeit einer Aussage ziehen lassen, finden z.B. auch FIEDLER, 182 f.; HUSSELS, 374; LUDEWIG, TAVOR & BAUMER, 1418; WIPRÄCHTIGER, 40 f.

¹³¹ Vgl. hierzu FIEDLER, 184 ff.; LUDEWIG, TAVOR & BAUMER, 1421 ff.; SPORER & KÖHNKEN, 353 ff.

¹³² Kritisch gegenüber einer auf nonverbales Aussageverhalten gestützten Glaubhaftigkeitsbeurteilung FIEDLER, 184 f.; JACKSON & SUMMERS, 346; LUDEWIG, TAVOR & BAUMER, 1421 ff.; SCHLEIMINGER, Aktuelle Fragen, 1072 f. Die Ansicht des EGMR teilen demgegenüber z.B. ALBRECHT, Unmittelbarkeit, 195 f.; ERNI, 300; HAUSER, Unmittelbarkeit, 173; HAUSER, SCHWERI & HARTMANN, § 51 Rz. 10; KUNZ, 59 f.; KLEMM, 1378; MATHYS, 132 f.; SCHMID, Handbuch, Rz. 294. Differenzierte Überlegungen zur Frage finden sich bei A. KAUFMANN, 100 ff.

¹³³ So die Erklärung in *Huseyn*, § 211.

¹³⁴ Vgl. auch ARQUINT & SUMMERS, Konfrontationen, 40, sowie JACKSON & SUMMERS, 344 f., die in der Gelegenheit, das Belastungszeugnis in einem „adversarial environment“ in Frage zu stellen, den „Kern“ des EGMR-Rechtsprechungsansatzes sehen.

¹³⁵ Dieser Auftrag galt bereits vor Inkrafttreten der StPO, vgl. anstatt vieler HAUSER, SCHWERI & HARTMANN, § 53 Rz. 9. Schon in BGE 104 Ia 314 E. 4a stellt das BGer vor diesem Hintergrund fest, die in Art. 6(3)(d) EMRK verwendeten Begriffe des Belastungs- und Entlastungszeugen würden zur kontinentaleuropäischen Untersuchungsmaxime nicht recht passen, „gibt es doch hier keine Zeugen, die zum vornherein entlasten oder belasten sollen, sondern nur solche, die zur Aufklärung des objektiven Sachverhalts herangezogen werden“.

¹³⁶ Skeptisch zur Frage, ob die Staatsanwaltschaft dem Beschuldigtem im Vorverfahren unbefangen gegenüberzutreten vermag, auch ARQUINT & SUMMERS, Konfrontationen, 40 f.; KRAUSS, 118 f.; OBERHOLZER, Rz. 615; PIETH, Strafprozessrecht, 39; SCHMID, Handbuch, Rz. 156; VOGELSSANG, 231 inkl. Fn. 6.

ebenbürtig gegenüberstehen und bei der *Be-* und *Entlastungsperspektive* denselben Stellenwert besitzen, kann m.E. nur vor Gericht die Rede sein. Die gerichtliche Unabhängigkeit und Unparteilichkeit leistet Gewähr für das Art. 6(3)(d) EMRK innewohnende Ziel; vor Gericht „erhält die beschuldigte Person die Chance, das Beweisergebnis zu beeinflussen, wie sie ihr im Untersuchungsverfahren kraft seines Zweckes nicht gewährt werden kann“¹³⁷. Hält die Konfrontationseinvernahme hingegen nur über Beweisurrogate Einzug in die Hauptverhandlung, erlangt die Belastungsperspektive einen Vorteil, der – wie es der EGMR vorsieht – als Einschränkung von Art. 6(3)(d) EMRK besonders begründet und kompensiert werden muss¹³⁸.

bb) Fakultatives Unmittelbarkeitsprinzip der StPO

Wie aber stellt sich das nationale Prozessrecht zur Frage der Unmittelbarkeit? Bestünde überhaupt Raum für eine in diesem Punkt EMRK-konforme Handhabung des Konfrontationsrechts? Tatsächlich hielt auch der Gesetzgeber eine ausnahmslos unmittelbare (Konfrontations-)Einvernahme von (Belastungs-)Zeugen bei Schaffung der eidgenössischen StPO weder aufgrund von Art. 6(3)(d) EMRK¹³⁹ noch aus anderen Gründen für geboten¹⁴⁰. Schon unter den kantonalen Verfahrensgesetzen war das erstinstanzliche Beweisverfahren längst nicht jenes Herzstück des Strafverfahrens, als das es der EGMR nach wie vor versteht. Effizienzbedürfnisse und ein veränderter rechtspolitischer Fokus hin zur polizeilich-staatsanwaltschaftlichen Verbrechensbekämpfung haben die Tatsachenermittlung mehr und mehr ins Vorverfahren verlagert¹⁴¹. Gemäss StPO bekommt das Gericht die Akten von der Staatsanwaltschaft nun grundsätzlich entscheidungsreif übermittelt; also mit allen tatsächlichen und rechtlichen Informationen, die für ein Urteil in Schuld- und Strafpunkt erforderlich sind (Art. 308 Abs. 3 StPO). Dass es (belastende) Zeugenaussagen aus dem Vorverfahren erneut erheben *muss*, stellt entgegen den konventionsrechtlichen Vorgaben Ausnahme statt Regel dar. Eine eigentliche Verpflichtung hierzu besteht nur unter zweierlei Voraussetzungen: (1) Art. 343 Abs. 2 StPO gebietet die Wiederholung, wenn die Erhebung des Zeugenbeweises im Vorverfahren nicht ordnungsgemäss vonstattenging. Hierzu zählt das Schrifttum auch den Fall, dass das Konfron-

¹³⁷ A. KAUFMANN, 71; gl.M. ARQUINT & SUMMERS, Konfrontationen, 41.

¹³⁸ Hierzu ausführlich A. KAUFMANN, 70 f. m.w.H.: Der Belastungsperspektive Vorschub leiste, dass Richter nur zurückhaltend von der polizeilichen oder staatsanwaltschaftlichen Sachverhaltseinschätzung abweichen und diese Einschätzung durch ergänzende Fragen und Beweiserhebungen eher zu bestätigen denn zu hinterfragen suchten (sog. selektive Informationssuche). Zudem würden Beweisergebnisse, die das Gericht an der Hauptverhandlung neu gewinnt, systematisch überschätzt, wenn sie die Sachverhaltsdarstellung der Anklage stützen, und systematisch unterschätzt, wenn sie mit dieser konfliktieren (sog. Inertia- oder Perseveranzeffekt). Vgl. auch ROXIN & SCHÜNEMANN, § 1 Rz. 16; SCHÜNEMANN, 160 ff., 164 f.

¹³⁹ So explizit Botsch. StPO, 1283. Aus konventionsrechtlicher Sicht korrekt hingegen noch die Empfehlung der Expertenkommission in ‚Aus 29 mach 1‘, 143: Protokolle von Zeugeneinvernahmen aus dem Vorverfahren sollten nur dann als Beweise verwendet werden dürfen, „wenn eine unmittelbare Befragung in der Hauptverhandlung nicht möglich ist oder die Aussagen nicht bestritten sind“. Art. 377 VE StPO gab dem Beschuldigten, dessen Fall im Kollegium beurteilt wird, Anspruch auf die unmittelbare Erhebung zumindest wichtiger Beweise (sog. qualifiziertes Beweisverfahren), vgl. Begleitbericht VE StPO, 14; Botsch. StPO, 1110, 1285; HAURI, BSK StPO, Art. 343 Rz. 7.

¹⁴⁰ Zum aussagepsychologischen Grundverständnis der StPO HAURI, a.a.O., Art. 343 Rz. 22: „Hätte der Gesetzgeber solche [nonverbalen] [...] Äusserungsweisen stets als entscheidend erachtet, hätte er bei den Personalbeweisen ein unbeschränktes Unmittelbarkeitsprinzip realisieren müssen“. Realistisch betrachtet dürfte der Entscheid für die beschränkte Unmittelbarkeit allerdings eher in prozessökonomischen Bedürfnissen wurzeln, vgl. A. KAUFMANN, 159 f.; ALBRECHT, Unmittelbarkeit, 187; HAURI, a.a.O., Art. 343 Rz. 12; JOSITSCH, Rz. 94, sowie ‚Aus 29 mach 1‘, 143.

¹⁴¹ Zur neuen Macht und Kompetenzfülle der ‚Risikomanager‘ Polizei und Staatsanwaltschaft vgl. A. KAUFMANN, 160 f.; PIETH, Ketzerische Gedanken, 627 f.; DERS., Kontrollmodell, 427 f. Für die kantonale Ausgestaltung des Beweisverfahrens vor 2011 s. Botsch. StPO, 1283.

tationsrecht im Vorverfahren noch nicht gewährt wurde¹⁴². (2) Selbst ordnungsgemäss erhobene Zeugenaussagen aber müssen nochmals abgenommen werden, „sofern die unmittelbare Kenntnis [...] für die Urteilsfällung notwendig erscheint“ (Art. 343 Abs. 3 StPO). Der Gesetzgeber räumt also ein, dass zumindest manche Zeugenaussagen nur durch denjenigen seriös gewürdigt werden können, der bei ihrer Erhebung zugegen war. Welche Zeugenaussagen dies sind, bleibt dabei weitgehend dem Ermessen der Gerichte anheimgestellt; die Unmittelbarkeit wird de facto zu einer fakultativen¹⁴³.

Gerade dieser Ermessensspielraum aber ermöglicht die *EMRK-konforme Auslegung von Art. 343 StPO*: Abs. 3 kann und sollte m.E. entnommen werden, dass alle verfügbaren Belastungszeugen i.S.v. Art. 6(3)(d) EMRK auf Antrag der Verteidigung unmittelbar an der Hauptverhandlung einvernommen und mit dem Beschuldigten konfrontiert werden müssen. Im entsprechenden Beweisantrag nämlich kommt zum Ausdruck, dass „der Beschuldigte oder seine Verteidigung der Ansicht sind, dass die Entlastungsperspektive im Vorverfahren nicht ausreichend zum Zug gekommen ist“ und eine unmittelbare Kenntnis des Beweismittels erscheint für die Urteilsfällung notwendig¹⁴⁴ – zugunsten von materieller Wahrheit und Verfahrensfairness und mit Blick auf die konventionsrechtlichen Pflichten der Schweiz. Bundesgericht und ein Teil der Lehre wollen Art. 343 Abs. 3 StPO immerhin auf entscheidende Beweismittel angewendet sehen¹⁴⁵. Konventionsrechtlich gesehen ist dies zwar nicht ganz korrekt, weil der Anspruch auf Konfrontation vor Gericht unabhängig vom Beweiswert des Belastungszeugnisses besteht¹⁴⁶. Angesichts dessen, dass nur wenige Individualbeschwerden in Zusammenhang mit nicht-ausschlaggebenden Belastungszeugen zur Beurteilung vor den EGMR gelangen (dazu Kap. IV.3.a und b), dürfte diese Interpretation eine explosionsartige Zunahme konventionsrechtlicher Verurteilungen aber auch in Zukunft vermeiden. Dies gilt umso mehr, als das Bundesgericht eine unmittelbare Wahrnehmung durch das Gericht bei Aussage gegen Aussage-Konstellationen im Bereich der Beziehungs- und Sexualdelinquenz generell als unverzichtbar

¹⁴² So etwa HAURI, BSK StPO, Art. 343 Rz. 18; REUSSER, StPO-Komm. Goldschmid/Maurer/Sollberger, 337 f.; RIKLIN, StPO-Komm., Art. 343 Rz. 6.

¹⁴³ Den Begriff der fakultativen Unmittelbarkeit verwenden ALBRECHT, Unmittelbarkeit, 194; HAURI, a.a.O., Art. 343 Rz. 13; PIETH, Strafprozessrecht, 44. Von (sehr) beschränkter Unmittelbarkeit sprechen OBERHOLZER, Rz. 1455; REUSSER, a.a.O., 336; RIEDO, FIOKA & NIGGLI, Rz. 2511; RIKLIN, a.a.O., Art. 343 Rz. 2; RUCKSTUHL, DITTMANN & ARNOLD, Rz. 152; SCHMID, Handbuch, Rz. 1329. RUCKSTUHL, 30, sieht eine starke Mittelbarkeit verwirklicht.

¹⁴⁴ So PIETH, a.a.O., 185. PIETH möchte den Zeugen diesfalls vor Gericht geladen sehen und begründet seine Auffassung – ähnlich wie der EGMR – mit der Aufgabe des unbefangenen Gerichts, den entscheidungserheblichen Sachverhalt in eigener Verantwortung festzustellen. Im Ergebnis gl.M. ist ERNI, 300, insoweit die Beweisanträge der Verteidigung nicht rechtsmissbräuchlich sind. Noch weiter scheint ALBRECHT, Unmittelbarkeit, 195, gehen zu wollen, der die Gerichte in verfassungs- und EMRK-konformer Gesetzesauslegung von Art. 343 Abs. 3 StPO dazu aufruft, „die ihnen zustehenden Ermessensspielräume zur möglichst weitgehenden Verwirklichung einer unmittelbaren Beweisabnahme zu nutzen“.

¹⁴⁵ Vgl. z.B. BGE 137 IV 1 E. 4.3; BGer 1B_198/2010 E. 2.4 (entscheidende Aussagen); 6B_370/2012 E. 2.1; 6B_442/2012 E. 1.2; 6B_484/2012 E. 1.2; 6B_514/2012 E. 2.2; 6B_534/2012 E. 2.1; 6B_614/2012 E. 3.2.3; 6B_721/2012 E. 2.1; 6B_200/2013 E. 2.4; 6B_970/2013 E. 2.1 („preuves essentielles et décisives dont la force probante dépend de l'impression qu'elles donnent“); 1B_188/2012 E. 3.6 (sehr wichtiges, praktisch prozessentscheidendes Beweismittel); 1B_309/2010 E. 2.5 (Aussage, auf die sich der Tatverdacht weitgehend stützt); 1B_388/2012 E. 2.5 (für die Zuordnung der Tatbeiträge bedeutsame, aber divergierende Aussagen mehrerer mutmasslicher Mittäter); 6B_139/2013 E. 1.3.2 (Aussage gegen Aussage-Konstellationen). Für das Schrifttum vgl. die entsprechende Minimalforderung von ALBRECHT, Unmittelbarkeit, 192 ff., 195 f., sowie A. KAUFMANN, 289; ARQUINT & SUMMERS, Konfrontationen, 41; MATHYS, 134; SCHMID, Handbuch, Rz. 1330; WINZAP, 103. A.M. WOHLERS, Unmittelbarkeit, 323 f., der selbst diese Interpretation noch als zu weitgehend empfindet, da sie s.E. vom Willen des Gesetzgebers abweicht.

¹⁴⁶ Vgl. hierzu oben, Kap. II.3.a.

erachtet¹⁴⁷. Damit fasst es eine Fallkategorie unter Art. 343 Abs. 3 StPO, die in der Praxis zum Konfrontationsrecht sehr präsent ist¹⁴⁸.

b) *Bundesgerichtlicher Hader mit der ‚sole or decisive‘-Rule*

aa) *Abwägungslösung statt formales Kriterium*

Gegen die ‚sole or decisive‘-Rule hatte sich das Bundesgericht bereits positioniert, als es sie noch gar nicht gab: In einem frühen Fall zum Konfrontationsrecht von 1979 störte es sich nicht daran, dass der Beschwerdeführer wegen diverser tatsächlicher Umstände keine Gelegenheit zur Konfrontation der einzigen Belastungszeugin erhalten hatte. Einen Angeklagten freizusprechen, wenn ihm die Befragung des einzigen Zeugen durch dessen Tod oder dauerhafte Einvernahmeunfähigkeit verunmöglicht wurde, „[könne] nicht dem Sinn der EMRK entsprechen“¹⁴⁹. In *Kostovski* (1989) zog der EGMR die Bedeutung einer mangelhaft konfrontierten Aussage für die Verurteilung des Beschwerdeführers erstmals heran, um eine Verletzung von Art. 6(3)(d) EMRK zu begründen¹⁵⁰. Drei Jahre später weist das Bundesgericht das Kriterium der Entscheidungserheblichkeit explizit zurück: Dessen Anwendung ermögliche dem Urteilsgericht, ein erheblich belastendes Zeugnis in der Entscheidungsbegründung als nicht massgeblich und damit verwertbar darzustellen. Formal könne der Schuldspruch so auf gezielt aufgewertete, konventionsrechtlich korrekt erhobene Beweismittel gestützt werden, obschon sich das Gericht von der mangelhaft konfrontierten Aussage de facto stark beeinflussen liess und eine Konfrontation das übrige Beweisergebnis womöglich hätte erschüttern können¹⁵¹. Dennoch hält die ‚sole or decisive‘-Regel mit BGE 125 I 127 (1998) schliesslich Einzug in die bundesgerichtliche Rechtsprechung. Unter Hinweis auf eine Empfehlung des Europarat-Ministerkomitees räumt das Bundesgericht ein, dass auf einzige oder überwiegend ausschlaggebende Aussagen anonymisierter Belastungszeugen nicht abgestellt werden darf und der Angeschuldigte als Konsequenz u.U. freizusprechen ist. Indes anerkennt es die ‚sole or decisive‘-Rule explizit nur als „fast absolute Grenze“, ab der die Verteidigungsrechte des Beschuldigten nicht mehr über Kompensationsmassnahmen gewährleistet werden können¹⁵². In dieser relativierenden Formulierung zeichnet sich bereits das Bedürfnis ab, den nationalen Gerichten Spielraum und Flexibilität in der Beweiswürdigung zu bewahren. Eben dieses Bedürfnis führt in BGE

¹⁴⁷ Vgl. insb. BGer 6B_718/2013 E. 2.5; s.a. 1B_198/2010 E. 3.4.1; 1B_152/2014 E. 3.4.1. Ähnlich DONATSCH & CAVEGN, 55 Fn. 12 (wenn das Urteil allein von der Aussage des Opfers abhängt); MATHYS, 134; HAURI, BSK StPO, Art. 343 Rz. 21, und REUSSER, StPO-Komm. Goldschmid/Maurer/Sollberger, 338 (unabhängig vom Vorhandensein weiterer Beweise).

¹⁴⁸ Die Konfrontation mit Opfern von Sexualdelikten betrafen in der aktuellen EGMR-Judikatur z.B. *Aigner*; *Al-Khawaja and Tahery* [GC]; *Gani*; *Lučić*; *Rosin*; *Salikhov*; *Şandru*, und *Vronchenko*. Für entsprechende Fälle vor dem BGer vgl. z.B. BGer 6B_324/2011; 6B_207/2012; 6B_295/2012; 6B_446/2012; 6B_681/2012; 6B_369/2013; 6B_441/2013; 6B_1162/2013.

¹⁴⁹ BGE 105 Ia 396 E. 3b. Zur unveröffentlichten Vorgeschichte des Entscheids siehe SCHLEIMINGER, Konfrontation, 29.

¹⁵⁰ Siehe *Kostovski*, § 44.

¹⁵¹ BGE 118 Ia 462 E. 5c; bestätigt in BGE 124 I 274 E. 5b. Begrüssend BISCHOFF, 176 f.; SCHLEIMINGER, Bemerkungen, 1226 f. Gleicher Einwand gegen die ‚sole or decisive‘-Rule auch bei MEYER, EMRK-Komm. Karpenstein/Mayer, Art. 6 Rz. 211; RENZIOWSKI, Waffengleichheit, 101.

¹⁵² BGE 125 I 127 E. 10a (Hervorhebung hinzugefügt). In E. 6c/dd des gleichen Urteils beschränkt das BGer seine Rspr. aus BGE 105 Ia 396 (vgl. Fn. 149) denn auch auf Zeugnisse, die nicht das einzige oder ausschlaggebende Beweismittel darstellen. Zum Ganzen auch ACKERMANN, CARONI & VETTERLI, 1079 f.; SCHLEIMINGER, Bemerkungen, 1224; DIES., Konfrontation, 33 f.; THORMANN, CR StPO, Art. 147 Rz. 23 inkl. Fn. 58. Für die Empfehlung des Europarat-Ministerkomitees vgl. BGE 125 I 127 E. 7b, 7c, sowie Rec. No. R (97) 13, Ziff. 13.

132 I 127 (2006) abermals zum Bruch mit der ‚sole or decisive‘-Rule, nachdem sich durch *Lucà* (2001) Gewissheit über deren ausnahmslose Geltung eingestellt hatte¹⁵³. Erneut widerstrebt es dem Bundesgericht, die Zulassung mangelhaft konfrontierter Aussagen an einem formalen Kriterium zu messen: „Vielmehr ist im Lichte der konventions- und verfassungsmässigen Verfahrensgarantien in einer Gesamtwürdigung zu prüfen, ob die durch die Zulassung [...] bewirkte Beschneidung der Verteidigungsrechte durch schutzwürdige Interessen gedeckt ist und, wenn ja, ob sich der Beschuldigte trotzdem wirksam verteidigen konnte, er mithin einen fairen Prozess hatte“¹⁵⁴. Damit spricht sich das Bundesgericht dafür aus, feste, unumstössliche Kriterien zugunsten einer einzelfallorientierten Abwägungslösung aufzugeben¹⁵⁵.

bb) Freie Beweiswürdigung und Mosaiklösung

Mit BGE 133 I 33 (2007) bestätigt das Bundesgericht diese Rechtsprechung und liefert ihr eine weitere Begründung nach. Durch eine absolut verstandene ‚sole or decisive‘-Rule sieht es insbesondere im Bereich anonymer Belastungszeugen den Grundsatz der freien Beweiswürdigung (vgl. Art. 10 Abs. 2 StPO) verletzt. Das Institut der anonymen Aussage werde als Beweismittel faktisch ausgeschlossen, „[d]enn entweder tragen schon die anderen Beweise das Urteil, womit auf die (auch nur ergänzende) Verwertung anonymisierter Aussagen verzichtet werden kann, oder sie tragen den Schuldspruch für sich gesehen nicht, dann handelt es sich bei den Aussagen des anonymisierten Zeugen zwingend um ein zumindest mitentscheidendes Element“¹⁵⁶. Diese Argumentation allerdings stützt sich auf eine Interpretation des ‚decisive‘-Kriteriums, die der EGMR jüngst von sich gewiesen hat: „‚Decisive‘ [...] means more than that, without the evidence, the chances of a conviction would recede and the chances of an acquittal advance, a test which [...] would mean that virtually all evidence would qualify“¹⁵⁷. Zumindest teilweise scheint der bundesgerichtliche Hader mit der ‚sole or decisive‘-Rule also in Unsicherheit darüber zu fassen, wann eine Aussage als entscheidend zu gelten hat. Noch augenscheinlicher wird dies an späterer Stelle desselben BGE, wo das Bundesgericht die Regel trotz aller Vorbehalte anwendet, weil der Grundsatz der freien Beweiswürdigung dem Vorrang einer *allfälligen* völkerrechtlichen Verpflichtung zur Nichtverwertung zu weichen *hätte*¹⁵⁸. Hierbei schliesst es sich der Interpretation des Kassationsgerichts an, wonach eine anonyme oder unkonfrontierte Aussage jedenfalls als zusätzlicher Mosaikstein herangezogen werden darf (sog. Mosaiklösung). Ob die Aussage den *einzigsten direkten* Beweis darstellt, sei dabei

¹⁵³ *In Doorson*, § 76, und *Van Mechelen*, § 55, gemahnt der EGMR lediglich, „a conviction should not be based either solely or to a decisive extent on anonymous statements“. In *Lucà*, § 40, heisst es dann, „where a conviction is based solely or to a decisive degree on depositions that have been made by a person whom the accused has had no opportunity to examine or to have examined, whether during the investigation or at the trial, the rights of the defence are restricted to an extent that is incompatible with the guarantees provided by Article 6“ (Hervorhebungen hinzugefügt); s.a. DE WILDE, 161 ff.; DU BOIS-PÉDAIN, 127 f.; MEYER, 118; MEYER & WIECKOWSKA, EGMR 2011, 120.

¹⁵⁴ BGE 132 I 127 E. 2.

¹⁵⁵ Vgl. ACKERMANN, CARONI & VETTERLI, 1080; DONATSCH, 240; HOTTELIER, MOCK & PUÉCHAVY, 174; KIENER, Staatsrechtliche Rechtsprechung 2006-2007, 713 f.

¹⁵⁶ BGE 133 I 33 E. 4.2; s.a. E. 2.6. Gl.M. wie das BGer BISCHOFF, 178; GUERRIN, 55; KIENER, Staatsrechtliche Rechtsprechung 2007-2008, 812; WOHLERS, Schutzmassnahmen, 142; DERS., ZK StPO, Art. 147 Rz. 25; ZÜND, 23. Aus selbigem Grund lehnte auch das KassGer Zürich die Übernahme der ‚sole or decisive‘-Rule während einiger Jahre ab, vgl. KassGer ZH, ZR 98 (1999) Nr. 63, E. 2d/dd; hierzu auch DONATSCH, 239.

¹⁵⁷ *Al-Khawaja and Tahery* [GC], § 131.

¹⁵⁸ BGE 133 I 33 E. 3, 4.4.1. Ob eine solche Verpflichtung für ausschlaggebende anonymisierte resp. unkonfrontierte Aussagen aus Art. 6(3)(d) EMRK tatsächlich folgt, lässt das BGer dabei offen und prüft nur hypothetisch.

unerheblich, denn der Grundsatz der freien Beweiswürdigung erlaube dem Richter auch die Verurteilung auf reiner Indizien-Basis. Stattdessen gelte es zu prüfen, wie weit die übrigen verfügbaren Beweismittel einen Schuldspruch tragen können. Begründen sie für sich bereits einen schweren Tatverdacht, der durch die anonyme oder unkonfrontierte Aussage zusätzlich gefestigt und ins Stadium des rechtsgenügenden Beweises überführt wird, blieben die Verteidigungsrechte des Beschuldigten gewahrt¹⁵⁹.

Diese Deutung der ‚sole or decisive‘-Rule, mit der sich das Bundesgericht offensichtlich anfreunden kann, macht anonyme Zeugenaussagen nun aber nicht schlechterdings überflüssig: Ohne den zusätzlichen Mosaikstein wäre das übrige Beweisergebnis nicht über jeden vernünftigen Zweifel erhaben und würde am Grundsatz in dubio pro reo scheitern¹⁶⁰. Gleichzeitig lässt sich die Mosaiklösung mit der konventionsrechtlichen Rechtsprechung zumindest dem Grundsatz nach vereinbaren. Ein Mosaikstein ist per definitionem von ‚strong corroborative evidence‘ gestützt und damit auch nach EGMR-Verständnis nicht ausschlaggebend für den Schuldspruch¹⁶¹. Zweifelhaft aber erscheint, ob der EGMR eine anonyme oder unkonfrontierte Aussage, die für die Schuld des Täters den *einzigsten direkten Beweis* liefert, als zusätzlichen Stein in einem nur aus Indizien bestehenden Mosaik anerkennt. Aus BGE 133 I 33, den der Beschuldigte vor dem EGMR anfocht, ging 2012 das bereits erwähnte Urteil *Pesukic* hervor. Zur Bedeutung der Aussage des anonymen Zeugen X. führt der EGMR aus:

„The Court observes that the jury court relied to a certain extent on the testimony given by the anonymous witness in order to establish the applicant’s guilt. The cassation court even considered the testimony given by X to be decisive. While the Federal Tribunal put the importance of X’s testimony in perspective, it did not state as a certainty that the remaining evidence, taken on its own, would have been sufficient for establishing the applicant’s guilt. The Court further observes that, *while X was the sole witness who directly observed the shooting and was ready to testify, the jury court could rely on other evidence corroborating X.’s testimony*. Having regard to these circumstances, the Court considers that *the testimony given by X. was not the sole evidence against the applicant, but did carry considerable weight in the establishment of the applicant’s guilt*“¹⁶².

Diesem Fazit, obschon nicht eindeutig formuliert, muss man wohl entnehmen, dass der Gerichtshof die anonyme Zeugenaussage anders als das Bundesgericht für eine ausschlaggebende

¹⁵⁹ BGE 133 I 33 E. 4.4.1. Zur Mosaiklösung auch ILL, 163; KIENER, Staatsrechtliche Rechtsprechung 2007-2008, 812; RIKLIN, StPO-Komm., Vorbem. zu Art. 147 f. Rz. 10; SCHLEIMINGER, BSK StPO, Art. 147 Rz. 33; WOHLERS, ZK StPO, Art. 147 Rz. 25, sowie die Kritik bei DERS, Schutzmassnahmen, 142.

¹⁶⁰ So auch BISCHOFF, 179 f., allerdings mit Zweifeln an der Zweckmässigkeit dieser Interpretation, weil anonyme Aussagen s.E. in der Praxis nur selten einen Mosaikstein und viel öfter einen ausschlaggebenden Beweis darstellen werden. Ähnlich ZÜND, 23, dem zufolge es sich bei nicht ausschlaggebenden Aussagen nicht verantworten lässt, den gefährdeten Belastungszeugen dem Risiko einer Enttarnung während der indirekten Konfrontationseinvernahme auszusetzen. Jedenfalls zeigt die Mosaiklösung auf, dass ein nicht ausschlaggebendes Belastungszeugnis keineswegs immer ‚irrelevant to the verdict‘ ist, wie JACKSON & SUMMERS, 340, 363, annehmen. Entsprechend kann auch ihrer Folgerung, ‚[that] [o]nly if the evidence is decisive can the procedural violation [of non confrontation] be characterised as [...] actually impacting on, or at least having the potential to impact on, the right to challenge the prosecution’s case and thus on the accuracy of the verdict‘ (341) nicht gefolgt werden.

¹⁶¹ Vgl. oben, Kap. II.3.c. Schon GOLLWITZER, Rz. 227b, und RENZIKOWSKI, Waffengleichheit, 105, entnehmen der EGMR-Rspr. eine mit der Mosaiklösung nahezu identische Interpretation der ‚sole or decisive‘-Rule.

¹⁶² *Pesukic*, § 49 (Hervorhebungen hinzugefügt).

hält¹⁶³. In Anbetracht seiner übrigen Rechtsprechung zum ‚decisive‘-Kriterium¹⁶⁴ dürfte der Indiziencharakter der übrigen Beweismittel dabei die entscheidende Rolle gespielt haben. Für entsprechende Beweiskonstellationen muss die Mosaiklösung aus konventionsrechtlicher Sicht m.E. mit einem Vorbehalt versehen werden.

cc) Grundproblem

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zeugt vom Verlangen nach Abwägungsspielraum auch für einzige oder ausschlaggebende Beweismittel und von deutlichem Unbehagen der ‚sole or decisive‘-Rule gegenüber. Tatsächlich wagt sich der EGMR mit der Regel weit in die nationale Domäne der Beweiswürdigung hinein: Sie nur auf solche Beweismittel anzuwenden, auf die sich ein nationaler Entscheid in seiner Begründung *formell* erheblich stützt, schüfe – wie das Bundesgericht selbst feststellt – Umgehungs- und Missbrauchsmöglichkeiten. Entsprechend prüft der Gerichtshof grösstenteils eigenständig, ob eine anonyme oder unkonfrontierte Aussage für den nationalen Schuldspruch entscheidend war¹⁶⁵. Damit aber schafft er eine für die Mitgliedstaaten unbequeme Ausnahme zu seiner eigenen Devise, „[that] as a general rule it is for the national courts to assess the evidence before them“¹⁶⁶. Unabhängig davon, ob der EGMR zum Eingriff in die nationale Beweiswürdigung nun befugt oder geeignet ist¹⁶⁷ – wer zugunsten von Rechtsgleichheit und Rechtssicherheit eine absolute, konventionsrechtlich kontrollierte Grenze der Verwertung anonymer oder unkonfrontierter Beweismittel als erforderlich erachtet, muss ihm diese Kompetenz zwangsläufig gewähren¹⁶⁸. Wer demgegenüber, wie das Bundesgericht, im Spannungsfeld zwischen Verfahrensgerechtigkeit und materieller Wahrheit die freie Abwägung als Weg zu einer dem Einzelfall angemessenen Lösung befürwortet, wird der ‚sole or decisive‘-Rule ohnehin wenig Begeisterung entgegenbringen. In der Frage nach dem Für und Wider der Regel spiegelt sich damit die heikle Grundaufgabe des Gerichtshofs, einen Ausgleich zwischen zwei verschiedenen Anliegen zu schaffen: zwischen der Notwendigkeit, nationalen Entscheidungsträgern und Rechtsunterworfenen im Hinblick auf ihre Rechte und Pflichten Orientierung zu stiften, und dem Bedürfnis der für die Umsetzung der EMRK primär verantwortlichen nationalen Behörden nach ausreichend Flexibilität, um ihre je eigenen Rechtskulturen lebendig erhalten zu können (Subsidiaritätsprinzip)¹⁶⁹.

¹⁶³ Gl.M. WOHLERS, Pesukic, 88. In *Hümmer*, § 44, qualifiziert der EGMR die Aussage gleichfalls als „evidence of great weight“ und folgert explizit, „that the witness statements [...] were decisive for the trial court’s decision-making“.

¹⁶⁴ Siehe oben, Kap. II.3.c.

¹⁶⁵ Vgl. z.B. das Vorgehen des EGMR in *Aigner*, § 40; *Hümmer*, § 44; *Matytsina*, § 164; *Pesukic*, § 49; *Präjinä*, § 51 ff. In welchem Ausmass eine Aussage formell zur Urteilsbegründung herangezogen wurde, dient dem EGMR allenfalls als ergänzender Massstab, s. z.B. *Trampevski*, § 47 („In support of this conclusion [...]“). Im Hinblick auf neuere Urteile des EGMR teilen diesen Eindruck MEYER & WIECKOWSKA, EGMR 2012, 250; gl.M. aber auch schon GUERRIN, 55 f.; JACKSON & SUMMERS, 339 f., 365.

¹⁶⁶ Vgl. anstatt vieler *Doorson*, § 67; *Lucà*, § 38; *Van Mechelen*, § 50; *Visser*, § 43.

¹⁶⁷ Vgl. die Kritik bei BISCHOFF, 178; CHRISTEN, 48; DEMKO, 434; GUERRIN, 55 f.; TRECHSEL, Unmittelbarkeit, 1368. Auch der EGMR selbst schreckt angesichts seiner Distanz zum Geschehen bisweilen vor einer abweichenden eigenen Beurteilung der Beweislage zurück, s. z.B. *Fafrowicz*, § 59.

¹⁶⁸ DONATSCH, 240, etwa spricht sich für „möglichst griffige Kriterien“ aus, um in einem derart zentralen Bereich des Verfahrensrechts eine „einheitliche Praxis und damit eine rechtsgleiche sowie voraussehbare Anwendung der einschlägigen Bestimmungen zu garantieren“. Gl.M. ACKERMANN, CARONI & VETTERLI, 1080, die das BGer mit seiner Ablehnung der ‚sole or decisive‘-Rule „brüchigen, weil weitgehend kriterienlosen Boden“ betreten sehen.

¹⁶⁹ Zu diesem Spannungsfeld vgl. z.B. SOTTIAUX & VAN DER SCHYFF, 115 ff.

4. Teilnahmerecht nach Art. 147 StPO

Mit der eidgenössischen Strafprozessordnung wurden die dem Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV, Art. 6[3] EMRK) bzw. auf ein faires Verfahren (Art. 29 Abs. 1 BV, Art. 6[1] EMRK) entspringenden Parteirechte auf Gesetzesstufe vereinheitlicht und konkretisiert. Art. 107 Abs. 1 lit. b StPO garantiert den Parteien in allgemeiner Weise, an Verhandlungen teilnehmen zu können. Hieran knüpft Art. 147 StPO an und erteilt den Parteien ein umfassendes Anwesenheits- und Fragerecht für Beweiserhebungen¹⁷⁰. Für den Beschuldigten als Partei des Strafverfahrens (Art. 104 Abs. 1 lit. a StPO) geht das Teilnahmerecht teilweise über den Mindestschutz der Konvention hinaus. An anderen Stellen bleibt es hinter Art. 6(3)(d) EMRK zurück oder behält die Verteidigungsrechte explizit vor. Damit dem Beschuldigten der jeweils weiter reichende Schutz gewährt werden kann, wie es das Günstigkeitsprinzip verlangt, ist eine genauere Abgrenzung zwischen beiden Ansprüchen unumgänglich. Hieran versuchen sich die folgenden Kapitel. Zunächst nähert sich die Autorin Inhalt (Kap. a) und Einschränkung des Teilnahmerechts (Kap. b und c) aus konventionsrechtlicher Perspektive. Kap. d resümiert die Ergebnisse und hinterfragt auf ihrer Grundlage die in Schrifttum und Rechtsprechung verbreitete Tendenz, Art. 147 StPO in konventionskonformer Auslegung zu relativieren.

a) Inhalt

aa) Anwesenheits- und Fragerecht (Abs. 1)

„Die Parteien haben das Recht, bei Beweiserhebungen durch die Staatsanwaltschaft und die Gerichte anwesend zu sein und einvernommenen Personen Fragen zu stellen“, bestimmt Art. 147 Abs. 1 StPO. Für alle staatsanwaltschaftlichen¹⁷¹ und gerichtlichen Einvernahmen von Zeugen, Auskunftspersonen und Sachverständigen ab Eröffnung der Strafuntersuchung erhält der Beschuldigte durch diese Bestimmung zweierlei: das Recht auf physische Anwesenheit im gleichen Raum (*Anwesenheitsrecht*), und ein *Fragerecht*, welches nur bei ungebührlichen oder den Verfahrensgegenstand nicht betreffenden Fragen verweigert werden kann¹⁷². Ebenso wie Art. 6(3)(d) EMRK zielt das Teilnahmerecht auf die Sicherung einer kontradiktorischen, von den Parteien aktiv beeinflussbaren Beweisgewinnung¹⁷³. Wie stark eine Teilnahme i.S.v. Art. 147 StPO staatsanwaltschaftliche Einvernahmen kontradiktorisch zu prägen vermag, hängt u.a. davon ab, ob die einvernommene Person direkt befragt werden darf. Muss sich die Verteidigung damit zufrieden geben, ihre Ergänzungsfragen zunächst der Staatsanwaltschaft zu unterbreiten, die diese dann in u.U. abweichender Formulierung an die einvernommene Person

¹⁷⁰ Vgl. BOMMER, Parteirechte, 198, 208; KUHN & JEANNERET, Rz. 4027 ff.

¹⁷¹ Erfasst ist nach Art. 312 Abs. 2 StPO auch die delegierte Einvernahme durch die Polizei, s. Botsch. StPO, 1187.

¹⁷² Zum Ganzen A. KAUFMANN, 200 f.; HANSJAKOB, Erhebung, 299 ff.; OBERHOLZER, Rz. 373; RIKLIN, StPO-Komm., Art. 147 Rz. 1 ff.; SCHLEIMINGER, BSK StPO, Art. 147 Rz. 4 ff.; WOHLERS, ZK StPO, Art. 147 Rz. 5 f.

¹⁷³ Siehe z.B. PIETH, Strafprozessrecht, 93 m.w.H.; SCHLEIMINGER, a.a.O., Art. 147 Rz. 3.

richtet, kann von Waffengleichheit kaum die Rede sein. Im Schrifttum ist die Frage umstritten¹⁷⁴.

In zeitlicher Hinsicht geht die StPO weiter, als es der konventionsrechtliche Mindestanspruch auf Konfrontation mit Belastungszeugen verlangt: Art. 6(3)(d) EMRK garantiert dem Beschuldigten nur die Konfrontation an der Hauptverhandlung bzw. – beim abwesenden Belastungszeugen – die grundsätzlich mindestens einmalige Konfrontation im Laufe des Verfahrens. Das Teilnahmerecht nach Art. 147 StPO hingegen verbürgt die Parteiöffentlichkeit für jede Einvernahme auch einer mehrmals befragten Person¹⁷⁵. Es ist aber an die Durchführung einer Einvernahme gekoppelt und läuft ins Leere, wo eine solche erst gar nicht stattfindet, z.B. weil eine Befragung in der Hauptverhandlung an tatsächlichen Umständen scheitert oder das Gericht die Wiederholung der Konfrontationseinvernahme nicht für notwendig hält. In diesem Fall wird sein Schutz durch den von Art. 6(3)(d) EMRK abgelöst, welcher Anspruch auf Durchführung einer gerichtsunmittelbaren Konfrontationseinvernahme oder, wo nicht möglich, auf Kompensationsmassnahmen verleiht.

Ähnlich gestaltet sich das Zusammenwirken von Teilnahme- und Konfrontationsrecht bei Belastungszeugnissen i.S.v. Art. 6(3)(d) EMRK, die sich dem *Anwendungsbereich von Art. 147 StPO* entziehen. Generell kein Teilnahmerecht gewährt die StPO für selbständige polizeiliche Beweiserhebungen im Ermittlungsverfahren, etwa für Einvernahmen Geschädigter als Auskunftspersonen (Art. 179 Abs. 1, Art. 306 Abs. 2 lit. b StPO)¹⁷⁶. Werden derlei Einvernahmen weder vor der Staatsanwaltschaft noch vor Gericht wiederholt, ist der Beschuldigte abermals auf Art. 6(3)(d) EMRK zurückgeworfen. Dem Konfrontationsrecht nämlich sind die gegenüber Polizeiorganen getätigten Aussagen unterschiedslos unterworfen¹⁷⁷, denn es besteht gegenüber allen personellen Äusserungen, schriftlich wie mündlich, die dem Urteilsgericht zur Kenntnis kommen und von ihm gegen den Beschuldigten verwendet werden können. Ob die fragliche Information durch eine formelle Beweiserhebung im Rahmen des Strafverfahrens erlangt wurde, ist dabei ebenso unerheblich wie die Frage, wer sie erhoben hat¹⁷⁸. In diesem Sinne kann auch der Einbezug Sachverständiger (Art. 105 Abs. 1 lit. e, Art. 182 ff. StPO) in Belastungszeugnisse münden, die das Konfrontations-, nicht aber das Teilnahmerecht auslösen. Dies gilt

¹⁷⁴ Ein direktes Fragerecht bejahen etwa KUHN & JEANNERET, Rz. 10003; RIKLIN, StPO-Komm., Vorbem. zu Art. 147 f. Rz. 11; SCHMID, PK StPO, Art. 147 Rz. 8. A.M. hingegen JACKSON & SUMMERS, 347; SCHLEIMINGER, a.a.O., Art. 147 Rz. 8. Für das Präsidialverhör in der Hauptverhandlung vgl. Art. 341 StPO.

¹⁷⁵ Vgl. DONATSCH, 235 f.; GODENZI, 331; NOLL, 54; OBERHOLZER, Rz. 373; SCHLEIMINGER, BSK StPO, Art. 147 Rz. 4; SCHMID, Handbuch, Rz. 821.

¹⁷⁶ Im selbständigen polizeilichen Ermittlungsverfahren beschränken sich die Mitwirkungsrechte der Verteidigung auf den Anwalt der ersten Stunde nach Art. 159 Abs. 1 StPO, vgl. NOLL, 56; SCHLEIMINGER, a.a.O., Art. 147 Rz. 6. Zur Abgrenzung von der staatsanwaltschaftlich geleiteten Untersuchung vgl. NOLL, 56 ff.; VOGELANG, 231 f.

¹⁷⁷ Vgl. BGE 125 I 127 E. 6a m.H.; BGer 6B_369/2013 E. 2.3.2. Zu dieser lückenfüllenden Funktion des Konfrontationsrechts auch A. KAUFMANN, 203 f.; BOMMER, Parteidrechte, 211 f. Für drei jüngere Fälle, in denen Art. 6(3)(d) EMRK mangels Anwendbarkeit von Art. 147 Abs. 1 StPO als Grenze für die Verwertung rein polizeilich erhobener Belastungszeugnisse waltete, vgl. OGer ZH, SB120347, Sachverhalt E. 3.5.3; OGer ZH, SB120097, E. II. 8.3; OGer ZH, SB120361, E. II. 1.1.12. Nicht nachvollziehbar erscheinen insofern die Urteile des OGer ZH, SB130427, E. II. 5; SB130145, E. II. 2a; SB130090, E. 2.3.3, und SU120041, Sachverhalt E. 3, wo ein entsprechendes Verwertungsverbot jeweils nur auf Art. 147 Abs. 4 StPO resp. sowohl darauf als auch auf Art. 6(3)(d) EMRK gestützt wurde.

¹⁷⁸ Zum Begriff des Belastungszeugen oben, Kap. II.2.a, insb. Fn. 21. Für das Teilnahmerecht hingegen stellt BGer 6B_453/2011 E. 2.5 klar: Art. 147 StPO „bedeutet nicht, dass sämtliche Informationen, welche nicht [...] in Anwesenheit der Beschuldigten erlangt wurden, unverwertbar sind“.

für das Gutachten als solches ebenso wie für Erhebungen, die der Sachverständige in Zusammenhang mit dessen Ausarbeitung selbst vornimmt (Art. 185 Abs. 4 StPO)¹⁷⁹.

Nicht zu verwechseln ist das Teilnahmerecht mit *Gegenüberstellungen i.S.v. Art. 146 Abs. 2 StPO*. Hier dreht sich das Verhältnis zwischen Berechtigtem und Verpflichtetem gegenüber Art. 147 StPO resp. Art. 6(3)(d) EMRK um: Die Strafbehörden haben zur Klärung des Sachverhalts das *Recht*, verschiedene Personen miteinander zu konfrontieren, insbesondere um sie in physischer Gegenwart der jeweils anderen zu befragen (sog. echte Konfrontationseinvernahme¹⁸⁰). Durch Rede und Gegenrede, Fragen und Vorhalte können z.B. Widersprüche zwischen erhobenen Einzelaussagen aufgelöst und Eindrücke von der Glaubwürdigkeit der beteiligten Personen gewonnen werden¹⁸¹. Schliesst die behördliche Anordnung einer Gegenüberstellung den Beschuldigten mit ein, trifft ihn eine *Erscheinenspflicht* – auf die Gegenüberstellung verzichten kann er anders als beim Teilnahme- und Konfrontationsrecht nicht. Werden demgegenüber andere Parteien oder Verfahrensbeteiligte zur Konfrontationseinvernahme vorgeladen, ist der Beschuldigte nach Art. 147 Abs. 1 StPO *teilnahmeberechtigt*, denn Gegenüberstellungen i.S.v. Art. 146 Abs. 2 StPO sind gewöhnliche Beweisabnahmen¹⁸².

bb) Wiederholungsanspruch (Abs. 3)

Auch ohne entsprechenden Antrag muss der Beschuldigte von jedem Einvernahmetermin rechtzeitig benachrichtigt werden. Einen Anspruch auf Verschiebung besitzt er nicht (Art. 147 Abs. 2 StPO). Immerhin aber kann er die Wiederholung der Beweiserhebung beantragen, wenn sein Rechtsbeistand oder – bei unvertretenen Parteien – er selbst entgegen seiner Absicht aus zwingenden Gründen nicht teilnehmen konnte (Art. 147 Abs. 3 StPO). Zwingend sind einerseits tatsächliche Verhinderungsgründe wie Krankheit, Auslandsabwesenheit, Naturereignisse etc. Andererseits entsteht ein Wiederholungsanspruch, nachdem das Teilnahmerecht rechtlich beschnitten wurde und der Grund hierfür nachträglich wegfällt¹⁸³. Konventionsrechtlich relevant sind jene beiden Konstellationen, in denen die Strafbehörden u.U. von einer Wiederholung in der gehörigen Form absehen dürfen: (1) wenn diese nicht (mehr) möglich ist oder (2) unverhältnismässigen Aufwand mit sich brächte (Art. 147 Abs. 3 Satz 2 StPO).

Als *einen* Anwendungsfall der (1) *Nichtwiederholung wegen unverhältnismässigen Aufwands* führt die Botschaft den Auslandszeugen (als ‚von weither anreisende Person‘) an; es scheint also Raum für weitere Ausnahmen zu bestehen¹⁸⁴. Insoweit damit andere tatsächliche Hindernisse gemeint sein sollten, die eine Wiederholung nicht schlechthin verunmöglichen, aber unzumutbar machen, dürfte Art. 147 Abs. 3 Satz 2 StPO durch den konventionsrechtlichen

¹⁷⁹ Zu den entsprechenden Ausnahmen vom Teilnahmerecht vgl. z.B. ILL, StPO-Komm. Goldschmid/Maurer/Sollberger, 135; RIKLIN, StPO-Komm., Art. 147 Rz. 2; SCHMID, PK StPO, Art. 147 Rz. 2. Zu Sachverständigen als potentiellen Belastungszeugen i.S.v. Art. 6(3)(d) EMRK s. oben, Kap. II.2.a, insb. Fn. 20.

¹⁸⁰ Daneben sind weitere Arten der Gegenüberstellung möglich, z.B. Wahlgegenüberstellungen (Line-ups) oder Fotokonfrontationen, s. hierzu HÄRING, BSK StPO, Art. 146 Rz. 5; SCHMID, PK StPO, Art. 146 Rz. 9.

¹⁸¹ Hierzu Botsch. StPO, 1186; GODENZI, ZK StPO, Art. 146 Rz. 7; HÄRING, a.a.O., Art. 146 Rz. 6.

¹⁸² Zum Ganzen BGE 139 IV 25 E. 4.2; HÄRING, a.a.O., Art. 146 Rz. 3, 8, 14; SCHMID, PK StPO, Art. 146 Rz. 4, 7.

¹⁸³ Vgl. Botsch. StPO, 1187, sowie SCHMID, Handbuch, Rz. 828.

¹⁸⁴ Vgl. Botsch. StPO, 1187 f.

Grundsatz *impossibilium nulla est obligatio* gedeckt sein¹⁸⁵. Weiter gehende prozessökonomische Abstriche fallen im Hinblick auf *gerichtliche* Einvernahmen von Belastungszeugen bereits deshalb ausser Betracht, weil Abs. 3 Satz 2 den Aufwandsverzicht an die Bedingung knüpft, dass „dem Anspruch der Partei auf rechtliches Gehör, insbesondere dem Recht, Fragen zu stellen, auf andere Weise Rechnung getragen werden kann“. Kompensierbare Einschränkungen des Konfrontationsrechts aus blossen Zweckmässigkeits- oder Effizienzüberlegungen heraus lässt der EGMR aber gar nicht erst zu¹⁸⁶.

Zum Fall der (2) *unmöglichen gewordenen Wiederholung* äussert sich Abs. 3 nicht. Gemäss Botschaft sind primär Fälle gemeint, in denen Aussagepersonen verstorben, trotz angemessener Bemühungen unauffindbar oder nicht vernehmungsfähig sind (tatsächliche Unverfügbarkeit). Die Wiederholung dürfte aber auch dann als unmöglich gelten, wenn der Grund für eine rechtliche Einschränkung des Teilnahmerechts dauerhaft bestehen bleibt (normative Unmöglichkeit)¹⁸⁷. Die Materialien legen nahe, dass der in Abwesenheit des Beschuldigten ohne Ergänzungsfragerecht gewonnene Personalbeweis aus Sicht der StPO ohne weiteres verwertet werden kann. Dem Beschuldigten verbliebe vom rechtlichen Gehör insofern nur das Recht auf nachträgliche Äusserung¹⁸⁸. Das Bundesgericht geht demgegenüber von einer analogen Geltung des Abs. 3-Vorbehalts zugunsten der Verteidigungsrechte aus, was sich m.E. zumindest aus sachlicher Perspektive aufdrängt¹⁸⁹.

cc) *Rechtshilfeweise Einvernahme von Auslandszeugen (Art. 148 StPO)*

Wird ein Zeuge rechtshilfeweise im Ausland einvernommen, ist dem Teilnahmerecht bereits dann Genüge getan, wenn die Partei zuhanden der ersuchten ausländischen Behörde vorgängig Fragen formulieren und nach Einsichtnahme in das Protokoll schriftliche Ergänzungsfragen stellen kann (Art. 148 Abs. 1 StPO). Die Systematik des Gesetzes macht klar: Das strafprozessuale Teilnahmerecht wird diesfalls nicht beschnitten, vielmehr besteht es im Rechtshilfeverfahren grundsätzlich nur in der beschriebenen Form¹⁹⁰. Einen Vorbehalt zugunsten der Ver-

¹⁸⁵ Zu denken wäre z.B. an eine körperlich stark behinderte Aussageperson, deren Erscheinen vor Gericht extensive Vorkehrungen erfordern würde. Zum Grundsatz *impossibilium nulla est obligatio* oben, Kap. II.3.b.

¹⁸⁶ Vgl. z.B. *Kostovski*, § 44; *Papadakis*, § 94. Nur im Vorverfahren, dessen Einvernahmen durch Art. 6(3)(d) EMRK grundsätzlich nicht tangiert werden, können prozessökonomische Erwägungen gegenüber dem Anwesenheits- und Fragerecht zum Tragen kommen – vorausgesetzt, dass die Strafverfolgungsbehörden eine korrekte Konfrontationseinvernahme vor Gericht zumindest beabsichtigen und sich nicht von vornherein mit der ‚mindestens einmaligen Konfrontationsgelegenheit‘ begnügen wollen. Zum Ganzen auch CHRISTEN, 84 f.

¹⁸⁷ Dies wird bei Einschränkungen gestützt auf Art. 149 ff. StPO die Regel sein, denn die fraglichen Schutzbedürfnisse sind nur selten temporär, vgl. A. KAUFMANN, 204. Für einen jüngeren Fall, in dem die Wiederholung an der Unauffindbarkeit des Zeugen scheiterte, vgl. BGER 6B_22/2012 E. 3.2, 3.3. Zum Ganzen Botsch. StPO, 1187.

¹⁸⁸ Vgl. Botsch. StPO, 1188 („Im letzten Fall [...]“), und noch deutlicher Begleitbericht VE StPO, 114, zu Art. 158 Abs. 4 VE: „Ist der Zeuge mittlerweile gestorben oder mit vernünftigem Aufwand nicht mehr auffindbar, sind seine früheren Aussagen grundsätzlich auch ohne eine spätere Wiederholung bzw. schriftliche Ergänzungsfragen verwertbar“. Gleiche Interpretation von Art. 147 Abs. 3 StPO bei RIEDO, FIOLKA & NIGGLI, 1114; SCHMID, Handbuch, Rz. 829; DERS., PK StPO, Art. 147 Rz. 14; WOHLERS, ZK StPO, Art. 147 Rz. 10.

¹⁸⁹ Siehe BGER 6B_22/2012 E. 3.2; ebenso RIKLIN, StPO-Komm., Art. 147 Rz. 7. Sachlich zustimmend SCHLEIMINGER, BSK StPO, Art. 147 Rz. 27; SCHMID, Handbuch, Rz. 829; DERS., PK StPO, Art. 147 Rz. 14. Bei der *normativ* unmöglichen Wiederholung muss den Verteidigungsrechten bereits im Rahmen der Einschränkung Rechnung getragen werden, vgl. Art. 149 Abs. 5, Art. 152 Abs. 3 und 4, Art. 153 Abs. 2, Art. 154 Abs. 4 lit. a StPO sowie unten, Kap. III.4.b.

¹⁹⁰ Erlaubt das ausländische Recht, nach welchem sich die rechtshilfeweise Einvernahme abspielt (vgl. z.B. Art. 3 EUeR), eine unmittelbar-physische Teilnahme der Parteien, steht es diesen aber frei, von dieser Möglichkeit Gebrauch zu machen, vgl. Botsch. StPO, 1188; Begleitbericht VE StPO, 114; ILL, StPO-Komm. Goldschmid/Maurer/Sollberger, 138;

teidigungsrechte enthält Art. 148 StPO nicht. Damit aber reduziert die StPO den Konfrontationsanspruch des Beschuldigten gegenüber der konventionsrechtlichen Mindestgarantie¹⁹¹. Das in Art. 148 StPO normierte Vorgehen mag dem Konfrontationsrecht zwar in Einzelfällen gerecht werden, wenn sich eine bessere bzw. wirksamere Konfrontationsgelegenheit nicht (mit zumutbarem Aufwand) bewerkstelligen lässt. Es ist mit den konventionsrechtlichen Vorgaben aber nicht *per se* vereinbar, nur weil die rechtshilfweise Einvernahme dem fremden Recht des ersuchten Staates untersteht¹⁹². Der EGMR nämlich lehnt es ab, Art. 6 EMRK auf die Rechtshilfe in Strafsachen als solche anzuwenden und damit den ersuchten Staat für die Gewährleistung der Verteidigungsrechte in die Pflicht zu nehmen: Ein Strafverfahren i.S.v. Art. 6 EMRK wird nach seiner Auffassung nur im ersuchenden Staat durchgeführt. Ist dieser – wie die Schweiz – ein Konventionsstaat, trägt *er* die Verantwortung für die Fairness des Verfahrens und muss darum besorgt sein, dass die Verteidigungsrechte respektiert werden¹⁹³. Die Problematik kann daher nicht auf Kosten des Beschuldigten gelöst werden, indem sein Konfrontationsrecht auf die Gelegenheit zu schriftlichen Ergänzungsfragen herabgesetzt wird. Stattdessen müssen die nationalen Behörden dem Beschuldigten eine *soweit als möglich gehende Konfrontationsgelegenheit* einräumen. Bei Auslandszeugen, die zur Einvernahme in der Schweiz nicht anreisen können oder wollen bzw. deren persönliches Erscheinen mit unverhältnismässig grossem Aufwand verbunden wäre, dürfte Art. 144 StPO regelmässig die Konfrontationseinvernahme per Videokonferenz als mildesten Eingriff in Art. 6(3)(d) EMRK erlauben¹⁹⁴. Gegenüber Staaten, die das Zweite Zusatzprotokoll zum EUeR in Kraft gesetzt haben, ist dieses Vorgehen ausdrücklich vorgesehen (Art. 9 und 10 EUeR-II). Auch im Rechtshilfeverkehr mit anderen Staaten sowie ausserhalb des Rechtshilfewegs aber drängt es sich als Leitlinie auf¹⁹⁵. Aus konventionsrechtlicher Sicht ist Art. 148 StPO insofern mit starken Vorbehalten zu begegnen.

b) *Rechtliche Grenzen des Teilnahme- und Konfrontationsrechts*

Unterscheiden lassen sich zweierlei Arten von gesetzlichen Grundlagen zur Beschränkung des Teilnahmerechts. In die erste Kategorie fallen Bestimmungen, denen ein *akutes, aber temporäres Einschränkungsbefürfnis* zugrunde liegt: Art. 108 StPO sieht als *lex generalis* Einschränkungen des rechtlichen Gehörs und seiner Teilgehalte vor, wenn der begründete Verdacht auf Rechtsmissbrauch besteht (Abs. 1 lit. a) oder es für die Sicherheit von Personen oder zur Wahrung öffentlicher oder privater Geheimhaltungsinteressen erforderlich ist (Abs. 1 lit. b)¹⁹⁶. In „wertungskohärente[r] Lückenfüllung“ hat das Bundesgericht jüngst entschieden, dass das

MOREILLON, CRUCHET & REYMOND, CR StPO, Art. 148 Rz. 3 f.; SCHMID, Handbuch, Rz. 833; DERS., PK StPO, Art. 148 Rz. 1 f., sowie OGer ZH, UP120041, E. 5.4.

¹⁹¹ Zum Auslandszeugen in der EGMR-Rspr. s. oben, Kap. II.3.b, insb. Fn. 72.

¹⁹² Zu dieser Ratio von Art. 148 StPO vgl. WOHLERS, ZK StPO, Art. 148 Rz. 1.

¹⁹³ Zum Ganzen *Stojkovic*, § 55; GLESS, Strafrecht, Rz. 83; MEYER & WIECKOWSKA, EGMR 2011, 120 f.

¹⁹⁴ Gf.M. wohl SCHLEIMINGER, BSK StPO, Art. 148 Rz. 1. Nicht in der StPO vorgesehen und daher zu unverwertbaren Aussagen führend ist demgegenüber die Einvernahme per Telefonkonferenz, vgl. BGer 6B_717/2012 E. 2.3; SCHMID, Handbuch, Rz. 825; s.a. GODENZI, ZK StPO, Art. 144 Rz. 13.

¹⁹⁵ Vgl. HÄRING, BSK StPO, Art. 144 Rz. 3 f.; ILL, StPO-Komm. Goldschmid/Maurer/Sollberger, 131; SCHMID, a.a.O., Rz. 815.

¹⁹⁶ Ausführlich hierzu, insb. zu den Anforderungen an einen Missbrauchsverdacht, A. KAUFMANN, 204 ff.; CHRISTEN, 154 ff.; LIEBER, ZK StPO, Art. 108 Rz. 3 ff. Vgl. auch BGE 139 IV 25 E. 5.5.4.1; OGer BE, BK 12 302, E. 7.2.

Teilnahmerecht des Beschuldigten für Einvernahmen von Mitbeschuldigten zudem ähnlich wie bei der Akteneinsicht nach Art. 101 Abs. 1 StPO vorläufig beschränkt werden kann, „[f]alls die Befragung [...] sich auf untersuchte Sachverhalte bezieht, welche den (noch nicht einvernommenen) Beschuldigten persönlich betreffen, und zu denen ihm noch kein Vorhalt gemacht werden konnte“¹⁹⁷. Doch mehr als derlei Normen interessieren für den Zweck der vorliegenden Arbeit jene gesetzlichen Grundlagen, die den Verteidigungsrechten des Beschuldigten aufgrund eines *andauernden Einschränkung- resp. Schutzbedürfnisses* im Vorverfahren gleichermaßen wie an der Hauptverhandlung entgegenzutreten. Nur sie vermögen sowohl Art. 147 StPO als auch Art. 6(3)(d) EMRK zu beschneiden. In diesem Sinne übernimmt und konkretisiert die StPO mit Art. 149 ff. im Wesentlichen die besonderen Umstände der konventionsrechtlichen und bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Einschränkungen des Konfrontationsrechts¹⁹⁸.

aa) Gefährdete Belastungszeugen

Art. 149 StPO ermöglicht eine Einschränkung des Teilnahme- und Konfrontationsrechts, wenn ein Belastungszeuge¹⁹⁹ sich selbst oder ihm nahestehende Dritte (vgl. Art. 168 StPO) durch seine Mitwirkung im Verfahren einer „erheblichen Gefahr für Leib und Leben“ oder einem „andern schweren Nachteil“ aussetzt. Einen schweren Nachteil sieht die Botschaft etwa bei demjenigen gegeben, dessen Ferienhaus in die Luft gesprengt zu werden droht²⁰⁰. Insoweit dürfte die Bestimmung von der neuen EGMR-Rechtsprechung zur Furcht vor finanziellen Verlusten gedeckt sein. Die in Abs. 2 nicht abschliessend gelisteten innerprozessualen Massnahmen²⁰¹ dienen schwergewichtig dazu, die Identität der gefährdeten Aussageperson zu schützen. Indem sie sich einzeln wie auch kombiniert anordnen lassen, ermöglichen sie ein an Eingriffsintensivität abgestuftes Schutzprogramm. Letzteres muss dem Einzelfall „angemessen“ sein – damit ist gesagt, was ohnehin gilt: es steht unter dem Vorbehalt der Verhältnismässigkeit (vgl. Art. 5 Abs. 2, Art. 36 Abs. 3 BV)²⁰². Die *Zusicherung der Anonymität* (Art. 149 Abs. 2 lit. a i.V.m. Art. 150 StPO) – zugesichert wird, dass die Behörden alles Erforderliche unternehmen, damit sich zwischen den Personalien der Aussageperson und ihren Charakteristika keine Verbindung herstellen lässt – ist dabei entsprechend der EGMR-Rechtsprechung ultima ratio: Wegen ihrer einschneidenden Wirkung für den Beschuldigten setzt sie eine Genehmigung des Zwangsmassnahmengerichts voraus (Art. 150 Abs. 2 StPO) und bedingt, dass „andere Mög-

¹⁹⁷ BGE 139 IV 25 E. 5.5.4.1; bestätigt in BGER 1B_404/2012 E. 2.3. Vgl. hierzu die Kritik von NOLL, 45 ff. Ausführungen zur Einschränkung des Teilnahmerechts bei Einvernahmen von Mitbeschuldigten finden sich ferner bei A. KAUFMANN, 204 ff.; BOMMER, *Einschränkung*, 145 ff.; GODENZI, 339 ff., 345 ff.; SCHÄFER, 42 ff.; WOHLERS, *Fragerecht*, 162 ff.; VOGELSSANG, 233 f.

¹⁹⁸ So auch PIETH, *Strafprozessrecht*, 94. Zu den anerkannten besonderen Umständen oben, Kap. II.3.b.

¹⁹⁹ Zum Kreis der zu schützenden Personen gehören gemäss Begleitbericht VE StPO, 115, „über die Zeuginnen und Zeugen hinaus [...] alle Personen, die im Strafverfahren wegen ihrer Rolle als Auskunftspersonen, Sachverständige oder Übersetzerinnen und Übersetzer gefährdet sein könnten“ – potentiell also jeder Belastungszeuge im konventionsrechtlichen Sinne, s.a. HIRSIG-VOUILLOZ, 1616.

²⁰⁰ Vgl. Botsch. StPO, 1189. Ausführlich zum unbestimmten Rechtsbegriff des „andern schweren Nachteils“ HIRSIG-VOUILLOZ, 1632; PERRIN, CR StPO, Art. 149 Rz. 12 ff.

²⁰¹ Lit. a: Anonymitäts-Zusicherung; lit b: Ausschluss des Beschuldigten (u.U. auch seines Verteidigers) von der Einvernahme; lit. c: Identifikation der Aussageperson in Abwesenheit der Parteien; lit. d: Veränderungen von Aussehen und/oder Stimme der Aussageperson oder räumliche Abschirmung während der Einvernahme; lit. e: Beschränkung der Akteneinsicht. Zum Ganzen vgl. insb. PERRIN, CR StPO, Art. 149 Rz. 19 ff.; RIKLIN, StPO-Komm., Art. 149 Rz. 3 ff.; SCHMID, *Handbuch*, Rz. 837; WEHRENBURG, BSK StPO, Art. 149 Rz. 17 ff.; WOHLERS, ZK StPO, Art. 149 Rz. 14 ff.

²⁰² Vgl. CHRISTEN, 153 f., 156; RIKLIN, a.a.O., Art. 149 Rz. 2; SCHMID, a.a.O., Rz. 839; WOHLERS, a.a.O., Art. 149 Rz. 10 ff.

lichkeiten des Schutzes nicht bestehen und die Wichtigkeit der Strafsache wie auch der Rolle der zu schützenden Personen dies rechtfertigt²⁰³. Auch in puncto Kompensationserfordernis folgt die StPO dem EGMR und trägt der Verfahrensleitung auf, für die Wahrung der Verteidigungsrechte zu sorgen (Art. 149 Abs. 5 StPO). Insbesondere muss der beschuldigten Person gemäss Botschaft trotz der Schutzmassnahmen Gelegenheit gegeben werden, den Belastungszeugen Ergänzungsfragen zu stellen. Art. 149 StPO enthält damit einen *expliziten Vorbehalt zugunsten des Konfrontationsanspruchs*, dessen Einschränkungsbedingungen zu erfüllen sind, andernfalls der Aussage der geschützten Person Unverwertbarkeit droht²⁰⁴.

Eine besondere Regelung erfährt die *Anonymisierung zum Schutz des verdeckten Ermittlers* i.S.v. Art. 285a StPO. Nach erfolgter Zusicherung durch die Staatsanwaltschaft (vgl. Art. 288 Abs. 2 StPO) hat der VE gemäss Art. 151 StPO automatisch Anspruch darauf, dass seine wahre Identität während des ganzen Verfahrens und auch nach dessen Abschluss gegenüber jedermann mit Ausnahme der befassten Gerichtsmitglieder geheim gehalten wird (lit. a) und keinen Eingang in die allgemeinen Verfahrensakten findet (lit. b)²⁰⁵. Die Zusicherung selbst ist aber nicht erforderlich „per definitionem“²⁰⁶, sonst müsste sie auch nicht gemeinsam mit der verdeckten Ermittlung als solcher durch das Zwangsmassnahmengericht genehmigt werden (vgl. Art. 289 Abs. 4 lit. b StPO). Sie bleibt an die Voraussetzungen von Art. 149 StPO geknüpft und damit insbesondere an das Erfordernis einer konkreten Gefährdung²⁰⁷. Die Unsicherheit darüber, ob VE während der Konfrontationseilvernahme auch allein um der zukünftigen operativen Einsetzbarkeit willen anonymisiert werden können, dürfte insofern der Vergangenheit angehören: Unter der StPO ist dies nicht (mehr) möglich²⁰⁸.

bb) Opferzeugen

Analog zur EGMR-Rechtsprechung und weitgehend übereinstimmend mit dem aOHG lässt die StPO in Art. 152 ff. Einschränkungen des Teilnahmerechts zu, um der besonderen Sensibilität von Opferzeugen Rechnung zu tragen. Ganz allgemein kann das Opfer einer Straftat beantragen, dass jede Begegnung zwischen ihm und dem Beschuldigten und damit auch die direkte physische Konfrontation im Sinne des Teilnahme- und Konfrontationsrechts vermieden wird. Dem Opferzeugen können dabei die Schutzmassnahmen von Art. 149 Abs. 2 lit. b und d StPO zuteilwerden, ohne dass er deren besondere Voraussetzungen erfüllen müsste (Art. 152 Abs. 3 StPO)²⁰⁹. In der Praxis machen vor allem Opfer von Straftaten gegen die sexuelle Integrität von dieser Möglichkeit Gebrauch. Für sie weitet die StPO den durch Art. 152 gewährten

²⁰³ Begleitbericht VE StPO, 118.

²⁰⁴ Vgl. Botsch. StPO, 1189; s.a. Begleitbericht VE StPO, 116 f.; CHRISTEN, 158; ILL, Goldschmid/Mauerer/Sollberger, 141 f.; RIKLIN, StPO-Komm., Art. 149 Rz. 7 sowie Vorbem. zu Art. 147 Rz. 11; WEHRENBURG, BSK StPO, Art. 149 Rz. 6, 33 ff.; WOHLERS, Schutzmassnahmen, 136.

²⁰⁵ Lit. b macht es insofern erforderlich, separate, für die Parteien entgegen Art. 101 StPO nicht zugängliche Akten über die Person des VE zu führen, vgl. OBERHOLZER, Rz. 397; WEHRENBURG, a.a.O., Art. 151 Rz. 3.

²⁰⁶ So aber JOSITSCH, Rz. 302; SCHMID, Handbuch, Rz. 843.

²⁰⁷ GL.M. KNODEL, BSK StPO, Art. 288 Rz. 6; WOHLERS, ZK StPO, Art. 149 Rz. 8, Art. 151 Rz. 2 ff. Beim verdeckten Fahnder (vgl. Fn. 84) schliesst Art. 298a Abs. 2 StPO demgegenüber „ohne Wenn und Aber“ aus, dass dessen wahre Identität vor der Verteidigung geheim gehalten wird, vgl. HANSJAKOB, Bestimmungen, 220.

²⁰⁸ GL.M. WOHLERS, a.a.O., Art. 149 Rz. 8.

²⁰⁹ Vgl. auch MÜLLER, StPO-Komm. Goldschmid/Mauerer/Sollberger, 144; WEHRENBURG, BSK StPO, Art. 152 Rz. 19.

Schutz weiter aus (Art. 153) und sieht zusätzlich ein Aussageverweigerungsrecht im Hinblick auf (Ergänzungs-)Fragen zur Intimsphäre vor (Art. 169 Abs. 4).

Auch die Rechte des Opferzeugen aber stehen unter dem *Vorbehalt*, dass sie sich mit dem *verfassungs- und konventionsrechtlichen Konfrontationsanspruch* vereinbaren lassen. Zwar setzt die Geltendmachung des Vermeidungsanspruchs von Art. 152 Abs. 3 StPO dem Wortlaut nach keinen besonderen Grund im Sinne der EGMR-Rechtsprechung voraus. Bei Belastungszeugen prüft das Bundesgericht indes sehr wohl, ob die Massnahmen zum Schutze des Opfers angezeigt waren. Ein ärztliches Zeugnis verlangt es dabei nicht, doch muss eine psychologische Belastung angesichts der Schwere des erlittenen (sexuellen) Übergriffs naheliegen oder sonst wie erwiesen sein²¹⁰. Mangels unmittelbarer Gegenüberstellung haben die Strafbehörden dem rechtlichen Gehör des Beschuldigten auf andere Weise Rechnung zu tragen (Art. 152 Abs. 3 Satz 2 StPO). Grundsätzlich verlangt das Bundesgericht eine zumindest indirekte Konfrontation, bei der die Verteidigungsrechte soweit verwirklicht werden als mit den Schutzinteressen des Opfers vereinbar²¹¹. Genügt der Beizug einer besonders ausgebildeten Person zum Schutz des Opfers nicht, wird die Einvernahme idealerweise in einen separaten Raum übertragen, von dem aus der Beschuldigte sie verfolgen und Ergänzungsfragen stellen kann²¹². Dieses Vorgehen betrachtet das Bundesgericht aber nicht als zwingend: Zumindest bei schweren Traumatisierungen und relativ gravierenden Sexualdelikten geht es davon aus, dass neben der persönlichen Begegnung mit dem mutmasslichen Täter auch die audio-visuelle Direktübertragung i.S.v. Art. 144 StPO eine untragbare psychische Belastung für das Opfer bedeuten kann²¹³. Als Alternative zur Videoübertragung kommt in Betracht, dass der Beschuldigte nach Einsichtnahme in das Einvernahmeprotokoll schriftlich Ergänzungsfragen stellen kann, oder dass die Einvernahme in Anwesenheit des Verteidigers erfolgt, der Fragen stellen und Unterbrechungen zur Konsultation seines Mandanten verlangen kann²¹⁴. Da der EGMR als ultima ratio zum Schutz des Opferzeugen auch dessen gänzliche Abwesenheit vom gerichtlichen Verfahren gutheisst, ist hieran m.E. nichts auszusetzen, solange Erforderlichkeits- und Kompensationskriterium ernst genommen werden. Wo es nicht möglich ist, den Verteidigungsrechten des Beschuldigten auf andere Weise Rechnung zu tragen, kann eine physische Gegenüberstellung zudem auch gegen den Willen des Opfers angeordnet werden (Art. 152 Abs. 4 lit. a, Art. 153 Abs. 2 StPO)²¹⁵.

²¹⁰ So etwa in BGer 6B_207/2012 E. 3.4 (mehrfache Vergewaltigung und Nötigung mit Demütigungen, Gewalt und Drohungen); 6B_295/2012 E. 1.3.2 (Entführung mit sexueller Nötigung); 6B_681/2012 E. 2.4 (sexuelle Nötigung mit wiederkehrender Gewalt und Drohungen); 6B_1162/2013 E. 1.5 (mehrfache Vergewaltigung); s.a. BGer 6B_98/2014 E. 3.6 (Verstoss gegen Art. 147 StPO wegen gewichtiger, aber nicht begründeter Einschränkung).

²¹¹ Siehe z.B. BGer 6B_295/2012 E. 1.2.2; 6B_446/2012 E. 4.3.

²¹² Vgl. BGer 6B_295/2012 E. 1.2.2; 6B_681/2012 E. 2.3.

²¹³ Siehe BGer 6B_207/2012 E. 3.3.3, sowie 6B_324/2011 E. 1.3, wo die Verteidigungsrechte mangels Videoübertragung u.a. deshalb verletzt waren, weil „im vergleichsweise grossen Spektrum möglicher Sexualstraftaten nicht die schwersten Vorwürfe, sondern [einmalige] Berührungen am Po und an den Schamlippen [...] zur Diskussion standen“.

²¹⁴ Vgl. BGE 129 I 151 E. 5; BGer 6P.46/2000 E. 1c/bb; 6P.172/2004 E. 2.2.3; 6B_1162/2013 E. 1.4. Kritisch WEHRENBURG, BSK StPO, Art. 152 Rz. 22; WOHLERS, Schutzmassnahmen, 137 f.

²¹⁵ I.d.R. dürfte bereits eine zwangsweise Videokonfrontation nach Art. 144 StPO dem Konfrontationsrecht Genüge tun. Gl.M. Begleitbericht VE StPO, 120; MÜLLER, StPO-Komm. Goldschmid/Maurer/Sollberger, 144 f.; SCHMID, Handbuch, Rz. 847; WOHLERS, a.a.O., 136. Gleiches gilt für Art. 152 Abs. 4 lit. b StPO, der bei Opfern *nicht sexueller* Delinquenz die unfreiwillige Gegenüberstellung auch dann erlaubt, wenn ein „überwiegendes Interesse der Strafverfolgung sie zwingend erfordert“, z.B. zur seriösen Würdigung einer Aussage gegen Aussage-Situation.

Besonderen Schutz angedeihen lässt Art. 154 StPO den zum Zeitpunkt der Einvernahme resp. Konfrontation *unter 18jährigen Opferzeugen*. Ist erkennbar, dass die Einvernahme oder Gegenüberstellung zu einer „schweren psychischen Belastung“ führen könnte, darf das Kind im ganzen Verfahren grundsätzlich nur zweimal einvernommen werden (Abs. 4 lit. b, Ordnungsvorschrift²¹⁶) und die unmittelbar-physische Gegenüberstellung muss *automatisch* unterbleiben. Eines Antrags bedarf es nicht (Abs. 4 lit. a). Gemäss Botschaft sind im Zweifelsfall Schutzmassnahmen zu treffen statt zu unterlassen – mit anderen Worten: Auf die direkte Konfrontation ist bereits zu verzichten, „wenn eine schwere psychische Belastung nicht ausgeschlossen werden kann“²¹⁷. Mit Blick auf die Verteidigungsrechte des Beschuldigten muss die Einvernahme des Kindes diesfalls zwingend mit Bild und Ton aufgezeichnet werden (Abs. 4 lit. d)²¹⁸. Abermals behält die StPO die Wahrung der Verteidigungsrechte ausdrücklich vor: Können sie durch indirekte Konfrontationsarrangements analog zu Art. 152 Abs. 3 Satz 2 StPO (ausnahmsweise) nicht gewährleistet werden, muss der Schutz des Minderjährigen der direkten Gegenüberstellung weichen (Art. 154 Abs. 4 lit. a StPO)²¹⁹.

c) *Verletzungsfolgen*

Kompromisslos sind die Folgen einer Verletzung des Teilnahmerechts: Eine Aussage, die unter Verstoss gegen Art. 147 StPO erhoben wurde, dürfen die Gerichte nicht zulasten der Partei verwerten, die nicht anwesend war (Art. 147 Abs. 4 StPO). Behördliche Zuwiderhandlungen gegen das *Anwesenheitsrecht* werden damit durch ein absolutes Beweisverwertungsverbot i.S.v. Art. 141 Abs. 1 StPO geahndet, das seine Wirkung nur zugunsten des Beschuldigten entfaltet²²⁰. Das Verbot greift, wenn das Anwesenheitsrecht in unzulässiger Weise eingeschränkt wurde (Verstoss gegen Abs. 1), oder wenn ein zwingender Grund nach Abs. 3 den Beschuldigten resp. dessen Verteidiger an der Teilnahme hinderte, eine faktisch mögliche und beantragte Wiederholung indes verweigert wurde, obschon der Aufwand verhältnismässig gewesen wäre und/oder sich dem Anspruch auf rechtliches Gehör nicht anderweitig Rechnung tragen liess (Verstoss gegen Abs. 3)²²¹. Verglichen mit dem, was der EGMR für Einschränkungen von Art. 6(3)(d) EMRK fordert, etabliert die StPO in puncto Anwesenheitsrecht ein ungleich strikteres Regime: Wie schwer die dem Beschuldigten vorgeworfene Tat und das öffentliche Interesse an ihrer Verfolgung wiegen, ist einerlei. Auch macht es für das Verwertungsverbot keinen Unterschied, ob die rechtswidrig gewonnene Aussage im Mosaik der Beweismittel das einzige oder ausschlaggebende darstellt²²².

²¹⁶ Art. 154 Abs. 4 lit. b StPO schliesst nicht aus, dass mehr als zwei Einvernahmen erfolgen, wenn die Verteidigungsrechte andernfalls nicht gewährleistet werden könnten, s. WOHLERS, ZK StPO, Art. 154 Rz. 4 f.

²¹⁷ WOHLERS, ZK StPO, Art. 154 Rz. 9. Dem dürfte bei Straftaten gegen die sexuelle Integrität sowie bei innerfamiliären Misshandlungsfällen stets so sein, nur selten hingegen bei Verkehrs- oder Bagatelldelikten, vgl. Botsch. StPO, 1191; HEMMER, CR StPO, Art. 154 Rz. 8; MÜLLER, StPO-Komm. Goldschmid/Maurer/Sollberger, 146 f.; RIKLIN, StPO-Komm., Art. 154 Rz. 1; RYSER BÜSCHI, 266; WEHRENBURG, BSK StPO, Art. 154 Rz. 8.

²¹⁸ Vgl. Botsch. StPO, 1191.

²¹⁹ Vgl. BGer 1B_531/2012 E. 2.4; WEHRENBURG, BSK StPO, Art. 154 Rz. 12; WOHLERS, ZK StPO, Art. 154 Rz. 10 f.

²²⁰ Siehe A. KAUFMANN, 212; BOMMER, Parteirechte, 211; RIEDO, FIOKLA & NIGGLI, Rz. 1115; RUCKSTUHL, DITTMANN & ARNOLD, Rz. 549; THORMANN, CR StPO, Art. 147 Rz. 34 f. CHRISTEN, 163 ff., 166, sieht in Art. 147 Abs. 4 StPO ein relativ absolutes Verwertungsverbot; NOLL, 8, spricht schlicht von einseitiger Unverwertbarkeit.

²²¹ Siehe BOMMER, a.a.O., 210; GODENZI, 334 f.; SCHLEIMINGER, BSK StPO, Art. 147 Rz. 26.

²²² Siehe auch A. KAUFMANN, 212 f.; BOMMER, a.a.O., 211; CHRISTEN, 160 f.

Das *Fragerecht* nach Art. 147 StPO hingegen ist als einfache Gültigkeitsvorschrift der Abwägungslösung von Art. 141 Abs. 2 StPO unterworfen: Ein Beweismittel, bei dessen Erhebung es zu Unrecht verweigert oder übermässig eingeschränkt wurde, kann gegen den Beschuldigten verwendet werden, sofern zur Aufklärung schwerer Straftaten unerlässlich²²³. Bei der Abwägung werden verschiedene Faktoren in die Waagschale geworfen; das Gewicht der Straftat als Ausdruck des öffentlichen Interesses an der Wahrheitsfindung, die Mängel des Strafverfahrens und deren negative Auswirkungen für den Beschuldigten, sowie das Interesse der Verteidigung an der Nichtverwertung²²⁴. Für Verletzungen des Fragerechts kommt das strafprozessuale Verwertungsregime der Gesamtfairness-Betrachtung des EGMR mithin deutlich näher²²⁵.

d) *Verhältnis zwischen Teilnahme- und Konfrontationsrecht*

Die vorangehenden Betrachtungen haben gezeigt: Das Teilnahmerecht der StPO geht in mancher Hinsicht weiter als das konventionsrechtliche Konfrontationsrecht²²⁶. Wo dies der Fall ist, greift das Günstigkeitsprinzip von Art. 53 EMRK – der Beschuldigte hat Anspruch auf den Schutz der StPO. An anderen Stellen hingegen behält die StPO das Konfrontationsrecht als Mindestrecht vor (Art. 147 Abs. 3, Art. 149 Abs. 5, Art. 152 Abs. 3 und Abs. 4 lit. a, Art. 153 Abs. 2, Art. 154 Abs. 4 lit. a)²²⁷ oder droht ungewollt hinter dieses zurückzufallen (z.B. Art. 148). Hier muss sich die Beweiserhebung weiterhin an Art. 6(3)(d) EMRK messen lassen²²⁸. Im Übrigen bestehen zwischen beiden Schutzbereichen feine Unterschiede, die im Einzelfall nach einer differenzierten Abgrenzung verlangen²²⁹. Verkompliziert wird das Zusammenspiel von Konfrontations- und Teilnahmerecht dadurch, dass Rechtsprechung und Schrifttum Art. 6(3)(d) EMRK nicht als Anspruch auf eine grundsätzlich gerichtsunmittelbare Konfrontationseinvernahme anerkennen. Andernfalls nämlich würde sich der Abgrenzungsbedarf zwischen beiden Bestimmungen nicht schon im Vorverfahren, sondern erst an der Hauptverhandlung aktualisieren (frühzeitig absehbare Fälle des abwesenden Belastungszeugen vorbehalten).

Die Aufgabe der Rechtsanwender vereinfacht sich freilich enorm, wenn man Art. 147 StPO im Lichte der EGMR-Rechtsprechung relativierend auslegt und seinen Schutzbereich dem von Art. 6(3)(d) EMRK annähert. Tatsächlich wird ein solches Vorgehen von namhaften Vertretern des Schrifttums explizit empfohlen. Im Hinblick auf das strafprozessuale Recht der Parteien, bei *allen* staatsanwaltschaftlichen und gerichtlichen Beweiserhebungen zumindest indirekt teilnehmen zu können, erklärt OBERHOLZER, eine „vernünftige Lösung [könne] [...] nur darin lie-

²²³ Vgl. A. KAUFMANN, 213; WOHLERS, ZK StPO, Art. 147 Rz. 11.

²²⁴ Vgl. DONATSCH, 238; s.a. GLESS, BSK StPO, Art. 141 Rz. 69; HÄRING, 244 ff.

²²⁵ CHRISTEN, 167, bekundet m.E. zu Recht Erstaunen ob der unterschiedlichen Behandlung von Anwesenheits- und Frage-recht: Für die kontradiktorische Zielsetzung von Art. 147 StPO mag die Anwesenheit des Beschuldigten Grundvoraussetzung sein, die Beweiserhebung aktiv beeinflussen aber kann dieser erst über Ergänzungsfragen. Für die Überlegungen, die den Nationalrat zur Ablehnung eines Antrags auf Ausdehnung des absoluten Verwertungsverbots auch auf Verletzungen des Fragerechts bewogen (Zweckmässigkeit, Missbrauchsgefahr), vgl. AB NR 2007, 1390.

²²⁶ Siehe auch AppGer BS, BE.2011.87, E. 4.4; OGer BE, BK 12 35, E. 4.2.1; BOMMER, Parteirechte, 211; GODENZI, 340 f.; NOLL, 45; OBERHOLZER, Rz. 373; SCHLEIMINGER, BSK StPO, Art. 147 Rz. 3.

²²⁷ Siehe auch WOHLERS, Schutzmassnahmen, 136.

²²⁸ Vgl. auch BOMMER, Einschränkung, 155; DERS., Parteirechte, 211.

²²⁹ Vgl. z.B. die Abgrenzung in BGer 6B_22/2012 E. 3. Allgemein zu dieser Konsequenz des Günstigkeitsprinzips HAEFLIGER & SCHÜRMAN, 42 ff.

gen, dass Art. 147 Abs. 1 StPO im Sinne der bewährten bisherigen Praxis zum [...] Konfrontationsanspruch der beschuldigten Person (Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK), aber abweichend vom strikten Wortlaut des Gesetzes interpretiert wird²³⁰. SCHLEIMINGER ihrerseits weist – befürwortend? – darauf hin, dass sich auf diese Weise auch die strikte Verwertungsverbotsfolge von Art. 147 Abs. 4 StPO vermeiden liesse²³¹. Mit einem derartigen Ausweg aus der für Strafverfolger bisweilen unbequemen Regelung des Art. 147 StPO liebäugelt immer wieder auch die Zürcher Justiz. Schon im Mai 2011 bestrebte sich das Obergericht Zürich, an der unter der StPO/ZH etablierten Zürcher Praxis der ‚Vorverhöre‘ mitbeschuldigter Personen auch unter Geltung der eidgenössischen StPO festzuhalten. Mit Hinweis auf die bisherige Rechtsprechung zu § 14 StPO/ZH bzw. Art. 6(3)(d) EMRK und Art. 32 Abs. 2 BV befand es, das Teilnahmerecht könne bei ersten Einvernahmen von Mitbeschuldigten gestützt auf Art. 146 Abs. 1 StPO ohne weiteres ausgeschlossen werden, solange die Konfrontationsgelegenheit zu einem späteren Zeitpunkt gewährt wird²³². Zwar musste das Obergericht diese Rechtsprechung aufgeben, nachdem das Bundesgericht entschieden hatte, dass Art. 146 Abs. 1 StPO keine selbständige Ausnahme zu Art. 147 StPO bildet²³³. Dennoch scheinen die Schwierigkeiten im Umgang mit Art. 147 StPO und dessen Verhältnis zur EMRK fortzubestehen: In einem Urteil vom 25. Januar 2013 bemerkte das Obergericht Zürich zum Verwertungsverbot von Art. 147 StPO, dieses würde durch EGMR und Bundesgericht „von der Entscheidungsrelevanz abhängig gemacht [...], bezüglich derer das Konfrontationsrecht eingeschränkt war“²³⁴. Auch das Kantonsgericht Graubünden teilt diese Ansicht und beruft sich dabei auf die oben zitierte Lehrmeinung von SCHLEIMINGER²³⁵. Derlei *relativierende Interpretationen unter dem Banner des verfassungs- und konventionsrechtlichen Konfrontationsanspruchs sind abzulehnen*. Die EMRK stellt Mindestanforderungen, die der schweizerische Gesetzgeber in der Strafprozessordnung nicht *unterschreiten* sollte. Solange nicht Drittrechte verletzt werden, kann er den konventionsrechtlichen Verteidigungsrechten aber durchaus *höheren* Schutz zukommen lassen. Tut er dies, verbietet bereits das Günstigkeitsprinzip den rechtsanwendenden Organen, den gesetzgeberisch gewählten Schutzstandard mit dem Argument einer konventionskonformen Auslegung auf das Mindestrecht zurückzustufen²³⁶. Im Ergebnis Gleiches gilt für das Verhältnis zwischen verfassungsmässigem Konfrontationsrecht und strafprozessualen Teilnahmerecht: Gewährt der Gesetzgeber dem Beschuldigten mehr Schutz, als die BV verlangt, ist diese Vorgabe für den Rechtsanwender verbindlich (vgl. Art. 190 BV) – ganz gleich, ob man das verfassungsmässige

²³⁰ OBERHOLZER, Rz. 375 (Hervorhebung entfernt). Ähnlich auch WEDER, 231 f., 233, mit Bezug auf das Teilnahmerecht an der delegierten polizeilichen Einvernahme von Mitbeschuldigten.

²³¹ Siehe SCHLEIMINGER, Aktuelle Fragen, 1070.

²³² Vgl. OGer ZH, UH110023, E. II. 3b in fine; hierzu auch GODENZI, 340 ff.; NOLL, 15 f., 45 ff. Dieselbe Interpretation zum Verhältnis von Art. 146 und 147 StPO findet sich auch in OGer AG, SBK.2011.91, E. 2.3.2-2.3.4.

²³³ Siehe BGE 139 IV 25 E. 5.1. Diese Rspr. übernahm das OGer denn auch in OGer ZH, UH130106, E. 4.1.

²³⁴ OGer ZH, SB120347, Sachverhalt E. 3.5.3.2.

²³⁵ Vgl. KGer GR, SK1 12 40, E. II. 3c.

²³⁶ Für das Verhältnis zwischen Art. 6(3)(d) EMRK und Art. 147 StPO vgl. NOLL, 43 ff.; WOHLERS, Fragerecht, 162. Allgemein zum Verbot einer auf die Konvention gestützten Verkürzung nationaler Bestimmungen oben, Kap. III.1.

Konfrontationsrecht dogmatisch als Mindestrecht begreift²³⁷ oder als grundlegenden Wertentscheid, dessen Tragweite Art. 147 StPO konkretisiert²³⁸.

Nicht nur in methodischer Hinsicht aber gibt das Vorgehen in Justiz und Schrifttum zu denken. Mit dem Entscheid für das Staatsanwaltschaftsmodell II und die stark beschränkte Unmittelbarkeit der Hauptverhandlung konzentriert sich die Sachverhaltsermittlung weitgehend in den Händen der Staatsanwaltschaft. Institutionelle Gegengewichte sollen diese Entwicklung kompensieren und Waffengleichheit und Verfahrensfairness bereits für das Vorverfahren verbürgen. Art. 147 StPO ist dabei Ausdruck des gesetzgeberischen Anliegens, die Verteidigungsrechte zu stärken und früher einsetzen zu lassen²³⁹. Überspitzt formuliert lässt sich die *schweizerische Umsetzung des konventionsrechtlichen Konfrontationsanspruchs als ein Handel* verstehen, in dem der Beschuldigte sein Recht auf Konfrontation vor dem unabhängigen Urteilsgericht verliert, dafür aber ein mehrmaliges, zeitlich näher an der Beweiserhebung liegendes und durch ein kompromissloses Verwertungsverbot sanktioniertes Teilnahmerecht erhält. Auch wenn die Konventionskonformität dieser Lösung stark zweifelhaft ist – *für den Beschuldigten hat sie auch Vorteile*. Insbesondere wird ihm garantiert, sein Konfrontationsrecht nicht erst Jahre nach der ersten Einvernahme des Belastungszeugen auszuüben, sondern zu einem Zeitpunkt, da sich dessen Aussage noch nicht verfestigt hat und keine Erinnerungslücken die Wirksamkeit der Gegenüberstellung mindern²⁴⁰. Indem die kantonale Rechtsprechung Art. 147 StPO durchs Hintertürchen wieder an die ihr bequemen Aspekte von Art. 6(3)(d) EMRK anzugleichen sucht, ohne freilich dessen Unmittelbarkeits-Aspekt zu übernehmen, nimmt sie diesem ‚Handel‘ viel seiner Glaubwürdigkeit und seines Nutzens für den Beschuldigten.

IV. Kompensationsprüfung seit *Al-Khawaja and Tahery* [GC]

1. Ent-Absolutierung der ‚sole or decisive‘-Rule

Spätestens seit *Lucà* hatten Schrifttum und Praxis die ‚sole or decisive‘-Rule als *absolut* verstanden; als unumstössliche Grenze der Verwertung anonymer und unkonfrontierter Zeugnisse und Wesensgehalt des Konfrontationsrechts²⁴¹. Jüngst allerdings geriet die Regel erneut ins Zentrum der Aufmerksamkeit, nachdem die späteren Beschwerdeführer *Al-Khawaja* und *Tahery* durch englische Geschworenengerichte schuldig gesprochen worden waren – gestützt auf gänzlich unkonfrontierte Zeugenaussagen von ausschlaggebender Bedeutung. Die 4. Kammer des Gerichtshofs erteilte diesem Vorgehen eine klare Absage und verurteilte Grossbritannien in beiden Fällen wegen Verstosses gegen Art 6(3)(d) EMRK²⁴². Grossbritannien aber

²³⁷ So WOHLERS, a.a.O., 162 m.w.H.

²³⁸ Nach dieser Auffassung gewährleistet Art. 32 Abs. 2 Satz 2 BV das Konfrontationsrecht seit Inkrafttreten der StPO in jenem Umfang, den Art. 147 StPO definiert; verfassungsmässiges und konventionsrechtliches Konfrontationsrecht wären mithin nicht mehr deckungsgleich, vgl. NOLL, 44 f.

²³⁹ Siehe Botsch. StPO, 1105, 1107, 1109; A. KAUFMANN, 170 ff., 192, 200 ff.; BOMMER, Einschränkung, 143; NOLL, 7 f.; SPRENGER, 167; VOGELANG, 230 f.

²⁴⁰ Ausführlich zu diesem zeitlichen Aspekt A. KAUFMANN, 88 ff., 218; s.a. SCHLEIMINGER, Aktuelle Fragen, 1073 f.; DIES., Konfrontation, 316 f.

²⁴¹ Hierzu oben, Kap. III.3.b.aa, insb. Fn. 153.

²⁴² Siehe *Al-Khawaja and Tahery*, § 39 ff., 43, 48; vgl. auch DU BOIS-PÉDAIN, 120 f.; ESSER, GAEDE & TSAMBIKAKIS, EGMR 2008-2010, 148; MEYER, 117 f.

legte nach: Die Regierung zog das Urteil an die grosse Kammer weiter und der Supreme Court liess die ‚sole or decisive‘-Rule in *R. v. Horncastle* ausdrücklich unangewendet. Ähnlich wie das Bundesgericht kritisiert der Supreme Court die Regel als einengend, unflexibel und blind gegenüber den Besonderheiten des englischen Strafverfahrens, das die Fairness des Strafverfahrens auch ohne eine solche absolute Grenze verbürgen könne. *R. v. Horncastle* schliesst mit einer an den EGMR gerichteten Aufforderung, seine Rechtsprechung im ausstehenden Grosskammer-Urteil zu überdenken²⁴³.

Was dann folgte, kann mit Fug und Recht als eine der grössten Kehrtwenden in der Geschichte des Konfrontationsrechts bezeichnet werden. „It would not be correct, when reviewing questions of fairness, to apply this rule in an inflexible manner“, urteilt die grosse Kammer in *Al-Khawaja and Tahery* [GC]; andernfalls liefe die Regel als „blunt and indiscriminate instrument“ der traditionellen Gesamtfairness-Betrachtung des EGMR zuwider²⁴⁴. Kurzum: Für flexible, an Rechtskultur und systemische Besonderheiten der Konventionsstaaten angepasste Lösungen soll Spielraum bleiben. Die ‚sole or decisive‘-Rule gilt noch; sie ist aber nur mehr *ein* – wenn auch gewichtiges – Kriterium in der Gesamtwürdigung der Verfahrensfairness. Verurteilungen, die sich allein oder in entscheidendem Ausmass auf unkonfrontierte Belastungszeugnisse stützen, ziehen den Konventionsverstoss nicht länger automatisch nach sich. Stattdessen stellen die mit ihnen verbundenen Risiken einen „very important factor to balance in the scales“ dar, der nach „most searching scrutiny“ in der Kompensationsprüfung verlangt²⁴⁵. Unmittelbar betraf *Al-Khawaja and Tahery* [GC] nur den abwesenden Belastungszeugen als einen der beiden Anwendungsfälle der ‚sole or decisive‘-Rule. Die grosse Kammer hielt indes ausdrücklich fest, „[that] [w]hile the problems raised by anonymous and absent witnesses are not identical, the two situations are not different in principle“²⁴⁶. Hieran anknüpfend entschied der Gerichtshof in *Ellis, Simms and Martin* (dec.), dass die Rechtsprechungsänderung der grossen Kammer auch auf ausschlaggebende anonyme Aussagen Anwendung findet²⁴⁷. Seither hat sich auch die Kompensationsprüfung stark verändert. Kap. 2. setzt sich mit den Neuerungen in abstrakter Weise auseinander. In Kap. 3. taucht die Autorin in die jüngere Judikatur des EGMR ein und analysiert, welche Kompensationsmassnahmen der Gerichtshof konkret zulässt. Es folgen Ausführungen zur Rezeption der Rechtsprechungsänderung in Schrifttum (Kap. 4.) und in bundesgerichtlicher Rechtsprechung (Kap. 5.).

²⁴³ Vgl. UKSC, *R. v. Horncastle*, § 11, 92, 107 f.; s.a. ARQUINT & SUMMERS, *Al-Khawaja*, 112; BARNES, 478; DE WILDE, 160; HALE, 76; HOYANO, 18 f.; MEYER, 117; REDMAYNE, *Confrontation*, 2.

²⁴⁴ *Al-Khawaja and Tahery* [GC], § 146. Der EGMR zeigt sich bestrebt, seine Ausführungen zur ‚sole or decisive‘-Rule nicht als Rechtsprechungsänderung erscheinen zu lassen, sondern als Klarstellung eines Missverständnisses, das durch frühere Urteile – *Lucà* wird explizit angeführt – verursacht worden ist. Auch das Sondervotum der Richter Sajó und Karakaş allerdings geht von einer Rechtsprechungsänderung aus, s. *Al-Khawaja and Tahery* [GC], S. 61 ff. Vgl. im Übrigen die überraschten Reaktionen im Schrifttum, z.B. ARQUINT & SUMMERS, *Al-Khawaja*, 112; DONATSCH & HIESTAND, *Entwicklungen* 2012, 405; MEYER & WIECKOWSKA, *EGMR* 2011, 120.

²⁴⁵ *Al-Khawaja and Tahery* [GC], § 147; bestätigt in *Aigner*, § 35; *Gani*, § 38; *Rosin*, § 52.

²⁴⁶ *Al-Khawaja and Tahery* [GC], § 127.

²⁴⁷ *Ellis, Simms and Martin* (dec.), § 74 f.; bestätigt in *Pesukic*, § 54. Vgl. auch DONATSCH & HIESTAND, *Entwicklungen* 2013, 385; RIETIKER, 1861; WOHLERS, *Pesukic*, 87 f.

2. Kompensation in abstracto in der EGMR-Rechtsprechung

Terminologisch relativiert der Gerichtshof die ‚sole or decisive‘-Regel hin zur Formulierung „when a conviction is based solely or to a decisive degree on [untested or anonymous] depositions [...] the rights of the defence *may be* [zum Teil: *might be*] restricted to an extent that is incompatible with the guarantees provided by Article 6“²⁴⁸. In methodischer Hinsicht hat sich der ‚sole or decisive‘-Test im Prüfungsraster des EGMR notwendigerweise nach vorne verschoben: Wie schon vorher wird zunächst geprüft, ob die Abweichung von der optimalen Konfrontationsgelegenheit durch einen der anerkannten besonderen Umstände strengstens erfordert wurde. Ist dies nicht der Fall, liegt unabhängig von der Bedeutung des Belastungszeugnisses ein Verstoss gegen Art. 6(3)(d) EMRK vor (1). Danach erfolgt bereits der ‚sole or decisive‘-Test (2), damit ein positives Ergebnis gegebenenfalls in der anschliessenden Kompensationsprüfung (3) Berücksichtigung finden kann²⁴⁹.

Auf zweiter ebenso wie auf dritter Prüfungsebene hat die Rechtsprechung des EGMR dabei Veränderungen vollzogen, die gegenüber der Ent-Absolutierung der ‚sole or decisive‘-Rule fast unbemerkt blieben. Während der ‚sole or decisive‘-Test bislang nur gänzlich unkonfrontierte und anonyme Belastungszeugnisse erfasste, hat sich sein *Anwendungsbereich* nun *ausgeweitet*. Zwar bleibt die eigentliche ‚may be/might be restricted‘-Formel auf die beiden klassischen Fallkategorien beschränkt. Strengste Prüfungsmassstäbe (most searching scrutiny) sind indes bereits gefragt, „where a conviction is based solely or decisively on the evidence of *absent witnesses*“²⁵⁰, also grundsätzlich unabhängig von einer allenfalls bestehenden Konfrontationsgelegenheit im Vorverfahren. Gerade für die Schweiz, die den von der Hauptverhandlung abwesenden, aber im Vorverfahren konfrontierten Belastungszeugen als Normalfall behandelt, dürfte diese Modifikation von einiger Bedeutung sein. Ohnehin scheint *Al-Khawaja and Tahery* [GC] nahezulegen, dass *jede* Verurteilung, die sich u.a. auf ein nicht optimal konfrontiertes Belastungszeugnis stützt, unter Art. 6(3)(d) EMRK voraussetzt, dass sich dieses Zeugnis in der Kompensationsprüfung als gemessen an seiner Bedeutung ausreichend verlässlich erweist²⁵¹. Während der Beweiswert der betroffenen Aussage vorher nur punktuell Eingang in die Kompensationsprüfung fand²⁵², gilt demnach nun ganz generell: Je wichtiger die Aussage, desto grösser der Bedarf nach Ausgleich für die Nachteile der Verteidigung. Im Sinne eines allgemeinen Beweiswert-Tests muss der ‚sole or decisive‘-Test mithin in allen Fallkategorien erfolgen. Ein Belastungszeugnis ist dabei nicht mehr entweder ‚sole or decisive‘ oder schlichtweg ‚not decisive‘. Stattdessen drängen sich u.U. feinere Beweiswert-Abstufungen auf: In *Schatschaschwili* etwa befand der EGMR, „that while O. and P.’s witness statements may not

²⁴⁸ So neben *Al-Khawaja and Tahery* [GC], § 119, auch *Blokhin*, § 162; *Chmura*, § 47; *Fafrowicz*, § 54; *Gabrielyan*, § 77; *Hümmer*, § 42; *Khodorkovskiy and Lebedev*, § 708; *Mitkus*, § 101; *Pesukic*, § 44; *Salikhov*, § 112 (Hervorhebung hinzugefügt). In *Vyerentsov*, § 81, findet sich die in *Doorson* und *Van Mechelen* verwendete Formel „that the defendant’s conviction should not be based either solely or to a decisive extent on [untested or anonymous] statements“.

²⁴⁹ Vgl. z.B. *Al-Khawaja and Tahery* [GC], § 152 ff.; *Chmura*, § 47 ff.; *Pesukic*, § 44, 46 ff.; *Rosin*, § 54 ff.; *Salikhov*, § 112, 114 ff. Beispielhaft systematisch erfolgt die Prüfung in *Prájiná*, § 44, 46 ff., und *Tseber*, § 45 ff. Zur bisherigen Prüfungsreihenfolge s. oben, Kap. II.3.a. Zum Ganzen DU BOIS-PÉDAIN, 132 f.

²⁵⁰ Siehe *Al-Khawaja and Tahery* [GC], § 147 (Hervorhebung hinzugefügt); bestätigt z.B. in *Chmura*, § 48; *Hümmer*, § 45; *Karpenko*, § 61; *Lučić*, § 73; *Pesukic*, § 44; *Prájiná*, § 55; *Salikhov*, § 113.

²⁵¹ *Al-Khawaja and Tahery* [GC], § 147: „The question in each case is whether there are sufficient counterbalancing factors in place [...]. This would permit a conviction to be based on such evidence only if it is sufficiently reliable given its importance in the case“ (Hervorhebung hinzugefügt); s.a. *Fafrowicz*, § 55; *Gani*, § 42; *Salikhov*, § 113.

²⁵² Vgl. z.B. *Kok* (dec.), S. 20; *Visser*, § 46.

have been the sole or decisive evidence [...], their testimonies clearly carried considerable weight”²⁵³.

Auch in der *Frage, womit Einschränkungen des Konfrontationsrechts ausgeglichen werden können*, hat *Al-Khawaja and Tahery* [GC] Änderungen mit sich gebracht. Bislang hatte der EGMR stets prozedurale Kompensationsmassnahmen verlangt. Schon das Kammerurteil indes wich von dieser Terminologie ab und machte aus den counterbalancing procedures kurzerhand „counterbalancing factors“²⁵⁴. Auch die grosse Kammer übernimmt die neue Formulierung und stellt klar, dass diese weiter geht als die überkommene, denn sie schliesst das Bestehen prozeduraler Absicherungen lediglich mit ein²⁵⁵. Welche Faktoren in die Kompensationsprüfung Eingang finden sollen, wird bei näherer Betrachtung der EGMR-Rechtsprechung schnell klar: nahezu jeder Umstand, zugunsten ebenso wie zu Lasten des Beschuldigten, der auch in einer klassischen Interessenabwägung berücksichtigt würde²⁵⁶. Hierzu gehört das *Interesse des Beschuldigten an der Ausübung seines Konfrontationsrechts*; gemessen an der Schwere der ihm drohenden Strafe²⁵⁷ sowie an allfälligen Besonderheiten des Falls. In *Hümmer* etwa war von Belang, dass dem Beschuldigten die Verteidigung bereits insofern erschwert wurde, als er aufgrund eines epileptischen Anfalls zum Zeitpunkt der ihm vorgeworfenen Tat keinerlei Erinnerung mehr an die fraglichen Ereignisse besass²⁵⁸. Einbezogen werden darüber hinaus *verfahrensmässige Säumnisse der Strafverfolgungsbehörden*, die zur misslichen Lage des Beschuldigten beigetragen haben. Obwohl sich der EGMR allgemein nicht mit Verletzungen des nationalen Prozessrechts befasst, kann sich die Missachtung eines auf das Vorverfahren bezogenen nationalen Frage- oder Anwesenheitsrechts für den Konventionsstaat erschwerend auswirken. Gemäss EGMR nämlich ist auch die Fairness der Hauptverhandlung beeinträchtigt, wenn der Beschuldigte aufgrund behördlicher Verfehlung in den Genuss einer weniger wirksamen prozeduralen Kompensation kommt, als es bei ordnungsgemäsem Verlauf des Vorverfahrens der Fall gewesen wäre²⁵⁹. Durch die beobachtete Tendenz zur wortlautswidrigen Relativierung von Art. 147 StPO im Sinne der konventionsrechtlichen Rechtsprechung zu Art. 6(3)(d) EMRK²⁶⁰ könnte die Schweiz damit vor dem EGMR durchaus in Bedrängnis geraten. Im Gegenzug fliessen *Säumnisse auf Seiten der Verteidigung*, denen ein konkludenter Rechtsverzicht zwar nicht entnommen werden kann²⁶¹, als für den Konventionsstaat entlastendes Argument immerhin in die Kompensationsprüfung ein. Dies ist z.B. der Fall, wo die Verteidigung eine im Vorverfahren dargebotene Konfrontationsgelegenheit selbstverschuldet verstreichen liess oder die

²⁵³ *Schatschaschwili*, § 74.

²⁵⁴ *Al-Khawaja and Tahery*, § 37, 40 f., 45 (Hervorhebung hinzugefügt). Zur alten Terminologie vgl. oben, Kap. II.3.c.

²⁵⁵ Vgl. *Al-Khawaja and Tahery* [GC], § 147 („sufficient counterbalancing factors, including the existence of strong procedural safeguards“ [Hervorhebung hinzugefügt]); bestätigt z.B. in *Pesukic*, § 44; *Salikhov*, § 114; *Trampevski*, § 46. Zur Terminologieänderung vgl. insb. auch DE WILDE, 166.

²⁵⁶ Eine Abwägungsentscheidung sehen in der 3. Prüfungsebene neu auch ESSER, GAEDE & TSAMBIKAKIS, EGMR 2010-2011, 622; GRABENWARTER, ECHR, Art. 6 Rz. 149; GRABENWARTER & PABEL, Grundsatz, Rz. 158.

²⁵⁷ Vgl. *Rosin*, § 62; *Vronchenko*, § 65.

²⁵⁸ Siehe *Hümmer*, § 52.

²⁵⁹ Vgl. *Hümmer*, § 48.

²⁶⁰ Siehe hierzu oben, Kap. III.4.d.

²⁶¹ Vgl. oben, Kap. II.2.d.

Rüge der Nichtkonfrontation im nationalen Rechtsmittelverfahren nicht konsequent aufrechterhielt²⁶².

Kompensierende Wirkung kommt neu auch *rein substantiellen Faktoren und Massnahmen* zu, welche die Verlässlichkeit der mangelhaft konfrontierten Aussage ohne Einbezug des Beschuldigten sicherstellen. Zu ihnen gehört zunächst die sorgfältige gerichtliche Beweiswürdigung, die vor *Al-Khawaja and Tahery* [GC] zusammen mit dem ‚sole or decisive‘-Test noch auf der dritten Prüfungsstufe zu verorten war²⁶³. Auch Glaubwürdigkeits- bzw. Verlässlichkeitsbezeugungen (konfrontierbarer) Dritter an der Hauptverhandlung werden in der Kompensationsprüfung berücksichtigt. In Frage kommen dabei Leumundszeugen aus dem Bekanntenkreis des suboptimal konfrontierten Belastungszeugen, Strafverfolgungsorgane, die dessen Aussage im Vorverfahren entgegengenommen haben, oder psychologische Experten, deren Gutachten die Aussage als verlässlich ausweisen²⁶⁴. Zu kompensieren vermag sodann zusätzliches Beweismaterial, sofern es das Beweisergebnis der mangelhaft konfrontierten Aussage inhaltlich bekräftigt. Tatsächlich spielt dieses ‚corroboration‘-Kriterium, das bislang nur im Rahmen des ‚sole or decisive‘-Tests in Erscheinung trat, in jüngeren Kompensationsprüfungen des EGMR eine zentrale, bisweilen gar ausschlaggebende Rolle²⁶⁵.

Insgesamt zeigt der Blick in die Rechtsprechung des Gerichtshofs: Der Begriff der Kompensationsprüfung bzw. der sufficient counterbalancing measures ist trügerisch. Geprüft wird hier nicht nur (und oft nicht einmal primär), ob die nationalen Gerichte im Anschluss an eine erforderliche Einschränkung von Art. 6(3)(d) EMRK genug unternommen haben, um dem Beschuldigten eine aktive Infragestellung des Belastungszeugnisses zu ermöglichen. Zu kompensieren gilt es „the handicaps under which the defence labours“²⁶⁶. Weil diese Nachteile nun aber je nach den Umständen des konkreten Falles und insbesondere je nach Bedeutung des betroffenen Zeugnisses variieren, lässt die Kompensationsprüfung *Spielraum für Abwägungen und Zumutbarkeitsüberlegungen*. Dass der Gerichtshof seine Terminologie vom engeren Begriff der counterbalancing procedures hin zu counterbalancing factors geändert hat, aktiviert diesen Spielraum. Im Ergebnis erfordert die dritte Prüfungsebene eine Mischung aus eigentlicher Kompensation für die Einschränkung des Konfrontationsrechts und klassischer Verhältnismässigkeitsprüfung im engeren Sinne²⁶⁷. Anders als auf der ersten Prüfungsebene (besondere Umstände) steht dem Interesse des Beschuldigten an einer möglichst optimalen Ausübung seines Konfrontationsrechts dabei zumindest implizit das öffentliche Interesse an einer wirksamen Strafrechtspflege gegenüber²⁶⁸. Gefragt wird danach, ob dem Beschuldigten im Rahmen des

²⁶² Siehe *Gani*, § 48, resp. *Mitkus*, § 102. Der EGMR betont aber ausdrücklich, dass derartige verfahrensmässige Säumnisse der Verteidigung eine Verletzung von Art. 6(3)(d) EMRK keineswegs automatisch ausschliessen, vgl. *Gani*, § 44.

²⁶³ Vgl. *Damir Sibgatullin*, § 57; *Fafrowicz*, § 61; *Gani*, § 48; *Hümmer*, § 46 f.; *Karpenko*, § 69; *Lučić*, § 86; *Schatschaschwili*, § 76 f. Siehe auch oben, Kap. II.3.c.

²⁶⁴ Vgl. *Fafrowicz*, § 61; *Pesukic*, § 50; *Rosin*, § 61; *Vronchenko*, § 64.

²⁶⁵ Siehe *Aigner*, § 44 f.; *Al-Khawaja and Tahery* [GC], § 156, 163, 165; *Gani*, § 48 f.; *Hümmer*, § 49, 53; *Lučić*, § 86 f.; *Prájiná*, § 58; *Rosin*, § 61 f.; *Schatschaschwili*, § 74, 77 f.; *Tseber*, § 63 f., 69; *Vidgen*, § 46; *Vronchenko*, § 65. Zum Ganzen auch ARQUINT & SUMMERS, *Al-Khawaja*, 113; DE WILDE, 166; REDMAYNE, *Al-Khawaja*, 872 f.; WOHLERS, *Pesukic*, 89.

²⁶⁶ Z.B. *Bocos-Cuesta*, § 69; *S. N.*, § 47; *Van Mechelen*, § 54; s.a. *Doorson*, § 72; *Gani*, § 41; *Trampevski*, § 49.

²⁶⁷ Ähnlich auch ILL, 166. BISCHOFF, 102 f., erblickte im Kompensationserfordernis bereits vor *Al-Khawaja and Tahery* [GC] eine Verhältnismässigkeitsprüfung.

²⁶⁸ G.L.M. HOYANO, 21.

gesamten Strafverfahrens eine nach allen Umständen des Falls angemessene Gelegenheit zur kontradiktorischen Überprüfung der mangelhaft konfrontierten Aussage geboten wurde. Bemerkenswert hieran ist, dass u.U. auch bei ausschlaggebenden Belastungszeugnissen ‚keine Gelegenheit‘ eine ‚angemessene‘ sein kann, wenn die Verlässlichkeit durch substantielle Kompensationsmassnahmen erwiesen scheint²⁶⁹.

3. Kompensation in concreto in der EGMR-Rechtsprechung

Wie sich die Rechtsprechungsänderung der grossen Kammer konkret auswirkt, lässt sich nur durch einen Blick in die neuere Judikatur erfassen. *Al-Khawaja and Tahery* [GC] inbegriffen, wurden für die vorliegende Arbeit 32 Fälle zum Konfrontationsrecht systematisch untersucht; unter ihnen 23, in denen der Gerichtshof das Belastungszeugnis als ‚sole or decisive‘ beurteilte. Diese 23 Fälle werden in Kap. a vorgestellt. Kap. b befasst sich mit der Kompensation bei nicht ausschlaggebenden Belastungszeugen.

a) Bei ausschlaggebenden Belastungszeugnissen

14 der 23 untersuchten Fälle mangelhaft konfrontierter, ausschlaggebender Belastungszeugnisse (61%) mündeten in Verurteilungen, weil die Nachteile der Verteidigung nicht hinreichend kompensiert worden waren. In nicht mehr als sechs von ihnen (26%) gelang es den nationalen Behörden trotz der ausschlaggebenden Bedeutung des Belastungszeugnisses, den Verteidigungsrechten ausreichend Rechnung zu tragen²⁷⁰. Hinzu kommen drei Fälle abwesender Belastungszeugen, in denen der EGMR einen Konventionsverstoss bereits mangels besonderer Umstände bejahte, ohne sich spezifisch zur Frage der Kompensation zu äussern²⁷¹. Wie viel strenger der Gerichtshof bei einzigen Belastungszeugnissen gegenüber ausschlaggebenden in der Kompensationsprüfung verfährt, lässt sich den analysierten Urteilen nicht entnehmen: Keines der in Frage stehenden Beweismittel wurde durch den EGMR eindeutig als ‚sole evidence‘ eingestuft²⁷².

Im Rahmen der Kompensationsprüfung spielen jene besonderen Umstände, durch die eine Abweichung von der optimalen Konfrontationsgelegenheit unausweichlich wurde, keine grosse Rolle mehr. Dem Fokus auf die bewirkten Nachteile der Verteidigung entspricht, dass es für das gebotene Ausmass der Kompensation nur darauf ankommt, welche Art der Konfrontation dem Beschuldigten effektiv möglich war. In diesem Sinne erfolgt die anschliessende Betrachtung unterteilt nach gänzlich unkonfrontierbaren Belastungszeugen (Kap. aa), abwesenden

²⁶⁹ Vgl. namentlich *Al-Khawaja and Tahery* [GC], § 156 f. Dass der Beschwerdeführer Al-Khawaja gestützt auf die gänzlich unkonfrontierten Aussagen einer vorverstorbenen, ausschlaggebenden Belastungszeugin verurteilt wurde, liess sich hier durch zweierlei kompensieren: ershörtendes zusätzliches Beweismaterial einerseits, und die Anweisung des englischen Richters an die Geschworenen, die Aussagen weniger zu gewichten, andererseits.

²⁷⁰ Ausreichende Kompensation in: *Aigner*, § 45 f.; *Al-Khawaja and Tahery* [GC], § 159 (Al-Khawaja); *Chmura*, § 58; *Dončev and Burgov*, § 56 ff., 61; *Gani*, § 49 f.; *Pesukic*, § 52 f. Ungenügende Kompensation in: *Al-Khawaja and Tahery* [GC], § 165 (Tahery); *Blokhin*, § 177; *Damir Sibgatullin*, § 58; *Hümmer*, § 53; *Lučić*, § 88; *Papadakis*, § 95; *Prájiná*, § 60; *Rosin*, § 63; *Salikhov*, § 119; *Şandru*, § 70; *Trampevski*, § 50; *Tseber*, § 69; *Vidgen*, § 48; *Vronchenko*, § 66.

²⁷¹ Siehe *Gabrielyan*, § 81 ff., 84, 86 f.; *Karpenko*, § 73 ff., 76 f.; *Vyerentsov*, § 82 f.

²⁷² Am nächsten kamen *Al-Khawaja and Tahery* [GC], § 160 (Tahery), und *Blokhin*, § 171. In beiden Fällen war das Belastungszeugnis „if not the sole, at least the decisive evidence“.

Belastungszeugen mit Konfrontationsgelegenheit im Vorverfahren (Kap. bb) und an der Hauptverhandlung nur indirekt konfrontierbaren Belastungszeugen (Kap. cc).

aa) *Gänzlich unkonfrontierbare Belastungszeugen*

Aus konventionsrechtlicher Sicht nach wie vor besonders heikel ist es, wenn der Beschuldigte weder im Vorverfahren noch an der Hauptverhandlung, weder direkt noch indirekt, Gelegenheit zur Konfrontationseinvernahme eines ausschlaggebenden Belastungszeugen erhält. Dabei macht es keinen Unterschied, ob die Gegenüberstellung an tatsächlichen oder rechtlichen Gründen scheiterte: Der Belastungszeuge mit Aussageverweigerungsrecht, der sein Recht nicht erst an der Hauptverhandlung ausübt, sondern während des gesamten Verfahrens nicht wirksam konfrontiert werden kann, wird gleich behandelt wie verstorbene oder unauffindbare Belastungszeugen. Gleiches gilt für nicht konfrontierbare, da psychisch gefährdete Opferzeugen²⁷³. In der Praxis des EGMR vermag der gänzlich unkonfrontierbare, aber ausschlaggebende Belastungszeuge dem Kompensationserfordernis nur selten standzuhalten: Von 14 entsprechenden Fällen führten ganze 13 zu Verurteilungen²⁷⁴. Einzig²⁷⁵ die Beschwerde des Arztes Al-Khawaja, der wegen eines sexuellen Übergriffs auf eine Patientin verurteilt worden war, wies der Gerichtshof als unbegründet zurück. Der Fall war aber insofern besonders gelagert, als eine zweite, vor Gericht konfrontierbare Patientin unabhängig von der verstorbenen Opferzeugin nahezu identische Anschuldigungen erhoben hatte. „[I]t would be difficult to conceive of stronger corroborative evidence“²⁷⁶, befand der Gerichtshof und beurteilte die in diesem Fall rein substantielle Kompensation – hinzu kam lediglich eine Anweisung des britischen Richters an die Jury, das Belastungszeugnis vorsichtig zu würdigen – als ausreichend²⁷⁷.

Im Übrigen lassen die untersuchten Urteile gewisse *Rückschlüsse darauf zu, welche kompensierenden Faktoren der EGMR in Zusammenhang mit unkonfrontierbaren Belastungszeugen in Zukunft (nicht) akzeptieren wird*:

1) Nach seiner Rechtsprechung wird die Verfahrensfairness befördert, wenn an der Hauptverhandlung eine Videoaufnahme der im Vorverfahren durchgeführten Zeugeneinvernahme zur Verfügung steht. Auf diese Weise erhielten Verteidigung ebenso wie Urteilsgericht die Möglichkeit, den Ablauf der Einvernahme und das Verhalten des Zeugen wahrzunehmen und sich so ein eigenes Bild von der Glaubhaftigkeit der Aussage zu machen²⁷⁸. Vorausgesetzt ist freilich, dass das nationale Verfahrensrecht die Videoaufzeichnung zulässt. Für die Schweiz er-

²⁷³ Vgl. *Hümmer*, § 46 ff. und *Vidgen*, § 46 ff. (aussageverweigernde Belastungszeugen); *Rosin*, § 57 ff., und *Vronchenko*, § 60 ff. (Opferzeugen).

²⁷⁴ Am Kompensationserfordernis scheiterten *Al-Khawaja and Tahery* [GC], § 160 ff., 165 (Tahery: gefährdeter Belastungszeuge); *Hümmer*, § 46 ff., 53 f., und *Vidgen*, § 46 f., 48 (aussageverweigernde Belastungszeugen); *Lučić*, § 81 ff., 87 f.; *Prájiná*, § 55 ff., 60, und *Tseber*, § 58 ff., 69 (unauffindbare Belastungszeugen); *Rosin*, § 57 ff., 62 f., und *Vronchenko*, § 60 ff., 66 (Opferzeugen mit Attest). Ausreichende Kompensationsmassnahmen und ein hinreichender Grund für die Einschränkung fehlten in *Blokhin*, § 173 f.; *Damir Sibgatullin*, § 57 f.; *Salikhov*, § 118 f.; *Šandru*, § 67 ff., 70, sowie *Trampevski*, § 46 ff., 49 f.

²⁷⁵ Auch in *Schatschaschwili*, § 76 ff., 81, wurde die Unverfügbarkeit zweier Auslandszeugen nach Ansicht des EGMR hinreichend ausgeglichen. Es handelt sich hier aber um jenen Fall, in dem das Belastungszeugnis nicht definitiv ausschlaggebend, sondern nur von beträchtlichem Gewicht war, s. oben, Kap. IV.2.

²⁷⁶ *Al-Khawaja and Tahery* [GC], § 156.

²⁷⁷ Vgl. *Al-Khawaja and Tahery* [GC], § 156 f., 158. Hierzu schon oben, Kap. IV.2., insb. Fn. 269.

²⁷⁸ Siehe *Damir Sibgatullin*, § 57; *Rosin*, § 62; *Salikhov*, § 118; *Tseber*, § 68; *Vronchenko*, § 65. Ähnlich auch ILL, 167.

mächtigt Art. 76 Abs. 4 StPO die Verfahrensleitung zur Anordnung, „dass Verfahrenshandlungen zusätzlich zur schriftlichen Protokollierung ganz oder teilweise in Ton oder Bild festgehalten werden“. Gleichzeitig bringt der EGMR zum Ausdruck, dass diese Art der prozeduralen Kompensation den Verteidigungsrechten nicht genügt, falls das spätere Konfrontationshindernis bereits im Vorverfahren absehbar war (z.B. die spätere Abwesenheit einer traumatisierten Opferzeugin oder die fehlende Erinnerungsfähigkeit eines Kindzeugen Jahre nach dem Delikt). Diesfalls kann grundsätzlich nur die Gelegenheit zur (direkten oder indirekten) Konfrontation im Vorverfahren ausreichende Kompensation verbürgen²⁷⁹.

2) Die sorgfältige gerichtliche Verlässlichkeitsprüfung bzw. Beweiswürdigung findet neu als Ausgleichsfaktor Berücksichtigung, scheint aber nach wie vor unabdinglich für ein insgesamt faires Verfahren. Als kompensierendes „outil de contestation indirecte“²⁸⁰ anerkennt der EGMR daneben die Möglichkeit des Beschuldigten, sich an der Hauptverhandlung gegen das Belastungszeugnis zu verteidigen, indem er zu diesem Stellung nimmt, selbst aussagt, Entlastungsbeweise beibringt oder weitere (i.d.R. indirekte) Belastungszeugen unmittelbar konfrontiert²⁸¹. Beide Faktoren haben in der Kompensationsprüfung aber nur ergänzende Bedeutung: Wo weder eine Videoaufzeichnung vorliegt noch zusätzliches Beweismaterial, das an der Verlässlichkeit der Aussage keinen vernünftigen Zweifel lässt, können sie den Verteidigungsrechten selbst in Kombination nicht gerecht werden²⁸². Die sorgfältige Beweiswürdigung unterzieht der EGMR obendrein einer äusserst kritischen Prüfung. Das nationale Gericht hat genau darzulegen, weshalb es die Verlässlichkeit des streitigen Belastungszeugnisses als erwiesen betrachtet. Essentiell ist dabei, dass es sich mit entsprechenden Einwänden des Beschuldigten ausführlich auseinandersetzt²⁸³. Bei Opferzeugen im Bereich der Sexualdelinquenz und allgemein bei Kindern wertet es der EGMR positiv, wenn sich das Urteilsgericht nicht auf seine eigene Einschätzung verlässt, sondern zur Verlässlichkeit der Aussage (psychologische) Expertenmeinungen einholt; idealerweise mit Gelegenheit des Beschuldigten zur gerichtlichen Konfrontation des Gutachters²⁸⁴. Regelmässig steigt der Gerichtshof selbst tief in die Beweiswürdigung ein und untersucht Belastungszeugnis ebenso wie Person des Belastungszeugen auf allfällige Unstimmigkeiten, Widersprüche und Schwachstellen, die nur durch eine Konfrontation hätten ausgeräumt werden können²⁸⁵. Im Gegenzug nimmt er den Beschuldigten in die Pflicht, wo er selbst befindet, dass die gesamte Beweislage ein in sich stimmiges Bild vermittelt, welches die Angaben des unkonfrontierten Belastungszeugen stützt. Diesfalls hat der Beschuldigte schweren Stand, wenn er im nationalen Verfahren nicht substantiiert hat, welche Zweifel an der Ver-

²⁷⁹ Siehe *Rosin*, § 59 ff., 61; *Vronchenko*, § 60 f., 63. Vgl. hierzu bereits oben, Kap. II.2.

²⁸⁰ *Tseber*, § 64.

²⁸¹ Vgl. *Al-Khawaja and Tahery* [GC], § 161; *Damir Sibgatullin*, § 57; *Lučić*, § 87; *Schatschaschwili*, § 79; *Trampevski*, § 49; *Tseber*, § 63 f.

²⁸² Siehe *Al-Khawaja and Tahery* [GC], § 161 f.; *Damir Sibgatullin*, § 57; *Trampevski*, § 49; *Tseber*, § 64. Ähnliche Interpretation bei MEYER & WIECKOWSKA, EGMR 2012, 251. Andernfalls müsste sich der Beschuldigte als Ausgleich für Einschränkungen seines Konfrontationsrechts mit etwas begnügen, auf das er im Rahmen des rechtlichen Gehörs ohnehin Anspruch hat, vgl. DEHNE-NIEMANN, 201 f.; DEMKO, 429 f.; GAEDE, 623 f.

²⁸³ Vgl. *Präjinä*, § 58 f.; *Trampevski*, § 48; *Tseber*, § 63, 67.

²⁸⁴ Siehe *Rosin*, § 61; *Vronchenko*, § 64. Analog für den nicht ausschlaggebenden Kindzeugen *Fafrowicz*, § 61.

²⁸⁵ Vgl. insb. *Hümmer*, § 50 f. (langer Zeitablauf zwischen Tatzeitpunkt und Anzeige resp. erster polizeilicher Einvernahme: keine spontanen Aussagen, Risiko der unbewussten/bewussten Aussage-Abstimmung zwischen den drei verwandten Belastungszeugen); *Trampevski*, § 48 (inhaltliche Unstimmigkeiten in den unkonfrontierten Belastungszeugnissen); *Tseber*, § 66 f. (krimineller Belastungszeuge mit potentielltem Rachemotiv dem Beschuldigten gegenüber).

lässlichkeit des Belastungszeugnisses bestehen bzw. welche Punkte in einer Konfrontationseinvernahme hätten thematisiert werden müssen²⁸⁶.

3) Bemerkenswert erscheinen die Ausführungen des EGMR zum ‚corroboration‘-Kriterium. Auch hier begnügt sich der Gerichtshof nicht mit der Würdigung der nationalen Gerichte, sondern prüft selbst, in welchem Ausmass die unkonfrontierte Aussage durch die übrige Beweislage bestätigt wird. Dabei zeigt sich: Das Kriterium kann zwar urteilsentscheidend sein, wenn der Gerichtshof – wie im Fall Al-Khawaja – eine *starke* Erhärtung annimmt, die an der Verlässlichkeit des Belastungszeugnisses auch ohne Konfrontation keinen vernünftigen Zweifel mehr lässt²⁸⁷. In den meisten Kompensationsprüfungen allerdings betrachtet der EGMR die unkonfrontierte Aussage als nur *schwach, da lediglich indirekt erhärtet*²⁸⁸. Durch diese Rechtsprechung begrenzt er die praktische Bedeutung des ‚corroboration‘-Kriteriums auf wenige aussergewöhnliche Fälle von ‚sole or decisive‘-Belastungszeugen: Deren Aussagen stuft er i.d.R. ja gerade deshalb als ausschlaggebend ein, weil sie für die Täterschaft des Beschuldigten den einzigen direkten Beweis liefern²⁸⁹. Für die Zukunft bleibt daher abzuwarten, in welchen Konstellationen ein Belastungszeugnis als ausschlaggebend, aber dennoch stark durch weitere Beweise erhärtet gelten kann – bislang liefert Al-Khawaja den einzigen Präzedenzfall²⁹⁰.

bb) An der Hauptverhandlung nicht konfrontierbare Belastungszeugen mit Konfrontationsgelegenheit im Vorverfahren

Auch die an der Hauptverhandlung abwesenden oder aussageverweigernden ‚sole or decisive‘-Belastungszeugen mit Gelegenheit zur direkten oder indirekten Konfrontation im Vorverfahren unterliegen in der Kompensationsprüfung grundsätzlich dem ‚most searching scrutiny‘-Standard des EGMR. Sofern die Konfrontationsgelegenheit im Vorverfahren wirksam²⁹¹ ausgestaltet war und ein besonderer Umstand die fehlende gerichtliche Gegenüberstellung verantwortet, scheinen die Chancen des Konventionsstaats auf Beschwerdeabweisung aber durchaus gut zu stehen. In allen drei untersuchten Fällen verneinte der Gerichtshof eine Verletzung von Art. 6(3)(d) EMRK²⁹². Dabei macht es offenbar keinen Unterschied, ob die Konfrontation im Vorverfahren tatsächlich stattfand oder die Verteidigung eine ihr eingeräumte Gelegenheit selbstverschuldet versäumt hat, wie es in *Gani* und *Chmura* der Fall war²⁹³. Als zusätzliche Kompensationsfaktoren kommen grundsätzlich dieselben in Frage wie beim gänzlich unkon-

²⁸⁶ Siehe *Schatschaschwili*, § 78 f. Analog für unkonfrontierbare, nicht ausschlaggebende Zeugnisse *Fafrowicz*, § 62.

²⁸⁷ Vgl. hierzu insb. *Tseber*, § 64.

²⁸⁸ Vgl. *Hümmer*, § 46, 49; *Lučić*, § 86; *Rosin*, § 61 f.; *Vronchenko*, § 64 f.

²⁸⁹ Siehe hierzu oben, Kap. II.3.c.

²⁹⁰ U.U. lässt sich das Urteil in *Schatschaschwili*, § 77 f., dahingehend deuten, dass unter stützenden *indirekten* Beweismitteln neben Personalbeweisen zumindest auch Sachbeweise (in casu Daten, die per GPS- und Handyüberwachung gesammelt worden waren) vertreten sein müssen. E contrario allenfalls *Lučić*, § 86, und *Vronchenko*, § 64, wo neben indirekten Personalbeweisen zwar forensisches Beweismaterial vorhanden war, das indes keine zwingenden Schlüsse auf die Verlässlichkeit des unkonfrontierten Belastungszeugnisses erlaubte.

²⁹¹ Zentral ist dabei u.a., dass der Beschuldigte im Zeitpunkt, da ihm die Konfrontationsgelegenheit eingeräumt wurde, anwaltlich vertreten war, vgl. *Karpenko*, § 69.

²⁹² Siehe *Aigner*, § 41 ff., 45 f. (Aussageverweigerung erst an der Hauptverhandlung); *Chmura*, § 48 ff., 57 f. (anlässlich der Hauptverhandlung unauffindbarer Belastungszeuge); *Gani*, § 46 ff., 49 f. (Opferzeugin mit Attest).

²⁹³ Vgl. *Chmura*, § 51 ff., 57 f.; *Gani*, § 48.

frontierbaren Belastungszeugen²⁹⁴. Insbesondere hält es der EGMR auch hier für wünschenswert, dass anlässlich der Hauptverhandlung ein Video der im Vorverfahren erfolgten (Konfrontations-)Einvernahme gezeigt wird. Zumindest bei Erwachsenen im Vollbesitz ihrer geistigen Kräfte ist dies für die Gesamtfairness des Verfahrens aber nicht unabdinglich²⁹⁵. Klar im Vordergrund der Kompensationsprüfung steht m.E. ohnehin die Gelegenheit zur Konfrontation im Vorverfahren²⁹⁶. Die substantiellen Kompensationsfaktoren hinterfragt der EGMR hier deutlich weniger kritisch als in jenen Fällen, wo dem Beschuldigten während des ganzen Verfahrens keine Gelegenheit zur Gegenüberstellung geboten wurde: Eine eigenständige Würdigung des Belastungszeugnisses und der übrigen Beweise, die dieses nach Auffassung der nationalen Gerichte als verlässlich ausweisen, nimmt der Gerichtshof nicht vor, und er prüft auch nicht, ob die Erhärtung nur indirekt ist²⁹⁷.

cc) *An der Hauptverhandlung nur indirekt konfrontierbare Belastungszeugen*

In eine dritte Kategorie fallen Belastungszeugen, die durch die Verteidigung nur indirekt konfrontiert werden können. Grundsätzlich gehören hierzu auch Kindzeugen und sensible Opferzeugen, die zwar an der Hauptverhandlung erscheinen, denen aber die unmittelbar-physische Gegenüberstellung mit dem Täter erspart wird. Die aktuelle Rechtsprechung des EGMR ist allerdings ausschliesslich mit den heikleren Identitätsschutz-Fällen befasst. In *Pesukic* ging es um einen gefährdeten Zufallszeugen, in *Papadakis* und *Dončev and Burgov* um verdeckte Ermittler. Die Belastungszeugen wurden gegenüber der Verteidigung nicht identifiziert und während der gerichtlichen Konfrontationseinvernahme optisch sowie akustisch von der Verteidigung abgeschirmt. In *Pesukic* gelang es den nationalen Gerichten, die dadurch bewirkten Nachteile der Verteidigung hinreichend auszugleichen: Die Befragung des Belastungszeugen erfolgte durch den Gerichtspräsidenten in Anwesenheit des gesamten Zürcher Geschworenengerichts, sodass alle mit dem Sachentscheid betrauten Personen einen unmittelbaren Eindruck vom Aussageverhalten gewinnen konnten. Seine wahre Identität wurde durch den ermittelnden Polizeibeamten bestätigt und war Staatsanwaltschaft und Gerichtspräsident bekannt. Selbiger Beamter und der Staatsanwalt sagten an der Hauptverhandlung ausführlich zu Ruf, Strafregisterauszug und Glaubwürdigkeit des Belastungszeugen aus. Unter den substantiellen Kompensationsfaktoren hob der EGMR die gewissenhafte Verlässlichkeitsprüfung der nationalen Behörden besonders hervor. In prozeduraler Hinsicht genügte, dass der Beschuldigte und sein Verteidiger die Befragung vom Nebenraum aus über eine akustische Verbindung mitverfolgen konnten. Auf gleichem Wege bestand die Gelegenheit zu Ergänzungsfragen, die der Zeuge ausnahmslos beantwortete, solange sie seine Identität nicht aufzudecken drohten²⁹⁸. Dass nicht zumindest der Verteidiger unmittelbar an der Einvernahme teilnehmen konnte, liess der EGMR in *Pesukic* aber nur deshalb zu, weil eine sorgfältige Prüfung der Behörden ergeben hatte, „that the risk that the witness’ identity became known to the applicant [via his defence

²⁹⁴ Sorgfältige Beweiswürdigung resp. Glaubwürdigkeitsprüfung: *Aigner*, § 44; *Chmura*, § 57; *Gani*, § 48; Möglichkeit der indirekten Verteidigung gegen die Aussage des Belastungszeugen durch Stellungnahme, Konfrontation anderer Zeugen etc.: *Aigner*, § 43; *Gani*, § 48; Erhärtung durch weiteres Beweismaterial: *Aigner*, § 44; *Gani*, § 48.

²⁹⁵ Vgl. *Aigner*, § 42; *Chmura*, § 50.

²⁹⁶ G.L.M. MEYER & WIECKOWSKA, EGMR 2012, 250 f.

²⁹⁷ Vgl. *Aigner*, § 43 f.; *Gani*, § 48.

²⁹⁸ Zum Ganzen *Pesukic*, § 50 ff.; s.a. RIETIKER, 1861, und – kritisch – WOHLERS, *Pesukic*, 88 f.

counsel] was inacceptably high²⁹⁹. Im Übrigen aber dürften sich die genannten Kompensationsmassnahmen ohne weiteres verallgemeinern lassen, denn fallspezifische besondere Umstände (z.B. verfahrensmässige Säumnisse auf Seiten der Verteidigung) sind nicht ersichtlich. Eine visuelle Beobachtbarkeit des anonymen Belastungszeugen während der Konfrontationseinvernahme scheint also generell verzichtbar³⁰⁰. In *Papadakis* waren die Ausgleichsmassnahmen der Behörden offensichtlich unzureichend. Zum Einvernahmeraum bestanden weder akustische noch visuelle Verbindungen. Gelegenheit zur Ergänzungsbefragung erhielt die Verteidigung nur über einen schriftlichen Fragekatalog, für dessen Ausarbeitung zu wenig Zeit eingeräumt worden war. Die Mitwirkungsmöglichkeiten der Verteidigung waren damit derart eingeschränkt, dass die sorgfältige Identitäts- und Glaubwürdigkeitsprüfung des Richters von vornherein keinen adäquaten Ausgleich darstellen konnte³⁰¹. Das jüngst ergangene Urteil in *Dončev and Burgov* allerdings impliziert, dass u.U. auch die bloss schriftliche Ergänzungsbefragung dem Kompensationserfordernis genügen kann. In casu verneinte der Gerichtshof eine Verletzung von Art. 6(3)(d) EMRK bereits deshalb, weil die Beschuldigten von der ihnen eingeräumten Gelegenheit, schriftliche Ergänzungsfragen zu stellen, bewusst keinen Gebrauch gemacht hatten. Anders als in *Papadakis* lagen dabei keine Umstände vor, in deren Lichte diese Gelegenheit per se unzureichend erschienen wäre. Zumindest bei verdeckten Ermittlern, deren äusseres Erscheinungsbild den Beschuldigten bekannt ist, könne nicht einfach unterstellt werden, „that the nature and scope of the questions they could have put would have been devoid of purpose“³⁰².

Auffällig ist, dass das ‚corroboration‘-Kriterium in keinem der drei Fälle auftaucht. Demgegenüber spielen, dies zeigt der Fall *Pesukic*, rein substantielle Kompensationsfaktoren, welche sich der *persönlichen Glaubwürdigkeit des Belastungszeugen* vergewissern, eine grössere Rolle als beim abwesenden oder aussageverweigernden Belastungszeugen. Womöglich erklärt sich der Unterschied durch die je ganz eigenen Nachteile, welche die Verteidigung durch den abwesenden resp. aussageverweigernden Zeugen einerseits und den anonymen Belastungszeugen andererseits zu erdulden hat³⁰³. Ein an der Hauptverhandlung weder durch Gericht noch Verteidigung befragbarer Zeuge erschwert es, die *inhaltliche Plausibilität seiner Aussage* zu erproben. Solange seine Identität bekannt ist, kann die Verteidigung aber jederzeit Umstände vorbringen, welche die *persönliche Glaubwürdigkeit des Zeugen* in Zweifel ziehen. Demgegenüber lässt sich der anonyme Zeuge vor Gericht zu allen Inkonsistenzen seiner Aussage befragen. Zwar laufen um des Identitätsschutzes willen regelmässig gewisse Ergänzungsfragen ins Leere. Das beim anonymen Zeugen grösste Erschwernis für die Verteidigung aber liegt

²⁹⁹ *Pesukic*, § 51. Zur Frage, unter welchen Umständen der Ausschluss auch des Verteidigers verhältnismässig ist, vgl. BISCHOFF, 168 f.

³⁰⁰ Das Urteil in *Van Mechelen* wurde demgegenüber noch dahingehend interpretiert, dass eine irgendwie geartete visuelle Verbindung zwischen Verteidigung und (z.B. verkleidetem) Belastungszeuge für die Kompensation von Bedeutung ist, vgl. z.B. ACKERMANN, CARONI & VETTERLI, 1079; ESSER, 669; RENZIKOWSKI, Fair trial, 610 f. Welcher Rspr. der Vorzug gebührt, hängt m.E. davon ab, ob es mit modernen Medien möglich ist, dem Beschuldigten die tatsächliche Mimik des Zeugen sichtbar zu machen, ohne dessen Identitätsschutz zu gefährden.

³⁰¹ Vgl. *Papadakis*, § 91 ff., 95.

³⁰² *Dončev and Burgov*, § 58. Zum Ganzen *Dončev and Burgov*, § 56 ff. Für einen weiteren konventionskonformen Fall verdeckter Ermittlung s. *Ellis, Simms and Martin* (dec.), § 82 ff., wo der pseudonymisierte VE allerdings physisch unmittlbar, also ohne räumliche Abschirmung, befragt werden konnte.

³⁰³ Vgl. die vergleichenden Ausführungen des EGMR in *Ellis, Simms and Martin* (dec.), § 74. Zu den Besonderheiten beim anonymen Zeugen s. ACKERMANN, CARONI & VETTERLI, 1072 ff., sowie BGE 125 I 127 E. 6d, 8c.

zweifellos darin, dass sie nicht weiss, mit wem sie es zu tun hat: „the defence faces the difficulty of being unable to put to the witness, and ultimately to the jury [or the judge], any reasons which the witness may have for lying”³⁰⁴. Während die Kompensationsmassnahmen beim nicht konfrontierbaren Zeugen auf die Glaubhaftigkeit der Aussage gerichtet sein müssen, geht es im Hinblick auf anonyme Zeugen primär um „compensation for not knowing the identity of the witness“³⁰⁵, insbesondere durch Offenlegung möglichst vieler Informationen über den Belastungszeugen (Persönlicher Hintergrund, Ruf, Vorstrafen etc.) und stellvertretende Glaubwürdigkeitsprüfung der Behörden. Nichtsdestotrotz könnte das ‚corroboration‘-Kriterium m.E. auch im Hinblick auf anonyme Belastungszeugen hilfreich sein. Denn in gleichem Masse, wie eine anonyme Aussage durch andere Beweise inhaltlich erhärtet wird, sinkt auch die Gefahr einer z.B. durch Rachedurst motivierten Falschaussage – bis zum Grad, an dem eben keine vernünftigen Zweifel mehr an ihrer Verlässlichkeit bestehen, ob die Identität des Zeugen nun bekannt ist oder nicht³⁰⁶. Die durch den EGMR favorisierten Massnahmen prozeduraler und substantieller Kompensation hingegen stossen zwangsläufig an gewisse Grenzen: Nur der Beschuldigte selbst könnte in Kenntnis der Identität des Zeugen mit grosser Gewissheit ausschliessen, dass dieser ihm gegenüber feindlich gesinnt oder voreingenommen ist³⁰⁷. Bedauerlicherweise schweigt sich der EGMR darüber aus, wie mit diesem Rest an Unsicherheit umzugehen ist.

b) Bei nicht ausschlaggebenden Belastungszeugnissen

Seit Ende 2011 gelangten nur drei Fälle nicht ausschlaggebender Belastungszeugnisse zur Beurteilung an den Gerichtshof³⁰⁸. Alle drei betrafen die Konstellation des gänzlich unkonfrontierten Belastungszeugen. Abwesende, aber im Vorverfahren konfrontierte Belastungszeugen, deren Aussagen für den Ausgang des nationalen Verfahrens nicht entscheidend waren, sind in der aktuellen konventionsrechtlichen Rechtsprechung nicht präsent. Ob solche Fälle bereits an den Zulässigkeitsvoraussetzungen von Art. 35 EMRK (insb. offensichtliche Unbegründetheit) scheitern oder sich der Gang vor den EGMR für die Rechtsunterworfenen schlichtweg nicht lohnt, müsste näher untersucht werden. Im Ergebnis jedenfalls entschärft diese Bilanz die Brisanz der schweizerischen Praxis zum Zeitpunkt der Konfrontationseinvernahme, denn ein guter Teil der ausschlaggebenden Belastungszeugnisse dürfte auch unter der StPO unmittelbar vor Gericht erhoben werden³⁰⁹.

Alle drei untersuchten Fälle – *Matytsina*, *Mitkus* und *Fafrowicz* – beurteilte der Gerichtshof als vereinbar mit Art. 6(3)(d) EMRK. Dabei hielt die beurteilende Kammer eine Kompensations-

³⁰⁴ *Ellis, Simms and Martin* (dec.), § 74.

³⁰⁵ DE WILDE, 174.

³⁰⁶ Bezeichnenderweise trägt HAUSER, Gewährspersonen, 312, den Strafverfolgungsbehörden bereits 1966 auf, nach weiteren, das anonyme Belastungszeugnis „direkt oder indirekt stützenden Beweismitteln zu forschen [...], aus denen heraus sich die Richtigkeit der Anschuldigung ergibt“.

³⁰⁷ G.L.M. HAUSER, a.a.O., 311; ILL, 167 f.; THORMANN, CR StPO, Art. 147 Rz. 29; WEHRENBURG, BSK StPO, Art. 149 Rz. 37; WOHLERS, ZK StPO, Art. 147 Rz. 23, 25; DERS., Schutzmassnahmen, 143.

³⁰⁸ In den übrigen untersuchten Urteilen äussert sich der EGMR nicht zur Bedeutung des Beweismittels, weil ein Konventionsverstoss ohnehin bejaht werden musste (*Asadbeyli*, § 134, 139; *Idalov* [GC], § 181 f.; *Khodorkovskiy and Lebedev*, § 711 ff., 716; *Rudnichenko*, § 104 ff., 109 f.) oder weil das Konfrontationsrecht erst gar nicht tangiert oder eingeschränkt worden war (*Mulosmani*, § 130 f., 135; *Haxhia*, § 134 f.).

³⁰⁹ Zum Ganzen oben, Kap. III.3.a.

prüfung in *Matytsina* offenbar für schlechterdings überflüssig, obschon die polizeilichen Aussagen der psychisch instabilen Opferzeugin für den russischen Schuldspruch durchaus verwendet worden waren³¹⁰. In *Mitkus* rügte der Beschwerdeführer die Nichtkonfrontation zweier verschiedener Belastungszeugen: Die körperliche Behinderung einer Opferzeugin hatte das lettische Gericht ohne weiteres zum Anlass genommen, um auf die Konfrontationseinvernahme ganz zu verzichten, wenngleich das nationale Verfahrensrecht wohl auch eine Befragung in den Wohnräumlichkeiten der Zeugin erlaubt hätte. Dennoch sah der EGMR davon ab, die besonderen Umstände des Falls weiter zu hinterfragen. Begründet wurde dies damit, dass der Beschuldigte seine Rüge im nationalen Rechtsmittelverfahren nicht konsequent aufrechterhalten und so womöglich zum Säumnis der nationalen Behörden beigetragen habe. Im Übrigen scheint der EGMR das Verfahren schon deshalb für offensichtlich fair zu halten, weil *Mitkus* „on the basis of solid evidence“ verurteilt worden war³¹¹. Dasselbe Argument fällt auch im Hinblick auf den zweiten unkonfrontierten Belastungszeugen; einen Mitbeschuldigten, der während der Hauptverhandlung trotz angemessener Bemühungen unauffindbar blieb. Die Abwägung zugunsten Lettlands entschied hier allerdings, dass der anwaltlich vertretene Beschuldigte bei einer Einvernahme im Vorverfahren anwesend sein konnte, die Gelegenheit zu Ergänzungsfragen aber ungenutzt verstreichen liess. Weitere Kompensationsfaktoren sind nicht ersichtlich³¹². Nur in *Fafrowicz* setzt sich der EGMR vertieft mit den Ausgleichsmassnahmen der nationalen Gerichte auseinander. Die nationalen Gerichte hatten die betreffende Aussage strengstens auf ihre Verlässlichkeit untersucht und dabei u.a. die Expertenmeinung einer Psychologin eingeholt, die bei der Vorverfahrens-Einvernahme des damals minderjährigen Belastungszeugen anwesend gewesen war. Zentral war aber wohl, dass das Belastungszeugnis durch andere Beweise eindeutig bestätigt wurde³¹³. Ähnlich wie bei den ausschlaggebenden abwesenden Belastungszeugen mit Gelegenheit zur Konfrontation im Vorverfahren verlässt sich der EGMR hier ganz auf das Urteil der nationalen Gerichte: „the Court, which is far removed from the trial, should not gainsay their evaluation“³¹⁴. Womöglich profitieren die Konventionsstaaten hier von jener Inkonsistenz in der konventionsrechtlichen Rechtsprechung, die das ‚corroboration‘-Kriterium für ausschlaggebende Belastungszeugnisse praktisch unanwendbar macht: Eine in der Terminologie des EGMR nicht ausschlaggebende Aussage ist per se durch andere direkte Beweismittel erhärtet, andernfalls gälte sie dem Gerichtshof als decisive evidence. Insgesamt jedenfalls zeigen die untersuchten Urteile, dass die Prüfungstiefe in der Kompensationsprüfung für nicht ausschlaggebende Belastungszeugen stark herabgesetzt ist.

³¹⁰ Geprüft werden nur Abwesenheitsgrund und Bedeutung des Belastungszeugnisses, vgl. *Matytsina*, § 162 ff.

³¹¹ Siehe *Mitkus*, § 102.

³¹² Zum Ganzen *Mitkus*, § 98 ff., 102 (Opferzeugin), § 103 ff., 106 (unauffindbarer Belastungszeuge).

³¹³ Vgl. *Fafrowicz*, § 59 ff.

³¹⁴ *Fafrowicz*, § 59.

4. *Al-Khawaja and Tahery* [GC] in der Kritik

a) *Ent-Absolutierung der ‚sole or decisive‘-Rule*

Vor *Al-Khawaja and Tahery* [GC] hatte die absolut verstandene ‚sole or decisive‘-Rule Gegner ebenso wie Befürworter. Während sich die einen nun freuen³¹⁵, trauern ihr die anderen nach. Der Verwertung mangelhaft konfrontierter Beweismittel seien keine Grenzen mehr gesetzt, monieren ARQUINT & SUMMERS; das Schicksal der Verteidigungsrechte einem undefinierten Konzept und damit letztendlich dem richterlichen Belieben unterworfen³¹⁶. Auch DONATSCH hält die neue Konventionspraxis, in Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalls zu entscheiden, für problematisch. Namentlich zieht er in Zweifel, ob ohne die feste ‚sole or decisive‘-Schranke eine einheitliche, rechtsgleiche und voraussehbare Anwendung des Konfrontationsrechts möglich sein wird³¹⁷. Tatsächlich wurden ähnliche Vorbehalte auch innerhalb des Gerichtshofs laut: „The adoption of the counterbalancing approach means that a rule that was intended to safeguard human rights is replaced with the uncertainties of counterbalancing“³¹⁸, bedauern die Richter Sajó und Karakaş in ihrem Sondervotum zu *Al-Khawaja and Tahery* [GC].

Unmittelbar nach dem Urteil der grossen Kammer waren derlei Bedenken gewiss berechtigt (wenn auch keineswegs neu³¹⁹). Die Urteilsanalyse in Kap. IV.3. indes zeigt: Dass der EGMR Verurteilungen wider die ‚sole or decisive‘-Rule in Zukunft allzu leichtfertig durchwinken wird, scheint zumindest im Hinblick auf gänzlich unkonfrontierbare Belastungszeugen nicht zu befürchten. Zusammen mit dem Kompensationserfordernis wirkt die Regel hier auch in ihrer relativierten Form als *fast absolute Schranke*³²⁰. Der Vorwurf, *Al-Khawaja and Tahery* [GC] habe die ‚sole or decisive‘-Regel „auf homöopathisches Niveau verwässert“³²¹, lässt sich insofern kaum aufrechterhalten. Daran, dass den Kompensationsanforderungen von Art. 6(3)(d) EMRK bei dargebotener Konfrontationsgelegenheit im Vorverfahren recht einfach Genüge getan werden kann, dürfte sich andererseits in der Schweiz niemand stören. Berücksichtigt man zudem die Verschärfung der konventionsrechtlichen Rechtsprechung zur ersten Prüfungsebene, scheint nicht ausgeschlossen, dass die Verteidigungsrechte im Bereich der ausschlaggebenden abwesenden Belastungszeugen sogar besser abgesichert sind als vorher: *Absoluten Schutz* erfährt das Konfrontationsrecht dort, wo keiner der anerkannten besonderen Umstände vorliegt bzw. wo der Konventionsstaat an seiner Obliegenheit, jede Abweichung von

³¹⁵ Nach DU BOIS-PÉDAIN, 134, z.B. hat der EGMR mit *Al-Khawaja and Tahery* [GC] „den richtigen Weg eingeschlagen“, weil die nun besser berücksichtgbaren „Nuancen der Beweissituation [...] alles entscheidend [sind] für die Beurteilung der Frage, ob der Schuldbeweis im konkreten Fall sicher geführt wurde oder nicht“.

³¹⁶ Siehe ARQUINT & SUMMERS, *Al-Khawaja*, 113, 115.

³¹⁷ Vgl. DONATSCH, 240. Ähnliche Bedenken äusserten schon ACKERMANN, CARONI & VETTERLI, 1080, zu den Bestrebungen des BGer in BGE 132 I 127, die damals noch absolut verstandene Regel zugunsten der nunmehr geltenden Gesamtwürdigungslösung zu relativieren, vgl. oben, Fn. 168.

³¹⁸ *Al-Khawaja and Tahery* [GC], S. 71.

³¹⁹ Ganz ähnliche Kritik musste sich der EGMR schon lange vor *Al-Khawaja and Tahery* [GC] gefallen lassen, vgl. z.B. DEHNE-NIEMANN, 201 („wechselhafte[...] Praxis“ und „eklektizistische[...], von Fall zu Fall schwankende[...] Kriterienwahl“); SCHLEIMINGER, Konfrontation, 9 (zu unbestimmte, in ihrer Anwendung unberechenbare Prüfungskriterien); TRECHSEL, Unmittelbarkeit, 1370 ff. (komplexe Kette von Regeln und Ausnahmen ohne erkennbare Grenzen).

³²⁰ Vgl. i.d.S. auch Lučić, § 73: „[W]hen a witness has not been examined at any prior stage of the proceedings, allowing the admission of a witness statement in lieu of live evidence at trial must be a measure of last resort“.

³²¹ So HOYANO, 6 (freie Übersetzung aus dem Englischen).

der optimalen Konfrontationsgelegenheit als strengstens erforderlich zu begründen, versagt³²². Die Abwägung, für die der EGMR Art. 6(3)(d) EMRK geöffnet hat, ist damit keineswegs „the final answer on the fairness of the trial“, wie HOYANO unterstellt³²³.

Zudem besitzt der Gerichtshof durchaus klare Vorstellungen, welche Kompensationsmodalitäten im Hinblick auf abwesende Belastungszeugen angebracht sind. Dabei zieht er zum Schutze des Konfrontationsrechts auch *abwägungsresistente Grenzen*, etwa in Form des Gebots, eine frühzeitig absehbare Abwesenheit oder Unbefragbarkeit des Belastungszeugen schon im Vorverfahren zu kompensieren. Die in Kap. IV.3.a herauskristallisierten Kompensationsregeln dürften jedenfalls eine bis zu gewissem Grade kriteriengeleitete und berechenbare Kompensationsprüfung ermöglichen³²⁴. Rechtsunsicherheit besteht zuvorderst dahingehend, wie der EGMR das ‚corroboration‘-Kriterium in Zukunft handhaben wird. Immerhin darf im Bereich der ausschlaggebenden Belastungszeugnisse eher von zu strenger denn von zu grosszügiger Anwendung ausgegangen werden. Vom allgemeinen Abwägungsskeptizismus zu trennen sind freilich zwei Fragen, deren Erörterung den Rahmen der vorliegenden Arbeit sprengen würde: ob Art. 6(3)(d) EMRK trotz seines kategorischen Wortlauts überhaupt einer Abwägung unterworfen werden darf³²⁵, und ob das Konfrontationsrecht einen unantastbaren Kern- bzw. Wesensgehalt aufweist, dem nur durch eine absolute ‚sole or decisive‘-Rule Nachachtung verschafft werden kann³²⁶.

Wirklich geöffnet wurden die Schleusen zur Beweisverwertung m.E. aber im Hinblick auf ausschlaggebende Aussagen anonymer Belastungszeugen. Einerseits erleichtert die neuere Rechtsprechung den Nachweis einer objektiv bestehenden Vergeltungsgefahr, die die Anonymisierung des Belastungszeugen erfordert³²⁷. Wird andererseits nach den nicht übermässig anspruchsvollen Kompensationsmodalitäten von *Pesukic* (oder gar jenen von *Dončev and Burgov*) verfahren, steht einer Verwertung der anonymen Aussage nicht mehr viel entgegen³²⁸. Dies dürfte vor allem jenen Vertretern des Schrifttums missfallen, die – überzeugt von einer inhärenten und unüberwindbaren Unverlässlichkeit anonymer Zeugnisse – schon vor *Al-Khawaja and Tahery* [GC] für ein kompromissloses Verwertungsverbot unabhängig von der Bedeutung der Aussage eingetreten waren³²⁹. Die Gerichte vor die Wahl zu stellen, den Be-

³²² Anders als das KGer GR, SK1 12 40, E. II. 3c m.H. auf *Al-Khawaja and Tahery* [GC], § 147, anzunehmen scheint, kann das Vorhandensein erhärtenden Beweismaterials daher keinesfalls wettmachen, dass eine Konfrontation des ausschlaggebenden Belastungszeugen grundlos unterblieben ist.

³²³ HOYANO, 12.

³²⁴ Allgemein zur kriteriengeleiteten Abwägung als Mittellösung zwischen kategorialen und rein abwägungsorientierten Argumentationsformen im internationalen Menschenrechtsschutz VON BERNSTORFF, 174.

³²⁵ Entsprechende Einwände lauten dahingehend, dass Art 6(3)(d) EMRK bereits das Ergebnis einer Abwägung verkörpert, welche die Konventionsstaaten bei der Aushandlung des Vertragstextes vorgenommen haben; vgl. nur das Sondervotum der Richter Sajó and Karakas in *Al-Khawaja and Tahery* [GC], S. 61, 64; s.a. HOYANO, 13.

³²⁶ So etwa HOYANO, 12, 16 ff., 22, 28; in ähnliche Richtung wohl auch MEYER & WIECKOWSKA, EGMR 2011, 120. Explizit a.M. DU BOIS-PÉDAIN, 133. Der EGMR selbst beruft sich in einer Reihe von Urteilen zu Art. 6 EMRK auf „the essence of the right“ (z.B. *Jalloh* [GC], § 97; *Kennedy*, § 186, 190), soweit ersichtlich aber bislang nicht in Zusammenhang mit dem Konfrontationsrecht. Ohnehin scheint der EGMR den Begriff nicht unbedingt im Sinne einer feststehenden ontologischen Substanz zu verwenden, die in keinem Falle angetastet werden darf, sondern häufig als lediglich mitentscheidendes Argument im Rahmen von Abwägungen. Eingehend hierzu VON BERNSTORFF, 171.

³²⁷ Siehe hierzu oben, Kap. II.3.b.

³²⁸ Diesen Eindruck teilt DE WILDE, 180 f.

³²⁹ Allen voran WOHLERS, ZK StPO, Art. 147 Rz. 25: Bei einer Verurteilung, die sich auf anonyme Zeugenaussagen stützt, handle es sich in der Sache „um nichts anderes als ein Verdachtsurteil“. I.d.S. z.B. auch CHRISTEN, 42 f.

schuldigten entweder freizusprechen oder die Zeugenidentität offenzulegen, geht m.E. zu weit. Jedem Personalbeweis wohnt ein gewisses Fehlerpotential inne; stets sind Wahrnehmungs-, Erinnerungs- und Wiedergabefehler oder bewusste Falschaussagen möglich³³⁰. Solange die Einschränkung des Konfrontationsrechts durch besondere Umstände strengstens erfordert wurde, kann es auch beim anonymen Zeugen nur darum gehen, dieses Fehlerpotential zu erkennen, zu minimieren und dem allenfalls verbleibenden Quantum an Unsicherheit angemessenen Rechnung zu tragen. In diesem Zusammenhang wies der EGMR den Konventionsstaaten mit der (absoluten) ‚sole or decisive‘-Rule eine klare Richtung: Bei ausschlaggebenden anonymen Zeugenaussagen verdichtet sich die Unsicherheit zu einem untragbaren Fehlverurteilungsrisko, das nicht der Beschuldigte, sondern der Staat zu tragen hat. Mit *Ellis, Simms and Martin* (dec.) resp. *Pesukic* hat der EGMR diese Weisung zugunsten grösserer mitgliedstaatlicher Flexibilität aufgegeben. Wie fortan mit der Möglichkeit einer nur dem Beschuldigten bekannten Voreingenommenheit oder Feindlichkeit des Belastungszeugen umzugehen ist, zeigt er nicht auf. Durch eine stellvertretende Verlässlichkeitsprüfung der Behörden lässt sie sich jedenfalls nicht ohne weiteres ausräumen. Bedauerlich ist insofern, dass dem ‚corroboration‘-Kriterium für den anonymen Belastungszeugen kein grösserer Stellenwert eingeräumt wurde. Überhaupt hätte der Gerichtshof u.U. gut daran getan, sich mit der Frage zu befassen, ob die feinen Unterschiede zwischen abwesenden und anonymen Belastungszeugen es nicht rechtfertigen würden, von der Übertragung der Al-Khawaja-Prinzipien abzusehen.

b) *Verlässlichkeits-Fokus des EGMR*

Im Schrifttum besonders skeptisch aufgenommen wurde das Kriterium des Vorhandenseins erhärtenden Beweismaterials (‚corroboration‘-Kriterium). Mit ihm riskierte der EGMR, die prozedurale Komponente des Konfrontationsrechts gegenüber der substantiellen Komponente zu vernachlässigen³³¹ bzw. das Konfrontationsrecht zu einer nicht alternativlosen Beweismethode zu degradieren³³². Beide Einwände beruhen auf der auch im Schweizer Schrifttum mehrheitlich vertretenen *These von der materiell-prozeduralen Doppelfunktion des Konfrontationsrechts*. In diesem Sinne diene das Konfrontationsrechts einerseits der Wahrheitsfindung, indem es irrige oder bewusst unwahre Aussagen auszuschliessen helfe. Primär aber ermögliche es dem Beschuldigten als Subjekt des Strafverfahrens, auf die Beweiserhebung aktiv Einfluss zu nehmen und sich so gegen den Tatvorwurf zu verteidigen³³³. Aus dieser prozeduralen Komponente wird grossteils abgeleitet, dass sich der Beschuldigte unabhängig von den Justizorganen verteidigen resp. die Verlässlichkeit des Belastungszeugnisses selbständig prüfen können

³³⁰ Vgl. hierzu SCHLEIMINGER, Bemerkungen, 1227 m.w.H.

³³¹ So ESSER, GAEDE & TSAMBIKAKIS, EGMR 2010-2011, 622; HOYANO, 22; MEYER, 119 f. Zur selben Kritik sah sich SCHLEIMINGER, Bemerkungen, 1226, bereits durch die alte ‚sole or decisive‘-Regel veranlasst.

³³² Siehe MEYER, 120; MEYER & WIECKOWSKA, EGMR 2011, 120.

³³³ Vgl. FORNITO, 151; TRECHSEL, Human Rights, 292 f.; implizit auch CHRISTEN, 165 f.; WEDER, 231. Allgemein zur materiell-prozeduralen Doppelfunktion des verfassungsmässigen Anspruchs auf rechtliches Gehör und seiner Teilgehalte BOMMER, Parteirechte, 198; GODENZI, 333, sowie BGE 118 Ia 17 E. 1c; 124 I 241 E. 2; 127 I 54 E. 2b. Für die deutsche Lehre vgl. DEHNE-NIEMANN, 203; DU BOIS-PÉDAIN, 132, 134, 137. Ein *exklusiv* prozedurales Verständnis des Konfrontationsrechts scheint demgegenüber SCHLEIMINGER, Konfrontation, 289 f., 241 ff., und DIES., Bemerkungen, 1227 f., 1231, zu vertreten: Indem der Beschuldigte über die Konfrontation an der Entstehung des Belastungszeugnisses mitwirkt, würde dessen Verwertung legitimiert, obschon aus gedächtnis- und aussagepsychologischer Sicht jeder Personalbeweis als inhärent unzuverlässig gelten müsse. Ähnlich auch KRAUSBECK, 29 f. Zur Unterscheidung zwischen epistemischen und nicht-epistemischen Konfrontations-Theorien REDMAYNE, Confrontation, 9 f.

muss. Rein substantiellen, d.h. auf die Wahrheitsfindung ausgerichteten Ausgleichsfaktoren wird eine kompensierende Wirkung demgegenüber abgesprochen³³⁴.

In der Tat ist das Konfrontationsrecht zuvorderst Verfahrensgarantie und nicht Norm des Beweisrechts. Auch die Bedenken des EGMR hinsichtlich mangelhaft konfrontierter Belastungszeugnisse betreffen nicht nur deren Verlässlichkeit, sondern auch die verbleibenden Mitwirkungs- und Verteidigungsmöglichkeiten des Beschuldigten³³⁵. Wo es um hinreichend begründete Einschränkungen des Konfrontationsrechts geht³³⁶, sollte der Dualismus zwischen prozeduraler und substantieller Funktion als Argument aber nicht überstrapaziert werden. Auch die prozedurale Funktion ist nicht selbstreferentiell, sondern rückgebunden an das Gebot der Verfahrensfairness – und vermittelt über dieses auch an die materielle Komponente des Konfrontationsrechts: Ihr zentraler Wert für den Beschuldigten ebenso wie für die Fairness des Verfahrens liegt m.E. darin, dass die Verteidigung über Ergänzungsfragen *eigene Impulse für die Verlässlichkeitsprüfung des Belastungszeugnisses setzen* kann. Hierdurch, nicht durch den Vorgang der Konfrontation an sich, erhält der Beschuldigte seine Subjektstellung³³⁷. Der EGMR selbst liefert seiner Rechtsprechungsentwicklung bedauerlicherweise keine umfassende Konfrontations-Theorie mit. Dass er die Auffassung der Autorin teilt, bringt er aber implizit zum Ausdruck, wenn er dem Beschuldigten in *Fafrowicz* vorwirft, die Verlässlichkeit des unkonfrontierten Belastungszeugnisses an der Hauptverhandlung gar nicht in Frage gestellt, sondern nur pauschal dessen Verwertung gerügt zu haben³³⁸.

Um festzustellen, weshalb uns das Konfrontationsrecht wirklich wichtig ist, bietet sich ein einfaches Gedankenexperiment an: Wie sehr würden wir uns daran stören, dass keine Konfrontation stattgefunden hat, wenn die Strafverfolgungsbehörden diesbezüglich kein Vorwurf trafe und die Verlässlichkeit der Zeugenaussage zweifelsfrei feststünde? Wahrscheinlich nicht sehr. Würde sich der Beschuldigte durch die Verwertung der Aussage tatsächlich unfair oder gar unwürdig behandelt fühlen? Ich denke nicht³³⁹. *Substantielle und prozedurale Komponente wirken damit in die gleiche Richtung*. Andere Wege der Verlässlichkeitsprüfung pauschal abzuschneiden, wenn ein Zeuge zu seinem Schutz anonymisiert werden muss oder sich die Konfrontation als unmöglich erweist, hiesse m.E., die prozedurale Komponente unnötig zu verabsolutieren. Dass der EGMR die Kompensationsprüfung nun für alternative Verlässlichkeitsnachweise geöffnet hat, ist daher grundsätzlich zu begrüßen. Gleichzeitig nämlich entlässt er

³³⁴ Vgl. ACKERMANN, CARONI & VETTERLI, 1079; FORNITO, 155; SCHLEIMINGER, Konfrontation, 17; WOHLERS, Pesukic, 88; DERS., Zeugenschutz, 171 f.

³³⁵ Vgl. oben, Kap. II.3.c.

³³⁶ Denn nur in Zusammenhang mit hinreichend begründeten und strengstens erforderlichen Einschränkungen kommt das ‚corroboration‘-Kriterium überhaupt ins Spiel. Vorwürfe, die neue Rspr. beraube den Beschuldigten seines Konfrontationsrechts, wo ein Beweismittel offensichtlich verlässlich ist (so z.B. HOYANO, 20 f.), sind insofern nicht haltbar.

³³⁷ Treffend (wenn auch mit anderen Schlussfolgerungen) die Feststellung des US Supreme Court zur Confrontation Clause in U.S., *Crawford v. Washington*, 61: „It commands, not that evidence be reliable, but that reliability be assessed in a particular manner: by testing in the crucible of cross-examination“. Auch in Art. 146 Abs. 2 StPO kommt m.E. zum Ausdruck, dass die Konfrontation an sich ein Instrument der Wahrheitsfindung ist. Weil dessen Einsatz aus Gründen der Verfahrensfairness nicht allein den Behörden überlassen bleiben soll, gibt es das Konfrontationsrecht. Für die gegenteilige Auffassung, der zufolge die Konfrontation selbst dann unabdinglich wäre, wenn sie zur Wahrheitsfindung nichts beizutragen hätte, vgl. die umfangreiche anglo-amerikanische Literatur, z.B. CLARK, 1264 ff.; FRIEDMAN, Conundrum, 247 ff.; DERS., Hot Topic, 1042 ff.; MASSARO, 902 ff.; O'BRIAN, 28 f.; SCALLEN, 640 ff.

³³⁸ Vgl. *Fafrowicz*, § 62.

³³⁹ Ähnliche Überlegungen finden sich bei DU BOIS-PÉDAIN, 134 f., als Argument gegen eine absolute ‚sole or decisive‘-Rule, die als „Garantie der Beweismittelzerstörung“ eine Verurteilung zweifellos schuldiger Täter aus formalen Gründen verhindert.

die nationalen Behörden nicht von ihrer Pflicht, den Beschuldigten soweit als möglich an der Überprüfung des Belastungszeugnisses zu beteiligen: „The Court’s assessment of whether a criminal trial has been fair cannot depend solely on whether the evidence against the accused appears prima facie to be reliable, if there are no means of challenging that evidence once it is admitted”³⁴⁰, stellt die grosse Kammer in *Al-Khawaja and Tahery* [GC] klar.

Tatsächlich prüft der EGMR in nahezu allen Folgeurteilen, ob die Verteidigung das Belastungszeugnis in seiner Verlässlichkeit selbst angreifen konnte³⁴¹. Mit einer sorgfältigen Glaubwürdigkeitsprüfung der nationalen Gerichte allein muss sich der Beschuldigte niemals zufriedengeben. *Erhärtendes Beweismaterial* andererseits erlangt als Kompensationsfaktor vor allem dort Bedeutung, wo der Beschuldigte wegen besonderer Umstände zu keinem Zeitpunkt des Verfahrens Gelegenheit zur (direkten oder indirekten) Gegenüberstellung erhielt³⁴² und die durch den EGMR sonst favorisierten prozeduralen Massnahmen (insb. Konfrontation im Vorverfahren mit an der Hauptverhandlung abspielbarer Videoaufzeichnung) ausser Betracht fallen. Würde der Gerichtshof hier nicht auch substantielle Kompensationsmassnahmen zulassen, bliebe die Ent-Absolutierung der ‚sole or decisive‘-Rule für den praktisch dominierenden Fall des gänzlich unkonfrontierbaren Belastungszeugen ohne Folge. Den Ausschlag für die Verneinung einer Konventionsverletzung gibt das ‚corroboration‘-Kriterium aber auch in solchen Konstellationen nur, wenn das Konfrontationsrecht seiner Funktion nach ohnehin ins Leere liefe: Eine hinreichend starke Erhärtung nimmt der EGMR nur an, wenn an der Verlässlichkeit des Belastungszeugnisses, gegen das sich der Beschuldigte verteidigen können soll, auch ohne Konfrontation kein vernünftiger Zweifel besteht³⁴³. Diesfalls wird eine effektive Verteidigung nicht durch das Fehlen der Konfrontationsgelegenheit verunmöglicht, sondern weil der Angeklagte des ihm Vorgeworfenen schlichtweg schuldig ist³⁴⁴.

Man mag einwenden, dass ohne Konfrontation eben gerade kein Urteil über die Verlässlichkeit des Belastungszeugnisses möglich ist³⁴⁵. Dieses Argument stösst sich indes bereits an der Verzichtbarkeit des Konfrontationsrechts³⁴⁶. Realistischerweise sollte bei der Verlässlichkeitsprüfung im Vordergrund stehen, *mit welcher Wahrscheinlichkeit eine Konfrontationseinvernahme das Beweisergebnis hätte verändern können*. Mit anderen Worten: Als unkompensierbar muss die Nichtkonfrontation und als inhärent unverlässlich das Belastungszeugnis (nur) dann gelten, wenn sich nicht ohne vernünftigen Zweifel ausschliessen lässt, dass die Ergänzungsfragen des Beschuldigten die Aussage erschüttert hätten³⁴⁷. Das Vorgehen des EGMR ist zwar reichlich unsystematisch, geht aber durchaus in die richtige Richtung: Seine Kompensations- resp. Ver-

³⁴⁰ *Al-Khawaja and Tahery* [GC], § 142.

³⁴¹ Gl.M., wenn auch unzufrieden mit dem konkreten Vorgehen des Gerichtshof, MEYER, 120.

³⁴² Richtig lagen insofern ESSER, GAEDE & TSAMBIKIS, EGMR 2010-2011, 622, die schon nach *Al-Khawaja and Tahery* [GC] gemutmasst hatten, dass der EGMR rein substantiellen Kompensationen v.a. im Hinblick auf unmöglich gewordene Konfrontationseinvernahmen zuneigen wird.

³⁴³ Vgl. oben, Kap. IV.3.a.aa.

³⁴⁴ Auch DU BOIS-PÉDAIN, 133, sieht den prozeduralen Gehalt des Konfrontationsrechts nur verletzt, wenn „dem Angeklagten wirklich nachvollziehbar gerade dadurch, dass er den Hauptbelastungszeugen nicht befragen konnte, eine Chance auf effektive Auseinandersetzung mit dem Anklagevorwurf entgangen ist“.

³⁴⁵ So z.B. MEYER, 119.

³⁴⁶ Hierzu oben, Kap. II.2.d. Zumindest in inquisitorischen Strafrechtssystemen vertrüge sich die Verzichtbarkeit kaum mit der staatlichen Aufklärungspflicht, wenn ein unkonfrontiertes Belastungszeugnis per se unverlässlich wäre.

³⁴⁷ Genau so verfährt der Oberste Gerichtshof von Kanada, vgl. z.B. SCC, *R. c. Khelawon*, § 72, 107. Auch REDMAYNE, *Al-Khawaja*, 874 f., hält diesen Ansatz für vorbildlich.

lässlichkeitsprüfung berücksichtigt, welche Aspekte des Belastungszeugnisses in einer Konfrontationseinvernahme angesprochen worden wären bzw. hätten angesprochen werden müssen. Dabei orientiert er sich einerseits an der eigenen Einschätzung, ob und in welcher Hinsicht noch Klärungsbedarf besteht; andererseits an entsprechenden Vorbringen der Verteidigung³⁴⁸. Selbst im Rahmen der substantiellen Kompensation ist der Beschuldigte also nicht auf eine rein passive Rolle zurückgeworfen; gezwungen, darauf zu vertrauen, dass der Staat seine Rechte für ihn wahrnimmt³⁴⁹. Die nationalen Gerichte aber zahlen für die neu gewonnene Freiheit in der Verwertung auch ausschlaggebender unkonfrontierter Aussagen einen hohen Preis: eine beachtliche Einmischung des EGMR in die Würdigung der Beweislage.

c) *Zirkelschluss im Verhältnis zwischen ‚sole or decisive‘-Test und ‚corroboration‘-Kriterium*

Ohne Makel ist die neue Rechtsprechung aber nicht. Ihre m.E. grösste Inkonsistenz liegt darin, dass ‚sole or decisive‘-Test und ‚corroboration‘-Kriterium letztlich exakt dasselbe prüfen. Auf *Prüfungsebene 2* (‚sole or decisive‘-Test) untersucht der EGMR, inwieweit die Aussage des mangelhaft konfrontierten Belastungszeugen durch „other corroborative evidence“ gedeckt ist; „the stronger the corroborative evidence, the less likely that the evidence of the [...] witness will be treated as decisive“³⁵⁰. Belastungszeugnisse, die den einzigen direkten Beweis für Täterschaft bzw. Schuld des Angeklagten liefern, betrachtet er dabei regelmässig als ausschlaggebend. Als i.d.R. nicht ausschlaggebend gilt ihm umgekehrt jene Aussage, deren Beweisergebnis durch andere direkte Beweise bestätigt wird. Je nach Ergebnis des ‚sole or decisive‘-Tests stellt der Gerichtshof auf *Prüfungsebene 3* (Kompensationsprüfung) entsprechend höhere oder niedrigere Anforderungen, was sich bei nicht ausschlaggebenden Belastungszeugnissen in einer generell herabgesetzten Prüfungsdichte niederzuschlagen scheint. *Zusätzlich* kann bei abwesenden und aussageverweigernden Belastungszeugen weiteres Beweismaterial, das deren Aussagen inhaltlich stützt (corroborative evidence), kompensierend wirken – im Bereich der ausschlaggebenden Belastungszeugnisse aber nur bei starker Erhärtung, die der EGMR für nur indirekt bekräftigende Beweise regelmässig verneint.

Damit begeht der Gerichtshof im Verhältnis zwischen zweiter und dritter Prüfungsebene einen *Zirkelschluss*: Die Bedeutung des Belastungszeugnisses, gemessen am Grad seiner Erhärtung (corroboration), fliesst doppelt in die Gesamtwürdigung der Verfahrensfairness ein: Bei ausschlaggebenden Belastungszeugnissen zweimal zugunsten des Beschwerdeführers; bei nicht ausschlaggebenden Belastungszeugnissen zweimal zu seinen Ungunsten. Eine ausschlaggebende Aussage ist, von Fällen wie Al-Khawaja abgesehen, praktisch nicht erhärtbar; eine nicht ausschlaggebende Aussage per se erhärtet. Im Hinblick auf ausschlaggebende Belastungszeugnisse erscheint diese Rechtsprechung dogmatisch unbefriedigend, bedeutet aber immerhin keine Gefahr für die Verteidigungsrechte des Beschuldigten, die sie eher zu sehr denn zu wenig schützt. Für das Konfrontationsrecht gegenüber nicht ausschlaggebenden Belastungszeugen könnte der beschriebene Zirkelschluss hingegen fatalere Folgen zeitigen: Sollte die Prü-

³⁴⁸ Vgl. insb. *Trampevski*, § 48, und *Tseber*, § 66 f., sowie oben, Kap. IV.3.a.aa.

³⁴⁹ Diesen Einwand gegen substantielle Kompensationsmassnahmen erheben z.B. ACKERMANN, CARONI & VETTERLI, 1079; WOHLERS, Pesukic, 88; DERS., Zeugenschutz, 171 f.

³⁵⁰ *Al-Khawaja and Tahery* [GC], § 131. Für weitere Hinweise vgl. Fn. 100.

fungesebene 3 dauerhaft vom Argument der soliden übrigen Beweislage dominiert werden³⁵¹, würde die prozedurale Dimension von Art. 6(3)(d) EMRK tatsächlich untergraben und die Kompensationsprüfung letztlich überflüssig.

5. Bundesgerichtliche Kompensationsprüfung seit *Al-Khawaja and Tahery* [GC]

Das Bundesgericht dürfte den seit *Al-Khawaja and Tahery* [GC] eingetretenen Veränderungen mit gemischten Gefühlen gegenüberstehen. Mit der Ent-Absolutierung der ‚sole or decisive‘-Rule bekommt es genau das, was es sich für das Konfrontationsrecht in den BGE 132 I 127 und 133 I 33 wünschte: die Möglichkeit einer richterlichen Gesamtwürdigung der Verfahrensfairness, die nicht länger durch rein formelle Schranken begrenzt wird, und eine stark erweiterte Verwertbarkeit anonymer Zeugenaussagen³⁵². Getrübt werden dürfte die Euphorie aber nicht nur dadurch, dass der EGMR trotz seiner Distanz zum Geschehen nicht davor zurückschreckt, die Beweiswürdigung der nationalen Gerichte in Frage zu stellen und die Verlässlichkeitsprüfung bei unkonfrontierbaren Belastungszeugen ein gutes Stück weit an sich zu reissen. Auch die recht klaren Vorstellungen des EGMR davon, welche Faktoren die Abwesenheit von Belastungszeugen (nicht) kompensieren können, begrenzen die wiedergewonnene Freiheit der nationalen Gerichte in gleichem Masse wie sie Zweifel an der Berechenbarkeit des künftigen Rechtsschutzes relativieren. Insbesondere teilt der EGMR nicht das Vertrauen des Bundesgerichts in Erfahrung und Verständigkeit des nationalen Richters, der die seiner Einschätzung nach unverlässlichen resp. unfair gewonnenen Beweismittel entschlossen beiseitelässt – die sorgfältige Würdigung allein genügt dem Gerichtshof von vornherein nicht³⁵³.

Wirft man einen Blick in die aktuelle schweizerische Rechtsprechung zum Konfrontationsrecht³⁵⁴, so erstaunt zunächst, dass *Al-Khawaja and Tahery* [GC] an manchen Urteilen spurlos vorübergegangen zu sein scheint: Bisweilen wird die ‚sole or decisive‘-Rule nach wie vor als unumstössliche Grenze für die Verwertung ausschlaggebender unkonfrontierter Belastungszeugnisse behandelt³⁵⁵. Wo und wie sich die konventionsrechtliche Rechtsprechungsentwicklung in der Bundesgerichtspraxis konkret niederschlägt, soll im Folgenden untersucht werden.

a) *Gänzlich unkonfrontierbare Belastungszeugen*

Wo das Bundesgericht die Ent-Absolutierung der ‚sole or decisive‘-Rule rezipiert, hat es sich auch den Begriff der kompensierenden *Faktoren* angeeignet³⁵⁶. Entsprechend taucht in seiner

³⁵¹ Siehe hierzu oben, Kap. IV.3.b.

³⁵² ZÜND, 23, vermutet sogar, BGE 133 I 33 habe die EGMR-Rspr. zum anonymen Belastungszeugen beeinflusst. Zu diesem BGE vgl. oben, Kap. III.3.b.

³⁵³ Dieses Vertrauen des BGer kommt insb. in BGE 125 I 127 E. 10b zum Ausdruck. Zum Ganzen ARQUINT & SUMMERS, *Al-Khawaja*, 114; zur Präferenz des BGer für die Beweiswürdigungslösung auch DEMKO, 431 f.

³⁵⁴ Nicht vorgestellt werden Urteile, in denen das angerufene Konfrontationsrecht offensichtlich nicht verletzt oder erst gar nicht tangiert war, s. z.B. BGer 6B_569/2011 E. 3.2; 6B_265/2013 E. 3.2; 6B_536/2013 E. 4.2; 6B_676/2013 E. 3.8.3 f.; 6B_1112/2013 E. 1.3; 6B_364/2014 E. 1.4, sowie Urteile, in denen ein Verstoß gegen die Verteidigungsrechte nur bzw. primär anhand von Art. 147 StPO geprüft wird, vgl. z.B. BGer 6B_1021/2013 E. 3.1-3.3; 6B_98/2014 E. 3 ff.

³⁵⁵ Vgl. BGer 6B_22/2012 E. 3.1; 6B_333/2012 E. 2.3; 6B_125/2013 E. 3; OGer ZH, SB120361, E. II. 1.1.12; KGer SG, GVP 2012 Nr. 5 S. 13, E. II. 2b und 2c. Auch in neueren Publikationen zum Strafprozessrecht findet sich teilweise noch nichts über die Ent-Absolutierung der ‚sole or decisive‘-Rule, vgl. z.B. KUHN & JEANNERET, Rz. 4054.

³⁵⁶ Vgl. z.B. BGer 6B_125/2012 E. 3.3.1; 6B_251/2012 E. 2.3.2; 6B_670/2012 E. 4.3; 6B_75/2013 E. 3.3.1; 6B_510/2013 E. 1.3.1.

Rechtsprechung zum gänzlich unkonfrontierbaren Belastungszeugen punktuell auch das ‚corroboration‘-Argument auf³⁵⁷. Im Übrigen lässt sich über die Art und Weise, in der das Bundesgericht *Al-Khawaja and Tahery* [GC] aufnimmt, nur wenig sagen. Von den 22 untersuchten Fällen im Bereich des gänzlich unkonfrontierten oder nicht wirksam konfrontierbaren³⁵⁸ Belastungszeugen entschieden sich nur vier auf der Kompensationsebene. Sieben scheiterten bereits an der qualifizierten Rügepflicht für Grundrechtsverletzungen (vgl. Art. 106 Abs. 2 BGG), weil der Beschwerdeführer nicht hinreichend dargelegt hatte, weshalb seine verfassungs- bzw. konventionsrechtlichen Ansprüche durch die fehlende Konfrontationsgelegenheit verletzt worden waren. Aufzeigen muss der Beschwerdeführer namentlich, inwiefern sich der vorinstanzlich behandelte Anklagesachverhalt auf den unkonfrontierbaren Zeugen abstützt³⁵⁹ und dass er die Konfrontation im kantonalen Verfahren formgemäss und rechtzeitig beantragt hat³⁶⁰. Zudem verlangt das Bundesgericht, dass „er sich mit der zu Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK ergangenen Rechtsprechung auseinander [setzt], wonach selbst ein Streitiges Zeugnis von ausschlaggebender Bedeutung verwertbar sein kann, wenn eine Konfrontation [...] nicht mehr möglich ist“³⁶¹.

In zwei weiteren Fällen waren die kantonalen Urteile schon aus anderen Gründen aufzuheben und das Bundesgericht liess eine allfällige Verletzung des Konfrontationsrechts offen³⁶². Neun Beschwerden hiess es bereits auf der ersten Prüfungsebene gut, weil für die Nichtkonfrontation keine hinreichenden Gründe bestanden resp. dargetan worden waren³⁶³ oder die Strafverfolgungsbehörden selbst verschuldet hatten, dass die eingeräumte Konfrontationsgelegenheit keine wirksame Ausübung des Konfrontationsrechts ermöglichte³⁶⁴. Besonders hinzuweisen ist dabei auf zwei Fälle im Opferschutz: Ein Absehen von jeglicher Konfrontation toleriert das Bundesgericht auch im Bereich der Sexualdelinquenz nur zurückhaltend. Dass der psychische Zustand der Opferzeugin selbst eine nur indirekte Konfrontation schlechterdings verunmöglicht, ist „im vergleichsweise grossen Spektrum möglicher Sexualstraftaten“ nur bei den „schwersten Vorwürfe[n]“ denkbar³⁶⁵. Die besonderen Massnahmen zum Schutz von Opfern

³⁵⁷ Vgl. insb. BGer 6B_75/2013 E. 3.3.3, aber auch 6B_670/2012 E. 4.4.

³⁵⁸ Keine (wirksame) Gelegenheit zur Konfrontation besteht in der BGer-Rspr. auch dann, wenn der Belastungszeuge in der Konfrontationseinvernahme die Aussage verweigert (z.B. BGer 6B_75/2013) oder seine Erinnerungsfähigkeit derart beeinträchtigt ist, dass er die früheren Aussagen nur formal bestätigen kann (vgl. insb. BGer 6B_369/2013 E. 2.3.3, wo von der erstmaligen Einvernahme des Kindzeugen bis zur Konfrontation mehrere Jahre verstrichen).

³⁵⁹ Die pauschale Behauptung, die Vorinstanz habe das Belastungszeugnis direkt oder indirekt verwertet, genügt nicht, vgl. BGer 6B_573/2011 E. 2.9.

³⁶⁰ Vgl. BGer 6B_647/2011 E. 1.3, 1.4; 6B_807/2011 E. 2; 6B_544/2012 E. 5.3, 5.4; 6B_702/2012 E. 1.2.2, 1.3; 6B_34/2013 E. 1.5.2; 6B_1152/2013 E. 7.2.

³⁶¹ BGer 6B_34/2013 E. 1.5.2.

³⁶² Vgl. BGer 6B_370/2011 E. 2.2-2.6; 6B_125/2013 E. 3.

³⁶³ Siehe BGer 6B_125/2012 E. 3.3.3, 3.3.4; 6B_333/2012 E. 2.3; 6B_183/2013 E. 1.5; 6B_510/2013 E. 1.3.2, 1.4, 3.4.1; 6B_1057/2013 E. 2.3 f.; 6B_620/2014 E. 1.4.3. Vgl. in diesem Zusammenhang auch KGer SG, GVP 2012 Nr. 5, E. II. 2d, in dem das KGer seinen Unmut darüber zum Ausdruck bringt, dass der Verteidigung eine Konfrontation der zwei ausschlaggebenden Belastungszeugen durch Staatsanwaltschaft ebenso wie Kreisgericht grundlos verwehrt wurde: „Es ist und kann nicht Aufgabe des Berufungsgerichts sein, ordnungsgemäss beantragte und offensichtlich angezeigte Konfrontationseinvernahmen aufgrund der Versäumnisse von Staatsanwaltschaft und Kreisgericht im Berufungsverfahren nachholen zu müssen“.

³⁶⁴ Vgl. BGer 6B_369/2013 E. 2.3.3, wo es die Strafverfolgungsbehörden „aus unerklärlichen Gründen“ unterliessen, eine zeitnahe Konfrontation mit dem Kindzeugen zu organisieren. Bei der Jahre später stattfindenden gerichtlichen Konfrontationseinvernahme konnte sich das Kind nur vage an die Vorfälle erinnern und seine früheren Aussagen lediglich formal bestätigen.

³⁶⁵ BGer 6B_324/2011 E. 1.3. Der Tatvorwurf lautete dabei auf einmalige Berührungen am Po und an den Schamlippen; ein gemäss BGer „relativ geringfügiges Sexualdelikt“.

von Straftaten gegen die sexuelle Integrität (Art. 153 StPO) andererseits scheinen von vornherein nur eine Beschränkung des Konfrontationsanspruchs auf die immerhin indirekte Gelegenheit zu ermöglichen³⁶⁶.

Die übrigen vier Beschwerden, in denen das Bundesgericht bis zur Kompensationsprüfung vorsties, wurden abgewiesen. Sie betrafen einen unauffindbaren mitbeschuldigten Belastungszeugen, zwei Aussageverweigerungen (der Ehegattin des Beschuldigten einerseits, eines mitbeschuldigten Belastungszeugen andererseits) und eine zunächst schwer kranke, in der Folge verstorbene Belastungszeugin³⁶⁷. Mit Ausnahme von BGer 6B_22/2012 nimmt das Bundesgericht in allen Urteilen Bezug auf die Rechtsprechungsänderung der grossen Kammer in *Al-Khawaja and Tahery* [GC]. In BGer 6B_75/2013 und 6B_251/2012 folgt es grundsätzlich der neuen Prüfungsreihenfolge (besonderer Umstand/,sole or decisive‘-Test/Kompensationsprüfung). Weder ‚sole or decisive‘-Test noch Kompensationsprüfung aber nehmen dabei viel Raum ein; beide erfolgen sozusagen halbsatzartig. Die Aussage der verstorbenen Zeugin hält das Bundesgericht für „offensichtlich nicht ausschlaggebend“, ihre Verwertung für konventionskonform, weil sie von den kantonalen Instanzen mit Zurückhaltung gewürdigt wurde und der Beschuldigte Stellung nehmen konnte³⁶⁸. Das Belastungszeugnis der schweigenden Ehegattin hatte bereits die Vorinstanz als ausschlaggebend eingestuft. Als Kompensation genügt dem Bundesgericht hier, dass „die Vorinstanz den Schuldspruch nicht isoliert auf ihre Aussagen abgestützt, sondern unter Beizug weiterer Beweismittel [...] deren Glaubhaftigkeit als erstellt erachtet [hatte]“³⁶⁹. Das Bundesgericht gibt sich also mit dem rein substantiellen ‚corroboration‘-Kriterium zufrieden und differenziert anders als der EGMR auch nicht zwischen direkt und indirekt erhärtendem Beweismaterial. In BGer 6B_670/2012 verneint es den Konventionsverstoss, weil die Vorinstanz den Schuldspruch allgemein, insbesondere aber in jenen Punkten, zu deren Beleg die – sorgfältig geprüfte – unkonfrontierte Aussage herangezogen wurde, auf weitere Beweise und Indizien stützte³⁷⁰. Ob das Bundesgericht hier den ‚sole or decisive‘-Test anwendet oder das ‚corroboration‘-Kriterium, wird nicht ganz klar. Tatsächlich kann man sich des Eindrucks nicht erwehren, dass die bundesgerichtliche Rechtsprechung in den untersuchten Urteilen *zwischen ausschlaggebenden und nicht ausschlaggebenden Belastungszeugnissen keinen grossen Unterschied mehr macht*. Der Tendenz nach verlässt es sich in beiden Fällen auf die sorgfältige und verantwortungsvolle Beweiswürdigung der Vorinstanz, solange deren Verlässlichkeits-Einschätzung Stütze in zusätzlich vorhandenem Beweismaterial findet. Weder erfolgt eine Gesamtwürdigung der Verfahrensfairness, noch spielen prozedurale Kompensationsmassnahmen eine grosse Rolle. Ganz so einfach aber wird man dem Konfrontationsrecht zumindest gegenüber ausschlaggebenden Belastungszeugen nicht gerecht, das hat die Auseinandersetzung mit der neueren EGMR-Rechtsprechung gezeigt³⁷¹.

³⁶⁶ Vgl. BGer 6B_446/2012 E. 5.2.

³⁶⁷ Siehe BGer 6B_22/2012 (unauffindbarer Mitbeschuldigter); 6B_251/2012 (verstorbene Belastungszeugin); 6B_670/2012 (aussageverweigernder Mitbeschuldigter); 6B_75/2013 (aussageverweigernde Ehegattin).

³⁶⁸ Vgl. BGer 6B_251/2012 E. 2.4.2.

³⁶⁹ BGer 6B_75/2013 E. 3.3.2.

³⁷⁰ Siehe BGer 6B_670/2012 E. 4.4.

³⁷¹ Siehe oben, Kap. IV.3.a.aa und Kap. IV.4.b. Den Eindruck, dass das bundesgerichtliche Vorgehen der EMRK genügen könnte, erweckt WOHLERS, ZK StPO, Art. 147 Rz. 26, dem zufolge man „[u]nter Zugrundelegung der neueren Recht-

b) *An der Hauptverhandlung nur indirekt konfrontierbare Belastungszeugen*

Zur Kompensationsprüfung durch das Bundesgericht gelangten seit Ende 2011 drei Verfahren, in denen die Beschwerdeführer ihr Konfrontationsrecht vor dem kantonalen Urteilsgericht lediglich indirekt, also ohne physische Gegenüberstellung, hatten ausüben konnte. Alle drei fallen in den Bereich der Opferschutzmassnahmen. Ein Fall der Zeugenanonymisierung ist nicht darunter. Die Beschwerdeführer, die den Gerichtssaal zur (Konfrontations-)Einvernahme der Opferzeugin jeweils hatten verlassen müssen, monierten, dass für die Ergänzungsbefragung *nur eine akustische, nicht aber visuelle Verbindung zwischen Neben- und Einvernahmeraum* errichtet worden war. Anders als beim gänzlich unkonfrontierbaren Belastungszeugen nimmt das Bundesgericht hier zur Würdigung der Verfahrensfairness eine Gesamtabwägung ähnlich jener des EGMR vor. In BGer 6B_295/2012 scheiterte der Beschwerdeführer u.a. daran, dass er die fehlende Videoübertragung treuwidrig erst im Rechtsmittelverfahren beanstandete, obwohl ihm bereits vor erster Instanz Umstände bekannt waren, in deren Lichte die Verfügbarkeit der Opferzeugin für weitere Befragungen zweifelhaft erscheinen musste³⁷². Ein entsprechendes Vorbringen des Beschwerdeführers galt in BGer 6B_681/2012 auch ohne derartige Umstände als verspätet. Ohnehin aber habe die Verteidigung die Verlässlichkeit des Belastungszeugnisses auch ohne eigene Wahrnehmung der Körpersprache der Opferzeugin wirksam hinterfragen können – hierfür genügten die Kenntnis der Aussagen aus dem Vorverfahren, die akustische Übertragung der erstinstanzlichen Einvernahme sowie die Gelegenheit, zu letzterer zeitnah über den Verteidiger Ergänzungsfragen stellen zu lassen und selbst Stellung zu beziehen. Gegenteiliges sei weder hinreichend dargetan noch evident³⁷³. Dieselben Kompensationsmodalitäten erachtet das Bundesgericht auch in BGer 6B_207/2012 als ausreichend. Hinzu kam, dass unter den Einvernahmen aus dem Vorverfahren eine ausführliche staatsanwaltschaftliche Videobefragung verfügbar war, anlässlich derer der Verteidiger schon einmal indirekt Ergänzungsfragen hatte stellen können³⁷⁴.

Dass die visuelle Beobachtbarkeit der Opferzeugin durch das Bundesgericht bisweilen als überflüssig dargestellt wird, lässt sich mit der gegenteiligen Auffassung des EGMR nicht ohne weiteres vereinbaren³⁷⁵. Zwar ist eine visuelle Verbindung zwischen Einvernahme- und Nebenraum beim anonymen Belastungszeugen, dessen Identität sie blosslegen könnte, verzichtbar³⁷⁶. *Im Hinblick auf Opferzeugen aber sollte besser nur dann von einer Videoübertragung abgesehen werden, wenn es deren Schutz wirklich erfordert*³⁷⁷. Im Übrigen fällt auf, dass keines der drei Urteile *Al-Khawaja and Tahery* [GC] rezipiert. Die Kompensationsprüfung wird

sprechung des EGMR [...] Angaben, die nicht mehr hinterfragt werden können, nur noch dann als Basis für eine Verurteilung zulassen [wird] können, wenn diese Angaben durch andere Beweismittel bestätigt werden“.

³⁷² Vgl. BGer 6B_295/2012 E. 1.3.3.

³⁷³ Zum Ganzen BGer 6B_681/2012 E. 2.4.

³⁷⁴ Vgl. BGer 6B_207/2012 E. 3.4.

³⁷⁵ Zum diesbezüglichen Meinungsunterschied zwischen EGMR und BGer s. bereits oben, Kap. III.3.a.aa.

³⁷⁶ Vgl. hierzu oben, Kap. IV.3.a.cc, insb. Fn. 300.

³⁷⁷ Vgl. auch WEHRENBURG, BSK StPO, Art. 152 Rz. 22, der die Einvernahme mit Videoübertragung als in aller Regel für das Opfer zumutbar erachtet, sowie WOHLERS, Schutzmassnahmen, 138, dem zufolge es zur Videoübertragung nach Art. 144 StPO heute keine Alternative mehr geben kann, solange das Opfer durch die nur mittelbare Präsenz des Beschuldigten im gleichen Gebäude nicht einer erheblichen Gefahr für Leib und Leben oder einem andern schweren Nachteil i.S.v. Art. 149 Abs. 1 StPO ausgesetzt wäre. Auch ILL, 166, spricht sich für die Videoübertragung als geeignetste Kompensationsmassnahme aus.

nicht durch einen ‚sole or decisive‘-Test eingeleitet und die Bedeutung des Belastungszeugnisses fliesst nicht in die Bewertung des Bundesgerichts ein. Zwar betraf keines der untersuchten EGMR-Urteile den Fall des nur indirekt konfrontierbaren Opferzeugen. Nichtsdestotrotz legt die Rechtsprechung des Gerichtshofs m.E. nahe, dass die Bedeutung des Beweismittels auch in dieser Konstellation Berücksichtigung finden bzw. die Kompensationsprüfung anleiten sollte³⁷⁸. Dies gilt umso mehr, als die Aussage des Opfers eines Sexualdelikts in der Terminologie des EGMR regelmässig das einzig direkte und daher ausschlaggebende Beweismittel darstellen dürfte.

c) *An der Hauptverhandlung unkonfrontierbare Belastungszeugen mit Gelegenheit zur Konfrontation im Vorverfahren*

Ein vor Gericht nicht konfrontierbarer Belastungszeuge, dessen Aussagen bereits im Vorverfahren kontradiktorisch überprüft worden waren, beschäftigte das Bundesgericht in BGer 6B_1162/2013. Konkret handelte es sich um eine Opferzeugin, die von der Verteidigung bei allen Einvernahmen im Ermittlungs- und Untersuchungsstadium zumindest indirekt befragt werden konnte, an der Hauptverhandlung aber die Aussage verweigerte und sich vor der kantonalen Vorinstanz weitgehend auf die formale Bestätigung ihrer früheren Aussagen beschränkte. Wenig überraschend betrachtet das Bundesgericht den Konfrontationsanspruch des Beschwerdeführers dank ausreichender Kompensation als gewahrt. Wie in der Rechtsprechung des EGMR steht auch in seinen Erwägungen die Konfrontationsgelegenheit im Vorverfahren als Kompensationsmassnahme im Vordergrund³⁷⁹. Von zwei der Einvernahmen standen zudem Videoaufzeichnungen zur Verfügung, „was dem Beschwerdeführer ermöglichte, die Befragungen selber zu sichten und insbesondere das Aussageverhalten des Opfers zu beobachten“³⁸⁰. Ob diese Aufzeichnungen auch an der erstinstanzlichen Hauptverhandlung abgespielt wurden, wie es der EGMR vorzieht, lässt sich anhand des Entscheids nicht abschliessend beurteilen. Befremdlich ist, dass abermals keine Auseinandersetzung mit dem Beweiswert des Belastungszeugnisses erfolgt. Im Ergebnis wirkt sich dieses Säumnis nicht aus, da auch der EGMR bei im Vorverfahren durchgeführter Konfrontation recht rasch auf hinreichende Kompensation erkennt. Methodisch aber lässt es zu wünschen übrig.

V. Zusammenfassung und Ausblick

Die Ergebnisse der vorliegenden Arbeit lassen sich wie folgt zusammenfassen. *Al-Khawaja and Tahery* [GC] und die seither ergangene EGMR-Rechtsprechung haben *die konventionsrechtlichen Vorgaben zum Konfrontationsrecht* klargestellt, präzisiert und in verschiedener Hinsicht verändert (zum Ganzen Kap. II. und Kap. IV.1-4.). Zu einer uneingeschränkten Konfrontationsgelegenheit gehört, dass der Beschuldigte den Belastungszeugen vor dem Urteilsgerecht konfrontieren kann. Die Gegenüberstellung (nur) im Vorverfahren gilt auch bei nicht aus-

³⁷⁸ Hierzu auch oben, Kap. IV.2.

³⁷⁹ Dass diese Gelegenheit ihrerseits nur eine indirekte war, war unproblematisch, weil sich Opferschutzmassnahmen angesichts der in Frage stehenden schweren sexuellen Übergriffe aufdrängten, vgl. BGer 6B_1162/2013 E. 1.5.

³⁸⁰ BGer 6B_1162/2013 E. 1.5. Die Auffassung des BGer zum Stellenwert des nonverbalen Aussageverhaltens scheint damit gewissen Schwankungen zu unterliegen, vgl. nur den soeben zitierten BGer 6B_681/2012 E. 2.4.

schlaggebenden Belastungszeugnissen als Einschränkung von Art. 6(3)(d) EMRK. Als solche unterliegt sie den gleichen Voraussetzungen wie andere suboptimale Konfrontationsmodalitäten (insb. Verzicht auf unmittelbar-physische Gegenüberstellung, Geheimhaltung der Identität des Belastungszeugen) oder das gänzliche Fehlen einer Konfrontationsgelegenheit: (1) *Vorfrage* ist, ob ein konventionsrechtlich anerkannter besonderer Grund die Einschränkung des Konfrontationsrechts strengstens erforderte. Andernfalls wird ein Verstoß gegen Art. 6(3)(d) EMRK automatisch bejaht, selbst wenn das Belastungszeugnis für die Verurteilung nicht ausschlaggebend war. Dass der Belastungszeuge durch den Beschuldigten oder auf dessen Geheiss eingeschüchtert resp. bedroht wurde, rechtfertigt nicht mehr nur eine Einschränkung des Konfrontationsrechts, sondern lässt den Anspruch verwirken. (2) In einem zweiten Schritt muss die *Bedeutung der unkonfrontierten oder mangelhaft konfrontierten Aussage* geklärt werden. Unterschieden wird zwischen „einzigem“, „ausschlaggebenden“, „nicht ausschlaggebenden“ und „nicht (definitiv) ausschlaggebenden, aber gewichtigen“ Belastungszeugnissen. Als ausschlaggebend gilt ein Belastungszeugnis v.a. dann, wenn es unter jenen Beweismitteln, auf die sich der Schuldspruch effektiv abstützt, das einzig direkte ist. Selbst einzige oder ausschlaggebende Aussagen aber können u.U. gegen den Beschuldigten verwendet werden, ohne gegen die Verfahrensfairness und das Konfrontationsrecht zu verstossen: Der ‚sole or decisive‘-Test markiert nicht länger eine absolute Grenze der Verwertung mangelhaft konfrontierter Aussagen, sondern gibt den Prüfungsstandard für die anschliessende (3) *Kompensationsprüfung* vor: Bei ausschlaggebenden Belastungszeugnissen werden deutlich strengere Massstäbe angelegt als bei nicht ausschlaggebenden Aussagen. Über die Kompensationsprüfung wird sichergestellt, dass dem Beschuldigten im Rahmen des nationalen Strafverfahrens eine nach allen Umständen des Falls angemessene Gelegenheit zur kontradiktorischen Überprüfung der mangelhaft konfrontierten Aussage geboten wurde. Dabei berücksichtigt der Gerichtshof, ob die Verlässlichkeit des Belastungszeugnisses auch ohne (optimale) Konfrontation erwiesen scheint; namentlich durch erhärtendes Beweismaterial oder sorgfältige gerichtliche Überprüfung. Im Übrigen beurteilt sich das gebotene Ausmass der Kompensation danach, welche Art der Konfrontation dem Beschuldigten effektiv möglich war – keine, eine nur indirekte oder eine auf das Vorverfahren beschränkte? Letztere beiden Abweichungen von der optimalen Konfrontation lassen sich in der konventionsrechtlichen Praxis selbst bei ausschlaggebenden Aussagen vergleichsweise einfach kompensieren. Ausschlaggebende, gänzlich unkonfrontierbare Belastungszeugnisse hingegen bewirken regelmässig unkompensierbar starke Nachteile für die Verteidigung. Ausnahmen bilden Fälle wie *Al-Khawaja*, in denen der Gerichtshof eine Aussage als ausschlaggebend, gleichzeitig aber direkt durch weiteres Beweismaterial erhärtet betrachtet.

Diesen Vorgaben des EGMR folgt die *schweizerische Praxis zum Konfrontationsrecht* nicht in allen Punkten (zum Ganzen Kap. III. und Kap. IV.5.). Die gewichtigste Abweichung betrifft den *Verfahrenszeitpunkt der Konfrontation*. Weder nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung noch nach der Konzeption der StPO hat die Konfrontationseinvernahme stets unmittelbar vor Gericht zu erfolgen. Art. 343 Abs. 3 StPO sieht vor, dass im Vorverfahren ordnungsgemäss erhobene Beweismittel vor Gericht nochmals abgenommen werden, „sofern die unmittelbare Kenntnis [...] für die Urteilsfällung notwendig erscheint“. Mit Blick auf die konventionsrechtlichen Pflichten der Schweiz sollte diese Bestimmung dahingehend ausgelegt werden, dass alle verfügbaren Belastungszeugen i.S.v. Art. 6(3)(d) EMRK auf Antrag der Verteidigung unmittel-

bar an der Hauptverhandlung einvernommen und mit dem Beschuldigten konfrontiert werden müssen. Die *Ent-Absolutierung der ‚sole or decisive‘-Rule*, mit der das Bundesgericht seit jeher haderte, ist in den meisten Urteilsgerichten angekommen. Wie die konventionsrechtlichen Folge-Entwicklungen auf den Prüfungsebenen 2 (‚sole or decisive‘-Test) und 3 (Kompensationsprüfung) in der Schweiz rezipiert werden, lässt sich nur zurückhaltend beurteilen. Die *Bedeutung der mangelhaft konfrontierten Aussage* dürfte auch weiterhin mittels der sog. Mosaiklösung abgeklärt werden. Als nicht ausschlaggebend gilt die Aussage demnach, wenn die übrigen verfügbaren Beweismittel für sich bereits einen schweren Tatverdacht begründen, den sie lediglich festigt und ins Stadium des rechtsgenügenden Beweises überführt. Aus konventionsrechtlicher Sicht ist diese Praxis mit einem Vorbehalt zu versehen: Entgegen den Vorgaben des EGMR schliesst die Mosaiklösung gemäss Bundesgericht nicht aus, dass der einzige direkte Schuldbeweis als nicht ausschlaggebender Mosaikstein qualifiziert wird. Auch im Hinblick auf die neue Methodik der *Kompensationsprüfung* und die sich herauskristallisierenden Kompensationsgrundsätze besteht so kurz nach *Al-Khawaja and Tahery* [GC] noch Verbesserungspotential. Insbesondere die Kompensationsprüfung beim gänzlich unkonfrontierbaren Belastungszeugen wirkt bisweilen allzu verurteilungsfreundlich und an formalistischen Kriterien orientiert (weitere Beweismittel, sorgfältige Würdigung, Gelegenheit zur Stellungnahme). Dies erstaunt, denkt man zurück an jene Urteile, in denen das Bundesgericht die ‚sole or decisive‘-Rule gerade wegen deren Formalismus kritisierte. Insgesamt bleibt daher abzuwarten, ob und wie Bundesgericht und kantonale Gerichte die neueren Urteile des EGMR aufnehmen werden. Mit *Art. 147* statuiert die StPO ein umfassendes Anwesenheits- und Fragerecht für Beweiserhebungen. Dessen Zusammenspiel mit *Art. 6(3)(d) EMRK* gestaltet sich komplex. Teilweise reicht das strafprozessuale Teilnahmerecht weiter, teilweise bleibt das Konfrontationsrecht als Mindestrecht von Bedeutung. In Lehre und Rechtsprechung findet sich die Tendenz, eine differenzierte Abgrenzung zwischen beiden Ansprüchen zu scheuen und *Art. 147 StPO* unter dem Banner konventionskonformer Auslegung zu relativieren. Derlei Bestrebungen sind klar abzulehnen: Das konventionsrechtliche Günstigkeitsprinzip (*Art. 53 EMRK*) verlangt, dass dem Beschuldigten im Verhältnis zwischen EMRK und nationalen Verfahrensgarantien der jeweils weiter gehende Schutz zuteilwird.

Abschliessend sei folgendes bemerkt: Seit der Gerichtshof die ‚sole or decisive‘-Rule entabsolutiert und die Kompensationsprüfung für alternative Verlässlichkeits-Nachweise geöffnet hat, können die Konventionsstaaten mangelhaft konfrontierte Belastungszeugnisse flexibler und nach eigenen Abwägungen verwerten. Dennoch lassen die konventionsrechtlichen Vorgaben zum Konfrontationsrecht nach wie vor wenig Spielraum. Mit diesen Vorgaben nicht zu vereinbaren ist insb., dass in der Schweiz regelmässig auch ohne besonderen Grund auf eine gerichtsunmittelbare Konfrontation verzichtet wird, wenn bereits im Vorverfahren eine wirksame Konfrontationsgelegenheit bestand. Für den Beschuldigten allerdings haben beide Verfahrensstadien Vor- und Nachteile: An der Hauptverhandlung wird die Konfrontation von der unabhängigen und unparteiischen Urteilsinstanz durchgeführt und beobachtet. Dafür hat sich die Aussage des Belastungszeugen zu diesem Zeitpunkt – u.U. Jahre nach der ersten polizeilichen Einvernahme – möglicherweise bereits verfestigt und ist schwerer zu erschüttern. Für die Konfrontationseinvernahme im Vorverfahren verhält es sich genau umgekehrt. In welchem Verfahrensstadium die Verteidigungsrechte des Beschuldigten besser geschützt werden können, steht also nicht von vornherein fest. Es fragt sich daher, ob der Gerichtshof nicht mehr

Zurückhaltung an den Tag legen und die Auslegung von Art. 6(3)(d) EMRK in diesem Punkt den Konventionsstaaten überlassen sollte. Am Konfrontationsrecht illustriert sich damit eine grundsätzlichere und aktuell vieldiskutierte Frage: *die Frage nach den Grenzen, die dem Gerichtshof in der Auslegung und Ausweitung der konventionsrechtlichen Mindestrechte gesetzt sind*. Die Konvention ist nicht als feststehender minimaler Standard „im Sinn eines Schutzes, der materiell auf das Nötigste beschränkt wäre“³⁸¹ zu verstehen. Stattdessen bekennen sich die Konventionsstaaten in der Präambel zum Prinzip der „Fortentwicklung der Menschenrechte und Grundfreiheiten“ gemäss ihrem sich wandelnden gemeinsamen Erbe an politischen Überzeugungen und rechtsstaatlichen Idealen³⁸². Entsprechend tendiert der EGMR in seiner Rechtsprechung zu einer eher *extensiven bzw. evolutiven Auslegung* der im Konventionstext nur vage umschriebenen Konventionsrechte³⁸³. Die Kontrolle durch den EGMR ist aber nur subsidiär. Primär für die Gewährleistung des Menschenrechtsschutzes verantwortlich und zur Abwägung der in Frage stehenden Interessen besser geeignet sind die Gerichte der Mitgliedstaaten. Insoweit der Gerichtshof die Grundrechtsentwicklung in den Mitgliedstaaten vorgibt und vorantreibt, setzt er sich in gewissen Widerspruch zu einer Grundidee des EMRK, nämlich dass auf nationaler Ebene ausreichend Gestaltungsspielraum für unterschiedliche Rechtstraditionen verbleibt. Wo die nationalen oberen Gerichte eine fachgerechte und sorgfältige Konformitätsprüfung durchgeführt haben, ist insofern Zurückhaltung des EGMR angebracht³⁸⁴. Im Spannungsfeld zwischen Mindestschutz, evolutiver Auslegung und Subsidiaritätsprinzip stösst der Gerichtshof zunehmend auf Kritik: Ausufernd sei seine Rechtsprechung und demokratisch weder legitimiert noch steuerbar³⁸⁵. Vor diesem Hintergrund warnt WILDHABER, dass der Gerichtshof durch zu starke Eingriffe in den Ermessensspielraum der Konventionsstaaten seine eigene Zukunft aufs Spiel setzen könnte. „Denn wenn ein Land wie Grossbritannien, das zu den schärfsten Kritikern gehört, sich aus Ärger über gewisse Gerichtsurteile vom EGMR abwenden würde, käme es unter den Europaratsländern wohl zu einer Kettenreaktion“³⁸⁶. Die Entzweiung mit Grossbritannien in Sachen Konfrontationsrecht hat die grosse Kammer durch ihr Einlenken in *Al-Khawaja and Tahery* [GC] abwenden können. Es bleibt abzuwarten, ob die EGMR-Rechtsprechung zu Art. 6(3)(d) EMRK in Zukunft weitere Zusammenstösse mit Konventionsstaaten provozieren wird – möglicherweise sogar mit der Schweiz, nachdem der Gerichtshof die Durchführung der Konfrontationseinvernahme nur im Vorverfahren nun für unzureichend erklärt hat.

³⁸¹ HANGARTNER, Missverstanden, 303.

³⁸² Vgl. z.B. HANGARTNER, a.a.O., 303; PFIFFNER & BOLLINGER, Rz. 7.

³⁸³ Siehe PFIFFNER & BOLLINGER, Rz. 4 ff. m.w.H.; SCHÄFFER, 17 m.w.H.; SEILER, EGMR, 250; WILDHABER, in: Fontana, Abschnitt 5 f.

³⁸⁴ Siehe etwa PFIFFNER & BOLLINGER, Rz. 9 f., 13; ZÜND, 23, 25.

³⁸⁵ Vgl. insb. SEILER, EGMR, 259: „Ein grosser Teil dessen, was als Konventionsrecht gilt, ist in Wirklichkeit Richterrecht, das nicht aus der EMRK selbst hervorgeht, sondern erst durch die Rechtsprechung entstanden ist, und begründet damit für die Vertragsstaaten neue Verpflichtungen, die so nicht staatsvertraglich genehmigt worden sind“. Siehe auch die Kritik bei PFIFFNER & BOLLINGER, Rz. 12 ff., sowie SCHUBARTH, passim.

³⁸⁶ WILDHABER, in: Fontana, Abschnitt 6.

Eigenständigkeitserklärung

Ich erkläre hiermit,

- dass ich die vorliegende Arbeit selbstständig ohne fremde Hilfe und ohne Verwendung anderer als der angegebenen Hilfsmittel verfasst habe;
- dass ich sämtliche verwendeten Quellen erwähnt und gemäss gängigen wissenschaftlichen Zitierregeln korrekt zitiert habe;
- dass das Thema, die Arbeit oder Teile davon nicht bereits Gegenstand eines Leistungsnachweises einer anderen Veranstaltung oder Kurses war; sofern dies nicht ausdrücklich mit dem/der Dozierenden im Voraus vereinbart wurde;
- dass ich ohne schriftliche Zustimmung der Universität keine Kopien dieser Arbeit an Dritte aushändigen oder veröffentlichen werde, wenn ein direkter Bezug zur Universität St. Gallen oder ihrer Dozierenden hergestellt werden kann;
- dass ich mir bewusst bin, dass unsere Arbeit elektronisch auf Plagiate überprüft werden kann und ich hiermit der Universität St. Gallen laut Prüfungsordnung das Urheberrecht soweit einräume, wie es für die Verwaltungshandlungen notwendig ist.

Zürich, 17. November 2014

Simone Beckers