

MARC FORSTER
Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt
Schweizerisches Bundesgericht
CH-1000 Lausanne 14

Tel.: 021 318 91 51
E-Mail: marc.forster@bger.ch
www.marc-forster-strafrecht.com

Gutachten zur Masterarbeit von Frau Simone Beckers

I. Kurzbeurteilung und Notenantrag

Der Bearbeiterin gelingt ein *selbstständiger systembildender Forschungsbeitrag* in einem anspruchsvollen und für die Praxis sehr wichtigen und aktuellen Themenbereich. Die *herausragende rechtswissenschaftliche Analyseleistung* der vorgelegten Masterarbeit fällt auch *arbeitstechnisch vorbildlich* aus. Der Referent beantragt dafür die **Höchstnote 6**.

II. Thematik und Aufbau der Arbeit

Nach der *Einführung* werden im *Kapitel II* ("Konfrontationsrecht nach Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK – Tradiertes aus aktueller Perspektive") der grundrechtlich-phänomenologische **Kontext** und **Problemaufriss** des strafprozessualen **Konfrontationsrechts** sowie die einschlägige **Rechtsprechungstradition** des **EGMR** sondiert ("*idealtypische*" richterliche Konfrontation der beschuldigten Person mit belastenden Gewährspersonen und Prüfungsprogramm für mögliche *Abweichungen*: a) *Erforderlichkeit* der Abweichung; b) sog. "*Kompensationsprüfung*"; c) sog. "*Sole or decisive-Rule*").

In *Kapitel III* ("Umsetzung in der Schweiz") analysiert die Bearbeiterin zunächst den **Rechtsquellenstatus** der EMRK im schweizerischen Stufenbau.¹ Überraschend erscheint der Befund, dass die *Schweiz auffällig selten* (nämlich bisher ein einziges Mal) wegen Verletzung des Rechts auf Konfrontation (KF) *verurteilt* wurde, obwohl die Bundesgerichtspraxis der Rechtsprechung des EGMR nur teilweise folgt.² Die Verfasserin *kritisiert* die Praxis des BGer und spricht sich für einen grundsätzlichen Anspruch der beschuldigten Person auf **gerichtsunmittelbare KF** (also nicht bloss im Vorverfahren) aus.³

1 Unmittelbare Anwendung, Anwendungsvorrang, Orientierungswirkung, Mindeststandard, gesetzlicher Revisionsanspruch bei Konventionsverletzung, Beweisverwertungsverbot.

2 Insbes. "Wenigstens einmal im Verfahren"-Praxis; in jüngerer Zeit auch sog. "Mosaiklösung" des BGer.

3 S. 19-24, unter subjektivistisch-korrigierender Auslegung von Art. 343 Abs. 3 StPO ("sofern notwendig"). Mit Gewinn etwas *relativierend* fällt dann allerdings das *Resümee* auf S. 39 aus; s.a. die diskursiven er-

Bei der besonders kontroversen "*Sole or decisive-Rule*" des EGMR durchleuchtet sie die (aufgrund der bundesgerichtlichen "Mosaik-Lösung" deutlich gemilderten) **Rechtspredungsdifferenzen** (S. 24-27, s. vertiefend auch Kap. IV). Das Kap. III schliesst mit einer *profunden Analyse* der aus **Art. 147 StPO** (Teilnahmerecht an Beweiserhebungen) fließenden Konsequenzen für die KF-Problematik. Dabei wird der (thematisch variierende) **Schutzumfang** von StPO bzw. EMRK akribisch ausgelotet und (entgegen OBERHOLZER, WEDER u.a.) für die Befolgung des "**Günstigkeitsprinzips**" (und eine wortlautgetreue Anwendung von Art. 147 StPO) plädiert (S. 28-39). Bereits in diesem Untersuchungsbereich überzeugt die Arbeit durch *eigenständige kreative Gedankenführung* und sorgfältigen wissenschaftlichen Duktus.

Kapitel IV widmet sich (wie im Untertitel der Arbeit erwähnt) zentralen Fragen der **Kompensationsprüfung** (bei Abweichung⁴ von der "idealtypischen" richterlichen KF) seit dem EGMR i.S. *Al-Khawaja and Tahery* gegen Grossbritannien, mit dem der Gerichtshof im Dezember 2011 (nach Widerständen der nationalen Gerichte) zu einem *flexibleren*, wenn auch anspruchsvollen *Prüfungsprogramm* fand. Insbesondere untersucht die Bearbeiterin, wie die Praxisänderung in der *Lehre* und *bundesgerichtlichen Rechtsprechung* **rezipiert** wurde (S. 39-62). Auch dieser (für die Gerichtspraxis wichtige) Untersuchungsbereich zeichnet sich durch *sorgfältige systembildende Analysen* aus.

Abgerundet wird die Arbeit (in Kap. V) durch eine zusammenfassende *Schlussbetrachtung*. **Aufbau** und **Gliederung** der Arbeit sind *konsequent* und *themengerecht*.

III. Arbeitstechnik

Die reichhaltige **Literatur-** und **Quellenauswahl** ist fokussiert und aufgabenadäquat.⁵ Berücksichtigt werden auch diverse *englischsprachige* Untersuchungen (insbes. zur Rezeption der EGMR-Praxis im angloamerikanischen Rechtskreis). Besonders ergiebig und fleissig fällt die Auswertung der einschlägigen Rechtsprechung des EGMR aus (welche sich auf rund 120 Urteile erstreckt). Die formale **Zitiertechnik** im Fussnotenapparat erscheint *einwandfrei*.⁶ Leserfreundlich (und zur Nachahmung zu empfehlen) ist die Idee, die

gänzenden Bemerkungen unter Ziff. IV dieses Gutachtens.

4 Insbes. *Abwesenheit* der Gewährsperson im Hauptverfahren, *Anonymisierung* und ähnliche Konstellationen und Kategorien.

5 Beim Praxis-Kommentar SCHMID hätte die 2. Aufl. (2013) berücksichtigt werden dürfen.

6 Mit "MEYER" (Fn. 332, 345) dürften (recte) MEYER/WIECKOWSKA gemeint sein.

in den Fussnoten verwendete abgekürzte Zitierweise von Materialien und Judikatur in der *alphabetischen Reihenfolge der Abkürzungen* aufzulisten (S. XV-XX), was das Auffinden sehr erleichtert. Die Fussnoten dienen nicht nur als Referenz-Nachweise, sondern enthalten auch regelmässig vertiefende *inhaltliche* Ausführungen.⁷ Die **Sprache** ist juristisch *präzise*, sehr stilsicher, flüssig lesbar und nahezu *fehlerfrei*.

IV. Diskursive Detailbemerkungen

Kap. I-II:

Angesichts der autonomen Begriffsbestimmung (S. 4) des "Belastungszeugen" (i.S. der EMRK) sollte in der Folge (z.B. S. 10) besser von *Gewährspersonen* gesprochen werden. Auf S. 11 f. wird nicht ganz deutlich (bzw. nicht unterschieden), ob der EGMR bei *abwesenden* Gewährspersonen die Verwertung von Aussageprotokollen aus dem *Vorverfahren* auch dann nicht ausschliesst, wenn nicht einmal im Vorverfahren eine Konfrontation (KF) stattgefunden hat.⁸

Kap. III (Umsetzung von Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK in der Schweiz):

Die Kritik an der von der EGMR-Praxis teilweise abweichenden Rechtsprechung des BGer (keine gerichtsunmittelbare KF als Grundsatz) erscheint wohl begründet und bedenkenswert (S. 20-22). Sie trägt vielleicht der Frage etwas wenig Rechnung, inwieweit der EGMR in diesem Punkt vom **angloamerikanischen Rechtsdenken** (etwas gar stark) beeinflusst sein könnte. Dies wird besonders deutlich, wenn die Verfasserin sich zusätzlich auf die Praxis des *U.S. Supreme Court* beruft (Fn. 127: Unmittelbarkeit der KF "for the jury"). Der amerikanische (Laien-)Geschworenenprozess lässt sich mit dem kontinentaleuropäischen Strafverfahren (vor beweiswürdigen Profirichtern) nicht ohne weiteres gleichsetzen. Insbesondere wäre die *These* zu prüfen, ob von Profi-Richtern nicht erwartet werden dürfte, dass sie sich mit Befragungsprotokollen aus dem Vorverfahren (unter Mitwirkung der Verteidigung) ausreichend kritisch befassen, und eine *Wiederholung* der KF im Hauptverfahren nur geboten erschiene, wenn *sachliche Gründe* dafür sprechen.⁹ Die *tastende*

⁷ Vgl. z.B. Fn. 22, 37, 102, 123, 138, 153, 160, 186, 215, 225, 244, 337 usw.

⁸ *Typologisch differenziert* wird diese Frage dann aber im vertiefenden Kap. IV (S. 45 ff.).

⁹ Auch die Auffassung des EGMR, im Vorverfahren handle die Staatsanwaltschaft *primär* als "Partei", welche Beweismittel für ihren Parteistandpunkt sammle (vgl. S. 21), ist (zu) stark angloamerikanisch gefärbt und wird der Stellung der StA nach Schweizer StPO nicht gerecht. Allerdings verkennt die Bearbei-

Rechtsprechung des EGMR zum Recht auf KF krankt (nach Auffassung des Referenten) nicht zuletzt daran, dass sie das Rechtsdenken des common und des civil law in sprunghafter, einzelfallorientierter und wenig kohärenter Weise zu "harmonisieren" versucht hat. Die *neuere Tendenz* geht erfreulicherweise wieder weg von "starrten" Kriterien (obligatorische Gerichtsunmittelbarkeit, verabsolutierte "Sole or decisive-Rule") hin zu einer **Fairness-Gesamtbetrachtung** im Lichte der nationalen Prozessordnungen (vgl. Kap. IV).

Ob sich das BGER "klar" beim "inhaltsorientierten Ansatz der Glaubhaftigkeitsbeurteilung verortet" ("These 2", S. 21), ist diskutabel. Der Befund fusst auf einer etwas künstlich wirkenden (starrten) Grenzziehung zwischen inhalts- und verhaltensorientierten Ansätzen. Jedenfalls können die vom BGER als relevant erachteten "**Realitätskriterien**" durchaus auch *nonverbales Aussageverhalten* ergänzend einbeziehen. Dass *primär* die Glaubhaftigkeit der *Aussage* (im Gesamtkontext) zu prüfen ist und erst *sekundär* die "persönliche Glaubwürdigkeit" der *Gewährsperson* (bundesgerichtliche "These 1"), wird auch von der Bearbeiterin (mit Recht) nicht in Frage gestellt. In Kap. III hätte die Unterscheidung zwischen *fehlender* KF und *anonymisierter* KF bereits etwas verdeutlicht werden können (z.B. auf S. 24 f.; *eingehend* dazu dann aber S. 49 f.). Ein Vergleich mit *anderen Themen* (oder wenigstens ein Hinweis), bei denen das BGER die EGMR-Praxis ausdrücklich und konsequent *abgelehnt* hat (insbes. *Quaranta-Praxis* zu Art. 6 Ziff. 3 lit. c EMRK), wäre zwar zusätzlich aufschlussreich gewesen, hätte aber den Umfang der Arbeit gesprengt.

Die Interpretation (gestützt auf WOHLERS), der EGMR habe die Zeugenaussage im *Fall Pekusic* als "ausschlaggebend" eingestuft (S. 26 f.), erscheint fragwürdig.¹⁰ Den grund-

terin dieses Spannungsfeld nicht: Auf S. 39 *relativiert* sie ihre Kritik an der fehlenden Gerichtsunmittelbarkeit der KF, unter anderem mit zutreffendem Hinweis darauf, dass eine frühzeitige KF im *Vorverfahren* dem Beschuldigten sogar *nützlich* sein kann. Auch legt die Verfasserin dar, dass die Bestimmungen der Schweizer StPO mit starken *Verteidigungsrechten* im Vorverfahren und strengen *Verwertungsverboten* (vgl. Art. 147 StPO) *gegen* eine Verabsolutierung der Gerichtsunmittelbarkeit sprechen (vgl. S. 22 f., 36 f., 48). Etwas weit in die andere Richtung geht (im Bemühen um eine Kollisionsfreiheit mit der EGMR-Praxis) wiederum der Vorschlag einer subjektivistischen Auslegung von Art. 343 Abs. 3 StPO (nochmalige gerichtliche KF "sofern notwendig" auf blossen Antrag des Beschuldigten, ohne Objektivierung der "Notwendigkeit" durch das Gericht, vgl. S. 23). Bezeichnenderweise haben sich auch die Gerichte *Grossbritanniens* mit der Rechtsprechung des EGMR schwer getan; weniger bei der ihnen vertrauten Gerichtsunmittelbarkeit, aber umso mehr bei der Sole and decisive-Rule (vgl. Kap. IV).

¹⁰ Schon sprachlich lässt sich "*considerable*" (erheblich, beträchtlich, deutlich) nicht mit "ausschlaggebend" übersetzen. Der EGMR benutzt für "ausschlaggebend" denn auch den Begriff "decisive", den er ausdrücklich von "considerable weight" unterscheidet (s. z.B. *Fall Schatschaschwili*, dazu S. 42 oben). Darüber hinaus bliebe dann auch erklärungsbedürftig, weshalb der EGMR im Sachurteil *Pekusic* keine Konventionsverletzung erkannte.

sätzlichen **Zielkonflikt** zwischen den Bedürfnissen nach einem gewissen *Beweiswürdigungs-Ermessen* des (nationalen) erkennenden Strafgerichts und möglichst "klaren" *grundrechtlichen Kriterien*¹¹ resümiert die Bearbeiterin brilliant und konzise (S. 27).

Auch die wichtige Untersuchung von **Art. 147 (f.) StPO** (im Hinblick auf die KF-Problematik) fällt sehr *sorgfältig* und *ertragreich* aus (S. 28-39). Dies gilt namentlich für die Thematik der rechtshilfeweisen (rogatorischen) Befragung im *Ausland* (S. 31 f.),¹² für den *Opferzeugen* (S. 34-36), für die Differenzierung zwischen Teilnahme- und Fragerecht bei den *Verletzungsfolgen* (S. 36 f.) oder für die Propagierung des "**Günstigkeitsprinzips**" bei der Anwendung der StPO bzw. EMRK (S. 37-39).

Kap. IV (Kompensationsprüfung seit dem EGMR Al-Khawaja and Tahery):

Im ebenfalls zentralen Kapitel IV untersucht die Autorin minutiös die *Auswirkungen* der *Praxisänderung* des EGMR vom Dezember 2011 für das schweizerische Recht. Auch hier finden sich diverse *eigenständige* (nicht nur referierend-deskriptive) *kreative Diskussionsbeiträge*.¹³

Zwar hat der Gerichtshof seine *Sole or decisive-Rule* "ent-absolutiert". Bei Gewährspersonen, die nur im *Vorverfahren* konfrontiert wurden, verlangt er nun aber eine sehr **strenge Kompensationsprüfung** ("most searching scrutiny") unter Berücksichtigung der *Bedeutung* und *Verlässlichkeit* der (mangelbehafteten) Beweisaussage. Dabei drängen sich nach den Erkenntnissen der Bearbeiterin verfeinerte *Beweiswert-Abstufungen* auf (S. 41 f.).¹⁴ Besondere Aufmerksamkeit schenkt sie der Analyse der (seit der Praxisänderung weiter gefassten¹⁵) "*counterbalancing factors*", die bei der **Fairness-Gesamtbeurteilung** (kompensationsweise) mitzubersichtigen sind, insbesondere das in der EGMR-Praxis *zunehmend wichtige* (in der Lehre kritisierte und vom Bundesgericht zurückhaltend

11 Das Bemühen um solche Kriterien kann allerdings, wie die EGMR-Praxis überdeutlich macht, seinerseits Widersprüche und Unklarheiten nach sich ziehen.

12 Mit Differenzierung zwischen *strafprozessualen* und *rechtshilferechtlichen* Mindestgarantien und dem überzeugenden Ergebnis, dass die EMRK (über Art. 148 StPO hinaus) eine Konfrontationsmöglichkeit per *Videokonferenz* verlangt.

13 Zum Beispiel bei ihrer detaillierten *Typisierung* und *Systematisierung* der einschlägigen *Praxis* des EGMR und des BGer oder bei ihrer *Kritik* an der Lehre von der *dualen Funktion* des KF-Rechts (vgl. S. 45-62).

14 Das *Prüfungsprogramm* hat sich seit der Praxisänderung des EGMR verändert: a) *Erforderlichkeit* der Abweichung; b) *Sole or decisive-Test*; c) *Kompensationsprüfung*. Die Autorin legt allerdings dar, dass sich die Prüfungsschritte b) und c) stark *überschneiden* (vgl. S. 57).

15 Nicht mehr ausschliesslich prozeduralen.

rezipierte) Kriterium, ob *zusätzliche Beweismittel* das Resultat der mangelbehafteten Beweisaussage bestätigen (sog. "*corroboration*"-Kriterium, S. 42-44).

Die Verfasserin belegt, dass die neuere Praxis des EGMR zwar wieder zu einem grösseren Ermessensspielraum des nationalen *Sachrichters* bei der Beweiswürdigung¹⁶ und grundrechtlichen Fairnessbeurteilung tendiert. Von einem Rückschritt zu "richterlichem Belieben" (so ARQUINT/SUMMERS, vgl. S. 52) kann nach dem Dargelegten aber nicht die Rede sein. Zum Beleg ihrer Thesen analysiert und typisiert die Bearbeiterin (auf den Seiten 44-51) **32 neuere Urteile**¹⁷ des **EGMR**. Unter anderem regt sie an, Einvernahmen von belastenden Gewährspersonen im *Vorverfahren* (sicherheitshalber¹⁸) auf *Video aufzuzeichnen* (S. 45 f., 48). Sie gelangt zum **Ergebnis**, dass durch die neuere Praxis des EGMR (seit 2011) "*die Verteidigungsrechte sogar besser abgesichert*" sein dürften als vorher und die Praxis "*eine bis zu einem gewissen Grad kriteriengeleitete und berechenbare Kompensationsprüfung*" ermögliche. *Rechtsunsicherheit* konstatiert die Verfasserin primär bei der Anwendung des *corroboration*-Kriteriums, *zu tiefe Schranken* bei der Verwertbarkeit *anonymer Aussagen*¹⁹ (S. 52-54).

Bei ihrer Analyse der **Rezeption** der neueren EGMR-Praxis durch die **Lehre** spricht sich die Autorin (differenziert und überzeugend) gegen eine "Überstrapazierung" der Theorie von der "**dualen**" (prozessualen und materiellen) **Funktion** des KF-Rechts (beim *corroboration*-Kriterium) aus²⁰ (S. 54-57). Berechtigt ist zwar auch ihr (systematisch-dogmatischer) Einwand, dass sich "Sole or decisive-Test" und Kompensationsprüfung (hinsichtlich des *corroboration*-Kriteriums) *teilweise überschneiden* (S. 57 f.). Der Befund, es handle sich gar um einen "Zirkelschluss" bzw. die beiden Prüfungsschritte beträfen "exakt dasselbe", wirkt allerdings (wohl unter dem Einfluss der betont kritischen Lehre) begrifflich etwas überzeichnet.

Zur minutiösen Untersuchung der Auswirkungen des EGMR *Al-Khawaja and Tahery* auf die neueste **Bundesgerichtspraxis** liesse sich (am Rande) einwenden, dass die konstatierten Eingriffe des EGMR in die *Beweiswürdigung* nicht erst seit der Praxisände-

16 Welche der Gerichtshof allerdings (in begründeten Fällen) regelmässig und detailliert *kritisch hinterfragt*.

17 Insgesamt wurden ca. 120 einschlägige Entscheide des EGMR untersucht.

18 Falls im Vorverfahren *keine KF* erfolgt und KF-Hindernisse für das Hauptverfahren *bereits absehbar* sind, reicht die Videoaufzeichnung (ohne KF) allerdings regelmässig nicht aus (vgl. S. 46).

19 Mit Hinweisen auf CHRISTEN und WOHLERS.

20 U.a. mit Hinweis (Fn. 347) auf die Praxis des *kanadischen* Obersten Gerichtshofes und teilweise entgegen ACKERMANN oder WOHLERS.

rung vom Dezember 2011 erfolgt sind. Zutreffend ist der Befund, wonach das in der Bundesgerichtspraxis primär angestrebte Ziel einer fall- und rechtsquellenorientierten (flexiblen) **Fairness-Gesamtbeurteilung** *erreicht* worden ist (S. 58). Dass der EGMR (zum Ausgleich) die *Schlüssigkeit* der *Beweiswürdigung* des nationalen Sachrichters (in begründeten Fällen) *kritisch hinterfragt*, ist zu begrüßen (das BGer tat dies seit jeher bei den kantonalen Urteilen) und stellt (nach Auffassung des Referenten) keine unzulässige "Einmischung" (S. 57) in das Beweiswürdigungs-Ermessen des Sachrichters dar. Das Kap. IV schliesst mit einer (erneut) sehr sorgfältigen und kritischen Detail-Analyse der neusten *BGer-Praxis* (seit dem Leiturteil des EGMR). Im Rahmen ihres eigenständigen **systembildenden Forschungsbeitrags** leuchtet die Verfasserin *Widersprüche, Schwachstellen*²¹ und *Entwicklungstendenzen* der bundesgerichtlichen Rechtsprechung aus (S. 58-62).

Kap. V:

Im *Schlusskapitel* (S. 62-65) werden die wichtigsten *Ergebnisse* dieser (inhaltlich und arbeitstechnisch) **hervorragenden** strafrechtlichen Masterarbeit nochmals übersichtlich, konzise und sprachlich elegant *zusammengefasst*.

Prof. Dr. Marc Forster/12.01.2015

²¹ Insbesondere fehlende Bezugnahmen auf das Leiturteil des EGMR oder eine verkürzte bzw. missverständliche Interpretation des vom EGMR angewendeten Prüfungsprogramms (z.B. fehlende Prüfung des "corroboration"-Kriteriums, S. 62).