

Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK und der unerreichbare (Auslands-)Zeuge: Appell zur Stärkung des Konfrontationsrechts bei präjudizierender Zeugenvernehmung im Ermittlungsverfahren

Zugleich Besprechung von EGMR, Urt. v. 15.12.2015 – 9154/10 (Schatschaschwili v. Deutschland)

Von Ref. iur. **Diana Thörnich**, Trier*

Urteile der Großen Kammer des EGMR sind die Ausnahme¹ und verdienen besondere Beachtung – vor allem, wenn sie einen Verstoß Deutschlands gegen die Europäische Menschenrechtskonvention feststellen. Aufmerksamkeit gebührt daher auch dem Urteil vom 15.12.2015 in der Sache Schatschaschwili v. Deutschland: Mit einer knappen Mehrheit von 9 zu 8 Stimmen bejahte die Große Kammer² des EGMR eine Verletzung des Konfrontationsrechts aus Art. 6 Abs. 1, 3 lit. d EMRK³ durch die Bundesrepublik. In der konkreten Sache enthält das Urteil einen begrüßenswerten Appell gerichtet auf eine vorsorgliche Gewährung dieses Rechts auf Verfahrensteilnahme im Falle einer faktischen Vorverlagerung der Beweisgewinnung aus der Hauptverhandlung ins Ermittlungsverfahren. Losgelöst vom konkreten Sachverhalt präzisiert der Straßburger Gerichtshof darüber hinaus auch seine dreistufige Prüfung, welche auch als „Al-Khawaja Test“⁴ bekannt ist und der Beurteilung einer Konfrontationsrechtsverletzung dient, in bislang noch ungeklärten Punkten. Somit ist die gesamte Entscheidung ein beachtenswerter Schritt in der seit Jahren bewegten Entwicklung zur Reichweite dieses Verteidigungsrechts und gibt Anlass, sich nach der Schilderung von Verfahrensgeschichte und Sachverhalt (I.) und einem Blick auf die rechtliche Problematik (II.) der Präzisierung des Konfrontationsrechts zuzuwenden (III.). Sodann gilt es, die Anwendung der präzisierten Stufenprüfung auf den konkreten Fall zu beleuchten (IV.).

* Die Verf. ist Rechtsreferendarin im OLG-Bezirk Koblenz und wiss. Hilfskraft am Lehrstuhl für Deutsches, Europäisches und Internationales Strafrecht und Strafprozessrecht sowie Wirtschaftsstrafrecht von Prof. Dr. Mark A. Zöllner an der Universität Trier.

¹ Siehe die Liste beachtenswerter Entscheidungen der Großen Kammer gegen Deutschland:

http://www.echr.coe.int/Documents/CP_Germany_ENG.pdf (1.1.2017).

² EGMR, Urt. v. 15.12.2015 – 9154/10 (Schatschaschwili v. Deutschland). Siehe auch das Kammerurteil v. 17.4.2014 – 9154/10 = JR 2015, 95 m. Anm. Lohse, JR 2015, 60.

³ Da die Garantien aus Art. 6 Abs. 3 EMRK spezielle Ausprägungen des Rechts auf ein faires Verfahren aus Art. 6 Abs. 1 EMRK sind, prüft der EGMR beide Vorschriften zusammen. Siehe nur EGMR, Urt. v. 15.12.2015 – 9154/10 (Schatschaschwili v. Deutschland), Rn. 100.

⁴ EGMR, Urt. v. 15.12.2015 – 9154/10 (Schatschaschwili v. Deutschland), Rn. 109 ff. Der Name folgt aus der Modifikation der früheren Stufenprüfung durch die Große Kammer-Entscheidung in der Sache Al-Khawaja und Tahery v. das Vereinigte Königreich, EGMR, Urt. v. 15.12.2011 – 26766/05, 22228/06.

I. Verfahrensgeschichte und Sachverhalt

Der Beschwerdeführer B war vom LG Göttingen⁵ wegen gemeinschaftlichen schweren Raubes in Tateinheit mit schwerer räuberischer Erpressung in zwei Fällen verurteilt worden.⁶ Die Feststellungen des LG beruhten vor allem auf den Aussagen der beiden Tatopfer O und P. Bei diesen handelte es sich um sich zur Tatzeit legal⁷ in Deutschland aufhaltende Prostituierte lettischer Staatsangehörigkeit. Die Inhalte ihrer Zeugenaussagen wurden allerdings nicht im Rahmen einer unmittelbaren Vernehmung in der Hauptverhandlung gewonnen, sondern durch die Verlesung der Protokolle ihrer polizeilichen und ermittlungsrichterlichen Vernehmungen nach § 251 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 1 StPO eingeführt. Die Vernehmung durch einen Ermittlungsrichter war – unter Ausschluss von B gem. § 168c Abs. 3 S. 2 StPO und ohne vorige Bestellung eines anwesenheitsberechtigten Verteidigers – aufgrund der Ankündigung von O und P, baldmöglichst nach Lettland zurückkehren zu wollen, erfolgt.⁸ Der Protokollverlesung in der Hauptverhandlung vorausgegangen waren intensive,⁹ aber aufgrund der Rückkehr der Zeuginnen nach Lettland vergebliche Versuche des LG, eine persönliche Vernehmung in der Hauptverhandlung zu erreichen. Einer entsprechenden Ladung Folge zu leisten, hatten O und P unter Verweis auf ärztliche Bescheinigungen über ihr instabiles posttraumatisches Befinden abgelehnt. Die im Rechtshil-

⁵ LG Göttingen, Urt. v. 25.4.2008 – 63 Js 1244/07.

⁶ Von den an unterschiedlichen Tagen, einmal in Kassel, einmal in Göttingen, verübten angeklagten Taten sollen hier nur die Geschehnisse in Göttingen und das damit zusammenhängende weitere Verfahren dargestellt werden. Die Darstellungen basieren auf den Feststellungen aus der Kammerentscheidung (EGMR, Urt. v. 17.4.2014 – 9154/10 [Schatschaschwili v. Deutschland]) unter I. A. „Facts established by the Göttingen Regional Court“, sowie den Feststellungen der Großen Kammer (EGMR, Urt. v. 15.12.2015 – 9154/10 [Schatschaschwili v. Deutschland]), Rn. 14 ff.; siehe auch EGMR JR 2015, 95 (96 f.).

⁷ Siehe EGMR, Urt. v. 15.12.2015 – 9154/10 (Schatschaschwili v. Deutschland), Rn. 19. Die Kammer (Rn. 11 des Kammerurteils) ging noch davon aus, dass sich die beiden Opfer ohne Aufenthalts- und Arbeitserlaubnis in Deutschland aufhielten.

⁸ EGMR, Urt. v. 15.12.2015 – 9154/10 (Schatschaschwili v. Deutschland), Rn. 20.

⁹ Der Vertreter der deutschen Regierung trug in seiner Stellungnahme in der mündlichen Verhandlung vor der Großen Kammer am 4.3.2015 vor, dass allein die Korrespondenz mit dem Ausland schon eine Akte mit ca. 36 Briefen bzw. Schreiben zwischen dem deutschen und dem lettischen Richter sowie dem EJM beinhalte.

feweg mit Hilfe des Europäischen Justiziellen Netzes (EJN) organisierte audiovisuelle Vernehmung war vom lettischen Gericht aus demselben Grund kurzfristig abgesagt worden. Der darauffolgende Vorschlag des LG, die Zeuginnen entweder von einem Amtsarzt untersuchen zu lassen oder zu einer Aussage zu zwingen, war unbeantwortet geblieben. Auch unter Berücksichtigung des Beschleunigungsgebots in Haftsaachen war das Tatgericht daher zu dem Ergebnis gelangt, dass eine unmittelbare Zeugeneinvernahme von O und P nicht möglich war.

Als Zeugen vernommen wurden jedoch eine Freundin und eine Nachbarin, denen O und P von den Geschehnissen noch am Tattag bzw. am darauffolgenden Tag erzählt hatten; außerdem die Polizeibeamten und der Ermittlungsrichter, die O und P im Ermittlungsverfahren vernommen hatten. Weiterhin gab es Parallelen zu einem früheren Überfall durch B auf Prostituierte in Kassel. Infolge einer Mobiltelefon- und GPS-Überwachung stand außerdem fest, dass sich B zum Zeitpunkt der Tat am Tatort aufgehalten hatte. B hatte jede Beteiligung an dem Überfall abgestritten, aber zugegeben, zum Tatzeitpunkt am Tatort gewesen zu sein, um die Dienste der Frauen in Anspruch zu nehmen.

In seinem Urteil führte das LG aus, dass es sich bei der Beweiswürdigung des eingeschränkten Beweiswerts der Zeugenaussagen bewusst gewesen sei und das Fehlen von Konfrontationsmöglichkeiten gegenüber den einzigen unmittelbaren Zeugen berücksichtigt habe. Die Aussagen der Opferzeuginnen ebenso wie die der Zeugen vom Hörensagen würdigte das LG kritisch und vorsichtig.¹⁰ Es betonte darüber hinaus, dass während des Ermittlungsverfahrens keine Anhaltspunkte dafür vorhanden gewesen seien, dass die Zeugen ihre Aussagen im Hauptverfahren nicht wiederholen würden.¹¹ Aus diesem Grund sei kein Verteidiger zur ermittelungsrichterlichen Vernehmung bestellt worden.

Die von der Verteidigung wegen Verletzung von Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK eingelegte Revision zum BGH wurde als offensichtlich unbegründet verworfen; die hiergegen gerichtete Verfassungsbeschwerde wurde nicht zur Entscheidung angenommen.¹²

In seiner Individualbeschwerde rügte B u.a., das Gericht habe nicht alles Mögliche unternommen, um die Zeuginnen für die Hauptverhandlung herbeizubringen. Ihnen hätte etwa eine vorläufige Aufenthaltserlaubnis erteilt oder sie hätten in ein Zeugenschutzprogramm aufgenommen werden können. Außerdem hätten die nationalen Behörden auf politischer Ebene mit Lettland in bilaterale Verhandlungen treten müssen. Darüber hinaus sei absehbar gewesen, dass die Zeuginnen für eine weitere Vernehmung in Deutschland nicht mehr zur Verfügung stehen würden. Vor der zu Beweissicherungszwecken vorgenommenen ermittelungsrichterlichen Zeugenvernehmung hätte daher gem. §§ 141 Abs. 3, 140 StPO ein

Verteidiger bestellt werden müssen, welcher gem. § 168c Abs. 2 StPO bei der Zeugenvernehmung hätte anwesend sein dürfen. Insgesamt seien die aus der fehlenden Konfrontationsmöglichkeit resultierenden Einschränkungen der Verteidigungsrechte nicht ausreichend kompensiert worden.¹³

Die Kammer entschied am 17.4.2014 mit 5 zu 2 Stimmen gegen die Verletzung von Art. 6 Abs. 1, 3 lit. d EMRK.¹⁴ Am 8.9.2014 wurde der Antrag des Beschwerdeführers auf Verweisung der Rechtssache an die *Große Kammer* angenommen.

II. Problematik

Bei diesem Sachverhalt kommen Erschwernisse der Wahrheitsfindung zum Tragen, wie sie bei Auslandszeugen¹⁵ infolge der Grenzen deutscher Hoheitsgewalt typisch sind. Im Hauptverfahren sind häufig zeitaufwändige und kostspielige staatliche Bemühungen zur Herbeischaffung des Zeugen anzustrengen. Dies erfordert nicht nur der Unmittelbarkeitsgrundsatz, sondern auch die Rechtsprechung des EGMR, nach der die Beweisgewinnung grundsätzlich in öffentlicher Verhandlung in Gegenwart des Angeklagten mit dem Ziel einer kontradiktorischen („adversarial“) Erörterung stattfinden soll.¹⁶ Sie scheitern – wie hier – allerdings nicht selten an der Weigerung des Zeugen, persönlich nach Deutschland zu reisen oder für eine audiovisuelle Vernehmung in der Hauptverhandlung zur Verfügung zu stehen. Bei Fruchtlosigkeit der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit sind dem Gericht insbesondere mangels Zeugnispflicht bzw. Zeugniszwang¹⁷ die Hände gebunden. In der Hauptverhandlung bleibt somit

¹³ EGMR, Urte. v. 15.12.2015 – 9154/10 (Schatschaschwili v. Deutschland), Rn. 75, 77 ff.; im Kammerurteil unter Rn. 53 f.

¹⁴ Siehe die Kammerentscheidung in EGMR, Urte. v. 17.4.2014 – 9154/10 (Schatschaschwili v. Deutschland), Rn. 67 ff., mit der beachtlichen dissenting opinion von Richterin Power-Forde; zusammengefasst in der Entscheidung der *Großen Kammer* unter Rn. 69 ff.

¹⁵ In Anlehnung an § 244 Abs. 5 S. 2 StPO sind das Zeugen, deren Ladung im Ausland zu bewirken ist.

¹⁶ Vgl. EGMR, Urte. v. 15.12.2015 – 9154/10 (Schatschaschwili v. Deutschland), Rn. 103; EGMR, Urte. v. 15.12.2011 – 26766/05, 22228/06 (Al-Khawaja u. Tahery v. das Vereinigte Königreich), Rn. 118; EGMR, Urte. v. 19.7.2012 – 26171/07 (Hümmer v. Deutschland), Rn. 38 = NJW 2013, 3225 (3226); EGMR, Urte. v. 18.12.2014 – 14212/10 (Scholer v. Deutschland), Rn. 45; vgl. Krausbeck, Konfrontative Zeugenbefragung, 2010, S. 90 ff.; siehe auch Maffei, The Right to Confrontation in Europe, 2012, S. 35 ff., zu den 6 Bestandteilen des „confrontational paradigm“, welche auch in der Rechtsprechung des EGMR zum Ausdruck kommen und grundsätzlich vorausgesetzt werden: Publicity, Live Presence of the Accused, Live Presence of the Factfinder, Legal Commitment to Sincerity, Disclosure of Personal Identity, Adverse-questioning.

¹⁷ Siehe nur Norouzi, Die audiovisuelle Vernehmung von Auslandszeugen, 2010, S. 68 ff., der bei „Zeugnispflicht“ von der Erscheinungspflicht, bei „Zeugniszwang“ von ihrer Durchsetzbarkeit spricht.

¹⁰ EGMR, Urte. v. 15.12.2015 – 9154/10 (Schatschaschwili v. Deutschland), Rn. 32 ff.

¹¹ EGMR, Urte. v. 15.12.2015 – 9154/10 (Schatschaschwili v. Deutschland), Rn. 29; im Kammerurteil unter Rn. 23.

¹² EGMR, Urte. v. 15.12.2015 – 9154/10 (Schatschaschwili v. Deutschland), Rn. 48 ff.; im Kammerurteil unter Rn. 33 ff.

nur der Rückgriff auf frühere Zeugenaussagen. Kommt es dadurch zu einem Ausfall des Konfrontationsrechts, werden nicht nur bedeutende Verteidigungsrechte beschnitten; vielmehr wird die Wahrheitsfindung insgesamt gefährdet. Denn das Konfrontationsrecht dient, wenn es auch vorrangig als individuelles Verteidigungsrecht zum Zwecke der Gewährung einer wirksamen Einflussnahme auf die Entscheidungsgrundlage ausgestaltet ist, zumindest mittelbar auch einer umfassenden Aufklärung und gerechten Wahrheitsfindung.¹⁸ In der vorliegenden Fallkonstellation, in der die (zukünftigen Auslands-)Zeugen im Ermittlungsverfahren noch in Deutschland verfügbar sind und zugleich ihr Ausfall in der Hauptverhandlung droht, muss zur Sicherung des Fragerechts daher bereits im Ermittlungsverfahren Vorsorge geleistet werden. Wird mit der Zeugenvernehmung ein (wesentlicher) Teil der Hauptverhandlung vorweggenommen und damit ein kaum veränderliches Präjudiz geschaffen, sind grundsätzlich die in der Hauptverhandlung geltenden Verteidigungsrechte bereits im Ermittlungsverfahren einzuräumen.¹⁹ Das Erfordernis einer konventionskonformen Auslegung des § 141 Abs. 3 StPO in einem solchen Fall ist nach zu begrüßender Rechtsprechung des BGH bereits seit dem grundlegenden Urteil des *1. Strafsenats* vom 25.7.2000²⁰ anerkannt. Demnach muss vor einer ermittelungsrichterlichen Vernehmung eines zentralen Belastungszeugen zum Zwecke der Beweissicherung ein Verteidiger bestellt werden, wenn der Beschuldigte von der Anwesenheit gem. § 168c Abs. 3 StPO ausgeschlossen und abzusehen ist, dass die Mitwirkung eines Verteidigers im gerichtlichen Verfahren notwendig sein wird.²¹

¹⁸ Trechsel, AJP 2000, 1366 (1367); Demko, „Menschenrecht auf Verteidigung“ und Fairness des Strafverfahrens auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene, 2014, Rn. 553 f.; Renzikowski, in: Dölling (Hrsg.), Jus humanum, Grundlagen des Rechts und Strafrecht, Festschrift für Ernst-Joachim Lampe zum 70. Geburtstag, 2003, S. 791 (802); Frister, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, GVG und EMRK, Bd. 4, 5. Aufl. 2015, § 240 Rn. 3 m.w.N.; ablehnend demgegenüber aber Krausbeck (Fn. 16), S. 28 f., 47.

¹⁹ Vgl. Mehle, Zeitpunkt und Umfang notwendiger Verteidigung im Ermittlungsverfahren, 2006, S. 253; v. Stetten, in: Fahl/Müller/Satzger/Swoboda (Hrsg.), Ein menschengerechtes Strafrecht als Lebensaufgabe, Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag, 2015, S. 1053 (1059 f.); Schlothauer, StV 2001, 127 (128 f.).

²⁰ BGHSt 46, 93 (97 ff.) = NJW 2000, 3505 (3508 ff.) = NSStZ 2001, 212 m. Anm. Kunert, NSStZ 2001, 217 = JZ 2001, 359 m. Anm. Fezer, JZ 2001, 363, siehe auch die Besprechung von Eisele, JA 2001, 100 sowie Martin, JuS 2001, 194 f.; an diese Entscheidung wurde für die Vernehmung des Beschuldigten angeknüpft in BGHSt 47, 172 (176 ff.). Die Bestellung eines Verteidigers vor einer beweisichernden ermittelungsrichterlichen Vernehmung eines wesentlichen Belastungszeugen in Abwesenheit des Beschuldigten hat auch der 5. Strafsenat begrüßt, siehe BGHSt 47, 233 (236).

²¹ BGHSt 46, 93 (97, 99 f.). Insoweit reduziert sich das richterliche Ermessen nach § 141 Abs. 3 S. 1 StPO und verengt

Doch was, wenn dieser Sicherungshebel nicht gekippt und somit keine aktive Befragungsmöglichkeit gewährt wurde? Bislang hat der BGH als Folge einer unterlassenen Verteidigerbestellung unter ausdrücklicher Ablehnung eines Beweisverwertungsverbots lediglich eine Beweiswürdigungslösung vertreten und gefordert, dass die Zeugenbekundungen durch andere wichtige Gesichtspunkte außerhalb der Aussage bestätigt werden.²² Ob aber eine sorgfältige Beweiswürdigung und die Zeugenaussagen bestätigende Indizienbeweise das Defizit der Verteidigung heilen und ein insgesamt faires Verfahren gewährleisten können, ist zu bezweifeln.

III. Die präzisierte Ausgestaltung des Konfrontationsrechts

1. Schutzbereich: Idealfall und Grundsatzregel

Bereits bei der Rekapitulation des Gewährleistungsinhalts des Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK unterstreicht die *Große Kammer* die Bedeutung des Ermittlungsverfahrens, da die dort erlangten Beweise den Rahmen der in der Hauptverhandlung untersuchten Beweise absteckten.²³ Aus dem primären Zweck des Art. 6 EMRK, ein faires Verfahren vor einem „Gericht“ zu zusichern, folge nicht, dass dieser Artikel keine Anwendung im Vorverfahren finde. Vielmehr könne insbesondere Absatz 3 des Art. 6 EMRK bereits vor dem Hauptverfahren relevant werden, soweit die Verfahrensfairness voraussichtlich erheblich durch einen anfänglichen Verfahrensfehler vorherbestimmt werde.²⁴

Diese Feststellung stärkt die Verteidigungsrechte bei einer Verlagerung wesentlicher Entscheidungen in das Vorverfahren in erfreulicher Weise. Bedeutend ist sie nicht nur für die hier skizzierte Verfahrenssituation. Sie trägt insbesondere auch dem Phänomen Rechnung, dass sich der Verfahrensschwerpunkt in einigen Strafverfahrensrechtsordnungen ins Ermittlungsstadium verschoben hat und infolgedessen u.U. von einer erneuten Zeugenvernehmung in der Hauptverhandlung abgesehen wird.²⁵ Die Akzentuierung des Vorverfahrens

sich der entsprechende Beurteilungsspielraum der Staatsanwaltschaft aus § 141 Abs. 3 S. 2 StPO.

²² BGHSt 46, 93 (103 ff.); ablehnend etwa Fezer, JZ 2001, 363, der den Verstoß als Verstoß gegen das grundlegende, weiterreichende Recht auf Verteidigung einordnet und ein Beweisverwertungsverbot fordert; ebenso Eisele, JR 2004, 12 (17); Kunert, NSStZ 2001, 217; Schlothauer, StV 2001, 127 (129 ff.); Sowada, NSStZ 2005, 1 (6) m.w.N.; v. Stetten (Fn. 19.) S. 1059.

²³ EGMR, Urt. v. 15.12.2015 – 9154/10 (Schatschaschwili v. Deutschland), Rn. 104.

²⁴ EGMR, Urt. v. 15.12.2015 – 9154/10 (Schatschaschwili v. Deutschland), Rn. 104.

²⁵ Zur tatsächlichen Bedeutung des Ermittlungsverfahrens auch mit statistischen Belegen und zum Recht auf den Verteidiger in diesem Verfahrensstadium siehe Zöller, in: Livonius/Graf/Wolter/Zöller (Hrsg.), Strafverteidigung im Wirtschaftsleben, Festgabe für Hanns W. Feigen, 2014, S. 399. Ein nur beschränktes Unmittelbarkeitsprinzip kennt etwa die schweizerische Strafprozessordnung, vgl. Art. 343, 350 Abs. 2 schwStPO. Näher zur Rechtslage in der Schweiz

bringt zugleich zum Ausdruck, dass der Straßburger Gerichtshof eine solche Verfahrensweise nicht als mit der EMRK unvereinbar erachtet, sofern die prozessualen Absicherungen der Konvention eingehalten werden.²⁶ Dies ergibt sich auch aus der in der Rechtsprechung beständig betonten Grundsatzregel („as a rule“), dass dem Beschuldigten oder seinem Verteidiger zumindest einmal im Verlaufe des Verfahrens, entweder zum Zeitpunkt der Zeugenaussage oder zu einem späteren Verfahrenszeitpunkt, angemessene und ausreichende Gelegenheit geboten werden muss, den Belastungszeugen zu befragen, um seine Glaubwürdigkeit zu prüfen und seine Verlässlichkeit in Zweifel zu ziehen.²⁷

Ungeachtet dessen bleibt es aber bei dem Idealfall der Verwirklichung des Konfrontationsrechts im Rahmen der Beweisaufnahme in der öffentlichen (Haupt-)Verhandlung. Handelt es sich bei der Zeugenkonfrontation außerhalb der Hauptverhandlung zwar auch um eine den Wesensgehalt des Examinierungsrechts wahrende Verfahrensweise, so stellt sie doch eine rechtfertigungsbedürftige Einschränkung des Idealfalls, quasi die Ausnahme von der Regel dar.²⁸ Diese Ein-

schränkung des Idealfalls muss den Anforderungen des sog. „Al-Khawaja Test“ genügen.

2. Rechtfertigung einer Einschränkung des Konfrontationsrechts

Die Große Kammer bestätigt die in „Al-Khawaja u. Tahery“²⁹ herausgearbeitete und seither³⁰ gefestigte Stufenprüfung als das maßgebliche Prüfungsmuster.³¹

a) Die Prüfungsstufen seit „Al-Khawaja u. Tahery“

Der „Al-Khawaja Test“ enthält drei Prüfungsschritte:³² Für die Nichtanwesenheit des Zeugen in der Hauptverhandlung und damit verbunden auch die Zulässigkeit des nicht hinterfragten (mittelbaren) Beweises muss (auf der ersten Stufe) ein *sachlicher* bzw. *legitimer Grund* („good reason“/„motif sérieux“) vorliegen. Als ein solcher ist die hier relevante (rechtliche oder tatsächliche) Unerreichbarkeit³³ des Zeugen

Riklin, ZStW 126 (2014), 173 (176 ff.); Wohlers, ZStrR 2014, 424 (429 ff.). Eine Verlagerung des Schwerpunkts der Strafverfahren ins Ermittlungsstadium wird auch in Verfahrensordnungen festgestellt, in denen grundsätzlich eine öffentliche, mündliche und kontradiktorische Hauptverhandlung vorgesehen ist. Siehe zu Frankreich *Leblois-Happe*, ZStW 126 (2014), 185. (187 ff., 193); für Spanien *Bachmeier Winter*, ZStW 126 (2014), 194 (196); für die Niederlande *Groenhuijsen/Selçuk*, ZStW 126 (2014), 248, (258, 261); vgl. *Weigend*, in: Müller/Sander/Válková (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Eisenberg zum 70. Geburtstag, 2009, S. 657 (664), zu verschiedenen Faktoren, die die Barriere der Unmittelbarkeit zwischen Ermittlungs- und Hauptverfahren löchrig und brüchig machen.

²⁶ Hierzu ausdrücklich EGMR, Ur t. v. 15.12.2015 – 9154/10 (*Schatschaschwili v. Deutschland*), joint concurring opinion of judges Spielmann, Karakaş, Sajó, and Keller, Rn. 13; vgl. EGMR, Ur t. v. 19.7.2012 – 26171/07 (*Hümmer v. Deutschland*), Rn. 42 = NJW 2013, 3225 (3226).

²⁷ Siehe nur EGMR, Ur t. v. 18.12.2014 – 14212/10 (*Scholer v. Deutschland*), Rn. 45; EGMR, Ur t. v. 20.11.1989 – 11454/85 (*Kostovski v. Niederlande*), Rn. 41 = StV 1990, 481 (482); EGMR, Ur t. v. 14.12.1999 – 37019/97 (*A.M. v. Italien*), Rn. 25; EGMR, Ur t. v. 27.2.2001 – 33354/96 (*Lucà v. Italien*), Rn. 39; EGMR, Ur t. v. 15.12.2011 – 26766/05, 22228/06 (*Al-Khawaja u. Tahery v. das Vereinigte Königreich*), Rn. 118, 127.

²⁸ Vgl. EGMR, Ur t. v. 13.3.2012 – 5605/04 (*Karpenko v. Russland*), Rn. 68, 70: „The Court, however, considers that a close look at its case-law does not allow it to conclude that the very fact of an accused’s participation in confrontation interviews with witnesses at the pre-trial stage can, in itself, strip him or her of the right to have those witnesses examined in court. The Court has consistently held that the evidence must be produced ‘live’ before the body called upon to assess the case and determine the facts. This relates in the first place to the trial, which is the central aspect of criminal proceed-

ings and applies to witness evidence, which the defence must be able to question in open court.“ (Rn. 68). Siehe auch *Esser*, JR 2005, 248 (249); *Demko*, ZStrR 122 (2004), 416 (424) m.w.N.; *Gless*, in: Zöller/Hilger/Küper (Hrsg.), *Gesamte Strafrechtswissenschaft in internationaler Dimension*, Festschrift für Jürgen Wolter zum 70. Geburtstag am 7. September 2013, 2013, S. 1355 (1357); *Beulke*, in: Hanack/Hilger/Mehle/Widmaier (Hrsg.), *Festschrift für Peter Rieß zum 70. Geburtstag am 4. Juni 2002*, 2002, S. 3 (17).

²⁹ EGMR, Ur t. v. 15.12.2011 – 26766/05, 22228/06 (*Al-Khawaja u. Tahery v. das Vereinigte Königreich*), Rn. 120 ff.

³⁰ Siehe etwa EGMR, Ur t. v. 16.12.2014 – 4184/10 (*Horncastle u.a. v. das Vereinigte Königreich*), Rn. 132, 139; EGMR, Ur t. v. 18.12.2014 – 14212/10 (*Scholer v. Deutschland*), Rn. 49; EGMR, Ur t. v. 13.3.2012 – 5605/04 (*Karpenko v. Russland*), Rn. 61. Eine detailliertere, klare Zusammenfassung der nach dem EGMR anzuwendenden Prinzipien für den Fall, dass ein Zeuge nicht an der Hauptverhandlung teilnimmt, listen etwa die Fälle EGMR, Ur t. v. 25.10.2012 – 18027/05 (*Štefančič v. Slowenien*), Rn. 37, und EGMR, Ur t. v. 27.2.2014 – 5699/11 (*Lučić v. Kroatien*), Rn. 73, in 8 Schritten auf.

³¹ EGMR, Ur t. v. 15.12.2015 – 9154/10 (*Schatschaschwili v. Deutschland*), Rn. 107.

³² Zwar ist in EGMR, Ur t. v. 15.12.2011 – 26766/05, 22228/06 (*Al-Khawaja u. Tahery v. das Vereinigte Königreich*), Rn. 119, nur von zwei Voraussetzungen die Rede. Faktisch bleibt es aber bei drei Stufen. So ausdrücklich EGMR, Ur t. v. 18.12.2014 – 14212/10 (*Scholer v. Deutschland*), Rn. 46; EGMR, Ur t. v. 15.12.2015 – 9154/10 (*Schatschaschwili v. Deutschland*), Rn. 107.

³³ Vgl. nur EGMR, Ur t. v. 15.12.2015 – 9154/10 (*Schatschaschwili v. Deutschland*), Rn. 119 f.; EGMR, Ur t. v. 17.11.2005 – 73047/01 (*Haas v. Deutschland*) = NStZ 2007, 103 (105), hinsichtl. des Zeugen Said S.); EGMR, Ur t. v. 10.4.2012 – 8088/05 (*Gabrielyan v. Armenien*), Rn. 81; EGMR, Ur t. v. 13.3.2012 – 5605/04 (*Karpenko v. Russland*), Rn. 73 ff.; m.w.N. auch *Gless* (Fn. 28), S. 1358; *Paeffgen*, in: *Wolter* (Hrsg.), *Systematischer Kommentar zur Strafprozess-*

trotz angemessener staatlicher Bemühungen oder infolge der Verweigerung der beantragten Rechtshilfe durch den Aufenthaltsstaat anerkannt. Falls sich (im nächsten Schritt) herausstellt, dass die nichtkonfrontierte Zeugenaussage der *einzigste* oder *entscheidende Beweis* ist, müssen (auf der letzten Prüfungsstufe) *kompensatorische Maßnahmen* einschließlich strenger prozessualer Absicherungen („sufficient counterbalancing factors, including the existence of strong procedural safeguards“) greifen, um die aus der Beweiszulassung resultierenden Verteidigungsdefizite auszugleichen und sicherzustellen, dass das Verfahren als Ganzes fair war.³⁴

Als Reaktion auf die erhebliche Kritik seitens des Supreme Courts des Vereinigten Königreichs vor allem in der Sache „R v. Horncastle and others“³⁵, verzichtet dieses Prüfungsschema auf eine absolute „sole or decisive rule“, wie sie insbesondere noch in *Lucà v. Italien* gefestigt worden war.³⁶ Seine primäre Aufgabe sieht der EGMR demnach – wie auch in „Schatschaschwili“ betont wird – darin, die Fairness des Verfahrens in seiner Gesamtheit zu prüfen. Er betrachte das gesamte Verfahrensgeschehen unter Berücksichtigung sowohl der Verteidigungsrechte als auch der Interessen der Allgemeinheit sowie des Opfers an einer wirksamen Strafverfolgung und, sofern erforderlich, auch die der Zeugen.³⁷

ordnung, GVG und EMRK, Bd. 10, 4. Aufl. 2010, Art. 6 EMRK Rn. 156; *Renzikowski*, in: Hiebl/Kassebohm/Lilie (Hrsg.), Festschrift für Volkmar Mehle zum 65. Geburtstag am 1.1.2009, 2009, S. 529 (540); *Demko* (Fn. 18), Rn. 710.

³⁴ Die Prüfung der zweiten und dritten Stufe aus der Zeit vor Al-Khawaja u. Tahery erfolgt somit in umgekehrter Reihenfolge. Hierzu auch *Esser*, in: Sieber/Satzger/v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Europäisches Strafrecht, 2. Aufl. 2014, § 56 Rn. 47; *du Bois-Pedain*, HRRS 2012, 120 (132 f.).

³⁵ R. v. Horncastle [2009] UKSC 14 (Rn. 55 ff., 79 ff.), [2010] 2 WLR 47 (Rn. 67 ff., 74), siehe speziell Lord Phillips of Worth Matravers PSC unter [2009] UKSC 14 (Rn. 91 ff.), [2010] 2 WLR 47 (Rn. 119 ff.). Nun auch entschieden vom EGMR, Urt. v. 16.12.2014 – 4184/10 (Horncastle u.a. v. das Vereinigte Königreich).

³⁶ EGMR, Urt. v. 15.12.2015 – 9154/10 (Schatschaschwili v. Deutschland), Rn. 126 ff., 147; kritisch etwa *Esser/Gaede/Tsambikakis*, NStZ 2012, 619 (621); *Meyer*, HRRS 2012, 117 (119 f.); *Alcácer Guirao*, in: Zöllner/Hilger/Küper (Fn. 28), S. 833 (841 ff.); vgl. noch EGMR, Urt. v. 27.2.2001 – 33354/96 (*Lucà v. Italien*), Rn. 40; daher auch als „Lucà-Test“ bezeichnet, siehe *Jung*, GA 2009, 235 (238 ff.); *du Bois-Pedain*, HRRS 2012, 120 (126 ff.).

³⁷ EGMR, Urt. v. 15.12.2015 – 9154/10 (Schatschaschwili v. Deutschland), Rn. 101; bereits EGMR, Urt. v. 15.12.2011 – 26766/05, 22228/06 (Al-Khawaja u. Tahery v. das Vereinigte Königreich), Rn. 118, 146; EGMR, Urt. v. 19.7.2012 – 26171/07 (Hümmer v. Deutschland), Rn. 37 = NJW 2013, 3225 (3226); EGMR, Urt. v. 19.7.2012 – 29881/07 (Sievert v. Deutschland), Rn. 58 = JR 2013, 170 (174), m. krit. Anm. *Schroeder*; EGMR, Urt. v. 18.12.2014 – 14212/10 (Scholer v. Deutschland), Rn. 44.

b) Präzisierung der Stufenprüfung durch die Große Kammer

Auch auf Aufforderung der tschechischen Regierung³⁸ sah sich die *Große Kammer* veranlasst, den „Al-Khawaja Test“ insbesondere hinsichtlich des Verhältnisses der Prüfungsstufen zueinander zu präzisieren.

Da sowohl die deutsche als auch die tschechische Regierung vorgetragen hatten, dass die in „Al-Khawaja u. Tahery“ im Kontext eines Common Law Rechtssystems entwickelten Grundsätze nur bedingt auch für kontinental-europäische Rechtssysteme Anwendung finden könnten,³⁹ stellt der Gerichtshof klar, dass er ganz unabhängig von der jeweiligen Rechtsordnung denselben Standard zur Überprüfung des Art. 6 Abs. 1, 3 lit. d EMRK anwendet. Dabei betont er, dass er die Unterschiede in den Rechtssystemen und Verfahrensweisen der Vertragsstaaten beachten werde.⁴⁰ Die Prüfungsreihenfolge solle grundsätzlich („as a rule“) beibehalten werden.⁴¹

aa) Verletzung bereits bei Fehlen eines sachlichen Grundes?

Die Anwendung der Stufenprüfung hatte insbesondere zu der Frage geführt, ob allein das Fehlen eines legitimen Grundes für die Nichtverfügbarkeit des Zeugen in der Hauptverhandlung zu einer Verletzung des Art. 6 Abs. 1, 3 lit. d EMRK führt, selbst wenn die Zeugenaussage nicht die einzige oder entscheidende ist. Auf Basis der Rechtsprechung in „Al-Khawaja u. Tahery“⁴² hat der EGMR dies in mehreren Ent-

³⁸ EGMR, Urt. v. 15.12.2015 – 9154/10 (Schatschaschwili v. Deutschland), Rn. 96 ff. Siehe Art. 36 Abs. 2 EMRK.

³⁹ Siehe EGMR, Urt. v. 15.12.2015 – 9154/10 (Schatschaschwili v. Deutschland), Rn. 84 (dt. Regierung), Rn. 96 (tschech. Regierung). Die deutsche Regierung folgerte aus den Unterschieden zwischen der deutschen Strafprozessordnung und dem Common Law-System, dass der Beurteilungsspielraum für Ausnahmen in kontinental-europäischen Systemen größer sein müsse. Das deutsche Strafprozesssystem basiere anders als der Common Law-Prozess mit Juryentscheidung in einem viel größeren Umfang auf der professionellen Erfahrung von Richtern. Vor allem sei die Beweiswürdigung auch transparenter als im Common Law System, da der Richter im Urteil detailliert ausführen müsse, auf welchen Beweisen die Verurteilung beruht und wie sie bewertet wurden. Hierzu auch *Weigend*, in: Zöllner/Hilger/Küper (Fn. 28), S. 1145 (1147 f.).

⁴⁰ EGMR, Urt. v. 15.12.2015 – 9154/10 (Schatschaschwili v. Deutschland), Rn. 108 f.

⁴¹ EGMR, Urt. v. 15.12.2015 – 9154/10 (Schatschaschwili v. Deutschland), Rn. 117 f. Gegebenenfalls könne es im Hinblick auf die Betrachtung der Fairness des Verfahrens in seiner Gesamtheit aber zweckmäßig sein, die Prüfungsschritte in einer anderen Reihenfolge vorzunehmen. Zustimmend die Richter Hirvelä, Popović, Pardalos, Nußberger, Mahoney und Kūris in ihrer joint dissenting opinion, Rn. 7.

⁴² Siehe EGMR, Urt. v. 15.12.2011 – 26766/05, 22228/06 (Al-Khawaja u. Tahery v. das Vereinigte Königreich), Rn. 120.

scheidungen bejaht.⁴³ Begründet wurde dies damit, dass Zeugen grundsätzlich während des Gerichtsverfahrens vernommen werden müssten und alle verhältnismäßigen Anstrengungen zu unternehmen seien, um ihre Anwesenheit sicherzustellen.⁴⁴ In anderen Verfahren wurde dagegen festgestellt, dass es sich um offensichtlich nicht entscheidende Beweise handelte, mit der Folge, dass das Fehlen eines sachlichen Grundes nicht weiter geprüft werden musste.⁴⁵

Mit Blick auf die Maßgabe, die Fairness des Verfahrens in seiner Gesamtheit zu betrachten, entschied sich die Mehrheit der Richter nunmehr für eine flexiblere Handhabung. Denn es würde eine neue ausnahmslose Regel kreiert, wenn das Verfahren bereits allein wegen des Fehlens eines sachlichen Grundes auf erster Stufe als unfair anzusehen sei, obwohl der nicht konfrontierte Beweis weder der einzige noch der entscheidende oder für das Verfahrensergebnis sogar irrelevant war.⁴⁶ Das Scheitern einer Rechtfertigung auf der

ersten Prüfungsstufe stelle daher (nur) einen sehr gewichtigen Gesichtspunkt i.R.d. Würdigung der Fairness des Verfahrens in seiner Gesamtheit dar, der den Ausschlag für eine Verletzung des Art. 6 Abs. 1, 3 lit. d EMRK geben könnte.⁴⁷

Diese Präzisierung hat weitreichende Bedeutung für die Anforderungen an den Beweistransfer in die Hauptverhandlung. Mit der Lockerung der ersten Prüfungsstufe entfernt sich der EGMR von der strengen Forderung nach einer idealen Konfrontation eines jeden Zeugen in öffentlicher (Haupt-) Verhandlung. Dies trägt den nationalen Unterschieden in der Ausgestaltung der Beweisgewinnung Rechnung und steht in Einklang mit der Tendenz, vor allem auch aus Gründen der Verfahrensökonomie auf die erneute unmittelbare Zeugenvernehmung verzichten zu können, wenn eine solche zur Wahrheitsfindung nicht für erforderlich erachtet wird.⁴⁸

Ob damit aber mehr Klarheit in der Stufenprüfung erreicht wird, ist mit der „joint concurring opinion“⁴⁹ der Richter Spielmann, Karakaş, Sajó, und Keller zu bezweifeln. Nach Ansicht dieser Richter soll – nicht nur aus logischen Gründen, sondern auch im Hinblick auf eine effiziente und prozessökonomische Arbeit des Gerichtshofs – beim Fehlen eines sachlichen Grundes für die Abwesenheit des Zeugen in der Hauptverhandlung eine Verletzung auch dann anzunehmen sein, wenn dessen Aussage von irgendeiner, d.h. auch nur untergeordneter Bedeutung für das Verfahren ist.⁵⁰

Die Verlagerung der Entscheidung auf die letzte Ebene einer Gesamtbetrachtung schmälert die Vorhersehbarkeit des Ergebnisses und führt zu einer Verwässerung der Prüfung. Damit nimmt der EGMR dem Stufentest die einzig feste Hürde auf der ersten Stufe. Sie schränkt die Durchsetzungskraft des Teilhaberechts vor allem gegenüber solchen Zeugen

⁴³ EGMR, Urt. v. 11.7.2013 – 2775/07 (Rudnichenko v. die Ukraine), Rn. 104 ff.; ebenso in EGMR, Urt. v. 6.10.2015 – 30582/04, 32152/04 (Karpyuk u.a. v. die Ukraine), Rn. 108, 123. Teilweise stand bereits fest, dass die betroffene Zeugenaussage entscheidend war (siehe etwa EGMR, Urt. v. 13.3.2012 – 5605/04 [Karpenko v. Russland], Rn. 70 ff.); in anderen Fällen wurde dies in der weiteren Stufenprüfung ergänzend geprüft (so bei EGMR, Urt. v. 3.7.2014 – 63117/09 [Nikolitsas v. Griechenland], Rn. 35 ff.). Zum Teil wurde eine Verletzung bei Fehlen eines sachlichen Grundes auch bei Zeugenaussagen angenommen, die „inter alia“ dem Nachweis der Schuld dienten, ohne dass näher untersucht wurde, ob sie „decisive“ waren (siehe EGMR, Urt. v. 10.4.2012 – 8088/05 [Gabrielyan v. Armenien], Rn. 80 ff.).

⁴⁴ EGMR, Urt. v. 11.7.2013 – 2775/07 (Rudnichenko v. die Ukraine), Rn. 104

⁴⁵ Hierzu EGMR, Urt. v. 15.12.2015 – 9154/10 (Schatschaschwili v. Deutschland), Rn. 113 m.w.N., u.a. EGMR, Urt. v. 16.10.2014 – 20077/04 (Suldin v. Russland), Rn. 56: „They fell rather into the category of *corroborative evidence*, as the guilty verdict on the theft charges was reached on the basis of testimony taken during the trial and of other evidence [...]. The Court therefore concludes that the evidence of these absent witnesses cannot be considered relevant for the conviction of the applicant. It is accordingly not required to establish whether there were good reasons for their non-attendance.“ (Hervorhebungen durch Verf.); enger dagegen EGMR, Urt. v. 23.9.2014 – 17362/03 (Cevat Soysal v. die Türkei), § 7: „[...] 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 presumed that the personal appearance and questioning of that witness are necessary, unless his or her testimony is *manifestly irrelevant or redundant*.“ (Hervorhebungen durch Verf.).

⁴⁶ EGMR, Urt. v. 15.12.2015 – 9154/10 (Schatschaschwili v. Deutschland), Rn. 112. Dem folgten die Richter Hirvelä, Popović, Pardalos, Nußberger, Mahoney und Kūris in ihrer joint dissenting opinion, Rn. 5.

⁴⁷ EGMR, Urt. v. 15.12.2015 – 9154/10 (Schatschaschwili v. Deutschland), Rn. 113.

⁴⁸ Vgl. AE-Beweisaufnahme, GA 2014, 1, (3 ff., 11, 50); hierzu auch Jahn, StV 2015, 778 (779 ff.); kritisch hierzu etwa Ignor, in: Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (Hrsg.), Bericht der Expertenkommission zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des jugendgerichtlichen Verfahrens, 2015, Anlagenband I – Gutachten, S. 426, 428 ff.; Effizienzerwägungen sind ein zentraler Grund dafür, dass in einigen ausländischen Rechtsordnungen in verstärktem Maße auf eine doppelte Beweiserhebung verzichtet wird, siehe zur Rechtslage in der Schweiz Wohlers, ZStrR 2014, 424 (429 ff., 435 ff.); ders., ZStrR 2013, 318 (324); Riklin, ZStW 126 (2014), 173 (176 ff.); für die Niederlande Groenhuijsen/Selcuk, ZStW 126 (2014), 248 (258 ff., 276).

⁴⁹ EGMR, Urt. v. 15.12.2015 – 9154/10 (Schatschaschwili v. Deutschland), joint concurring opinion of judges Spielmann, Karakaş, Sajó, and Keller, Rn. 17 ff.

⁵⁰ EGMR, Urt. v. 15.12.2015 – 9154/10 (Schatschaschwili v. Deutschland), joint concurring opinion of judges Spielmann, Karakaş, Sajó, and Keller, Rn. 6 f. Kritisch auch Richter Kjølbros (dissenting opinion von Richter Kjølbros, Rn. 5 ff.) Im Ergebnis stimmt er der Mehrheit allerdings darin zu, dass das Fehlen eines guten Grundes nicht zwangsläufig und automatisch die Unfairness des Verfahrens begründet.

ein, deren Aussagen nicht als entscheidend angesehen werden. Denn nur bei einer Einstufung als einziger oder entscheidender Beweis kommt es nach dem „Al-Khawaja Test“ überhaupt zu einer Forderung nach Ausgleichsmaßnahmen. Das Fehlen eines sachlichen Grundes hat damit bei Zeugen, die den „sole or decisive“-Test nicht bestehen, keine Auswirkungen. Dies scheint angesichts der Tatsache, dass Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK das Konfrontationsrecht gegenüber *jedem* Belastungszeugen gewährt,⁵¹ unhaltbar. Was ein Zeuge aussagen und ob er seine Angaben in der Hauptverhandlung ändern wird, kann nicht sicher vorhergesagt werden. Außerdem wird jede in die Hauptverhandlung eingeführte Zeugenaussage als möglicherweise bedeutend für die Entscheidung befunden, vgl. § 244 Abs. 2 StPO. Der Beschuldigte muss auch eine auf den ersten Blick nur nebensächliche Zeugenaussage in Zweifel ziehen und damit das gesamte Beweisgebäude zum Einsturz bringen können.

Mit diesen Erwägungen ist aber noch nicht die letztlich auch mit der Reichweite des Unmittelbarkeitsgrundsatzes verbundene Entscheidung getroffen, dass jeder Zeuge für eine konfrontative Befragung persönlich in der Hauptverhandlung erscheinen muss. Hierfür sprechen die bekannten Gefahren des Beweistransfers, insbesondere bei einem Rückgriff auf das fehleranfällige Vernehmungsprotokoll, sowie die weiteren Vorzüge einer konfrontativen Vernehmung vor den Augen des zur Entscheidung berufenen Gerichts mit dem Ziel einer zuverlässigen Beweiswürdigung.⁵² Allerdings ist die Entscheidung über die Ausgestaltung des Beweisverfahrens eine nationale, rechtspolitische Entscheidung. Gegen einen strengen Unmittelbarkeitsgrundsatz werden nicht unberechtigte Einwände geltend gemacht.⁵³ Und sofern dem Beschuldigten eine effektive Befragungsmöglichkeit des Belastungszeugen im Verlauf des Strafverfahrens gewährt wird, ist das Konfrontationsrecht in seinem Kern gewahrt. Die Annahme, dass nicht automatisch eine Verletzung vorliegt, wenn es bereits an einem sachlichen Grund für die Abwesenheit des Zeugen in der Hauptverhandlung mangelt, trägt damit den rechtspolitischen Entscheidungsspielräumen der Konventionsstaaten in flexibler Weise Rechnung. In Anbetracht der unterschiedlichen Anforderungen an einen Beweistransfer in den Strafprozessordnungen der Konventionsstaaten erscheint die Präzisierung des EGMR somit bei solchen Zeugen, die nicht als „sole or decisive“ eingestuft werden, als eine akzeptable Ausgestaltung der Konventionsgarantie durch den EGMR.

Bei dem einzigen oder entscheidenden Zeugen darf das Fehlen eines sachlichen Grundes für seine Abwesenheit in der Hauptverhandlung dagegen nicht erst im Rahmen einer abschließenden Würdigung der Verfahrensfairness Beach-

tung finden. Gerade bei für wichtig erachteten Zeugen muss das Fehlen eines die Abwesenheit rechtfertigenden Grundes zu einer direkten Verletzung der Verfahrensfairness bereits auf erster Stufe führen. Kann die Abwesenheit nicht, etwa durch den Nachweis ausreichender Bemühungen zur Beibringung des Zeugen, begründet werden, darf ein Beweistransfer nicht erlaubt sein, es sei denn, der Angeklagte hat wirksam hierauf verzichtet. Dies muss selbst dann gelten, wenn zuvor bereits Gelegenheit zur Befragung des Zeugen durch den Beschuldigten oder den Verteidiger gewährt wurde. Dieser Umstand kann erst auf einer späteren Stufe zur Rechtfertigung der Einschränkung des Idealfalls führen. Mit einer solch strengen Forderung würde der EGMR zwar – wie bisher auch – eine unmittelbare Beweisaufnahme vor dem erkennenden Gericht fordern und das nationale Beweisrecht damit in einem wesentlichen Punkt prägen. Für einen solchen menschenrechtlichen Mindeststandard sprechen aber die Vorzüge einer idealen konfrontativen Vernehmung vor den Augen des zur Entscheidung berufenen Gerichts mit dem Ziel einer zuverlässigen Beweiswürdigung sowie die Gefahren des Beweistransfers.

Ob es sich bei der Lockerung der ersten Prüfungsstufe um eine merkliche Schwächung des Konfrontationsrechts handelt, wird die weitere Rechtsprechungsentwicklung zeigen.⁵⁴ Um einer Aushöhlung des Konfrontationsrechts bei nicht als entscheidend eingestuften Zeugen vorzubeugen, bedarf es vor allem auf nationaler Ebene einer starken Ausgestaltung der Verteidigungsrechte. Daher ist es weiterhin geboten, eine bestmögliche Gewährleistung der Konfrontationsmöglichkeit gegenüber jedem Zeugen anzustreben, dessen Aussage Teil der Entscheidungsgrundlage ist.⁵⁵

bb) Fortgeltung des Grundsatzes „impossibilium nulla est obligatio“?

Aus den Feststellungen der Großen Kammer wird zudem deutlich, dass der Grundsatz „impossibilium nulla es obligatio“ seine Geltung beibehält. Im Zuge der Anwendung des „Al-Khawaja Tests“ auf den konkreten Fall stellt die *Große Kammer* nämlich fest, dass den deutschen Behörden die Abwesenheit der Zeuginnen in der Hauptverhandlung in Einklang mit diesem Prinzip nicht vorgeworfen werden kann.⁵⁶ Das LG habe im Rahmen des rechtlich Möglichen alle ver-

⁵¹ Vgl. *Esser*, JR 2005, 248 (252).

⁵² Vgl. zu Funktionen des Unmittelbarkeitsgrundsatzes BVerfGE 57, 250 (276, 278); *Velten*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, GVG und EMRK, Bd. 5, 5. Aufl. 2016, Vor §§ 250 ff. Rn. 7 ff.; *Weigend* (Fn. 25), S. 660.

⁵³ Siehe etwa *Wohlers*, ZStrR 2014, 424 (438 ff.); *Weigend* (Fn. 25), S. 663; AE-Beweisaufnahme, GA 2014, 1, (3).

⁵⁴ Dieser Rechtsprechung ist der EGMR etwa gefolgt in EGMR, Urt. v. 24.11.2016 – 35688/11 (Manucharyan v. Armenien), Rn. 52, wo die Tatsache allein, dass nicht die nötigen Ermittlungen unternommen worden waren, um die Abwesenheit der einzigen Augenzeugin sicherzustellen bzw. die Behauptung, sie halte sich im Ausland auf, aufzuklären, als ein sehr wichtiger Faktor i.R.d. Bewertung der Fairness des Verfahrens in seiner Gesamtheit angesehen wurde. Da die Zeugenaussage als entscheidend einzustufen war und es an ausreichenden ausgleichenden Faktoren fehlte, stellte der EGMR aber eine Verletzung von Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK fest.

⁵⁵ Vgl. *Demko* (Fn. 18), Rn. 762 f. m.w.N.

⁵⁶ EGMR, Urt. v. 15.12.2015 – 9154/10 (Schatschaschwili v. Deutschland), Rn. 139.

nünftigen Anstrengungen unternommen, um die Anwesenheit der Zeuginnen sicherzustellen.⁵⁷ Damit kommt der EGMR zumindest implizit der Bitte der tschechischen Regierung nach, zur Fortgeltung des Grundsatzes Stellung zu beziehen.⁵⁸ Diese hatte zutreffend darauf hingewiesen, dass das Festhalten an „impossibilium nulla est obligatio“ infolge der grundsätzlich fehlenden Zwangsmöglichkeiten im Ausland gerade bei Verfahren mit Auslandszeugen wichtig sei. Der Grundsatz begrenzt die prinzipiell hohen Anforderungen an die – auch nachzuweisenden – Bemühungen des Gerichts und der nationalen Strafverfolgungsbehörden, die Anwesenheit des Zeugen in der Hauptverhandlung sicherzustellen. Diese Anforderungen, die zugleich Voraussetzung dafür sind, dass der sachliche Grund der Unerreichbarkeit eines (Auslands-) Zeugen auf erster Stufe bejaht werden kann, fasst der EGMR in Schatschaschwili anschaulich zusammen.⁵⁹

cc) Erfordernis ausgleichender Faktoren nur bei dem einzigen oder entscheidenden Zeugen?

Zu begrüßen ist die Klarstellung des EGMR, dass er das Vorliegen genügender ausgleichender Faktoren auch dann prüft – und somit auch dann fordert –, wenn aus der Einstufung des Beweiswerts durch das nationale Gericht unklar bleibt, ob der Beweis der einzige oder entscheidende war, sofern der Gerichtshof überzeugt ist, dass der Beweis von signifikantem Gewicht („significant weight“) war und seine Zulässigkeit die Verteidigungsrechte beschränkt haben könnte.⁶⁰

Eine starke inhaltliche Erweiterung der „sole or decisive rule“ in Form einer neuen, erweiterten Kategorie geht mit dieser Klarstellung aber nicht einher.⁶¹ Diese betrifft vielmehr die Befugnis des Gerichtshofs zur Überprüfung der nationalen Beweiswertbestimmung. Die Mehrheitsentscheidung enthält daher auch eine Erläuterung zur Herangehensweise des EGMR bei der Prüfung der zweiten Stufe. Ausgangspunkt für die Frage, ob die Aussage des abwesenden Zeugen der einzige oder entscheidende Beweis ist, sei die diesbezügliche Einschätzung der nationalen Gerichte. Diese müsse der Gerichtshof dahingehend überprüfen, ob die Bewertung inakzeptabel oder willkürlich erfolgt sei. Eine eigene Beweiswürdigung müsse er außerdem vornehmen, wenn die

Position der nationalen Gerichte unklar bleibe.⁶² Durch diese Präzisierung seiner Überprüfungsdichte auf zweiter Stufe ist der EGMR um einen Ausgleich zwischen der Achtung nationaler Beurteilungsspielräume und der notwendigen menschenrechtlichen Überprüfung bemüht. Eine Überprüfung der Beweiseinschätzung der nationalen Gerichte ist auch deshalb wichtig, weil die nationalen Gerichte und Regierungen, wie auch im Fall „Schatschaschwili“, entscheidende Beweise nicht notwendig als solche bezeichnen.⁶³ Mit der Präzisierung des EGMR kann daher eine Stärkung der Verteidigungsrechte verbunden sein, sofern zwischen Verteidigung und Gericht Uneinigkeit darin besteht, ob der Beweis für die Verurteilung entscheidend ist.⁶⁴ Zugleich wird deutlich, dass der Gerichtshof trotz seiner beständig betonten Zurückhaltung in eine Beweisprüfung und Kontrolle der richterlichen Beweiswürdigung und damit in nichts anderes als eine eigene Beweiswürdigung eintreten muss.⁶⁵

Zur Präzisierung der dritten Prüfungsstufe enthält das Urteil eine Zusammenstellung wichtiger Faktoren, die dem Ausgleich des Verteidigungsdefizits dienen und eine faire und verlässliche Beurteilung des Beweiswerts gestatten müssen.⁶⁶ Je bedeutender die Zeugenaussage, desto gewichtiger müssen die ausgleichenden Faktoren sein.⁶⁷ Als wichtige Schutzmechanismen zu nennen sind insbesondere die Möglichkeit, auch außerhalb der Hauptverhandlung zumindest indirekt, etwa schriftlich Fragen an den Zeugen zu stellen, die Vorführung einer Videoaufzeichnung der früheren Zeugenvernehmung, das Vorliegen weiterer, die Zeugenaussage bestätigender Beweise, aber auch eine vorsichtige und sorg-

⁵⁷ EGMR, Urt. v. 15.12.2015 – 9154/10 (Schatschaschwili v. Deutschland), Rn. 136 ff.

⁵⁸ EGMR, Urt. v. 15.12.2015 – 9154/10 (Schatschaschwili v. Deutschland), Rn. 97.

⁵⁹ EGMR, Urt. v. 15.12.2015 – 9154/10 (Schatschaschwili v. Deutschland), Rn. 120 ff.; siehe auch Krausbeck (Fn. 16), S. 244 ff.

⁶⁰ EGMR, Urt. v. 15.12.2015 – 9154/10 (Schatschaschwili v. Deutschland), Rn. 116; zustimmend die Richter Hirvelä, Popović, Pardalos, Nußberger, Mahoney und Kūris in ihrer joint dissenting opinion, Rn. 6.

⁶¹ Dies folgt auch aus dem Sondervotum von Richter Kjølbros (dissenting opinion, Rn. 12 f.), in dem er klarstellt, dass die Bezeichnung „significant weight“ nicht als Loslösung von der „sole or decisive rule“ zu verstehen sei.

⁶² EGMR, Urt. v. 15.12.2015 – 9154/10 (Schatschaschwili v. Deutschland), Rn. 124.

⁶³ Vgl. EGMR, Urt. v. 15.12.2015 – 9154/10 (Schatschaschwili v. Deutschland), Rn. 49, 88. Der Generalbundesanwalt und ihm folgend auch der BGH hatten vertreten, dass die Beweise weder die einzigen noch die entscheidenden gewesen seien. Die Regierung hat darauf hingewiesen, dass sie maßgeblich waren, aber durch gewichtige weitere Beweise erhärtet wurden. Dass die nationalen Richter vermeiden wollen, den Beweis als „sole or decisive“ zu charakterisieren, bemerken auch die Richter Spielmann, Karakaş, Sajó, und Keller in ihrer „joint concurring opinion“, Rn. 8.

⁶⁴ Kritisch aber gegenüber dieser Zurücknahme der Bedeutung des zweiten Prüfungsschritts und für eine stärkere Überprüfungsmöglichkeit der nationalen Beweiswürdigung die Richter Spielmann, Karakaş, Sajó, und Keller in ihrer „joint concurring opinion“, Rn. 8. Daher weisen sie auf die Notwendigkeit hin, dass der Gerichtshof über die nationalen Formulierungen hinaus schaut.

⁶⁵ Vgl. Esser/Gaede/Tsambikakis, NSTZ 2012, 619 (622 f.); Renzikowski (Fn. 33), S. 543; Jackson/Summers, The Internationalisation of Criminal Evidence, 2012, S. 339, 365; Gaede, Fairness als Teilhabe, 2007, S. 844 f.

⁶⁶ EGMR, Urt. v. 15.12.2015 – 9154/10 (Schatschaschwili v. Deutschland), Rn. 125 ff.

⁶⁷ EGMR, Urt. v. 15.12.2015 – 9154/10 (Schatschaschwili v. Deutschland), Rn. 116.

fältige sowie ausführlich begründete Beweiswürdigung.⁶⁸ Schließlich stellt der EGMR die Anforderung auf, dem Angeklagten müsse Gelegenheit gegeben werden, seine eigene Version der Geschehnisse zu präsentieren und die Aussagen der abwesenden Zeugen durch Hinweise auf Ungereimtheiten in Zweifel zu ziehen. Bei Kenntnis der Identität des Zeugen sei der Angeklagte in der Lage, etwaige Motive für eine Lüge zu identifizieren, und deshalb auch die Glaubhaftigkeit zu bestreiten.⁶⁹ Vor allem dieser letzte Gesichtspunkt belegt die Gefahr, dass das individuelle Teilhaberecht als ein Mittel zur zuverlässigen Beweiswürdigung herabgestuft und dementsprechend ausgestaltet wird.⁷⁰ Das nachträgliche Infragestellen der Zeugenaussage wirkt nur reaktiv, gewährt also gerade keine aktive Befragungsmöglichkeit und steht einem Angeklagten schon unabhängig vom Konfrontationsrecht zu. Gleiches gilt für die sorgfältige Beweiswürdigung.⁷¹ Diese Faktoren als wichtige Kompensationsmaßnahmen anzusehen, kann grundsätzlich nur in solchen Fällen überzeugen, in denen der Angeklagte auch durch aktive Einwirkungsmöglichkeiten in der Beweiserhebungsphase, insbesondere auch durch die Erhebung der von ihm beantragten Entlastungsbeweise auf die Bewertung der Glaubhaftigkeit der Aussage Einfluss nehmen konnte.⁷² Umso wichtiger ist, dass der EGMR die jedenfalls indirekte Fragemöglichkeit, etwa durch Einreichung eines Fragekatalogs oder über eine Audioverbindung⁷³ mit der Vernehmungsperson, sowie das Vorliegen weiterer (Indizien-)Beweise als Ausgleichsmaßnahmen beachtet.

c) Fazit

Nicht nur im Schrifttum⁷⁴ wurde die Modifikation aus „Al-Khawaja u. Tahery“ überwiegend als Schwächung des Kon-

frontationsrechts betrachtet. Auch unter den Richtern des EGMR war sie umstritten. So ließen die Richter Sajó und Karakaş verlauten: „Today the last line of protection of the right to defence is being abandoned in the name of an overall examination of fairness.“⁷⁵ Die Forderung des Gerichtshofs nach starken prozessualen Absicherungen kommentierten sie mit der – inhaltlich auch im deutschen Schrifttum gegen die Beweiswürdigungslösung vorgetragenen – Bemerkung: „While the Court calls for ‚extreme‘ care in the treatment of untested evidence, the reality is that either evidence is used or it is not.“⁷⁶ Auch in „Schatschaschwili“ geben u.a. die Richter Sajó und Karakaş die Besorgnis kund, dass eine zu flexible, auf eine Gesamtbetrachtung der Verfahrensfairness gerichtete Herangehensweise den nationalen Behörden zu viel Freiraum lasse.⁷⁷

Gerade bei der internationalen Beweisrechtshilfe muss die EMRK zum Schutz des Beschuldigten als starkes „Verbindungsstück“⁷⁸ zwischen den unterschiedlichen Rechtsordnungen und übergeordnetes „Referenzsystem“⁷⁹ mit klaren Vorgaben dienen. Überzeugen kann die im Grunde berechnete, auch schon vor „Al-Khawaja u. Tahery“ geäußerte⁸⁰ Sorge vor einer Aufweichung und Verwässerung der Einzelgarantie gleichwohl nicht. Durch die Betrachtung der Fairness des Verfahrens in seiner Gesamtheit übt der Gerichtshof bewusst Zurückhaltung („judicial self restraint“) aus und trägt den Unterschieden der nationalen Rechtsordnungen Rechnung.⁸¹ Die flexiblere Handhabung durch den EGMR beachtet die Notwendigkeit von Einzelfallgerechtigkeit und sorgt durch die Einräumung eines größeren nationalen Beurteilungsspielraums hinsichtlich der Umsetzung der menschenrechtlichen

⁶⁸ EGMR, Urt. v. 15.12.2015 – 9154/10 (Schatschaschwili v. Deutschland), Rn. 126 ff.

⁶⁹ EGMR, Urt. v. 15.12.2015 – 9154/10 (Schatschaschwili v. Deutschland), Rn. 131 m.w.N.

⁷⁰ Treffend Meyer, HRRS 2012, 117 (120): „Aus einem ehemals zwingenden subjektiven Recht wird *de facto* eine bloße Beweismethode, die im Prozess der Wahrheitsfindung nicht alternativlos ist.“ (Hervorhebungen im Original). Siehe auch Weigend (Fn. 39), S. 1163 f. zu verschiedenen Denkansätzen.

⁷¹ Siehe Dehne-Niemann, HRRS 2010, 189 (201 f.) m.w.N.

⁷² Vgl. Demko (Fn. 18) Rn. 730: „Anzulegen ist mithin ein *materieller* Bewertungsmaßstab [...], anhand dessen in dem konkreten Einzelfall zu prüfen ist, ob dem Angeklagten [...] dennoch in der Sache eine *materiell wirksame* antithetische Einflussnahme auf den Wahrheitsermittlungsprozess des belastenden Zeugenbeweises eingeräumt ist.“ (Hervorhebungen im Original). Siehe zum Zusammenhang zwischen der versagten Konfrontation des Belastungszeugen und der Notwendigkeit der Erhebung beantragter Entlastungsbeweise zutreffend bereits Esser, JR 2005, 248 (255 f.).

⁷³ Vgl. EGMR, Urt. v. 6.12.2012 – 25088/07 (Pesukic v. die Schweiz), Rn. 8, 12 f., 46, 50 ff.

⁷⁴ Kritisch äußern sich etwa Meyer, HRRS 2012, 117 (119 f.); Alcácer Guirao (Fn. 36), S. 841 ff.; Esser/Gaede/Tsambikakis, NSTz 2012, 619 (622 f.); aus Sicht von du Bois-Pedain,

HRRS 2012, 120 (138), war die „Modifikation des Lucà-Tests“ dagegen „die bessere Lösung“.

⁷⁵ Hierzu die „joint partly dissenting and partly concurring opinion“ der Richter Sajó und Karakaş auf S. 61, 62 f. des Urteils der Großen Kammer (EGMR, Urt. v. 15.12.2015 – 9154/10 [Schatschaschwili v. Deutschland]).

⁷⁶ Richter Sajó und Karakaş in ihrer „joint partly dissenting and partly concurring opinion“, auf S. 64 des Urteils der Großen Kammer (EGMR, Urt. v. 15.12.2015 – 9154/10 [Schatschaschwili v. Deutschland]).

⁷⁷ EGMR, Urt. v. 15.12.2015 – 9154/10 (Schatschaschwili v. Deutschland), joint concurring opinion of judges Spielmann, Karakaş, Sajó, and Keller, Rn. 17. Dies sei kein Schritt in Richtung einer Stärkung des Konfrontationsrechts (Rn. 19).

⁷⁸ Anschaulich Gless (Fn. 28), S. 1369.

⁷⁹ Gless, Beweisrechtsgrundsätze einer grenzüberschreitenden Strafverfolgung, 2006, S. 182 ff., 415 f.; Schuster, StV 2008, 396 (398); vgl. Schomburg/Lagodny, NJW 2012, 348 (353).

⁸⁰ Kritisch gegenüber der Gesamtbetrachtung etwa bereits Rzepka, Zur Fairneß im deutschen Strafverfahren, 2000, S. 102 ff.; siehe auch Dehne-Niemann, HRRS 2010, 189 (193).

⁸¹ Hierzu Krausbeck (Fn. 16), S. 54; Renzikowski, in: Hellmann/Schröder (Hrsg.), Festschrift für Hans Achenbach, 2011, S. 373 (378); Dehne-Niemann, HRRS 2010, 189 (192 f.); Gaede, JR 2006, 292 (293).

Vorgaben auch für größere Akzeptanz in den Konventionsstaaten.⁸² Gerade „Al-Khawaja u. Tahery“ und der Vortrag der deutschen Regierung in „Schatschaschwili“ zeigen, dass die Achtung der „national margin of appreciation“ von den Vertragsstaaten der Konvention eingefordert wird. Schließlich ist es nicht Aufgabe des EGMR, als eine Art „Superrevisionsinstanz“ die Details des nationalen Beweisrechts zu überprüfen, sondern einen effektiven Menschenrechtsschutz zu gewährleisten und die Konventionskonformität der nationalen Verfahrensweise zu überprüfen.⁸³ Dem kann er in geeigneter Weise durch eine globale Perspektive der Fairness des Verfahrens in seiner Gesamtheit nachkommen. Erforderlich ist dabei nichtsdestotrotz, dass sich aus seinem Prüfungsmaßstab konkrete inhaltliche Anforderungen an eine effektive Rechtsgewährung ableiten lassen.

Zwar erfordert die Stufenprüfung, vor allem auf der letzten Stufe, eine Abwägung der Einzelfallumstände, deren Ergebnis häufig kaum eindeutig berechenbar ist. Kritikwürdig ist auch die Qualifizierung einer vorsichtigen Beweiswürdigung oder der Berücksichtigung der sonstigen „reaktiven“ Einwirkungsmöglichkeiten als Ausgleichsfaktoren. Wie u.a. *Esser*, *Gaede* und *Dehne-Niemann* schon überzeugend dargelegt haben, können diese ein Defizit bei der aktiven Befragung auf der früheren Beweiserhebungsphase nicht ausgleichen.⁸⁴ Der auf eine ergebnisorientierte Einzelfallentscheidung zielende „Al-Khawaja Test“ ermöglicht aber letztlich den nötigen Ausgleich zwischen der Gewährung rechtsstaatlich erforderlicher, effektiver Verteidigungsrechte, dem Erfordernis einer „funktionstüchtigen“ Strafverfolgung mit dem Ziel der Wahrheitsfindung und schutzwürdigen Zeugeninteressen. Insgesamt qualifiziert sich die Ausformung des Konfrontationsrechts durch den EGMR als ausreichend individualschützend. Gerade die von der Mehrheit getragenen Klarstellungen in „Schatschaschwili“ führen durchaus zu einer Präzisierung des „Al-Khawaja Tests“. Wenn hiermit auch keine grundsätzliche Stärkung des Konfrontationsrechts einhergeht, ermöglicht dieser doch jedenfalls eine gerechte, im Einzelfall auch strenge Beurteilung der Konventionskonformität der nationalen Verfahrensweise und weist dem Konfrontationsrecht einen festen Kerngehalt zu. Diesen weiter auszubauen, ist vor allem auch Aufgabe der nationalen Rechtsordnung, der es frei steht, über den menschenrechtlichen Mindeststandard hinauszugehen. Sowohl den nationalen

Gerichten als auch dem EGMR obliegt es zukünftig, einen strengen Maßstab anzulegen und den Kerngehalt des Konfrontationsrechts als Recht auf aktive Teilhabe an der Festbeschreibung der Urteilsgrundlage zu stärken. Die Entscheidung der *Großen Kammer* ist ein wichtiger Schritt in diese Richtung.

IV. Zur Entscheidung des EGMR im konkreten Fall

1. Die Anwendung des „Al-Khawaja Tests“ auf den konkreten Fall

Der EGMR befand auch in den Sondervoten die vom LG Göttingen unternommenen Anstrengungen bis hin zur Annahme des sachlichen Grundes der Unerreichbarkeit der Zeuginnen für ausreichend.⁸⁵ Weitere verhältnismäßige Mittel hätten innerhalb der Hoheitsgewalt auf deutschem Territorium nicht zur Verfügung gestanden. Es habe insbesondere nichts dafür gesprochen, dass bilaterale Verhandlungen mit Lettland auf politischer Ebene innerhalb einer vernünftigen Zeit zu einer Zeugenvernehmung geführt hätten.⁸⁶

Auf der zweiten Prüfungsstufe wendet die *Große Kammer* ihr nunmehr präzisiertes Schema an und kommt zu dem Ergebnis, dass die Aussagen der Zeuginnen für die Verurteilung entscheidend waren.⁸⁷

Im Rahmen der darauffolgenden Prüfung auf dritter Stufe hebt sie die vorsichtige Beweiswürdigung durch das LG hervor. Dabei bemerkt sie auch, dass das LG keine Videoaufzeichnung in Augenschein nehmen konnte, da die Zeugenvernehmungen nicht derart konserviert worden waren. Berücksichtigung findet überdies, dass weitere belastende Beweise vom Hörensagen und Indizienbeweise in die Entscheidungsfindung einbezogen wurden. Wesentliche Defizite werden im Gegensatz zur Kammerentscheidung aber bei den prozessualen Kompensationsmaßnahmen festgestellt. Zwar habe der Beschwerdeführer die Möglichkeit gehabt, seine Version des Geschehens vorzutragen und die Glaubwürdigkeit der ihm bekannten Zeuginnen auch bei der Konfrontation der Zeugen vom Hörensagen in Frage zu stellen.⁸⁸ Es seien aber weder die Möglichkeit, schriftlich Fragen an die Zeu-

⁸² *Renzikowski* (Fn. 81), S. 378.

⁸³ Hierzu *Krausbeck* (Fn. 16), S. 53 f.; *Zöller*, ZJS 2010, 442 (443 f.); siehe auch *Gless*, ZStW 125 (2013), 573 (586 f.): „Mindeststandards an sich schaffen kein zwischenstaatlich harmonisiertes Beweisrecht.“

⁸⁴ Eingehend *Dehne-Niemann*, HRRS 2010, 189 (195 f., 199 ff.) m.w.N.; *Esser*, NStZ 2007, 106; *Gaede* (Fn. 65), S. 733, 843 ff.; *Demko* (Fn. 18), Rn. 741 ff., 768 ff.; *Gerdemann*, Die Verwertbarkeit belastender Zeugenaussagen bei Beeinträchtigungen des Fragerechts des Beschuldigten, 2010, S. 394 f.; *Sommer*, in: *Krekeler/Löffelmann/Sommer* (Hrsg.), *Anwaltkommentar Strafprozessordnung*, 2. Aufl. 2010, Art. 6 EMRK Rn. 108, 110; speziell zu gesperrten Zeugen *Wohlens*, StV 2014, 563 (564 f., 566).

⁸⁵ EGMR, Urt. v. 15.12.2015 – 9154/10 (Schatschaschwili v. Deutschland), Rn. 133 ff.; siehe auch in der joint concurring opinion der Richter Spielmann, Karakaş, Sajó, und Keller, Rn. 11; die joint dissenting opinion der Richter Hirvelä, Popović, Pardalos, Nußberger, Mahoney und Kūris, Rn. 9; die dissenting opinion von Richter Kjølbros, Rn. 17, sowie die Kammerentscheidung, Rn. 67 ff.

⁸⁶ EGMR, Urt. v. 15.12.2015 – 9154/10 (Schatschaschwili v. Deutschland), Rn. 139. Die Kammerentscheidung (Rn. 71) hatte darüber hinaus angenommen, dass angesichts der bereits länger andauernden Untersuchungshaft des Angeklagten auch die Erwägungen des Gerichts zum Beschleunigungsgebot nicht unerheblich gewesen seien.

⁸⁷ EGMR, Urt. v. 15.12.2015 – 9154/10 (Schatschaschwili v. Deutschland), Rn. 141 ff.

⁸⁸ EGMR, Urt. v. 15.12.2015 – 9154/10 (Schatschaschwili v. Deutschland), Rn. 152.

ginnen zu stellen, noch die Gelegenheit, sie im Ermittlungsverfahren zu befragen, gewährt worden.⁸⁹

Zwar sieht der EGMR unter Hinweis auf seine Gesamtbetrachtungsperspektive davon ab, die nationale Entscheidung, keinen Verteidiger zu bestellen, zu überprüfen. Er bemerkt aber, dass die Strafverfolgungsbehörden nach den Vorschriften der StPO, namentlich §§ 141 Abs. 3, 140 Abs. 1 StPO, und deren Interpretation durch den BGH einen Verteidiger hätten bestellen können, dem dann ein Anwesenheitsrecht nach § 168c Abs. 2, 5 StPO zugestanden hätte.⁹⁰ Die Befragungsweise von Belastungszeugen im Ermittlungsverfahren sei von großer Bedeutung und prägend für die Fairness des Gerichtsverfahrens, wenn zentrale Belastungszeugen in der Hauptverhandlung nicht gehört werden könnten und dafür Beweise aus dem Ermittlungsverfahren eingeführt würden.⁹¹ Unter solchen Umständen sei die Fairness des Verfahrens in seiner Gesamtheit entscheidend davon abhängig, ob die Strafverfolgungsbehörden zum Zeitpunkt der Zeugenbefragung im Ermittlungsverfahren in der Annahme handelten, dass der Zeuge in der Gerichtsverhandlung nicht mehr gehört werden könne. In einem solchen Fall, sei es zur Sicherung der Verteidigungsrechte essentiell, dann bereits die Möglichkeit zu erhalten, Fragen an den Zeugen zu stellen.⁹² Die Mehrheit der *Großen Kammer* ist davon überzeugt, dass die Befragung durch den Richter zur Beweissicherung und daher gerade in der Annahme stattfand, dass die Zeuginnen möglicherweise nicht in der Verhandlung in Deutschland erscheinen würden und das Protokoll einer richterlichen Vernehmung gem. § 251 Abs. 2 StPO leichter als das der nichtrichterlichen Vernehmung als Beweissurrogat eingeführt werden könnte. Diese Überzeugung stützt sie auch auf den Umstand, dass die Zeuginnen Angst vor Racheakten der Täter sowie Problemen mit der Polizei hatten und sie die Tat deshalb auch nicht direkt selbst zur Anzeige gebracht hatten.⁹³ Die Strafverfolgungsbehörden hätten das sich später auch realisierte Risiko in Kauf genommen, dass weder dem Angeklagten noch dem Verteidiger zu irgendeinem Zeitpunkt eine Konfrontationsmöglichkeit gewährt werden würde.⁹⁴ Im Rahmen der Betrachtung der Fairness des Verfahrens in seiner Gesamtheit kommt die Mehrheit zu dem Schluss, dass kaum prozessuale Schutzmechanismen ergriffen wurden, um das Verteidigungsdefizit aus dem Ermittlungsverfahren in der Hauptverhandlung zu kompensieren. Das Fehlen einer Möglichkeit, die Zeuginnen zu irgendeinem Zeitpunkt im Verlaufe des Verfahrens zu befragen, mache das Verfahren – trotz

zusätzlicher belastender Beweise und einer sorgfältigen, begründeten Beweismittelwürdigung – insgesamt unfair.⁹⁵

Die Sondervoten, wie auch die Kammerentscheidung,⁹⁶ messen den Ausgleichsmaßnahmen dagegen größeres Gewicht bei und billigen die Verfahrensweise im Ermittlungsverfahren, sodass sie eine ausreichende Kompensation des Verteidigungsdefizits annehmen.⁹⁷ Insbesondere gehen die abweichenden Stimmen davon aus, dass die Strafverfolgungsbehörde im Ermittlungsverfahren nicht in der Annahme verfahren ist, die Zeuginnen würden in der Hauptverhandlung nicht mehr gehört werden können. Zwar sei die richterliche Vernehmung aufgrund der vorherzusehenden Rückreise der Zeuginnen nach Lettland zur Beweissicherung vorgenommen worden. Die Tatsache, dass die Rückkehr ins Ausland vorhersehbar gewesen sei, könne aber nicht mit der Annahme gleichgestellt werden, dass es unmöglich sein würde, diese etwa audiovisuell in der Hauptverhandlung vernehmen zu können.⁹⁸ Lettland sei an internationale Verträge gebunden, um Rechtshilfe in Strafsachen, etwa bei der audiovisuellen Vernehmung von Zeugen, zu leisten.⁹⁹ Richter Kjølbros ist daher der Meinung, dass die Mehrheit der *Großen Kammer* die Bedeutung des Ermittlungsverfahrens und die Entscheidung, keinen Verteidiger zu bestellen und diesen sowie den Beschuldigten nicht zu unterrichten, überbewertet. Die Mehrheit beachte den Sinn und Zweck der Kompensationsmaßnahmen zu wenig, der darin liege, eine faire und verlässliche Würdigung der Zuverlässigkeit der Beweise zu ermög-

⁸⁹ EGMR, Urt. v. 15.12.2015 – 9154/10 (Schatschaschwili v. Deutschland), Rn. 153.

⁹⁰ EGMR, Urt. v. 15.12.2015 – 9154/10 (Schatschaschwili v. Deutschland), Rn. 155.

⁹¹ EGMR, Urt. v. 15.12.2015 – 9154/10 (Schatschaschwili v. Deutschland), Rn. 156.

⁹² EGMR, Urt. v. 15.12.2015 – 9154/10 (Schatschaschwili v. Deutschland), Rn. 157, 162.

⁹³ EGMR, Urt. v. 15.12.2015 – 9154/10 (Schatschaschwili v. Deutschland), Rn. 158 f.

⁹⁴ EGMR, Urt. v. 15.12.2015 – 9154/10 (Schatschaschwili v. Deutschland), Rn. 160.

⁹⁵ EGMR, Urt. v. 15.12.2015 – 9154/10 (Schatschaschwili v. Deutschland), Rn. 162 ff.

⁹⁶ Siehe das Urteil der Kammer in EGMR, 17.4.2014 – 9154/10 (Schatschaschwili v. Deutschland), Rn. 75, 77 f.; vgl. *Lohse*, JR 2015, 60 (62).

⁹⁷ Siehe die joint dissenting opinion der Richter Hirvelä, Popović, Pardalos, Nußberger, Mahoney und Kūris, in: EGMR, Urt. v. 15.12.2015 – 9154/10 (Schatschaschwili v. Deutschland), Rn. 10 ff., die dissenting opinion von Richter Kjølbros, in: EGMR, Urt. v. 15.12.2015 – 9154/10 (Schatschaschwili v. Deutschland), Rn. 21 ff. sowie die Kammerentscheidung EGMR, Urt. v. 17.4.2014 – 9154/10 (Schatschaschwili v. Deutschland), Rn. 75 ff.

⁹⁸ Joint dissenting opinion der Richter Hirvelä, Popović, Pardalos, Nußberger, Mahoney und Kūris, in: EGMR, Urt. v. 15.12.2015 – 9154/10 (Schatschaschwili v. Deutschland), Rn. 14 f.; dissenting opinion von Richter Kjølbros, in: EGMR, Urt. v. 15.12.2015 – 9154/10 (Schatschaschwili v. Deutschland), Rn. 28.

⁹⁹ Joint dissenting opinion der Richter Hirvelä, Popović, Pardalos, Nußberger, Mahoney und Kūris, in: EGMR, Urt. v. 15.12.2015 – 9154/10 (Schatschaschwili v. Deutschland), Rn. 15. Zur Untermauerung ihrer Argumentation verweisen sie auf den Vortrag des Beschwerdeführers, dass er eine erneute Zeugenvernehmung im Ermittlungsverfahren nicht beantragt habe, weil er davon ausging, die Zeuginnen in der Hauptverhandlung befragen zu können.

lichen.¹⁰⁰ Dies sei aufgrund des gesamten Beweisspektrums im Rahmen der detaillierten und begründeten Beweiswürdigung geschehen. Die Mehrheitsentscheidung sei ein Beispiel für eine eher formale Herangehensweise an die Bedeutung prozessualer Garantien, bei der das Versagen bestimmter prozessualer Garantien im Vorverfahren den gewonnenen Beweis illegal werden ließe, obwohl die Verwendung dieses Beweises das Verfahren als Ganzes bei einer Gesamtbetrachtung nicht unfair werden lasse.¹⁰¹

2. Bewertung der Entscheidung

Dass die *Kammer* und die *Große Kammer* unter Anwendung desselben Prüfungsschemas in dem zentralen Streitpunkt um eine ausreichende Kompensation zu unterschiedlichen Ergebnissen mit jeweils abweichenden Meinungen gelangen, belegt, wie schwierig die Entscheidung in dieser Sache fällt.

Das Votum von Richter Kjølbros ist bezeichnend für die globale Perspektive des EGMR. Durch seine Zurückhaltung bei der Beurteilung der Verfahrensfairness unter Achtung nationaler Beurteilungsspielräume bei beweisrechtlichen Entscheidungen bestätigte das Kammerurteil aus dem Jahr 2014 diesen Standpunkt.

Das Urteil der *Großen Kammer* übermittelt dagegen die eindringliche Botschaft, dass eine sorgfältige Beweiswürdigung sowie Indizienbeweise allein als Kompensationsmaßnahmen nicht genügen können, wenn theoretisch vorhandene Schutzmechanismen praktisch nicht effektiv genutzt wurden. Es appelliert an eine Stärkung des Konfrontationsrechts im Ermittlungsverfahren, wenn dort die Gefahr gesehen wird, dass der Zeuge in der Hauptverhandlung nicht mehr für eine konfrontative Befragung zur Verfügung stehen wird. Damit konstituiert die Entscheidung ein Handlungsgebot für die Strafverfolgungsbehörden und Ermittlungsrichter, dessen Missachtung bei unzureichenden Ausgleichsfaktoren eine Konfrontationsrechtsverletzung begründet. Konsequenterweise wird hiermit auch die strenge Linie des EGMR aus der Sache *Hümmer v. Deutschland*¹⁰² fortgeführt. Bereits in diesem Urteil aus dem Jahr 2012 hat der EGMR ein erhebliches Defizit in dem Umstand gesehen, dass dem Beschuldigten entgegen der von der deutschen Rechtsprechung geforderten konventionskonformen Auslegung des § 141 Abs. 3 StPO kein Verteidiger in den ermittelungsrichterlichen Vernehmungen zentraler zeugnisverweigerungsberechtigter Zeugen bestellt worden war.

Dem ist uneingeschränkt zuzustimmen. Bereits im Ermittlungsverfahren werden bekanntlich die entscheidenden Wei-

chen für den weiteren Verfahrensverlauf gestellt.¹⁰³ Eine zentrale Bedeutung nehmen Ermittlungshandlungen des Vorverfahrens erst Recht ein, wenn auf die dort erhobenen Beweise in der Hauptverhandlung zurückgegriffen wird und sie in die Urteilsgrundlage einfließen. Ein Verfahrensfehler im Ermittlungsverfahren schlägt sich dann in nicht wiedergutzumachender Weise im späteren Hauptverfahren nieder. Bereits dann eine Befragungsmöglichkeit für den Beschuldigten oder den Verteidiger einzuräumen, wenn vermutet wird, der Zeuge werde in der Hauptverhandlung nicht mehr für eine konfrontative Befragung zur Verfügung stehen, ist zwingende Voraussetzung zur Gewährleistung eines fairen, auf Waffengleichheit zielenden Verfahrens.¹⁰⁴ Es gilt zu verhindern, dass im Ermittlungsverfahren unter Verletzung des Anspruchs des Beschuldigten auf rechtliches Gehör aus Art. 103 Abs. 1 GG ein für den Schuldnachweis möglicherweise entscheidendes Beweisergebnis herbeigeführt wird, ohne dass der Beschuldigte und/oder sein Verteidiger Gelegenheit hatten, hierauf Einfluss zu nehmen.¹⁰⁵ Wird die entscheidungsrelevante Beweisaufnahme vorverlagert, müssen im Grunde die auch in der Hauptverhandlung geltenden Verteidigungsrechte eingeräumt werden.¹⁰⁶ Es ist somit nicht nur das Konfrontationsrecht, sondern eine umfassende wirksame Verteidigung sicherzustellen.¹⁰⁷

a) Zu den Anforderungen an die Prognose der Unmöglichkeit der Zeugenkonfrontation in der Hauptverhandlung

Näherer Betrachtung bedarf allerdings, ob die Mehrheit der Richter hier zu Recht davon ausgeht, dass im Ermittlungsverfahren in der Annahme verfahren wurde, die zukünftigen Auslandszeuginnen würden für eine spätere konfrontative Befragung in der Hauptverhandlung nicht mehr verfügbar sein. Immerhin stand nicht sicher fest, dass sie ihre weitere Mitwirkung verweigern würden.

Nach ständiger Rechtsprechung – sowohl der nationalen Gerichte als auch des EGMR – begründet allein der Auslandsaufenthalt noch nicht die Unerreichbarkeit des Zeugen.¹⁰⁸ Vielmehr müssen alle möglichen und vernünftigen

¹⁰⁰ Dissenting opinion von Richter Kjølbros, in: EGMR, Urt. v. 15.12.2015 – 9154/10 (*Schatschaschwili v. Deutschland*), Rn. 29 f.

¹⁰¹ Dissenting opinion von Richter Kjølbros, in: EGMR, Urt. v. 15.12.2015 – 9154/10 (*Schatschaschwili v. Deutschland*), Rn. 34.

¹⁰² EGMR, Urt. v. 19.7.2012 – 26171/07 (*Hümmer v. Deutschland*), Rn. 43, 47 f., 52 f. = NJW 2013, 3225 (3227 f.) m. Anm. *Pauly*, StV 2014, 456.

¹⁰³ Vgl. nur *Zöller* (Fn. 25), S. 400; *Krüger*, Unmittelbarkeit und materielles Recht, 2014, S. 58 m.w.N.; *Krausbeck* (Fn. 16), S. 98; *Esser*, in: *Esser/Jäger/Günther/Mylonopoulos/Öztürk* (Hrsg.), Festschrift für Hans-Heiner Kühne zum 70. Geburtstag, 2013, S. 539 (543).

¹⁰⁴ Vgl. *Wohlers/Albrecht*, in: *Wolter* (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, GVG und EMRK, Bd. 3, 5. Aufl. 2016, § 168c Rn. 18, 29, 30.

¹⁰⁵ Vgl. BVerfG NJW 2006, 672 (673); BGHSt 26, 332 (335); *Zöller*, in: *Gercke/Julius/Temming/Zöller* (Hrsg.), Heidelberger Kommentar zur Strafprozessordnung, 5. Aufl., 2012, § 168c Rn. 1.

¹⁰⁶ v. *Stetten* (Fn. 19), S. 1060.

¹⁰⁷ Siehe *Fezer*, JZ 2001, 363 (364); *Schlothauer*, StV 2001, 127 (128 f.); *Endriss*, in: *Hanack/Hilger/Mehle/Widmaier* (Fn. 28), S. 65 (74 f.); *Mehle* (Fn. 19), S. 286 m.w.N.; v. *Stetten* (Fn. 19), S. 1059 f.

¹⁰⁸ EGMR, Urt. v. 15.12.2015 – 9154/10 (*Schatschaschwili v. Deutschland*), Rn. 120 f. m.w.N.; siehe auch EGMR, Urt. v.

Bemühungen („all reasonable efforts“) angestrengt worden sein, um die Anwesenheit des Zeugen sicherzustellen. Bei Zeugen im Ausland ist hierzu insbesondere erforderlich, dass die verfügbare internationale Rechtshilfe in Anspruch genommen wurde.¹⁰⁹ Insoweit verweisen die Sondervoten zu treffend auf bestehende völkerrechtliche Rechtshilfepflichtungen. Besonders im EU-Rechtsraum hat sich die traditionelle Beweisrechtshilfe durch verschiedene Rechtsinstrumente mit dem Ziel der Effektivierung der grenzüberschreitenden Beweissammlung hin zu einer justiziellen Zusammenarbeit auf Basis des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung gerichtlicher Urteile und Entscheidungen, vgl. Art. 82 Abs. 1 AEUV, weiterentwickelt. Die grenzüberschreitende Zusammenarbeit zeichnet sich in vielen Bereichen durch Akzeptanz ausländischer (Justiz-)Entscheidungen, wie Europäischen Ermittlungsanordnungen¹¹⁰, und Toleranz gegenüber fremden Rechtsgebieten aus.¹¹¹ Es würde dem auf

gegenseitigem Vertrauen aufbauenden Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung widersprechen, ohne weitere Anhaltspunkte bereits im Ermittlungsverfahren anzunehmen, dass der später im Ausland verweilende Zeuge für eine konfrontative Befragung in der Hauptverhandlung nicht mehr verfügbar sein wird, und darüber hinaus eine generelle Skepsis gegenüber der Verlässlichkeit der grenzüberschreitenden Beweisrechtshilfe zum Ausdruck bringen. Paradox erschiene dies gerade auch deshalb, weil die auf EU-Ebene angenommene Basis gegenseitigen Vertrauens vor allem auf der Idee gründet, dass die Mitgliedstaaten gemeinsame Werte teilen und sich zur effektiven Gewährung von Grund- und Menschenrechten verpflichtet haben, vgl. Art. 6 EUV.

Zu Recht wird daher angenommen, dass eine Pflicht zur Ermöglichung einer konfrontativen Befragung (erst) dann besteht, wenn konkrete Anhaltspunkte für den späteren Ausfall in der Hauptverhandlung sprechen.¹¹² Zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang, dass die erforderliche Prognoseentscheidung der StPO nicht fremd ist. Die Besorgnis, dass der Zeuge in der Hauptverhandlung nicht vernommen werden kann, ist Voraussetzung des § 58a Abs. 1 S. 2 Nr. 2 StPO, nach dem die Vernehmung eines Zeugen – bei Hinzutreten der Erforderlichkeit zur Erforschung der Wahrheit – aufgezeichnet werden und als richterliche erfolgen soll. Auch diese Besorgnis muss anhand objektiver Anhaltspunkte oder nach kriminalistischer Erfahrung vorhersehbar sein.¹¹³ Eine ähnliche Voraussage hat die Staatsanwaltschaft überdies zu treffen, um ihrer Verpflichtung zur Beweissicherung aus § 160 Abs. 2 StPO nachzukommen – nach Möglichkeit durch die Veranlassung einer ermittlungsrichterlichen Vernehmung.¹¹⁴ Als typischer Anwendungsfall, in dem zu besorgen ist, dass der Zeuge in der Hauptverhandlung nicht vernommen werden kann, und der eine Beweissicherung erfordert, ist gerade ein bevorstehender (längerer) Auslandsaufenthalt, welcher für ein Erscheinen in der Hauptverhandlung nicht unterbrochen werden kann oder es zweifelhaft erscheinen lässt, ob der Zeuge für die Hauptverhandlung verfügbar sein wird, anerkannt.¹¹⁵ Konkret wäre die Prognose der Unverfügbarkeit des

10.4.2012 – 8088/05 (Gabrielyan v. Armenien), Rn. 81 ff.; EGMR, Urt. v. 17.11.2005 – 73047/01 (Haas v. Deutschland) = NStZ 2007, 103 (104 f.); EGMR, Urt. v. 14.12.1999 – 37019/97 (A.M. v. Italien), Rn. 27; BGH NJW 1953, 1522; BGH NJW 2000, 443 (447); *Rose*, Der Auslandszeuge im Beweisrecht des deutschen Strafprozesses, 1999, S. 162 ff., 294 ff., 448 ff. mit umfangreichen Nachweisen zu Rechtsprechung und Literatur; *Sander/Cirener*, in: Erb u.a. (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 6/1, 26. Aufl., 2010, § 251 Rn. 30, 65; *Velten* (Fn. 52), § 251 Rn. 20, 35; *Jäger*, in: Erb u.a. (a.a.O.), § 223 Rn. 11; *Schuster*, Verwertbarkeit im Ausland gewonnener Beweise im deutschen Strafprozess, 2006, S. 164 ff.

¹⁰⁹ Siehe die vorigen Nachweise sowie EGMR, Urt. v. 3.3.2011 – 31240/03 (Kuzkovskiy v. die Ukraine), Rn. 45; siehe auch *Vogler*, in: Ruggeri (Hrsg.), Transnational Inquiries and the Protection of Fundamental Rights in Criminal Proceedings, 2013, S. 27, 32, 38; *Klip*, Buitenlandse getuigen in strafzaken, 1994, S. 354, 367 f.

¹¹⁰ Siehe die Richtlinie 2014/41/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 3.4.2014 über die Europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen, Abl. EU 2014 Nr. L 130 v. 1.5.2014, S. 1 ff. (RL EEA).

¹¹¹ Vgl. hierzu *Hecker*, Europäisches Strafrecht, 5. Aufl., 2015, Kap. 2 Rn. 64 ff.; *Gleß/Schomburg*, in: Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner (Hrsg.), Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 5. Aufl. 2012, Kap. III B 1 Rn. 9 ff.; *Hackner/Schierholt*, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 2. Aufl., 2012, Rn. 17. Letzteres wird insbesondere durch die Etablierung des Grundsatzes „forum regit actum“ in Regelungen des EU-RhÜbk (Übereinkommen vom 29.5.2000 – gemäß Art. 34 des Vertrags über die Europäische Union vom Rat erstellt – über die Rechtshilfe in Strafsachen zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union, Abl. EG 2000 Nr. C 197 v. 12.7.2000, S. 3 ff.) sowie der RL EEA belegt. Vgl. Art. 4 Abs. 1 EU-RhÜbk, Art. 9 Abs. 2 RL-EEA; speziell für die audiovisuelle Vernehmung Art. 10 Abs. 5 lit. c EU-RhÜbk, Art. 24 Abs. 5 lit. c RL. Ganz ähnliche Vorschriften gelten sogar auf Ebene des Europarats, vgl. Art. 9 2. ZP-EuRhÜbk (Zweites Zusatzprotokoll vom 8.11.2001

zum Europäischen Übereinkommen vom 20.4.1959 über die Rechtshilfe in Strafsachen) für die audiovisuelle Vernehmung, Art. 8 2. ZP-EuRhÜbk für die Einhaltung der ausdrücklich vom ersuchenden Staat angegebenen Formvorschriften und Verfahren.

¹¹² *Krausbeck* (Fn. 16), S. 249; *Esser*, in: Erb u.a. (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 11, 26. Aufl., 2012, Art. 6 EMRK Rn. 795; siehe auch den AE-Beweisaufnahme, GA 2014, 1 (12, 64).

¹¹³ Siehe *Senge*, in: Hannich (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 7. Aufl., 2013, § 58a Rn. 7; *Huber*, in: Graf (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafprozeßordnung, Stand: 1.10.2016, § 58a Rn. 9.

¹¹⁴ *Zöller* (Fn. 1055), § 160 Rn. 9.

¹¹⁵ Vgl. BT-Drs. 13/7165, S. 6: „Auch bei Zeugen, deren Rückkehr ins Ausland bevorsteht, bei denen zweifelhaft erscheint, ob sie den Hauptverhandlungstermin wahrnehmen können, deren Aussage jedoch von erheblicher Bedeutung ist,

Zeugen in der Hauptverhandlung etwa zu bejahen, wenn der Zeuge vor einer Abschiebung steht und er seine weitere Kooperation ausdrücklich verweigert oder er sich, etwa als Tatbeteiligter, einer erneuten Aussage durch eine Flucht ins Ausland entziehen will.¹¹⁶ Gerade wenn sich die Ausreise des Zeugen ankündigt und dieser in die Tat verwickelt ist, sich vor Repressalien fürchtet oder ihm ein Zeugnis- oder Auskunftsverweigerungsrecht zusteht, bedarf es einer beweisichernden Vernehmung unter Einräumung einer Befragungsmöglichkeit.¹¹⁷ Im Fall „Schatschaschwili“ sprachen zwar keine zwingenden Belege für die spätere Unverfügbarkeit von O und P. Aus dem Verfahrensgeschehen und der konkreten Situation der Zeuginnen ergaben sich aber hinreichende Anhaltspunkte, die die spätere Unerreichbarkeit in der Hauptverhandlung befürchten ließen.¹¹⁸ Die Mehrheitsentscheidung stützt ihre Annahme daher richtigerweise nicht nur auf die Ankündigung der Zeuginnen, baldmöglichst nach Lettland zurückzukehren, sondern berücksichtigt darüber hinaus ihre besondere Situation, insbesondere die späte Anzeigeerstattung aus Angst vor Problemen mit der Polizei und

Racheakten der Beschuldigten.¹¹⁹ O und P wollten ihren – aus ihrer Sicht wohl illegalen – Aufenthalt und ihre Tätigkeit nicht öffentlich machen.¹²⁰ Gerade bei Opfern von Gewalttaten ist schließlich nicht untypisch, dass sie das Erlebte nicht oder nur ungern noch einmal nachvollziehen wollen. Die Sondervoten schenken diesen besonderen Fallumständen zu geringe Beachtung, indem sie lediglich auf die vorhersehbare Rückkehr der Zeuginnen nach Lettland abstellen.¹²¹ Bei der gegebenen Sachlage können theoretische Rechtsverpflichtungen nicht ausreichen, um auf eine vorsorgliche Gewährung des Konfrontationsrechts verzichten zu dürfen. Beachtenswert ist insoweit auch, dass der EGMR vornehmlich die Vorhersehbarkeit einer künftigen Befragung des Zeugen in einer Verhandlung vor Gericht in Deutschland, also den Idealfall einer Konfrontation, in den Blick nimmt.¹²² Eine mögliche (kommissarische, konsularische oder sonstige) Vernehmung im Ausland in Anwesenheit des Angeklagten bzw. des Verteidigers oder die Gelegenheit, schriftlich Fragen an den Auslandszeugen zu stellen, würde das Prognoseergebnis folglich nicht ändern, wenngleich eine solche zweifellos als wichtiger Ausgleichsfaktor zum Tragen kommen würde.¹²³

wird es sich in der Regel als zweckmäßig erweisen von der Vernehmung eine Bild-Ton-Aufzeichnung herzustellen.“; Gercke, in: Gercke/Julius/Temming/Zöllner (Fn. 106), § 58a Rn. 9; Vogel, Erfahrungen mit dem Zeugenschutzgesetz, 2003, S. 30; Senge (Fn. 113), § 58a Rn. 3; Wohlers/Albrecht (Fn. 104), § 160 Rn. 26.

¹¹⁶ Vgl. Krausbeck (Fn. 16), S. 250 m.w.N.

¹¹⁷ Siehe Esser (Fn. 112), Art. 6 EMRK Rn. 795; zum auskunftsverweigerungsberechtigten Mitbeschuldigten siehe ders., JR 2005, 248 (252 f.); demgegenüber eine stärkere Vorhersehbarkeit der Aussageverweigerung fordernd Krausbeck (Fn. 16), S. 249 Fn. 53; siehe auch BVerfG NJW 2007, 204 (205 ff.), einen Verstoß gegen das Konfrontationsrecht bei Unmöglichkeit der Befragung des in der Hauptverhandlung die Auskunft verweigernden, lediglich im Ermittlungsverfahren polizeilich vernommenen Mitbeschuldigten ablehnend; siehe auch BGH NStZ 2009, 581.

¹¹⁸ Da auch die Erforderlichkeit der Aufzeichnung zur Erforschung der Wahrheit i.S.d. § 58a Abs. 1 S. 2 Nr. 2 StPO zu bejahen gewesen wäre, ist ein Verfahrensfehler auch in der unterbliebenen Videoaufzeichnung zu sehen. Eine solche dient als wichtiger Kompensationsfaktor. Ob sie zu einem anderen Gesamturteil der Großen Kammer geführt hätte, muss aber bezweifelt werden. In den überwiegenden Fällen hat der EGMR bisher – zu Recht – auch bei Vorliegen einer Videoaufzeichnung eine aktive Befragungsmöglichkeit verlangt. Siehe etwa EGMR, Urt. v. 28.9.2010 – 40156/07 (A.S. v. Finnland), Rn. 62 ff. = NJOZ 2011, 1739, 1741; EGMR, Urt. v. 19.12.2013 – 26540/08 (Rosin v. Estland), Rn. 62. Anders dagegen EGMR, Urt. v. 2.4.2013 – 25307/10 (D.T. v. die Niederlande), Rn. 17 ff., 47 ff., wo die Gefahr einer Schädigung des Kindeswohls die Verteidigungsinteressen überwog. Die Glaubhaftigkeit der Aussage des Kindes war außerdem von vier Sachverständigen untersucht worden, die selbst konfrontativ befragt wurden.

¹¹⁹ Siehe EGMR, Urt. v. 15.12.2015 – 9154/10 (Schatschaschwili v. Deutschland), Rn. 159.

¹²⁰ Vgl. EGMR, Urt. v. 15.12.2015 – 9154/10 (Schatschaschwili v. Deutschland), Rn. 11, 25, und Rn. 2 der dissenting opinion von judge Power-Forde. Hier wird noch ein illegaler Aufenthalt angenommen.

¹²¹ Siehe die joint dissenting opinion der Richter Hirvelä, Popović, Pardalos, Nußberger, Mahoney und Küris, in: EGMR, Urt. v. 15.12.2015 – 9154/10 (Schatschaschwili v. Deutschland), Rn. 15.

¹²² Siehe EGMR, Urt. v. 15.12.2015 – 9154/10 (Schatschaschwili v. Deutschland), Rn. 157 („In such circumstances, it is vital for the determination of the fairness of the trial as a whole to ascertain whether the authorities, at the time of the witness hearing at the investigation stage, proceeded on the assumption that the witness *would not be heard at the trial*. Where the investigating authorities took the reasonable view that the witness concerned *would not be examined at the hearing of the trial court* [...]“ (Hervorhebungen durch Verf.). In Rn. 160 stellt der EGMR dagegen auf das Risiko des Ausfalls der Konfrontationsmöglichkeit während des gesamten Verfahrens ab („By proceeding in that manner, they took the foreseeable risk, which subsequently materialised, that neither the accused nor his counsel would be able to question O. and P. at any stage of the proceedings [...]“ [Hervorhebungen durch Verf.]).

¹²³ Hierfür spricht, dass die Zeugenkonfrontation idealerweise in öffentlicher Verhandlung auch vor den Augen des zur Entscheidung berufenen Gerichts stattfinden sollte (siehe EGMR, Urt. v. 13.3.2012 – 5605/04 [Karpenko v. Russland], Rn. 70, zitiert bereits in Fn. 28). Eine spätere Vernehmung im Ausland mag außerdem trotz der gebotenen Einhaltung inländischer Verfahrensregeln nicht immer eine gleich effektive Konfrontationsmöglichkeit eröffnen. Die Ermittlungsbehörden im Inland sind mit den Einzelheiten des Verfahrens in der Regel vertrauter und noch näher am Tatgeschehen, sodass

Möchte der Zeuge im Ausland bleiben, kann lediglich die audiovisuelle Vernehmung gem. § 247a StPO als eine Vernehmung in der Hauptverhandlung qualifiziert werden.¹²⁴ Allerdings ist auch im heutigen Medienzeitalter kaum sicher vorhersehbar, ob eine solche tatsächlich und in guter Qualität stattfinden wird.¹²⁵

Dass die Staatsanwaltschaft selbst von dem späteren Beweisverlust ausgegangen ist, wird schließlich durch die Veranlassung einer beweissichernden, ermittelungsrichterlichen Vernehmung dokumentiert, vgl. §§ 160 Abs. 2, 162 StPO, Nr. 10 RiStBV. Insoweit kann die Argumentation der Mehrheitsentscheidung überzeugen. Zu befürworten ist daher auch die Forderung, in jedem Fall einer (ermittelungsrichterlichen) Zeugenvernehmung zur Beweissicherung einen Verteidiger zu bestellen.¹²⁶ Schärfen die Ermittlungsbehörden aufgrund der Besorgnis eines Beweisverlusts ihre Waffen in Form einer ermittelungsrichterlichen Vernehmung, bedarf es zur Sicherung der Waffengleichheit zugleich zwingend einer Stärkung des Verteidigungsrechts.

eine intensivere Überprüfung der Zeugenaussage möglich sein mag. Der bei der ausländischen Vernehmung mit anwesende deutsche Staatsanwalt, Richter und Verteidiger kann zudem möglicherweise nicht so intensiv wie gewünscht auf Verfahrensablauf und -inhalt sowie die Protokollierung einwirken (vgl. *Schuster* [Fn. 108], S. 197). Eine persönliche Befragung des Zeugen im Ermittlungsverfahren ist zudem effektiver als die Formulierung und Übersendung eines starren Fragenkatalogs.

¹²⁴ Vgl. die joint dissenting opinion der Richter Hirvelä, Popović, Pardalos, Nußberger, Mahoney und Kūris, in: EGMR, Urt. v. 15.12.2015 – 9154/10 (Schatschaschwili v. Deutschland), Rn. 15, die vor allem auf die rechtshilferechtliche Verpflichtung bei der Vernehmung per Videokonferenz hinweisen.

¹²⁵ Die Auffassungen zur videokonferenztechnischen Infrastruktur der gerichtlichen und staatsanwaltschaftlichen Praxis sowie zum technischen Funktionieren divergieren. Während teilweise darauf verwiesen wird, dass die Ausrüstung im In- und Ausland flächendeckend einwandfrei ist (*Kretschmer*, JR 2006, 453 [456]; zu den Erfahrungen mit der Videotechnik im Ausland siehe auch *Swoboda*, Videotechnik im Strafverfahren, 2002, S. 90 ff.), wird an anderer Stelle die meist noch fehlende technische Ausstattung als Grund für den geringen Einsatz in der gerichtlichen Praxis angeführt (vgl. den Gesetzentwurf des Bundesrates zum Gesetz zur Intensivierung des Einsatzes von Videokonferenztechnik in gerichtlichen und staatsanwaltschaftlichen Verfahren vom 24.3.2010, BT-Drs. 17/1224, S. 1, 10, 12; *Groenhuijsen/Selçuk*, ZStW 126 [2014], 248 [262]). Angaben zu Standorten von Videokonferenzanlagen, Ansprechpartnern sowie zu den technischen Gegebenheiten im EU-Rechtsraum finden sich unter: https://e-justice.europa.eu/content_videoconferencing-69-de.do (1.1.2017).

¹²⁶ So auch *Mehle* (Fn. 19), S. 253 f., 286 (jedenfalls bei gleichzeitiger Annahme einer notwendigen Verteidigung).

b) Reichweite der vorsorglichen Gewährung des Konfrontationsrechts

Wenn es sich im vorliegenden Fall auch um die – auch in BGHSt 46, 93 einschlägige – Konstellation einer ermittelungsrichterlichen Vernehmung zentraler Belastungszeugen in einem Fall notwendiger Verteidigung handelt, beschränkt sich die Pflicht zur Gewährleistung des Verteidigungsrechts allerdings nicht auf diese. Das Konfrontationsrecht gilt bei jedem Tatvorwurf gegenüber jedem Zeugen, unabhängig vom Vorliegen der Voraussetzungen der §§ 141, 140 StPO, von dem prognostizierten Gewicht des Belastungsbeweises und auch von der die Vernehmung durchführenden Person (Polizeibeamter, Staatsanwalt oder Richter).¹²⁷

Um eine umfassende vorsorgliche Konfrontation auch unabhängig von der Notwendigkeit der Verteidigung zu ermöglichen, scheint ein gangbarer Weg zunächst eine konventionskonforme Auslegung des § 141 Abs. 3 S. 1 StPO.¹²⁸ Beachtlich ist allerdings, dass der Staatsanwaltschaft als Herrin des Ermittlungsverfahrens nach vom BGH¹²⁹ bestätigter Rechtsprechung ein Antragsmonopol¹³⁰ zukommt. Der für die Bestellung gem. § 141 Abs. 4 StPO zuständige Richter darf demnach erst auf Antrag der Staatsanwaltschaft tätig werden, welcher gem. § 141 Abs. 3 S. 2 StPO wiederum an die Voraussetzungen des § 140 StPO anknüpft. Denkbar wäre daher allenfalls, bei der Vernehmung eines zukünftig voraussichtlich unerreichbaren Zeugen in Abwesenheit des Beschuldigten, die Schwierigkeit der Sach- oder Rechtslage oder das Unvermögen des Beschuldigten, sich selbst zu ver-

¹²⁷ *Krausbeck* (Fn. 16), S. 251, 253, 255 ff., 270; *Esser*, JR 2005, 248 (252); *Gerdemann* (Fn. 84), S. 154 ff., 368; *Erb*, in: *Erb u.a.* (Hrsg.), *Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz*, Bd. 5, 26. Aufl. 2008, § 168c Rn. 9a; a.A. wohl *Mehle* (Fn. 19), S. 289. *Mehle* begründet dies damit, dass dem Verteidiger lediglich im Rahmen einer ermittelungsrichterlichen Vernehmung eines Zeugen ein Anwesenheitsrecht zusteht. Die Justiz sei insofern nicht verpflichtet, eine Verfahrensfrage auszugleichen. Es sei lediglich Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK verletzt, ohne dass eine Verteidigerbestellung nach der Rechtsprechung des Senats erforderlich wäre. Damit verkennt er aber die Bedeutung gerade des Konfrontationsrechts, welches in jedem Fall eines Ausgleichs bedarf.

¹²⁸ *Krausbeck* (Fn. 16), S. 256 f.

¹²⁹ BGH NJW 2015, 3383 (3384), m. abl. Anm. *Müller-Jacobsen*, NJW 2015, 3385.

¹³⁰ Siehe *Zöller* (Fn. 25), S. 399 (410 ff.), auch zu der v.a. mit Blick auf Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK überzeugenden Annahme, dem Beschuldigten bereits im Ermittlungsverfahren das Recht einzuräumen, die Beiordnung eines Pflichtverteidigers zu beantragen. Für ein solches Antragsrecht mit der Folge einer gerichtlichen Entscheidung hierüber auch der Bericht der Expertenkommission zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des jugendgerichtlichen Verfahrens, 2015, S. 43 ff. Zu Kritikpunkten der derzeitigen Ausgestaltung des § 141 Abs. 3, insbesondere Satz 2 StPO siehe auch *Esser* (Fn. 103), S. 545 ff.

teidigen, i.S.d. § 140 Abs. 2 StPO anzunehmen.¹³¹ Auch um die Vorgaben aus Straßburg erkennbar umzusetzen, erscheint daher eine Regelung in § 141 StPO zur erforderlichen Verteidigerbestellung bereits im Ermittlungsverfahren zur Sicherung des Verteidigungsrechts auch unabhängig von den Voraussetzungen des § 140 StPO wünschenswert.¹³²

Der EGMR wird angesichts des auf den „sole or decisive“-Beweis beschränkten Überprüfungsmaßstabs zwar nur die vorsorgliche Gewährleistung gegenüber wichtigen Zeugen überwachen. Um das gegenüber jedem Belastungszeugen bestehende Konfrontationsrecht stark auszugestalten, verbietet sich eine solche Beschränkung aber auf nationaler Ebene. Häufig offenbart erst eine kritische Durchleuchtung durch den Beschuldigten bzw. seinen Verteidiger, wie glaubhaft die belastende Aussage tatsächlich ist. Kommt es bei der begründeten Annahme eines künftigen Beweisverlusts auch regelmäßig zur Vernehmung durch einen Ermittlungsrichter, dürfen außerdem auch die nichtrichterlichen Vernehmungen nicht ausgeschlossen werden. Schließlich können auch die Ergebnisse einer „nur“ polizeilichen oder staatsanwaltschaftlichen Vernehmung ins Hauptverfahren transferiert werden. Beachtlich ist insoweit auch, dass der bei Auslandszeugen meist einschlägige § 251 Abs. 1 Nr. 2 StPO aufgrund der häufig nur eingeschränkten Möglichkeiten zur Beibringung des Zeugen im Ausland letztlich kaum größere Voraussetzungen aufstellt als § 251 Abs. 2 Nr. 1 StPO.¹³³

c) Beachtliches Verschuldensmaß und Folge der Rechtsverletzung im nationalen Strafverfahren

Deutlich wird, dass der EGMR die staatliche Verantwortlichkeit in die Prüfung der Rechtsverletzung einfließen lässt, auch wenn er im Ausgangspunkt nicht die Forderung nach Ausgleichsmechanismen hiervon abhängig macht.¹³⁴ Be-

kanntlich berücksichtigt auch der BGH i.R.d. Gesamtbetrachtung der Verfahrensfairness das Verschulden von Polizei und Justiz an der unterbliebenen Zeugenkonfrontation; ein Verwertungsverbot hat er selbst bei Rechtsverstößen mit der vorhersehbaren Folge eines Konfrontationsrechtsausfalls bisher allerdings nicht angenommen.¹³⁵ Diskussionswürdig bleibt damit die – hier nicht näher zu vertiefende – Frage, bei welchem Maß an staatlicher Verantwortlichkeit für die Konfrontationsrechtsbeschränkung bzw. Nichtgewährung im deutschen Strafverfahren ein Beweisverwertungsverbot geboten ist und ob das staatliche Verschulden überhaupt ein überzeugender Faktor bei dieser Entscheidung sein darf. In der Literatur reichen die Maßstäbe für die Begründung eines Verwertungsverbots von der Irrelevanz staatlichen Verschuldens für die Rechtseinschränkung¹³⁶ über die Verantwortlichkeit staatlicher Organe insbesondere bei Vorhersehbarkeit¹³⁷ der späteren Unmöglichkeit sowie der Forderung nach einem erheblichen Verstoß gegen das Optimierungsverbot¹³⁸ bis hin zu einer der Justiz oder den Ermittlungsbehörden zuzurechnenden „(aktive[n]) ‚Befragungsblockade‘, die (un)wertmäßig einer ‚Aufklärungsblockade‘ durch die Exekutive entspricht“.¹³⁹ Jedenfalls für die hier vorliegende Konstellation, in der aufgrund konkreter Anhaltspunkte die Gefahr angenommen worden war, dass die Zeuginnen nicht mehr zur Verfügung stehen würden, und tatsächlich keine spätere Befragungsmöglichkeit bestand, überzeugt die Annahme der Unverwertbarkeit der Zeugenaussagen. Trotz des Bewusstseins der Gefahr des Beweisverlusts haben es die Behörden pflichtwidrig unterlassen, alles in ihrer Macht stehende zu tun, um eine Konfrontationsmöglichkeit zu sichern.

Beweiserlangung durch den EGMR für die Konventionsmäßigkeit der Beweisverwertung.

¹³⁵ Vgl. BGHSt 51, 150 (155); BGHSt 46, 93 (103); BGH NSStZ 2009, 581; BGH NSStZ 2005, 224 (225) m.w.N. aus der Rspr., siehe auch BVerfG NJW 2010, 925 (926). Dies ist auch deshalb interessant, weil das BVerfG bei einem Verstoß gegen die Pflicht zur Benachrichtigung des Verteidigers aus § 168c Abs. 5 StPO von der Vernehmung gerade kein bestimmtes Verschuldensmaß fordert, siehe BVerfG NJW 2006, 672 (674).

¹³⁶ Siehe *Dehne-Niemann*, HRRS 2010, 189 (195 ff., 197 f.); wohl auch *Gerdemann* (Fn. 844), S. 397; gegen die Berücksichtigung staatlichen Verschuldens argumentiert auch *Weigend* (Fn. 39), S. 1159 ff., 1163, zugleich aber gegen ein Beweisverwertungsverbot.

¹³⁷ *Esser*, JR 2005, 248 (251 ff.), vgl. *ders.* (Fn. 1177), Art. 6 EMRK Rn. 795 f., bei der „Verantwortlichkeit staatlicher Stellen für ein insgesamt nicht oder nicht (mehr) effektive Gewährleistung des Konfrontationsrechts“ (Hervorhebungen im Original).

¹³⁸ *Krausbeck* (Fn. 16), S. 227 ff., 236. Ein solcher liege – wie hier – dann vor, wenn die Justiz keinerlei Ausgleichsmaßnahmen ergriffen hat, obwohl ihr dies möglich gewesen wäre.

¹³⁹ *Widmaier*, in: Griesbaum/Schnarr/Hannich (Hrsg.), *Strafrecht und Justizgewährung*, Festschrift für Kay Nehm zum 65. Geburtstag, 2006, S. 357 (370).

¹³¹ Siehe *Esser*, JR 2005, 248 (251 Fn. 45), der bereits darauf hinweist, dass Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK § 140 Abs. 2 StPO konkretisiert.

¹³² Wie bereits BGHSt 46, 93 (99), feststellte, sollte auch der Ermittlungsrichter nicht von der Verantwortung entbunden sein, für ein konventionsgerechtes Verfahren mit Sorge zu tragen. Überzeugen kann daher die Forderung von *Erb* (Fn. 127), § 168c Rn. 9a, auch dem Ermittlungsrichter die Befugnis zuzubilligen, von sich aus einen Verteidiger zu bestellen. Befürwortend auch *Gerdemann* (Fn. 84), S. 159. Zu begrüßen ist daher § 141 Abs. 3 S. 4 StPO-E des Regierungsentwurfs eines Gesetzes zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens, wonach das Gericht, bei dem eine richterliche Vernehmung durchzuführen ist, dem Beschuldigten auf Antrag der Staatsanwaltschaft oder wenn die Mitwirkung eines Verteidigers aufgrund der Bedeutung der Vernehmung zur Wahrung der Rechte des Beschuldigten geboten erscheint, einen Verteidiger bestellt.

¹³³ Siehe *Schuster* (Fn. 108), S. 170 f.; *Sander/Cirener* (Fn. 108), § 251 Rn. 30, 65.

¹³⁴ Siehe *Warnking*, *Strafprozessuale Beweisverbote in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und ihre Auswirkungen auf das deutsche Recht*, 2009, S. 54 ff. zur Berücksichtigung der Rechtmäßigkeit der

Da sie – wie der EGMR treffend feststellt – das Risiko der unzureichenden Verteidigungsmöglichkeit in Kauf genommen haben, tragen sie konsequenterweise auch das Risiko der Unverwertbarkeit der Zeugenaussagen.¹⁴⁰ Die Annahme eines Verwertungsverbots als Steigerung zur Beweiswürdigungslösung ist unter diesen Umständen eine konsequente und gerechte Folge.¹⁴¹

V. Fazit

Das Urteil der *Großen Kammer* in „Schatschaschwili“ gibt Anlass, sich in Praxis und Lehre mit Reichweite und Ausgestaltung des Konfrontationsrechts bei (voraussichtlich) unerreichbaren Zeugen auseinander zu setzen. Jedenfalls für diese Fallkonstellation führt das Urteil wieder einen Schritt weg von „einem gelockerten Umgang mit Verstößen gegen das Konfrontationsrecht“¹⁴² und hin zu klareren Strukturen bei der Betrachtung der Fairness des Verfahrens in seiner Gesamtheit. Während der EGMR betont, dass er den nationalen Beurteilungsspielraum besonders im Beweisrecht achtet, zeigt er zugleich, dass essentielle Teilhaberechte der Verteidigung nicht im Interesse der Strafverfolgung ausgehöhlt werden dürfen.

Die Rüge des EGMR wirft letztlich ein Licht auf die schon mehrfach aufgekommene Forderung nach einer weitgehenden Stärkung der Verteidigung im Ermittlungsverfahren.¹⁴³ Diese ist jedenfalls erforderlich, wenn, wie teilweise vorgeschlagen, ein erweiterter Transfer von Beweisergebnissen aus dem Ermittlungsverfahren in die Hauptverhandlung erlaubt sein soll. Bereits ohne eine solche Entwicklung wird sich der Appell aus Straßburg aber auf die zukünftige Ausgestaltung der Vernehmung von (voraussichtlichen Auslands-)Zeugen insbesondere durch den Ermittlungsrichter zur Beweissicherung auswirken. Der Entscheidung der Großen Kammer kann entnommen werden, dass an die Rechtfertigung eines fehlenden bzw. nur eingeschränkten Konfrontationsrechts bei vorausgegangener Annahme der späteren Unerreichbarkeit des Zeugen für eine konfrontative Vernehmung in der Hauptverhandlung jedenfalls sehr strenge Anforderungen gestellt werden. Infolgedessen muss die deutsche Rechtsprechung,¹⁴⁴ die im Hinblick auf die menschenrechtlichen Mindestanforderungen des „Al-Khawaja Tests“ grundsätzlich

als mustergültig angesehen werden kann,¹⁴⁵ konsequent zu einem Beweisverwertungsverbot greifen, sofern theoretisch existierende Sicherungsmechanismen praktisch nicht zur Anwendung kamen und dem Beschuldigten nicht zumindest einmal im Verlaufe des Verfahrens die Gelegenheit gewährt wurde, die Zeugenaussage effektiv in Zweifel zu ziehen.

¹⁴⁰ Esser, JR 2005, 248 (252).

¹⁴¹ Vgl. AG Hamburg StV 2004, 11; Esser, JR 2005, 248 (251 f.); Krausbeck (Fn. 16), S. 184 f.; Gerdemann (Fn. 84), S. 162 ff., 366 ff.; Mehle (Fn. 19), S. 324 ff. (hier verstärkt auf die Verletzung der Benachrichtigungspflicht nach § 168c Abs. 5 StPO abstellend), 338 ff.; Wohlers/Albrecht (Fn. 1044), § 168c Rn. 41 ff.; Paeffgen (Fn. 33), Art. 6 EMRK Rn. 139; Erb (Fn. 1277), § 168c Rn. 54, 56c, 59 f.; Zöllner (Fn. 1055), § 168c Rn. 10; Endriss (Fn. 1077), S. 74 f.; Fezer, JZ 2001, 363 (364); Kunert, NStZ 2001, 217; Sowada, NStZ 2005, 1 (6); v. Stetten (Fn. 19), S. 1059 f., 1062 f.

¹⁴² Die Frage danach aufwerfend Lohse, JR 2015, 60 (63).

¹⁴³ Vgl. zur Diskussion Endriss (Fn. 107), S. 65 (66 ff.); eingehend Krausbeck (Fn. 16), S. 98 ff.; Beulke (Fn. 28), S. 18.

¹⁴⁴ Siehe nur BVerfG NJW 2010, 925 (926); BGHSt 51, 150 (154 ff.); BGHSt 46, 93 (106); BGH NStZ-RR 2009, 212 f.

¹⁴⁵ Vgl. Meyer, HRRS 2012, 117 (120), der feststellt, dass der Stufentheorie der deutschen Rechtsprechung „durch die Große Kammer indirekt Absolution erteilt“ wird.