

### Buchrezension

**Anna Gerdemann**, Die Verwertbarkeit belastender Zeugenaussagen bei Beeinträchtigungen des Fragerechts des Beschuldigten, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2010, 422 S., € 99,-

Wird ein Zeuge, der sich im weiteren Verfahrensgang auf sein Zeugnisverweigerungsrecht beruft, unter Ausschluss des Beschuldigten vernommen, ohne dass diesem rechtzeitig ein Verteidiger beigeordnet wurde, der das in Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK verankerte Beschuldigtenrecht auf konfrontative Zeugenbefragung für seinen Mandanten hätte wahrnehmen können, ist nach der Rechtsprechung des BGH bekanntlich der Beweiswert der Zeugenaussage gemindert (sog. „Beweiswürdigungslösung“, vgl. BGHSt 46, 93 [103 ff.]). Ausgehend von dieser Rechtsprechung hat *Gerdemann* es sich mit ihrer im Jahr 2010 erschienenen Dissertation zum Ziel gesetzt, die BGH-Judikatur zum Fragerecht des Beschuldigten insgesamt dahingehend zu untersuchen, ob sie dem konventionsrechtlichen Fairnessgebot – namentlich unter dem Gesichtspunkt des Fragerechts nach Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK – genügt (S. 29). Folgt man ihrem Untersuchungsergebnis, müsste die deutsche Rechtsprechung von vielen ihrer Positionen abrücken. *Gerdemann* zufolge unterlägen die Angaben eines Belastungszeugen, den der Beschuldigte zu keinem Verfahrenszeitpunkt habe befragt oder befragen lassen können, stets einem Beweisverwertungsverbot. Gleiches gelte für die Angaben eines Belastungszeugen, den der Beschuldigte trotz formal gewährter Gelegenheit zur Befragung nicht in einer dem Zweck des Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK gerecht werdenden Weise habe befragt (lassen) können. Wo nach der Rechtsprechung des EGMR Raum für die Beweiswürdigungslösung bleibe, sei gleichwohl ein selbständiges Beweisverwertungsverbot anzunehmen, weil die Beweiswürdigungslehre eine mit § 261 StPO unvereinbare Beweisregel und von daher nach deutschem Verfahrensrecht unzulässig sei.

Zur Begründung dieses Ergebnisses stellt *Gerdemann* im ersten Teil ihrer Untersuchung (S. 32 ff.) anhand von 14 Entscheidungen des EGMR aus den Jahren 1986 bis 2005 die Leitlinien in der Rechtsprechung des Gerichtshofs zu Inhalt und Reichweite des Rechts auf konfrontative Zeugenbefragung kritisch dar. Diese Rechtsprechung systematisierend führt sie die dort entwickelten Grundsätze weiter (S. 88 ff.). Insbesondere widmet sie sich der in der bisherigen EGMR-Judikatur ungeklärten Frage, ob die Aussage eines anonymen Zeugen alleinige oder wesentliche Urteilsgrundlage sein darf, wenn der Beschuldigte oder sein Verteidiger den Zeugen befragen konnte und der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gewahrt wurde (S. 111 ff.). Diese Frage sei entgegen der in der Literatur vorherrschenden Auffassung zu bejahen, sofern hinreichende Gründe für die Geheimhaltung der Zeugenidentität dargelegt worden seien und „der Verteidigung eine angemessene und lediglich durch dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz genügende Maßnahmen beschränkte Gelegenheit zur Ausübung des Fragerechts“ gewährt worden sei (S. 119). Soweit die Wahrung der Zeugenanonymität die Verteidigung in ihrer Möglichkeit, die Glaubwürdigkeit des Zeugen in

Frage zu stellen, beeinträchtigt, reiche es aus, wenn das Gericht sich dieser Beeinträchtigung im Rahmen seiner Beweiswürdigung bewusst sei und die Zeugenaussage „besonders sorgfältig“ würdige (S. 120).

Im zweiten Teil, dem Herzstück der Arbeit, untersucht *Gerdemann* akribisch die Auswirkungen einer Beeinträchtigung des Fragerechts auf die Verwertbarkeit einer Zeugenaussage anhand unterschiedlicher Fallgestaltungen. Erörtert werden namentlich die Fallgestaltung, in der ein im Ermittlungsverfahren aussagebereiter Belastungszeuge erstmals in der Hauptverhandlung von seinem Zeugnisverweigerungsrecht beziehungsweise Auskunfts- oder Aussageverweigerungsrecht Gebrauch macht (S. 128 ff.), Fälle einer Beeinträchtigung aus Zeugenschutzgründen (S. 193 ff.), Auslandszeugenfälle (S. 336 ff.) sowie Fälle, in denen ein Zeuge, der im Ermittlungsverfahren ohne Konfrontationsmöglichkeit der Verteidigung ausgesagt hatte, vor der Hauptverhandlung verstirbt, vernehmungsunfähig oder unauffindbar wird (S. 363 ff.). Bereits der dergestalt abgesteckte Untersuchungsgegenstand des zweiten Teils veranschaulicht, dass hier keine kleinen Brötchen gebacken, sondern alle denkbaren Konstellationen, in denen das Fragerecht des Beschuldigten beschränkt werden kann, differenziert am Maßstab der EGMR-Judikatur gemessen werden. Der hohe Anspruch tritt aber auch insofern zutage, als *Gerdemann* sich bei ihrer Untersuchung nicht darauf beschränkt, die konventionsrechtlich vorgezeichneten Folgen in Fällen zu untersuchen, in denen das Kind gleichsam in den Brunnen gefallen ist, sondern erkennbar von dem Bemühen um Prävention geleitet ist, dem Konventionsrecht des Beschuldigten auf konfrontative Zeugenbefragung im deutschen Strafprozess zu bestmöglicher Geltung zu verhelfen: Besonderes Augenmerk legt sie darauf, alle Möglichkeiten des deutschen Prozessrechts praxisgerecht auszuschöpfen, um Situationen zu vermeiden, in denen das Fragerecht des Beschuldigten unnötigerweise beschränkt werden könnte. Hierzu weicht *Gerdemann* bisweilen von höchstrichterlichen Entscheidungen ab. Beispielsweise bejaht sie entgegen der Auffassung des BGH ein Anwesenheitsrecht des Beschuldigten und seines Verteidigers in analoger Anwendung von § 168c StPO auf die ermittelungsrichterliche Vernehmung des Mitbeschuldigten (S. 176 ff.). Außerdem gebiete Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK mit Blick auf § 240 Abs. 2 S. 2 StPO, wonach die unmittelbare Befragung eines Angeklagten durch einen Mitangeklagten unzulässig ist, die Bestellung eines Verteidigers für den Mitangeklagten, damit dieser sein Fragerecht über einen Verteidiger ausüben könne (S. 180 f.). Habe man versäumt, die Beteiligung eines Verteidigers bei der Vernehmung des Mitbeschuldigten zu ermöglichen, unterlägen die in dieser Vernehmung gemachten Angaben des Mitbeschuldigten einem Beweisverwertungsverbot, wenn dieser in der Hauptverhandlung unter Hinweis auf seine Selbstbelastungsfreiheit nicht aussage (S. 183 f.). Fernerhin plädiert *Gerdemann* entgegen der Auffassung des BGH dafür, die belastenden Angaben eines Zeugen, der im weiteren Verfahrensgang behördlich gesperrt wird, nur dann durch Vernehmung eines Zeugen vom Hörensagen in das Verfahren einzuführen, wenn die Sperrerkklärung eine rechtmäßige ist (S. 212 ff.).

Immer wieder stellt *Gerdemann* bei ihrer Untersuchung darauf ab, ob die Beeinträchtigung des Fragerechts dem Staat zurechenbar ist: Wurde etwa der Verteidiger des Beschuldigten entgegen § 168c Abs. 5 S. 1, § 224 Abs. 1 S. 1 StPO von einer ermittelungsrichterlichen Vernehmung eines Auslandszeugen nicht benachrichtigt und konnte, da der Zeuge nach der Vernehmung in sein Heimatland zurückgekehrt ist und für weitere Vernehmungen unerreichbar war, das Fragerecht des Beschuldigten zu keinem Verfahrenszeitpunkt ausgeübt werden, tritt *Gerdemann* – wiederum entgegen der Auffassung des BGH, der in dieser Konstellation die Beweiswürdigungslösung vertritt – für die Annahme eines Beweisverwertungsverbots ein, weil die Beschränkung des Fragerechts auf dem Unterbleiben einer Benachrichtigung über die ermittelungsrichterliche Vernehmung beruhe und dem Staat insofern zurechenbar sei (S. 367). Ebenso will *Gerdemann* in Fällen verfahren, in denen sich abzeichnet, dass der Zeuge – etwa aufgrund schwerwiegender Krankheit – „später möglicherweise nicht mehr befragt werden kann“ und versäumt worden ist, frühzeitig auf eine Zeugenvernehmung im Beisein des Verteidigers des Beschuldigten hinzuwirken (S. 368 f.). Dieser Ansatz ist sympathisch, auch wenn bezweifelt werden mag, ob er in der bisherigen EGMR-Judikatur seinen Widerhall findet. Zwar verneinte der Gerichtshof in den Verfahren *Artner v. Österreich* und *Haas v. Deutschland* eine Verletzung von Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK. Dort ging es bekanntlich darum, dass Zeugen im Ermittlungsverfahren in Abwesenheit der Beschwerdeführer und ihrer Verteidigung vernommen worden waren und, da zwischenzeitlich unerreichbar geworden, im Hauptverfahren trotz Bemühungen der Justizbehörden nicht mehr vernommen werden konnten. Zur Verneinung eines Konventionsverstößes stellte der EGMR indes auf Bemühungen, den Zeugen doch noch zu erreichen, ab und nicht – wie *Gerdemann* – auf eine frühestmögliche Vernehmung im Beisein des Verteidigers.

Im dritten und zugleich letzten Teil der Untersuchung (S. 372) unterzieht *Gerdemann* die vom EGMR und vom BGH angenommene Kompensationsmöglichkeit von Beeinträchtigungen des Fragerechts aus Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK einer kritischen Würdigung. Sie gelangt dabei zu dem Schluss, dass „in sämtlichen Fällen, in denen die Verteidigung den Zeugen zu keinem Zeitpunkt in einer dem Zweck des Konfrontationsrechts genügenden Weise befragen konnte, ein Beweisverwertungsverbot im Hinblick auf die bemakelte Zeugenaussage anzunehmen“ sei (S. 392). Denn die Beweiswürdigungslösung stelle eine Beweisregel dar, die den in § 261 StPO verankerten Grundsatz der freien Beweiswürdigung verletze und damit nach deutschem Recht unzulässig sei (S. 385). Auch wenn der EGMR die Beweiswürdigungslösung in bestimmten Konstellationen gebilligt habe, bleibe es den Mitgliedstaaten unbenommen, die Verfahrensrechte des Beschuldigten in einer über die Gewährleistungen der EMRK hinausgehenden Weise zu schützen und dabei ein Beweisverwertungsverbot in allen Fällen der Beeinträchtigung des Befragungsrechts anzunehmen (S. 388 f.). Gerne würde man zustimmen, weil *Gerdemanns* Ansatz Anreize schaffen könnte, das Fragerecht künftig stärker als bisher in den Blick zu nehmen und dem Beschuldigten beziehungsweise dessen Vertei-

digung möglichst frühzeitig Gelegenheit zu gewähren, Belastungszeugen zu befragen. Außerdem erscheint, wie *Gerdemann* zutreffend ausführt, die Rechtsprechung des EGMR und des BGH, wonach Verurteilungen weder ausschließlich noch in entscheidendem Ausmaße auf bemakelten Zeugenaussagen beruhen dürften, schwer nachvollziehbar – jedenfalls wenn man beide Gerichte beim Wort nimmt (S. 376 ff.): Warum sollte ein Tatrichter eine bemakelte Zeugenaussage verwerten und damit Fragen der Vereinbarkeit seines Urteils mit Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK aufwerfen wollen, wenn diese Zeugenaussage nicht entscheidungserheblich und ihre Verwertung damit verzichtbar ist? Andererseits fragt sich, ob *Gerdemanns* Deduktion eines selbständigen Beweisverwertungsverbots aus dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung nicht womöglich auf einem zu idealistischen Verständnis dieses Grundsatzes beruht, zumal die hiesige Revisionsrechtsprechung immer wieder detaillierte Vorgaben an die tatrichterliche Überzeugungsgewinnung formuliert, die mit dem der Arbeit zugrundeliegenden Verständnis von § 261 StGB kaum vereinbar sein dürften. Könnte eine Lösung, die neben den schützenswerten Beschuldigteninteressen zugleich auch den Opferinteressen und dem Interesse an einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege vermittelnd Rechnung trägt, nicht womöglich doch allein in der Beweiswürdigungslösung – freilich mit neuen oder zumindest klarer formulierten Kautelen – liegen?

Allen in der Arbeit aufgeworfenen Fragen durch erschöpfende Diskussion gerecht zu werden, konnte freilich niemandem flächendeckend gelingen. Entstanden ist allerdings eine beachtliche Arbeit, die die Rechtsprechung des EGMR zum Fragerecht des Beschuldigten – ungeachtet der Komplexität der Thematik – vorzüglich lesbar dem deutschen Prozessrechtler näherbringt. Hinzuzufügen ist, dass es *Gerdemann* durch Schilderung der sich in der Praxis ergebenden Schwierigkeiten – etwa den Schwächen einzelner Zeugenschutzmaßnahmen und den sich hieraus ergebenden Folgen für die Notwendigkeit ihrer Anordnung im Einzelfall – gelungen sein dürfte, auch den am Prozessrecht interessierten, aber mit der Praxis nicht oder kaum vertrauten Leserkreis in den Stand zu versetzen, bei der Diskussion über das Fragerecht ein ernsthaftes Wörtchen mitzureden. *Gerdemanns* Verdienst ist es zudem, selbst an den seltenen Stellen der Arbeit, wo Fragen umfangreicher diskutiert werden könnten, anregende Impulse für weiterführende Diskussionen über das Fragerecht des Beschuldigten gesetzt zu haben.

Wiss. Mitarbeiter Dr. Erol Pohlreich, Berlin