

Das Konfrontationsrecht des Beschuldigten in der jüngsten Rechtsprechung des EGMR nach dem Urteil Schatschaschwili gegen Deutschland

Von Ass. Prof. Dr. Athanasia Dionysopoulou, Athen

Das Recht des Beschuldigten auf Befragung der Belastungszeugen als Ausdruck seines Rechts auf ein faires Verfahren wird gemäß Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK grundsätzlich und vorbehaltlos festgelegt, doch laut EGMR unterliegt es Beschränkungen und ist demzufolge nicht als absolutes Recht geschützt. Diese Beschränkungen können durch den Schutz, den die Konvention anderen Rechten, wie dem des Lebens, der Freiheit, der Sicherheit oder der Rechte laut Art. 8 EMRK,¹ gewährt, oder aus objektiven Gründen, wie dem Tod des Zeugen, erfolgen. Doch das endgültige, die jeweils gerechtfertigte bzw. nicht gerechtfertigte Beschränkung eines Rechtes betreffende Urteil, ergibt sich im Rahmen einer Gesamtabwägung, was den fairen bzw. unfairen Charakter des Gerichtsverfahrens betrifft. Diese Gesamtabwägung ist in der Rechtsprechung des EGMR auf drei Prüfstufen aufgebaut worden. Die diesbezügliche Entwicklung der Rechtsprechung des EGMR ist zeitlich in drei Phasen zu unterteilen. Die erste betrifft die Zeitspanne bis hin zum Erlass des Urteils der Großen Kammer in der Sache Al-Khawaja und Tahery v. das Vereinigte Königreich vom 15.12.2011. Die zweite Phase streckt sich vom Erlass des Urteils in der Sache Al-Khawaja bis hin zum Erlass des Urteils in der Sache Schatschaschwili

¹ EGMR, Urt. v. 26.3.1996 – 20524/92 (Doorson v. die Niederlande), Rn. 70; Emmerson/Ashworth/Knowles, Human Rights and Criminal Justice, 2004, S. 78, 96; Krausbeck, Konfrontative Zeugenbefragung, Vorgaben des Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK für das deutsche Strafverfahren, 2010, S. 161; Gaede, Fairness als Teilhabe, Das Recht auf konkrete und wirksame Teilhabe durch Verteidigung gemäß Art. 6 EMRK, 2007, S. 691 f.; Demko, Menschenrecht auf Verteidigung und Fairness des Strafverfahrens auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene, 2014, S. 457 f. So sind Einschränkungen des Rechts auf konfrontative Befragung nur dann denkbar, wenn sie im Rahmen des Strafverfahrens dem Schutz derselben Rechte anderer Personen – mit Ausnahme der Beschuldigten – wie Zeugen oder Opfer, dienen. In seiner diesbezüglichen Grundentscheidung in der Sache Doorson v. Niederlande, kam der EGMR zu dem Schluss, dass die Zeugen einer konkreten Vergeltungsgefahr ausgesetzt waren, denn der eine von ihnen war Angriffen von anderen Drogenhändlern zum Opfer gefallen. Dies geschah als er gegen sie ausgesagt hatte, während gegen den anderen Drohungen ausgestoßen wurden. Folglich rechtfertigt der Schutz des Rechtes der Zeugen auf Sicherheit, Einschränkungen des Rechtes auf eine konfrontative Befragung nur in geringstmöglichstem Maße, und unter der weiteren Voraussetzung, dass es Verfahren gibt, die die Rechte der Verteidigung in ausreichendem Maße ausgleichen (Rn. 70-73). Demnach ist Ziel der Rechtsprechung des EGMR im Strafverfahren die Harmonisierung der Rechte der Verteidigung mit denen der Zeugen, welche sich in ausreichenden Ausgleichsmaßnahmen widerspiegeln muss, sodass die Einschränkung der Rechte der Verteidigung, wenn auch nur teils, ausgeglichen wird.

gegen Deutschland vom 15.12.2015. Die dritte Phase betrifft die Urteile, die nach dem Fall Schatschaschwili gegen Deutschland erlassen worden sind. Die vorliegende Analyse befasst sich mit der zeitlich dritten Phase und setzt sich kritisch mit folgenden entscheidenden Punkten auseinander: der Sicherstellung der Anwesenheit des Zeugen vor Gericht, der Beweiskraft der Aussage des abwesenden Zeugen und der, als Ausgleichsmaßnahme vorgenommenen, Zeugenbefragung durch den Angeklagten während des Vorverfahrens.

I. Sicherstellung der Anwesenheit des Zeugen in der Hauptverhandlung

Voraussetzung für die Ausübung des Konfrontationsrechts bildet die Sicherstellung der Anwesenheit des Zeugen in der Hauptverhandlung. Mit Ausnahme der Fälle, bei denen die Anwesenheit des Zeugen wegen Todes oder wegen der Ausübung seines Verweigerungsrechts oder wegen anderen Gründen nicht möglich ist, ist der Staat verpflichtet, positive Maßnahmen, d.h. wiederholte und intensive Anstrengungen zur Sicherstellung der Anwesenheit des Zeugen zu unternehmen. Als unzureichend beurteilt worden sind demnach Gründe wie der Abstand des Wohnsitzes des Zeugen vom Ort der Gerichtsverhandlung, eine allgemeinere, nicht auf objektiven Gründen beruhende Angst der Zeugen oder die nicht aus dem üblichen Rahmen heraustretenden Anstrengungen der Behörden² zur Auffindung der Zeugen, wenn letztere in ihrem Wohnsitz nicht auffindbar sind, sowie die Behauptung, der Staat könne nicht für die Fahrtkosten des Zeugen aufkommen. Der EGMR stellt hohe Ansprüche an die Staaten, was die Sicherstellung der Anwesenheit des Zeugen vor Gericht betrifft und es kommt die Frage auf, ob es zulässig ist, Abwägungen zwischen dem zur Auffindung des Zeugen benötigten Zeitraum und der angemessenen Prozessdauer vorzunehmen. Obwohl solche Abwägungen natürlich nicht grundsätzlich ausgeschlossen werden und in anderen Rechtsordnungen, wie der englischen, sogar in der Rechtsprechung herausgebildeten Regeln entsprechen, ging es bei den Fällen, über die der EGMR entschieden hat, hauptsächlich um nicht begründete Urteile der einzelstaatlichen Gerichte. In diesem Fall ist nicht nur wichtig, wie die einzelstaatlichen Gerichte ihre Urteile begründet haben; vielmehr kommt es auch auf die von den Gerichten verwendeten Mittel an, um den Zeugen vor Gericht erscheinen zu lassen.

Die nächste Frage lautet, inwiefern die Verwertung der Aussage des abwesenden Zeugen – um dessen Auffindung die staatlichen Behörden nicht genügend Anstrengungen unternommen haben, was wiederum heißt, dass kein triftiger Grund für seine Abwesenheit vorlag – im Rahmen der Gesamtabwägung der Verfahrensfairness möglich ist. In einem Versuch, über die unterschiedlichen Annäherungsweisen

² EGMR, Urt. v. 10.11.2016 – 13479/11 (Avetisyan v. Armenien), Rn. 51-53; EGMR, Urt. v. 24.11.2016 – 35688/11 (Manucharyan v. Armenien), Rn. 49-51.

seiner vorherigen Rechtsprechung³ hinwegzukommen, beschloss der EGMR, dass die Verwertung grundsätzlich möglich ist, aber dass die Abwesenheit des Zeugen ohne triftigen Grund einen schwerwiegenden Faktor bei der Gesamtabwägung darstellt, der eventuell dazu führen könnte, das Recht auf einen fairen Prozess zu verletzen.⁴

Der EGMR wandte den oben angeführten Grundgedanken bei den Urteilen in den Sachen *Bátěk u.a. v. Tschechien* vom 12.1.2017 und *Štulíř v. Tschechien* vom 12.1.2017 an, mit der Begründung, es liege kein schwerwiegender Grund für die Abwesenheit der Zeugen vor. Im ersten Fall waren die Zeugen ausländische LKW-Fahrer, die aus beruflichen Gründen fortwährend unterwegs waren, während im zweiten Fall die Opfer-Zeugin im Ausland wohnte und eine Aussage vor dem Beschuldigten ihr Stress bereitet hätte. Man muss hierzu betonen, dass seitens der Behörden, weder im einen noch im anderen Fall, nicht einmal der Versuch unternommen worden ist, die Zeugen, die im Ausland wohnten, ausfindig zu machen. In der zweiten Prüfstufe entschied der EGMR, dass die Aussagen der abwesenden Zeugen von schwerwiegender Bedeutung, aber nicht entscheidend waren.⁵ Doch in der dritten Prüfstufe hat das Gericht folgendes als ausreichende Ausgleichsfaktoren beurteilt: erstens, die Recht-mäßigkeit des Vorgehens durch die nationalen Behörden, die, wie es das innerstaatliche Recht vorsieht, unter Aufsicht eines Richters eine Aussage der Zeugen für den Fall einer Dringlichkeit, doch ohne die Anwesenheit des Beschuldigten, aufgenommen haben, zweitens, die durch das Gericht sorgfältige Einschätzung der Aussagen der abwesenden Zeugen, und drittens – was das Urteil in der Sache *Štulíř v. Tschechien* betrifft – die Glaubwürdigkeit der Aussage der abwesenden

Zeugin, deren Inhalt auch von anderen Beweismitteln bestärkt worden ist.⁶

Es ist im vorliegenden Fall offensichtlich, dass der triftige Grund für die Abwesenheit des Zeugen von einer rechtlichen Vorfrage während der ersten Prüfstufe zu einem Abwägungsfaktor über die Fairness des gesamten Prozesses zurückgestuft wird. Zur Begründung wurde angeführt, es solle anstelle der aufgehobenen „sole or decisive“-Regel keine starre Regel entstehen, die zur Verletzung des Fairnessprinzips führt, auch wenn die Aussage in keinem Zusammenhang zu dem Ergebnis der Verhandlung stehen würde.⁷ Das Problem jedoch besteht darin, dass es der EGMR bei der Entscheidung über einen Verstoß gegen die Grundsätze des Art. 6 EMRK vorzog, den triftigen Grund für die Abwesenheit in die Gesamtabwägung einzugliedern, obwohl das Kriterium der beweiskräftigen Aussage mit dem triftigen Grund für die Abwesenheit des Zeugen verbunden werden könnte, wie es bei dem Urteil *Suldin v. Russland* geschehen ist. Dort war geurteilt worden, dass die Aussagen der abwesenden Zeugen den Beschuldigten nicht direkt belasteten und nicht in Zusammenhang mit seiner Verurteilung gebracht werden konnten, was heißt, dass nicht in Betracht gezogen wurde, ob es triftige Gründe für ihre Abwesenheit gab.⁸ Dies erzeugte die Gefahr,⁹ den einzelstaatlichen Gerichten den Eindruck zu vermitteln, dass es möglich ist, Aussagen in der Sitzung vorlesen zu lassen, auch ohne dass ein triftiger Grund für die Abwesenheit des Zeugen besteht, oder, wie die Minderheit der Richter in der Sache *Schatschaschwili* zu Recht anmerkte, dass dies in ihrem alleinigen Ermessen liegt. Geht man von der eigenständigen Bedeutung des Begriffs „decisive“, der auch als schwerwiegend verstanden wird, aus, so hätte der EGMR die dritte Prüfstufe nicht betreten brauchen, da der Beweis in den erweiterten Begriff „decisive“ falle und so ein Verstoß vorliege, wenn es keinen triftigen Grund gebe und die Aussage eine gewisse Bedeutung für die Verurteilung

³ Für einen umfassenden Überblick über die vorherige Rechtsprechung siehe EGMR, Urt. v. 15.12.2015 – 9154/10 (*Schatschaschwili v. Deutschland*), Rn. 113.

⁴ EGMR, Urt. v. 15.12.2015 – 9154/10 (*Schatschaschwili v. Deutschland*), Rn. 113; EGMR, Urt. v. 10.11.2016 – 13479/11 (*Avetisyan v. Armenien*), Rn. 54; EGMR, Urt. v. 10.11.2016 – 48016/06, 7817/07 (*Sitnevskiy and Chaykovskiy v. Ukraine*), Rn. 106; EGMR, Urt. v. 24.11.2016 – 35688/11 (*Manucharyan v. Armenien*), Rn. 52; EGMR, Urt. v. 27.10.2016 – 27866/10 (*Ter-Sargsyan v. Armenien*), Rn. 51. Zu Recht auch die Minderheit in den Sachen EGMR, Urt. v. 12.1.2017 – 54146/09 (*Bátěk u.a. v. Tschechien*) und EGMR, Urt. v. 12.1.2017 – 36705/12 (*Štulíř v. Tschechien*), bei denen die Behörden nicht die geringste Anstrengung unternommen hatten, die Zeugen, die im Ausland wohnten, ausfindig zu machen. In diesem Fall hatten sich die Behörden auf die innerstaatlichen Rechtsvorschriften beschränkt, laut derer die Zeugen im Vorverfahren wegen Dringlichkeit ohne die Anwesenheit des Beschuldigten vernommen worden sind. Der EGMR hat diese Praxis ratifiziert.

⁵ EGMR, Urt. v. 12.1.2017 – 54146/09 (*Bátěk u.a. v. Tschechien*), Rn. 49; EGMR, Urt. v. 12.1.2017 – 36705/12 (*Štulíř v. Tschechien*), Rn. 67.

⁶ EGMR, Urt. v. 12.1.2017 – 54146/09 (*Bátěk u.a. v. Tschechien*), Rn. 52-53; EGMR, Urt. v. 12.1.2017 – 36705/12 (*Štulíř v. Tschechien*), Rn. 69-70.

⁷ EGMR, Urt. v. 15.12.2015 – 9154/10 (*Schatschaschwili v. Deutschland*), Rn. 112.

⁸ EGMR, Urt. v. 16.10.2014 – 20077/04 (*Suldin v. Russland*), Rn. 56. Und umgekehrt bei den Urteilen *Cevat Soysal v. die Türkei* (EGMR, Urt. v. 23.9.2014 – 17362/03, Rn. 76-79) und *Khodorkovskiy und Lebedev v. Russland* (EGMR, Urt. v. 25.7.2013 – 11082/06, 13772/05, Rn. 712), bei denen geurteilt wurde, dass die Anwesenheit des Zeugen grundsätzlich erforderlich ist, wenn seine Aussage vom Gericht für die Verurteilung verwendet wird, es sei denn, die Aussage ist offensichtlich irrelevant oder überflüssig.

⁹ Die Urteile in den Sachen *Bátěk v. Tschechien* (EGMR, Urt. v. 12.1.2017 – 54146/09) und *Štulíř v. Tschechien* (EGMR, Urt. v. 12.1.2017 – 36705/12) geben leider den Eindruck, hoffentlich nur vorübergehend, dass diese Gefahr zur Wirklichkeit wird.

habe.¹⁰ Das Vorgehen des EGMR in den Sachen *Báték* und *Štulif* ging in die genau entgegengesetzte Richtung, und zwar, indem er das Nichtvorhandensein eines triftigen Grundes als einen Abwägungsfaktor einschätzte, der in Verbindung mit dem niedrigen Beweiswert der Aussagen zum Verlesen der Aussagen der abwesenden Zeugen führte, obwohl seitens des Gerichts kein wirklicher Versuch in die Wege geleitet worden war, die Zeugen ausfindig zu machen.

Was darüber hinaus die Angst des EGMR, eine starre Regel zu erschaffen, betrifft, ist sie in diesem Fall nicht gerechtfertigt, denn schon bei der Feststellung, dass ein triftiger Grund vorhanden bzw. nicht vorhanden ist, wird ein Spielraum eingeräumt, der es erlaubt festzustellen, ob die Anstrengungen der staatlichen Behörden ausreichend sind. Dieser Spielraum ergibt sich aus einer Kombination von Faktoren, wie der Schwere der Straftat, der Verzögerung, die das Erscheinen des Zeugen vor Gericht mit sich zieht, der Kosten die daraus entstehen, dem Beweiswert der Aussage, der Belastung der Verteidigung durch die Abwesenheit, sowie die Glaubwürdigkeit der Aussage.¹¹

Die Gewährung eines sehr großen Ermessensspielraums an die einzelstaatlichen Gerichte durch die Gesamtbetrachtung der Verfahrensfairness erinnert an Art. 114 Abs. 1 lit. d Criminal Justice Act, laut dem das Gericht die Einführung einer Aussage in die Verhandlung als zulässig beurteilen kann, wenn diese, gemäß den dort festgelegten Kriterien, der Rechtspflege dient.¹² Doch bezüglich der Vorschrift zur Ein-

Anwendung der Ausschlussregel (hearsay) bewirken. Als erstes ergibt sich hier die Frage, ob die obengenannte Möglichkeit nur in Ausnahmefällen angewandt werden soll. Die Antwort von Seiten der Rechtsprechung lautet, dass sie grundsätzlich frei angewandt wird, aber nicht zur Zulässigkeit von außergerichtlichen Aussagen führen kann, wenn die Zeugen für eine Aussage vor Gericht zur Verfügung stehen, denn dies würde Art. 116 Criminal Justice Act 2003 und die Voraussetzungen, die dieser für die Zulässigkeit von Aussagen abwesender Zeugen stellt, außer Kraft setzen. So wird dem Richter im Grunde der Weg eröffnet, jeden einzelnen Fall abzuwägen. Dies wird außerdem dadurch bestärkt, dass eine entgegengesetzte Möglichkeit des Gerichts vorgesehen wird, das Beweismittel durch Art. 126 Abs. 1 Criminal Justice Act 2003 auszuschließen. Die Möglichkeit besteht, wenn nach richterlichem Ermessen unter Berücksichtigung der möglichen Gefahr einer unangemessenen Zeitverschwendung der Nutzen in Verbindung mit dem Beweiswert des Beweismittels, aber auch gemäß Art. 78 Police and Criminal Evidence Act 1984 (PACE), durch die Ausschließung wesentlich überragender ist als der Nutzen durch seine Einführung. Dies gilt nur, sofern man zu dem Schluss gelangt, dass seine Einführung ein nicht faires Verfahren zur Folge haben würde. Zu beachten ist, dass Art. 126 Criminal Justice Act 2003 richtigerweise den Ausschluss eines Beweismittels, das in einem anderen Fall als zulässig beurteilt werden würde, erlaubt. Fügt man dem noch die Möglichkeit des Richters hinzu, den Prozess abzubrechen, wenn er der Auffassung ist, dass die Hauptbeweismittel der Anklagevertretung unter die hearsay-Regel fallen und nicht überzeugend sind (Art. 125 Criminal Justice Act 2003), dann wird der Ermessensspielraum des Gerichts umso deutlicher. Die im weiteren Sinne Festlegung von Regeln für die Regulierung der Einführung von Beweismaterial im Strafprozess, aber auch die mit dem Gebrauch konkreter Kriterien gleichzeitige Gewährleistung eines weiten Ermessensspielraumes des Gerichts, stellt einen wichtigen Schritt zur Reduzierung der in der Rechtsprechung herausgebildeten Regeln und zur Erweiterung des Ermessensspielraumes des Richters durch das Einführen von Kriterien, die allgemeinere Grundsätze ausdrücken, dar. Durch diese Methode wird eine gerechte Behandlung bei jedem einzelnen Fall erzielt, doch ohne dass der Rechtsstaat in Frage gestellt wird. Die Kombination aller vorhergenannten Bestimmungen ist überdies auch ein Schritt zur erweiterten Überprüfung der Beweise durch das Gericht, das somit eine aktivere Rolle bei der Aufdeckung der Wahrheit übernimmt. Für die kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen ist die Abwägungsstruktur, das heißt, die Einzelkriterien aufgrund derer der Richter zu entscheiden hat, ob er die Einführung des Beweismittels in die Verhandlung erlauben wird oder nicht, besonders interessant. Die Kriterien werden in zwei Kategorien geteilt: zum einen die „Qualität“ des Beweismittels (Schwergewichtigkeit in Bezug auf das zu beweisende Thema, Glaubwürdigkeit) und zum anderen die Rechte der anderen Partei, für gewöhnlich des Beschuldigten, wie z.B. die Möglichkeit zur Anfechtung und das Ausmaß des Schadens durch die Nichtanfechtung. Das erste, was das Gericht berücksichtigen muss, um zu

¹⁰ Dies gilt auch für sechs der anders votierenden Richter (EGMR, Urt. v. 15.12.2015 – 9154/10 [Schatschaschwili v. Deutschland], ab S. 47).

¹¹ Als Beispiel hierzu könnten die Kriterien der Rechtsprechung der englischen Gerichte über das „reasonably practicable“ („nach vernünftigem Ermessen Durchführbares“) als Maßstab für die Anstrengungen, den abwesenden Zeugen ausfindig zu machen, dienen, *Dennis*, *The Law of Evidence*, 4. Aufl. 2010, S. 733 f.

¹² Das Schema der hearsay-Regel entstand aufgrund der Vorschläge der Law Commission, die die Meinung vieler Theoretiker über die vollständige Abschaffung der hearsay-Regel als Regel des Ausschlusses von Beweismitteln nicht angenommen hat. Es wurde also ein Mittelweg gefunden, bei dem zwar grundsätzlich die Ausschlussregel der relevanten Beweismittel erhalten geblieben ist, jedoch ausdrücklich Ausnahmen aufgeführt wurden. Zu den ausdrücklich aufgeführten Ausnahmen gehören die, die in anderen Gesetzen vorgesehen sind, sowie die, die sich in der Rechtsprechung als Regeln herausgebildet haben. Auf diese Weise wurden die diesbezüglichen Regeln in einem Gesetzestext zusammengefasst. Neben den ausdrücklichen Ausnahmen, wird dem Gericht auch die Befugnis eingeräumt, über die Zulässigkeit eines Beweismittels, das wegen der hearsay-Regel ausgeschlossen wäre, entscheiden zu können, wenn dieses dem Interesse der Rechtspflege dient (Art. 114 Abs. 1 lit. d Criminal Justice Act 2003). Diese als „Sicherheitsventil“ bezeichnete Bestimmung zielt auf die Gewährleistung des Nichtausschlusses von Beweismitteln großer Beweiskraft aus dem Strafprozess ab. Einen solchen Ausschluss würde die strenge

führung der Aussage in die Verhandlung, wird auch im engli-

entscheiden, ob es die Einführung eines unter die hearsay-Regel fallenden Beweismittels, gemäß Art. 114 Abs. 1 lit. d Criminal Justice Act 2003, zulässt, ist die Rechtspflege. Der Begriff der Rechtspflege hat den Charakter einer ausdrücklichen Rechtsvorschrift bekommen, denn er bezieht sich direkt auf die Criminal Procedure Rules, die zwar einen eigentümlichen Rechtstakt darstellen, welcher den im Gesetz enthaltenen Beweisregeln untergeordnet ist, aber nach wie vor Rechtsvorschriften enthalten, die Wertungen der Rechtsordnung ausdrücken. Wie in Punkt 1.1. Criminal Procedure Rules aufgeführt wird, versteht man unter Rechtspflege in erster Linie einen auf einem genauen Sachverhalt beruhenden Urteilserlass, um sicherzustellen, dass Unschuldige freigesprochen und Schuldige verurteilt werden. Darunter versteht man aber auch die faire Behandlung der Prozessparteien, die Rechte des Beschuldigten, vor allem das Recht auf eine faire Verhandlung, die Rechte der Zeugen, der Opfer, der Geschworenen sowie ihre Unterrichtung über den Verhandlungsablauf. Doch auch bei den anderen Bestimmungen, die das Regelwerk bilden, werden Werte wie die Prozessfairness und die Zeitaufwendung als Kriterien für die diesbezüglichen Gerichtsurteile genannt. Diese gewähren dem Gericht den Ermessungsspielraum, im Einzelfall über den Ausschluss eines unter den Begriff der hearsay-Regel fallenden Beweismittels zu entscheiden. Deswegen stellen alle als Ausnahme von der hearsay-Regel eingeführten Beweismittel das Ergebnis einer Abwägung des Gerichts bei jedem einzelnen Fall dar. Im Einzelnen bedeutet diese Abwägung, dass das Gericht darüber zu entscheiden hat, ob die Einführung des Beweismittels den verschiedenen Zwecken des Strafverfahrens dient, d.h. ob das Beweismittel die Richtigkeit des Urteils fördert, also ob es glaubwürdig ist, ob es die Gleichbehandlung der Parteien, die Rechte des Beschuldigten, der Opfer und der Zeugen achtet. Was spezifisch den Fall der abwesenden Zeugen betrifft, zielen die Ausnahmen, die in Art. 116 Criminal Justice Act 2003 festgelegt sind, auf die Rechtspflege und führen, falls die dort aufgeführten Voraussetzungen vorliegen, mit Ausnahme natürlich die Angst des Zeugen, automatisch die Einführung der relevanten Aussagen herbei. Die Kriterien zur Feststellung des „reasonably practicable“ (nach vernünftigem Ermessen Durchführbares) beinhalten Begriffe, wie die Glaubwürdigkeit der Aussage, die Schwere der Straftat, die Kosten und die Verzögerung, und beziehen sich in erster Linie auf die Rechtspflege, aber sie berücksichtigen auch den Schaden der Verteidigung. Doch auch im Fall, dass die Voraussetzungen vorliegen, hat das Gericht weiterhin die Möglichkeit, die Aussage auszuschließen, indem es entweder Art. 126 anwendet, wenn nach seinem Ermessen der Nutzen durch die Ausschließung größer ist als der Nutzen durch ihre Einführung. Eine Alternative stellt zudem Art. 78 PACE dar, wenn nach gerichtlichem Ermessen die Einführung die Verhandlungsfairness verletzen würde. Wenn das Gericht andererseits urteilt, dass die Aussage eingeführt werden muss, obwohl keine Voraussetzungen für ihre zulässige Einführung vorliegen, kann es sich unter Berufung des Interesses der Rechtspflege für ihre Einführung entscheiden.

schen Recht davon ausgegangen, dass dies nicht zur Einführung von Aussagen, die nicht vor Gericht gemacht werden, führen kann, wenn der Zeuge für eine Aussage zur Verfügung steht.

In jedem Fall, ist der EGMR besorgt, dass er mit der Erschaffung einer starren Regel auf Schwierigkeiten hinsichtlich der einzelstaatlichen Bestimmungen, die dem Richter reichlich Spielraum einräumen, stoßen wird. Und genau weil die Rechtsprechungsregeln des EGMR in common law-Systemen¹³ zum Beweisausschluss führen, ist es einleuchtend, dass nach der Meinungsverschiedenheit beim Urteil in der Sache Al-Khawaja der EGMR den Versuch unternimmt, keine starren Regeln zu erlassen.¹⁴ Doch Aufgabe des EGMR ist es, das Recht auf einen fairen Prozess umfangreich zu schützen, was auch von den einzelstaatlichen Gerichten bewirkt werden kann, indem sie eine Kombination von Bestimmungen für jeden einzelnen Fall anwenden. Ein diesbezügliches Beispiel stellen die Urteile in den Sachen Ibrahim u.a. v. Großbritannien¹⁵ sowie Riat, Doran, Wilson, Clare und

¹³ Siehe hierzu die diesbezüglichen Erwägungen in R. v. Horncastle u.a. [2009] UKSC 14.

¹⁴ Ein solches Beispiel ist auch das Urteil Seton v. das Vereinigte Königreich (EGMR, Urte. v. 31.3.2016 – 55287/10), bei dem der EGMR zwar anerkannt hat, dass es keinen triftigen Grund für das Nichterscheinen des Zeugen gab (Rn. 61-62) und dass seine rechtmäßig aufgezeichneten Gespräche ein schwerwiegendes Beweismittel waren, aber dennoch die Abwägung der britischen Gerichte über die Zulässigkeit der Gespräche gemäß Art. 114 Abs. 1 lit. d Criminal Justice Act 2003 als vereinbar mit dem Recht auf eine faire Verhandlung beurteilt hat, weil sie die Ausgleichsmaßnahmen für den Schaden der Verteidigung, die in Art. 114 Abs. 2 Criminal Justice Act 2003 beschrieben werden, umgesetzt haben. Dieses Urteil hat aber eine bedeutende Besonderheit, denn das vorliegende Beweismittel war keine im Vorverfahren abgegebene Aussage eines Zeugen, sondern seine rechtmäßig aufgenommenen Gespräche, die sein Erscheinen und seine Aussage vor Gericht ersetzen. Der Zeuge war nicht bereit, vor Gericht zu erscheinen; selbst wenn er erschienen, würde er von seinem Recht Gebrauch machen, sich nicht selbst zu belasten. So würde folglich die Befragung durch den Beschuldigten nicht möglich sein. Aufgrund dessen beurteilte der EGMR, sich nicht mit der Tatsache begnügend, dass es keinen triftigen Grund für das Nichterscheinen des Zeugen gab, die Verfahrensqualität der britischen Gerichte bei der Beweisführung als ausreichend, ohne selbst die Glaubwürdigkeit der aufgenommenen Gespräche zu bewerten (Rn. 65-68). Im Gegensatz dazu war das Erscheinen des Zeugen bei den Urteilen EGMR, Urte. v. 12.1.2017 – 54146/09 (Bátěk u.a. v. Tschechien), Rn. 61-62 und EGMR, Urte. v. 12.1.2017 – 36705/12 (Štulíř v. Tschechien), Rn. 70-72, nicht unmöglich. Leider begnügte sich der EGMR aber mit der Beurteilungsweise der vorgelesenen Aussagen durch das innerstaatliche Gericht.

¹⁵ EGMR, Urte. v. 13.9.2016 – 50541/08, 50571/08, 50573/08 und 40351/09 (Große Kammer).

Bennett¹⁶ dar, die vom Berufungsgericht nach den Urteilen Horncastle und Al Khawaja erlassen worden sind.¹⁷

Es darf jedoch nicht außer Acht gelassen werden, dass – bedenkt man den unterschiedlichen Rechtsschutzstand in den Mitgliedstaaten – eine Ermutigung zu offenen Erwägungsregeln möglicherweise mehr Probleme schaffen wird, da es in den einzelstaatlichen Gerichten zu unterschiedlicher Priorisierung der Abwägungskriterien kommen könnte, was die Reduzierung des Schutzes der in der Konvention festgelegten Rechte zur Folge haben wird. Die Folgen sind jetzt schon an den jüngsten Urteilen in den Sachen *Bátěk v. Tschechien* und *Štulíř v. Tschechien* sichtbar, wie die Minderheit der Richter zu Recht bemerkte.

II. Die Beweiskraft der Aussage – das sole-decisive-Kriterium

Mit dem Urteil *Schatschaschwili* hat der EGMR den Begriff des entscheidenden Beweismittels relativiert, um so auch Beweise einzubeziehen, die zwar nicht als entscheidend für die Verurteilung bezeichnet werden können, jedoch schwerwiegend für die Bestimmung der Umstände und die Schuld der Angeklagten sind.¹⁸ So dehnt der EGMR den Begriff des entscheidenden Beweismittels – und somit auch den Anwendungsbereich des Rechts auf konfrontative Befragung – aus, wie im Folgenden analysiert werden wird.

In einem Versuch, eine einheitliche Linie einzuhalten, hat der EGMR im Fall *Schatschaschwili* beschlossen, dass auch die dritte Prüfstufe der Ausgleichsfaktoren in Betracht gezogen werden muss, auch wenn es sich nicht um die einzige oder entscheidende, sondern nur um eine für die Verurteilung des Beschuldigten wichtige Aussage handelt.¹⁹

Aus dem oben angeführten Ansatz des EGMR geht hervor, dass nicht vom Verstoß gegen das Konfrontationsrecht die Rede sein kann, da der funktionelle Zusammenhang zwischen dem Einfluss der Aussage bei der Verurteilung des Angeklagten und deren Nichtbezweifelung durch die Verteidigung fehlt; letzteres hat nämlich keine Auswirkungen auf die Formulierung des Inhaltes des Urteils hat und dient somit nicht der Wahrheitsfindung.²⁰ Davon ist jedenfalls dann auszugehen, wenn die Aussage nur ein weiterer Beweis ist, sodass das Gericht auch ohne dessen Existenz zum selben Urteil kommen würde. Dies geschieht unabhängig davon, ob ein triftiger Grund für die Abwesenheit des Zeugen vorliegt, denn auch dann, wenn kein triftiger Grund für seine Abwesenheit vorliegt, wird durch die Nichtkonfrontation des Angeklagten mit dem Zeugen nicht gegen das Recht auf einen fairen Prozess verstoßen, weil der Inhalt der nicht geprüften Aussage, in Kombination mit den anderen Beweisen, nicht in Verbindung mit dem Urteil des Gerichts steht.

Die Erweiterung des Begriffs des entscheidenden Beweismittels hat zwei Seiten. Einerseits scheint sie den Schutzbereich des Konfrontationsrechtes zu erweitern, und zwar in dem Maße, dass auch vom Inhalt her weniger entscheidende, dennoch wichtige Aussagen vom Angeklagten mittels der konfrontativen Befragung geprüft werden müssen. Andererseits steht das Kriterium der Aussage als Prüfmaßstab in Gefahr, seine Eigenständigkeit zu verlieren, denn die Bedeutung der Aussage wird im Grunde zu einem weiteren Faktor der Gesamtabwägung der Verfahrensfairness umgewandelt, denn je bedeutender die Aussage ist, umso gewichtiger müssen die ausgleichenden Faktoren sein, um eine Verfahrensfairness zu gewährleisten.²¹ So ist die Angst des Minderheitsstandpunkts, dass der Verstoß gegen das Konfrontationsrecht schließlich nur in der Gesamtabwägung der Verfahrensfairness zusammengefasst wird, nicht unbegründet.²² Als Beleg hierfür ist das Urteil *Ben Moumen v. Italien* anzuführen, bei dem der EGMR befunden hat, dass die Aussage einer Person, die sich zusammen mit dem Täter und dem Opfer der Vergewaltigung im Auto befand und während des Zeitpunktes der Tat aus dem Auto stieg, aber sah, dass sich das Auto bewegte und sofort zurückkehrte, nicht nur nicht entscheidend, sondern nicht einmal schwerwiegend war. Die Begründung dafür lautete, dass die entscheidende Aussage die des Opfers war und sie durch andere Aussagen, wie die des Polizisten, gegen den das Opfer Anzeige erstattete, bestätigt wurde.²³

Als Beleg hierfür ist das Urteil *Ben Moumen v. Italien* anzuführen, bei dem der EGMR befunden hat, dass die Aussage einer Person, die sich zusammen mit dem Täter und dem Opfer der Vergewaltigung im Auto befand und während des Zeitpunktes der Tat aus dem Auto stieg, aber sah, dass sich das Auto bewegte und sofort zurückkehrte, nicht nur nicht entscheidend, sondern nicht einmal schwerwiegend war. Die Begründung dafür lautete, dass die entscheidende Aussage die des Opfers war und sie durch andere Aussagen, wie die des Polizisten, gegen den das Opfer Anzeige erstattete, bestätigt wurde.²³

¹⁶ Diese vier Angeklagten hatten bei dem EWCA (England and Wales Court of Appeal) Berufung eingelegt, nachdem der Beweis vom Hörensagen zugelassen worden war. Das Urteil ist abrufbar unter:

http://www.litl.com/uploadedFiles/R_v_Riat.pdf.

¹⁷ Siehe dazu ausführlich *Spencer*, Hearsay evidence in criminal proceedings, 2. Aufl. 2014, S. 64-66.

¹⁸ EGMR, Urt. v. 10.2.2015 – 26504/06 (*Colac v. Rumänien*), Rn. 54, obwohl das innerstaatliche Gericht die Verurteilung nicht unter Berufung auf die Aussagen der abwesenden Zeugen begründete, und EGMR, Urt. v. 18.12.2014 – 27304/07 (*Efendiyev v. Aserbaidschan*), Rn. 46; EGMR, Urt. v. 31.3.2016 – 55287/10 (*Seton v. das Vereinigte Königreich*), Rn. 64; EGMR, Urt. v. 6.12.2012 – 25088/07 (*Pesukic v. die Schweiz*), Rn. 49.

¹⁹ EGMR, Urt. v. 15.12.2015 – 9154/10 (*Schatschaschwili v. Deutschland*), Rn. 116. Ebenso EGMR, Urt. v. 18.12.2014 – 27304/07 (*Efendiyev v. Aserbaidschan*), Rn. 46. Wegen seiner Auswirkung nach wichtig EGMR, Urt. v. 11.3.2013 – 3653/05, 14729/05, 16519/06, 20908/05, 26242/05, 36083/05 (*Asadbeyli u.a. v. Aserbaidschan*), Rn. 134.

²⁰ *Jackson/Summers*, The internationalization of criminal evidence: Beyond the common law and civil law traditions, 2012, S. 341.

²¹ EGMR, Urt. v. 15.12.2015 – 9154/10 (*Schatschaschwili v. Deutschland*), Rn. 116. In dieselbe Richtung, nach dem Urteilserlass in der Sache *Schatschaschwili*, auch *Simon Price v. das Vereinigte Königreich* (EGMR, Urt. v. 15.9.2016 – 15602/07, Rn. 131).

²² EGMR, Urt. v. 15.12.2015 – 9154/10 (*Schatschaschwili v. Deutschland*), Rn. 19. Gleiches Beispiel stellt auch die Sache *Bátěk u.a. v. Tschechien* (EGMR, Urt. v. 12.1.2017 – 54146/09) dar.

²³ EGMR, Urt. v. 23.6.2016 – 3977/13 (*Ben Moumen v. Italien*), Rn. 6 f. (ausführlich zum Inhalt der Aussage) und 54, bei dem das Gericht, da es keinen gewichtigen Grund für die Abwesenheit des Zeugen gab – denn die Behörden hätten Rechtshilfe beantragen können – eine ausführliche Überprüfung

Auch die jüngsten Urteile in den Sachen *Báték v. Tschechien* und *Štulíř v. Tschechien*, bei denen die nicht entscheidende Bedeutung der Aussagen der nicht anwesenden Zeugen die Rechtmäßigkeit des Verfahrens beim Vorverfahren sowie ihre sorgfältige Beurteilung durch das Gericht als Ausgleichsmaßnahmen rechtfertigte, zielen in dieselbe Richtung der Schwächung des Kriteriums als eigenständiges Prüfmaßstab.

Um die Zweckmäßigkeit, aber auch die Zukunft, der sole-decisive-Regel als Kriterium zum Schutz des Konfrontationsrechtes zu beurteilen, muss man sich mit ihrer Gesamtentwicklung auseinandersetzen. Diese Regel wurde vom EGMR als Folge fehlender Regeln für den Ausschluss von Beweisen in den kontinentaleuropäischen Rechtssystemen, bei denen die Richter Kenntnis aller Beweismittel nehmen, eingeführt. Es musste also ein Kriterium geschaffen werden, das festlegt, mit welchen Zeugen der Angeklagte das Recht auf eine konfrontative Befragung hat.²⁴ Der Vorteil hier war, dass der EGMR die Möglichkeit hatte, europaweit die Beweisführung zu regeln, ohne sich auf Diskussionen und Meinungsverschiedenheiten über die Vorteile der verschiedenen Systeme der strafrechtlichen Beweise einzulassen. Die Nutzung dieses Kriteriums setzte voraus, dass der EGMR zur Prüfung und Bewertung der Beweise Vorgaben machen würde, um festzustellen, ob diese die einzige oder entscheidende Grundlage für die Verurteilung des Beschuldigten war. Freilich steht dies im Widerspruch zu seinen vielfach wiederholten Formulierungen, dass die Zulässigkeit von Beweismitteln eine Frage der einzelstaatlichen Gerichte ist.²⁵ Der EGMR setzte dies um, indem er dem Kriterium einen eigenständigen Inhalt gegenüber den Urteilen einzelstaatlicher Gerichte zusagte.

Seine Anwendung als starre Regel, die schließlich den Verstoß gegen das Konfrontationsrecht bejahte, führte jedoch in den common-law-Rechtssystemen zum Ausschluss der relevanten Zeugenaussagen. Dies aber stand im Widerspruch zu den grundlegenden Prinzipien der britischen Rechtsordnung, wie sie im Criminal Justice Act 2003 umgesetzt wurden. Diese Prinzipien sehen ausnahmsweise die Einführung der Aussage eines abwesenden Zeugen in das Verfahren vor, und zwar gemäß einer Abwägungsregel (Art. 114 Abs. 1 lit. d Criminal Justice Act 2003), wonach der Beweiswert nur einen Abwägungsfaktor ausmacht, wenn man in Betracht zieht, dass der Ausschluss der Aussagen die Regel und die Zulassung die Ausnahme ist. Die rechtspolitische Tendenz war, eine Auflockerung der Ausschlussregel ohne strikte Voraussetzungen zum Nutzen der Rechtspflege mittels einer Gesamtabwägung vorzunehmen. Der EGMR aber, basierend auf der sole-decisive-Regel, handelte genau in die entgegengesetzte Richtung.

fung der Glaubwürdigkeit der Zeugenaussage in Verbindung mit den verfahrensrechtlichen Möglichkeiten seiner Befragung durch den Beschuldigten vornahm (Rn. 58-60), um entscheiden zu können, ob das Konfrontationsrecht verletzt worden war.

²⁴ *Jackson/Summers* (Fn. 18), S. 339.

²⁵ EGMR, Urt. v. 15.12.2011 – 26766/05, 22228/06 (*Al-Khawaja u. Tahery v. das Vereinigte Königreich*), Rn. 118.

Der Streitpunkt unter den unterschiedlichen Auffassungen war das Urteil *Al-Khawaja*. Die englischen Gerichte waren der Meinung,²⁶ dass die rechtfertigende Basis der sole-decisive-Regel die Tatsache sei, dass die Verurteilung, die hauptsächlich oder ausschließlich auf einer nicht durch konfrontative Befragung überprüften Aussage basiere, nicht als handfest aufgefasst werden könne, d.h. sie stütze sich nicht auf eine glaubwürdige Basis, was wiederum darauf schließen lasse, dass es zu diesem Punkt eine Übereinstimmung mit den entsprechenden Bestimmungen des Criminal Justice Act 2003 gebe. Diese Auffassung wurde aber vom EGMR, der ausdrücklich betonte, dass die rechtfertigende Basis der sole-decisive-Regel zweideutig sei, widerlegt. Zum einen gewährleiste sie die Glaubwürdigkeit der Aussage, die geringer werde, umso mehr die Aussage von entscheidender Bedeutung für die Verurteilung des Angeklagten sei, und zum anderen schütze sie die Rechte der Verteidigung, die zu Schaden kämen, wenn der Angeklagte nicht am Verfahren teilnehme. Obwohl der EGMR die Regel gegen die Einwände der britischen Gerichte verteidigte, indem er die Begriffe „einzig“ und „entscheidend“ festlegte und überzeugend auf die Argumente über die nicht praktische Anwendung in common law-Rechtssystemen antwortete, akzeptierte er später, dass die Regel nicht auf unflexible Weise angewendet werden darf. So machte er einen Schritt in die Richtung der Gesamtabwägung, ohne aber die Regel vollständig abzuschaffen. In den darauf folgenden Urteilen diente sie mehr dazu, aus dem Anwendungsbereich des Konfrontationsrechtes jene Aussagen auszuschließen, die nicht beweiskräftig zur Verurteilung des Angeklagten beigetragen haben. Es ist offensichtlich, dass mit der Verlagerung des Schwerpunktes auf das Vorhandensein eines triftigen Abwesenheitsgrunds des Zeugen und der Gesamtabwägung der Fairness mittels Ausgleichsfaktoren, die Bedeutung der sole-decisive-Regel geschwächt wurde, was letztendlich heißt, dass sie ein Einschränkungskriterium für unerhebliche Verletzungen des Konfrontationsrechtes darstellt, obwohl sie ausdrücklich bei allen Urteilen erwähnt wird.

Ein weiterer Aspekt für die Beurteilung der sole-decisive-Regel ist das Verhältnis des Beweiswerts der Aussage zu den anderen Ausgleichsfaktoren, vor allem zu stützenden Beweisen und schließlich zu der Glaubwürdigkeit der Aussage des abwesenden Zeugen. Demnach müssen, laut Auslegung des EGMR im Fall *Schatschaschwili*, die Ausgleichsfaktoren umso gewichtiger sein, je mehr Beweiswert die Aussage des abwesenden Zeugen hat.²⁷ In Fällen, in denen die Aussage nicht als entscheidend für die Verurteilung beurteilt wurde, reichten bestimmte Ausgleichsfaktoren aus, wie die sorgfältige und begründete Beurteilung der einzelstaatlichen Gerichte über die Glaubwürdigkeit des Zeugen. Die Beurteilung berücksichtigte sowohl die Besonderheit, dass es sich um einen minderjährigen Zeugen handelte, als auch die relevanten Begutachtungen, ohne dass das Gericht selbst eine eigenstän-

²⁶ Siehe ausführlich in *R. v. Horncastle u.a.* [2009] UKSC 14, Rn. 86.

²⁷ EGMR, Urt. v. 15.12.2015 – 9154/10 (*Schatschaschwili v. Deutschland*), Rn. 116.

dige Beurteilung der Glaubwürdigkeit des Inhalts der Aussage vornahm.²⁸ Selbst dann, wenn die Aussage von schwerwiegender, dennoch nicht entscheidender Bedeutung war, begnügte sich der EGMR mit der Überprüfung der Anwendung der einschlägigen Bestimmungen des nationalen Rechts, im vorliegenden Fall des Art. 114 Abs. 1 lit. d des Criminal Justice Act 2003 und den Bemerkungen des Richters zu den Geschworenen, unter Betonung, dass die Beurteilung der anderen Ausgleichsfaktoren nur relativ sei.²⁹ Im vorliegenden Fall ist zu beachten, dass der EMGR – nachdem er die relevanten Aussagen als nicht von entscheidender Bedeutung oder von nur schwerwiegender Bedeutung beurteilt hat – sich mit der Feststellung begnügt, dass die nationalen Gerichte, unter Berücksichtigung aller anderen Beweismittel, die notwendigen Abwägungen vorgenommen bzw. nicht vorgenommen haben, ohne dass er selbst die stützenden Beweise überprüft, um die Glaubwürdigkeit der Beweismittel zu beurteilen.

III. Die Rolle der Zeugenbefragung durch den Beschuldigten im Vorverfahren

Obwohl, wie bereits erwähnt wurde, Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK vorsieht, dass alle Beweismittel dem Beschuldigten in einem öffentlichen kontradiktorischen Verfahren vorgelegt werden müssen,³⁰ gewährt der EGMR, als angemessenes Ausgleichsmittel für den Verlust des Rechtes im Hauptverfahren, dem Beschuldigten die Möglichkeit, den Zeugen im Vorverfahren zu befragen, und entschied, dass in diesem Fall die Verwertung der Aussage zu einem späteren Zeitpunkt nicht gegen Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK verstößt.³¹ Die sich bietende Gelegenheit muss aber ausreichend und angemessen sein, damit es zu keinem Verstoß der Konvention kommt. Damit die Gelegenheit ausreichend ist, muss der Angeklagte in der Lage sein, die Beschuldigungen gegen seine Person konfrontativ abzuweisen. Auf die Frage, wann dies möglich ist, prüft der EMGR die Gesamtumstände – zu denen in erster Linie die Bestellung eines Verteidigers gehört –, unter denen dem Angeklagten die Möglichkeit gewährt wurde.³² Damit davon ausgegangen werden kann, dass die Befragung des Zeugen im Vorverfahren ausreichend die entsprechende Aussage vor Gericht ersetzt, müssen Bedingungen erfüllt sein,

die möglichst vergleichbar zu denen im Hauptverfahren sind, d.h. Waffengleichheit und vollwertige Gelegenheit des Beschuldigten, die Glaubwürdigkeit der Aussage des Zeugen zu bezweifeln. Zusammenfassend lässt sich sagen, dass ein Standard, vergleichbar mit den Bedingungen für ein kontradiktorisches Verfahren gegeben sein muss.

Des Weiteren stellt sich aber die Frage, ob diese Bedingungen immer dem Vorverfahren angemessen sind und wie Fälle beurteilt werden, bei denen es dem Ermessen der Behörden unterliegt zu beurteilen, ob einige der oben genannten Garantien, wie die Bestellung des Verteidigers und die Kenntnisnahme der Aussagen, eingeschränkt werden müssen, damit die Zwecke des Vorverfahrens erfüllt werden. Im vorliegenden Fall vermied es der EGMR bezüglich der Fragestellung, ob die grundsätzliche Inanspruchnahme dieses Ermessensspielraums durch die Behörden gegen Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK verstößt, Stellung zu nehmen. Dies hängt damit zusammen, dass der EGMR die einzelstaatlichen Gerichte nicht übermäßig binden wollte und es vorzog, einen Faktor in der Gesamtabwägung der Fairness hinzuzufügen, der die Frage stellt, ob die Behörden davon ausgingen, dass der Zeuge nicht vor Gericht erscheinen würde.³³ Angesichts dessen aber, dass es dem Ermessen der Behörden unterliegt, die Rechte der Verteidigung im Zusammenhang mit dem Interesse der Rechtspflege seitens des nationalen Rechts abzuwägen, stellt dieser Faktor auch ein Kriterium für die Ausübung des Ermessensspielraums bei jedem konkreten Fall dar. Der EGMR ging sogar einen Schritt weiter: Die Abwägung zwischen den Rechten der Verteidigung und der Rechtspflege ergebe, dass die Nichtbestellung eines Verteidigers und folglich die Vorenthaltung der Möglichkeit der Verteidigung, den Zeugen im Vorverfahren zu vernehmen, einen Verstoß gegen Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK darstelle, vorausgesetzt die Behörden gingen in Anbetracht der ihnen vorliegenden Fakten tatsächlich davon aus, der Zeuge werde nicht vor Gericht erscheinen.

Der nächste Schritt ist die Festlegung des Wahrscheinlichkeitsmaßstabs, den der EGMR zur Feststellung einer bestehenden Gefahr für die Nichtvernehmung des Zeugen vor Gericht vorsieht. Beim Schatschaschwili-Urteil³⁴ sagt er wortwörtlich: „es ist vielleicht nicht möglich, sich Beweise anzuhören“ oder „die Behörden waren der berechtigten Ansicht“, „sie sind aufgrund der Annahme vorgegangen“. Aus den obigen Formulierungen ergibt sich, dass der Wahrscheinlichkeitsmaßstab ziemlich niedrig angesetzt ist, d.h. für den EGMR ist es ausreichend, wenn eine bloße, also nicht unbedingt eine ziemliche oder eine große Wahrscheinlichkeit besteht. Meines Erachtens ist dies auch der Grund, weshalb die Minderheitsansicht – die sich mit der Auffassung der Mehrheit in Einklang befindet – erwähnt, dass das Gericht über jeden Zweifel hinaus verdeutlichen muss, dass die Verfahrensgarantien zur Bestellung eines Verteidigers und zu

²⁸ EGMR, Urt. v. 17.4.2012 – 43609/07 (Fafrowicz v. Polen), Rn. 61 f.

²⁹ EGMR, Urt. v. 31.3.2016 – 55287/10 (Seton v. das Vereinigte Königreich), Rn. 67 f.; EGMR, Urt. v. 12.1.2017 – 54146/09 (Bátěk u.a. v. Tschechien), Rn. 61 f.

³⁰ EGMR, Urt. v. 15.12.2011 – 26766/05, 22228/06 (Al-Khawaja u. Tahery v. das Vereinigte Königreich), Rn. 118; EGMR, Urt. v. 15.12.2015 – 9154/10 (Schatschaschwili v. Deutschland), Rn. 103.

³¹ EGMR, Urt. v. 10.5.2012 – 28328/03 (Aigner v. Österreich).

³² EGMR, Urt. v. 14.1.2010 – 23610/03 (Melnikov v. Russland), Rn. 79-81; EGMR, Urt. v. 13.3.2012 – 5605/04 (Karpenko v. Russland), Rn. 69; EGMR, Urt. v. 15.11.2012 – 19157/06 (Khayrov v. die Ukraine), Rn. 93; EGMR, Urt. v. 19.7.2012 – 26171/07 (Hümmer v. Deutschland), Rn. 48-50.

³³ EGMR, Urt. v. 15.12.2015 – 9154/10 (Schatschaschwili v. Deutschland), Rn. 154, 157.

³⁴ EGMR, Urt. v. 15.12.2015 – 9154/10 (Schatschaschwili v. Deutschland), Rn. 157-159

dessen Anwesenheit bei der Zeugenvernehmung streng eingehalten werden müssen.³⁵

Angesichts des niedrigen Wahrscheinlichkeitsmaßstabs und – wie es den Anschein hat – der Tatsache, dass das Objekt der Mutmaßung die physische Anwesenheit des Zeugen ist, kommt es folglich dazu, dass der EGMR den nationalen Gerichten vorschreibt, dass auch dann, wenn das nationale Recht die Einschränkung der Verteidigungsrechte im Vorverfahren zulässt, aber es nur wahrscheinlich ist, dass der Zeuge nicht persönlich vor Gericht erscheint, alle Verfahrensgarantien streng eingehalten werden müssen und der Verteidigung die Möglichkeit gegeben wird, den Zeugen bereits im Vorverfahren zu befragen. Dies gilt auch dann, wenn dies Werte wie die Rechtspflege, die in Abwägungsvorschriften des innerstaatlichen Rechts verankert sind, in Gefahr bringt, denn sonst würde gegen Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK verstoßen werden. Folglich ist für den EGMR der schwerwiegende Faktor bei der Nutzung des Ermessensspielraums, den das innerstaatliche Recht laut Bestimmungen den nationalen Gerichten einräumt, der Schutz des Konfrontationsrechts.

Doch bei den Urteilen *Bátěk und Štulíř v. Tschechien* scheint der EGMR diese Ansichten zu revidieren, und zwar insofern, als er die Einhaltung der Bestimmungen des innerstaatlichen Rechts bezüglich der dringenden Zeugenvernehmung im Vorverfahren ohne die Anwesenheit des Beschuldigten, als ausreichenden Ausgleichsfaktor beurteilt, falls zu erwarten war, dass der Zeuge dem Gericht nicht zur Verfügung stehen würde. Im vorliegenden Fall ist eine formelle Feststellung über die Einhaltung der innerstaatlichen Bestimmungen seitens der Behörden für den EGMR ausreichend, obwohl er anerkennt, dass die Behörden den Spielraum hatten, diese Bestimmungen nicht umzusetzen.³⁶

Der Unterschied zwischen den oben genannten Urteilen des EGMR und dem Fall *Schatschaschwili* ist, dass das innerstaatliche (tschechische) Recht eine maßgebende Abwägung vornahm, die im Art. 158a der tschechischen StPO verankert ist und vorsieht, dass der Zeuge ein einziges Mal vom Staatsanwalt unter der Aufsicht eines Richters vernommen werden darf, ohne dass aber die Erfüllung der Voraussetzungen zur Umsetzung der Bestimmung vom Richter geprüft werden kann. Dies ist jedoch nach tschechischem Prozessrecht nur möglich, wenn trotz fehlender Anklageerhebung Dringlichkeit zur Zeugenvernehmung besteht. Die daraus entnommene Aussage kann vor Gericht verlesen werden (Art. 211 Abs. 2 tschechische StPO). Folglich mussten die Behörden, da ihrer Ansicht nach die Zeugen nicht zur Verfügung stehen würden und demnach ein Dringlichkeitsfall vorlag, die entsprechende Bestimmung anwenden, da sie keine Möglichkeit hatten, dem Angeklagten einen Verteidiger zu bestellen oder ihm die Chance zu gewähren, den Zeugen zu befragen. Es ging aber nicht darum, dass die Möglichkeit der Zeugenbefragung während des Vorverfahrens nicht ge-

währt wurde, sondern, dass seitens des Gerichts keine Anstrengungen bezüglich der Zeugenauffindung unternommen wurden und die Aussagen verlesen wurden. Der EGMR seinerseits weigerte sich, einen Verstoß gegen Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK anzuerkennen, da seines Erachtens die sorgfältige Beurteilung seitens des Gerichts, die Glaubwürdigkeit der Aussagen sowie die Rechtmäßigkeit des Vorgehens der Behörden im Vorverfahren als ausreichende Ausgleichsfaktoren anzusehen sind.

IV. Schlussfolgerungen

Aus der obigen, kurzen Analyse der jüngsten Rechtsprechung des EGMR, ergeben sich folgende Erkenntnisse:

Es lässt sich eine Auflockerung des Verhältnisses der drei Prüfstufen zueinander erkennen, denn der triftige Abwesenheitsgrund des Zeugen ist nunmehr in die Gesamtabwägung der Verfahrensfairness eingefügt und das Kriterium des Beweiswerts der Aussage wandelt sich – mittels der Erweiterung seiner Anwendung auch auf schwerwiegende aber nicht entscheidende Beweismittel – zu einem weiteren Faktor der Gesamtabwägung, denn je bedeutender die Aussage ist, desto mehr Ausgleichsfaktoren bedarf es, um eine Verfahrensfairness zu gewährleisten. So kommt der dritten Prüfstufe die größte Bedeutung zu und die Ausgleichsfaktoren werden, im Vergleich zu der strengen Einhaltung der Stufen, flexibler beurteilt. So neigt folglich der EGMR dazu, sich offenen Abwägungsregeln, wie derjenigen des *Criminal Justice Act 2003*, anzunähern. Diese Annäherungsweise hat als weitere Folge die Gewährung eines größeren Ermessensspielraums an die innerstaatlichen Gerichte, die nunmehr einen erweiterten Spielraum haben, um mittels der Gesamtbetrachtung zu beurteilen, ob es zu einem Verstoß gegen Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK gekommen ist.

Die obige Tendenz bietet eine größere Anpassungsmöglichkeit der Rechtsprechung des EGMR an die einzelstaatlichen Regelungen und deren Auslegung seitens der einzelstaatlichen Gerichte, aber umgekehrt kann die uneinheitliche Auslegung des Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK durch die einzelstaatlichen Gerichte zu einer Reduzierung des Schutzniveaus des Konfrontationsrechtes führen.

Die Grenzen des Ermessensspielraums der innerstaatlichen Gerichte werden von der Grundannahme des EGMR bei allen seinen Urteilen über die Verletzung bzw. Nichtverletzung des Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK, laut derer alle Beweise zu Lasten des Angeklagten in seiner Anwesenheit und in einer öffentlichen Sitzung unter kontradiktorischen Bedingungen vorzulegen sind, gesetzt. Diese Formulierung enthält die Auffassung des EGMR über die Verfahrensfairness und vertritt zwei wesentliche Grundsätze, auf die sich der EGMR stützt. Der erste Grundsatz betrifft das kontradiktorische Verfahren. Demzufolge muss die Verteidigung das Recht haben, die Beweismittel zu Lasten des Angeklagten anzufechten, d.h. ihr muss die Möglichkeit zur Kenntnis- und Stellungnahme der von der Anklage vorgelegten Beweismittel sowie auch die Möglichkeit zur Vorlegung von Gegenbeweisen und Beweismitteln entgegengesetzten Inhalts, gege-

³⁵ EGMR, Urt. v. 15.12.2015 – 9154/10 (*Schatschaschwili v. Deutschland*), Rn. 13 der Minderheitsansicht.

³⁶ EGMR, Urt. v. 12.1.2017 – 54146/09 (*Bátěk u.a. v. Tschechien*), Rn. 53; EGMR, Urt. v. 12.1.2017 – 36705/12 (*Štulíř v. Tschechien*), Rn. 69.

ben werden.³⁷ Diese Möglichkeiten müssen aber dem Angeklagten unter dem Grundsatz der Waffengleichheit gewährt werden, im Sinne des Ausgleichs der verfahrensrechtlichen Gleichbehandlung der Verteidigung und der Anklagevertretung. Ziel des Grundsatzes der Waffengleichheit ist die Vermeidung eines substanziellen verfahrensrechtlichen Ungleichgewichts zwischen den Prozessparteien und ist eng mit dem Grundsatz des unvoreingenommenen Richters verbunden.³⁸

Demnach ist eine Verfahrensfairness gegeben, wenn dem Verteidiger, unter den bereits erwähnten Voraussetzungen des kontradiktorischen Verfahrens und der Waffengleichheit, die Möglichkeit gewährt wird, die Beweismittel anzufechten. Das Recht auf Befragung des Zeugen ist folglich eines der Rechte der Verteidigung, das ihr erlaubt, am Entscheidungs- und Beweisführungsverlauf des Strafverfahrens teilzuhaben. Wichtig ist hierbei, dass das Recht auf Vernehmung des Zeugen als institutionelles Recht der Verteidigung, und nicht nur als Recht des Beschuldigten am Verfahren teilzunehmen, betrachtet wird, denn dies erlaubt die Abwägung mit den entsprechenden Rechten der Anklagevertretung. So stellt die Verteidigung nicht nur ein individuelles Recht des Beschuldigten dar, sondern hat auch eine institutionelle Dimension. Aufgrund dessen wird die Verteidigung der Anklagevertretung gegenüber als gleichberechtigte Prozesspartei anerkannt, die die gleichen institutionellen Rechte besitzt.³⁹

Folglich verletzt die Einschränkung des Konfrontationsrechts, die auf das Verschulden der Behörden wegen nicht sorgfältiger Vorgehensweise hinsichtlich der Auffindung des Zeugen zurückzuführen ist, grundsätzlich den Grundsatz der Waffengleichheit. Aber auch der Grundsatz des kontradiktorischen Verfahrens ist verletzt, weil dem Angeklagten das wichtigste Mittel zur Anzweiflung des Beweismittels des Zeugen, also seine Befragung, verwehrt wird.

³⁷ *Jackson/Summers* (Fn. 18), S. 86.

³⁸ *Jackson/Summers* (Fn. 18), S. 84.

³⁹ *Jackson/Summers* (Fn. 18), S. 284.