

Sonderdruck aus:

Gesamte Strafrechtswissenschaft in internationaler Dimension

**Festschrift für Jürgen Wolter zum 70. Geburtstag
am 7. September 2013**

Herausgegeben von

**Mark A. Zöller, Hans Hilger, Wilfried Küper
und Claus Roxin**



Duncker & Humblot · Berlin 2013

Inhaltsverzeichnis

I. Grund- und Grenzfragen der Strafrechtswissenschaft

<i>Volker Erb</i> : Feindstrafrecht in der Praxis? Der Fall des Rockers von Anhausen	19
<i>Georg Freund</i> : Nicht „entweder – oder“, sondern „weder – noch“! Zum Verstoß gesetzesalter- nativer Wahlfeststellung gegen Art. 103 II GG	35
<i>Luis Greco</i> : Tugend im Strafverfahren	61
<i>Heike Jung</i> : Jürgen Wolter und der Gesetzgeber	87
<i>Sergio Moccia</i> : Scienza giuspenalistica ed involuzione normativa	99
<i>Heinz Müller-Dietz</i> : Kafkas „Proceß“ – ein Strafprozess?	109
<i>Hans-Ullrich Paeffgen</i> : Das „Rechtsgut“ – ein obsoleter Begriff?	125
<i>Maria Fernanda Palma</i> : Zur Bedeutung ethisch-wissenschaftlicher Erörterungen über Gefühle für das Strafrecht	167
<i>Ramon Ragués</i> : Variationen zu dem gesamten Strafrechtssystem	183
<i>Rudolf Rengier</i> : Zur Rolle und Reichweite des Strafrechts bei Katastrophen	199
<i>Wolf-Rüdiger Schenke</i> : Die Strafbewehrung rechtswidriger Verwaltungsakte	215
<i>Friedrich-Christian Schroeder</i> : Der Siegeszug der Gefahr im Strafrecht	247
<i>Lorenz Schulz</i> : Rechtstheorie im Strafprozessrecht. Intradisziplinärer Stolper- oder Baustein?	257
<i>Paulo de Sousa Mendes</i> : Über die philosophischen Wurzeln der Trennung zwischen Unrecht und Schuld	271

II. Allgemeiner Teil des Strafrechts

<i>Manuel Cancio Meliá</i> : Zur Funktion der subjektiven Tatseite	293
<i>Armin Engländer</i> : Kann die Mitgliedschaft in einem Rockerclub eine Notwehrein-schränkung begründen?	319
<i>Patricia Esquinas Valverde</i> : „Probabilistischer Kausalbegriff und richterliche Wertungs- entscheidung“	333
<i>Wolfgang Frisch</i> : Strafbarkeit juristischer Personen und Zurechnung	349
<i>Helmut Frister</i> : Der Begriff „Verwirklichung des Tatbestandes“ in § 22 StGB	375
<i>Enrique Gimbernat Ordeig</i> : Strafrechtliche Gleichbehandlung der Mitwirkung an einer Selbst- gefährdung und der einverständlichen Fremdgefährdung?	389
<i>Karl Heinz Gössel</i> : Überlegungen zu Strafgrund und Wesen des Versuchs	403
<i>Andreas Hoyer</i> : Die aberratio ictus als Sonder- und Extremfall der Kausalabweichung	419
<i>Diego-Manuel Luzón Peña</i> : Handeln aus Gewissensgründen als Entschuldigungsgrund im Vergleich zur Strafbarkeit der Überzeugungstat	431
<i>Ricardo Robles Planas</i> : Zum Strafunrechtsausschluss	439
<i>Imme Roxin</i> : Täterschaft und Teilnahme in einem Wirtschaftsunternehmen. Täterschaft kraft Organisationsherrschaft?	451
<i>Fernando Guanarteme Sánchez Lázaro</i> : Eine Dekonstruktion der Erfolg-zurechnung	465
<i>Kurt Schmoller</i> : Verwirklichung einer unerlaubten Gefahr bei „Risikoerhöhung“	479
<i>Arndt Sinn</i> : Der Kerngehalt des Gesetzlichkeitsprinzips. Ein Beitrag zu den sozia- lethischen Beschränkungen des Notwehrrechts	503
<i>Ulrich Stein</i> : Vorsatz bei Gefährlichkeits-, Gefährdungs- und Verletzungsdelikten	521
<i>Bettina Weißer</i> : Zur Zurechnung von Verletzungserfolgen beim Konsum illegaler Betäubungs- mittel. Deutsche Dogmatik und europäische Bekämpfungsstrategien	541
<i>Frank Zieschang</i> : Das „potentielle Gefährdungsdelikt“ in der Rechtsprechung des BGH	557

Das Recht auf Konfrontation eines Auslandsbelastungszeugen

Eine europäische Perspektive aus Karlsruhe¹

Von *Sabine Gless*

I. Einleitung

Bedeutende Teile des Werkes von *Jürgen Wolter* beschäftigen sich mit Beweisverboten. Unter anderem diskutierte er die Idee einer europäischen Beweisverwertungsverbotslehre, der zufolge Beweismittel nicht verwertet werden dürfen, wenn sie grundlegende, europäisch verbürgte Individualrechte – etwa die Verteidigungsrechte nach Art. 6 Abs. 3 EMRK – verletzen.²

In jüngerer Zeit hat die europäische Dimension der Diskussion um eine europaweite Verwertbarkeit von Beweismitteln immer mehr an Bedeutung gewonnen.³ Die damit verbundenen Fragen nach der Reichweite, den Implikationen und den Grenzen von Beweisverwertungsverboten sind facettenreicher geworden. Die Notwendigkeit für neue Ansätze ist offensichtlich. Sie müssen dem Anliegen nach einer europäischen Beweisverbotslehre Rechnung tragen. Dabei taucht immer wieder die Frage nach der Rolle der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) und der dazu ergangenen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (EGMR) auf. Denn nach Ansicht vieler wird dadurch ein Fixpunkt für die strafprozessualen Beweisverfahren der EMRK-Vertragsstaaten geschaffen.

Ob dies tatsächlich der Fall ist, lässt sich am besten durch einen Blick in die Praxis der Vertragsstaaten überprüfen. Eine in den letzten Jahren kontrovers diskutierte

¹ Zur Perspektive auf die Problematik aus Schweizer Sicht: *Gless*, in: Cavallo/Hiestand/Käser/Caspar/Ivic (Hrsg.), *Liber amicorum für Andreas Donatsch*, Im Einsatz für Wissenschaft, Lehre und Praxis, 2012, S. 303 ff.

² *Wolter*, in: von Canaris/Heldrich/Hopt/Roxin/Schmidt/Widmaier (Hrsg.), *Festgabe der Wissenschaft zum 50-jährigen Bestehen des Bundesgerichtshofs*, Band IV, Straf- und Strafprozeßrecht, 2000, 963, 1000 f.

³ Vgl. dazu: *Allegrezza*, ZIS 2010, 569; *Ambos*, Beweisverwertungsverbote, 2010, S. 73 ff.; *Belfiore*, European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice 17 (2009), 1 ff.; *Esser*, in: Heinrich/Jäger et al. (Hrsg.), *Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag*, 2011, S. 1497 ff.; *Gless*, ZStW (115) 2003, 131 ff.; *Heger*, ZIS 2007, 547 ff.; *Schünemann/Roger*, ZIS 2010, 92.

Frage betrifft die Konsequenzen aus der Verletzung von Verteidigungsrechten in Strafverfahren mit Auslandsbezug.⁴ Wie kann bzw. wie muss etwa ein ausreichendes Konfrontationsrecht gewährleistet werden, wenn mutmaßlicher Täter und Zeuge nicht im gleichen Staat leben oder Tatort und Wohnort in unterschiedlichen Staaten liegen oder Zeugenbeweise aus anderen Gründen im Ausland erhoben werden müssen? In solchen Konstellationen kommt es immer wieder vor, dass eine ersuchte ausländische Behörde die konfrontative Befragung eines Zeugen verweigert.

Hier stellt sich – insbesondere mit Blick auf die grenzüberschreitende Zusammenarbeit in Europa – eine Grundsatzfrage: Gelten die Justizgrundrechte der EMRK uneingeschränkt und in gleicher Weise in Strafverfahren, die nicht nur in einem EMRK-Vertragsstaat, sondern arbeitsteilig in mehreren Vertragsstaaten durchgeführt werden? Oder gelten – etwa für das Konfrontationsrecht – andere Maßstäbe, wenn sich ein Gericht, um ein Strafverfahren im eigenen Land führen zu können, der Hilfe anderer (Konventions-)Staaten bedienen muss?

II. Das Konfrontationsrecht

1. Gewährleistung im Allgemeinen

Das Recht auf Konfrontation eines Belastungszeugen ist in Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK garantiert.⁵ Es gibt dem Angeklagten das Recht, Belastungszeugen Fragen zu stellen oder stellen zu lassen sowie die Ladung von Entlastungszeugen unter denselben Bedingungen wie Belastungszeugen zu verlangen.⁶ Zur Wahrung der Verteidigungsrechte muss dem Angeklagten die Möglichkeit eingeräumt werden, den Zeugen angemessen und ausreichend zu befragen und insbesondere die Glaubhaftigkeit von Aussagen zu prüfen und deren Beweiswert auf die Probe und in Frage zu stellen.⁷ Die Konfrontation kann entweder in dem Zeitpunkt stattfinden, in welchem die Aussage gemacht wird, oder in einem späteren Verfahrensstadium. Entscheidend ist, dass eine belastende Aussage tatsächlich hinterfragt werden kann.⁸

⁴ *Ambos* (Fn. 3), S. 81 ff.; *Gless*, in: Müller/Sander/Valkova (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Eisenberg, 2009, S. 499 ff.; *Norouzi*, Die audiovisuelle Vernehmung von Auslandszeugen, 2010, S. 55; *Schomburg/Lagodny*, NJW 2012, 348 ff.

⁵ Zur „Waffengleichheit im Zeugenbeweis“: *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention, 5. Aufl. 2012, Rn. 363 ff.

⁶ BGH v. 3. 12. 2004, 2 StR 156/04.

⁷ LR-*Esser*, Art. 6 EMRK, Rn. 758 ff. Zu Wurzeln und Entwicklung dieses im Parteiverfahren angelegten Rechts vgl. etwa: *Spencer*, Hearsay Evidence in Criminal Proceedings, 2008, S. 5 ff.

⁸ BGH v. 25. 7. 2000, 1 StR 169/00; BGH v. 27. 2. 2004, 2 StR 146/03; BGH v. 3. 12. 2004, 2 StR 156/04; EGMR v. 15. 6. 1992, Lüdi v. Switzerland, Nr. 12433/86, § 47; EGMR v. 26. 4. 1991, Asch v. Austria, Nr. 12398/86, § 27.

Das Recht auf Konfrontation ist letztlich Ausdruck eines Anspruchs auf rechtliches Gehör zur Herstellung von Waffengleichheit in einem Verfahren, das auf dem europäischen Kontinent durch den Amtsermittlungsgrundsatz geprägt ist: Hat eine angeklagte Person im Verlaufe eines Strafverfahrens nie Gelegenheit, einen Zeugen kontradiktorisch zu befragen oder befragen zu lassen, verletzt dies ihr Recht auf Konfrontation – das geht eindeutig aus der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) hervor.⁹ Die notwendigen Konsequenzen aus der Verletzung des Konfrontationsrechts hat der EGMR jedoch nicht eindeutig festgelegt; eigentlich noch nicht einmal, dass aus der Feststellung eines Verstoßes gegen das Konventionsrecht Konsequenzen folgen müssen. Vielmehr geht das Straßburger Gericht in ständiger Rechtsprechung grundsätzlich von einer Gesamtwürdigung des Verfahrens aus: Wenn insgesamt ein „fair trial“ gewährleistet sei, liege keine Verletzung der EMRK vor, selbst wenn ein Einzelrecht aus Art. 6 Abs. 3 EMRK nicht uneingeschränkt gewährt werde.¹⁰ Darüber hinaus akzeptieren die Straßburger Richter unter bestimmten Voraussetzungen die Heilung einer Rechtsverletzung in einem konkreten Fall durch eine im Einzelfall geeignete Massnahme eines Organs auf nationaler Ebene. Darauf gründet die Rechtsprechung, nach der bei einer Verletzung des Konfrontationsrechts ein Beweisverwertungsverbot oder eine Berücksichtigung auf der Ebene der Beweiswürdigung in Betracht komme.¹¹

2. Allgemeine Einschränkungen

Diese Rechtsprechung erscheint unbefriedigend, wenn man von EMRK-Rechten absoluten Schutz erwartet. Doch das Konfrontationsrecht gilt heute weder nach nationaler noch nach europäischer Rechtsprechung uneingeschränkt:

Der EGMR lässt ausnahmsweise eine Einschränkung des Konfrontationsrechts zu. In vielen Fällen wendet er das sog. „Drei-Stufen-Modell“ an: Grundsätzlich müssen zwar alle Beweise in Gegenwart der angeklagten Person in einer öffentlichen Verhandlung unter Beachtung eines kontradiktorischen Verfahrens erhoben werden. Es können aber hinreichend plausible und nachvollziehbare Gründe für eine Einschränkung des Konfrontationsrechts vorliegen.¹² Auf der ersten Stufe muss deshalb

⁹ EGMR v. 15. 12. 2011, Al-Khawaja and Tahery v. UK, Nr. 26766/05 und 22228/06, § 118; EGMR v. 15. 6. 1992, Lüdi v. Switzerland, Nr. 12433/86, § 49 f.; EGMR v. 27. 2. 2001, Lucà v. Italy, Nr. 33354/96, § 40.

¹⁰ *Warnking*, Strafprozessuale Beweisverbote in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und ihre Auswirkungen auf das deutsche Recht, 2009, S. 51 f.

¹¹ Vgl. etwa jüngst in EGMR v. 10. 3. 2009, Bykov v. Russia, § 89: „Es ist also nicht Sache des Gerichtshofs, grundsätzlich über die Zulässigkeit bestimmter Beweismittel zu entscheiden, z. B. solcher, die nach staatlichem Recht rechtswidrig erlangt wurden, oder über die Schuld des Bf. Er hat vielmehr zu prüfen, ob das Verfahren insgesamt einschließlich der Beweiserhebung fair war“. S. a. *Gaede*, Fairness als Teilhabe, 2007, S. 807 ff.

¹² EGMR v. 20. 11. 1989, Kostovski v. the Netherlands, Nr. 11454/85, § 41; EGMR v. 7. 9. 1990, Windisch v. Austria, Nr. 12489/86, § 26; EGMR v. 15. 6. 1992, Lüdi v. Switzerland,

nach solchen Gründen gesucht werden. So darf etwa bei faktischer Unerreichbarkeit eines Zeugen, der bereits einmal ausgesagt hat, das frühere Protokoll verwertet werden.¹³ Eine Verwertung einer belastenden Aussage ohne Konfrontation ist ferner beim Tod eines Zeugen möglich,¹⁴ ebenso wenn er nachträglich unauffindbar oder anderweitig nicht erreichbar ist.¹⁵

Hinter dieser Kasuistik steht letztlich der Gedanke, dass das Strafverfolgungsinteresse ausnahmsweise überwiegt und eine Verwertung insbesondere dann tragbar erscheinen kann, wenn die Gründe für die Unmöglichkeit einer konfrontativen Vernehmung nicht in der Verantwortungssphäre der Strafverfolgungsbehörden liegen,¹⁶ eben wenn eine Zeugin nach Aussage verschwindet, verstirbt oder ähnliches.

Diese Erwägung legt einerseits den Grund für die zweite Stufe: Durch einen bestmöglichen Ausgleich des Verteidigungsmangels, etwa eine Kompensation in einer anderen Verfahrensphase, sollen die Strafverfolgungsbehörden den Mangel wieder wettmachen können.¹⁷ Andererseits führt diese Erwägung zu einer gewissen Widersprüchlichkeit, da es für das Ziel des Konfrontationsrechts, eine möglichst zuverlässige Sachverhaltsrekonstruktion zu gewährleisten, unmaßgeblich ist, welche Seite die fehlende Konfrontation zu verschulden hat. Gleichwohl ist die Motivation für eine solche Erwägung einleuchtend: Auf Unmöglichkeit der Konfrontation soll sich (nur) berufen können, wer genügend Sorgfalt beim Versuch, einen Zeugen aufzubieten, angewendet hat.¹⁸ Aus Sicht des nationalen Strafprozesses formuliert, bedeutet dies: Die Behörden sollen sich nicht auf eine Einschränkung des Konfrontationsrechts wegen faktischer Unmöglichkeit berufen können, wenn sie den Umstand,

Nr. 12433/86, § 47; EGMR v. 3.4.1997, Van Mechelen and Others v. the Netherlands, Nr. 21363/93, 21364/93, 21427/93 und 22056/93, § 51; EGMR v. 27.2.2001, Lucà v. Italy, Nr. 33354/96, § 39; EGMR v. 28.6.2002, Birutis and Others v. Lithuania, Nr. 47698/99 und 48115/99, § 28; EGMR v. 19.10.2012, Sievert v. Germany, Nr. 29881/07, § 58; EGMR v. 8.12.2012, Pesukic v. Switzerland, Nr. 25088/07, § 46 f.; vgl. *Ackermann/Caroni/Vetterli*, AJP 2007, 1071 ff., 1073; LR-Esser, Art. 6 EMRK, Rn. 789 ff.

¹³ EGMR v. 24.11.1986, Unterpertinger v. Austria, Nr. 9120/80, § 31; EGMR v. 26.4.1991, Asch v. Austria, Nr. 12398/86, § 27; EGMR v. 28.8.1992, Artner v. Austria, Nr. 13161/87, § 22.

¹⁴ EGMR v. 7.8.1996, Ferrantelli und Satangelo v. Italy, Nr. 19874/92, § 51–53; EGMR v. 15.12.2011, Al-Khawaja and Tahery v. UK, Nr. 26766/05 und 22228/06, § 158; Chamber of the European Court of Human Rights, 21.3.2002, Calabró v. Italy and Germany, Nr. 59895/00, § 1.

¹⁵ EGMR v. 28.8.1992, Artner v. Austria, Nr. 13161/87, § 21–22; EGMR v. 26.3.1997, Doorson v. the Netherlands, Nr. 20524/92, § 80; EGMR v. 13.02.2004, Rachad v. France, Nr. 71846/01, § 24 f.; EGMR v. 22.11.2012, Tseber v. France, Nr. 46203/08, §§ 48 und 52.

¹⁶ EGMR vom 7.8.1996, Ferrantelli und Satangelo v. Italy, Nr. 19874/92, § 52; Chamber of the European Court of Human Rights, 21.3.2002, Calabró v. Italy and Germany, Nr. 59895/00, § 1; vgl. dazu aus Sicht des nationalen Strafprozesses: BGH v. 3.12.2004, 2 StR 156/04 Erw. II. 1b); BG Zürich v. 26.11.2008, DG070656/U = forumpoenale 2010, 35, Erw. 3.

¹⁷ EGMR v. 26.3.1996, Doorson v. the Netherlands, Nr. 20524/92, § 72 und § 75 f.

¹⁸ Chamber of the European Court of Human Rights, 21.3.2002, Calabró v. Italy and Germany, Nr. 59895/00, § 1.

dass eine Beschuldigte ihr Recht auf Konfrontation nicht wahrnehmen kann, selbst zu vertreten haben.¹⁹

Schließlich fordert die dritte Stufe, welche die Beweiswürdigung betrifft, dass die Verurteilung nicht ausschließlich bzw. maßgeblich auf den Angaben des nicht-konfrontierten Zeugen basieren dürfe.²⁰ Unauflösbar scheint der Konflikt, wenn ein Beweismittel im Vorverfahren ohne Konfrontation erhoben, in einem späteren Verfahrensstadium nicht mehr konfrontierbar, aber gleichzeitig „einzig und entscheidend“ („*sole and decisive*“) ist.²¹

Die deutsche Rechtsprechung betont stets, dass sie sich an der Rechtsprechung des EGMR orientiere.²² Sie lässt im Falle von anonymen Zeugen oder V-Personen empfindliche Beschränkungen des Rechts auf Konfrontation zu, wenn der jeweilige Staat gewichtige öffentliche Interessen oder den anders nicht zu bewerkstellenden Schutz eines Zeugen vor Repressalien ins Feld führt. Notwendig ist dann jedoch, dass ausreichend ausgleichende Maßnahmen zur Wahrung der Verteidigungsrechte getroffen werden.²³ Im Ergebnis läuft die deutsche Rechtsprechung oftmals auf eine Zusammenschau von sich gegenseitig stützenden (nicht-konfrontierten) Beweisen mit Indizien und eine Gesamtwürdigung aller Momente einer Sachverhaltsrekonstruktion hinaus.²⁴

3. Spezielle Einschränkungen in Strafverfahren mit Auslandsbezug

Das Recht auf Konfrontation gemäß Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK gilt nach dem – insofern nicht eingeschränkten – Wortlaut der EMRK in Strafverfahren mit einem Auslandsbezug genauso wie in den Verfahren, die gänzlich im Inland geführt werden. Jedoch ergeben sich in Fällen mit Auslandsbezug Besonderheiten, etwa weil Zeugen im Ausland befragt werden müssen, wo weder die Regeln des Staates gelten, der an der Aussage interessiert ist, noch seine Möglichkeiten zur Durchsetzung der Aussagepflicht mit Zwang greifen. Unabhängig davon, ob resp. unter welchen Bedingungen gleichwohl eine Zeugenbefragung im Rahmen förmlicher internationaler Rechtshilfe oder in anderer Form im Ausland stattfinden kann, ist in solchen Fällen

¹⁹ BVerfG, Beschl. v. 20.12.2000, NJW 2001, 2245; BGH v. 3.12.2004, 2 StR 156/04.

²⁰ EGMR v. 27.2.2001, Lucà v. Italy, Nr. 33354/96, § 40; EGMR v. 15.12.2011, Al-Khawaja and Tahery v. UK, Nr. 26766/05 und 22228/06, § 119; EGMR v. 17.4.2012, Farowicz v. Poland, Nr. 43609/07, § 54; vgl. a. LR-Esser, Art. 6 EMRK, Rn. 799.

²¹ Vgl. BGH v. 24.7.2003, 3 StR 212/02, Erw. B I; BGH v. 29.11.2006, 1 StR 493/06, Rn. 18.

²² So etwa: BGH v. 25.7.2000, 1 StR 169/00, Erw. II 2; BGH v. 27.2.2004, 2 StR 146/03 (e contrario); BGH v. 3.12.2004, 2 StR 156/04; BGH v. 29.11.2006, 1 StR 493/06, Rn. 19.

²³ So allgemein für Fälle der Einschränkung des Konfrontationsrechts: EGMR v. 26.3.1996, Doorson v. the Netherlands, Nr. 20524/92, § 70; BGH v. 25.7.2000, 1 StR 169/00 Erw. II 1c); BVerfG, Beschl. v. 20.12.2000, NJW 2001, 2245, Erw. 2a); BGH v. 12.1.1996, 5 StR 756/94, Erw. IV 1a); BVerfG, Beschl. v. 19.7.1995, 2 BvR 1142/93.

²⁴ BGH v. 3.12.2004, 2 StR 156/04.

eine Konfrontation im Sinne eines persönlichen Gegenübers oftmals schwierig zu bewerkstelligen.

Die nationalen Rechtsordnungen modifizieren deshalb oft die Vorgaben für Zeugenaussagen aus dem Ausland. Die speziellen Regelungen berücksichtigen, dass ein Auslandszeuge nicht im Rahmen eigener Hoheitsgewalt vorgeladen und vernommen werden kann,²⁵ unter anderem können sie das Recht auf Konfrontation einschränken.

Der Gefahr, dass es durch solche Modifikationen zur Erhebung von Beweisen kommt, die letztlich nicht den Anforderungen der EMRK entsprechen,²⁶ lässt sich nach der Straßburger Rechtsprechung tolerieren, indem man sich auf die sog. Gesamtwürdigung zurückzieht: Das Gericht entscheidet, ob „the proceedings as a whole, including the way in which evidence was taken, were fair“.²⁷ Interessant ist, dass das Straßburger Gericht die Verletzung von Konventionsrechten in Zusammenhang mit international-arbeitsteiligen Strafverfahren im allgemeinen eher zurückhaltend beurteilt, außer wenn es um eine Verletzung des Folterverbots ging.²⁸ Während die Rechtsprechung in Folterfällen einen strikten Kurs fährt,²⁹ vermisst man in Fällen möglicher Verletzung des Konfrontationsrechts eine einfach nachvollziehbare Linie.³⁰ Der EGMR führte den Vertragsstaaten in *Soering* zwar nachdrücklich ihre Verantwortung in der Rechtshilfe (in einem Auslieferungsverfahren mit einem Drittstaat) vor Augen.³¹ Im Bereich der sonstigen Rechtshilfe toleriert das Straßburger Gericht aber bisher oft Einschränkungen, etwa durch eine Modifikation des Fragerechts, indem die persönliche Konfrontation durch schriftliche Fragen ersetzt und auf die Möglichkeit für Rückfragen verzichtet wird.³²

²⁵ Vgl. etwa Art. 69 und Art. 73 IRSG; *Esser*, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht – Die Grundlagen im Spiegel der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) in Straßburg, 2002, S. 647; *Gaede* (Fn. 11), S. 244 f. und 627.

²⁶ Dazu etwa *Currie*, 11 CLF, 2000, 143 ff., 167.

²⁷ EGMR v. 26.3.1996, *Doorson v. the Netherlands*, Nr. 20524/92, § 67: „The Court reiterates that the admissibility of evidence is primarily a matter for regulation by national law and as a general rule it is for the national courts to assess the evidence before them. The Court's task under the Convention is not to give a ruling as to whether statements of witnesses were properly admitted as evidence, but rather to ascertain whether the proceedings as a whole, including the way in which evidence was taken, were fair.“; s. auch § 72; EGMR v. 15.12.2011, *Al-Khawaja and Tahery v. UK*, Nr. 26766/05 und 22228/06, § 143.

²⁸ Vgl. a. *Cassani/Gless/Pop/Roth*, SZIER 1, 2009, 68.

²⁹ EGMR v. 24.2.2009, *Ben Khemais v. Italy*, Nr. 246/07; vgl. a. *Caroni*, in: Achermann et al. (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht 2008/2009, S. 243 f.

³⁰ EGMR v. 27.9.1990, *Windisch v. Austria*, Serie A186, § 28; *Treichsel/Summers*, Human Rights in Criminal Proceedings, 2005, S. 311.

³¹ EGMR v. 7.7.1989, *Soering v. UK*, Nr. 14038/88; *Lillich*, AJIL 85 (1991), 128 ff., m. Anm. *Lagođny*, NJW 1990, 2183 ff.

³² EGMR v. 31.10.2001, *Solakov v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia*, Nr. 47023/99, § 62; EGMR v. 11.9.2006, *Sapunarescu v. Germany*, Nr. 22007/03, = HRRS 2006, Nr. 946, Fn. 31.

Erst in jüngerer Zeit scheint Bewegung in die Rechtsprechung des EGMR zu kommen: So hat das Gericht in *Stojkovic* einen EMRK-Staat, der um eine Vernehmung im Wege der Rechtshilfe in einem anderen Vertragsstaat ersucht hat, wegen der Verletzung von Verteidigungsrechten verurteilt, da sich der Repräsentant des ersuchenden Staates – obschon anwesend – nicht ausreichend für deren Einhaltung eingesetzt hat.³³ Die Begründung dafür lautete, dass die Vertragsstaaten für die Einhaltung der EMRK für alle in ihrer Hoheitsgewalt befindlichen Personen verantwortlich seien, unter besonderen Umständen eben auch wenn sie eine Rechtshilfehandlung in einem anderen Staat veranlassen.³⁴

Stojkovic ist ein viel versprechender Ansatz zu einer bisher wenig befriedigend gelösten Frage.³⁵ Denn der EGMR verbalisiert ein Problem, das sich angesichts des Ausbaus der grenzüberschreitenden Strafverfolgung dringlicher stellt: Wer trägt in concreto die Verantwortung für die Verletzung eines EMRK-Rechtes bei arbeitsteiligem Zusammenwirken? Aus Sicht des Straßburger Gerichts darf die Verantwortung im Bereich grenzüberschreitender Zusammenarbeit jedenfalls nicht durch eine wechselseitige Verantwortungszuweisung verloren gehen. Wenn etwa ein um Rechtshilfe ersuchender Staat den Beistand eines Verteidigers verweigert und damit ein EMRK-Recht verletzt, fällt dem ersuchenden Staat, dessen Repräsentanten vor Ort anwesend waren, eine Verantwortung für die Verletzung des Verteidigungsrechtes zu, aus dem strafprozessuale Konsequenzen folgen, beispielsweise Eingreifen eines Beweisverwertungsverbots.³⁶

III. Konfrontation in der Praxis der Vertragsstaaten

Das Recht auf Konfrontation – in seiner Ausgestaltung durch die einschlägige Straßburger Rechtsprechung – wirkt sich auf die Praxis der Zeugenvernehmungen in den Vertragsstaaten je nach Ausgestaltung des nationalen Rechts unterschiedlich aus. Insofern stellen sich in jedem Land jeweils eigene Fragen. Letztlich führen diese aber immer wieder zu den gleichen Grundfragen: Gelten die Justizgrundrechte der EMRK uneingeschränkt und in gleicher Weise in Strafverfahren, die nicht nur in einem, sondern arbeitsteilig in mehreren Vertragsstaaten durchgeführt werden? Oder gelten andere Maßstäbe, wenn ein Gericht, um ein Strafverfahren im eigenen Land führen zu können, sich der Hilfe anderer (Konventions-)Staaten bedient?

Diese Fragen sind für das langsam entstehende transnationale Strafverfahrensrecht von großer Bedeutung. Die Gerichte der Vertragsstaaten legen hier durchaus vergleichbare Kriterien zugrunde, auch wenn sie im Einzelfall zu unterschiedlichen

³³ EGMR v. 27.10.2011, *Stojkovic v. France and Belgium*, Nr. 25303/08, § 56.

³⁴ EGMR v. 27.10.2011, *Stojkovic v. France and Belgium*, Nr. 25303/08, § 55.

³⁵ Vgl. *Esser*, NSTZ 2007, 103, 108; *Gaede* (Fn. 11), S. 807 ff.

³⁶ *Gless*, Beweisrechtsgrundsätze einer grenzüberschreitenden Strafverfolgung, 2007, S. 182 f.

Ergebnissen kommen, wie ein kursorischer Blick auf zwei Strafverfahren im Folgenden zeigt.

1. Entscheidung aus Karlsruhe

In Deutschland stellte sich die Frage nach der Verwertbarkeit eines im Ausland niedergelegten Vernehmungsprotokolls in einem Strafverfahren gegen einen Angeklagten, dem ein in der östlichen Türkei begangener Mord vorgeworfen wurde. Ihm wurde zur Last gelegt, zusammen mit seinen Brüdern einen Dorfältesten getötet zu haben, der seinerseits den jüngsten Bruder der Familie getötet haben soll, nachdem dieser sich geweigert hatte, das „örtlich erhobene Hirtengeld“ zu bezahlen. Der Schuldspruch gründete auf von deutschen Behörden festgestellten Indizien (insbesondere getätigten Reisen in Richtung Tatort im Tatzeitraum) sowie auf Zeugenaussagen, welche den deutschen Gerichten im Wege der Rechtshilfe von türkischen Behörden übermittelt worden waren; ein deutscher Richter war während der Vernehmungen anwesend. Die Belastungszeugen aus der Türkei waren weder bereit, vor einem deutschen Gericht auszusagen, noch konnte eine Live-Videovernehmung durchgeführt werden. Im Rahmen der in der Türkei durchgeführten Vernehmungen hatte weder der Angeklagte noch seine Verteidigung Gelegenheit zur Konfrontation der Zeugen, „trotz intensiver entsprechender Bemühungen des LG“.³⁷

Aus Sicht des deutschen Bundesgerichtshofs war eine Verwertung der nicht konfrontierten Aussage unter diesen Umständen zulässig.³⁸ Denn das deutsche Gericht sah die Bemühungen der deutschen Behörden um eine Konfrontation als ausreichend an und stellte im Weiteren nicht auf den Akt der Beweisverwertung, sondern auf die Beweiserhebung ab. Es stellte fest, dass sich Deutschland den Rechtsverstoß der Türkei nicht „zurechnen“ lassen müsse und deshalb die Aussage verwerten dürfe.³⁹

Mit dieser Entscheidung knüpft das Gericht zwar grundsätzlich an bereits existierende Ansätze in der Rechtsprechung an. Diese Trennung der verschiedenen Schritte des Beweisverfahrens ist aber weder zwingend durch die Dogmatik zu den Beweisverwertungsverböten vorgegeben, noch führt sie mit Blick auf die Verantwortlichkeit für Menschenrechtsverletzungen zu einer befriedigenden Lösung.

Bekanntlich existieren in Deutschland umfangreiche Lehren zur Frage der Verwertbarkeit von Zeugenaussagen, die unter Einschränkung des Konfrontationsrechts zustande gekommen sind. Unter anderem hat sich – angelehnt an die EGMR-Rechtsprechung⁴⁰ – einerseits eine „Stufentheorie“ entwickelt.⁴¹ Dieser Ansatz ermöglicht eine Konfrontation des Belastungszeugen in verschiedenen Stadien des Verfahrens

und dadurch einen Ausgleich einer vorherigen Verletzung. Andererseits hat in der deutschen Rechtsprechung – ebenso wie in der des EGMR – die sog. Gesamtwürdigung maßgebliche Bedeutung erlangt. Danach soll eben nicht ausschlaggebend sein, ob jeder einzelne Belastungszeuge konfrontiert werden konnte, sondern ob angesichts der gesamten Beweislage insgesamt ein faires Beweisverfahren gewährleistet erscheint.⁴² Die Rechtsprechung kombiniert die Ansätze im Einzelfall. Bei der Bewertung ist von Bedeutung, ob die fehlende Möglichkeit einer direkten Konfrontation (sei es auch durch Videovernehmung, Anwesenheit zumindest der Verteidigung bei Einvernahmen) der Justiz zuzurechnen ist, oder ob es auf Gründen außerhalb ihres Einfluss- und Zurechnungsbereichs beruht.⁴³

Fraglich ist, ob die Korrekturansätze in der Praxis nicht dazu führen, dass eine fehlende Konfrontation in Strafverfahren mit Auslandsbezug praktisch nie ein Beweisverwertungsverbot auslöst und letztlich keine Verantwortung für ein fehlendes Konfrontationsrecht übernommen würde. Denn in dem um Rechtshilfe ersuchten Staat wirkt sich die fehlende Konfrontation nicht aus, und der um Rechtshilfe ersuchende Staat, der eine Zeugenaussage im Strafverfahren verwertet, muss sich den Verstoß nicht zurechnen lassen. Das illustriert auch die Entscheidung des BGH: Das Karlsruher Gericht rechtfertigt eine Beweisverwertung damit, dass die deutschen Strafverfolgungsbehörden im geschilderten Fall alles unternommen hätten, um eine konfrontative Vernehmung des Belastungszeugen in der Türkei oder zumindest eine kompensierende Maßnahme zu ermöglichen. Die deutsche Justiz sei für die fehlende Konfrontation nicht verantwortlich und müsse sich das konventionswidrige Verhalten der Türkei nicht zurechnen lassen.⁴⁴ Doch zum einen geht es darum im deutschen Verfahren gar nicht, sondern um die Frage, ob eine nicht konfrontierte Zeugenaussage *verwertet* werden darf. Zum anderen erscheint es im Lichte der *Stojkovic*-Rechtsprechung des EGMR an der Zeit, dass nationale Gerichte dazu Stellung nehmen, wie geteilte Verantwortlichkeit wieder auf die einzelnen Vertragsstaaten zurückgeführt werden soll.

2. Entscheidung aus Zürich

Die Frage, ob bei fehlender Konfrontation im ersuchten Staat im ersuchenden Staat ein Beweisverwertungsverbot besteht, kann – unter Berufung auf die EMRK – auch anders beurteilt werden. Das zeigt eine Entscheidung des Bezirksgerichts Zürich aus dem Jahr 2008. In dem Strafverfahren waren verschiedene Personen u. a. wegen Menschenhandels angeklagt. Aus verschiedenen Gründen machten die als Opfer identifizierten ungarischen Frauen – bis auf eine Ausnahme – ihre Aussagen in Ungarn, unter Zugrundelegung des ungarischen Opferhilfegesetzes. Entsprechend den Vorgaben des ungarischen Gesetzes wurden weder die in der Schweiz Angeklag-

³⁷ BGH v. 17. 3. 2010, 2 StR 397/09 = NJW 2010, 2224.

³⁸ Ebda.

³⁹ BGH Beschl. v. 17. 3. 2010, 2 StR 397/09 = NJW 2010, 2224; Rn. 21 ff.

⁴⁰ EGMR v. 17. 11. 2005, Haas v. Germany, Nr. 73047/01 = NJW 2006, 2753.

⁴¹ Vgl. etwa BVerfG, Beschl. v. 20. 12. 2000, 2 BvR 591/00 = NJW 2001, 2245; BGH v. 11. 2. 2000, 3 StR 377/99 = NJW 2000, 1661.

⁴² BVerfG, Beschl. v. 8. 10. 2009, 2 BvR 547/08 = NJW 2010, 925, 926; BGHSt 46, 93, 95.

⁴³ BGHSt 51, 150, 155.

⁴⁴ BGH v. 17. 3. 2010, 2 StR 397/09 = NJW 2010, 2224, Rn. 18.

ten noch deren Verteidiger in der Vernehmung zugelassen, wohl aber konnte die zuständige Staatsanwältin aus Zürich anwesend sein. Eine Gelegenheit zur kontradiktorischen Zeugenvernehmung durch die Parteien gewährten die ungarischen Behörden also nicht.⁴⁵ Wurde hier das Recht der in der Schweiz Angeklagten auf Konfrontation von Belastungszeugen verletzt, wie es in Art. 6 Abs. 3 EMRK gewährleistet wird?

Das Bezirksgericht Zürich bejaht dies im Ergebnis und gelangt zu diesem Schluss mit wenigen, aber konsequenten Schritten. Es weist in seiner Entscheidung zunächst auf den Umstand hin, dass Ungarn als EMRK-Vertragsstaat grundsätzlich eine Pflicht trifft, eine konfrontative Befragung zu gewährleisten.⁴⁶ Dass eine solche Konfrontation faktisch nur in Ungarn möglich gewesen wäre, weil die Zeuginnen – unter Mitwirkung der Zürcher Behörden – vor Abschluss der Ermittlungen nach Ungarn zurückgeführt worden waren, dass die dortige Vernehmung dann nach ungarischem Recht ohne Konfrontation durchgeführt wurde, kommentieren die Richter nicht.⁴⁷ Vielmehr hält das Gericht mit wenigen, klaren Worten fest: Unabhängig von einer allfälligen Einschränkung des Konfrontationsrechts durch nationales Recht am Vernehmungsort ist jedes Gericht, das sich solcher Beweismittel bedient, jedenfalls für die Verwertung der Beweise selbst – nach den Maßstäben des eigenen Rechts – verantwortlich.⁴⁸ Deshalb sah es eine Verwertung eines Vernehmungsprotokolls, das unter Verletzung des Konfrontationsrechts zustande gekommen war, nach dem – damals noch geltenden – Zürcher Strafprozessrecht als unzulässig an.⁴⁹

3. Zwischenergebnis

Der wichtige Unterschied zwischen der Entscheidung aus Karlsruhe und der Entscheidung aus Zürich ist die Perspektive und die Konsequenzen, die aus der Bestimmung der menschenrechtlich maßgeblichen Handlung gezogen werden: Während das Schweizer Gericht bei der – den eigenen Hoheitsträgern klar zurechenbaren – Beweisverwertung ansetzt und zu dem Ergebnis kommt, dass diese gegen eine Konventionspflicht verstoßen, wenn sie konventionswidrig erlangte Beweise verwerten, isoliert das deutsche Gericht die Konventionsverletzung und lässt eine mögliche Konsequenz auf der Beweismittelwertungsstufe in der Gesamtwürdigung letztlich verpuffen.

⁴⁵ Vgl. den Sachverhalt, Bezirksgericht Zürich v. 26. 11. 2008, 9. Abteilung, DG070656/U; teilweise abgedruckt in: *forumpoenale* 2010, 35.

⁴⁶ BG Zürich v. 26. 11. 2008, DG070656/U, Erw. 1.4.

⁴⁷ Vgl. BG Zürich v. 26. 11. 2008, DG070656/U; teilweise abgedruckt in: *forumpoenale* 2010, 35, Erw. 1.4.

⁴⁸ BG Zürich v. 26. 11. 2008, DG070656/U, Erw. 1.4.

⁴⁹ BG Zürich v. 26. 11. 2008, DG070656/U; teilweise abgedruckt in: *forumpoenale* 2010, 35, Erw. 1.4.

Diese Diskrepanz rührt aus der unterschiedlichen Herangehensweise und wird möglich durch die Toleranz der EMRK gegenüber verschiedenen nationalen Lösungen.⁵⁰ Der Umstand, dass die unterschiedlichen Lösungsansätze im transnationalen Rahmen der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit zu divergierenden Ergebnissen führen, ohne dass es dafür sachlich naheliegende Gründe gibt, wird bisher kaum diskutiert.

IV. Eine gesamteuropäische Perspektive

Die EMRK bindet alle Vertragsstaaten. Der Umstand, dass Staaten grenzüberschreitend zusammenarbeiten, entpflichtet sie nicht von ihren menschenrechtlichen Obliegenheiten.⁵¹ Deshalb stellt sich aus einer übergeordneten europäischen Perspektive die Frage, ob in Strafverfahren, die europäisch-arbeitsteilig bewerkstelligt werden, überhaupt besondere Regeln, respektive spezielle Einschränkungen gelten können: Darf in Strafverfahren, die nicht ausschließlich auf dem Hoheitsgebiet eines Vertragsstaates durchgeführt werden, das Recht auf Konfrontation eines Belastungszeugen nach Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK versagt werden, weil es aufgrund der internationalen Arbeitsteiligkeit nicht gewährleistet werden kann? Oder verbietet die gesamteuropäische Rechtsverbindlichkeit eine Differenzierung bzw. ist eine gesamteuropäische Beweisverbotslehre geboten, wie etwa von *Jürgen Wolter* gefordert?⁵² In concreto stellt sich die Frage: Wann darf ein EMRK-Vertragsstaat einen im Rechtshilfegeweg erlangten nicht-kontradiktorisch erhobenen Beweis verwerten?⁵³

1. EMRK-Garantien und international-arbeitsteilige Strafverfahren

Die Pflichten der EMRK-Vertragsstaaten werden traditionell als Pflichten auf ihrem Staatsgebiet respektive als Pflichten bei der Ausübung ihrer Hoheitsgewalt definiert.⁵⁴ Die Konvention bindet ihre Vertragsparteien aber auch in der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit.⁵⁵ Ansonsten bestünde die Gefahr, dass sich Vertragsstaaten etwa durch Begründung von neuen Kooperationsformen ihrer menschen-

⁵⁰ Vgl. etwa jüngst in EGMR v. 10. 3. 2009, *Bykov v. Russia*, Nr. 4378/02, Rn. 89: „Es ist also nicht Sache des Gerichtshofs, grundsätzlich über die Zulässigkeit bestimmter Beweismittel zu entscheiden, z. B. solcher, die nach staatlichem Recht rechtswidrig erlangt wurden, oder über die Schuld des Bf. Er hat vielmehr zu prüfen, ob das Verfahren insgesamt einschließlich der Beweiserhebung fair war.“ Vgl. a. *Gaede* (Fn. 11), S. 292, 807 ff.

⁵¹ *Meyer*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Aufl. 2011, Art. 2, Rn. 3; *Peters*, Archiv des Völkerrechts 48 (2010), 1, 2; *Popp*, Grundzüge der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen, 2011, § 13, Rn. 341 ff.

⁵² S. o. Fn. 1.

⁵³ Vgl. etwa Art. 69 und Art. 73 IRSG; *Esser* (Fn. 25), S. 647; *Gaede* (Fn. 11), S. 244 und 627.

⁵⁴ Art. 1 EMRK; EGMR v. 8. 4. 2004, *Assanidze v. Georgia*, Nr. 71503/01, § 137–139; *Peters*, Archiv des Völkerrechts 48 (2010), 1, 4.

⁵⁵ *Meyer* (Fn. 51), Art. 2, Rn. 3; *Peters* (Fn. 51), 1, 2; *Popp* (Fn. 51), § 13, Rn. 341 ff.

rechtlichen Verpflichtungen bei der Strafverfolgung entledigten.⁵⁶ Lediglich bei klar extraterritorialen Handlungen endet der Schutz der EMRK,⁵⁷ ebenso bei Handlungen, die allein supranationalen Organen zuzurechnen sind, wenn diese nicht Vertragspartei der EMRK sind.⁵⁸ Einschränkungen der Geltung der EMRK können sich ferner ergeben, wenn Vertragsstaaten neue völkerrechtliche Verbindungen eingehen, die einen eigenen Grund- und Menschenrechtsschutz etablieren, wie etwa im Falle der Europäischen Union (EU).⁵⁹

Bereits nach bisheriger Ansicht folgt daraus für die grenzüberschreitende Strafverfolgung: Solange eine Maßnahme internationaler Strafverfolgung einem Vertragsstaat zugerechnet werden kann, gilt grundsätzlich die EMRK.⁶⁰ Maßgeblich ist, ob sich eine Person in seiner Hoheitsgewalt befindet.⁶¹ Auch wenn mehrere Vertragsstaaten gemeinsam Hoheitsgewalt ausüben, gilt die EMRK. Denn die Einzelstaaten können sich nicht durch Zusammenschluss ihren vertraglichen Verpflichtungen entziehen.⁶²

Fraglich ist gerade für Fälle international arbeitsteiliger Strafverfolgung, ob bzw. inwieweit extraterritoriales Handeln oder das Zusammenwirken mit anderen souveränen Staaten eine Einschränkung gewisser Pflichten zur Folge haben kann.⁶³ Die Rechtsprechung hat die Frage bisher nur kasuistisch behandelt. Sie hat aber absolute Grenzen gezogen: So ist eine Auslieferung in Fällen verboten, in denen ernsthafte Gründe dafür sprechen, dass eine ausgelieferte Person im ersuchenden Staat an Leib und Leben gefährdet ist (non-refoulement Grundsatz).⁶⁴ 1989 hat der EGMR

⁵⁶ EGMR v. 30. 6. 2005, *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi/Irland*, Nr. 45036/98 = NJW 2006, 197; *Krieger*, ZaöRV 2002, 669 ff.

⁵⁷ EGMR v. 12. 12. 2001, *Banković and Others v. Belgium and Others*, Reports 2001-XII, § 80 ff. (abgedruckt in EuGRZ 2002, 133–142); *Krieger*, ZaöRV 2002, 670 ff.; *Peters* (Fn. 51), I, 10 f.

⁵⁸ Etwa EU-Agenturen; vgl. dazu *Gless/Zeitler*, European Law Journal 2001, 227 f.; *Trechsel/Summers* (Fn. 30); S. 386.

⁵⁹ EGMR v. 30. 6. 2005, *Bosphorus v. Ireland*, NJW 2006, 197; dazu *Gless/Schaffner*, in: Braum/Weyembergh (Hrsg.), *Le contrôle juridictionnel dans l'espace pénal européen*, The judicial control in EU cooperation in criminal matters, 2009, 188 ff.

⁶⁰ *Lillich*, AJIL 85 (1991), 128, 142.

⁶¹ Vgl. aus der jüngeren Rechtsprechung EGMR v. 27. 10. 2011, *Stojkovic v. France and Belgium*, Nr. 25303/08, § 55; EGMR v. 25. 09. 2012, *El Haski v. France*, Nr. 649/08, § 89.

⁶² EGMR Rep. 1999-I, 251, §§ 32–34 Matthews; *Krieger*, ZaöRV 2002, 683.

⁶³ Vgl. dazu etwa: *Cassani/Gless/Popp/Roth* (Fn. 28), 68; *Krieger*, ZaöRV 2002, 669 ff.; *Peters* (Fn. 51), I, 7 ff.

⁶⁴ Ausführlich dazu: EGMR v. 7. 7. 1989, *Soering v. UK*, Nr. 14038/88, sowie die nachfolgende Rechtsprechung: EGMR v. 23. 2. 2012, *Hirsi Jamaa and Others v. Italy*, Nr. 27765/09, § 114; EGMR v. 7. 2. 2012, *Al Husin v. Bosnia and Herzegovina*, Nr. 3727/08, § 49; EGMR v. 28. 2. 2008, *Saadi v. Italy*, Nr. 37201/06, § 125; vgl. dazu ferner: *Grabenwarter/Pabel* (Fn. 5), § 20, Rn. 40 ff.; *Wehrenberg/Bernhard*, Auslieferung trotz kritischer Menschenrechtslage – Einhaltung von Menschenrechten durch diplomatische Garantien?, Jusletter vom 21. 4. 2008, N 7 und 33. Allerdings erlaubt Art. 80p IRSG die Möglichkeit der Gewährung von Rechtshilfe

in *Soering*, dem „leading case“, erstmals klar die menschenrechtlichen Verpflichtungen der Vertragsstaaten in Zusammenhang mit Rechtshilfe ausgelegt. Das Straßburger Gericht hielt u. a. fest, dass eine EMRK-Partei ihre Pflichten verletzt, wenn sie eine Person einem Staat übergibt, in dem das Risiko eines „*flagrant denial of a fair trial*“ droht.⁶⁵ Obwohl der EGMR in den folgenden Jahren oft an *Soering* anknüpfte, beschränkte sich die Rechtsprechung regelmäßig auf die Überstellung von Menschen an Drittstaaten und lieferte bis vor kurzem kaum Präjudizien für die Rechtshilfe unter EMRK-Vertragsstaaten.⁶⁶ In einer Zusammenschau der jüngeren Entscheidung in *Stojkovic*⁶⁷ mit *Soering* lassen sich jedoch bestimmte Eckwerte ableiten: Das Gericht hat einerseits den Begriff des „*flagrant denial of justice*“ näher spezifiziert und unter anderem erläutert, dass es sich hierbei um Verfahren handle, welche die in Art. 6 EMRK genannten Garantien in grundsätzlicher Weise verletzen.⁶⁸ Das sei namentlich dann der Fall, wenn in einem Strafverfahren die Verteidigungsrechte gänzlich missachtet würden,⁶⁹ aber auch bereits dann, wenn vorsätzlich und systematisch der Zugang zur Verteidigung – insbesondere einem ausländischen Angeklagten – verweigert werde.⁷⁰ In *Stojkovic* hat das Straßburger Gericht festgehalten, dass auch für die sonstige Rechtshilfe gilt: Der Verantwortung für die Einhaltung bestimmter EMRK-Standards können sich die Vertragsstaaten nicht dadurch entziehen, dass sie sich wechselseitig die Verantwortung zuweisen.⁷¹

Diese Grundsatzentscheidungen geben mit weiteren Entscheiden ein Raster: Jenseits der absoluten Grenze, etwa von Folterbeweisen aus dem Ausland,⁷² können auch andere Verstöße gegen das Gebot des fair trial, etwa ein Verstoß gegen Rechte, welche die Selbstbelastungsfreiheit aus Sicht des Verwertungsstaates absichern sollen, zu einem zurechenbaren Verstoß gegen Art. 6 EMRK führen.⁷³ Die schmerzliche

unter Auflagen im Einzelfall, dazu *Gless*, in: Burgstaller/Nowak (Hrsg.), *Auf dedere aut iudicare*, Fragen der internationalen Zusammenarbeit in Auslieferungsverfahren, 2010, S. 39 ff.

⁶⁵ EGMR v. 7. 7. 1989, *Soering v. UK*, Nr. 14038/88, § 113.

⁶⁶ Siehe kürzlich EGMR v. 27. 10. 2011, *Ahorugeze v. Sweden*, Nr. 37075/09; EGMR v. 17. 1. 2012, *Othman (Abu Qatada) v. UK*, Nr. 8139/09, § 258.

⁶⁷ EGMR v. 27. 10. 2011, *Stojkovic v. France et Belgium*, Nr. 25303/08.

⁶⁸ EGMR v. 17. 1. 2012, *Othman (Abu Qatada) v. UK*, Nr. 8139/09, § 259; EGMR v. 1. 3. 2006, *Sejdovic v. Italy*, Nr. 56581/00, § 84; EGMR v. 24. 3. 2005, *Stoichkov v. Bulgaria*, Nr. 9808/02, § 56; EGMR v. 26. 6. 1992, *Drozd and Janousek v. France and Spain*, Nr. 12747/87, § 110.

⁶⁹ EGMR v. 8. 11. 2005, *Bader and Kanbor v. Sweden*, Nr. 13284/04, § 47.

⁷⁰ EGMR v. 20. 2. 2007, *Al-Moayad v. Germany*, Nr. 35865/03, § 101.

⁷¹ EGMR v. 27. 10. 2011, *Stojkovic v. France et Belgium*, Nr. 25303/08, § 56.

⁷² BGH v. 14. 9. 2010, 3 StR 573/09 = NJW 2011, 1523. Der EGMR hat auch wiederholt die Unverwertbarkeit von Folterbeweisen festgestellt: EGMR v. 7. 7. 2011, *Shishkin v. Russia*, Nr. 18280/04, § 149–151; EGMR v. 1. 6. 2010, *Gäffen v. Germany*, Nr. 22978/05, § 166; EGMR v. 28. 6. 2007, *Harutyunyan v. Armenia*, Nr. 36549/03, § 63, diese Entscheide haben allerdings keinen Auslandsbezug.

⁷³ EGMR v. 27. 10. 2011, *Stojkovic v. France et Belgium*, Nr. 25303/08, § 55 f. Vgl. aber die Einschränkungen in nationalen Strafrechtsfällen: EGMR vom 10. 3. 2009, *Bykov v. Rus-*

Konsequenz des Beweisverbots wird man in der Praxis aber wohl kaum ziehen, solange der Ausweg über die Gesamtwürdigung des Verfahrens offen steht.⁷⁴

2. EMRK-Garantien und internationale Beweisrechtshilfe

Angesichts der immer engeren Kooperation der Strafverfolgungsbehörden in Europa stellt sich eine Grundsatzfrage: Welche Pflichten folgen für die Vertragsstaaten aus dem Beitritt zur EMRK für die grenzüberschreitende Zusammenarbeit im Bereich der Strafverfolgung? Inwiefern sind sie zu einer menschenrechtswahrenden oder gar menschenrechtsschützenden Organisation der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit verpflichtet?

Dieser Frage kann man sich auf zwei Ebenen nähern:

Entweder kann man (a) mit Blick auf die Strukturen internationaler Beweisrechtshilfe verlangen, dass die EMRK-Vertragsstaaten Rechtshilfe menschenrechtskonform organisieren müssen. Für die grenzüberschreitende Zusammenarbeit im Bereich der Strafverfolgung müsste dann ein kohärentes System von Schutzpflichten etabliert werden, welches in einem international-arbeitsteiligen Strafverfahren den Menschenrechtsschutz der EMRK gewährleistet.⁷⁵ Konkret würde das etwa bedeuten, dass durch ein rechtshilferechtliches Instrumentarium sichergestellt wird, dass in allen Fällen, in denen ein EMRK-Staat einen anderen Staat um eine Zeugeneinvernahme bittet und darlegt, dass eine Konfrontation außerhalb dieser Vernehmung nicht gewährleistet werden kann, diese EMRK-konform gewährt wird.

Oder man kann (b) auf der Ebene der Beweisverwertung im konkreten Strafverfahren ansetzen und mit Verwertungsverboten arbeiten, indem man eine strikte Pflicht für jeden EMRK-Vertragsstaat formuliert, einen Zeugenbeweis nicht zu verwerten, wenn der Beweis nicht in irgendeiner Phase des Verfahrens konfrontiert wurde. Jeder Staat ist für die Beweisführung seiner Gerichte menschenrechtlich verantwortlich. Wenn ein Gericht eine nicht konfrontierte belastende Zeugenaussage verwertet, gelten grundsätzlich die gleichen Vorgaben wie sie auch im nationalen Strafverfahren gelten. Dass die faktischen Bedingungen in einem Verfahren, in dem die Zeugen im Ausland leben, anders sind als in einem rein innerstaatlich geführten Strafverfahren, lässt sich jedoch nicht leugnen. Deshalb ist auch allgemein akzeptiert, dass es eine Modifikation des allgemeinen Konfrontationsrechts in Strafverfahren mit Auslandsbezug geben kann.

sia, Nr. 4378/02, §§ 102–105; EGMR v. 1.3.2007, *Heglas v. the Czech Republic*, Nr. 5935/02, § 87.

⁷⁴ Vgl. dazu einerseits: Bezirksgericht Zürich, *forum poenale* 2010, 35 m. Anm. *Zurkänden*, andererseits: (deutscher) BGH NJW 2000, 1661 sowie BGHSt 46, 93; 51, 50; (deutsches) BVerfG NJW 2001, 2245.

⁷⁵ *Trechsel/Summers* (Fn. 30), S. 386; *van den Wyngaert*, 39 ICLQ (1990), 757 ff.

Wichtig ist, dass Angeklagte eine Möglichkeit haben, Belastungszeugen zu konfrontieren, die dem in der EMRK verbürgten Recht entspricht. Denn auch in international arbeitsteiligen Verfahren gilt, dass das in Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK für den Beschuldigten verbürgte Recht, „Fragen an Belastungszeugen zu stellen oder stellen zu lassen“, gewährleistet sein muss, also eine Konfrontation zu einem Zeitpunkt,⁷⁶ zu dem der Angeklagte (bereits) voll über die gegen ihn vorgebrachten Vorwürfe informiert ist.⁷⁷ Wenn dies, wie in den geschilderten Fällen, nicht möglich ist, erscheint eine striktere Lösung als der allgemeine Rückgriff auf die Gesamtwürdigung der Verfahrensfairness⁷⁸ notwendig. Denn gerade weil Straßburger Richter die konkrete Sanktionierung grundsätzlich dem nationalen System überlassen,⁷⁹ kommt es dort zu unterschiedlichen Antworten.

In der internationalen Beweisrechtshilfe, die den Radius möglicher Ermittlungsmaßnahmen für die Strafverfolgungsbehörden ja erweitert, muss die EMRK als grund- und menschenrechtliche Verklammerung dienen, damit der Erweiterung des Vollstreckungsraumes ein adäquates Konzept zur Wahrung der grundlegenden Verfahrens- und Verteidigungsrechte der grenzüberschreitend verfolgten Person gegenüber steht.

Damit eine Beweisführung, deren Elemente aus unterschiedlichen Rechtsordnungen stammen, ein einheitliches Ganzes bilden kann, braucht es ein Verbindungsstück. Das Verbindungsstück, welches ein europäisch-arbeitsteiliges Strafverfahren zusammenfügen könnte, ist keine Gesamtwürdigungslösung, welche die Konturen förmlicher Garantien verwischt, sondern eine Gesamtbetrachtung entsprechend den klaren Vorgaben der EMRK: Ein international aufgeteiltes Strafverfahren muss, jedenfalls soweit die arbeitsteilige Vorgehensweise ausschließlich Vertragsstaaten der EMRK umfasst, im Gesamten betrachtet uneingeschränkt konventionskonform sein. Es darf keine Schlupflöcher für konventionswidriges Verhalten lassen.⁸⁰

⁷⁶ EGMR v. 24.11.1986, *Unterperntinger v. Austria*, Nr. 9120/80, § 31; EGMR v. 23.4.1997, *VanMechelen and Others v. the Netherlands*, Nr. 21363/93, 21364/93, 21427/93 und 22056/93, § 51; EGMR v. 10.11.2005, *Bocos-Cuesta v. the Netherlands*, Nr. 54789/00, § 68; *Esser* (Fn. 25), S. 642.

⁷⁷ EGMR v. 7.7.1989, *Bricmont v. Belgium*, Nr. 10857/84, § 79; *Wohlers*, ZStrR 123 (2005), 166.

⁷⁸ *Warnking* (Fn. 10), S. 51 f.

⁷⁹ Vgl. etwa jüngst in EGMR v. 10.3.2009, *Bykov v. Russia*, Nr. 4378/02, § 89.

⁸⁰ *Peters* (Fn. 51), 1, 2.

V. Ergebnis

Die EMRK garantiert das Konfrontationsrecht um sicherzustellen, dass eine Zeugenaussage nur dann zum Beweismittel im Strafprozess wird, wenn der Angeklagte und seine Verteidigung Gelegenheit hatten, es zu hinterfragen.⁸¹ Kontradiktorische Beweiserhebung und spätere Beweisverwertung sind damit untrennbar verbunden. Die förmlichen Garantien der EMRK müssen letztlich diesen Konnex schützen, um effizient zu wirken.

Das Straßburger Gericht hat mit dem Ansatz der Gesamtwürdigung einen pragmatischen Umgang mit Konventionsvorgaben in den unterschiedlichen strafprozessualen Beweisverfahren der Vertragsstaaten ermöglicht. Das hat den Vorteil, dass eine flexible, oftmals einfacher zu akzeptierende, in gewisser Weise also weiche Rezeption der EMRK-Rechte in den nationalen Rechtsordnungen möglich ist.⁸² Jedoch muss die Gesamtwürdigung Grenzen haben. *Jürgen Wolter* siedelte diese erst dort an, wo ein Staat Verteidigungsrechte bewusst umgeht.⁸³ Die Beschränkung auf eine solche Missbrauchsgrenze erscheint aber angesichts der immer engeren Zusammenarbeit der europäischen Staaten zweifelhaft. Sachgerecht erschiene es vielmehr, jeden Staat darauf zu verhaften, dass eine Verletzung von Konventionsrechten im Moment der Beweisverwertung vermieden werden muss. Dass dies möglich ist, zeigt die Entscheidung des Bezirksgerichts Zürich: Jeder Staat ist für die Beweisführung seiner Gerichte menschenrechtlich verantwortlich. Die EMRK-Staaten können sich auch in international-arbeitsteilig geführten Strafverfahren nicht ihren menschenrechtlichen Verpflichtungen entziehen, sondern müssen allfällige Rechtsverletzungen kompensieren: Entweder treffen sie gewisse institutionelle Schutzvorkehrungen in der grenzüberschreitenden Strafverfolgung oder sie übernehmen Verantwortung im konkreten Verfahren, etwa durch Beweisverbote.

⁸¹ Zur Fehleranfälligkeit von (nicht konfrontierten) Zeugenaussagen vgl. etwa *Schleiminger*, Konfrontation im Strafprozess, Art. 6, Ziff. 3, lit. d EMRK mit besonderer Berücksichtigung des Verhältnisses zum Opferschutz im Bereich von Sexualdelikten gegen Minderjährige, Grundlegendes Recht, Band 2, 2001, S. 256 ff.

⁸² Ausf. dazu: *Gless*, StV 2010, 400 ff.

⁸³ S. Nachw. in Fn. 1.

III. Besonderer Teil des Strafrechts

<i>Walter Gropp</i> : Rettet die Höflichkeit! Plädoyer für eine Restriktion der Tatbestände der Vorteilsannahme und -gewährung.....	575
<i>Bernd Hecker</i> : Die Sicherheitsverantwortung des Bauunternehmers (§ 319 StGB) am Beispiel des Bauprojekts Elbphilharmonie.....	591
<i>Manfred Heinrich</i> : Der Gegenstandsbereich des Medienstrafrechts	603
<i>Michael Pawlik</i> : Erlaubte aktive Sterbehilfe? Neuere Entwicklungen in der Auslegung von § 216 StGB	627
<i>Hero Schall</i> : Das 45. StAG: Echte Gesetzesreform oder auftragsgemäße Erledigung?	643
<i>Carl-Friedrich Stuckenberg</i> : Zur Anwendung von § 138 StGB bei nicht ausschließbarer Katalogtatbeteiligung	661
<i>Mark A. Zöller</i> : Strafbarkeit der Nutzung persönlichkeitsrechtsverletzender Bildaufnahmen in der Medienberichterstattung nach § 201a Abs. 2 StGB	679

IV. Kriminalpolitik und Sanktionen

<i>Heinz Giehling</i> : Die Belange der Opfer vorsätzlichen groben Justizunrechts und die Definition und Verfolgung von Rechtsbeugung.....	699
<i>Roland Hefendehl</i> : Die innere Sicherheit: Auf der Suche nach der Deutungshoheit.....	729
<i>Michael Hettinger</i> : Künste und Kniffe, Worte und Begriffe, die wohl Manchen staunen machen. Über die Gabe, in Gesetzgebung, Rechtsprechung und Schrifttum das rechte Wort zur rechten Zeit zu finden, und über zweifelhafte Ergebnisse.....	747
<i>Hans Hilger</i> : Gesetzgebung und GGO	769
<i>Klaus Rolinski</i> : „Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung“	777
<i>Torsten Verrel</i> : Die normative Kraft des Faktischen. Plädoyer für eine konsequentere empirische Fundierung der Strafzumessung	799
<i>Jan Zopfs</i> : Steter Tropfen höhlt den Stein? – Zur Reform der Fahrverbotsstrafe	815

V. Strafverfahrens- und Polizeirecht

<i>Rafael Alcácer Guirao</i> : Die Abwertung des Rechts auf konfrontative Zeugenbefragung	833
<i>Antonio Cuerdo Riezu</i> : Die Tatsachenfeststellung bei Straffreistellungsgründen: Beweispflicht der Verteidigung oder des Klägers?	845
<i>Mark Deiters</i> : Präventiv-repressive Befragung und strafprozessuale Zeugnisverweigerungsrechte	861
<i>Ralf Eschelbach</i> und <i>Klaus Wasserburg</i> : Antastung der Menschenwürde im Strafverfahren.....	877
<i>Hanns W. Feigen</i> und <i>Barbara Livonius</i> : Problembereiche der anwaltlichen Schweigepflicht bei der Unternehmensberatung	891
<i>Klaus Ferdinand Gärditz</i> : Strafprozessuale Zeugnisverweigerungsrechte im Spiegel der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	909
<i>Björn Gercke</i> : Zum Beschlagnahmenschutz anwaltlicher Unterlagen bei unternehmensinternen Ermittlungen.....	933
<i>Christian Jäger</i> : Prozessuale Gesamtbetrachtungs- und Kausalüberlegungen als Erosionserscheinungen in einem justizförmigen Strafverfahren	947
<i>Matthias Jahn</i> : Erforschung der Wahrheit mit Hilfe des formlosen Vorhalts? Ein Vorschlag betreffend die Einführung früherer Äußerungen des Angeklagten in die Hauptverhandlung.....	963
<i>Urs Kindhäuser</i> : Zur möglichen Beeinträchtigung von Strafverfahren durch Medien.....	979
<i>Hans Kudlich</i> : Die Lehre von der objektiven Zurechnung als Vorbild für die Argumentationslastverteilung bei der Entstehung unselbständiger Beweisverwertungsverbote	995
<i>Hans-Heiner Kühne</i> : Beschuldigtenangaben in vernehmungsförmlichen Situationen	1009
<i>Wilfried Küper</i> : „Bagatellsachen“. Abwesenheitsverhandlung (§ 232 Abs. 1 S. 1 StPO), Vertretungsbefugnis (§ 234 StPO), Anordnung persönlichen Erscheinens (§ 236 StPO) und Verwerfung der Berufung (§ 329 Abs. 1 S. 1 StPO).....	1019

<i>Dirk Lammer</i> : Der Verteidiger im Zeugenstand	1031
<i>Peter Rieß</i> : Einige Bemerkungen zur äußeren Struktur von Revisionsentscheidungen des Bundesgerichtshofes – eine Skizze auf empirischer Grundlage	1041
<i>Claus Roxin</i> : Kernbereichsschutz und Straftatermittlung.....	1057
<i>Ralf P. Schenke</i> : Videoüberwachung 2.0 auf dem Prüfstein des Grundgesetzes.....	1077
<i>Heinz Schöch</i> : Persönlichkeitsschutz des Zeugen im Strafverfahren.....	1095
<i>Bernd Schünemann</i> : Die Urteilsabsprachen im Strafprozess – ewige Wiederkehr des Gleichen? ..	1107
<i>Jesús-María Silva Sánchez</i> : Möglichkeiten und Grenzen bei Widersprüchen zwischen Strafurteilen.....	1131
<i>Thomas Weigend</i> : Das Konfrontationsrecht des Angeklagten – wesentliches Element eines fairen Verfahrens oder Fremdkörper im deutschen Strafprozess?.....	1145
<i>Edda Weßlau</i> : Heimliche Ermittlungsmaßnahmen, Richtervorbehalt und datenschutzrechtliche Kontrolle – ein Klärungsversuch.....	1167
<i>Wolfgang Wohlers</i> : Fernwirkung – zur normativen Begrenzung der sachlichen Reichweite von Verwertungsverboten.....	1181

VI. Kriminologie, Jugendstrafrecht und Strafvollzug

<i>Britta Bannenberg</i> : Massenmord in Norwegen – Kriminologische Betrachtung des Falles Anders Behring Breivik.....	1205
<i>Bernd-Rüdiger Sonnen</i> : Strafbarkeit, Verfolgbarkeit und Bestrafbarkeit im Jugendstrafrecht.....	1223
<i>Franz Streng</i> : Das Öffentlichkeitsprinzip im Jugendstrafverfahren. Zugleich ein Beitrag zur Altersstufen-Systematik des Jugendgerichtsgesetzes	1235
<i>Bernhard Villmow</i> und <i>Alescha Lara Savinsky</i> : Staatliche Opferentschädigung nach der Jahrtausendwende. Statistische Daten, methodische Probleme und einige Anmerkungen zur gegenwärtigen Praxis des OEG	1243
<i>Michael Walter</i> : Über konsensorientierte Formen der Kontrolle des Strafvollzugs.....	1271

VII. Ausländisches, Europäisches und Internationales Strafrecht

<i>Kai Ambos</i> : Rechtsgutprinzip und harm principle: theoretische Ausgangspunkte zur Bestimmung der Funktion des Völkerstrafrechts. Ein zweiter Beitrag zu einer grundlegenden Theorie des Völkerstrafrechts	1285
<i>Martin Böse</i> : Die Ermittlung der „besten“ Strafgewalt im Spannungsfeld von Strafanwendungsrecht und internationaler Zuständigkeit	1311
<i>Robert Esser</i> : Initiativen der Europäischen Union zur Harmonisierung der Beschuldigtenrechte. Zugleich eine kritische Analyse der Richtlinie 2012/13/EU zum Recht auf Belehrung und Unterrichtung in Strafverfahren.....	1329
<i>Sabine Gless</i> : Das Recht auf Konfrontation eines Auslandsbelastungszeugen. Eine europäische Perspektive aus Karlsruhe	1355
<i>Silvia Martínez Cantón</i> : Die Strafbarkeit juristischer Personen in Spanien bei Begehung von Übertretungen, erläutert an einem Fallbeispiel.....	1371
<i>Bernd-Dieter Meier</i> : Neues aus Europa? Die Opferschutzrichtlinie der EU	1387
<i>Vincenzo Militello</i> : Vorteilsgewährung und Korruption unter Privaten in Italien	1401
<i>Francisco Muñoz Conde</i> : Die mittelbare Täterschaft kraft organisatorischer Machtapparate als Instrument der juristischen Aufarbeitung der Vergangenheit.....	1415
<i>Nuria Pastor Muñoz</i> : Herausforderungen bei der Vermögensschadenberechnung im Lichte der Entwicklung des spanischen Vermögens- und Wirtschaftsstrafrechts.....	1447
<i>Josef Ruthig</i> : Europol als Baustein eines Europäischen Polizeirechts: Gestaltungsmöglichkeiten bei der EuropolVO	1469
Schriftenverzeichnis	1495
Autorenverzeichnis.....	1507