

Sonderdruck aus

Liber amicorum

für Andreas Donatsch

Im Einsatz für Wissenschaft,
Lehre und Praxis

Liber amicorum

für Andreas Donatsch

Im Einsatz für Wissenschaft,
Lehre und Praxis

Herausgegeben von

Angela Cavallo
Eliane Hiestand
Felix Blocher
Irene Arnold
Beatrice Käser
Milena Caspar
Ingo Ivic

Schulthess § 2012

© Illustrationen: Dr. iur. Max Hauri, ehemals Vizepräsident des Bezirksgerichts Zürich

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2012
ISBN 978-3-7255-6615-0

www.schulthess.com

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Danksagung	VII
Abkürzungsverzeichnis	XIX

Materielles Strafrecht

OMAR ABO YOUSSEF

Dr. iur., Rechtsanwalt, Oberassistent für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Universität Zürich

Konkurrenz zwischen einem versuchten schwereren Delikt und einem vollendeten milderen Delikt

Dargestellt anhand ausgewählter Konkurrenzverhältnisse 1

MARIANNE HEER

Dr. iur., Rechtsanwältin, Oberrichterin am Obergericht des Kantons Luzern

HANS WIPRÄCHTIGER

Dr. iur. h.c., Rechtsanwalt, Advokatur Gremmelspacher Bürkli Biaggi Wiprächtiger, Basel, ehemals Bundesrichter, Lausanne

Zur Erosion des Massnahmenrechts durch das aktuelle Sicherheitsdenken in Politik und Justiz

Einige kritische Überlegungen 23

FELIX BLOCHER

Lic. iur., Juristischer Mitarbeiter am Bezirksgericht Zürich

Zur Strafbarkeit der Mitwirkung an fremden Selbstgefährdungsakten

Abgrenzungsprobleme und wie die (richterliche) Umschreibung der eingegangenen Gefahren die Strafbarkeit des Partizipanten präjudiziert 53

MARC JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL

Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Staatsanwalt/Abteilungsleiter an der Staatsanwaltschaft III des Kantons Zürich

«Am Köder vorbei in die Falle»

Arglist, Opfermitverantwortung und «Köderprinzip» bei Serienbetrügen
(Art. 146 StGB)

75

CORNEL BORBÉLY

Dr. iur., MAS ECI, Rechtsanwalt, Staatsanwalt bei der Staatsanwaltschaft III des Kantons Zürich

Aspekte der Veruntreuung im Generalunternehmervertrag

101

MARCEL ALEXANDER NIGGLI

Prof. Dr. iur., Ordinarius für Strafrecht und Rechtsphilosophie sowie Dekan der Rechtswissenschaftlichen Fakultät, Universität Freiburg i.Ue.

NADINE HAGENSTEIN

MLaw, Wissenschaftliche Mitarbeiterin an der Universität Freiburg i.Ue.

Von Tieren (nicht nur Mäusen) und Menschen

Über sexuelle Motivation, Rechtsgüter und pharisäische Gesetzgebung

115

YVONA GRIESSER

Lic. iur., Rechtsanwältin, Stiffler & Partner Rechtsanwälte, Zürich, ehemals Richterin am Kassationsgericht des Kantons Zürich

Geldwäscherei (Art. 305^{bis} StGB)

Wann läuft man Gefahr, sich durch den Transfer eines Kontoguthabens unbekannter Herkunft vom Schweizer Bankkonto ins Ausland strafbar zu machen?

135

PETER NOBEL

Prof. Dr. rer. publ., Ordinarius ad personam für schweizerisches und internationales Handels- und Wirtschaftsrecht an der Universität Zürich, em. Professor für Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht an der Universität St. Gallen, Rechtsanwalt, Nobel & Hug Rechtsanwälte, Zürich

Das «öffentliche Interesse» sollte nicht immer helfen können

147

CHRISTIAN SCHWARZENEGGER

Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, Ordinarius für Strafrecht, Strafprozessrecht und Kriminologie an der Universität Zürich

Der Anwendungsbereich des Medienstrafrechts

(Art. 28, 322^{bis} StGB)

165

WALTER PERRON

Prof. Dr. iur., Professor für Strafrecht, Strafprozessrecht und Strafrechtsvergleichung an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg i.Br.

Verhaltensregeln im Katastrophenfall

189

STEFAN TRECHSEL

Prof. em. Dr. iur. Dr. h.c., Richter am Internationalen Strafgerichtshof für das ehemalige Jugoslawien, Den Haag

Zur Verfolgungspflicht des Kommandanten im Völkerstrafrecht

201

GUNHILD GODENZI

Dr. iur., LL.M., Oberassistentin und Lehrbeauftragte für Straf- und Strafprozessrecht an der Universität Zürich

WOLFGANG WOHLERS

Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, Ordinarius für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Universität Zürich

Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Compliance Officers:

Prüfstein der Geschäftsherrenhaftung?

223

Strafprozessrecht

HEINZ AEMISEGGER

Dr. iur., Bundesrichter, Lausanne

Zur Umsetzung der Schweizerischen Strafprozessordnung

251

ANDREAS BRUNNER

Dr. iur., Leitender Oberstaatsanwalt des Kantons Zürich

STEFAN HEIMGARTNER

*PD Dr. iur., Rechtsanwalt, Staatsanwalt für amtliche Mandate bei der
Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich*

Ouverture

Gedanken zum Zeitpunkt der Untersuchungseröffnung gemäss Art. 309 StPO 269

STEFAN FLACHSMANN

Dr. iur., Rechtsanwalt, Zürich

BERNHARD ISENRING

Dr. iur., Rechtsanwalt, Isenring Law, Meilen

Grundsatz der Einheit des schweizerischen Strafprozessrechts

Auswirkungen der Beweisverbote der schweizerischen StPO auf
den Militärstrafprozess 289

SABINE GLESS

*Prof. Dr. iur., Ordinaria für Strafrecht und Strafprozessrecht an der
Universität Basel*

Das Recht auf Konfrontation eines Auslandsbelastungszeugen

Eine europäische Perspektive aus Zürich 303

THOMAS HANSJAKOB

Dr. iur. et lic. oec., Erster Staatsanwalt bei der Staatsanwaltschaft St. Gallen

Ordnungsbussen – im SVG, bei Cannabiskonsum oder überhaupt? 319

CORNELIA HOTZ-HÜRLIMANN

Dr. iur., Legal Counsel, Brand Leadership Circle, Steinhausen (ZG)

Menschenhandel zum Zwecke der sexuellen Ausbeutung

Die Strafverfolgung von Menschenhändlern im Spannungsfeld
zwischen Beweissicherung und Opferschutz 335

YVAN JEANNERET

Prof. Dr. iur., Professeur extraordinaire à l'Université de Neuchâtel, Avocat au barreau de Genève

ANDRÉ KUHN

Prof. Dr. iur., Professeur de criminologie et de droit pénal aux Universités de Lausanne, Neuchâtel et Genève

Le défaut : défauts et des faux pas au fil du procès pénal 359

DANIEL JOSITSCH

Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, Ordinarius für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Universität Zürich

JÜRIG KRUMM

Lic. iur., Rechtsanwalt, Wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Universität Zürich

Die Anordnung präventiver Untersuchungshaft in der Schweizerischen Strafprozessordnung 377

REGINA KIENER

Prof. Dr. iur., Ordinaria für Öffentliches Recht an der Universität Zürich

BASIL CUPA

MLaw, LL.M., Wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Universität Zürich

Hybrider Status – relative Unabhängigkeit?
Zur institutionellen Stellung der Staatsanwaltschaft 395

NATHAN LANDSHUT

Dr. iur., Rechtsanwalt, Dietikon

ROLF SCHÖNING

Dr. iur., Bezirksrichter am Bezirksgericht Zürich

Die StPO in der praktischen Anwendung
Ausgewählte Fragen 417

CHRISTIANE LENTJES MEILI

Dr. iur., Chef/in der Kriminalpolizei der Kantonspolizei Zürich

Präventiv oder Repressiv?
Das Verwirrspiel um verdeckte polizeiliche Operationen 437

HANS MAURER

Lic. iur., Leitender Staatsanwalt der Staatsanwaltschaft I des Kantons Zürich

Der befangene Staatsanwalt nach Art. 56 lit. f StPO 455

MARCEL RIESEN-KUPPER

Lic. iur., Leitender Oberjugendanwalt des Kantons Zürich

Zur Zulässigkeit von Untersuchungshaft bei unter 15-jährigen Jugendlichen 487

FRANZ RIKLIN

Prof. Dr. iur., em. Ordinarius für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Universität Freiburg

Prozesserledigungsstrategien im Strafprozess und ihre Tücken 499

SARAH SUMMERS

Prof. Dr. iur., Assistenzprofessorin für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Universität Zürich

Presence, Absence, Dominance
Reflections on the Role of the Prosecutor in Switzerland 517

ULRICH WEDER

Dr. iur., Leitender Staatsanwalt der Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich

Die audiovisuelle Aufzeichnung von Einvernahmen und andern Verfahrenshandlungen 531

Nebenstrafrecht

MARKUS REICH

Prof. Dr. iur., em. Ordinarius für Steuer-, Finanz- und Verwaltungsrecht an der Universität Zürich

Das Leistungsfähigkeitsprinzip steuerstrafrechtlich zu Ende gedacht
Ein Beitrag zur gerechten Ausgestaltung der Steuerstrafe 559

ROLAND M. RYSER

Dr. iur., Rechtsanwalt, Schellenberg Wittmer, Zürich

Kunst und Geldwäscherei

Ein Beitrag zur Frage der Unterstellung des Kunsthandels unter die Geldwäschereigesetzgebung

583

ROLF SETHE

Prof. Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Ordinarius für Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht an der Universität Zürich

Fortschritte in der Europäisierung des Kapitalmarktraferechts?

Anmerkungen zum Vorschlag für eine EU-Richtlinie über strafrechtliche Sanktionen für Insider-Geschäfte und Marktmanipulation

613

Grundlagen und diverse Rechtsgebiete

RUTH ARNET

Prof. Dr. iur., Rechtsanwältin und Notarin, Ordinaria für Privatrecht mit Schwerpunkt Sachenrecht an der Universität Zürich

Die Realobligation – ein «zweiköpfiges Ungeheuer»?

631

DANIELA DEMKO

Dr. iur., LL.M., Lehrbeauftragte an den Universitäten Luzern und Basel

Kreatürliche Würde als Achtung der Lebenswürde und deren spezifische Ausformung für die Würde des Tieres

643

MARCO DUSS

Dr. iur., Steuerexperte VSB, Partner Altorfer Duss & Beilstein AG, Zürich

Kritik der vernünftigen Praxis

667

MARKUS HUG

Dr. iur., Rechtsanwalt, Staatsanwalt bei der Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich

Observation durch Privatdetektive im Sozialversicherungsrecht

681

PETER FORSTMOSER

Prof. Dr. iur., LL.M., em. Ordinarius für Privat-, Handels- und Kapitalmarktrecht, Rechtsanwalt, Partner Niederer Kraft & Frey AG, Zürich

Schutz der Menschenrechte - eine Pflicht für multinationale Unternehmen? 703

LUKAS GSCHWEND

Prof. Dr. iur., Ordinarius für Rechtsgeschichte, Rechtssoziologie und Strafrecht an der Universität St. Gallen, Titularprofessor für Rechtsgeschichte und Rechtsphilosophie an der Universität Zürich

Transdisziplinäre Kriminalfallanalytik
Gedanken zu einer integrativen strafrechtlichen Wissenschaftsperspektive 725

PETER R. ISLER

Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Partner Niederer Kraft & Frey AG, Zürich, Lehrbeauftragter an der Universität Zürich

GAUDENZ G. ZINDEL

Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Partner Niederer Kraft & Frey AG, Zürich

CHRISTA SOMMER

Dr. iur., Rechtsanwältin, Niederer Kraft & Frey AG, Zürich

Strafanzeige der Gesellschaft gegen ihre Organe bei aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsansprüchen – pro und contra 741

RETO NADIG

Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Präsident des Bezirksgerichts Horgen

Sanktionen im Skirennsport im Vergleich zu den Sanktionen des StGB 757

TOBIAS JAAG

Prof. Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Ordinarius für Staats-, Verwaltungs- und Europarecht an der Universität Zürich

Die obersten Gerichte des Kantons Zürich 771

MARTIN KILLIAS

Prof. Dr. iur. et lic. phil., Rechtsanwalt, Ordinarius für Strafrecht, Strafprozessrecht und Kriminologie an der Universität Zürich

Zur Rolle der Todesstrafe, der Folter und der Frauen im vormodernen Strafrecht 797

VIKTOR LIEBER

Dr. iur., ehemals Generalsekretär am Kassationsgericht des Kantons Zürich

Verfassungswidrige Aufhebung von Strafurteilen?

Bemerkungen zu zwei Bundesgesetzen betreffend Aufhebung früherer
Strafurteile im Lichte der Garantie der richterlichen Unabhängigkeit 809

BRIGITTE TAG

*Prof. Dr. iur. utr., Rechtsanwältin, Ordinaria für Strafrecht, Strafprozessrecht
und Medizinrecht an der Universität Zürich*

Rechtliche Aspekte der personalisierten Medizin 825

FRANK MEYER

*Prof. Dr. iur, LL.M., Rechtsanwalt, Extraordinarius für Straf- und
Strafprozessrecht unter Einschluss des internationalen Strafrechts an der
Universität Zürich*

Immunitäten und Vorrechte internationaler Organisationen

Auswirkungen auf Strafverfolgung und internationale Rechtshilfe in
Strafsachen 851

OTHMAR STRASSER

*Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, Titularprofessor für Privat- und Wirtschaftsrecht
an der Universität St. Gallen (HSG), General Counsel der Zürcher
Kantonalbank*

Die Geldwäscherei-Strafbestimmung von Art. 305^{bis} StGB als Schutznorm für geschädigte Anleger?

Kritische Bemerkungen eines Bankrechtspraktikers 867

MADELEINE SIMONEK

*Prof. Dr. iur., Rechtsanwältin, Ordinaria für Schweizerisches und
Internationales Steuerrecht an der Universität Zürich*

Fishing Expeditions in Steuersachen

Überlegungen zu den inhaltlichen Anforderungen an ein Amtshilfegesuch 891

Illustrationen

MAX HAURI

Dr. iur., ehemals Vizepräsident des Bezirksgerichts Zürich

Das Recht auf Konfrontation eines Auslandsbelastungszeugen

Eine europäische Perspektive aus Zürich*

Inhaltsübersicht

I. Einleitung	303
II. Das Konfrontationsrecht	304
A. Gewährleistung im Allgemeinen	304
B. Allgemeine Einschränkungen	306
C. Spezielle Einschränkungen in Strafverfahren mit Auslandsbezug	307
III. Konfrontation in der Praxis der Vertragsstaaten	309
A. Entscheidung aus Zürich.....	309
B. Entscheidung aus Karlsruhe.....	310
C. Zwischenergebnis	312
IV. Eine gesamteuropäische Perspektive	312
A. EMRK-Garantien und international-arbeitsteilige Strafverfahren	313
B. EMRK-Garantien und internationale Beweisrechtshilfe	316
V. Ergebnis	318

I. Einleitung

Das Recht einer angeklagten Person, in einem Strafverfahren Belastungszeugen zu befragen, hat ANDREAS DONATSCH in verschiedenen Arbeiten beleuchtet, stets mit Blick auf die praktische Relevanz¹. Ihm war die Brisanz des Rechts auf Kon-

* Siehe auch den aus deutscher Perspektive gefassten Beitrag von S. GLESS in der demnächst erscheinenden FS für Jürgen Wolter, hrsg. von MARK ZÖLLER.

¹ Vgl. etwa: A. DONATSCH, Art. 271 Ziff. 1 StGB und das Recht auf Befragung von Entlastungszeugen, in: A. DONATSCH/M. FORSTER/CH. SCHWARZENEGGER (Hrsg.), Strafrecht, Strafprozessrecht und Menschenrechte, FS für Stefan Trechsel, Zürich 2002, 587 ff.; A. DONATSCH, Das schweizerische Strafprozessrecht, SJZ 100 (2004) 321, 326; A. DONATSCH/C. CAVEGN, Ausge-

frontation bewusst, die immer wieder in unterschiedlichen Fallkonstellationen hervortritt und ganz unterschiedliche Aspekte des Strafverfahrens berührt, etwa die Frage nach der Unmittelbarkeit einer Beweisführung, die Frage nach dem adäquaten Opferschutz und den Modalitäten einer ausreichenden Konfrontation – und vor allem nach den Konsequenzen einer Verletzung, etwa in Form von Beweisverboten².

Bedeutung und Grenzen des Konfrontationsrechts in Strafverfahren mit einem Auslandsbezug waren und sind immer wieder Gegenstand richterlicher Entscheidungen in den Vertragsstaaten der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK). Die mitgliedstaatlichen Gerichte entscheiden diesbezüglich jedoch in vergleichbaren Fallkonstellationen durchaus unterschiedlich, wie der nachfolgende Beitrag zeigt. Die Frage, wie ein ausreichendes Konfrontationsrecht gewährleistet werden kann, in Fällen, in denen Täter und Opfer nicht die gleiche Nationalität haben oder Tatort und Wohnort in unterschiedlichen Staaten liegen oder Zeugenbeweise im Ausland erhoben werden müssen und eine ersuchte ausländische Behörde die konfrontative Befragung eines Zeugen verweigert, wurde etwa in jüngerer Zeit in Zürich und Karlsruhe verschieden beantwortet.

Damit 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

A. Gewährleistung im Allgemeinen

Das Recht auf Konfrontation eines Belastungszeugen ist – neben Art. 29 Abs. 2 und Art. 32 Abs. 2 BV – auch in Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK garantiert³. Es gibt dem Angeklagten das Recht, Belastungszeugen Fragen zu stellen oder stellen zu

wählte Fragen zum Beweisrecht nach der schweizerischen Strafprozessordnung, ZStrR 126 (2008) 158, 168.

² Etwa auch in der Frage, ob ein effektives Konfrontationsrecht nur nach vorheriger Akteneinsicht gewährleistet ist, ablehnend: BGer vom 10.5.2011, 6B_971/2010, Erw. 3.1.1.

³ Zu dieser «Waffengleichheit im Zeugenbeweis» siehe CH. GRABENWARTER, Europäische Menschenrechtskonvention, 5. Aufl., Basel/München 2012, 363 ff.

lassen sowie die Ladung von Entlastungszeugen unter denselben Bedingungen wie bei Belastungszeugen zu verlangen. 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. Die Konfrontation kann entweder im Zeitpunkt stattfinden, in welchem die Aussage gemacht wird, oder in einem späteren Verfahrensstadium. Entscheidend ist, dass eine belastende Aussage tatsächlich wirksam hinterfragt werden kann⁴.

Das Recht auf Konfrontation ist letztlich Ausdruck der Maxime der Waffen- gleichheit und eines fairen Verfahrens. Hat eine angeklagte Person im Verlaufe eines Strafverfahrens nie Gelegenheit, einen Zeugen kontradiktorisch zu befragen, verletzt dies ihr Recht auf Konfrontation – das hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) klar festgestellt⁵. Die notwendigen Konsequenzen aus der Verletzung des Konfrontationsrechts hat der EGMR jedoch nicht festgelegt, noch nicht einmal, dass aus der Feststellung eines Verstosses gegen das Konventionsrecht Konsequenzen folgen müssen. Vielmehr geht das Strassburger Gericht in ständiger Rechtsprechung 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 werde⁶. Darüber hinaus akzeptieren die Strassburger Richter eine mögliche Heilung einer Rechtsverletzung in einem konkreten Fall durch eine im Einzelfall geeignete Massnahme eines Organs auf nationaler Ebene. So kommt etwa bei einer Verletzung des Konfrontationsrechts ein Beweisverwertungsverbot oder eine Berücksichtigung auf der Ebene der Beweiswürdigung in Betracht⁷.

⁴ BGE 131 I 476 Erw. 2.2, 125 I 127 Erw. 6a–c, 129 I 151 Erw. 3.1 und 4.2, 124 I 274 Erw. 5b; EGMR vom 15.6.1992, *Lüdi c. Schweiz*, Nr. 12433/86, Ziff. 47; EGMR vom 26.4.1991, *Asch c. Österreich*, Nr. 12398/86, Ziff. 26 f.

⁵ BGE 125 I 127 Erw. 6c; vgl. auch F. MEYER, Die «sole or decisive»-Regel zur Würdigung nicht konfrontierter Zeugenaussagen – not so decisive anymore, Besprechung zum Urteil EGMR HRRS 2012 Nr. 1 (*Al-Khawaja and Tahery vs. UK*).

⁶ V. WARNING, Strafprozessuale Beweisverbote in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und ihre Auswirkungen auf das deutsche Recht, Frankfurt a.M./Berlin u.a. 2009, 51 f.

⁷ Vgl. etwa jüngst in EGMR vom 10.3.2009, *Bykov c. Russland*, Nr. 4378/02, Ziff. 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. auch K. GAEDE, Fairness als Teilhabe, Berlin 2007, 807 ff.

B. 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:

Nach früherer Rechtsprechung des Schweizer Bundesgerichts sollte dem Konfrontationsrecht des Angeschuldigten absoluter Charakter zukommen, aber nur dann, wenn das streitige Zeugnis als einziger oder als ganz wesentlicher Beweis vorgelegt wurde «sole or decisive test»⁸. In zwei neueren Entscheidungen⁹ zu sog. anonymen Zeugenaussagen nähert sich das Bundesgericht jedoch eher dem bereits geschilderten Gesamtwürdigungsansatz des EGMR respektive anderer EMRK-Staaten. Die Aussagen anonymer Zeugen können verwertet werden, wenn sie entscheidenden Einfluss auf das Urteil haben können und alle Anstrengungen unternommen wurden, um die Nachteile der Verwertung einer nicht konfrontierten Aussage auszugleichen, so dass insgesamt ein faires Verfahren garantiert sei¹⁰. Als Begründung für die neue Rechtsprechung geben die Richter an, dass ansonsten die Verwertung nicht-konfrontierter Aussagen zwar in Betracht käme, wenn ihr Inhalt letztlich für die Entscheidung gar nicht notwendig sei, nicht aber, wenn sie entscheidend für das Urteil seien.

Auch der EGMR hat in seiner Rechtsprechung immer wieder Einschränkungen des Konfrontationsrechts toleriert, wenn es einen sachlich gerechtfertigten Grund für eine fehlende Konfrontation erkannte. So darf etwa bei faktischer Unerreichbarkeit eines Zeugen, der bereits einmal ausgesagt hat, das frühere Protokoll verwertet werden¹¹. Eine Verwertung einer belastenden Aussage ohne Konfrontation ist ferner beim Tod eines Zeugen möglich¹², ebenso wenn er nachträglich unfindbar ist¹³.

Hinter dieser Kasuistik steht der Gedanke, dass das Strafverfolgungsinteresse ausnahmsweise überwiegen und eine Verwertung insbesondere dann tragbar erscheinen kann, wenn die Gründe für die Unmöglichkeit einer konfrontativen Ver-

⁸ BGE 125 I 127 Erw. 6, 129 I 151 Erw. 3.1, 124 I 274 Erw. 5b.

⁹ BGE 132 I 127, 133 I 33.

¹⁰ BGE 132 I 127 Erw. 2, 133 I 33 Erw. 4.2.

¹¹ EGMR vom 24.11.1986, *Unterpertinger c. Österreich*, Nr. 9120/80, Ziff. 31; EGMR vom 26.4.1991, *Asch c. Österreich*, Nr. 12398/86, Ziff. 27; EGMR vom 28.8.1992, *Artner c. Österreich*, Nr. 13161/87, Ziff. 22.

¹² EGMR vom 7.8.1996, *Ferrantelli und Santangelo c. Italien*, Nr. 19874/92, Ziff. 51–53; EGMR vom 15.12.2011, *Al-Khawaja und Tahery c. Vereinigtes Königreich*, Nr. 26766/05 und 22228/06, Ziff. 158.

¹³ EGMR vom 28.8.1992, *Artner c. Österreich*, Nr. 13161/87, Ziff. 21 f.; EGMR vom 26.3.1997, *Doorson c. Niederlande*, Nr. 20524/92, Ziff. 80; Chamber of the European Court of Human Rights, 21.3.2002, *Calabro c. Italien und Deutschland*, Nr. 59895/00, Ziff. 1.

nehmung nicht in der Verantwortungssphäre der Strafverfolgungsbehörden liegen¹⁴, eben etwa wenn eine Zeugin nach Aussage verstirbt.

Aus einer solchen Rechtfertigung der Einschränkung des Konfrontationsrechts folgt jedoch wiederum auch das Limit einer möglichen Schmälerung: Die Behörden können sich nicht auf eine Einschränkung des Konfrontationsrechts wegen faktischer Unmöglichkeit berufen, wenn sie den Umstand, dass eine Beschuldigte ihr Recht auf Konfrontation nicht wahrnehmen kann, selbst zu vertreten haben¹⁵. Das ist etwa der Fall, wenn ein Zeuge zunächst hätte konfrontativ vernommen werden können, die Behörden sich aber nicht um eine solche Vernehmung bemühen und der Zeuge später im Ausland verschwindet¹⁶.

Grundsätzlich lassen EGMR sowie nationale Behörden und Gerichte 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 bewerkstelligenden Schutz eines Zeugen vor Repressalien ins Feld führt. Notwendig ist dann jedoch, dass ausreichend ausgleichende Massnahmen zur Wahrung der Verteidigungsrechte getroffen werden¹⁷.

C. 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 respektive unter welchen Bedingungen gleichwohl eine Zeugenbefragung im Rahmen förmlicher internationaler Rechtshilfe oder in anderer Form im Ausland stattfinden kann, ist es oftmals praktisch schwierig, unter diesen Bedingungen eine Konfrontation im Sinne eines persönlichen Gegenübers zu bewerkstelligen.

¹⁴ BG ZH vom 26.11.2008, DG070656/U = fp 2010, 35, Erw. 3; Chamber of the European Court of Human Rights, 21.3.2002, *Calabró c. Italien und Deutschland*, Nr. 59895/00, Ziff. 1.

¹⁵ BGE 124 I 274 Erw. 5b, 131 I 476 Erw. 2.2.; Chamber of the European Court of Human Rights, 21.3.2002, *Calabró c. Italien und Deutschland*, Nr. 59895/00, Ziff. 1.

¹⁶ BGer vom 24.9.1996, 1P.302/1996, Erw. 4.

¹⁷ So allgemein für Fälle der Einschränkung des Konfrontationsrechts: EGMR vom 26.3.1996, *Doorson c. Niederlande*, Nr. 20524/92, Ziff. 70; BGE 125 I 127 Erw. 6, 118 Ia 327 Erw. 2; BGer vom 21.3.1995, 6P.81/1994 und 6P.157/1994 (abgedruckt in EUGRZ 1995, 250 ff.).

Die nationalen Rechtsordnungen modifizieren deshalb oft die Vorgaben für Zeugenaussagen aus dem Ausland. Die speziellen Regelungen berücksichtigen, dass ein Auslandszeuge eben nicht im Rahmen eigener Hoheitsgewalt vorgeladen und vernommen werden kann¹⁸, u.a. können sie eben das Recht auf Konfrontation einschränken.

Die Gefahr, dass es durch solche Modifikationen zur Erhebung von Beweisen kommt, die letztlich nicht den Anforderungen der EMRK entsprechen¹⁹, toleriert das Strassburger Gericht, indem es sich auch hier auf die sog. Gesamtwürdigung zurück zieht: Das Gericht müsse entscheiden, ob «the proceedings as a whole, including the way in which evidence was taken, were fair»²⁰. Das Strassburger Gericht beurteilt die Gefahr eines Konventionsverstosses in diesen international-arbeitsteiligen Strafverfahren als sehr viel geringer als etwa beim Risiko einer Verletzung des Folterverbots²¹. Während die Rechtsprechung in Folterfällen eine strikte Linie hat²², vermisst man in Fällen möglicher Verletzung des Konfrontationsrechts eine einfach nachvollziehbare Linie²³: Der EGMR toleriert in vielen Einzelfällen eine Modifikation des Fragerechts, etwa indem die Möglichkeit besteht, die persönliche Konfrontation durch schriftliche Fragen zu ersetzen, oder indem sogar ganz auf Rückfragen verzichtet wird²⁴.

¹⁸ Vgl. etwa Art. 69 und Art. 73 IRSG (Bundesgesetz vom 20. März 1981 über internationale Rechtshilfe in Strafsachen, SR 351.1); R. ESSER, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht, Berlin 2002, 647; GAEDE (Fn. 7), 244 und 627.

¹⁹ Dazu etwa R. J. CURRIE, Human Rights and International Mutual Legal Assistance: Resolving the Tension, CLF 11 (2000) 167.

²⁰ EGMR vom 26.3.1996, *Doorson c. Niederlande*, Nr. 20524/92, Ziff. 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 (see, among other authorities, the above-mentioned Kostovski judgment, p. 19, para. 39)», siehe auch Ziff. 72; EGMR vom 15.12.2011, *Al-Khawaja und Tahery c. Vereinigtes Königreich*, Nr. 26766/05 und 22228/06, Ziff. 143.

²¹ Vgl. auch U. CASSANI/S. GLESS/P. POPP/R. ROTH, Schweizerisches Internationales Strafrecht und Rechtshilfe in Strafsachen, Die Schweiz und Europäisches Strafrecht, SZIER 1/2009, 68.

²² EGMR vom 24.2.2009, *Ben Khemais c. Italien*, Nr. 246/07; vgl. auch M. CARONI, Die Praxis des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte im Bereich des Ausländer- und Asylrechts, in: A. ACHERMANN et al., Jahrbuch für Migrationsrecht 2008/2009, 243 f.

²³ EGMR vom 27.9.1990, *Windisch c. Österreich*, Nr. 12489/86, Ziff. 28; ST. TRECHSEL/S. J. SUMMERS, Human Rights in Criminal Proceedings, Oxford 2005, 311.

²⁴ EGMR vom 31.10.2001, *Solakov c. Mazedonien*, Nr. 47023/99, Ziff. 62; EGMR vom 14.12.1999, *A.M. c. Italien*, Nr. 37019/97, Ziff. 27.

Insgesamt ist die Rechtsprechung des EGMR hier wenig befriedigend²⁵. Selbst wenn man das begründete Anliegen des EGMR in Rechnung stellt, den zuständigen nationalen Instanzen eine «margin of appreciation» zuzugestehen, wären klare Anweisungen hilfreich, damit feststeht, wann aus der Verletzung von Verteidigungsrechten eine strafprozessuale Konsequenz, etwa ein Beweisverwertungsverbot, folgt²⁶.

III. Konfrontation in der Praxis der Vertragsstaaten

Wie sich das Recht auf Konfrontation und die einschlägige Strassburger Rechtsprechung auf die Praxis der Zeugenvernehmungen in den Vertragsstaaten auswirkt, hängt in gewissem Umfang von der Ausgestaltung des nationalen Rechts ab. Deshalb stellen sich in jedem Land jeweils eigene Fragen. Letztlich geht es aber immer um gleiche 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, kommen aber im Einzelfall zu unterschiedlichen Ergebnissen, wie ein kursorischer Blick auf zwei Strafverfahren – einmal in der Schweiz, das andere Mal in Deutschland – zeigt.

A. Entscheidung aus Zürich

In einem 2008 vor dem Bezirksgericht Zürich verhandelten 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 Angeklagten noch deren Verteidiger in der Ver-

²⁵ R. ESSER, Anmerkung zur Entscheidung des EGMR vom 17.11.2005 (73047/01), Verurteilung wegen Beteiligung an der Entführung der Lufthansa-Maschine Landshut auf Grund anonymer Zeugen, NStZ 2007, 108; GAEDE (Fn. 7), 807 ff.

²⁶ S. GLESS, Beweisrechtsgrundsätze einer grenzüberschreitenden Strafverfolgung, Bd. 2, Baden-Baden 2007, 182 f.

nehmung zugelassen, wohl aber konnte die zuständige Staatsanwältin aus Zürich anwesend sein. Eine Gelegenheit zur kontradiktorischen Zeugenvernehmung durch die Parteien gewährten die ungarischen Behörden also nicht²⁷.

Wurde hier das Recht der in der Schweiz Angeklagten auf Konfrontation von Belastungszeugen verletzt, wie es etwa 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 – eine Pflicht hat, eine konfrontative Befragung zu gewährleisten²⁸. Es kommentiert dieses Versäumnis nicht weiter und muss dies auch nicht tun, ebenso wenig wie den Umstand, dass die Zürcher Behörden die Vernehmung in Ungarn (und damit nach ungarischem Recht) jedenfalls insofern wohl mit zu vertreten hätten, dass sie an der Rückführung der Zeuginnen und der dortigen Vernehmung mitgewirkt hätten²⁹. 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 – verantwortlich³⁰. Deshalb sah es eine Verwertung eines Vernehmungsprotokolls, das unter Verletzung des Konfrontationsrechts zustande gekommen war, nach dem – damals noch geltenden – Zürcher Strafprozessrecht als unzulässig an³¹.

B. Entscheidung aus Karlsruhe

Dass die Entscheidung des Zürcher Gerichts keineswegs selbstverständlich ist, zeigt bereits der Blick in das Nachbarland Deutschland. Hier 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

²⁷ Vgl. den Sachverhalt, BG ZH vom 26.11.2008, 9. Abteilung, DG070656/U; teilweise abgedruckt in fp 2010, 35.

²⁸ BG ZH vom 26.11.2008, DG070656/U, Erw. 1.4.

²⁹ Vgl. BG ZH vom 26.11.2008, DG070656/U, Erw. 2.

³⁰ BG ZH vom 26.11.2008, DG070656/U, Erw. 1.4.

³¹ BG ZH vom 26.11.2008, DG070656/U, Erw. 1.4.

deutschen Behörden festgestellten Indizien (insbesondere getätigte Reisen Richtung Tatort im Tatzeitraum), sowie auf Zeugenaussagen, welche den deutschen Gerichten im Wege der Rechtshilfe von türkischen Behörden übermittelt worden waren. 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 Landgerichts»³².

Aus Sicht des deutschen Bundesgerichtshofs war eine Verwertung der nicht-konfrontierten Aussagen unter diesen Umständen zulässig³³. Denn das deutsche Gericht knüpfte nicht an den Akt der Beweisverwertung an, sondern stellte ausschliesslich auf die Beweiserhebung ab. Es stellte fest, dass sich Deutschland den Rechtsverstoss der Türkei nicht «zurechnen» lassen müsse und deshalb die Aussage verwerten dürfe.

Mit dieser Entscheidung knüpft das Gericht zwar grundsätzlich an seine bisherige Rechtsprechung an. Die Bewertung der verschiedenen Schritte des Beweisverfahrens ist aber nicht zwingend durch die deutsche Dogmatik zu den Beweisverwertungsverbieten vorgegeben und führt auch nicht zu einer befriedigenden Lösung.

In Deutschland existieren umfangreiche Lehren zur Frage der Verwertbarkeit von Zeugenaussagen, die unter Einschränkung des Konfrontationsrechts zustande gekommen sind. U.a. hat sich – angelehnt an die EGMR-Rechtsprechung³⁴ – einerseits eine «Stufentheorie» entwickelt³⁵. Nach dieser Theorie kann eine Konfrontation in verschiedenen Stufen des Verfahrens gewährt und dadurch eine vorherige Verletzung ausgeglichen werden. Darüber hinaus hat in der deutschen Rechtsprechung – ebenso wie in der des EGMR – die sog. Gesamtwürdigung massgebliche Bedeutung. Danach soll eben nicht ausschlaggebend sein, ob jeder einzelne Belastungszeuge konfrontiert werden konnte, sondern ob insgesamt ein faires Beweisverfahren gewährleistet erscheint³⁶. Die verschiedenen Ansätze werden im Einzelfall kombiniert. Bei der Bewertung ist – wie in der Schweiz – von Bedeutung, ob die fehlende Möglichkeit einer direkten Konfrontation respektive der Wegfall kompensierender Massnahmen (wie etwa Videovernehmung, Anwesenheit zumindest der Verteidigung bei Einvernahmen) der Justiz zuzurechnen ist, oder auf Gründen ausserhalb ihres Einfluss- und Zurechnungsbereichs beruht³⁷.

³² BGH, Beschluss vom 17.3.2010, 2 StR 397/09 = NJW 2010, 2224.

³³ BGH, Beschluss vom 17.3.2010, 2 StR 397/09 = NJW 2010, 2224.

³⁴ EGMR vom 17.11.2005, *Haas c. Deutschland*, Nr. 73047/01, NJW 2006, 2753.

³⁵ Vgl. etwa BVerfG NJW 2001, 2245; BGH NJW 2000, 1661.

³⁶ BVerfG NJW 2010, 925, 926; BGHSt 46, 93, 95.

³⁷ BGHSt 51, 150, 155.

Da die deutschen Strafverfolgungsbehörden im geschilderten Fall nach Ansicht des BGH alles unternommen hatten, um eine konfrontative Vernehmung des Belastungszeugen in der Türkei oder zumindest eine kompensierende Massnahme zu ermöglichen, sei die deutsche Justiz für die fehlende Konfrontation nicht verantwortlich; sie müsse sich das konventionswidrige Verhalten der Türkei nicht zu-rechnen lassen³⁸. Doch darum ging es dem Beschwerdeführer im deutschen Ver-fahren gar nicht, sondern um die Frage, ob die unkonfrontierte Zeugenaussage dort *verwertet* werden darf.

C. Zwischenergebnis

Die wichtigen Unterschiede zwischen der Entscheidung aus Zürich und der Ent-scheidung aus Karlsruhe sind die Perspektive und die daraus folgenden Conse- quenzen:

Während das Schweizer Gericht bei der den eigenen Hoheitsträgern zurechen- baren Frage der Beweisverwertung ansetzt – und zu dem Ergebnis kommt, dass diese gegen eine Konventionspflicht verstossen, wenn sie konventionswidrig er- langte Beweise verwerten, isoliert das deutsche Gericht die Konventionsverlet- zung und lässt eine mögliche Konsequenz auf der Beweiswürdigungsebene in der Gesamtwürdigung letztlich verpuffen.

Diese Diskrepanz ist einer unterschiedlichen Herangehensweise geschuldet – und wird möglich durch die Toleranz des EGMR gegenüber verschiedenen natio- nalen Lösungen³⁹. Der Umstand, dass die unterschiedlichen Lösungen in einem transnationalen Rahmen zu verschiedenen Ergebnissen führen, ohne dass dafür eine Rechtfertigung gegeben wird, wird bisher zwischen den Vertragsstaaten kaum diskutiert. Es ist jedoch dringend notwendig diesen Diskurs aufzunehmen.

IV. Eine gesamteuropäische Perspektive

Die EMRK bindet alle Vertragsstaaten. Der Umstand, dass Staaten grenzüber- schreitend zusammenarbeiten, entpflichtet sie nicht aus ihren menschenrechtli-

³⁸ BGH, Beschluss vom 17.3.2010, 2 StR 397/09 = NJW 2010, 2224, N 18.

³⁹ Vgl. etwa jüngst in EGMR vom 10.3.2009, *Bykov c. Russland*, Nr. 4378/02, Ziff. 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 Be- weiserhebung fair war». Vgl. auch GAEDE (Fn. 7), 807 ff.; DERSELBE (Fn. 7), 292.

chen Obliegenheiten⁴⁰. 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? Respektive darf ein EMRK-Vertragsstaat einen nicht-kontradiktorisch erhobenen Beweis verwerten, wenn er selbst eine Konfrontation nicht bewerkstelligen konnte und das andere Land es nicht wollte⁴¹?

A. 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 definiert⁴². Die Konvention bindet ihre Vertragsparteien auch in der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit⁴³. Ansonsten bestünde die Gefahr, dass sich Vertragsstaaten etwa durch Begründung von neuen Kooperationsformen ihrer menschenrechtlichen Verpflichtungen bei der Strafverfolgung entledigten⁴⁴. Lediglich bei klar extraterritorialen Handlungen endet der Schutz der EMRK nach herrschender Meinung⁴⁵, ebenso bei Handlungen, die alleine supranationalen Organen zuzurechnen sind, wenn diese nicht Vertragspartei der EMRK sind⁴⁶. Einschränkungen der Geltung der EMRK können sich ferner ergeben, wenn Vertragsstaaten

⁴⁰ J. MEYER, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Aufl., Baden-Baden 2011, Art. 2 N 3; A. PETERS, Die Anwendbarkeit der EMRK in Zeiten komplexer Hoheitsgewalt und das Prinzip der Grundrechtstoleranz, ARV 48 (2010) 2; P. POPP, Grundzüge der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen, Basel 2011, § 13 N 341 ff.

⁴¹ Vgl. etwa Art. 69 und Art. 73 IRSG; ESSER (Fn. 61), 647; GAEDE (Fn. 7), 244 und 627.

⁴² Art. 1 EMRK; EGMR vom 8.4.2004, *Assanidze c. Georgien*, Nr. 71503/01, Ziff. 137–139; PETERS (Fn. 40), 4; J. MEYER-LADEWIG, Europäische Menschenrechtskonvention: Handkommentar, 3. Aufl., Basel 2011, N 32.

⁴³ MEYER (Fn. 40), Art. 2 N 3; PETERS (Fn. 40), 2; POPP (Fn. 40), § 13 N 341 ff.

⁴⁴ EGMR vom 30.6.2005, *Bosphorus c. Irland*, NJW 2006, 197; H. KRIEGER, Die Verantwortlichkeit Deutschlands nach der EMRK für seine Streitkräfte im Auslandseinsatz, ZaöRV 2002, 670 ff.

⁴⁵ EGMR vom 12.12.2001, *Banković u.a. c. Belgien u.a.*, Reports 2001-XII, Ziff. 80 ff. (abgedruckt in EuGRZ 2002, 133 ff.); KRIEGER (Fn. 44), 670 ff.; PETERS (Fn. 40), 10 f.

⁴⁶ Etwa EU-Agenturen; vgl. dazu S. GLESS/H. ZEITLER, Fair Trial Rights and the European Community's Fight against Fraud, European Law Journal 2001, 227 f.; TRECHSEL/SUMMERS (Fn. 23), 386.

neue völkerrechtliche Verbindungen eingehen, die einen eigenen Grund- und Menschenrechtsschutz etablieren, wie etwa im Falle der Europäischen Union (EU)⁴⁷.

Bereits nach bisheriger Ansicht folgt daraus für die grenzüberschreitende Strafverfolgung: Solange eine Massnahme internationaler Strafverfolgung einem Vertragsstaat zugerechnet werden kann, gilt grundsätzlich die EMRK⁴⁸. Auch wenn mehrere Vertragsstaaten gemeinsam Hoheitsgewalt ausüben, gilt die EMRK. Denn die Einzelstaaten können sich eben nicht durch Zusammenschluss ihrer vertraglichen Verpflichtung entziehen⁴⁹.

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 kann⁵⁰.

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)⁵¹. 1989 hat der EGMR in *Soering*, dem «leading case», erstmals klar die menschenrechtlichen Verpflichtungen der Vertragsstaaten in Zusammenhang mit Rechtshilfe ausgelegt. Das Strassburger Gericht hielt 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*»

⁴⁷ EGMR vom 30.6.2005, *Bosphorus c. Irland*, NJW 2006, 197; dazu S. GLESS/D. SCHAFFNER, Judicial review of freezing orders due to a UN listing by European Courts, in: ST. BRAUM/A. WEYEMBERGH (Hrsg.), Le contrôle juridictionnel dans l'espace pénal européen, The judicial control in EU cooperation in criminal matters, Bruxelles 2009, 188 ff.

⁴⁸ R. LILICH, The *Soering* Case, AJIL 85 (1991) 142.

⁴⁹ EGMR vom 18.2.1999, *Matthews c. Vereinigtes Königreich*, Nr. 24833/94, Rep. 1999-I, 251, Ziff. 32–34; KRIEGER (Fn. 44), 683.

⁵⁰ Vgl. dazu etwa: CASSANI/GLESS/POPP/ROTH (Fn. 21), 68; KRIEGER (Fn. 44), 669 ff.; PETERS (Fn. 40), 7 ff.

⁵¹ Ausführlich dazu: EGMR vom 7.7.1989, *Soering c. Vereinigtes Königreich*, Nr. 14038/88, sowie die nachfolgende Rechtsprechung: EGMR vom 23.2.2012, *Hirsi Jamaa u.a. c. Italien*, Nr. 27765/09, Ziff. 114; EGMR vom 7.2.2012, *Al Husin c. Bosnien-Herzegovina*, Nr. 3727/08, Ziff. 49; EGMR vom 29.1.2008, *Saadi c. Italien*, Nr. 13229/03, Ziff. 125; vgl. dazu ferner: CH. GRABENWARTER, Europäische Menschenrechtskonvention, 4. Aufl., Basel 2009, § 20 N 27; ST. WEHRENBURG/I. 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 unter Auflagen im Einzelfall, dazu S. GLESS, Zur Anwendung des Prinzips «aut dedere aut iudicare» in der Schweiz, in: M. BURGSTALLER/M. NOWAK (Hrsg.), Aut dedere aut iudicare, Fragen der internationalen Zusammenarbeit in Auslieferungsverfahren, Wien/Graz 2010, 39 ff.

droht⁵². 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 kaum Präjudizien für die Rechtshilfe unter EMRK-Vertragsstaaten⁵³. Gleichwohl lassen sich aus der auf *Soering* folgenden Rechtsprechung bestimmte Eckwerte ableiten: Das Gericht hat den Begriff des «flagrant denial of justice» näher spezifiziert und u.a. erläutert, dass es sich hierbei um Verfahren handle, welche die in Art. 6 EMRK genannten Garantien in grundsätzlicher Weise verletzen⁵⁴. Das sei namentlich dann der Fall, wenn in einem Strafverfahren die Verteidigungsrechte gänzlich missachtet würden⁵⁵, aber auch bereits dann wenn vorsätzlich und systematisch der Zugang zur Verteidigung – insbesondere einem ausländischen Angeklagten – verweigert werde⁵⁶.

Diese Grundsatzentscheidungen geben mit weiteren Entscheiden ein Raster vor: So dürfen etwa auch Folterbeweise aus dem Ausland nicht verwertet werden⁵⁷.

Andere Verstösse gegen allgemeine Grundsätze des fair trial scheinen jedoch aus Strassburger Sicht eher tolerierbar, etwa ein Verstoß gegen die Selbstbelastungsfreiheit aus Sicht des Verwertungsstaates⁵⁸, solange insgesamt ein faires Verfahren gewährleistet bleibt – oder eben die fehlende Konfrontation von Belastungszeugen, wenn in Fällen von Rechtshilfe durch die arbeitsteilige Beweisführung zu keinem Zeitpunkt eine Möglichkeit zur Konfrontation bestand⁵⁹. Gerechtfertigt werden könnten solche Einschränkungen mit dem Hinweis auf die Souveränität der einzelnen mitwirkenden Staaten, die jeweils nach ihrem eigenen

⁵² EGMR vom 7.7.1989, *Soering c. Vereinigtes Königreich*, Nr. 14038/88, Ziff. 113.

⁵³ Siehe kürzlich EGMR vom 27.10.2011, *Ahorugeze c. Schweden*, Nr. 37075/09; EGMR vom 17.1.2012, *Othman (Abu Qatada) c. Vereinigtes Königreich*, Nr. 8139/09, Ziff. 258.

⁵⁴ EGMR vom 17.1.2012, *Othman (Abu Qatada) c. Vereinigtes Königreich*, Nr. 8139/09, Ziff. 259; EGMR vom 1.3.2006, *Sejdovic c. Italien*, Nr. 56581/00, Ziff. 84; EGMR vom 24.3.2005, *Stoichkov c. Bulgarien*, Nr. 9808/02, Ziff. 56; EGMR vom 26.6.1992, *Drozdz und Janousek c. Frankreich und Spanien*, Nr. 12747/87, Ziff. 110.

⁵⁵ EGMR vom 8.11.2005, *Bader und Kanbor c. Schweden*, Nr. 13284/04, Ziff. 47.

⁵⁶ EGMR vom 20.2.2007, *Al-Moayad c. Deutschland*, Nr. 35865/03, Ziff. 101.

⁵⁷ BGH, Beschluss vom 14.9.2010, 3 StR 573/09 (OLG Koblenz), NJW 2011, 1523; Der EGMR hat auch wiederholt die Unverwertbarkeit von Folterbeweisen festgestellt: EGMR vom 7.7.2011, *Shishkin c. Russland*, Nr. 18280/04, Ziff. 149–151; EGMR vom 1.6.2010, *Gäfgen c. Deutschland*, Nr. 22978/05, Ziff. 166; EGMR vom 28.6.2007, *Harutyunyan c. Armenien*, Nr. 36549/03, Ziff. 63, diese Entscheide haben allerdings keinen Auslandsbezug.

⁵⁸ Vgl. dazu die Einschränkungen in nationalen Strafrechtsfällen: EGMR vom 10.3.2009, *Bykov c. Russland*, Nr. 4378/02, Ziff. 102–105; EGMR vom 1.3.2007, *Heglas c. Tschechische Republik*, Nr. 5935/02, Ziff. 87.

⁵⁹ Vgl. dazu einerseits: BG ZH, fp 2010, 35 m. Anm. ZURKINDEN, andererseits: (deutscher) BGH NJW 2000, 1616 sowie BGHSt 46, 93; 51, 50; (deutsches) BVerfG NJW 2001, 2245.

Prozessrecht vorgehen oder der Möglichkeit eines Ausgleichs im Rahmen der Beweiswürdigung.

B. 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?

Diese Frage kann man auf zwei Ebenen beantworten:

Entweder kann man (a) eher 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 gewährleistet⁶⁰. 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, diese immer EMRK-konform gewährt wird.

Oder man kann (b) auf der Ebene der Beweisverwertung im konkreten Strafverfahren ansetzen und mit Verwertungsverböten arbeiten, indem man eine strikte Pflicht für jeden EMRK-Vertragsstaat formuliert, einen Zeugenbeweis nicht zu verwerten, der ohne Konfrontation erlangt wurde. Jeder Staat ist für die Beweisführung seiner Gerichte menschenrechtlich verantwortlich. Wenn ein Gericht eine unkonfrontierte belastende Zeugenaussage verwertet, gelten grundsätzlich die gleichen Vorgaben, wie sie auch im nationalen Strafverfahren gelten.

Jedoch – und das ist von Bedeutung – ist die faktische Situation in einem Verfahren, in dem die Zeugen im Ausland leben, anders als in einem rein innerstaatlich geführten Strafverfahren. Deshalb ist auch allgemein akzeptiert, dass es eine Modifikation des allgemeinen Konfrontationsrechts in Strafverfahren mit Auslandsbezug geben kann. 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 Belas-

⁶⁰ TRECHSEL/SUMMERS (Fn. 23), 386; CH. VAN DEN WYNGAERT, *Applying the European Convention on Human Rights to extradition: Opening Pandora's box?*, ICLQ 39 (1990) 757 ff.

tungszeugen zu stellen oder stellen zu lassen» gewährleistet sein muss, also eine Konfrontation zu einem Zeitpunkt⁶¹, zu dem der Angeklagte (bereits) voll über die gegen ihn vorgebrachten Vorwürfe informiert ist⁶².

Wenn dies, wie in unseren Ausgangsfällen, nicht möglich ist, erscheint eine striktere Lösung als der allgemeine Rückgriff auf die Gesamtwürdigung der Verfahrensfairness⁶³ notwendig. Denn gerade weil Strassburger Richter die konkrete Sanktionierung grundsätzlich dem nationalen System überlassen⁶⁴, kommt es 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 der 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 lassen⁶⁵.

⁶¹ EGMR vom 24.11.1986, *Unterpertinger c. Österreich*, Nr. 9120/80, Ziff. 31; EGMR vom 23.4.1997, *van Mechelen c. Niederlande*, Ziff. 51; EGMR vom 10.11.2005, *Bocos-Cuesta c. Niederlande*, Nr. 54789/00, Ziff. 68; R. ESSER, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht – Die Grundlagen im Spiegel der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) in Strassburg, Berlin 2002 zugl. Diss. Trier 2001/02, 642.

⁶² EGMR vom 7.7.1989, *Bricmont c. Belgien*, Nr. 10857/84, Ziff. 79; W. WOHLERS, Aktuelle Fragen des Zeugenschutzes – zur Vereinbarkeit der im Strafprozessrecht des Kantons Zürich anwendbaren Zeugenschutznormen mit Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK, ZStrR 123 (2005) 166.

⁶³ WARNING (Fn. 6), 51 f.

⁶⁴ Vgl. etwa jüngst in EGMR vom 10.3.2009, *Bykov c. Russland*, Nr. 4378/02, Ziff. 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. auch GAEDE (Fn. 7), 807 ff.; DERSELBE (Fn. 7), 292.

⁶⁵ PETERS (Fn. 40).

V. Ergebnis

Das durch die EMRK garantierte Konfrontationsrecht wird – ebenso wie die anderen Rechte aus Art. 6 EMRK – nicht um seiner selbst willen gewährt, sondern um sicherzustellen, dass eine Zeugenaussage nur dann zum Beweismittel im Strafprozess wird, wenn eine Angeklagte und ihre Verteidigung Gelegenheit hatten, es zu hinterfragen⁶⁶. Kontradiktorische Beweiserhebung und spätere Beweisverwertung sind damit untrennbar verbunden. Die förmlichen Garantien der EMRK müssen letztlich auch diesen Konnex schützen, um effizient zu wirken.

Das Strassburger Gericht propagiert jedoch einen Ansatz der Gesamtwürdigung, der einen pragmatischen Umgang mit Konventionsvorgaben in den unterschiedlichen Rechtsordnungen der Vertragsstaaten ermöglicht. Das hat den Vorteil, dass eine flexible, oftmals einfacher zu akzeptierende weiche Rezeption der EMRK-Rechte in die nationale Rechtsordnung möglich ist⁶⁷. Jedoch hat die Gesamtwürdigung Grenzen. Diese zeigt die Entscheidung des Bezirksgerichts Zürich auf: Jeder Staat ist für die Beweisführung seiner Gerichte menschenrechtlich verantwortlich. Wenn ein Gericht eine unkonfrontierte belastende Zeugenaussage verwertet, verstösst es allenfalls gegen Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK. Die Entscheidung aus Zürich ist insofern richtungsweisend – und zeigt einmal mehr die Brisanz des Konfrontationsrechts. Die EMRK-Staaten können sich auch in international-arbeitsteilig geführten Strafverfahren nicht ihrer 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. Wenn diese Forderungen von einem Gericht in einem EMRK-Vertragsstaat geteilt werden, muss dies auch von der Rechtswissenschaft und Rechtspraxis der anderen Staaten wahrgenommen werden. Diesem Anliegen dient der vorliegende Beitrag⁶⁸, damit EMRK-Rechte jene Brisanz behalten, die ihnen auch der Jubilar zugeordnet hat.

⁶⁶ Zur Fehleranfälligkeit von (nicht konfrontierten) Zeugenaussagen vgl. etwa D. 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, Bd. 2, Basel 2001 zugl. Diss. Freiburg 2000, 256 ff.

⁶⁷ Ausführlich dazu: S. GLESS, Europa – eine Herausforderung für die Strafverteidigung, StV 8 (2010) 400 ff.

⁶⁸ Derselben Zweck dient der aus deutscher Perspektive gefasste Beitrag von S. GLESS in der demnächst erscheinenden FS für Jürgen Wolter, hrsg. von MARK ZÖLLER.