

Das Konfrontationsrecht des Angeklagten und die Folgen der Verletzung dieses Rechts im Strafverfahren

Die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte¹ vom 15.12.2015 in der Rechtssache *Schatschaschwili v. Deutschland* (Nr. 9154/10)²

Von Wissenschaftliche Mitarbeiterin *Kim Cecile Falke**, Universität Tübingen

I. Sachverhalt

Der georgische Staatsangehörige Schatschaschwili wurde in Deutschland vom Landgericht Göttingen wegen gemeinschaftlich begangenen schweren Raubes in Tateinheit mit schwerer räuberischer Erpressung in zwei Fällen zu einer Freiheitsstrafe von neun Jahren und sechs Monaten verurteilt. Die Verurteilung beruhte bezüglich der zweiten Tat im Wesentlichen auf den Zeugenaussagen der beiden weiblichen Geschädigten, welche lettische Staatsangehörige und nur zeitweise in Deutschland wohnhaft waren. Diese wurden im Ermittlungsverfahren zunächst mehrfach von der Polizei zu den Tatgeschehnissen vernommen. Dabei wurde den Strafverfolgungsbehörden bekannt, dass die beiden Geschädigten beabsichtigten, in Kürze wieder nach Lettland zurückzukehren. Um in der Hauptverhandlung verwertbare Zeugenaussagen zu sichern, wurden die Geschädigten sodann nochmals von einem Ermittlungsrichter vernommen.³ Der Beschuldigte und spätere Beschwerdeführer vor dem EGMR, der zu diesem Zeitpunkt noch keine Kenntnis von den Ermittlungen gegen ihn hatte, wurde nicht über die Vernehmungen informiert. Auch wurde kein Verteidiger bestellt, der den Vernehmungen beiwohnen konnte. Diese Entscheidung wurde mit der Befürchtung begründet, dass die Geschä-

digten – die verängstigt und erheblich schockiert wirkten – in Gegenwart des Beschuldigten nicht wahrheitsgemäß aussagen würden und die Heranziehung eines Verteidigers die Beweisaufnahme verzögern würde, so dass diese im Ergebnis nicht mehr durchzuführen wäre und der Ermittlungserfolg gefährdet wäre.

In der späteren Hauptverhandlung versuchte das Landgericht Göttingen mehrfach, die Geschädigten, welche nun wieder in Lettland wohnten, als Zeugen zu laden und in der Hauptverhandlung zu vernehmen. Alle direkten Anfragen an die Geschädigten sowie mehrere Rechtshilfeersuchen an Lettland mit unterschiedlichen Vorschlägen hatten jedoch keinen Erfolg. So strengte sich das Gericht wiederholt an, die Zeuginnen nach Deutschland zu verbringen, um eine unmittelbare Zeugenaussage vor dem Gericht zu erlangen und forderte die lettischen Behörden auf, eine audiovisuelle Vernehmung der Zeuginnen vor einem lettischen Gericht zu veranlassen. Die Bemühungen scheiterten jedoch zum einen an mehreren ärztlichen Attesten der Zeuginnen, welche ihnen bescheinigten, aufgrund posttraumatischer emotionaler und psychischer Labilität nicht aussagen zu können, und zum anderen an der mangelnden Kooperationsbereitschaft der lettischen Behörden. Die Geschädigten blieben für das Gericht mithin unerreichbar. Aus diesem Grund wurden die Aussageprotokolle der ermittelungsrichterlichen Vernehmung aus dem Ermittlungsverfahren verlesen. Der Angeklagte bekam so nie die Möglichkeit, die beiden Geschädigten selbst zu befragen und ihre Glaubwürdigkeit zu überprüfen. Die Verurteilung beruhte stattdessen im Wesentlichen auf dem genannten Vernehmungsprotokoll und auf Aussagen einer Freundin der beiden Frauen sowie einer Nachbarin, welche von den Geschädigten unmittelbar nach der Tat von den Geschehnissen in Kenntnis gesetzt wurden. Auch wurden die ermittelnden Polizeibeamten über die früheren Vernehmungen der Geschädigten gehört. Zu-

¹ Im Folgenden abgekürzt als EGMR.

² <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-159566> (zuletzt abgerufen am 27.12.2021); veröffentlicht in: StV (Strafverteidiger) 2017, 213.

* Die Autorin ist wissenschaftliche Mitarbeiterin an der Universität Tübingen am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht und Urheberrecht.

³ Der Hintergrund ist, dass nach deutschem Recht Aussagen vor dem Ermittlungsrichter im späteren Hauptverfahren in weitergehendem Maße berücksichtigt werden können als dies bei einer polizeilichen Zeugenvernehmung der Fall ist; hierzu sogleich unter II.

dem wurde die GPS-Ortung des Mobiltelefons des Angeklagten am Tatort und dessen Einlassung, zur Tatzeit in der Wohnung der Geschädigten gewesen zu sein, als Beweismittel herangezogen. Zuletzt stützte das Gericht seine Überzeugung auf die Aufzeichnung zweier zur Tatzeit getätigten Telefongespräche des Angeklagten mit einem weiteren Täter und auf die starke Vergleichbarkeit der Tat zu einem durch den Angeklagten zuvor begangenen Überfall.

In dem 152-Seiten langen Urteil befasste sich das Gericht ausführlich mit den Folgen der fehlenden Konfrontationsmöglichkeit des Angeklagten mit den Geschädigten. Dabei wies es ausdrücklich auf den geschmäleren Beweiswert der Aussagen hin und begründete seine Überzeugung von der Schuld des Angeklagten mit den sonstigen Beweismitteln, welche die Glaubhaftigkeit der Angaben der beiden lettischen Frauen stützten. Die vom Beschuldigten eingelegte Revision gegen dieses Urteil wurde vom deutschen Bundesgerichtshof⁴ als offensichtlich unbegründet zurückgewiesen.⁵ Die daraufhin eingelegte Verfassungsbeschwerde wurde vom Bundesverfassungsgericht ohne Angaben von Gründen nicht zur Entscheidung angenommen.⁶ Der Verurteilte legte im Jahre 2010 eine Individualbeschwerde nach Art. 34 EMRK beim Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte⁷ in Straßburg ein, in der er die Verletzung seines Konfrontationsrecht gem. Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK durch die Bundesrepublik Deutschland rügte.

II. Das Konfrontationsrecht des Angeklagten

Die deutsche Strafprozessordnung⁸ sieht in § 168c Abs. 2 StPO vor, dass der Beschuldigte und sein Verteidiger bei einer richterlichen Zeugenvernehmung im Ermittlungsverfahren anwesend sein, dem Zeugen Fragen stellen und sich zu dessen Aussagen erklären dürfen. Eine Ausnahme hiervon ist in Bezug auf den Beschuldigten nur möglich, wenn gem. § 168c Abs. 3 StPO dessen

Anwesenheit den Untersuchungszweck gefährden würde, insbesondere, wenn zu befürchten ist, dass ein Zeuge in dessen Gegenwart nicht die Wahrheit sagen werde.⁹ Der Verteidiger ist dagegen zwingend zur Anwesenheit berechtigt.¹⁰ Sollte der Beschuldigte keinen Verteidiger haben, so muss ihm in einem solchen Falle ein Verteidiger bestellt werden, der bei der Vernehmung die Rechte des Beschuldigten wahrnehmen kann.¹¹ Dies ist lediglich dann nicht geboten, wenn hierdurch ebenfalls der Untersuchungserfolg gefährdet werden würde.¹² Von der unabhängig davon bestehenden Pflicht nach § 168c Abs. 5 StPO, die zur Anwesenheit Berechtigten von der Vernehmung vorher zu benachrichtigen, kann ebenfalls abgesehen werden, wenn dies den Untersuchungserfolg gefährden würde, d.h. wenn die Gewinnung der Aussage ansonsten in Frage steht.¹³ Dies kann unter anderem der Fall sein, wenn Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der zur Anwesenheit Berechtigte Verdunklungshandlungen vornehmen wird oder wenn die Vernehmung – z.B. wegen einer unmittelbar bevorstehenden Auswanderung des Zeugen – unaufschiebbar ist und die Benachrichtigung zu einer Verzögerung führen würde, die einen Verlust der Aussage zur Folge hätte.¹⁴

Im gerichtlichen Hauptverfahren gilt der Grundsatz der Unmittelbarkeit, § 250 StPO. Dieser bestimmt, dass Zeugen (und Sachverständige) vom erkennenden Gericht vernommen werden müssen und ihre Vernehmung nicht durch das Verlesen von Urkunden ersetzt

⁹ Hierzu siehe *Griesbaum, Rainer*, in: *Karlsruher Kommentar, StPO*, 8. Aufl., 2019, § 168c Rn. 6; *Kölbel, Ralf*, in: *Münchener Kommentar, StPO*, 1. Aufl., 2014 ff., § 168c Rn. 10.

¹⁰ BGHSt 29, 1, 5; *Kölbel, Ralf*, in: *Münchener Kommentar, StPO*, 1. Aufl., 2014 ff., § 168c Rn. 22.

¹¹ BGH NSIZ-RR (Rechtsprechungsreport der Neuen Zeitschrift für Strafrecht) 2008, 49; *Griesbaum, Rainer*, in: *Karlsruher Kommentar, StPO*, 8. Aufl., 2019, § 168c Rn. 6a.

¹² BGHSt 46, 96 Rn. 58 f., 62.

¹³ BGHSt 29, 1; 46, 96; *Monka, Christian*, in: *Beck'scher Online-Kommentar, StPO*, 41. Edition Stand 01.10.2021, § 168c Rn. 6; *Griesbaum, Rainer*, in: *Karlsruher Kommentar, StPO*, 8. Aufl., 2019, § 168c Rn. 17; *Kölbel, Ralf*, in: *Münchener Kommentar, StPO*, 1. Aufl., 2014 ff., § 168c Rn. 20 f.

¹⁴ *Griesbaum, Rainer*, in: *Karlsruher Kommentar, StPO*, 8. Aufl., 2019, § 168c Rn. 17 ff. mit weiteren Nachweisen; *Erb, Volker*, in: *Löwe, Ewald/Rosenberg, Werner*, *StPO*, 26. Aufl., 2006 ff., § 168c Rn. 44 f.; *Schmitt, Bertram*, in: *Meyer-Goßner, Lutz/Schmitt, Bertram*, *StPO*, 64. Aufl., 2021, § 168c Rn. 5a; *Kölbel, Ralf*, in: *Münchener Kommentar, StPO*, 1. Aufl., 2014 ff., § 168c Rn. 19 ff.

⁴ Im Folgenden abgekürzt als BGH.

⁵ BGH Beschluss vom 30.10.2008, Az.: 5 StR 426/08; BeckRS (Beck-Rechtssprechung) 2008, 24053.

⁶ BVerfG Beschluss vom 08.10.2009, Az.: 2 BvR 78/09.

⁷ Im Folgenden abgekürzt als EGMR.

⁸ Im Folgenden abgekürzt als StPO.

werden darf. Das Gericht soll sich einen persönlichen Eindruck von Beweispersonen machen, um die Beweisqualität zu stärken.¹⁵ So ist grundsätzlich auch die Verlesung von Vernehmungsprotokollen aus dem Ermittlungsverfahren unzulässig. Eine Durchbrechung dieses Grundsatzes sieht unter anderem § 251 StPO vor. Hiernach kann eine Zeugenaussage (sowie eine Aussage eines Sachverständigen oder Mitbeschuldigten) in Form des Urkundenbeweises durch die Verlesung des Vernehmungsprotokolls aus dem Ermittlungsverfahren ersetzt werden, wenn bestimmte enumerativ aufgezählte Gründe vorliegen, welche in der genannten Vorschrift enumerativ aufgezählt sind. Die Ausnahmetatbestände sind dabei zweistufig aufgebaut: Die in Absatz 1 genannten Voraussetzungen gelten sowohl für nichtrichterliche als auch richterliche Vernehmungsprotokolle, die darüberhinausgehenden Ausnahmetatbestände des Absatzes 2 gelten dagegen nur für richterliche Vernehmungsprotokolle.¹⁶ Zweck dieser Durchbrechungen ist zum einen, dass Beweismittel nicht aufgrund tatsächlicher Umstände verloren gehen sollen¹⁷ und zum anderen, dass das Verfahren – wenn auch in engen Grenzen – erleichtert und beschleunigt werden soll.¹⁸ Gemäß § 251 Abs. 1 Nr. 3 StPO liegt eine solche Ausnahme vor, wenn der Zeuge verstorben ist oder aus einem anderen Grund in absehbarer Zeit nicht gerichtlich vernommen werden kann. Zudem ist eine Verlesung des Protokolls einer richterlichen Vernehmung nach § 251 Abs. 2 Nr. 1 StPO zulässig, wenn dem Erscheinen des Zeugen in der Hauptverhandlung für eine längere oder ungewisse Zeit

¹⁵ *Diemer, Herbert*, in: *Karlsruher Kommentar, StPO*, 8. Aufl., 2019, § 250 Rn. 1; *Kreicker, Helmut*, in: *Münchener Kommentar, StPO*, 1. Aufl., 2014 ff., § 168c Rn. 2.

¹⁶ Hintergrund für die Privilegierung richterlicher Vernehmungen ist, dass diesen eine erhöhte Bedeutung zugesprochen wird. Dies ist aufgrund der richterlichen Stellung für den Vernommenen erkennbar und entspricht dem Willen des Gesetzgebers, vgl. §§ 251, 254 StPO und §§ 153 ff. StGB; hierzu *BGH NJW (Neue Juristische Wochenschrift)* 2013, 1496; *Schmitt, Bertram*, in: *Meyer-Goßner, Lutz/Schmitt, Bertram*, StPO, 64. Aufl., 2021, § 252 Rn. 14.

¹⁷ So kann ein Zeuge aus verschiedenen Gründen nicht unmittelbar vernommen werden, es seien beispielhaft nur genannt: der Tod des Zeugen, die Inanspruchnahme eines Zeugnisverweigerungsrechts oder die Sperrung der Identität verdeckter Ermittler.

¹⁸ BVerfGE 57, 250, 278; BGHSt 10, 186, 189; *Kreicker, Helmut*, in: *Münchener Kommentar, StPO*, 1. Aufl., 2014 ff., § 251 Rn. 2.

Krankheit, Gebrechlichkeit oder andere nicht zu beseitigende Hindernisse entgegenstehen.

Sowohl § 168c StPO als auch § 250 StPO dienen (auch) der Verwirklichung des Konfrontationsrechts des Angeklagten.¹⁹ Mit diesem stehen die oben beschriebenen Ausnahmetatbestände in einem Spannungsverhältnis. Das Konfrontationsrecht des Angeklagten ist in Art. 6 Abs. 3 lit. d der Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) verankert. Die EMRK steht in Deutschland als völkerrechtlicher Vertrag im Range eines einfachen Bundesgesetzes²⁰ und damit grundsätzlich auf gleicher Normebene wie die StPO. Das Bundesverfassungsgericht und der BGH fordern aber eine konventionskonforme Auslegung des deutschen Strafprozessrechts, so dass die Vorgaben der EMRK eine Art faktischen Vorrang genießen.²¹ Nach Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK hat jede angeklagte Person mindestens das Recht, „Fragen an Belastungszeugen zu stellen oder stellen zu lassen (...)“, um so Waffengleichheit im Prozess herzustellen.²² In einem kontradiktorischen Verfahren soll der Angeklagte mindestens einmal die Möglichkeit bekommen, den Zeugen mit seinen Fragen zu konfrontieren, um so dessen Glaubwürdigkeit in Frage stellen zu können und Irrtümer oder Lügen aufzudecken.²³ Nach der ständigen

¹⁹ BVerfGE 57, 250, 278; *Ganter, Alexander*, in: *Beck'scher Online-Kommentar, StPO*, 41. Edition Stand 01.10.2021, § 250 Rn. 1; *Griesbaum, Rainer*, in: *Karlsruher Kommentar, StPO*, 8. Aufl., 2019, § 168c Rn. 1; *Kölbel, Ralf*, in: *Münchener Kommentar, StPO*, 1. Aufl., 2014 ff., § 168c Rn. 2; *Kreicker, Helmut*, in: *Münchener Kommentar, StPO*, 1. Aufl., 2014 ff., § 250 Rn. 2.

²⁰ Durch die Umsetzung mithilfe eines Transformationsgesetzes, vgl. Art. 59 Abs. 2 GG; *Beulke, Werner/Swoboda, Sabine*, *Strafprozessrecht*, 15. Aufl., 2020, Rn. 14; *Kindhäuser, Urs/Schumann, Kay*, *Strafprozessrecht*, 6. Aufl., 2021, § 35 Rn. 3.

²¹ BVerfGE 111, 307, 317, 323; BGHSt 46, 93, 97; *Beulke, Werner/Swoboda, Sabine*, *Strafprozessrecht*, 15. Aufl., 2020, Rn. 14; *Roxin, Claus/Schünemann, Bernd*, *Strafprozessrecht*, 29. Aufl., 2017, § 3 Rn. 16.

²² *Esser, Robert*, in: *Löwe, Ewald/Rosenberg, Werner*, StPO, 26. Aufl., 2006 ff., Art. 6 EMRK Rn. 760; *Paeffgen, Hans-Ulrich*, in: *Systematischer Kommentar, StPO*, 5. Aufl., 2015 ff., Art. 6 EMRK Rn. 154; *Satzger, Helmut*, in: *Satzger, Helmut/Schluckebier, Wilhelm/Widmaier, Gunter*, StPO, 4. Aufl., 2020, Art. 6 EMRK Rn. 35, 59.

²³ EGMR EuGRZ (Europäische Grundrechte-Zeitschrift) 1992, 300, 301 f.; EGMR StV 1997, 617, 619; *Gaede, Karsten*, in: *Münchener Kommentar, StPO*, 1. Aufl., 2014 ff., Art. 6 EMRK Rn. 242; *Lohse, Kai/Jakobs, Sebastian*, in: *Karlsruher Kommentar, StPO*, 8. Aufl., 2019, Art. 6 EMRK Rn. 95;

Rechtsprechung des EGMR stellt das Konfrontationsrecht – ebenso wie die anderen in Art. 6 Abs. 3 EMRK genannten Rechte – ein Mindestrecht und eine konkrete Ausprägung des Fair-Trial-Grundsatzes nach Art. 6 Abs. 1 EMRK dar.²⁴ Der Fair-Trial-Grundsatz wird aus vielen Teilgarantien gebildet und besagt in seinem Kern, dass der Betroffene im Rahmen des gesetzlichen und unparteiischen Verfahrens als mit eigenen Rechten ausgestattetes Subjekt auftreten können muss und ihm das Recht zur wirksamen Teilhabe zugesprochen wird.²⁵ Dabei umfasst das Verfahren nach dem EGMR nicht nur die Hauptverhandlung, sondern auch das vorverlagerte Ermittlungsverfahren, also das Erkenntnisverfahren in seiner Gesamtheit.²⁶ Der Bewertung der Fairness wird eine umfassende Gesamtschau zugrunde gelegt, welche die funktionsfähige Strafrechtspflege, die Rechte des Angeklagten sowie Opferschutzgesichtspunkte miteinbezieht.²⁷ In Konsequenz hieraus wird bei einer Verletzung der in Art. 6 Abs. 3 EMRK genannten Mindestrechte das gesamte Strafverfahren in Augenschein genommen, um in diesem Rahmen zu prüfen, ob das Verfahren insgesamt noch als fair zu bewerten ist.²⁸ Dies geschah bereits vor dem hier vorgestellten Fall durch eine vom

EGMR entwickelte Drei-Stufen-Prüfung.²⁹ Auf der ersten Stufe wurde gefragt, ob es einen triftigen Grund für die Abwesenheit des Zeugen gab. Auf der zweiten Stufe wurde eine ausreichende Kompensation der fehlenden Konfrontationsmöglichkeit geprüft und auf letzter Stufe sodann eine äußerst zurückhaltende und sorgfältige Beweiswürdigung seitens des erkennenden Gerichts gefordert.³⁰

Eine Verletzung des Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK hatte in Deutschland vor dem hier vorgestellten Urteil des EGMR nach der Rechtsprechung des BGH zur Folge,³¹ dass die Zeugenaussage zwar verwertet werden darf, aber nur dann, wenn eine hinreichende Kompensation durch eine besonders vorsichtige Beweiswürdigung stattfand und sie durch andere gewichtige Gesichtspunkte im Rahmen der einbezogenen Beweise bestätigt wurde, so dass sich das Gericht entscheidend auf diese beziehen konnte (sog. Beweiswürdigungslösung).³² Diese Maßstäbe wurden vom BGH im Ausgangsverfahren eingehalten. Sie änderten sich allerdings nach dem hier vorgestellten Urteil des EGMR.

III. Kernaussagen der Entscheidung des EGMR

Fraglich war in der vorliegenden Entscheidung des EGMR, welche Auswirkungen es auf die Fairness des

Satzger, Helmut, Internationales und Europäisches Strafrecht, 9. Aufl., 2020, § 11 Rn. 85.

²⁴ *Esser, Robert/Gaede, Karsten/Tsambikakis, Michael*, NSZ (Neue Zeitschrift für Strafrecht) 2011,140, 148; *Lohse, Kai/Jakobs, Sebastian*, in: Karlsruher Kommentar, StPO, 8. Aufl., 2019, Art. 6 EMRK Rn. 80; *Gaede, Karsten*, in: Münchener Kommentar, StPO, 1. Aufl., 2014 ff., Art. 6 EMRK Rn. 140; *Satzger, Helmut*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 9. Aufl., 2020, § 11 Rn. 79.

²⁵ *Valerius, Brian*, in: Beck'scher Online-Kommentar, StPO, 41. Edition Stand 01.10.2021, Art. 6 EMRK Rn. 9 ff.; *Grabenwarter, Christoph/Pabel, Katharina*, Europäische Menschenrechtskonvention, 7. Aufl., 2021, § 24 Rn. 66 f.; *Gaede, Karsten*, in: Münchener Kommentar, StPO, 1. Aufl., 2014 ff., Art. 6 EMRK, Rn. 97 ff.

²⁶ Hierzu eingehend siehe *Satzger, Helmut*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 9. Aufl., 2020, § 11 Rn. 69 f.

²⁷ *Satzger, Helmut*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 9. Aufl., 2020, § 11 Rn. 79; *Stoffers, Kristian F.*, NJW 2013, 1495, 1496.

²⁸ *Beulke, Werner/Swoboda, Sabine*, Strafprozessrecht, 15. Aufl., 2020, Rn.16; *Satzger, Helmut*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 9. Aufl., 2020, § 11 Rn. 79; *Satzger, Helmut*, in: *Satzger, Helmut/Schluckebier, Wilhelm/Widmaier, Gunter*, StPO, 4. Aufl., 2020, Art. 6 EMRK Rn. 36; *Stoffers, Kristian F.*, NJW 2013, 1495, 1496.

²⁹ Vgl. insbesondere EGMR *Al-Khawaja und Tahery v. Vereinigtes Königreich*, HRRS (Höchstrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht) 2009, Nr. 459; EGMR *Haas v. Deutschland*, NSZ 2007, 103.

³⁰ EGMR *Doorson v. Niederlande*, Urteil v. 26.03.1996, Nr. 20524/92, Rn. 73, 76, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57972> (zuletzt abgerufen am 27.12.2021); *Satzger, Helmut*, JURA (Juristische Ausbildung) 2016, 1083; *Satzger, Helmut*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 9. Aufl., 2020, § 11 Rn. 87 f.; *Schramm, Edward*, HRRS (Höchstrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht) 2011, 156 ff.

³¹ Die in Deutschland umstrittene Frage, ob gegen die Verwertung eines solchen Beweises bereits in der Hauptverhandlung Widerspruch eingelegt werden muss, ist hier bewusst ausgespart worden; vgl. hierzu einführend: *Beulke, Werner/Swoboda, Sabine*, Strafprozessrecht, 15. Aufl., 2020, Rn. 708.

³² BVerfG NJW 2010, 925, 926; BGHSt 55, 70, 55; BGH StraFo (Strafverteidiger Forum) 2013, 209; *Beulke, Werner/Swoboda, Sabine*, Strafprozessrecht, 15. Aufl., 2020, § 190; *Lohse, Kai/Jakobs, Sebastian*, in: Karlsruher Kommentar, StPO, 8. Aufl., 2019, Art. 6 EMRK Rn. 111.

Verfahrens hatte, dass der Angeklagte im gesamten Verfahren nicht die Möglichkeit bekam, die beiden Hauptbelastungszeuginnen zu befragen und zu konfrontieren. Nachdem die zuständige Kammer des EGMR zunächst keine Konventionsverletzung feststellte, beantragte der Beschwerdeführer die Verweisung an die Große Kammer. Diese stellte in ihrem Urteil vom 15.12.2015 mit einer Mehrheit von neun zu acht Stimmen³³ eine Verletzung des Fair-Trial-Grundsatzes in dessen Ausprägung des Konfrontationsrechts des Angeklagten fest.³⁴

Zu dieser Feststellung kam der EGMR mithilfe der bereits genannten Drei-Stufen-Prüfung, welche das Gericht jedoch deutlich abänderte und neue Aspekte einbrachte.³⁵ Nach der „neuen“ Drei-Stufen-Prüfung, hat das Tatgericht nun zu prüfen, ob (1) ein triftiger Grund vorlag, der das Nichterscheinen des Zeugen rechtfertigt, (2) ob die Aussage des Zeugen die einzige bzw. entscheidende Grundlage für die Verurteilung war, und (3) ob es ausgleichende Faktoren gab, die ausreichen, um die Fairness des Verfahrens insgesamt sicherzustellen. Eine Veränderung der Drei-Stufen-Prüfung erfolgte mithin zunächst dadurch, dass der EGMR auf zweiter Stufe einen neuen Prüfungspunkt einbrachte und die ehemals zweite Stufe als letzten Prüfungspunkt festlegte. Zudem konkretisierte das Gericht die Vorgaben zu den einzelnen Stufen und hob die dritte Stufe als maßgeblichen Hauptbestandteil hervor.³⁶ Eine gewichtige Neuerung war auch, dass der EGMR festlegte, dass selbst bei Verneinung der ersten oder Bejahung der zweiten Stufe, die anderen Stufen trotzdem zu prüfen seien, da sich diese gegenseitig bedingen und so auch ausgleichen können,

um eine Gesamtfairness zu wahren.³⁷ Die Ergebnisse der Prüfung der ersten zwei Stufen können dabei aber ein maßgeblicher Grund dafür sein, wie gewichtig und umfassend die ausgleichenden Faktoren auf der dritten Stufe sein müssen. Je wichtiger die Aussage für die Entscheidung des Gerichts ist, desto mehr Ausgleichsmaßnahmen müssen ergriffen werden, damit das Verfahren in der Gesamtschau als fair bewertet werden kann.³⁸

In dem vorliegenden Sachverhalt sah der EGMR die Abwesenheit der Zeuginnen aufgrund der enormen Anstrengungen des Gerichts, die Zeuginnen in der Hauptverhandlung vernehmen zu können, als gerechtfertigt an. Die erste Stufe, die grundsätzlich einem strengen Prüfungsmaßstab unterliegt,³⁹ wurde somit bejaht. Auf zweiter Stufe hob der EGMR hervor, dass es bei der Frage des entscheidenden Einflusses der betroffenen Aussage, auf die Bedeutung und das Gewicht der Aussage ankommt und darauf, ob diese ausschlaggebend für die gerichtliche Entscheidung sein kann. Auch diese Stufe bejahte der EGMR in vorliegendem Fall, da allein die beiden Geschädigten die Tat unmittelbar bezeugen konnten. Hinsichtlich der dritten Stufe, der Frage nach genügend ausgleichenden Faktoren, hob der EGMR hervor, dass das Tatgericht aufzeigen muss, dass es sich des geringeren Beweiswertes der unkonfrontierten Zeugenaussagen bewusst ist und dass es die Glaubhaftigkeit der Aussagen besonders sorgfältig zu prüfen hat. Zudem benannte das Gericht Faktoren, die zu einem Ausgleich der Verletzung führen können. So würde beispielsweise die Vorstellung einer Videoaufzeichnung der früheren Zeugenvernehmung dem Angeklagten und seinem Verteidiger die Möglichkeit geben, die Glaubwürdigkeit des Zeugen einzuschätzen. Auch sei die Beibringung von Beweismitteln, welche die Glaubhaftigkeit der Zeugenaussage stützen können, positiv zu bewerten. Solche können insbesondere Zeugen darstellen, denen von den unmittelbaren Tatzeugen von der Tat berichtet wurde

³³ Es wurden drei abweichende Meinungen der beteiligten Richter verfasst, vgl. hierzu zusammenfassend EGMR StV 2017, 213, 225 ff.

³⁴ Zu dem Ablauf eines Verfahrens vor dem EGMR: *Meyer-Mews, Hans*, NJW 2018, 213.

³⁵ *Satzger, Helmut*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 9. Aufl., 2020, § 11 Rn. 85 ff.; zu der vorherigen Prüfung des EGMR: *Esser, Robert*, in: *Löwe, Ewald/Rosenberg, Werner*, StPO, 26. Aufl., 2006 ff., Art. 6 EMRK Rn. 789 ff.; *Satzger, Helmut*, JURA 2016, 1083.

³⁶ *Dionysopoulou, Athanasia*, ZIS (Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik) 2017, 629, 636; *Lohse, Kai/Jakobs, Sebastian*, in: *Karlsruher Kommentar, StPO*, 8. Aufl., 2019, Art. 6 EMRK Rn. 98; *Satzger, Helmut*, in: *Satzger, Helmut/Schluckebier, Wilhelm/Widmaier, Gunter*, StPO, 4. Aufl., 2020, Art. 6 EMRK Rn. 68.

³⁷ *Schatschaschwili v. Deutschland*, Urteil vom 15.12.2015 Nr. 9154/10, Rn. 113, 116, <https://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-159566> (zuletzt abgerufen am 27.12.2021); *Lohse, Kai/Jakobs, Sebastian*, in: *Karlsruher Kommentar, StPO*, 8. Aufl., 2019, Art. 6 EMRK Rn. 103.

³⁸ *Esser, Robert*, Anm. zu BGH NSTz 2017, 602, 605; *Gaede, Karsten*, in: *Münchener Kommentar, StPO*, 1. Aufl., 2014 ff., Art. 6 EMRK Rn. 269.

³⁹ Vgl. EGMR *Hümmer v. Deutschland*, NJW 2013, 3225, 3227 f.; *Dionysopoulou, Athanasia*, ZIS 2017, 629.

(sog. Zeugen vom Hörensagen) als auch sonstige Sachbeweise wie rechtsmedizinische Daten oder ein Gutachten über die Glaubwürdigkeit des Zeugen. Zudem könne das Gericht dem Angeklagten die Möglichkeit geben, dem Zeugen indirekt Fragen zu stellen, zum Beispiel in schriftlicher Weise. Zuletzt müssen die Strafverfolgungsbehörden nach Ansicht des EGMR einem Verteidiger die Möglichkeit zur direkten Befragung der Zeugen im Ermittlungsverfahren geben, wenn sich in diesem Stadium bereits Anhaltspunkte dafür verdichten, dass eine Vernehmung des Zeugen in der Hauptverhandlung nicht stattfinden kann.⁴⁰ Insbesondere aufgrund der Nichtbeachtung des letztgenannten Punktes sah der EGMR das Verfahren als insgesamt nicht fair an: Die Strafverfolgungsbehörden wussten von den Absichten der Geschädigten, wieder ins Ausland zu ziehen. Sie haben somit durch die Nichtbestellung eines Verteidigers in Kauf genommen, dass der Angeklagte nie die Gelegenheit bekommt, die beiden maßgeblichen Zeuginnen zu konfrontieren.⁴¹ Zudem wurde auch nicht von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, die beiden lettischen Frauen schriftlich zu befragen. Mithin sah der EGMR nicht genügend Ausgleichsmaßnahmen, die trotz Verletzung des Konfrontationsrechts dazu führen würden, das Verfahren noch als Fair anzusehen, und nahm mithin einen Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1, 3 lit. d EMRK an.⁴²

IV. Rechtswirkungen und Folgen des EGMR-Urteils

Die Urteile des EGMR sind gem. Art. 46 Abs. 1 EMRK für die Parteien des Rechtsstreits in Bezug auf ihren Tenor und die diesem zugrundeliegenden Verletzungen der Konvention verbindlich, sog. inter partes-Wirkung.⁴³ Der EGMR kann jedoch nicht die nati-

onale Entscheidung aufheben, seine Entscheidung ist lediglich auf die Feststellung einer Konventionsverletzung begrenzt. Das Gericht kann jedoch nach Art. 41 EMRK eine Entschädigung aussprechen, die der Mitgliedsstaat begleichen muss.⁴⁴ Zudem ist der verfahrensbeteiligte Mitgliedsstaat dazu verpflichtet, die Verletzung zu beseitigen und sie wiedergutzumachen.⁴⁵ Die Art und Weise der Urteilsumsetzung obliegt dabei aber dem Mitgliedsstaat.⁴⁶

Für gleich gelagerte Fälle in dem Mitgliedsstaat, gegen den das Urteil ergangen ist, und auch für die anderen nicht beteiligten Mitgliedsstaaten haben die Urteile des EGMR lediglich eine Orientierungswirkung.⁴⁷ Die Entscheidung hat somit keine rechtliche Bindungswirkung. Bei Zuwiderhandlungen riskieren die Mitgliedstaaten jedoch eine (erneute) Verurteilung durch den EGMR, so dass sie die Urteile aufgrund ihrer indirekten Wirkung befolgen.⁴⁸

In Deutschland wurde durch das Bundesverfassungsgericht entschieden, dass sich die Bindungswirkung der EGMR-Urteile auf alle staatlichen Organe erstreckt: Die Gerichte, die Behörden und der Gesetzgeber haben sich mit den Inhalten der Urteile auseinanderzusetzen und in ihre Willensbildungsprozesse miteinfließen zu lassen.⁴⁹

rina, Europäische Menschenrechtskonvention, 7. Aufl., 2021, § 16 Rn. 1 f.

⁴⁴ Aufgrund formeller Fehler im Antrag des Beschwerdeführers sprach der EGMR im vorliegenden Fall keine Entschädigung zu; vgl. *Schatschaschwili v. Deutschland*, Urteil vom 15.12.2015 Nr. 9154/10, Rn. 166 ff., <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-159566> (zuletzt abgerufen am 27.12.2021).

⁴⁵ *Grabenwarter, Christoph/Pabel, Katharina*, Europäische Menschenrechtskonvention, 7. Aufl., 2021, § 16 Rn. 3 f.

⁴⁶ EGMR *Papamichalopoulos v. Griechenland*, Urteil vom 24. Juni 1993 Nr. 14556/89, Rn. 34, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57961> (zuletzt abgerufen am 27.12.2021); *Grabenwarter, Christoph/Pabel, Katharina*, Europäische Menschenrechtskonvention, 7. Aufl., 2021, § 16 Rn. 3.

⁴⁷ *Grabenwarter, Christoph/Pabel, Katharina*, Europäische Menschenrechtskonvention, 7. Aufl., 2021, § 16 Rn. 8.

⁴⁸ *Frowein, Jochen Abraham/Villiger, Mark Eugen*, HRLJ (Human Rights Law Journal) 1988, 40; *Grabenwarter, Christoph/Pabel, Katharina*, Europäische Menschenrechtskonvention, 7. Aufl., 2021, § 16 Rn. 8; *Ress, Georg*, ZaöRV (Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht) 2004, 621, 630 f.

⁴⁹ BVerfGE 111, 307, 324 f.; *Grabenwarter, Christoph/Pabel, Katharina*, Europäische Menschenrechtskonvention, 7. Aufl., 2021, § 16 Rn. 10.

⁴⁰ *Schatschaschwili v. Deutschland*, Urteil vom 15.12.2015 Nr. 9154/10, Rn. 130, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-159566> (zuletzt abgerufen am 27.12.2021).

⁴¹ *Schatschaschwili v. Deutschland*, Urteil vom 15.12.2015 Nr. 9154/10, Rn. 160, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-159566> (zuletzt abgerufen am 27.12.2021).

⁴² *Schatschaschwili v. Deutschland* Urteil vom 15.12.2015 Nr. 9154/10, Rn. 162 ff., <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-159566> (zuletzt abgerufen am 27.12.2021).

⁴³ *Beulke, Werner/Swoboda, Sabine*, Strafprozessrecht, 15. Aufl., 2020, Rn.17; *Grabenwarter, Christoph/Pabel, Katharina*,

Als Ausdruck hiervon stellt ein EGMR-Urteil, welches die Verletzung der Konvention feststellt, im deutschen Strafprozessrecht ein Wiederaufnahmegrund für das nationale Verfahren dar, wenn das nationale Urteil auf dieser Verletzung beruht, vgl. § 359 Nr. 6 StPO. Zudem zieht das Bundesverfassungsgericht die EGMR-Rechtsprechung als Auslegungshilfe für die Vorschriften des Grundgesetzes heran.⁵⁰

In Hinblick auf den vorliegenden Fall ist festzuhalten, dass der BGH im Folgenden die Vorgaben des EGMR aus der Schatschaschwili-Entscheidung ausdrücklich in seine Entscheidungen mit einbezogen hat.⁵¹ So nimmt er von dem Erfordernis Abstand, dass die Zeugenaussage durch andere gewichtige Beweise bestätigt werden muss, und lässt eine vorsichtige Beweiswürdigung der betroffenen Aussage ausreichen.⁵² Dies begründet er damit, dass der frühere Maßstab eine strikte Beweisregel darstelle, die gegen den Grundsatz der Freiheit der richterlichen Beweiswürdigung nach § 261 StPO verstoße.⁵³ Zudem wurde seitens des deutschen Gesetzgebers ausdrücklich eine verpflichtende Mitwirkung eines Verteidigers bei einer richterlichen Zeugenvernehmung im Ermittlungsverfahren normiert,⁵⁴ wenn

dies aufgrund der Bedeutung der Vernehmung zur Wahrung der Rechte des Beschuldigten geboten erscheint, § 140 Abs. 1 Nr. 10 StPO.⁵⁵

V. Kritik und Stellungnahme

In dem Urteil spricht der EGMR der Vorgehensweise der Strafverfolgungsbehörden im Ermittlungsverfahren eine große Bedeutung für die Bewertung der Fairness des Verfahrens zu und formuliert den klaren Appell an die nationalen Behörden, die Rechte des Beschuldigten bereits im Ermittlungsverfahren hinreichend zu gewährleisten und auszugestalten.⁵⁶ Dies ist eine wichtige und folgerichtige Konsequenz für den effektiven und umfassenden Schutz der Rechte des Angeklagten, da in diesem Stadium bereits durch die umfangreiche Beweisgewinnung die Grundlage für das spätere Hauptverfahren gelegt wird und so Erkenntnisse erlangt werden, die sich auf den Inhalt der Hauptverhandlung auswirken und deren Verlauf und das darauffolgende Urteil mitbestimmen.⁵⁷ Dies ist insbesondere der Fall, wenn Beweiserhebungen, die – wie Zeugenaussagen – den Kern der Hauptverhandlung darstellen, in das Ermittlungsverfahren vorverlagert werden. In einem solchen Fall muss der Beschuldigte in diesem Stadium dieselben Rechte haben, wie er sie im Hauptverfahren hätte. Die Annahme des EGMR im vorliegenden Fall, die Strafverfolgungsbehörden seien bereits im Ermittlungsverfahren davon ausgegangen, dass die Geschädigten in der Hauptverhandlung nicht erreichbar seien, ist jedoch auf den ersten Blick nicht nachvollziehbar. Denn ein Auslandsaufenthalt führt nicht grundsätzlich zur Unerreichbarkeit des Zeugen.⁵⁸ Hierfür spricht im konkreten Fall

⁵⁰ BVerfGE 128, 326, 368 f.; BVerfGE 148, 296, 354; *Grabewarter, Christoph/Pabel, Katharina*, Europäische Menschenrechtskonvention, 7. Aufl., 2021, § 16 Rn. 14.

⁵¹ BGH NSTz 2017, 602; BGH NSTz 2018, 51; zustimmend: *Lohse, Kai/Jakobs, Sebastian*, in: *Karlsruher Kommentar, StPO*, 8. Aufl., 2019, Art. 6 EMRK Rn. 112.

⁵² Dies ist in der deutschen Literatur sehr umstritten. So wird es als widersprüchlich gesehen, dass der BGH letztlich entgegen der strenger gewordenen EGMR-Rechtsprechung eine Erleichterung der Voraussetzungen vornimmt. Die herrschende Literaturmeinung fordert ein Beweisverwertungsverbot, da nur so der Verletzung eines Verfahrensgrundsatzes Rechnung getragen werden könne; vgl. *Gaede, Karsten*, in: *Münchener Kommentar, StPO*, 1. Aufl., 2014 ff., Art. 6 EMRK Rn. 262 ff.; *Paeffgen, Hans-Ullrich*, in: *Systematischer Kommentar, StPO*, 5. Aufl., 2015 ff., Art. 6 EMRK Rn. 155.

⁵³ Vgl. *Beulke, Werner/Swoboda, Sabine*, *Strafprozessrecht*, 15. Aufl., 2020, Rn. 190.

⁵⁴ Zunächst mit Wirkung vom 24.08.2017 eingeführt in § 141 Abs. 3 S. 4 StPO a.F. durch das Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens vom 17.08.2017, BGBl. 2017 I 3202, vgl. *Willnow, Günter*, *Karlsruher Kommentar, StPO*, 8. Aufl. 2019, §§ 137 ff. Rn. 1 a.E., § 141 Rn. 6; mit Wirkung vom 13.12.2019 wurde die Vorschrift durch das Gesetz zur Neuregelung des Rechts der notwendigen Verteidigung vom 10.12.2019 wortgleich in § 140 Abs. 1 Nr. 10 StPO aufgenommen, vgl. BGBl. 19 I 2129.

⁵⁵ § 140 StPO regelt die sogenannte notwendige Verteidigung. In den dort aufgezählten Fällen muss ein Pflichtverteidiger bestellt werden, wenn der Beschuldigte noch nicht verteidigt ist; vgl. *Krawczyk, Lucian*, in: *Beck'scher Online-Kommentar, StPO*, 41. Edition Stand 01.10.2021, § 140 StPO Rn. 18.

⁵⁶ *Satzger, Helmut*, *JURA* 2016, 1083; *Thörnich, Diana*, *ZIS* 2017, 39, 55.

⁵⁷ *Schatschaschwili v. Deutschland*, Urteil vom 15.12.2015 Nr. 9154/10, Abweichende Meinung der Richter *Spielmann, Karakas, Sajo* und *Keller* Rn. 13; *Dionysopoulou, Athanasia*, *ZIS* 2017, 629, 635; *Thörnich, Diana*, *ZIS* 2017, 39, 50.

⁵⁸ EGMR *Schatschaschwili v. Deutschland*, Urteil vom 15.12.2015 Nr. 9154/10, Rn. 120 f., <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-159566> (zuletzt abgerufen am 27.12.2021);

auch, dass sich die Geschädigten nach Lettland begaben, welches ein EU-Staat ist und mit welchem verbindliche Rechtshilfeabkommen existieren. Man könnte somit an dem Vertrauen des EGMR in die Funktionalität solcher grenzüberschreitenden Abkommen zweifeln.⁵⁹ Die genannte Annahme des EGMR kann jedoch auch auf andere Weise hergeleitet werden. So nahm das Gericht die Gesamtumstände des konkreten Falls in den Blick, wobei insbesondere ins Gewicht fällt, dass die Geschädigten aus Angst vor Racheakten des Beschuldigten und potenziellen Konfliktsituationen mit den Strafverfolgungsbehörden bereits ihre Strafanzeige verzögert gestellt hatten.⁶⁰ Zudem sieht der EGMR auch, dass die richterliche Vernehmung eine besondere Maßnahme der Behörden zur Sicherung der Aussagen war und somit eine bewusste Entscheidung für ein „Mehr“ gegenüber den bereits getätigten polizeilichen Vernehmungen darstellte. Treffen die Behörden eine solche Entscheidung zu einer „hochwertigeren“ Vernehmung, so müssen als Ausgleich auch die Rechte des Angeklagten stärker berücksichtigt werden.⁶¹ In anderen Worten: Wird das Risiko von den Behörden gesehen, dass es zu einem Beweisverlust kommen könnte, so muss dieses Risiko auch bei der Gewährleistung der Rechte des Beschuldigten berücksichtigt werden. Diese grundsätzlich richtige Folgerung muss jedoch auch im Lichte des zu erzielenden Ermittlungserfolgs betrachtet werden. Der EGMR lässt diesen Gesichtspunkt bei seiner Bewertung völlig außer Betracht. Der Beschuldigte hatte im Zeitpunkt der richterlichen Zeugenvernehmung keine Kenntnis von dem gegen ihn geführten Ermittlungsverfahren, durch die Bestellung eines Verteidigers hätte sich dies geändert und der Ermittlungserfolg wäre nach nachvollziehbarer Einschätzung der Ermittlungsbehörden gefährdet gewesen.

Fraglich ist zudem, ob das Ziel der Stärkung des Konfrontationsrechts durch die neu entwickelten Vor-

gaben des EGMR erreicht wird. Bei der Bewertung ist stets zu bedenken, dass keiner der vom EGMR genannten Kompensationsmöglichkeiten die unmittelbare Konfrontation voll ausgleichen kann, da nur mithilfe dieser eine effektive Möglichkeit besteht, die Glaubwürdigkeit des Zeugen zu erschüttern. Eine schriftliche Befragung oder das Anschauen einer Aufzeichnung einer früheren Zeugenvernehmung vermag dies nicht zu gewährleisten. Dennoch gibt es Situationen, in denen die Gerichte gezwungen sind, sich mit der Frage auseinanderzusetzen, wie das Konfrontationsrecht des Angeklagten gewahrt werden kann, wenn eine solche unmittelbare Befragung nicht möglich ist. Es ist daher zunächst zu begrüßen, dass der EGMR konkrete Faktoren genannt hat, die zu einem Ausgleich einer nicht möglichen unmittelbaren Zeugenvernehmung im Hauptverfahren führen können. Denn die Maßstäbe für die Annahme einer Verletzung eines Konventionsrechts brauchen hinreichend klare Konturen, um einen effektiven Schutz des Rechtes sicherzustellen. Die Spannungsverhältnisse, in welchen das Recht zu anderen Rechten und Interessen steht, müssen ausgeleuchtet werden und konkrete Kriterien gebildet werden, die den rechtsanwendenden Organen die Möglichkeit geben, sich an diesen zu orientieren. Nur auf diese Weise kann Rechtssicherheit geschaffen und eine einheitliche Handhabung zur Wahrung der Rechte der EMRK gewährleistet werden. Dies hilft jedoch nicht über den Umstand hinweg, dass letztlich durch die Vorgabe, alle Stufen trotz der Ablehnung einer der ersten Stufen zu prüfen, eine Konzentration auf die Frage der Gesamtfairness stattfindet. Hierbei wurde bewusst von der Schaffung konkreter Grenzen für die Maßnahmen der Strafverfolgungsbehörden abgesehen. Bedenken äußerten hierzu sogar einige an der Entscheidung beteiligte Richter des EGMR in ihrer abweichenden Meinung. In dieser beschreiben sie ihre Sorge, dass durch die mangelnden klaren Vorgaben an die nationalen Einrichtungen gerade keine Rechtssicherheit erlangt werde, sondern im Gegenteil die Rechte des Beschuldigten Gefahr liefen, ausgehöhlt zu werden.⁶² Zudem bringen die Richter noch ein anderes Argument ein: Würde man bei einer Verletzung der Erfordernisse der ersten beiden

EGMR *Haas v. Deutschland*, NStZ 2007, 103, 104 f.; BGH NJW 2000, 443, 447.

⁵⁹ Thörnich, *Diana*, ZIS 2017, 39, 51; so auch EGMR *Schatschaschwili v. Deutschland*, Urteil vom 15.12.2015 Nr. 9154/10, abweichende Meinung der Richter *Hirvelä, Popovic, Pardalos, Nussberger, Mahoney* und *Kuris* Rn. 15.

⁶⁰ *Schatschaschwili v. Deutschland*, Urteil vom 15.12.2015 Nr. 9154/10, Rn. 159, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-159566> (zuletzt abgerufen am 27.12.2021).

⁶¹ Thörnich, *Diana*, ZIS 2017, 39, 53.

⁶² *Schatschaschwili v. Deutschland*, Urteil vom 15.12.2015 Nr. 9154/10, abweichende Meinung der Richter *Spielmann, Karakas, Sajo* und *Keller* Rn. 17, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-159566> (zuletzt abgerufen am 27.12.2021).

Stufen die Prüfung abbrechen, würde dies auch der Verfahrensökonomie dienen.⁶³ Diese Bedenken hinsichtlich der Verwässerung des Konfrontationsrechts werden von vielen Kritikern geteilt.⁶⁴ Denn durch die unbedingte Überprüfung der Gesamtfairness, wird die Bedeutung der ersten zwei Stufen gänzlich relativiert.⁶⁵ Die dritte Stufe wird zu einer Art „Rettungsanker“, die jegliche Verstöße der Behörden wieder aufhebbar macht. Die ersten beiden Stufen werden dagegen zu bloßen Indizien für die Gesamtschau der dritten Stufe und entfernen sich so von eigenständigen Prüfungsschritten. In Konflikt steht diese Linie auch in dogmatischer Hinsicht zu der Systematik des Art. 6 EMRK, welche die in Art. 6 Abs. 3 genannten Rechte gerade als konkretisierende Ausprägungen des Fair-Trial-Grundsatzes vorsieht. Durch die Aufweichung des Konfrontationsrechts zu einer Frage der Gesamtfairness wird dieser Zweck allerdings unterlaufen.⁶⁶ Es bleiben somit weiterhin viele Fragen offen, die zu einer Unsicherheit darüber führen, welche gerichtlichen Maßnahmen im Einklang mit dem Konfrontationsrecht des Angeklagten stehen, was auch für eine effektive Verteidigung keine Hilfestellung bedeutet.⁶⁷ Die Vorgehensweise des EGMR kann auf dessen Ziel, Einzelfallgerechtigkeit unter Berücksichtigung der unterschiedlichen nationalen Rechtssysteme zu gewährleisten, zurückgeführt werden.⁶⁸ So will der EGMR nicht als „Superrevisionsinstanz“ agieren und die nationale Entscheidungsfreiheit der Mitgliedsstaaten hinsichtlich der Ausgestaltung des Prozessrechts respektieren.⁶⁹ Ein

Grund mag auch sein, dass die Denkweise des EGMR durch das englische Case-Law-System geprägt ist, in welchem eine Gesamtbilanz als Schutz vor unangemessenen Ergebnissen üblich ist.⁷⁰ Eine solche lässt sich dabei im Hinblick auf das Konfrontationsrecht nur verwirklichen, wenn die Stufen offen zueinanderstehen und keine strikten Regeln beinhalten. Das Urteil zeigt somit in beispielhafter Weise die Schwierigkeiten des EGMR auf, trotz der unterschiedlichen Rechtssysteme, die die Vertragsstaaten der EMRK prägen, einheitliche und hinreichend konkrete Vorgaben zu formulieren, die einen effektiven Schutz der Menschenrechte ermöglichen, ohne dabei die Möglichkeit der Einzelfallgerechtigkeit aus den Augen zu verlieren. Freilich wäre es jedoch im Sinne seiner Aufgabe, richtungsweisende Vorgaben zur Verwirklichung der Konventionsrechte zu statuieren, wenn er die Stärkung derselben durch eine hinreichende Konkretisierung nicht hinter den Zweck der Einzelfallgerechtigkeit zurückstellen würde.

⁶³ *Schatschaschwili v. Deutschland*, Urteil vom 15.12.2015 Nr. 9154/10, abweichende Meinung der Richter *Spielmann, Karakas, Sajo* und *Keller* Rn. 7, <https://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-159566> (zuletzt abgerufen am 27.12.2021).

⁶⁴ *Dionysopoulou, Athanasia*, ZIS 2017, 629, 633; *Esser, Robert*, Anm. zu BGH NStZ 2017, 602, 604, 606; *Satzger, Helmut*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 9. Aufl., 2020, § 11 Rn. 89.

⁶⁵ *Dionysopoulou, Athanasia*, ZIS 2017, 629, 633, 636; *Esser, Robert*, Anm. zu BGH NStZ 2017, 602, 605.

⁶⁶ Ähnlich *Gaede, Karsten*, in: Münchener Kommentar, StPO, 1. Aufl., 2014 ff., Art. 6 EMRK Rn. 269.

⁶⁷ *Esser, Robert/Gaede, Karsten/Tsambikakis, Michael*, NStZ 2012, 619, 620 ff.; *Gaede, Karsten*, in: Münchener Kommentar, StPO, 1. Aufl., 2014 ff., Art. 6 EMRK Rn. 271.

⁶⁸ *Dionysopoulou, Athanasia*, ZIS 2017, 629, 632; *Satzger, Helmut*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 9. Aufl., 2020, § 11 Rn. 89; *Thörnich, Diana*, ZIS 2017, 39 (47).

⁶⁹ *Thörnich, Diana*, ZIS 2017, 39, 44, 48; hierzu siehe EGMR

Holub v. Tschechien, NJW 2011, 3143, 3145; *Mensching, Christian*, in: *Karpenstein, Ulrich/Mayer, Franz Christian*, EMRK, 2. Aufl., 2015, Art. 10 Rn. 45.

⁷⁰ *Paeffgen, Hans-Ullrich*, in: Systematischer Kommentar, StPO, 5. Aufl., 2015 ff., Art. 6 EMRK Rn. 157 f. spricht von einer „offenen Hintertür“; vgl. auch *Dionysopoulou, Athanasia*, ZIS 2017, 629, 631 f., 634; *Esser, Robert*, Anm. zu BGH NStZ 2017, 602, 605.