

I. Grundlagen des Konfrontationsrechts

EMRK

Art. 6 Recht auf ein faires Verfahren

...

(3) Jede angeklagte Person hat mindestens folgende Rechte:

...

d) Fragen an Belastungszeugen zu stellen oder stellen zu lassen und die Ladung und Vernehmung von Entlastungszeugen unter denselben Bedingungen zu erwirken, wie sie für Belastungszeugen gelten;

IPBPR

Art. 14

...

(3) Jeder wegen einer strafbaren Handlung Angeklagte hat in gleicher Weise im Verfahren Anspruch auf folgende Mindestgarantien:

...

e) er darf Fragen an die Belastungszeugen stellen oder stellen lassen und das Erscheinen und die Vernehmung der Entlastungszeugen unter den für die Belastungszeugen geltenden Bedingungen erwirken;

Art. 6 Ziff. 2 lit. d EMRK und Art. 14 Ziff. 2 lit. e IPBPR (sowie in zweiter Linie Art. 32 Abs. 2 BV) geben dem Beschuldigten das Recht, einem Belastungszeugen Fragen zu stellen bzw. stellen zu lassen. Zweck dieses Konfrontationsrechts ist die Überprüfung der Glaubwürdigkeit des Belastungszeugen bzw. dessen Aussagen durch den Beschuldigten um ein belastendes Zeugnis in Zweifel ziehen zu können. Als Belastungszeuge ist jede Person zu verstehen, deren Aussagen den Beschuldigten zu belasten vermögen und umfassen nebst Zeugen u.a. auch Sachverständige und Mitbeschuldigte.¹ Diese Möglichkeit zur Konfrontation (in Anwesenheit der Verteidigung) muss dem Beschuldigten mindestens einmal gegeben werden; zudem müssen ihm dabei die fraglichen Aussagen des Mitbeschuldigten bekannt sein. Sie erfolgt vorzugsweise bei einer zweiten (konfrontierten) Befragung des Belastenden, dieser ist dabei (erneut) zur Sache zu befragen und soll nicht pauschal

¹ Vgl. DONATSCH ANDREAS, SCHWARZENEGGER CHRISTIAN, WOHLERS WOLFGANG, Strafprozessrecht, 2. Aufl., Zürich 2014, S. 113.

auf seine erste Aussage verweisen können, da die Verteidigungsrechte Hauptbeschuldigten auf diese Weise nicht gewahrt werden.²

II. Umsetzung StPO

Art. 146 Abs. 2 StPO gibt zunächst nicht dem Beschuldigten ein Recht auf Konfrontation, sondern erlaubt vielmehr der Behörde eine solche nach Ermessen vorzunehmen bzw. anzuordnen. Denn der bei einer Einvernahme des Mitbeschuldigten anwesende Hauptbeschuldigte ist diesbezüglich nicht als Einvernommener zu betrachten.³ Der Anspruch des Beschuldigten auf die Konfrontation ergibt sich demnach aus Art. 147 StPO.⁴ Das Verhältnis zwischen Art. 146 Abs. 1 StPO und Art. 147 StPO scheint allerdings nicht abschliessend geklärt zu sein, so ist je nach Quelle unklar, ob nun die getrennte Einvernahme den Grundsatz darstellt jedoch nach Art. 147 StPO relativiert wird oder umgekehrt.⁵

Art. 147 StPO sieht die grundsätzliche Parteiöffentlichkeit der Beweiserhebungen, und damit der Befragung eines Mitbeschuldigten, vor. Nach der Rechtsprechung ist dieses Teilnahmerecht weiter gefasst als das eigentliche Recht auf Konfrontation nach EMRK.⁶

Hierbei ist die Konfrontation eines Belastungszeugen mit Anschlussfragen bzw. Bestreiten dessen Aussage durch den Hauptbeschuldigten zu unterscheiden von der Konfrontationseinvernahme. Bei letzterer werden Personen gemeinsam einvernommen und haben sich abwechslungsweise, je in Gegenwart der anderen Person zu äussern und sind damit zu diesem Zeitpunkt beide einzuvernehmende Personen.⁷ Auf diese Form wird hier nicht näher eingegangen.

Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung gilt dieses Erfordernis auch für die Einvernahmen von Mitbeschuldigten, sofern keine gesetzliche Ausnahme im konkreten Fall zu Anwendung kommt.⁸ Dieses Recht ist Teil des rechtlichen Gehörs und kann nach dessen (allgemeinen) Regeln eingeschränkt werden (vgl. unten). Der Grundsatz nach Art. 146 Abs. 1 StPO, wonach Einvernahmen getrennt vorzunehmen sind, sei nicht dahingehend zu verstehen, dass ein Beschuldigter nur

² Urteil der strafrechtlichen Abteilung vom 28.10.2014, 6B_839/2013, E. 1.4.2.

³ DONATSCH ANDREAS, Erste Erfahrungen mit dem Beweisrecht, *forum* poenale 4/2012, S. 335 (zit.: DONATSCH, Beweisrecht).

⁴ Vgl. HÄRING DANIEL, Kommentar zu Art. 146 Abs. 2 StPO, N 3, in: Niggli Marcel Alexander, Heer Marianne, Wiprächtiger Hans, *Schweizerische Strafprozessordnung / Jugendstrafprozessordnung (StPO/JStPO)*, 2. Aufl., Basel 2014 (zit.: BSK BEARBEITER).

⁵ Vgl. z.B. GODENZI GUNHILD, Heimliche Einvernahmen, in: *ZStR* 129/2011, S. 322 ff., 332, 339.

⁶ Beschluss des Obergerichts BE vom 13.4.2012, BK-12/35, Ziff. 4.2.1 (zit.: OGer BE).

⁷ Vgl. hierzu beispielsweise GODENZI GUNHILD, Kommentar zu Art. 146 StPO, N 7; in: Donatsch Andreas, Hansjakob Thomas, Lieber Viktor (Hrsg.), *Kommentar zur schweizerischen Strafprozessordnung (StPO)*, 2. Aufl., Zürich 2014.

⁸ BGE 139 IV 25, E. 4.2, 5.1.

ausnahmsweise bei der Befragung eines Mitbeschuldigten anwesend ist, dies sollte vielmehr die Grundkonstellation sein.⁹

III. Geltung

Das Konfrontationsrecht gilt grundsätzlich absolut und führt bei Nichtbeachten zu einem Verwertungsverbot des entsprechenden Beweises bzw. der Aussage. Nach der „sole or decisive rule“ des EGMR galt dies zumindest bei entscheiderelevanten Beweisen, nach neuerer Rechtsprechung wird hiervon vermehrt Abstand genommen.¹⁰ Vgl. hierzu auch Vortrag Nr. 5.

Grundsätzlich muss das Konfrontationsrecht dem Beschuldigten einmal zur Bestreitung von Zeugenaussagen gewährt werden. Empfehlenswert wäre jedoch im Allgemeinen eine Anwesenheit des Beschuldigten bei jeder Beweiserhebung bzw. Befragung von Zeugen oder Mitbeschuldigten und damit nur ausnahmsweise ein Zurückgreifen auf das Instrument der nachträglichen Konfrontation.¹¹ Ob vom Recht auf Konfrontation auch Befragungen durch die Polizei, d.h. typischerweise die ersten Befragungen, erfasst sind, ist unklar.¹² Das Abhalten einer frühen Einvernahme im Beisein des Hauptbeschuldigten kann aber gerade bei der Konfrontation von Mitbeschuldigten wenig zielführend sein, da hierbei die Gefahr von Kollusionshandlungen (insb. Absprechen oder Übernahme einer Tatschilderung) bestehen könnte. Wird der Beschuldigte also aus ermittlungstaktischen Gründen von einer (frühen) Befragung ausgeschlossen, muss der Mehraufwand zur Abhaltung einer Konfrontation mit dem Inhalt ersterer Befragung in Kauf genommen werden, insbesondere aber müssen ausreichende Gründe zur Einschränkung dieses Konfrontationsrechts vorliegen (vgl. unten).

In der Praxis kann diesem Recht zur Durchsetzung verholfen werden, in dem die Staatsanwaltschaft beispielsweise im Ermittlungsauftrag an die Polizei (Art. 312 StPO) den Auftrag gibt, der Beschuldigten Person eine Einvernahme eines belastenden Mittäters anzuzeigen und die Anwesenheit zu ermöglichen.

Bei diesem Recht auf Konfrontation handelt es sich darüber hinaus um eine „Bringschuld“ der Strafverfolgungsbehörde, dieses Recht ist dem Beschuldigten also anzukünden,¹³ im Normalfall sollte er bzw. sein Verteidiger dieses Recht nicht von sich aus verlangen müssen. Ob er es anschliessend auch ausüben will, ist natürlich ihm überlassen.

⁹ BOMMER FELIX, Ausschluss des Mitbeschuldigten von der Einvernahme der beschuldigten Person?, in: BE N'ius, Neues aus der Berner Justiz, 2012, Heft 10, S. 29 ff., 30 (zit.: BOMMER, Ausschluss).

¹⁰ Vgl. BSK HÄRING Art. 146 Abs. 2 StPO N 15 und EGMR, 15.12.2011, Nr. 26766/05 und 22228/06, Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom, Ziff. 126 ff.

¹¹ Vgl. BSK HÄRING StPO 146 Abs. 2 N 16.

¹² Bejahend DONATSCH, Beweisrecht, S. 236, ferner BGE 139 IV 25, E. 4.3.

¹³ Vgl. BOMMER FELIX, Parteirechte der beschuldigten Person bei Beweiserhebungen in der Untersuchung, in: recht 2010, S. 196 ff., 208 (zit. Bommer, Parteirechte).

IV. Einschränkungen

Da das Recht auf Konfrontation Teil des Anspruchs auf rechtliches Gehör ist, bemisst sich eine Einschränkung nach Art. 108 StPO.¹⁴ In Betracht kommt hier insbesondere Abs. 1, welcher rechtsmissbräuchliche Handlungen einer Partei unterbinden soll. Gerade im Fall einer gewünschten Konfrontation mit einem Mitbeschuldigten droht u.U. eine Kollusionsgefahr. Nach der Rechtsprechung ist dieses Missbrauchskriterium aber nicht bereits erfüllt, wenn zu befürchten ist, dass die Beschuldigten ihre Aussagen anpassen oder aufeinander abstimmen.¹⁵ Das Bundesgericht hat eine solche Rechtsprechung des Obergerichts Zürich nicht geschützt, welche teilweise auch von der Literatur kritisiert wird.¹⁶ Es müssten demnach konkrete Anhaltspunkte vorliegen, dass die Täterschaft beabsichtigt, Deliktgut, Tatwerkzeuge, Spuren o.ä. zu beseitigen.

Teilweise wird in der Folge eine Einschränkung in Anlehnung an Art. 101 Abs. 1 StPO für erforderlich gehalten.¹⁷ Dem zugrunde liegt die Überlegung, dass die Einsicht in die Akten einer frühen Einvernahme aus ermittlungstaktischen Gründen nach Art. 101 Abs. 1 i.V.m. Art. 108 StPO unterbunden werden kann und dies ja auch für die dazugehörige Einvernahme selbst gelten können muss. Voraussetzung dieser Einschränkung des Teilnahmerechts ist, dass der teilnahmeberechtigten Person (Hauptbeschuldiger) der Sachverhalt, mit welchem nun der Mittäter konfrontiert werden soll, noch nicht vorgehalten wurde.

Weitere Einschränkungsgründe wie beispielsweise Schutzmassnahmen nach Art. 149 StPO bleiben hier ausgeklammert.

V. Kompensation

Grundsätzlich dürfen Beweise und Aussagen, deren Erhebung gegen Art. 147 Abs. 1 StPO verstossen hat, nicht zulasten des abwesenden Beschuldigten verwendet werden.¹⁸ Es handelt sich dabei in diesem Sinne um rechtswidrig erlangte Beweise, diese Folgen den Regeln nach Art. 141 StPO.¹⁹ Nach Abs. 5 dieser Bestimmung wären entsprechende Einvernahmeprotokolle unter Verschluss aufzubewahren, praktisch sind die darin gemachten Aussagen aber nun doch bekannt und können zu weiteren Ermittlungen verlocken. Eine Verurteilung lediglich gestützt auf solche belastenden Aussagen ist also nicht möglich.

¹⁴ Vgl. zum Ganzen BOMMER, Ausschluss, S. 30.

¹⁵ OGer BE, Ziff. 4.2.2, mit Verweis auf einen Entscheid des Appellationsgerichts Basel-Stadt (nicht online verfügbar); BGE 139 IV 25, E. 5.5.8, a.A. OGer ZH Beschluss vom 11.5.2011, Geschäfts-Nr. UH110023, in: ZR 110 [2011] Nr. 39.

¹⁶ Beispielsweise BOMMER, Ausschluss.

¹⁷ Beispielsweise BOMMER, Ausschluss, S. 31 oder OGer BE Ziff. 4.2.3, bekräftigend BGE 139 IV 25, E. 5.5.4.1.

¹⁸ Vgl. dazu auch BGE 139 IV 25, E. 4.2 f.

¹⁹ BOMMER, Parteirechte, S. 211.

Dies macht aus rechtsstaatlicher Sicht natürlich sehr viel Sinn, kann zugleich aber die Strafverfolgungsbehörden vor Probleme stellen. So ist es ärgerlich, wenn ein Mittäter als Belastungszeuge gewonnen werden kann und auch solche belastenden Aussagen macht, diese anlässlich einer konfrontierten Einvernahme aber nicht mehr wiederholt, aus welchen Gründen auch immer.

Nach der neueren Rechtsprechung des EGMR ist es allerdings möglich, in einem gewissen Rahmen eine Art Kompensation für ein nichtgewährtes Konfrontationsrecht einzuräumen.²⁰ So könnte beispielsweise eine Glaubwürdigkeits- oder Verlässlichkeitsbezeugung „die Verlässlichkeit der mangelhaft konfrontierten Aussage ohne Einbezug des Beschuldigten sicherstellen.“²¹ Es muss in der Summe dem Beschuldigten im Verfahren eine angemessene Möglichkeit der Konfrontation gegeben werden. U.U. kann es bereits genügend sein, wenn dem Beschuldigten nachträglich Einblick in das Einvernahmeprotokoll des belastenden Mittäters und die Möglichkeit zum Stellen von (schriftlichen) Ergänzungsfragen gegeben wird.²²

²⁰ Vgl. hierzu BECKERS SIMONE, Das Konfrontationsrecht nach Art. 6(3)(d) EMRK, in: ZStR 133/2015 S. 420 ff.

²¹ BECKERS, S. 426.

²² WOHLERS WOLFGANG, Kommentar zu Art. 147 StPO, N 19 ff.; in: Donatsch Andreas, Hansjakob Thomas, Lieber Viktor (Hrsg.), Kommentar zur schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), 2. Aufl., Zürich 2014.