

Sarah Summers, Aline Scheiwiller, David Studer, Zürich

Das Recht auf Konfrontation in der Praxis*

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Überblick: das Recht auf Konfrontation in den beobachteten Fällen
- III. Zeugen in der Hauptverhandlung
- IV. Besondere Probleme in der Praxis
 1. Keine Möglichkeit der Konfrontation während des gesamten Verfahrens
 2. Keine Möglichkeit der Konfrontation in der Hauptverhandlung (sondern nur im Vorverfahren)
 - a) Faktische unmögliche Konfrontation
 - b) Nicht notwendige Konfrontation
 3. Einschränkungen des Konfrontationsrechts in der Hauptverhandlung
 - a) Beschuldigte Person von der Konfrontation ausgeschlossen
 - b) Die Position der beschuldigten Person im Gerichtssaal
 - c) Übersetzung von Zeugenbefragungen
 4. Einschränkungen des Konfrontationsrechts substantzieller Natur
- V. Schlussfolgerungen

I. Einleitung [↑]

Der Zeugenbeweis ist von Natur aus fehleranfällig.¹ Die Zahl möglicher Fehlerquellen ist dabei derart gross, dass eine fehlerfreie Aussage eher die Ausnahme denn die Regel ist.² Eine Zeugeneinvernahme stellt stets ein gemeinsamer Interaktionsprozess zwischen dem Zeugen und der vernehmenden Person (Staatsanwaltschaft, Polizei) dar, dessen Ablauf und Ergebnis durch die die Befragung leitenden Hypothesen der einvernehmenden Person mitbeeinflusst werden.³ Dem

Anspruch der Verteidigung auf eine konfrontative Zeugenbefragung kommt daher eine besondere Bedeutung zu.⁴

Das Recht, «Fragen an Belastungszeugen zu stellen oder stellen zu lassen» ist in der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) – als Teilgehalt des Rechts auf ein faires Verfahren nach Art. 6 Ziff. 1 EMRK – in Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK verankert.⁵ In der Bundesverfassung (BV) wird der

Anspruch nicht ausdrücklich erwähnt, jedoch durch [Art. 32 Abs. 2 BV](#) abgedeckt.⁶ Teilweise ist das Konfrontationsrecht zudem auch in der Strafprozessordnung (StPO) in [Art. 146 Abs. 2](#) und [Art. 147 StPO](#) enthalten.⁷ Der Praxis zu [Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK](#) bzw. [Art. 29 Abs. 2 BV](#) und [Art. 32 Abs. 2 BV](#) kommt jedoch gleichwohl grosse Bedeutung zu, denn aus zwei Gründen sind (durch die StPO und die BV) nicht explizit geregelte Fälle fehlender Konfrontation nach wie vor denkbar: Zum einen kann das Teilnahmerecht nach den Massstäben von [Art. 147 StPO](#) verweigert oder eingeschränkt werden, zum andern gilt [Art. 147 StPO](#) nur für Beweiserhebungen durch die Staatsanwaltschaft⁸ und das Gericht. Was die Polizei im Rahmen ihrer selbstständigen Ermittlungstätigkeit⁹ an Beweisen erhebt, wird nicht erfasst. In beiden Konstellationen muss für den Entscheid, ob die entsprechenden Beweisergebnisse verwertet werden können, [Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK](#) bzw. [Art. 29 Abs. 2 BV](#) und [Art. 32 Abs. 2 BV](#) herangezogen werden.

Das Recht, Fragen an Belastungszeugen zu stellen oder stellen zu lassen, dient der Wahrung der Waffengleichheit und der Konkretisierung des rechtlichen Gehörs.¹⁰ Es soll sicherstellen, dass der Verteidigung im Rahmen der Beweisauf-

ZStrR 2016 - S. 353

nahme dieselben Mitwirkungsrechte zustehen wie der Staatsanwaltschaft.¹¹ Die Rechtsprechung hat denn auch wiederholt betont, dass auf das Konfrontationsrecht verzichtet werden kann.¹²

Sowohl im Schrifttum als auch in der Rechtsprechung wird das Konfrontationsrecht in erster Linie als Mittel der Verteidigung gesehen, um die Glaubwürdigkeit der Zeugen und die Glaubhaftigkeit ihrer Aussagen zu überprüfen bzw. in Zweifel zu ziehen.¹³ Dies zeigt bereits, dass es beim Recht auf Konfrontation um mehr als ein blosses «Fragerecht» geht. Es geht um ein Recht der beschuldigten Person auf «Infragestellung» des jeweiligen Belastungszeugen und seiner Aussage.¹⁴ Zugleich entspricht dieses Verständnis von [Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK](#) auch dem Grundsatz des kontradiktorischen Parteienprozesses: Das Konfrontationsrecht sichert die aktive Beteiligung der beschuldigten Person als Subjekt im Strafprozess und dient der strafprozessualen Wahrheitsfindung.¹⁵ Es soll sicherstellen, dass Zeugen nicht einseitig vernommen werden und dass bei deren Einvernahme auch die für die Verteidigung wichtigen Anliegen zur Sprache kommen können.

Den Begriff des Zeugen definiert der Europäische Menschenrechtsgerichtshof (EGMR) dabei von jeher autonom, d.h. unabhängig von der formalen Zeugenstellung im nationalen Recht.¹⁶ Zeuge ist jede Person, deren Aussagen im Strafverfahren verwertet werden sollen¹⁷ – also auch anonyme Informanten, verdeckte Ermittler¹⁸ und Mitbeschuldigte.¹⁹

ZStrR 2016 - S. 354

Grundsätzlich haben die Behörden sicherzustellen, dass eine Konfrontationseinvernahme stattfinden kann.²⁰ Von dieser Verantwortung sind sie auch dann nicht befreit, wenn die befragte Person nicht aussagen oder die ihr gestellten Fragen nicht beantworten will. Die Behörden haben sich angemessen und gewissenhaft darum zu bemühen bzw. das Erforderliche zu unternehmen, dass die einzuvernehmende Person aussagt.²¹

Nach der Vorstellung des EGMR muss die beschuldigte Person ihr Konfrontationsrecht grundsätzlich vor dem urteilenden Gericht ausüben können. Der EGMR geht davon aus, dass alle Beweismittel in Gegenwart der beschuldigten Person vor Gericht, im öffentlichen Prozess und als Gegenstand kontradiktorischer Verhandlung erhoben werden.²² Er betont im Entscheid *Matytsina v. Russland* «it is an important element of fair criminal proceedings that the accused is confronted with the witness, in the presence of the judge who ultimately decides the case».²³ Die Verteidigung muss idealerweise die Identität des Belastungszeugen und dessen bisherige Aussagen kennen. Ferner soll die Befragung in physischer Gegenüberstellung, d.h. von Angesicht zu Angesicht, stattfinden. Ausnahmen von diesem Prinzip sind möglich, dürfen jedoch die Verteidigungsrechte nicht unverhältnismässig einschränken, was in der Regel erfordert, dass die beschuldigte Person ausreichende Gelegenheit hat, den Zeugen zu befragen.²⁴ Der Gerichtshof sucht einen Ausgleich zwischen den sich widerstreitenden Interessen von Verteidigung, Zeuge und Staatsanwaltschaft.²⁵ Wie die nachfolgenden Konstellationen zei-

ZStrR 2016 - S. 355

gen, ist das vorhandene Konfliktpotenzial durchaus gross: «Traumatisierte Opfer weigern sich, ihren Peinigern gegenüberzutreten. Bedrohte Belastungszeugen fürchten um ihr Leben und pochen auf Anonymisierung. Zeugen berufen sich auf ihr Aussageverweigerungsrecht, wenn die beschuldigte Person sie zu konfrontieren verlangt. Polizeidienste beharren darauf, die Identität verdeckter Ermittler geheim zu halten, um zukünftige Operationen nicht zu diskreditieren. Der Zeuge stirbt, nachdem er die beschuldigte Person belastet hat... All diese Fälle bewirken, dass die Gelegenheit zur Konfrontation gar nicht oder unter suboptimalen Bedingungen gewahrt wird (z.B. unter Vorenthaltung der Identität des Belastungszeugen und/oder ohne physische Gegenüberstellung).»²⁶

Aussagen von Zeugen dürfen in der Regel nur nach erfolgter Konfrontation zum Nachteil einer beschuldigten Person verwertet werden. Dieses Prinzip ist jedoch auf wichtige Beweise beschränkt. Die konventionsrechtliche «sole or decisive»-Regel besagt, dass das Belastungszeugnis sorgfältig zu würdigen ist, wobei ein allfälliger Schuldspruch «keinesfalls *allein oder in entscheidendem Masse* auf die Aussagen eines anonymen oder gänzlich «unkonfrontierten» Zeugen gestützt werden darf».²⁷ Die Regel ist «eng verflochten mit Fragen der Zulässigkeit und Würdigung von Beweismitteln» und spätestens seit dem Urteil des Gerichtshofs *Lucà v. Italien* wurde sie «als «absolut» verstanden» und barg für manche Konventionsstaaten ein entsprechendes Konfliktpotenzial.²⁸ Zehn Jahre später erfuhr die Regel jedoch eine gewisse Relativierung: So sollten Verurteilungen gemäss Urteil der grossen Kammer in *Al-Kahawja and Tahery v. Vereinigtes Königreich* nach der «sole or decisive»-Regel nicht länger automatisch einen Konventionsverstoss nach sich ziehen.²⁹ Seither gehört es zur EGMR-

Praxis, dass ausschlaggebende Zeugenbeweise zwar konventionskonform verwertet werden können, es müssen allerdings «ausgleichende Massnahmen» (sog. «counterbalancing factors») vorliegen.³⁰

Auch ist ein Belastungszeugnis «nicht mehr entweder <sole or decisive> oder schlichtweg <not decisive>, sondern es drängen sich unter Umständen feinere Beweiswert-Abstufungen auf: In *Schatschaschwili v. Deutschland* etwa befand der EGMR, «that while O. and P.'s witness statements may not have been the sole or decisive evidence (...), their testimonies clearly carried considerable weight».³¹ Der Gerichtshof prüfte auch hier, ob genügend ausgleichende Massnahmen vorlagen.

ZStrR 2016 - S. 356

Hier ist Beckers zuzustimmen: «Während der Beweiswert der bestrittenen Aussage früher nur punktuell Eingang in die Prüfung des Ausgleichs fand, gilt heute generell: Je wichtiger die Aussage, desto höher der Bedarf nach Ausgleich für die Nachteile der Verteidigung». Seit der Gerichtshof 2011 die «sole or decisive»-Regel von ihrer absoluten Geltung befreite und die Prüfung des Ausgleichs für alternative Nachweise der Verlässlichkeit öffnete, können die Konventionsstaaten Aussagen von mangelhaft konfrontierten Zeugen flexibler und damit ihrem System angepasster handhaben.³² Diese Praxisänderung kann aber auch kritisch betrachtet werden: So wird vorgebracht, der EGMR habe, anstatt eine Lösung mit einer klaren Interpretation der «sole or decisive»-Regel einzuführen,³³ nur einen weiteren unscharfen Abwägungstest geschaffen, der wiederum grosse Auslegungsschwierigkeiten aufwerfe.³⁴

Der vorliegende Beitrag untersucht, ob und wie konfrontative Zeugenbefragungen in der Praxis an vier Gerichten (Strafgericht Basel-Stadt, Regionalgericht Bern-Mittelland, Tribunal Pénal de Genève, Bezirksgericht Zürich) durchgeführt werden. Die Basis hierfür liefert das Datenmaterial des Forschungsprojekts «Trial Observation».³⁵ Die nachfolgende Übersichtstabelle zeigt, wie und wie oft in der Hauptverhandlung allfällige Verstösse gegen das Konfrontationsrecht thematisiert bzw. gerügt wurden. Die Handhabung des Zeugenbeweises in der Hauptverhandlung bildet die Grundlage für eine Erörterung einiger besonders praxisrelevanter Probleme und spezifischer Einschränkungen des Konfrontationsrechts im Verfahren. Dieser Erörterung folgt eine Analyse der im Rahmen der Studie beobachteten Unterschiede zwischen den vier Gerichten.

ZStrR 2016 - S. 357

II. Überblick: das Recht auf Konfrontation in den beobachteten Fällen ↑

		Beschuldigte Person	Verteidigung	Gericht	Staatsanwaltschaft	Beobachtende Person
Erfasst		3	36	6	0	53
	Anerkannt	0	10	6	0	—
Reaktion	Ignoriert	1	9	0	0	—
	Abgelehnt	2	17	0	0	—
	Offensichtlich	0	10	6	0	4
Erfolgschance	Möglich	1	18	0	0	49
	Aussichtslos	2	8	0	0	0
Auswirkung auf das Urteil ³⁶	Ja	0	9	4	0	—
	Nein	3	27	2	0	—
Auswirkung auf das Strafmass ³⁷	Ja	0	9	4	0	—
	Nein	3	27	2	0	—

Tabelle 1: Anzahl in der Hauptverhandlung erwähnte oder beobachtete Verstösse gegen das Recht auf Konfrontation, getrennt nach vorbringender bzw. beobachtender Person^{36, 37}

In der Praxis sind Abweichungen vom Ideal einer optimalen Konfrontation oftmals unausweichlich, wenn Rechte und Interessen anderer Verfahrensbeteiligter mit jenen der Verteidigung kollidieren oder wenn tatsächliche Umstände die Konfrontation verunmöglichten.³⁸ Im Rahmen unserer Auswertungen fällt auf, dass das Recht auf Konfrontation im Vergleich zu anderen Fair-trial-Verstössen re-

ZStrR 2016 - S. 358

lativ häufig erfasst wurde – nämlich 98 Mal in den gesamthaft 439 beobachteten Verhandlungen.³⁹

Hiervon war es 36 Mal die Verteidigung, die einen Verstoß gegen das Konfrontationsrecht rügte. Die Rügen befassten sich mehrheitlich mit dem Problem, dass während des gesamten Verfahrens überhaupt keine Möglichkeit zur Konfrontation bestand (vgl. Kapitel IV.1). Das Gericht anerkannte die Rügen der Verteidigung in zehn Fällen:⁴⁰ In acht hiervon kam es zu einem Freispruch, ein Fall⁴¹ wurde sistiert und in einem weiteren verwendete das Gericht den Zeugenbeweis nicht, was jedoch keine Auswirkungen auf das Urteil hatte.⁴²

In sechs Fällen stellte das Gericht von sich aus, d.h. ohne Antrag der Verteidigung, eine Verletzung des Konfrontationsrechts fest.⁴³

Das Forschungsteam selbst beobachtete 53 potenzielle Verletzungen des Konfrontationsrechts, von denen die überwiegende Mehrheit aber lediglich als «möglich» eingestuft wurde.⁴⁴ In nur gerade vier Fällen erkannten die Prozessbeobachtenden einen «offensichtlichen» Verstoß gegen das

Konfrontationsrecht. Bei der Interpretation dieser Zahlen muss berücksichtigt werden, dass allfällige Probleme bei der Umsetzung im Vorverfahren im Rahmen der Studie oftmals nicht unmittelbar beobachtet werden konnten. Des Weiteren blieb teilweise unklar, ob die beschuldigte Person ausdrücklich auf die Konfrontation verzichtete, denn dies wurde in der Hauptverhandlung nicht immer erwähnt. Aus diesem Grunde wurde eine Verletzung auch nur dann als «offensichtlich» gewertet, wenn klar ersichtlich war, dass kein freiwilliger Verzicht vorlag.

Insgesamt gibt es vier Konstellationen, in denen das Beobachtungsteam mögliche Probleme bei der Ausübung des Konfrontationsrechts erkannte: das Fehlen jeglicher Möglichkeit zur Konfrontation während des ganzen Verfahrens (Kapitel IV.1), das Fehlen jeglicher Möglichkeit zur Zeugenbefragung in der Hauptverhandlung (Kapitel IV.2.), Einschränkungen des Konfrontationsrechts in der Hauptverhandlung (Kapitel IV.3) und schliesslich Einschränkungen substanzieller Natur (Kapitel IV.4).

ZStrR 2016 - S. 359

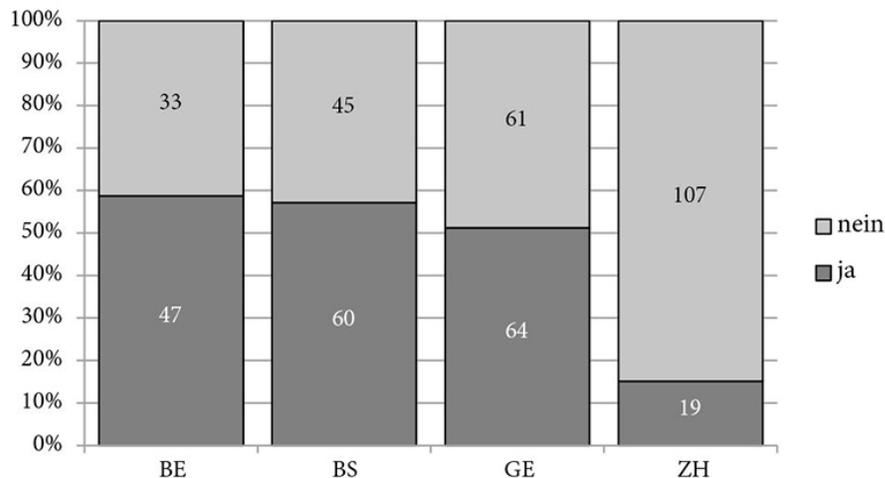


Abbildung 1: Befragung von Zeugen während der Hauptverhandlung (Anzahl Verhandlungen/Prozente), getrennt nach Gerichten. $\chi^2(df = 3, N = 436) = 59.921, p = 6.1e^{-13}$

Bevor diese vier Fallgruppen näher betrachtet werden, ist zunächst auf die Struktur bzw. auf die institutionellen Gegebenheiten der Verfahren an den vier Gerichten einzugehen. Der Fokus wird hierbei besonders auf den Zeitpunkt gelegt, zu welchem der Zeugenbeweis im Verfahren erhoben und bestritten wurde.

III. Zeugen in der Hauptverhandlung [↑]

Die Ergebnisse der Studie zeigen, dass die konfrontative Zeugenbefragungen an den beobachteten Standorten in verschiedenen Stadien, d.h. zu verschiedenen Verfahrenszeitpunkten, stattfanden. Während es besonders in Zürich üblich war, Zeugenkonfrontationen im Vorverfahren durchzuführen, fanden diese am Tribunal Pénal de Genève, am Regionalgericht Bern-Mittelland sowie am Strafgericht Basel-Stadt regelmässig in der Hauptverhandlung statt. Am Bezirksgericht Zürich kam es (nur) in 15

Prozent der beobachteten Fälle zu einer Zeugenbefragung vor Gericht (vgl. Abb. 1). In der Hälfte dieser Fälle war der Zeuge zudem eine mitbeschuldigte Person im gleichen Verfahren, sodass eine gemeinsame Verhandlung im Grundsatz ohnehin vorgegeben war.⁴⁵

ZStrR 2016 - S. 360

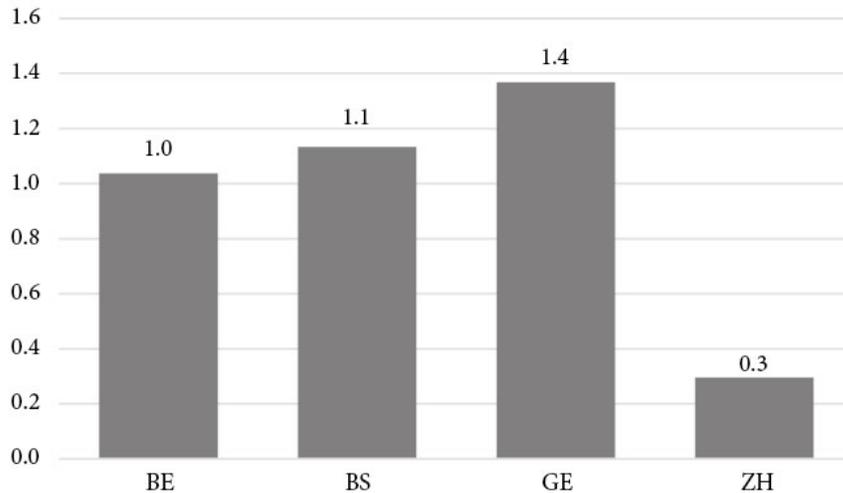


Abbildung 2: Durchschnittliche Anzahl vom Gericht befragter Zeugen pro Fall, getrennt nach Gerichten⁴⁶

An den anderen untersuchten Gerichtsstandorten bewegte sich dieser Wert demgegenüber zwischen 50 und 60 Prozent.

Die Unterschiede zeigten sich erwartungsgemäss auch bei der Anzahl der von den Gerichten befragten Zeugen (vgl. Abb. 2 und Abb. 3). Am Tribunal Pénal de Genève wurden im Durchschnitt die meisten Personalbeweise abgenommen. An der Hauptverhandlung wurden dort regelmässig nicht nur Belastungs-, sondern auch Entlastungs- und Leumundszeugen sowie Sachverständige einvernommen.

Betrachtet man den Anteil Hauptverhandlungen mit vorgeladenen Zeugen (mind. 1 Zeuge) in Verbindung mit der von der Staatsanwaltschaft beantragten Strafhöhe (in Monaten), zeigt sich, dass die Häufigkeit der gerichtlichen Konfrontationsmöglichkeiten nicht von der beantragten Strafhöhe abhing (vgl. Abb. 4). Auffallend ist jedoch, dass bei besonders schwerwiegenden Fällen mehr Zeugen vorgeladen und vor Gericht befragt wurden.

Man hätte erwarten können, dass die Gerichte Zeugen, deren Aussagen als für die Urteilsfindung ausschlaggebend galten, auch effektiv anhörten. In vielen Fällen verwendeten die Gerichte jedoch «ausschlaggebende» Zeugenbeweise, ob-

ZStrR 2016 - S. 361

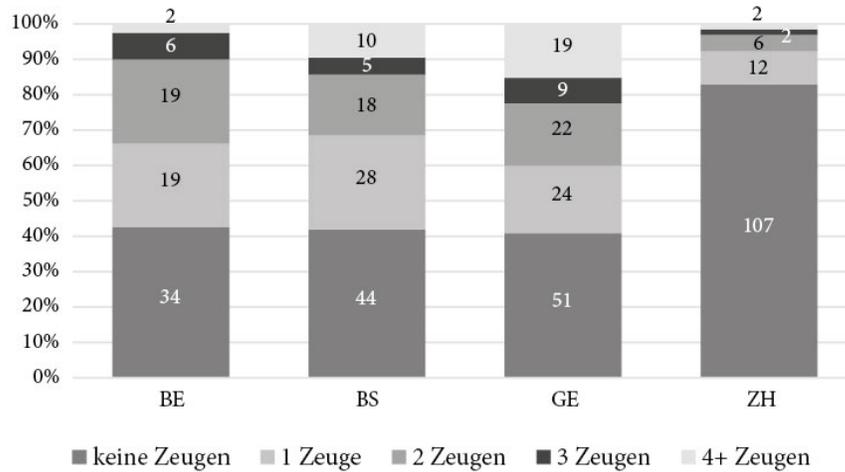


Abbildung 3: Anzahl Gerichtsverhandlungen nach Anzahl Zeugen an der Hauptverhandlung, getrennt nach Gerichten

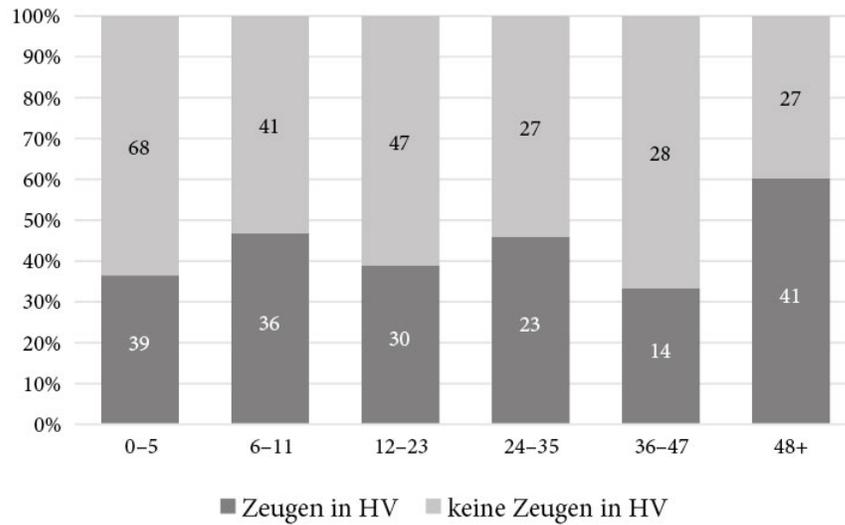


Abbildung 4: Anteil Fälle mit einem/keinem Zeugen in der Hauptverhandlung in Abhängigkeit der beantragten Strafhöhe (in Monaten). $\chi^2(df = 5, N = 421) = 12.841, p = 0.025$

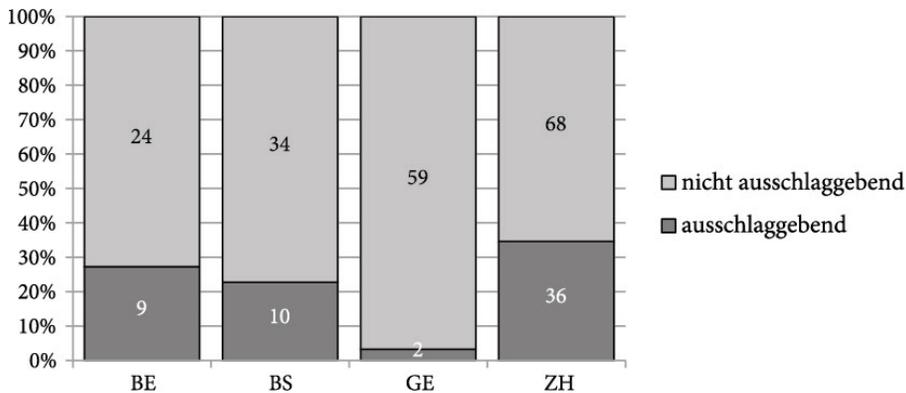


Abbildung 5: Anteil Fälle, bei denen Zeugenaussagen ausschlaggebend waren (keine Zeugen in der Hauptverhandlung), getrennt nach Gerichten. Fishers exakter Test: $p = 1.01e^{-5}$

schon die Zeugen nicht an der Hauptverhandlung erschienen (vgl. Abb. 5). Für die Zwecke des Projekts wurde der Begriff «ausschlaggebend» folgendermassen definiert: Ausschlaggebend sind Beweise, auf die sich das Gericht in der mündlichen Urteilsbegründung ausdrücklich stützte. Besonders häufig war dies am Bezirksgericht Zürich, aber auch am Regionalgericht Bern-Mittelland, zu beobachten.

Insgesamt zeigen unsere Auswertungen, dass dem Personalbeweis in der Hauptverhandlung von den beobachteten Gerichten unterschiedlich viel Gewicht beigemessen wird.

IV. Besondere Probleme in der Praxis [↑]

1. Keine Möglichkeit der Konfrontation während des gesamten Verfahrens [↑]

Aus konventionsrechtlicher Sicht ist es «besonders heikel», wenn die beschuldigte Person weder im Vorverfahren noch an der Hauptverhandlung Gelegenheit zur Konfrontation mit einem wichtigen Belastungszeugen erhält.⁴⁷ Ob die Gegenüberstellung an tatsächlichen oder rechtlichen Gründen scheitert, macht dabei keinen Unterschied.

ZStrR 2016 - S. 363

In neun von zehn beobachteten Fällen, in denen das Gericht einer Rüge der Verteidigung folgte, bestand weder im Vorverfahren noch in der Hauptverhandlung eine Möglichkeit zur Konfrontation. In diesen Fällen ging es jeweils um ausschlaggebende Beweise.⁴⁸ Beispielhaft können die folgenden Beobachtungen angeführt werden, bei welchen es sich um auch in der Lehre diskutierte Fallkonstellationen handelt: In drei Fällen weigerte sich das Opfer, überhaupt an einer Konfrontationseinvernahme vor Gericht teilzunehmen.⁴⁹ In einem Fall war der Zeuge verschwunden⁵⁰ und in einem weiteren Fall verstarb der Zeuge, noch bevor eine Konfrontationseinvernahme stattfinden konnte.⁵¹ In einem weiteren Fall schliesslich war die Abwesenheit der beschuldigten Person selbst

das Problem. Im entsprechenden Abwesenheitsverfahren machte die Verteidigung erfolgreich geltend, es habe gar keine Konfrontationseinvernahme stattgefunden. Das Gericht sistierte in der Folge das Verfahren.⁵²

Verschiedentlich gab die mündliche Begründung der Gerichte Anlass zur Vermutung, dass keine Bereitschaft bestand, aus rein formalen Gründen freizusprechen. So wurden neben der fehlenden Konfrontation vom Gericht auch beweisrechtliche Überlegungen (z.B. die Widersprüchlichkeit der Aussagen eines nicht konfrontierten Zeugen) angeführt.⁵³

Soweit die Rüge der fehlenden Konfrontation abgewiesen wurde, begründeten die Gerichte dies durchgehend damit, dass die Zeugenaussagen nicht ausschlaggebend gewesen seien. In zwei Fällen war zudem umstritten, ob sich die Behörden überhaupt hinreichend um eine Konfrontation bemüht hatten.⁵⁴

ZStrR 2016 - S. 364

In sechs Fällen stellten die Gerichte von sich aus, d.h. ohne Rüge der beschuldigten Person oder der Verteidigung, eine Verletzung des Konfrontationsrechts fest.⁵⁵ In drei dieser Fälle hatte die beschuldigte Person eine Verteidigung beigezogen.⁵⁶ Hier stellte sich die Frage, ob die Entscheidung der Verteidigung, dies nicht zu erwähnen, als Verzicht gedeutet werden kann, oder ob das Gericht, unabhängig davon, ob die Verteidigung die Verletzung dieses Rechts rügt, zur Nichtverwertung verpflichtet ist.⁵⁷ In allen sechs Fällen wurden die entsprechenden Beweise nicht verwertet: In vier Fällen kam es zum Freispruch,⁵⁸ in den beiden anderen bestanden hinreichende andere Beweise für einen Schuldspruch.⁵⁹

In vier Fällen wurden von der beobachtenden Person offensichtliche Verletzungen festgestellt, welche vom Gericht und der Verteidigung nicht thematisiert wurden. In allen diesen Fällen war es während des gesamten Verfahrens offensichtlich nie zu einer Konfrontation mit dem entscheidenden Belastungszeugen gekommen, was das Gericht jedoch nicht von einem Schuldspruch abhielt.⁶⁰

Zusammengefasst kann gesagt werden, dass die Gerichte bei der schwierigen Beantwortung der Frage, ob eine Zeugenaussage als ausschlaggebend zu gelten hat oder nicht, insgesamt mit grosser Sorgfalt voringen. Gelangten sie zum Schluss, dass ein Beweis wichtig war und die beschuldigte Person keine Möglichkeit zur Konfrontation hatte, stellten sie regelmässig auch dann nicht auf den Beweis ab, wenn dies zu einem Freispruch führte. Im Vorgehen der Gerichte spiegelt sich offenbar die grosse Akzeptanz des Grundanspruchs auf Konfrontation wider.

2. Keine Möglichkeit der Konfrontation in der Hauptverhandlung (sondern nur im Vorverfahren) ↑

Die ERMK geht von der Idealvorstellung einer mündlichen Verhandlung vor dem Urteilsgericht aus, in deren Rahmen Belastungszeugnisse unmittelbar

ZStrR 2016 - S. 365

gehört werden und die Verteidigung die Gelegenheit hat, ihrerseits Zeugen zu befragen.⁶¹ Er betrachtet es als «elementares Gebot der Verfahrensfairness, dass der spätere Entscheidungsträger der Konfrontation selbst beiwohnt und den Belastungszeugen bei der Gegenüberstellung beobachten kann, denn in ihm muss die beschuldigte Person Zweifel an der Verlässlichkeit der Aussage wecken».⁶² Das Prinzip gerichtsunmittelbarer Konfrontation dient der Bildung einer richterlichen Überzeugung, die sich auch auf das nonverbale Verhalten abstützen kann. Es gibt aber noch einen weiteren Grund, weshalb sich der EGMR für eine gerichtsunmittelbare Konfrontation ausspricht: Nämlich «because pre-trial questioning is primarily a process by which the prosecution gather information in preparation for the trial in order to support their case in court whereas the tribunal conducting the trial is called upon to determine a defendant's guilt following a fair assessment of all evidence actually produced at the trial».⁶³ Die Konfrontation soll, was aus dem Zitat deutlich wird, vor einer unabhängigen und unparteiischen Verfahrensleitung stattfinden, um ihrer kontradiktorischen Grundidee gerecht zu werden.⁶⁴

Auch hat der EGMR erkannt, dass eine konfrontative Zeugenbefragung im Vorverfahren unter Umständen notwendig ist. Er anerkennt diese, sofern die Verteidigungsrechte hinreichend gewahrt bleiben.⁶⁵ Der Gerichtshof stellte dabei aber klar, dass «The very fact of the participation of an accused person in confrontation interviews with witnesses during the pre-trial stage cannot of itself strip him or her of the right to have those witnesses examined in court». Die Konfrontation «nur im Vorverfahren ist so nicht Regel, sondern begründungsbedürftige Ausnahme; keine vollwertige Gewährung des Konfrontationsrechts, sondern dessen Einschränkung».⁶⁶

Das Bundesgericht scheint davon auszugehen, dass die Möglichkeit der Zeugenkonfrontation im Vorverfahren gleichwertig zur Möglichkeit der Zeugenkonfrontation vor Gericht ist. Nach der Praxis des Bundesgerichts ist der beschuldigten Person oder ihrer Verteidigung die Gelegenheit zu bieten, mindestens einmal während des gesamten Verfahrens – d.h. entweder im Vor- oder im Hauptverfah-

ZStrR 2016 - S. 366

ren – das Fragerecht auszuüben.⁶⁷ Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist die Verwendung von Aussagen, die im Vorverfahren gemacht wurden, als solche mit den Garantien von Art. 6 EMRK nicht unvereinbar, sofern die Rechte der Verteidigung respektiert worden sind.⁶⁸ Damit die Verteidigungsrechte gewahrt sind, muss die Gelegenheit der Befragung angemessen und ausreichend sein sowie die Befragung auch tatsächlich wirksam ausgeübt werden können.⁶⁹ «Im Normalfall setzt dies voraus, dass die beschuldigte Person und ihre Verteidigung das Konfrontationsrecht gemeinsam ausüben.» Fand eine Konfrontation im Vorverfahren statt, «misst das Bundesgericht der abermaligen

Konfrontation vor Gericht nur dann (ergänzende) Bedeutung bei, wenn die polizeiliche oder staatsanwaltschaftliche Konfrontationseinvernahme mit Fehlern behaftet war, etwa weil der beschuldigten Person noch kein Verteidiger zur Seite stand».⁷⁰

Im Rahmen der Beobachtungen konnte festgestellt werden, dass es der Verteidigung in verschiedenen Fällen weder gestattet noch möglich war, Zeugen vor Gericht zu konfrontieren. Eine Konfrontation fand nur im Vorverfahren statt. Es konnten hierfür zwei Kategorien ausgemacht werden: Einerseits konnten Zeugen aus tatsächlichen Gründen (Zeuge verhindert, verstorben, ausser Landes usw.) nicht an der Hauptverhandlung erscheinen, andererseits entschied das Gericht, den Zeugen mangels Notwendigkeit nicht zur Hauptverhandlung vorzuladen.⁷¹

a) Faktische unmögliche Konfrontation ↑

Fälle, die eine Konfrontationseinvernahme im Vorverfahren notwendig machten, wurden kaum beobachtet. In einem Fall wurde ein Mitbeschuldigter im Vorverfahren per Videoübertragung konfrontiert, der sich im Ausland in Haft befand.⁷² In einem anderen Fall wurde die Konfrontation eines Zeugen bereits im

ZStrR 2016 - S. 367

Vorverfahren angesetzt, weil dieser später auslandsabwesend gewesen wäre.⁷³ In beiden Fällen war die Konfrontationseinvernahme im Voraus notwendig, um die Beweiserhebung zu gewährleisten. In einem dritten Fall beging das Opfer vor der Hauptverhandlung Suizid.⁷⁴

b) Nicht notwendige Konfrontation ↑

Mehrfach stellte das Beobachtungsteam fest, dass der Verteidigung eine Konfrontation vor Gericht trotz faktischer Möglichkeit verwehrt blieb.⁷⁵ Interessanterweise wurde diese Konstellation von der Verteidigung lediglich in vier Fällen beanstandet.⁷⁶ In keinem dieser Fälle wurde ein Verstoß gegen das Konfrontationsrecht festgestellt. Eine Zeugenkonfrontation hatte bereits im Vorverfahren stattgefunden, und dem Gericht erschien eine (erneute) Konfrontation daher nicht mehr notwendig.⁷⁷ Die Beobachter konnten in solchen Fällen nur eine mögliche Verletzung annehmen, da es im Rahmen des Projekts beinahe unmöglich war, die Notwendigkeit der Zeugenbefragung zu eruieren. Auch war nicht immer ersichtlich, ob die beschuldigte Person auf das Konfrontationsrecht verzichtet hatte.

Die Notwendigkeit der Befragung in der Hauptverhandlung wurde – mangels entsprechender Informationen aus den Akten – mittels zweier Hilfskriterien beurteilt: nämlich nach der Wichtigkeit der Beweise sowie danach, ob die Verteidigung die im Vorverfahren gemachten Aussagen bestritt.

Festgestellt wurde, dass die Verteidigung in vielen Fällen, in denen sie die Richtigkeit einer Zeugenaussage bestritten hatte, trotzdem keine Gelegenheit erhielt, den Zeugen in der

Hauptverhandlung nochmals zu befragen (Abb. 6). Die überwiegende Mehrheit solcher Fälle wurde am Bezirksgericht Zürich beobachtet.

78

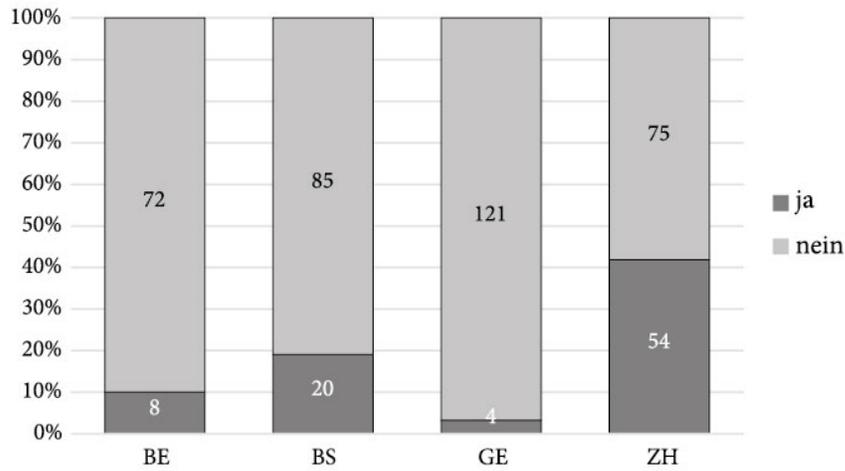


Abbildung 6: Anteil Fälle, in denen Zeugenaussagen bestritten und keine Zeugen in der Hauptverhandlung befragt wurden (ja), getrennt nach Gerichten. Fishers exakter Test: $p = 2.254e^{-14}$

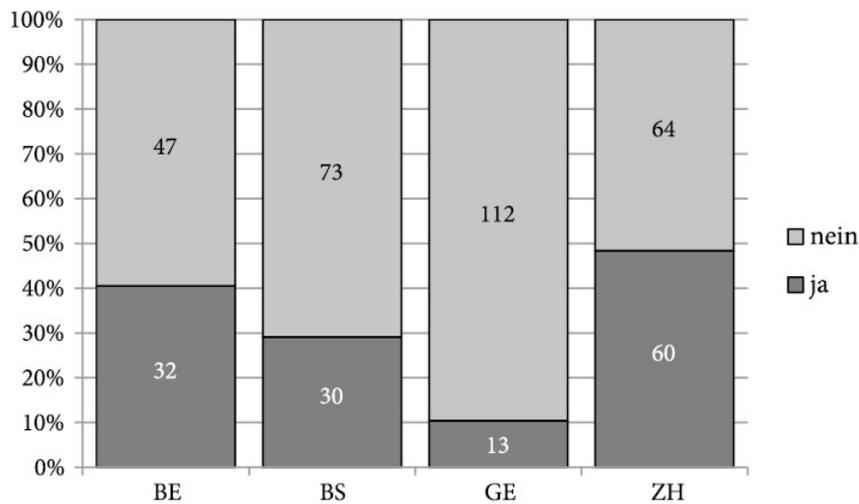


Abbildung 7: Verwendung von Zeugenaussagen⁷⁸ von Zeugen, die nicht in der Hauptverhandlung befragt wurden, getrennt nach Kantonen. $\chi^2(df = 3, N = 431) = 45.551, p = 7.07e^{-10}$

In ca. 40–50 Prozent der am Bezirksgericht Zürich und am Regionalgericht Bern-Mittelland beobachteten Fälle stützten sich die Gerichte in ihren Urteilen auf Zeugenbeweise, die sie nicht unmittelbar angehört hatten (Abb. 7). Ein ganz anderes Bild zeichnete sich dagegen im Beobachtungsort Genf ab: Das Tribunal Pénal de Genève stützte sich praktisch nur auf Personalbeweise, welche es auch selbst abgenommen hatte. Das Strafgericht Basel-Stadt nahm diesbezüglich eine Mittelposition ein.

Die erheblichen Unterschiede (vgl. Abb. 1, Abb. 6 & Abb. 7) können vermutlich mit dem Ermessensspielraum, den die StPO dem Gericht bei der Abnahme von Beweisen einräumt, erklärt werden.

Grundsätzlich steht es dem Gericht offen, Beweise in der Hauptverhandlung (nochmals) abzunehmen. Wenn es für die Urteilsfällung jedoch unerlässlich erscheint, den Zeugen persönlich anzuhören, müssen Beweise selbst dann in der Hauptverhandlung abgenommen werden, wenn sie sich bereits in den Akten finden. Das Gericht entscheidet über die Frage der Notwendigkeit in freiem Ermessen,⁷⁹ wobei die unmittelbare Beweisabnahme bei «Aussage-gegen-Aussage»-Situationen grundsätzlich als unverzichtbar gilt.⁸⁰

Die Lehre nimmt aus guten Gründen solcherart praktizierter⁸¹ antizipierter Beweiswürdigung gegenüber eine reservierte Haltung ein. Das Bundesgericht hat diese Form antizipierter Beweiswürdigung jedoch stets geschützt und es für zulässig erklärt, auf die Abnahme von Beweisen zu verzichten, wenn sich die Behörde aufgrund bereits abgenommener Beweise ihre Überzeugung gebildet hat und ohne Willkür annehmen kann, diese Überzeugung werde durch weitere Beweiserhebungen nicht mehr erschüttert.⁸² Das Bundesgericht und ein Teil der Lehre wollen Art. 343 Abs. 3 StPO immerhin auf entscheidende Beweismittel angewendet sehen.⁸³

Fraglich bleibt, ob das systematische Verlagern von Konfrontationseinvernahmen in das Vorverfahren – wie es beispielsweise am Bezirksgericht Zürich der

ZStrR 2016 - S. 370

Fall ist – mit dem Konfrontationsrecht vereinbar ist. Der Verzicht auf (nochmalige) Abnahme des Zeugenbeweises basiert auf rein organisatorischen Gründen. Die Einschränkung erfolgt also nicht aufgrund einer Interessenabwägung (z.B. zum Schutz von Opferinteressen). Das durch den EGMR festgelegte Verhältnis von Ausnahme und Regel kehrt sich damit in sein Gegenteil. Während der Gerichtshof nach besonderen Umständen verlangt, bei denen auf die Konfrontation vor Gericht verzichtet wird, betrachtet das Bundesgericht eine gerichtliche Konfrontationseinvernahme bei bereits im Vorverfahren erfolgter Gegenüberstellung nur unter besonderen Umständen als erforderlich.⁸⁴ Es legt das Gewicht v.a. auf die Frage der Gewährung des rechtlichen Gehörs.

Gemäss dem Zweckverständnis von Art. 6 Ziff. 1 EMRK haben die Beweise von einer unparteiischen Behörde abgenommen zu werden. Die Staatsanwaltschaft ist keine solche. Nebst der Frage des

rechtlichen Gehörs wird so insbesondere die Waffengleichheit betont. Sofern kein unabhängiges und unparteiisches Gericht die Leitung hat, gibt es keine Waffengleichheit zwischen der Verteidigung und der Staatsanwaltschaft.⁸⁵ Der Gerichtshof stellte klar, dass eine Konfrontationseinvernahme, welche im Vorverfahren unter Leitung einer Behörde durchgeführt wird, die weder unabhängig noch unparteiisch ist und über substanzielle Macht verfügt, die Fragen des Verteidigers abzublocken, die Anforderungen von Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK nicht erfüllt.⁸⁶ Dabei ist umgekehrt erwähnenswert, dass soweit ersichtlich in keinem der Fälle, in denen der Gerichtshof festhielt, dass die Konfrontationseinvernahme im Vorverfahren mit Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK vereinbar sei, die Staatsanwaltschaft die Leitung des Vorverfahrens ausübte.⁸⁷

Dabei gilt es zu beachten, dass dies nicht per se ein Problem der Mittelbarkeit darstellt: Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK verlangt nämlich nicht zwingend, dass Zeugen vor Gericht befragt werden. Erforderlich ist aber, dass die Leitung der Konfrontationseinvernahmen nicht von der Staatsanwaltschaft übernommen wird.

Diese Feststellung hat Implikationen insbesondere für die Praxis am Bezirksgericht Zürich, denn eine strukturelle Regelung, dass Konfrontationen im Vorverfahren unter der Leitung der Staatsanwaltschaft erfolgen, erscheint problematisch.

ZStrR 2016 - S. 371

3. Einschränkungen des Konfrontationsrechts in der Hauptverhandlung [↑]

Eine direkte Zeugenkonfrontation ist nicht immer möglich.⁸⁸ Kommt es zu einer (psychischen oder physischen) Gefährdung eines Zeugen, sind Einschränkungen des Konfrontationsrechts ausnahmsweise zulässig, um seine Kooperation zu sichern und Zeugen- und Verteidigungsrechte miteinander zu versöhnen.⁸⁹

Bei beiden Problemstellungen – der des verletzlichen ebenso wie der des gefährdeten Zeugen⁹⁰ – hat wenigstens eine indirekte Konfrontation unter Anpassung der Konfrontationsmodalitäten (Einvernahme des Zeugen in einem separaten Raum, u.U. mit Videoübertragung in den Gerichtssaal, psychologisch-medizinische Begleitung während der Konfrontation, Befragung nur durch den Verteidiger usw.)⁹¹ stattzufinden. Jede Einschränkung des Konfrontationsrechts muss von den nationalen Behörden auf ein absolutes Minimum reduziert werden. Diese muss «strictly necessary in order to satisfy a legitimate aim» sein.⁹²

Der EGMR verlangt, dass eine Einschränkung der Konfrontationsmöglichkeit ausreichend begründet sein muss.⁹³ Vereinzelt gibt es Konstellationen, bei welchen eine Einschränkung schon durch die Art und Umstände des Delikts (beispielsweise sexuelle Delinquenz bei Kindern/sensible Opferzeugen) gerechtfertigt sein kann.⁹⁴

Nach schweizerischem Recht kann der Anspruch gemäss Art. 147 Abs. 1 StPO unter gewissen Voraussetzungen eingeschränkt werden.⁹⁵ Einschränkungen der Teilnahmerechte sind grundsätzlich nur unter den gesetzlichen Voraussetzungen von Art. 108 und Art. 146 Abs. 4 StPO sowie aufgrund der Gewährung von

ZStrR 2016 - S. 372

Schutzmassnahmen nach Art. 149 ff. StPO zulässig und müssen verhältnismässig sein. Besteht ein besonderes Schutzbedürfnis der einzuvernehmenden Person im Sinne von Art. 149 ff. StPO, ist der Konfrontationsanspruch der Parteien mittels ausgleichender Ersatzmassnahmen so weit wie möglich zu kompensieren.⁹⁶ Art. 149 StPO ermöglicht eine Einschränkung des Teilnahme- und Konfrontationsrechts, wenn ein Belastungszeuge sich selbst oder ihm nahestehende Dritte⁹⁷ durch seine Mitwirkung im Verfahren einer «erheblichen Gefahr für Leib und Leben» oder einem «andern schweren Nachteil» aussetzt. Analog zur EGMR-Rechtsprechung lässt die StPO Einschränkungen des Teilnahmerechts zu, um der besonderen Sensibilität von Opferzeugen Rechnung zu tragen.⁹⁸

Ganz allgemein kann das Opfer einer Straftat beantragen, dass jede Begegnung zwischen ihm und der beschuldigten Person – und damit auch die direkte physische Konfrontation im Sinne des Teilnahme- und Konfrontationsrechts – vermieden wird. Nach Art. 152 Abs. 3 StPO sind die Behörden dazu verpflichtet, auf Verlangen des Opfers jedes persönliche Zusammentreffen mit der beschuldigten Person zu verhindern und hierfür alle in ihrem Machtbereich stehenden organisatorischen Massnahmen zu treffen. Dem Opferzeugen stehen dabei die Schutzmassnahmen von Art. 149 Abs. 2 lit. b und d StPO zur Verfügung, ohne dass er besondere Voraussetzungen erfüllen müsste.⁹⁹ In der Praxis machen vor allem Opfer von Straftaten gegen die sexuelle Integrität von dieser Möglichkeit Gebrauch.¹⁰⁰ Bei fehlender unmittelbarer Gegenüberstellung haben die Strafbehörden dem rechtlichen Gehör der beschuldigten Person auf andere Weise Rechnung zu tragen.¹⁰¹ Grundsätzlich verlangt auch das Bundesgericht eine zumindest indirekte Konfrontation, bei der die Verteidigungsrechte so weit verwirklicht werden, als es mit den Schutzinteressen des Opfers vereinbar ist.¹⁰²

ZStrR 2016 - S. 373

Gemäss der heutigen Lehre und gemäss Bundesgericht ist das rechtliche Gehör gewahrt, wenn das Opfer nur durch den Verteidiger, allenfalls durch Zwischenschaltung einer besonders ausgebildeten Person, befragt oder die Einvernahme des Opfers audiovisuell in einen anderen Raum übertragen wird, von wo aus die beschuldigte Person die Aussagen mitverfolgen und in unmittelbarem zeitlichem Zusammenhang Fragen stellen kann. Muss die beschuldigte Person den Saal während der Einvernahme verlassen, können dessen Verteidigungsrechte auch gewahrt sein, wenn ihre Verteidigung während der Befragung anwesend ist, Fragen stellen kann und ihr die Möglichkeit gegeben wird, Unterbrechungen der Einvernahme zu verlangen, um die beschuldigte Person zu informieren und nach Wiederaufnahme des Verfahrens Ergänzungsfragen zu stellen.¹⁰³

Auch im Rahmen des Projekts wurden mehrfach Fälle beobachtet, in denen eine Konfrontationsmöglichkeit vor Gericht zwar gegeben war, das Konfrontationsrecht jedoch eingeschränkt wurde.¹⁰⁴ Um zu ermitteln, ob die Verteidigungsrechte respektiert wurden, erscheint es sinnvoll, die verschiedenen Einschränkungen gesondert zu betrachten.

a) Beschuldigte Person von der Konfrontation ausgeschlossen ↑

In der Mehrheit der beobachteten Fälle, in denen eine konfrontative Zeugenbefragung vor Gericht eingeschränkt bzw. die Konfrontationsmodalitäten angepasst wurde/n, blieb es der beschuldigten Person verwehrt, während der Zeugenbefragung physisch anwesend bzw. im selben Raum zu sein.

Praktisch alle¹⁰⁵ in diesem Zusammenhang vorgebrachten und beobachteten Verstösse betrafen das Strafgericht Basel-Stadt sowie das Regionalgericht Bern-Mittelland.¹⁰⁶ Am Bezirksgericht Zürich wurden dagegen keine solchen Fälle registriert, was damit zusammenhängen dürfte, dass Zeugen dort nur selten in der Verhandlung befragt wurden. Des Weiteren wurden am Tribunal Pénal de Genève einige Fälle beobachtet, in denen Zeugen hinter einer Abschirmung sassen und dadurch nur vom Gericht gesehen werden konnten – nicht jedoch von der Verteidigung.¹⁰⁷

ZStrR 2016 - S. 374

Am Strafgericht Basel-Stadt musste die beschuldigte Person bei eingeschränkten Konfrontationen den Gerichtssaal verlassen. Nur die Verteidigung verblieb im Saal und nahm die Gelegenheit zur Konfrontationseinvernahme des Zeugen wahr. Die beschuldigte Person konnte die Aussagen des Zeugen im Gerichtssaal lediglich mittels akustischer Übertragung mitverfolgen. Bei der Audioverbindung handelte es sich um eine einseitige Hörverbindung, bei der die beschuldigte Person zwar zuhören, jedoch selbst nichts beisteuern konnte. Das Stellen von Ergänzungsfragen oblag daher der Verteidigung. Für die Anbringung von Ergänzungsfragen musste sich diese zunächst ins Nebenzimmer begeben, um sich mit der beschuldigten Person zu besprechen. Die Möglichkeit einer Videoübertragung bestand am Strafgericht Basel-Stadt nicht.

In zwei Fällen verlangte die Verteidigung vergeblich eine audiovisuelle Übertragung der Konfrontation.¹⁰⁸ In einem der beiden Fälle machte die Verteidigung geltend, dass die Rechtsprechung des EGMR und die bundesgerichtliche Rechtsprechung eine Konfrontation vorsähen, bei welcher die beschuldigte Person auch die Mimik und Gestik des Zeugen nachvollziehen könne.¹⁰⁹ Der Gerichtspräsident begründete die Abweisung des Antrages damit, dass die bundesrechtliche Rechtsprechung diesbezüglich nicht klar sei.

In einem weiteren Fall wollte das Opfer keine direkte Konfrontation, weshalb die beschuldigte Person vom Nebenzimmer aus den Ausführungen des Opfers mittels blosser Audioübertragung folgte, wobei die Übersetzerin die beschuldigte Person begleitete.¹¹⁰ Da die Einvernahme des Opfers zunächst ins Deutsche übersetzt werden musste, erfolgte eine «doppelte Übersetzung» (Opfersprache – Deutsch

– Beschuldigtensprache). Nach einer Absprache mit der Verteidigung unterbreitete die beschuldigte Person ihre Ergänzungsfragen dem Richter, währenddem das Opfer abgeschirmt draussen wartete. Dabei entwickelte sich zwischen dem Richter und der beschuldigten Person folgender Dialog:

B: Ich möchte sie [das Opfer] fragen, ob der Sex einvernehmlich war...

R: Sie müssen Fragen stellen und keine Stellungnahmen!

B: Wieso geht sie [das Opfer] zur Polizei, wenn nicht [der sexuelle Kontakt gegen Bezahlung] abgemacht? Sie hätte sich in der Wohnung auch bemerkbar machen können. [Anmerkung: Die Vergewaltigung fand in der angeblich sehr hellhörigen Wohnung der beschuldigten Person statt, weswegen ein Schreien von den Nachbarn allenfalls bemerkt worden wäre.]

ZStrR 2016 - S. 375

Danach fragte der Richter den Verteidiger, ob es nötig sei, dass der Beschuldigte die Fragen direkt an das Opfer stelle, was die Verteidigung verneinte. Daraufhin machte sich die beschuldigte Person nochmals bemerkbar:

B: Können Sie sie [das Opfer] noch fragen, wieso sie nicht gegangen ist, als sie die Möglichkeit gehabt hat?

R: Haben Sie nicht gehört, genau diese Frage habe ich vorher schon gestellt.

B: Aber [Sie haben] nicht die richtige Antwort erhalten.

R: Ich bin nicht zuständig für die Antworten!

Am Regionalgericht Bern-Mittelland lag eine ähnliche Problematik vor: Bei eingeschränkten Konfrontationen hatte die beschuldigte Person in einem Nebenraum oder in der Cafeteria zu warten,¹¹¹ währenddem die Verteidigung den Zeugen im Gerichtssaal befragte. Es bestand weder die Möglichkeit einer Audio- noch die einer Videoübertragung. Für das Anbringen von Ergänzungsfragen war die Verteidigung zuständig. Diese besprach sich zuerst mit der beschuldigten Person im Nebenzimmer und stellte die Fragen sodann im Gerichtssaal.¹¹² In einem Fall wurde das Opfer eines Sexualdeliktes in Anwesenheit der Verteidigung, aber in Abwesenheit der beschuldigten Person, vor Gericht befragt.¹¹³ Der Übersetzer blieb zunächst im Gerichtssaal, um die Aussagen zu hören und diese danach im Nebenzimmer der beschuldigten Person anhand des Protokolls zu übersetzen. Die Anbringung bzw. Beantwortung von Ergänzungsfragen erfolgte nach demselben Ablauf.

In Fällen, in welchen keine Verteidigung anwesend war, übernahm das Gericht deren Aufgabe. In einem Verfahren wurde die Hauptbelastungszeugin im Gerichtssaal befragt, während die beschuldigte Person in einem Nebenraum warten musste.¹¹⁴ Das Protokoll der Zeugenaussage wurde der beschuldigten Person sodann im Nebenraum vom Richter vorgelesen. Die beschuldigte Person teilte ihre Ergänzungsfragen dem Richter mit, welcher die Fragen dann der Zeugin im Gerichtssaal stellte.

Die Antworten wurden schliesslich vom Richter wiederum der beschuldigten Person im Nebenraum mitgeteilt. Da die beschuldigte Person mehrere Fragen nacheinander stellte, musste der Vorgang mehrfach wiederholt werden.

ZStrR 2016 - S. 376

Das rechtliche Gehör beinhaltet insbesondere auch, dass die beschuldigte Person der Verhandlung durchgehend folgen kann.¹¹⁵ Der EGMR legt auf die physische Gegenüberstellung besonderen Wert. Sowohl verbales als auch nonverbales Aussageverhalten des Belastungszeugen soll für die beschuldigte Person und ihre Verteidigung wahrnehmbar sein. Physisch-stimmliche Reaktionen (Erröten, Stottern, Schwitzen usw.) sollen bei der Glaubwürdigkeits- bzw. Verlässlichkeitsbeurteilung auch von der Verteidigung berücksichtigt werden können,¹¹⁶ weshalb fraglich ist, ob eine reine Audioübertragung genügt oder ob stattdessen nicht zusätzlich eine Videoübertragung erforderlich ist. Von einer Videoübertragung sollte nur dann abgesehen werden können, wenn dies der Schutz des Zeugen (z.B. anonymer Zeuge) effektiv erfordert.¹¹⁷

In Fällen mit Beschuldigten ohne Rechtsbeistand scheint das rechtliche Gehör von vornherein ins Leere zu laufen. Ist die beschuldigte Person dagegen verteidigt, beschränkt sich das Problem darauf, ob sie dem Gang der Verhandlung hinreichend folgen kann. Hier fragt sich, ob die technische Ausstattung eines Gerichts, die keine audiovisuelle Übertragung der Hauptverhandlung erlaubt, heute noch als zeitgemäss gelten kann.¹¹⁸

b) Die Position der beschuldigten Person im Gerichtssaal ↑

Der EGMR machte mehrfach deutlich, dass eine Sitzverteilung, bei welcher die Staatsanwaltschaft auf einem «privilegierten» Platz – d.h. auf einer Estrade und

ZStrR 2016 - S. 377

damit auf gleicher Höhe wie das Gericht – sitzt, die Waffengleichheit grundsätzlich nicht verletzt.¹¹⁹ Zu einer Verletzung des Rechts auf Waffengleichheit gemäss Art. 6 Ziff. 1 EMRK könne es nur kommen, wenn die Verteidigung dadurch einen «substanziellen» Nachteil erleide, der eine wirksame Verteidigung gefährdet.

In den am Strafgericht Basel-Stadt verhandelten Fällen¹²⁰ wurde festgestellt, dass die Sitzpositionen sowohl der Verteidigung als auch der beschuldigten Person im Gerichtssaal nicht optimal ausgestaltet waren: Beide befanden sich jeweils hinter dem Zeugen, wodurch sie dessen Mimik und Gestik nicht wahrnehmen konnten. Im Gegensatz dazu sass die Staatsanwaltschaft neben den Richtern, d.h. in kürzester Distanz zum Zeugen.¹²¹ Die – zumindest latente – Gefahr der Verteidigung, hierdurch einen substanziellen Nachteil zu erleiden, ist offensichtlich und mit dem Prinzip der Waffengleichheit nicht

vereinbar. Die ungünstige Sitzposition erscheint zudem als unnötige, da einfach zu beseitigende, Einschränkung des Rechts aus Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK.

c) Übersetzung von Zeugenbefragungen ↑

Eine fremdsprachige beschuldigte Person hat das Recht auf unentgeltliche Unterstützung durch einen Dolmetscher, wenn sie die Verhandlungssprache nicht versteht. Dies ergibt sich bereits aus [Art. 68 StPO](#).¹²² Der Umfang der Übersetzungspflicht orientiert sich an [Art. 32 Abs. 2 BV](#) sowie an Art. 6 Ziff. 3 lit. e EMRK. Ein Anspruch auf vollständige Übersetzung aller Verfahrenshandlungen bzw. aller Akten besteht nicht. Die beschuldigte Person hat nur Anspruch auf Übersetzung jener Aussagen und Dokumente, auf deren Verständnis sie angewiesen ist, damit ein faires Verfahren gewährleistet ist.¹²³ In *Kamasinski v. Österreich* stellte der Gerichtshof fest, dass die Übersetzung nicht zwingend simultan erfolgen muss. Er betonte, dass es für die Gewährung des rechtlichen Gehörs aber unabdingbar sei, dass die beschuldigte Person der Verhandlung folgen und daran teilnehmen könne.¹²⁴

ZStrR 2016 - S. 378

Im Rahmen des Projekts wurden in mehreren Fällen die Zeugenaussagen lediglich am Schluss in einer kurzen Zusammenfassung übersetzt.¹²⁵ Vereinzelt war zu beobachten, dass Zusammenfassungen von Zeugenaussagen sehr kurz ausfielen. Es stellte sich hier die Frage, ob die beschuldigte Person überhaupt die Möglichkeit hatte, detailliert und substantiell zu allen Anschuldigungen Stellung zu nehmen. Besonders problematisch erschien dies in Fällen ohne anwaltliche Verbeiständung.

4. Einschränkungen des Konfrontationsrechts substantieller Natur ↑

Das Konfrontationsrecht umfasst nicht nur die formale Möglichkeit, Zeugen gegenübergestellt zu werden, sondern auch, dass der beschuldigten Person eine echte, sog. substantielle, Auseinandersetzung mit den Zeugenaussagen ermöglicht wird. Die Problematik kreist hier um die Frage, ob eine Konfrontationsmöglichkeit effektiv und wirksam ist, wenn der Zeuge sich weigert, Aussagen in Anwesenheit der beschuldigten Person (im Detail) zu wiederholen, die er bereits zu einem früheren Zeitpunkt im Verfahren machte.¹²⁶

Bereits das Zürcher Kassationsgericht hat entschieden, dass das Konfrontationsrecht über die blosse formale Möglichkeit, dem Zeugen gegenübergestellt zu werden, hinausgeht. Die beschuldigte Person muss vielmehr die Möglichkeit einer effektiv wirksamen Befragung haben. Dies setzt eine qualitative Auseinandersetzung mit den früheren Zeugenaussagen voraus.¹²⁷ In extremis – im Falle der Aussageverweigerung anlässlich der Gegenüberstellung mit der beschuldigten Person – sei eine Verwertung seiner früheren (in Abwesenheit der beschuldigten Person gemachten) Aussagen zulasten der beschuldigten Person nicht möglich, soweit es sich dabei um das alleinige oder ausschlaggebende Beweismittel handelt.¹²⁸

Das Bundesgericht hat hierzu Folgendes festgehalten: «Der konventionsrechtliche Konfrontationsanspruch verlangt, dass der Beschuldigte in die Lage versetzt wird, sein Fragerecht tatsächlich auszuüben und damit die Glaubhaftigkeit einer Aussage infrage stellen zu können. Dies setzt in aller Regel voraus, dass sich die Einvernommene in Anwesenheit des Beschuldigten (nochmals) zur Sache

ZStrR 2016 - S. 379

äussert. [...] Beschränkt sich die Wiederholung der Einvernahme aber im Wesentlichen auf eine formale Bestätigung der früheren Aussagen, wird es dem Beschuldigten verunmöglicht, seine Verteidigungsrechte wirksam wahrzunehmen.»¹²⁹ Es genügt somit nicht, wenn der Belastungszeuge in Anwesenheit der beschuldigten Person auf die in einem früheren Zeitpunkt gemachten Aussagen verweist und diese pauschal als richtig bestätigt. Weigert sich der Zeuge, in Gegenwart der beschuldigten Person seine Belastungen zu wiederholen und dessen Zusatzfragen zu beantworten, ist von der Nichtverwertbarkeit seiner früheren belastenden Aussagen auszugehen. Natürlich gelten weitere Schattierungen. Ein Schuldspruch verletzt das Konfrontationsrecht auch, wenn er sich auf Aussagen eines Belastungszeugen stützt, der erstmals an der Hauptverhandlung konfrontiert wird, sich nicht mehr an die Ereignisse erinnert oder nach entsprechendem Vorhalt lediglich seine früheren belastenden Aussagen bestätigt.¹³⁰

Während des Projekts konnte beobachtet werden, dass die beschuldigte Person oftmals keine effektive Möglichkeit hatte, den Zeugen zu befragen. In solchen Fällen erschien der Zeuge zwar zur Konfrontationseinvernahme – entweder im Vorverfahren oder an der Hauptverhandlung –, weigerte sich jedoch, die Fragen der Verteidigung zu beantworten oder sich mit diesen auseinanderzusetzen. Beispielsweise weigerte sich eine mitbeschuldigte Person während der Hauptverhandlung, auf die Fragen der Verteidigung zu antworten, mit der Begründung, dass sie bereits im Vorverfahren ausgesagt und nichts weiter hinzuzufügen habe.¹³¹ Die effektiv belastenden Aussagen wurden weder wiederholt noch erläutert.¹³² In einem anderen Fall verwies der Belastungszeuge in der Konfrontationseinvernahme im Vorverfahren ohne weitere Ausführungen nur auf seine Aussagen im polizeilichen Ermittlungsverfahren.¹³³ Vor Gericht unterblieb eine weitere Befragung. Erwähnenswert war schliesslich auch ein Verfahren, in welchem das Opfer bestimmte wichtige Fragen zur Intimsphäre in der Konfrontationseinvernahme im Vorverfahren nicht beantwortete. Die Rüge der Verteidigung, es fehle ohne neuerliche Anhörung vor Gericht an einer substanziellen Konfrontation, wurde mit Verweis auf die Akten abgewiesen.¹³⁴

Zu erinnern ist an den Zweck des Konfrontationsrechtes: Es geht um die wirksame Überprüfung eines oft fehlerhaften Beweismittels. Der Gerichtshof betont in seiner Rechtsprechung denn auch immer wieder, dass die Rechte der

ZStrR 2016 - S. 380

Konvention praktisch und effektiv – nicht bloss theoretisch und illusorisch – garantiert sein müssen.

V. Schlussfolgerungen [↑]

Obwohl seit der Einführung der schweizerischen Strafprozessordnung ein schweizweit einheitliches Recht besteht, existieren im Umgang mit Zeugenbeweisen weiterhin erhebliche gerichtsspezifische, evtl. kantonale bzw. regionale Unterschiede. Diese Differenzen in der rechtlichen Tradition der Gerichte bzw. die bisherige Handhabung der Rechte spielen eine gewichtige Rolle. Der grosse Ermessensspielraum, den das Gesetz den Gerichten einräumt, trägt zum Weiterbestehen der früheren Praxen bei.

An den erstinstanzlichen Gerichten in Bern, Basel-Stadt und Genf war es üblich, Personalbeweise abzunehmen. Am striktesten befolgte das Tribunal Pénal de Genève die Regelung der unmittelbaren Anwesenheit der Zeugen vor Gericht. Dabei spielte es keine Rolle, ob es sich um Belastungszeugen, Leumundszeugen oder um Sachverständige handelte. In Bern und in Basel-Stadt wurden v.a. wichtige Belastungszeugen gehört. In Zürich schliesslich fanden die Konfrontationseinvernahmen nur selten vor Gericht statt; die Verteidigung musste den Konfrontationsanspruch primär im Vorverfahren wahrnehmen.

Bei allen Beobachtungsorten, an denen regelmässig Zeugen in der Hauptverhandlung angehört wurden, d.h. am Strafgericht Basel-Stadt, am Regionalgericht Bern-Mittelland sowie am Tribunal Pénal de Genève, waren Einschränkungen des Konfrontationsrechts häufig zu beobachten. Die Gerichte waren für solche Einschränkungen technisch aber nicht ausgerüstet und mussten sich mit fragwürdigen Methoden behelfen. In Zürich fanden, wie bereits ausgeführt, Konfrontationseinvernahmen bereits im Vorverfahren statt, was zur Folge hatte, dass die Anwendung von Zeugenschutzmassnahmen und die daraus folgenden Einschränkungen der Verteidigungsrechte von der Staatsanwaltschaft entschieden wurden und somit nicht Gegenstand einer öffentlichen Prüfung waren.¹³⁵ Immerhin ist festzustellen, dass in Zürich für die Konfrontation zumeist technisch angemessene und moderne audiovisuelle Übertragungsmöglichkeiten zur Verfügung standen.

Die Rolle der Staatsanwaltschaft in der Hauptverhandlung ist an allen vier Gerichten von Bedeutung. In den Fällen, in denen Zeugen vor Gericht befragt werden, ist die Anwesenheit der Staatsanwaltschaft notwendig, um die Unparteilich-

ZStrR 2016 - S. 381

keit des Gerichts zu gewährleisten – besonders bei Anwesenheit der Verteidigung.¹³⁶ Dieser Umstand wird, sofern die jüngste Tendenz zur Zeugenbefragung und Beweiswürdigung vor Gericht anhält, inskünftig noch an Bedeutung gewinnen.¹³⁷

Im Rahmen des Projekts zeigte sich auch die Relevanz der Teilnahme- und Verteidigungsrechte im Vorverfahren, die besonders in Zürich stark ausgebaut und vonseiten der Staatsanwaltschaft auch breit anerkannt sind. An anderen Beobachtungsorten (z.B. in Basel), war das anders: Es gab dort mehrere Rügen, mit denen die Verteidigung geltend machte, von der Teilnahme an Zeugeneinvernahmen im Vorverfahren ausgeschlossen gewesen zu sein und damit nur eine

beschränkte Möglichkeit der Vorbereitung auf das Verfahren und besonders auf die konfrontative Zeugenbefragung in der Hauptverhandlung vor Gericht gehabt zu haben.¹³⁸ In einem Fall beklagte der Verteidiger gar ein systematisches Vorgehen.¹³⁹

Die vorliegende Studie stützt die Annahme, dass das Konfrontationsrecht in der Praxis von erheblicher Bedeutung ist und entsprechend oft auch vor Gericht thematisiert wird. Der Grundanspruch der Verteidigung, den Zeugen mindestens einmal während des gesamten Verfahrens konfrontieren zu können, wird regelmässig gewährt. In den beobachteten Fällen haben alle vier Gerichte dem Beweisverwertungsverbot Nachdruck verliehen, indem sie belastende Aussagen nicht konfrontierter Zeugen nicht verwerteten – selbst dann, wenn dies zu einem Freispruch führte. Die Gerichte übten sich jedoch in Zurückhaltung, wenn es darum ging, in Einschränkungen des Konfrontationsrechts eine Verletzung der Verteidigungsrechte anzuerkennen.

-
- * Die Autoren bedanken sich für die kritischen Anmerkungen bei Prof. em. Dr. Stefan Trechsel und
Fürsprecher Sararard Arquint.
- 1 Dabei sind die fehlerhaften Aussagen zum einen Teil auf (bewusste) Lügen, zum anderen,
überwiegenden Teil auf (unbewusste) Irrtümer des jeweiligen Zeugen zurückzuführen. Es können
Fehler in der Wahrnehmung, in der Erinnerung oder bei der Wiedergabe entstehen. Vgl. *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 2005, 144; *M. Hug*, Zur
Vorbereitung von Konfrontationseinvernahmen aus der Sicht des Strafverteidigers, in: 125 Jahre
Kassationsgericht des Kantons Zürich, Festschrift, hrsg. von A. Donatsch et al., Zürich 2000, 387.
- 2 *M. Krausbeck*, Konfrontative Zeugenbefragung, Tübingen 2010, 23.
- 3 *D. Schleiminger*, Konfrontation im Strafprozess, Basel 2001, 256 ff.; *D. Demko*, «Menschenrecht auf
Verteidigung» und Fairness des Strafverfahrens auf nationaler, europäischer und internationaler
Ebene, Bern 2014, 404 ff.
- 4 Der Begriff «konfrontative Zeugenbefragung» besitzt dieselbe Bedeutung wie der Begriff
«Konfrontationseinvernahme». Davon klar zu unterscheiden ist die Zeugenbefragung oder
Zeugeneinvernahme.
- 5 Dabei ist der Begriff «Zeugen» nicht in einem technischen Sinne zu verstehen, sondern für sämtliche
Aussagen von Drittpersonen im Prozess, die sich für die beschuldigte Person belastend auswirken
können, also auch solche von Auskunftspersonen, Sachverständigen oder Mitbeschuldigten (BGE 121
I 480).
- 6 Vgl. BGE 129 I 153; BGE 131 I 480.
- 7 Eine Aussage, die unter Verstoss gegen Art. 147 StPO erhoben wurde, dürfen die Gerichte nicht
zulasten der Partei verwerten, die nicht anwesend war (Art. 147 Abs. 4 StPO). Verstösse gegen das
Teilnahmerecht werden damit durch ein absolutes Beweisverwertungsverbot i.S.v. Art. 141 Abs. 1
StPO geahndet.
- 8 Eingeschlossen diejenigen, welche die Polizei im Auftrag der Staatsanwaltschaft vornimmt, Art. 312
StPO.
- 9 I.S.v. Art. 203 StPO. Das Gesetz erlaubt der Polizei u.a. geschädigte Personen zu ermitteln und zu
befragen, vgl. Art. 306 Abs. 2 lit. b StPO.
- 10 In der Schweiz wird das Konfrontationsrecht als konstitutives Element des rechtlichen Gehörs i.S.v.
Art. 29 Abs. 2 und Art. 32 Abs. 2 BV sowie Art. 107 Abs. 1 lit. b StPO betrachtet. Siehe auch BGE 132 I

127; 131 I 480; 129 I 157. Vgl. dazu S. Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, Oxford 2005, 292–293.

- 11 J. Frowein/W. Peukert, *EMRK Kommentar*, 3. Aufl., Berlin 2009, Art. 6 N 308.
- 12 BGer 6B 529/2014 vom 10.12.2014, E. 4.2.3; BGE 125 I 133; BGer 6B 573/2011 vom 27. November 2012, E. 2.5; BGer 6B 647/2011 vom 29. Dezember 2011, E. 1.3; BGer 6B 34/2013 vom 23. August 2013, E. 1.5.1. Vgl. EGMR vom 10.2.2015, § 51; EGMR vom 8.6.2006, *Bonev v. Bulgarien*, § 41.
- 13 S. Trechsel, Unmittelbarkeit und Konfrontation als Ausfluss von Art. 6 EMRK, AJP 2000, 1368 ff.; W. Wohlers, Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK als Grenze der Einführung des Wissens anonym bleibender Zeugen, in: *Strafrecht, Strafprozessrecht und Menschenrechte*, Festschrift für Stefan Trechsel, hrsg. von A. Donatsch/M. Forster/C. Schwarzenegger, Zürich 2002, 813; vgl. EGMR vom 20.11.1989, *Kostovski v. Niederlande*, § 41; *Windisch v. Österreich*, § 26.
- 14 Krausbeck (Fn. 3), 25.
- 15 Trechsel (Fn. 10), 293.
- 16 Dies wurde in der Praxis nicht immer strikt anerkannt (vgl. Verhandlung 392 [BE], März 2014): Die beschuldigte Person rügte, dass keine Konfrontationsmöglichkeit mit dem Polizeibeamten, der die beschuldigte Person auf dem Videobeweis identifizierte, stattfand. Das Gericht wies die Rüge mit der Begründung ab, dass der Polizeibeamte (welcher im Untersuchungsverfahren ermittelte) nicht als Zeuge verstanden werden könne.
- 17 EGMR vom 24.11.1986, *Unterpertinger v. Österreich*, §§ 30, 31; bestätigt in EGMR vom 20.11.1989, *Kostovski v. Niederlande*, § 40.
- 18 EGMR vom 26.3.1996, *Doorson v. Niederlande*, §§ 68–70.
- 19 EGMR vom 27.2.2001, *Lucà v. Italien*, §§ 41, 42.
- 20 Ist die zu befragende Person unbekanntes Aufenthalts, muss der Richter «alles in seiner Macht Stehende unternehmen», um die Einvernahme durchzuführen. Da es Aufgabe des Gerichts ist, noch nicht oder unvollständig erhobene Beweise abzunehmen, kann die Rückweisung an die Staatsanwaltschaft zur Ergänzung der Beweise nicht bzw. höchstens ausnahmsweise zulässig sein: BGE 141 IV 39. Vgl. auch EGMR vom 15.12.2011, *Al-Khawaja and Tahery v. Vereinigtes Königreich (GK)*, § 111.
- 21 Nach neuerer Rechtsprechung ist es unklar, ob ein solches Versagen seitens der Behörden zwingend eine Verletzung des Konfrontationsrechts nach sich zieht. Vgl. EGMR vom 27.2.2001, *Lucà v. Italien*, §§ 41f. Dagegen: EGMR vom 17. April 2014, *Schatschaschwili v. Deutschland (GK)*, § 113.
- 22 Vgl. dazu S. Beckers, *Das Konfrontationsrecht nach Art. 6(3)(d) EMRK in der konventionsrechtlichen und schweizerischen Praxis: Eine Analyse mit besonderer Berücksichtigung der Kompensationsprüfung bei Einschränkungen*, Masterarbeit, St.Gallen, 2014, S. 5: «Nach der Standardformulierung des EGMR verlangen Art. 6 Ziff. 3 lit. d und 6 Ziff. 1 EMRK, «that witness statements be made at a public hearing in the presence of the accused with a view to adversarial argument», vgl. EGMR vom 15.12.2011, *Al-Khawaja and Tahery v. Vereinigtes Königreich (GK)*, § 118; EGMR vom 19.2.2013, *Gani v. Spanien*, § 38; EGMR vom 15.6.1992, *Lüdi v. Schweiz*, § 47; EGMR vom 14.1.2010, *Melnikov v. Russland*, § 65; EGMR vom 23.4.1997, *Van Mechelen v. Niederlande*, § 51.»
- 23 EGMR vom 27.3.2014, *Matytsina v. Russland*, § 153.
- 24 EGMR vom 15.12.2011, *Al-Khawaja and Tahery v. Vereinigtes Königreich (GK)*, § 118; *Lucà v. Italien*, § 39; EGMR vom 31.10.2001, § 57.
- 25 EGMR vom 26.3.1996, *Doorson v. Niederlande*, § 68–70.
- 26 Vgl. Beckers (Fn. 22) S. 11.

- 27 Vgl. *Beckers* (Fn. 22), S. 15, EGMR vom 27.2.2001, *Lucà v. Italien*, § 40.
- 28 Vgl. dazu *Beckers* (Fn. 22), S. 1 und S. 39. Im Jahre 1998 hielt die «sole or decisive»-Regel in BGE 125 I 127 erstmals Einzug in die bundesgerichtliche Rechtsprechung.
- 29 EGMR vom 15.12. 2011, *Al-Khawaja and Tahery v. Vereinigtes Königreich* (GK), §§ 128 ff.
- 30 EGMR vom 15. Dez. 2015, *Schatschaschwili v. Deutschland* (GK), §§ 126–131. Vgl. dazu *S. Beckers*, Das Konfrontationsrecht nach Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK, ZStrR 2015, 425 ff.
- 31 Vgl. *Beckers* (Fn. 22), S. 41 f., EGMR vom 17. April 2014, *Schatschaschwili v. Deutschland*, § 74; vgl. auch EGMR vom 15. Dez. 2015, *Schatschaschwili v. Deutschland* (GK), § 116.
- 32 Vgl. dazu *Beckers* (Fn. 22), S. 41 und S. 64. Wird nach den nicht übermässig anspruchsvollen Modalitäten des Ausgleichs der Urteile *Pesukic v. Schweiz* (oder gar *Dončev und Burgov v. Mazedonien*) verfahren, steht einer Verwertung der anonymen Aussage nicht mehr viel entgegen (EGMR vom 6.12.2012, *Pesukic v. Schweiz*, EGMR vom 12.6.2014, *Dončev und Burgov v. Mazedonien*). Siehe auch *B. de Wilde*, A fundamental review of the ECHR right to examine witnesses in criminal cases, *The international Journal of Evidence and Proof* 17 (2013), 157 f.
- 33 Vgl. *Trechsel* (Fn. 10), 297; *R. Esser*, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht, Berlin, 2002, 632.
- 34 *S. Arqint/S. Summers*, *Al-Khawaja and Tahery v UK* (GC), forumpoenale 2/2012, 112. Für kritische Anmerkungen zum Ermessen des Gerichts in Zusammenhang mit der «sole and decisive»-Regel vgl. *R.D. Friedman*, The Confrontation Right across the Systemic Divide, in: *Crime, Procedure and Evidence in Comparative and International Context: Essays in Honour of Mirjan Damaska*, hrsg. von J. Jackson/M. Langer/P. Tillers, Oxford, 2008, 261.
- 35 Das Trial Observation Project ist eine vom Schweizerischen Nationalfonds (SNF) geförderte Studie. Sie umfasste eine zweijährige Beobachtungsphase von Strafverfahren an den vier Gerichten. Dies ist der dritte von vier Aufsätzen, der sich mit der gelebten Fairness im schweizerischen Strafprozess auseinandersetzt, vgl. *S. Summers/D. Studer*, Fairness im Strafverfahren? Eine empirische Untersuchung, ZStrR 2016, 72; *S. Summers/L. Garland/D. Studer*, Das Recht auf Verteidigung – Anspruch und Wirklichkeit, ZStrR, 2016, 133.
- 36 Von einer Auswirkung auf das Urteil wurde ausgegangen, wenn die Berücksichtigung des Verstosses zu einem Freispruch in einem Anklagepunkt oder zu einer Verfahrenseinstellung führte.
- 37 Von einer Auswirkung auf das Strafmass wurde ausgegangen, wenn die Berücksichtigung des Verstosses zu einer Strafminderung oder Strafmilderung führte.
- 38 Das Schrifttum unterscheidet zwischen rechtlichen und tatsächlichen Einschränkungsründen, vgl. *Schleiminger* (Fn. 2), 10. Bei den rechtlichen Gründen handelt es sich vorwiegend um das Zeugnis- und Aussageverweigerungsrecht, vgl. *C. Ill*, Konfrontationsanspruch: Einschränkung und Kompensation, forumpoenale 3/2010, 164 f.
- 39 Vgl. *Summers/Studer* (Fn. 35), 61.
- 40 Verhandlung 54 (BS), Dez. 2012; Verhandlung 565 (ZH), Okt. 2014; Verhandlung 58 (BS), Nov. 2012; Verhandlung 364 (BE), Feb. 2014; Verhandlung 278 (BS), Nov. 2013; Verhandlung 307 (BS), Nov. 2013; Verhandlung 510 (BS), Juli 2014; Verhandlung 49 (GE), Dez. 2012; Verhandlung 169 (ZH), Juni 2013; Verhandlung 566 (ZH), Okt. 2014.
- 41 Verhandlung 169 (ZH), Juni 2013.
- 42 Verhandlung 49 (GE), Dez. 2012.
- 43 Verhandlung 245 (ZH), Sept. 2013; Verhandlung 539 (ZH), Sept. 2014; Verhandlung 397 (GE), März 2014; Verhandlung 58 (BS), Dez. 2012 und Verhandlung 90 (BS), März 2013; Verhandlung 20 (BS), Nov. 2012.

- 44 Vgl. *Summers/Studer* (Fn. 35).
- 45 Verhandlung 203 (ZH), März 2013; Verhandlung 242 (ZH), Sept. 2013; Verhandlung 272 (ZH), Okt. 2013; Verhandlung 296 (ZH), Nov. 2013; Verhandlung 324 (ZH), Dez. 2013; Verhandlung 342 (ZH), Feb. 2014; Verhandlung 462 (ZH), Mai 2014; Verhandlung 526 (ZH), Aug. 2014; Verhandlung 593(ZH), Nov. 2014; Verhandlung 597 (ZH), Dez. 2014.
- 46 Da maximal vier Zeugen erfasst wurden, stellen die dargestellten Mittelwerte eine Unterschätzung des effektiven Werts dar.
- 47 Vgl. dazu *Beckers* (Fn. 22) S. 45, mit Bezug auf EGMR vom 19.6.2012, *Hümmer v. Deutschland*, §§ 46 ff. (aussageverweigernde Belastungszeugen); EGMR vom 18.7.2013, *Vronchenko v. Estland*, §§ 60 ff. (Opferzeugen).
- 48 Verhandlung 54 (BS), Dez. 2012; Verhandlung 565 (ZH), Okt. 2014; Verhandlung 58 (BS), Nov. 2012; Verhandlung 364 (BE), Feb. 2014; Verhandlung 278 (BS), Nov. 2013; Verhandlung 307 (BS), Nov. 2013; Verhandlung 510 (BS), Juli 2014; Verhandlung 169 (ZH), Juni 2013; Verhandlung 566 (ZH), Okt. 2014.
- 49 Verhandlung 565 (ZH), Okt. 2014; Verhandlung 307 (BS), Nov. 2013: Die Zeugin wollte aus Angst vor Repressionen der Familie der beschuldigten Person trotz angebotenen Polizeischutz nicht zur Hauptverhandlung erscheinen und aussagen; Verhandlung 58 (BS), Nov. 2012: Das ältere Opfer wollte nicht zur Hauptverhandlung erscheinen.
- 50 Verhandlung 566 (ZH), Okt. 2014.
- 51 Verhandlung 510 (BS), Juli 2014.
- 52 Verhandlung 169 (ZH), Juni 2013.
- 53 Verhandlung 364 (BE), Feb. 2014; Verhandlung 54 (BS), Dez. 2012: Das Gericht führte aus (Paraphrasierung): «Das Opfer (Belastungszeuge) ist ja auch kein unbeschriebenes Blatt, deshalb haben wir auch nicht auf seine Aussagen abgestellt. Ich habe mir auch überlegt, das Opfer als Auskunftsperson zu befragen. Aber dies hätte in diesem Fall gar nichts gebracht.» Sinngemäss führte das Gericht weiter aus, dass beide (beschuldigte Person und Opfer) einfach nochmals das Gleiche aussagen würden und damit (in Bezug auf die Wahrheitsfindung) kein Mehrwert hätte erzielt werden können.
- 54 Verhandlung 250 (BE), Oktober 2013; Verhandlung 240 (ZH), September 2013: Das Obergericht korrigierte den Entscheid, OGer ZH SB130506, Urteil v. 16.7.2014, E. 2.1. Vgl. dazu auch EGMR vom 17. April 2014, *Schatschaschwili v. Deutschland* (formelle Möglichkeit zur Konfrontation).
- 55 Verhandlung 245 (ZH), Sept. 2013; Verhandlung 539 (ZH), Sept. 2014; Verhandlung 397 (GE), März 2014; Verhandlung 58 (BS), Dez. 2012; Verhandlung 90 (BS), März 2013; Verhandlung 20 (BS), Nov. 2012.
- 56 Verhandlung 539 (ZH), Sept. 2014; Verhandlung 397 (GE), März 2014; Verhandlung 90 (BS), März 2013.
- 57 Zur Frage, ob die Wahrnehmung der Verteidigungsrechte im Sinne einer effektiven Verteidigung unterbleiben kann, vgl. *W. Wohlers*, Urteilsbesprechung [1B_297/2015](#), [forumpoenale 2/2016](#), 74 f.
- 58 Verhandlung 539 (ZH), Sept. 2014; Verhandlung 397 (GE), März 2014; Verhandlung 58 (BS); Dez. 2012; Verhandlung 20 (BS), Nov. 2012.
- 59 Verhandlung 90 (BS), März 2013; Verhandlung 245 (ZH), Sept. 2013.
- 60 Verhandlung 240 (ZH), Sept. 2013; Verhandlung 553 (BE), Okt. 2014; Verhandlung 413 (BS), April 2014 und Verhandlung 216 (BE), Sept. 2013.
- 61 Vgl. *S. Trechsel* (Fn. 10), 299.

- 62 Vgl. dazu *Beckers* (Fn. 22) S. 44, mit Bezug auf EGMR vom 27.3.2014, *Matytsina v. Russland*, § 153; ferner auch EGMR vom 24.4.2012, *Damir Sibgatullin v. Russland*, § 47.
- 63 EGMR vom 26.10.2011, *Huseyn und andere v. Aserbaidschan*, § 211.
- 64 Vgl. *J. Jackson/S. Summers*, *The Internationalisation of Criminal Evidence*, Cambridge 2012, 344 f.
- 65 Siehe z.B. EGMR vom 15.12. 2011, *Al-Khawaja and Tahery v. Grossbritannien*, § 118; EGMR vom 15.6.1992, *Lüdi v. Schweiz*, § 47; EGMR vom 23.4.1997, *Van Mechelen v. Niederlande*, § 51.
- 66 Vgl. dazu *Beckers* (Fn. 22) S. 5, mit Bezug auf EGMR vom 24.4.2012, *Damir Sibgatullin v. Russland*, § 47; ebenso auch EGMR vom 21.10.2010, *Karpenko v. Ukraine*, § 68; EGMR vom 27.3.2014, *Matytsina v. Russland*, § 153.
- 67 BGE 125 I 136; BGE 124 I 285, BGE 113 Ia 422, BGE 104 Ia 317, 105 Ia 396, 116 Ia 291. Das Bundesgericht hält auch in neueren Urteilen an seiner Rechtsprechung fest: Die «wenigstens einmal»-Formel ist Ausgangspunkt nahezu jeder Prüfung einer behaupteten Verletzung des Konfrontationsrechts: Vgl. etwa BGer 6B_207/2012 vom 17.7.2012, E. 3.3.1; 6B_251/2012 vom 2.10.2012, E. 2.3.2; 6B_295/2012 vom 24.10.2012, E. 1.2.1; 6B_183/2013 vom 10.6.2013, E. 1.5; 6B_369/2013 vom 31.10.2013, E. 2.3.1; 6B_510/2013 vom 3.3.2014, E. 1.3.1.
- 68 BGE 125 I 132 mit Verweis auf EGMR vom 14.1.2010, *Van Mechelen v. Niederlande*, § 51.
- 69 BGE 129 I 157.
- 70 Vgl. dazu *Beckers* (Fn. 22), S. 6, mit Bezug auf z.B. EGMR vom 26.3.1996, *Doorson v. Niederlande*, § 74; *S. Trechsel* (Fn. 13), 1370 f. und *Beckers* (Fn. 22) S. 20.
- 71 i.S.v. Art. 343 Abs. 3 StPO.
- 72 Verhandlung 507 (ZH), Juli 2014.
- 73 Verhandlung 437 (BS), Mai 2014.
- 74 Verhandlung 274 (GE), Okt. 2013.
- 75 Verhandlung 106 (ZH), März 2013; Verhandlung 113 (ZH), April 2013; Verhandlung 112 (ZH), April 2013; Verhandlung 114 (ZH), April 2013; Verhandlung 168 (ZH), Juni 2013; Verhandlung 192 (ZH), Juli 2013; Verhandlung 240 (ZH), Sept. 2013; Verhandlung 247 ZH, Okt. (2013); Verhandlung 268 (ZH), Okt. 2013; Verhandlung 271 (ZH), Okt. 2013; Verhandlung 319 (ZH), Dez. 2013; Verhandlung 382 (ZH), März 2014; Verhandlung 507 (ZH), Juli 2014; Verhandlung 526 (ZH), Aug. 2014; Verhandlung 537 (ZH), Sept. 2014; Verhandlung 538 (ZH), Sept. 2014; Verhandlung 540 (ZH), Sept. 2014; Verhandlung 566 (ZH), Okt. 2014; Verhandlung 593 (ZH), Nov. 2014; Verhandlung 216 (BE), Sept. 2013; Verhandlung 446 (BE), Mai 2014; Verhandlung 517 (BE), Juni 2014; Verhandlung 553 (BE), Okt. 2014; Verhandlung 557 (BE), Okt. 2014; Verhandlung 128 (BS), Mai 2013; Verhandlung 129 (BS), Mai 2013; Verhandlung 275 (BS), Nov. 2013; Verhandlung 386 (BS) März 2014.
- 76 Verhandlung 83 (ZH), Nov. 2013; Verhandlung 267 (ZH), Sept. 2013; Verhandlung 519 (GE), Juni 2014; Verhandlung 357 (GE), Feb. 2014.
- 77 Gemeint ist dabei unnötig i.S.v. Art. 343 Abs. 3 StPO.
- 78 D.h. das Gericht stütze sich in der mündlichen Begründung auf diese Zeugenaussagen.
- 79 BGE 136 I 236; BGE 131 I 157; BGE 125 I 135; BGE 124 I 284. Je nach Situation können weitere Beweisabnahmen in der Hauptverhandlung erfolgen, wobei *W. Wohlers* zuzustimmen ist, dass sich die Beweisergänzung und -berichtigung i.S.v. Art. 343 Abs. 1 und 2 StPO von selbst ergeben, während sich v.a. zu derjenigen nach Art. 343 Abs. 3 StPO die Geister scheiden. Vgl. dazu *W. Wohlers*, Die formelle Unmittelbarkeit der Hauptverhandlung, *ZStrR* 2013, 322 ff.; *M. Hauri*, in: *Basler Kommentar StPO*, hrsg. von M.A. Niggli/M. Heer/H. Wiprächtiger, Basel 2011, Art. 343 N 18.

- 80 BGer [6B_529/2014](#) vom 10. Dezember 2014, E. 4.4.2.
- 81 Vgl. anstatt vieler: *W. Wohlers*, in: Zürcher Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), hrsg. von A. Donatsch/T. Hansjakob/V. Lieber, 2. Aufl., Zürich 2014, Art. 139 N 11.
- 82 BGE 136 I 236; BGE 134 I 148.
- 83 Vgl. z.B. BGE 137 IV 5; BGer [1B_198/2010](#) vom 5.7.2010, E. 2.4 (entscheidende Aussagen); [6B_139/2013](#) vom 20.6.2013, E. 1.3.2 («Aussage gegen Aussage»-Konstellationen).
- 84 Vgl. z.B. BGE 116 Ia 293; 118 Ia 468; 120 Ia 50.
- 85 Vgl. Kapitel III. Vgl. dazu *Summers/Studer* (Fn. 35).
- 86 EGMR vom 14.1.2010, *Melnikov v. Russland*, § 80.
- 87 Vgl. z.B. EGMR vom 31.10.2001, *Solakov v. Mazedonien, Accardi und andere v. Italien (Entscheidung)*, Nr. 30598/02, 20.1.2005; EGMR vom 10.5.2012, *Aigner v. Österreich*, EGMR vom 19.2.2013, *Gani v. Spanien*; EGMR vom 19.2.1991, *Isgrò v. Italien* (Untersuchungsrichter); EGMR vom 17. April 2012, *Sarkizov und andere v. Bulgarien* (erstinstanzlicher Richter); EGMR vom 2.7.2002, *S.N. v. Schweden*; *A.G. v. Schweden (Entscheidung)*, Nr. 315/09, 10.1.2012; EGMR vom 24. 4.2007, *B. v. Finnland* (Polizei).
- 88 Deshalb sollte die eingeschränkte Konfrontationseinvernahme so direkt wie möglich erfolgen, siehe *J.-M. Verniory*, *Les droits de la défense dans les phases préliminaires du procès pénal*, Bern 2005, 530.
- 89 EGMR vom 26.3.1996, *Doorson v. Niederlande*, § 70.
- 90 Zum Problem des gefährdeten Zeugen siehe EGMR vom 6.12.2012, *Pesukic v. Schweiz*, § 50 ff., kritisch dazu: *W. Wohlers*, Nr. 15 EGMR, Former Fifth Section, *Pesukic v. Switzerland*, Urteil vom 6. Dezember 2012, *forumpenale* 2013, 84, 88 f. und zum Problem des anonymen Zeugen siehe EGMR vom 15.6.1992, *Lüdi v. Schweiz*, §§ 41 ff.
- 91 Vgl. z.B. EGMR vom 19.2.2013, *Gani v. Spanien*, § 45; Zu den verschiedenen in Frage kommenden Opferschutzmassnahmen s.a. BGer [6B_207/2012](#) vom 17.7.2012, E. 3.3.3; BGer [6B_295/2012](#) vom 24.10.2012, E. 1.2.2.
- 92 EGMR vom 23.4.1997, *Van Mechelen v. Niederlande*, §§ 58, 60 f.; *Jackson/Summers* (Fn. 64), 351.
- 93 In *S.E. v. Schweiz (Entscheidung)*, Nr. 28994/95, 4.3.1998; *Krasniki v. Tschechische Republik (Entscheidung)*, Nr. 51277/99, 28.2.2006
- 94 *Hols v. Niederlande (Entscheidung)*, Nr. 25206/94, 19.10.1995; *Kurup v. Dänemark (Entscheidung)*, Nr. 11219/84, 10.7.1985; *X. v. Dänemark (Entscheidung)* Nr. 8395/78, 16.12.1981. Siehe auch *Hilden v. Finnland (Entscheidung)*, Nr. 32523/93, 14.9.1999.
- 95 [BGE 139 IV 25](#), E. 4.2
- 96 [Art. 149 Abs. 5 StPO](#).
- 97 Vgl. [Art. 168 StPO](#)
- 98 Vgl. [Art. 152 ff. StPO](#).
- 99 [Art. 152 Abs. 3 StPO](#). Vgl. auch *Beckers* (Fn. 22), S. 58.
- 100 Vgl. [Art. 152 Abs. 3 Satz 2 StPO](#). Für sie weitet die StPO den durch [Art. 152](#) gewährten Schutz weiter aus ([Art. 153](#)) und sieht zusätzlich ein Aussageverweigerungsrecht im Hinblick auf (Ergänzungs-)Fragen zur Intimsphäre vor ([Art. 169 Abs. 4](#)). Vgl. auch *Beckers* (Fn. 22), S. 58.
- 101 Handelt es sich wie vorliegend um ein Opfer von Delikten gegen die sexuelle Integrität hat eine direkte Gegenüberstellung sogar stets zu unterbleiben, wenn das Opfer dies verlangt, vorausgesetzt der

Gehörsanspruch des Beschuldigten kann dennoch gewährleistet werden (Art. 153 Abs. 2 StPO). Im Unterschied zur allgemeinen Regelung von Art. 152 Abs. 4 StPO dürfen die Behörden somit gegen den Willen des Opfers keine unmittelbare Konfrontation gestützt auf Strafverfolgungsinteressen anordnen; sie verfügen diesbezüglich über keinen Ermessensspielraum, vgl. *W. Wohlers* (Fn. 81), Art. 152 N 12 und Art. 153 N 5.

- 102 Siehe BGer [6B_295/2012](#) vom 24.10.2012, E. 1.2.2.
- 103 Vgl. zum Ganzen: Urteile [6B_681/2012](#) vom 12. März 2013, E. 2.3.2; [6B_207/2012](#) vom 17. Juli 2012, E. 3.3.3.
- 104 In keinem dieser Fälle wurde der Verstoß als «offensichtlich» eingestuft.
- 105 Ausnahmen: Verhandlung 518 (GE), Juni 2014 und Verhandlung 507 (ZH), Juli 2014.
- 106 Interessanterweise hat sich die Verteidigung diesbezüglich allgemein selten beschwert, und zwar nur dreimal am Strafgericht Basel-Stadt.
- 107 In einem Fall hatte die beschuldigte Person den Gerichtssaal verlassen müssen: Verhandlung 518 (GE), Juni 2014.
- 108 Verhandlung 495 (BS), Mai 2014; Verhandlung 73 (BS), Feb. 2013.
- 109 Verhandlung 73 (BS), Feb. 2013. Die Verteidigung verwies auf BGer [6B_324/2011](#) vom 26.10.2011.
- 110 Verhandlung 2 (BS), Nov. 2012.
- 111 In einem Fall vergass die Polizei die inhaftierte beschuldigte Person per Gefangenentransport zum Gericht zu fahren. Die Verhandlung wurde aber trotz der nicht selbst verschuldeten Abwesenheit der beschuldigten Person nicht verschoben. Die Verteidigung war während der konfrontativen Zeugenbefragung anwesend und konnte Ergänzungsfragen stellen, Verhandlung 515 (BE), Juli 2014.
- 112 Verhandlung 395 (BE), März 2014; Verhandlung 517 (BE), Juni 2014.
- 113 Verhandlung 133 (BE), Mai 2013.
- 114 Verhandlung 40 (BE), Dez. 2012.
- 115 EGMR vom 23. Feb. 1994, *Stanford v Vereinigtes Königreich*, § 26.
- 116 So schon EGMR vom 23.4.1997, *Van Mechelen v. Niederlande*, § 62; EGMR vom 24.4.2012, *Damir Sibgatullin v. Russland*, § 57; EGMR vom 24.4.2012, *Karpenko v. Russland*, § 69; EGMR vom 26.2.2013, *Papadakis v. Mazedonien*, § 9; s.a. *J.-B. Ackermann/M. Caroni/L. Vetterli*, Anonyme Zeugenaussagen: Bundesgericht contra EGMR, AJP 2007, 1072; *W. Wohlers* (Fn. 81) Art. 147 N 16.
- 117 *W. Wohlers*, Die Grenzen von Schutzmassnahmen zugunsten sensibler Zeugen und gefährdeter Personen, *ZStrR* 2011, 138; nach seiner Auffassung gibt es nach Art. 144 StPO heute keine Alternative mehr zur Videoübertragung, solange das Opfer nur durch die Präsenz der beschuldigten Person im gleichen Gebäude nicht einer erheblichen Gefahr für Leib und Leben oder einem andern schweren Nachteil i.S.v. Art. 149 Abs. 1 StPO ausgesetzt wäre.
- 118 Vgl. Übereinkommen des Europarates zum Schutz von Kindern vor sexueller Ausbeutung und sexuellem Missbrauch, Nr. 201, Lanzarote, 25/10/2007 (in Kraft seit 1.7.2010), Art. 36 Abs. 2. Der erläuternde Bericht zum Übereinkommen erwähnt ausdrücklich die Bedeutung der Videokonferenz, § 242: «sub-paragraph b enables the child to be heard without necessarily being confronted with the physical presence of the alleged perpetrator, in particular through the use of video conferencing». Vgl. auch Richtlinie 2012/29/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2012 über Mindeststandards für die Rechte, die Unterstützung und den Schutz von Opfern von Straftaten sowie zur Ersetzung des Rahmenbeschlusses 2001/220/JI, Art. 23 Abs. 3; vgl. *K. Melunovic*, Das Erfordernis von audiovisuellen Aufzeichnungen im Strafverfahren als Ausfluss des Gebots des bestmöglichen Beweismittels, AJP 2016, 596.

- 119 Vgl. *Chalmont v. Frankreich (Entscheidung)*, Nr. 72531/01; *Carballo et Pinero v. Portugal (Entscheidung)*, Nr. 31237/09, 21.6.2011; EGMR vom 31.5.2012, *Affaire Diriöz v. Türkei*, § 25–26; Vgl. *Morillon v. Frankreich (Entscheidung)*, Nr. 71991/01, 2.10.2003; mutatis mutandis: *Auguste v. Frankreich (Entscheidung)*, N. 11837/85, 9.11.1989 und *Campbell v. Grossbritannien (Entscheidung)*, Nr. 13590/88, 25.3.1992.
- 120 Verhandlung 66 (BS), Feb. 2013; Verhandlung 348 (BS), Feb. 2014; Verhandlung 2 (BS), Nov. 2012.
- 121 Was diesbezüglich in allen drei beobachteten Fällen der Fall war.
- 122 Der Umfang der Übersetzungspflicht orientiert sich an Art. 32 Abs.2 BV, Art. 6 Ziff. 3 lit. e EMRK und Art. 14 Ziff. 3 lit. f IPBPR.
- 123 Art. 68 Abs. 2 StPO; vgl. auch EGMR vom 28.11.1978, *Luedicke, Belkacem and Koç v. Deutschland*, § 48; *Güngör v. Deutschland (Entscheidung)*, Nr. 31540/96, 17.5.2001.
- 124 EGMR vom 19. Dez. 1989, *Kamasinski v. Österreich*, § 83.
- 125 Verhandlung 66 (BS), Feb. 2013; Verhandlung 606 (BE), Okt. 2014; Verhandlung 36 (BS), Nov. 2012; Verhandlung 133 (BE), Mai 2013; Verhandlung 276 (BS), Nov. 2013; Verhandlung 347 (BS), Feb. 2014; Verhandlung 349 (BS), Feb. 2014; Verhandlung 395 (BE), März 2014; Verhandlung 416 (BE), April 2014; Verhandlung 487 (BE), Juni 2014; Verhandlung 599 (BS), Nov. 2014; Verhandlung 423 (ZH), April 2014; Verhandlung 567 (BS), Sept. 2014; Verhandlung 475 (BS), Juni 2014; Verhandlung 574 (BS), Okt. 2014.
- 126 Zur EGMR-Rechtsprechung in dieser Sache siehe *Jackson/Summers* (Fn. 64), 357.
- 127 KassGer ZH, Nr. 2002/076.
- 128 KassGer ZH, Nr. 2003/014.
- 129 BGer 6B_839/2013 vom 28.10.2014, E. 1.4.2.
- 130 BGer 6B_839/2013 vom 28.10.2014, E. 1.5.2.
- 131 Die Rüge der Verteidigung, dass etliche Einvernahmen dieser mitbeschuldigten Person im Vorverfahren aufgrund des mangelnden Teilnahmerechts nicht verwendet werden könnten, wurde abgelehnt.
- 132 Verhandlung 36 (BS), Nov. 2012.
- 133 Verhandlung 200 (ZH), Sept. 2013.
- 134 Verhandlung 267 (ZH), Sept. 2013.
- 135 Hier sollte erwähnt werden, dass es der Verteidigung erlaubt ist, die Anpassung der Modalitäten der Zeugenschutzmassnahmen im Vorverfahren mit einer Beschwerde, vgl. Art. 393 StPO, anzufechten.
- 136 EGMR vom 18.5.2010, *Ozerov v. Russland*, vgl. dazu *Summers/Studer* (Fn. 35). Die Rolle der Staatsanwaltschaft im Verfahren und die Auswirkungen auf die Verteidigungsrechte. Wenn die Staatsanwaltschaft nicht an der Verhandlung teilnimmt, besteht eher die Gefahr, dass das Gericht die Rolle der Staatsanwaltschaft und die wichtige Aufgabe der Zeugenbefragung «eher im Sinne der Staatsanwaltschaft als Gegenpartei» im Sinne einer stark kontradiktorischen Befragung «übernimmt».
- 137 Vgl. z.B. im Kontext von «Aussage-gegen-Aussage-Situationen» BGE 140 IV 198; BGer 6B_98/2014 vom 30. September 2014, E. 3.8; BGer 6B_70/2015 vom 20. April 2016, E. 1.4.1: Die unmittelbare Wahrnehmung der aussagenden Personen durch das Gericht ist grundsätzlich unverzichtbar. Fehlt es an einer gerichtlichen Einvernahme, beruht die Aussagewürdigung auf einer unvollständigen Grundlage.
- 138 Verhandlung 36 (BS), Nov. 2012; Verhandlung 73 (BS), Feb. 2013; Verhandlung 418 (BS), April 2014; Verhandlung 356 (BS), Jan. 2014.

139 Verhandlung 418 (BS), April 2014. Es gab Anzeichen dafür, dass es sich bei der Einschränkung des Teilnahmerechts an den Zeugenbefragungen im Untersuchungsverfahren in Basel-Stadt um eine «Direktive von oben» handelte.