

Julia Lehmann

Sachverständige Sachverhaltsermittlung im Massnahmenrecht

Julia Lehmann

Sachverständige Sachverhaltsermittlung im Massnahmenrecht

Sachverständige Sachverhaltsermittlung im Massnahmenrecht

Strafprozessuale Anforderungen an die
Beweiserhebung, Beweisverwertung,
Beweisbewertung sowie Dokumentation
durch forensisch-psychiatrische Sachverständige

Julia Lehmann

BERNER DISSERTATION

Inauguraldissertation zur Erlangung der Würde eines Doctor iuris
der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern.
Die Fakultät hat diese Arbeit am 22. Mai 2025 auf Antrag der beiden Gutachter,
Prof. Dr. Jonas Weber (Erstgutachter, Universität Bern) und Prof. Dr. Christopher
Geth (Zweitgutachter, Universität Basel), als Dissertation angenommen.

Open-Access-Gold

Publiziert mit Unterstützung des Schweizerischen Nationalfonds
zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung.

Publiziert von:

Dike Verlag
Weinbergstrasse 41
CH-8006 Zürich
info@dikey.ch
www.dike.ch

Text © Julia Lehmann 2026

ISBN (Paperback): 978-3-03891-860-8 (Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen)

ISBN (PDF): 978-3-03929-097-0

DOI: <https://doi.org/10.3256/978-3-03929-097-0>



Dieses Werk ist lizenziert unter
Creative Commons Lizenz CC BY-NC-ND.



Für meine Familie

Vorwort

Diese Dissertation ist während meiner Assistenzzeit in den Jahren 2020 bis 2024 entstanden und wurde von der Universität Bern im Mai 2025 angenommen. Den Weg zur Promotion habe ich nicht allein beschritten. Zahlreiche Personen haben zum Gelingen dieses mehrjährigen Projekts beigetragen.

Zunächst möchte ich herzlich den beiden Professoren danken, die meine Dissertation in all diesen Jahren betreut haben. Jonas Weber hatte als Erstgutachter stets ein offenes Ohr und wegweisenden Rat bereit. Sein unermüdlicher Einsatz für ein gerechtes Massnahmenrecht hat mich geprägt. Christopher Geth hat mich über seine Rolle als Zweitgutachter hinaus unterstützt. Ihm habe ich zu verdanken, dass ich das Strafrecht zum Zentrum meines beruflichen Wirkens machen konnte. Da mein Vorgesetzter während der Assistenzzeit wechselte, wurde Christof Riedo zu einer weiteren wichtigen Unterstützung. Bereitwillig hat er sein Wissen zum Strafprozessrecht und zum wissenschaftlichen Schreiben mit mir geteilt. Alle drei haben mich sodann tatkräftig in meiner beruflichen Entwicklung gefördert.

Meine Zeit an der Universität Bern haben zahlreiche Personen bereichert. Sie haben mit ermunterndem Zuspruch und unterhaltsamen Pausengesprächen immer wieder für die nötige Ablenkung gesorgt. Wegbegleiter vom ersten bis zum letzten Tag waren Sven Schleifer und Rafael Studer. Herzlich in ihre Mitte aufgenommen hat mich auch die akademische Familie Coninx-Mona. Bei ihnen war ich für fachliche Diskussionen und gesellige Abende immer willkommen.

Stephan Bernard ermöglichte mir den Zugang zu forensisch-psychiatrischen Gutachten und stiess mir damit die Tür in die Praxis auf. Unsere Gespräche haben meinen wissenschaftlichen Horizont erweitert. Sein konsequentes Beharren auf einem fairen Verfahren auch und gerade für Massnahmenbetroffene begleitete mich als eine Art Mantra beim Verfassen dieser Arbeit. Thierry Urwyler hat sein interdisziplinäres Fachwissen mit mir geteilt und mir fortwährend freundschaftlich den Rücken gestärkt. Marianne Heer hat mir mehr als alle anderen verdeutlicht, dass das Strafverfahrensrecht den Prozess der Begutachtung durchdringen muss. Es ist darüber hinaus ein Privileg, von einer solch engagierten und wortstarken Frau in Wissenschaft und Praxis zu lernen.

Die Arbeit an einer Dissertation kann zuweilen in festgefahrene Bahnen geraten. Der Forschungsaufenthalt in Japan hat meinen Horizont entscheidend erweitert und mir die nötige Freiheit gewährt, diese Arbeit abzuschliessen. An der Keio University in Tokio wurde ich sehr herzlich von den Professoren Philipp Osten und

Shintaro Koike empfangen und in den universitären Alltag eingebunden. Ermöglicht hat diesen Aufenthalt die Janggen-Pöhn-Stiftung mit einem grosszügigen Stipendium.

Ich danke sodann dem SNF, der zukunftsweisend Open-Access-Publikationen fördert und die Veröffentlichung dieser Arbeit finanziert hat.

Meine Freundinnen und Freunde waren immer da, egal ob es darum ging, Meilensteine zu feiern oder Rückschläge hinzunehmen. Bei Anliegen rund um die Dissertation waren das in erster Linie Selma, Laura, Lena, Ewa und Konrad. Die fachlichen Diskussionen und ihr immerwährender emotionaler Rückhalt waren für mich von unschätzbarem Wert.

Ohne meine Eltern Liselotte und René hätte ich den Weg in die akademische Welt nicht verfolgen können. Die Unterstützung meiner Eltern, meines Grossvaters Franz und meiner Schwester Livia in allen Höhen und Tiefen ermöglichte mir, meine Ziele zu verfolgen und meinen eigenen Weg zu gehen. Dafür bin ich ihnen allen extrem dankbar. Ein besonderer Dank gilt meiner Mutter, die mit ihrem sprachlichen Gespür für Ordnung in der Grammatik dieser Arbeit gesorgt hat.

Der letzte und grösste Dank geht an Rafael. Dass wir unsere Dissertationen in einem ähnlichen Forschungsgebiet zeitgleich verfassen konnten, war nicht nur ein glücklicher Zufall, sondern auch eine unerschöpfliche Quelle wertvoller Inspiration und gegenseitiger Motivation. Nicht zuletzt durch deine unermüdliche Unterstützung und Liebe waren die letzten fünf Jahre ein grossartiges Abenteuer.

Meiner Familie ist diese Arbeit gewidmet.

Berlin, im Sommer 2025

Julia Lehmann

Inhaltsübersicht

| | |
|--|---------------|
| Vorwort | VII |
| Inhaltsverzeichnis | XI |
| Abkürzungsverzeichnis | XVII |
| Literaturverzeichnis | XXI |
| Materialienverzeichnis | XXXV |
| Verzeichnis über die unveröffentlichten Gutachten | XXXVII |
| Einleitung..... | 1 |
| Erster Teil: Auslagerung der Sachverhaltsermittlung an forensisch-psychiatrische Sachverständige | 11 |
| 1. Kapitel: Gegenstand und Gang der Untersuchung des Ersten Teils | 13 |
| 2. Kapitel: Erforderlichkeit und Ablauf der Auslagerung | 14 |
| 3. Kapitel: Strafprozessuale Einordnung der ausgelagerten Sachverhaltsermittlung..... | 19 |
| 4. Kapitel: Ergebnisse des Ersten Teils..... | 46 |
| Zweiter Teil: Vorwirkung strafprozessualer Anforderungen auf die sachverständige Sachverhaltsermittlung | 49 |
| 1. Kapitel: Gegenstand und Gang der Untersuchung des Zweiten Teils..... | 51 |
| 2. Kapitel: Konventions- und verfassungsrechtlicher Rahmen sachverständiger Sachverhaltsermittlung | 53 |
| 3. Kapitel: Zweigleisige Sachverhaltsermittlung von Strafbehörden und Sachverständigen | 74 |
| 4. Kapitel: Verfahrensfairness bei der sachverständigen Sachverhaltsermittlung | 85 |
| 5. Kapitel: Ergebnisse des Zweiten Teils | 107 |

| | |
|--|------------|
| Dritter Teil: Strafprozessuale Anforderungen an die Beweiserhebung und Beweisverwertung durch Sachverständige | 111 |
| 1. Kapitel: Gegenstand und Gang der Untersuchung des Dritten Teils | 113 |
| 2. Kapitel: Verbotene Beweiserhebungsmethoden | 115 |
| 3. Kapitel: Selbstbelastungsfreiheit der begutachteten Person | 125 |
| 4. Kapitel: Erhebung und Verwertung von Beweisen bei Behörden und Dritten | 146 |
| 5. Kapitel: Teilnahmerechte der Verteidigung bei Beweiserhebungen von Sachverständigen | 162 |
| 6. Kapitel: Belehrungen durch Sachverständige | 178 |
| 7. Kapitel: Ergebnisse des Dritten Teils | 192 |
| Vierter Teil: Strafprozessuale Anforderungen an die Beweisauswertung durch Sachverständige | 195 |
| 1. Kapitel: Gegenstand und Gang der Untersuchung des Vierten Teils | 197 |
| 2. Kapitel: Grundlegendes zu den Anforderungen an die Beweisauswertung | 199 |
| 3. Kapitel: Anwendung von in dubio pro reo durch Sachverständige | 206 |
| 4. Kapitel: Ergebnisse des Vierten Teils | 216 |
| Fünfter Teil: Strafprozessuale Anforderungen an die Dokumentation durch Sachverständige | 219 |
| 1. Kapitel: Gegenstand und Gang der Untersuchung des Fünften Teils | 221 |
| 2. Kapitel: Grundsätze zur Dokumentation der Beweiserhebung, Beweisverwertung und Beweisauswertung | 222 |
| 3. Kapitel: Dokumentation von Befragungen im Speziellen | 236 |
| 4. Kapitel: Folgen bei Nichteinhaltung der Dokumentationsvorschriften | 249 |
| 5. Kapitel: Ergebnisse des Fünften Teils | 251 |
| Schlussbetrachtung | 253 |

Inhaltsverzeichnis

| | |
|---|---------------|
| Vorwort | VII |
| Inhaltsübersicht..... | IX |
| Abkürzungsverzeichnis | XVII |
| Literaturverzeichnis | XXI |
| Materialienverzeichnis | XXXV |
| Verzeichnis über die unveröffentlichten Gutachten..... | XXXVII |
| | |
| Einleitung..... | 1 |
| A. Problemaufriss..... | 1 |
| B. Forschungsstand | 3 |
| C. Forschungsrahmen und Aufbau der Arbeit..... | 7 |
| D. Methodik | 9 |
| | |
| Erster Teil: Auslagerung der Sachverhaltsermittlung an forensisch-psychiatrische Sachverständige | 11 |
| | |
| 1. Kapitel: Gegenstand und Gang der Untersuchung des Ersten Teils | 13 |
| A. Gegenstand | 13 |
| B. Gang der Untersuchung..... | 13 |
| | |
| 2. Kapitel: Erforderlichkeit und Ablauf der Auslagerung | 14 |
| A. Erforderlichkeit in unterschiedlichen Verfahrenstypen..... | 15 |
| I. Bei der erstmaligen Anordnung einer Massnahme..... | 15 |
| II. In nachträglichen gerichtlichen Massnahmenverfahren | 16 |
| B. Anordnung durch die Verfahrensleitung | 17 |
| C. Sachverständige Sachverhaltsermittlung als ausgelagerte Staatsaufgabe | 18 |
| | |
| 3. Kapitel: Strafprozessuale Einordnung der ausgelagerten Sachverhaltsermittlung..... | 19 |
| A. Aktenauswertung | 20 |
| I. Auswertung früherer Gutachten | 21 |
| II. Bildung von Sachverhaltshypothesen..... | 22 |
| B. Eigene Erhebungen und Untersuchungen | 24 |
| I. Exploration | 25 |
| II. Fremdanamnesen | 28 |

| | |
|---|-----------|
| C. Befunde | 30 |
| I. Psychischer Befund | 30 |
| II. Prognoseinstrumente und Basisraten..... | 32 |
| D. Beurteilungen | 38 |
| E. Beantwortung der Gutachtensfragen..... | 42 |
| 4. Kapitel: Ergebnisse des Ersten Teils..... | 46 |

**Zweiter Teil: Vorwirkung strafprozessualer Anforderungen
auf die sachverständige Sachverhaltsermittlung 49**

| | |
|---|-----------|
| 1. Kapitel: Gegenstand und Gang der Untersuchung des Zweiten Teils..... | 51 |
| A. Gegenstand | 51 |
| B. Gang der Untersuchung..... | 51 |
| 2. Kapitel: Konventions- und verfassungsrechtlicher Rahmen sachverständiger Sachverhaltsermittlung | 53 |
| A. Garantien von Art. 6 EMRK | 54 |
| I. Anwendbarkeit von Art. 6 EMRK..... | 55 |
| 1. In Vor- und Hauptverfahren | 56 |
| 2. In nachträglichen Massnahmenverfahren | 57 |
| II. Direkte und indirekte Anwendbarkeit sowie Auslegung der EMRK..... | 61 |
| III. Recht auf ein faires Verfahren gemäss Art. 6 Ziff. 1 EMRK | 63 |
| 1. Recht auf ein faires Verfahren als Gesamtrecht..... | 63 |
| 2. Anforderungen an den Sachverständigenbeweis insbesondere | 64 |
| IV. Unschuldsumutung gemäss Art. 6 Ziff. 2 EMRK..... | 65 |
| V. Garantierte Rechte aus Art. 6 Ziff. 3 EMRK | 67 |
| B. Ergänzende verfassungsrechtliche Garantien..... | 68 |
| I. Auslegung der Bundesverfassung | 69 |
| II. Verfassungsrechtliche Garantien | 70 |
| 1. Verfahrensgarantien | 70 |
| 2. Schutz vor Willkür | 72 |
| 3. Kapitel: Zweigleisige Sachverhaltsermittlung von Strafbehörden und Sachverständigen | 74 |
| A. Zweigleisiges Recht für die Sachverhaltsermittlung..... | 74 |
| I. Anforderungen an die sachverständige Sachverhaltsermittlung gemäss Art. 182 ff. StPO..... | 75 |
| II. Nichtbindung an weitere Anforderungen der Sachverhaltsermittlung gemäss Bundesgericht | 76 |
| B. Gefährdung von Verfahrensrechten bei der zweigleisigen Sachverhaltsermittlung.... | 80 |

| | |
|--|------------|
| 4. Kapitel: Verfahrensfairness bei der sachverständigen Sachverhaltsermittlung | 85 |
| A. Ungeeignete Mechanismen zur Sicherung der Verfahrensfairness | 85 |
| I. Einordnung in drei Tatsachenkategorien | 85 |
| 1. Anknüpfungs-, Befund- und Zusatztatsachen..... | 85 |
| 2. Kritik an der Einordnung in drei Kategorien | 88 |
| II. Gerichtliche Heilung und Zweiteilung des Verfahrens..... | 90 |
| B. Verfahrensfairness durch Vorwirkung strafprozessualer Anforderungen..... | 94 |
| I. Vorwirkung auf die sachverständige Sachverhaltsermittlung in Strafverfahren ... | 94 |
| II. Vorwirkung auf die Sachverhaltsermittlung zur Erstellung von Vollzugs- | |
| gutachten | 99 |
| 1. Grundsätzlich unter öffentlichem Recht erstellt..... | 100 |
| 2. Gefährdung der Verfahrensfairness durch Berücksichtigung | |
| von Vollzugsgutachten | 102 |
| 3. Vollzugsgutachten unterstehen in Strafverfahren | |
| den strafprozessualen Anforderungen..... | 105 |
| 5. Kapitel: Ergebnisse des Zweiten Teils | 107 |
| Dritter Teil: Strafprozessuale Anforderungen an die Beweiserhebung | |
| und Beweisverwertung durch Sachverständige | 111 |
| 1. Kapitel: Gegenstand und Gang der Untersuchung des Dritten Teils | 113 |
| A. Gegenstand | 113 |
| B. Gang der Untersuchung..... | 114 |
| 2. Kapitel: Verbotene Beweiserhebungsmethoden | 115 |
| A. Rechtliche Grundlagen | 115 |
| B. Fallgruppen von verbotenen Beweiserhebungsmethoden | |
| bei sachverständiger Sachverhaltsermittlung | 117 |
| I. Drohungen und Versprechungen..... | 118 |
| II. Täuschungen..... | 120 |
| C. Folgen der Anwendung von verbotenen Beweiserhebungsmethoden..... | 123 |
| 3. Kapitel: Selbstbelastungsfreiheit der begutachteten Person | 125 |
| A. Rechtliche Grundlagen | 125 |
| B. Gefährdung der Selbstbelastungsfreiheit..... | 129 |
| I. Anlässlich der Exploration | 129 |
| II. Bei Aktengutachten..... | 132 |
| 1. Nachteile von Aktengutachten für die beschuldigte Person..... | 133 |
| 2. Auslegung nach Praxis des EGMR..... | 135 |

| | |
|---|------------|
| III. Im Zusammenhang mit Prognoseinstrumenten | 137 |
| 1. PCL-R | 139 |
| 2. HCR-20 | 141 |
| 3. Konflikt bei beiden Instrumenten..... | 142 |
| C. Folgen der Missachtung der Selbstbelastungsfreiheit | 144 |
| 4. Kapitel: Erhebung und Verwertung von Beweisen bei Behörden und Dritten | 146 |
| A. Verwertung aus Akten | 146 |
| I. Rechtliche Grundlagen | 146 |
| II. Verwertung aus früheren Gutachten | 147 |
| III. Verwertung von aus dem Strafregister entfernten Vortaten | 150 |
| B. Erhebung durch Fremdanamnesen | 152 |
| I. Rechtliche Grundlagen | 152 |
| II. Umfang zulässiger Erhebungen | 153 |
| C. Folgen unzulässiger Erhebungen | 159 |
| I. Unzulässige Verwertung aus Akten | 159 |
| II. Unzulässige Erhebung durch Fremdanamnesen | 160 |
| 5. Kapitel: Teilnahmerechte der Verteidigung bei Beweiserhebungen von Sachverständigen | 162 |
| A. Rechtliche Grundlagen..... | 162 |
| B. Konkrete Teilnahmerechte..... | 166 |
| I. Direkte Teilnahme bei der Exploration..... | 166 |
| II. Indirekte Teilnahme bei Fremdanamnesen | 170 |
| 1. Uneinigkeit in der Lehre | 170 |
| 2. Begründung eines indirekten Teilnahmerechts | 171 |
| C. Folgen der Missachtung der Teilnahmerechte..... | 176 |
| 6. Kapitel: Belehrungen durch Sachverständige | 178 |
| A. Belehrung der begutachteten Person | 178 |
| I. Rechtliche Grundlagen | 178 |
| II. Vorgaben für die Belehrung der begutachteten Person..... | 180 |
| 1. Aufklärung über die Rolle von Sachverständigen | 180 |
| 2. Verständlichkeit der Belehrung..... | 182 |
| 3. Anspruch auf Übersetzung..... | 183 |
| III. Fazit und Musterbelehrung | 184 |
| B. Belehrung von Dritten..... | 186 |
| I. Rechtliche Grundlagen | 186 |
| II. Vorgaben für die Belehrung von Dritten..... | 188 |
| III. Musterbelehrung..... | 189 |
| C. Folgen einer mangelhaften oder fehlenden Belehrung..... | 190 |
| 7. Kapitel: Ergebnisse des Dritten Teils | 192 |

| | |
|--|----------------|
| Vierter Teil: Strafprozessuale Anforderungen an die Beweisauswertung durch Sachverständige | 195 |
| 1. Kapitel: Gegenstand und Gang der Untersuchung des Vierten Teils..... | 197 |
| A. Gegenstand | 197 |
| B. Gang der Untersuchung..... | 198 |
| 2. Kapitel: Grundlegendes zu den Anforderungen an die Beweisauswertung | 199 |
| A. Rechtliche Grundlagen..... | 199 |
| B. Zur Vorwirkung auf die Ebene der Sachverständigen im Speziellen..... | 201 |
| 3. Kapitel: Anwendung von in dubio pro reo durch Sachverständige..... | 206 |
| A. Verschiedene Tatsachenkategorien zur Anwendung von in dubio pro reo..... | 206 |
| I. Gerichtlich festgestellte Tatsachen über die begangene Tat | 206 |
| II. Sonstige Tatsachen aus rechtskräftigen Urteilen | 208 |
| III. Gerichtlich nicht beurteilte Tatsachen | 208 |
| B. In dubio pro reo im Zusammenhang mit Prognoseinstrumenten | 209 |
| I. PCL-R..... | 210 |
| II. HCR-20..... | 212 |
| III. Manuale in Konflikt mit in dubio pro reo | 213 |
| C. Folgen bei Nichteinhaltung von in dubio pro reo | 214 |
| 4. Kapitel: Ergebnisse des Vierten Teils | 216 |
| Fünfter Teil: Strafprozessuale Anforderungen an die Dokumentation durch Sachverständige | 219 |
| 1. Kapitel: Gegenstand und Gang der Untersuchung des Fünften Teils..... | 221 |
| A. Gegenstand | 221 |
| B. Gang der Untersuchung..... | 221 |
| 2. Kapitel: Grundsätze zur Dokumentation der Beweiserhebung, Beweisverwertung und Beweisauswertung..... | 222 |
| A. Rechtliche Grundlagen..... | 222 |
| B. Keine Parallelakten..... | 225 |
| C. Einzuhaltender Dokumentationsstandard..... | 228 |
| I. Nachvollziehbarkeit und Transparenz | 229 |
| II. Dokumentation bei Prognoseinstrumenten..... | 230 |
| 3. Kapitel: Dokumentation von Befragungen im Speziellen | 236 |
| A. Dokumentation der Exploration | 236 |
| I. Gegenwärtig ungenügende Dokumentation | 236 |
| II. Audio- oder audiovisuelle Aufzeichnung | 240 |
| III. Dokumentation der Belehrung der beschuldigten Person | 243 |

| | |
|--|------------|
| B. Dokumentation der Fremdanamnesen..... | 243 |
| I. Unklarer Dokumentationsstandard | 244 |
| II. Audioaufzeichnung als neuer Dokumentationsstandard | 247 |
| III. Dokumentation der Belehrung von Dritten | 248 |
| 4. Kapitel: Folgen bei Nichteinhaltung der Dokumentationsvorschriften | 249 |
| 5. Kapitel: Ergebnisse des Fünften Teils | 251 |
| Schlussbetrachtung..... | 253 |
| A. Gesamtergebnis | 253 |
| I. Auslagerung der Sachverhaltsermittlung und Vorwirkung der strafprozessualen Anforderungen | 253 |
| II. Konkrete strafprozessuale Anforderungen an die Sachverhaltsermittlung durch forensisch-psychiatrische Sachverständige | 256 |
| 1. Anforderungen an die Beweiserhebung und Beweisverwertung..... | 256 |
| 2. Anforderungen an die Beweisauswertung | 257 |
| 3. Anforderungen an die Dokumentation..... | 258 |
| B. Ausblick | 259 |
| I. Verbesserungsmöglichkeiten durch die Strafbehörden..... | 259 |
| 1. Selektive Aktenübergabe..... | 260 |
| 2. Vorgabe des Gutachtenssachverhalts durch Behörden..... | 263 |
| 3. Schuld- und Tatinterlokut..... | 264 |
| 4. Notwendige Verteidigung bei Begutachtungen..... | 266 |
| 5. Überprüfung des Gutachtens durch Beschwerde..... | 267 |
| II. Gesetzesanpassungen de lege ferenda | 269 |

Abkürzungsverzeichnis

| | |
|--------|--|
| Abs. | Absatz |
| aBV | Bundesverfassung vom 29. Mai 1874 |
| AI | Artificial Intelligence |
| AJP | Aktuelle Juristische Praxis (Zeitschrift im DIKE Verlag) |
| AMDP | Arbeitsgemeinschaft für Methodik und Dokumentation in der Psychiatrie |
| Art. | Artikel |
| ATSG | Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts vom 6. Oktober 2000 (SR 830.1) |
| ATSV | Verordnung über den allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts vom 11. September 2002 (SR 830.11) |
| Aufl. | Auflage |
| BBl | Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft |
| BGE | Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts |
| BGer | Bundesgericht |
| BGH | Bundesgerichtshof (Deutschland) |
| BSK | Basler Kommentar |
| BV | Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101) |
| BVD | Bewährungs- und Vollzugsdienste |
| bzw. | beziehungsweise |
| CPP | Code de procédure pénale (s. StPO) |
| CR | Commentaire romand |
| d.h. | das heisst |
| DAS | Diploma of Advanced Studies |
| Diss. | Dissertation |
| DSM-5 | Diagnostisches und Statistisches Manual psychischer Störungen, Version 5, herausgegeben von der American Psychiatric Association |
| E. | Erwägung(en) |
| EGMR | Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte |
| EMRK | Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (SR 0.101) |
| et al. | et alia (= und andere) |

| | |
|-----------------|--|
| etc. | et cetera (= und die übrigen) |
| EuGH | Gerichtshof der Europäischen Union |
| f. | folgende |
| ff. | fortfolgende |
| FMH | Foederatio Medicorum Helveticorum (Verbindung der Schweizer Ärztinnen und Ärzte) |
| FOTRES | Forensisches Operationalisiertes Therapie-Risiko-Evaluations-System |
| FPK | Forensisch-Psychiatrische Klinik |
| FPPK | Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie (Zeitschrift im Springer Verlag) |
| Habil. | Habilitationsschrift |
| HCR-20 | Historical, Clinical and Risk Management-20 |
| Hrsg. | Herausgebende |
| i.S. | in Sachen |
| i.V.m. | in Verbindung mit |
| ICD-10 | Internationale statistische Klassifikation der Krankheiten und verwandter Gesundheitsprobleme, Version 10, herausgegeben von der WHO |
| ICD-11 | Internationale statistische Klassifikation der Krankheiten und verwandter Gesundheitsprobleme, Version 11, herausgegeben von der WHO |
| iusNet STR-STPR | iusNet Strafrecht-Strafprozessrecht |
| JVA | Justizvollzugsanstalt |
| KESR | Kindes- und Erwachsenenschutzrecht |
| lit. | litera (= Buchstabe) |
| LU | Kanton Luzern |
| N | Note, Randnote, Randziffer |
| NKrim | Neue Zeitschrift für Kriminologie und Kriminalpolitik |
| NKVF | Nationale Kommission zur Verhütung von Folter |
| Nr. | Nummer |
| NZZ | Neue Zürcher Zeitung |
| OGer | Obergericht |
| PCL-R | Psychopathy Checklist Revised |
| PKN | Psychotherapeutenkammer Niedersachsen |
| R&P | Recht und Psychiatrie (Zeitschrift im Psychiatrie Verlag) |
| ROS | Risikoorientierter Sanktionenvollzug |
| RW | Rechtswissenschaft (Zeitschrift im Nomos Verlag) |

| | |
|------------|---|
| s. | siehe |
| S. | Seite(n) |
| SGFP | Schweizerische Gesellschaft für Forensische Psychiatrie |
| SGK | St. Galler Kommentar |
| SGPP | Schweizerische Gesellschaft für Psychiatrie und Psychotherapie |
| SJZ | Schweizerische Juristen-Zeitung |
| SNF | Schweizerischer Nationalfonds |
| sog. | sogenannt |
| SORAG | Sex Offender Risk Appraisal Guide |
| SPJ | Structured Professional Judgment |
| SR | Systematische Sammlung des Bundesrechts |
| StGB | Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0) |
| StPO | Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (SR 312.0) |
| StReG | Bundesgesetz über das Strafregister-Informationssystem VOSTRA vom 17. Juni 2016 (SR 330) |
| StV | Strafverteidiger (Zeitschrift im Luchterhand Fachverlag) |
| SZS | Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung und berufliche Vorsorge |
| vgl. | vergleiche |
| VOSTRA | Strafregister-Informationssystem (vollautomatisiertes Straf- register) |
| VRAG | Violence Risk Appraisal Guide |
| VRAG-R | Violence Risk Appraisal Guide-Revised |
| Weisung-LU | Weisung des Kantonsgerichts und der Oberstaatsanwaltschaft über psychiatrische und aussagepsychologische Gutachten im Strafver- fahren vom 7. Mai 2014, Fassung vom 28. November 2023 |
| WHO | Weltgesundheitsorganisation |
| z.B. | zum Beispiel |
| z.T. | zum Teil |
| ZBJV | Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins |
| ZBl | Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht |
| ZH | Kanton Zürich |
| Ziff. | Ziffer |
| zit. | zitiert |
| ZK | Zürcher Kommentar |
| ZSR | Zeitschrift für Schweizerisches Recht |

Abkürzungsverzeichnis

| | |
|-------|---|
| ZStrR | Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht |
| ZStW | Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft |

Literaturverzeichnis

AHMED ADAM, Sachverständige im Straf(verfahrens)recht, Schweigepflicht, Beauftragung/Auswahl, Gutachten nach Aktenlage, in: Pollähne Helmut/Lange-Joest Christa (Hrsg.), Achtung: Begutachtung!, Sachverständige in Justiz und Gesellschaft: Erwartungen und Verantwortung, Berlin 2017, S. 179 ff.

ALBRECHT HANS-JÖRG, Psychiatrie, Gefährlichkeit und Prognose, in: Yundina Elena/Stübner Susanne/Hollweg Matthias/Stadtland Cornelis (Hrsg.), Forensische Psychiatrie als interdisziplinäre Wissenschaft, Festschrift zum Geburtstag von Norbert Nedopil, Berlin 2013, S. 1 ff.

ALEX MICHAEL/FELTES THOMAS/KUDLACEK JANA, Qualitätssicherung von Prognosegutachten, StV 4/2013, S. 259 ff.

ALIOTTA MASSIMO, Begutachtungen im Bundessozialversicherungsrecht, Diss. Universität Zürich, Zürich 2017.

ALIOTTA MASSIMO, Blick auf die Beweismittel im Sozialversicherungsrecht – Wie sieht das schlüssige Beweisverfahren aus?, in: Fuhrer Stephan/Kieser Ueli/Weber Stephan (Hrsg.), Mehrspuriger Schadenausgleich – Des différentes voies menant à la réparation du dommage, Beiträge zum Haftpflicht-, Sozialversicherungs- und Privatversicherungsrecht – Avec des contributions en droit de la responsabilité civile, en droit des assurances sociales et privées, Zürich 2021, S. 1037 ff.

ALKAN-MEWES KENAN, Die Unabdingbaren, AJP 12/2015, S. 1702 ff.

ARZT GUNTHER, Ketzerische Bemerkungen zum Prinzip in dubio pro reo, Berlin 1997.

BABIC IVANA, Das psychiatrische Gutachten im Strafverfahren, unter Berücksichtigung rechtlicher, medizinischer und ethischer Aspekte, Diss. Universität Zürich, Zürich 2019.

BAECHTOLD ANDREA/WEBER JONAS/HOSTETTLER UELI, Strafvollzug, Straf- und Massnahmenvollzug an Erwachsenen in der Schweiz, 3. Aufl., Bern 2016.

BARTON STEPHAN, Sachverständiger und Verteidiger, StV 2/1983, S. 73 ff.

BERNARD STEPHAN, Sicherheitsgesellschaft und psychiatrische Begutachtungspraxis in Strafverfahren, Jusletter 13. Februar 2012.

BERNARD STEPHAN, In dubio pro reo?, forumpoenale 2/2013, S. 112 ff.

BERNARD STEPHAN, Freiheitsentziehendes Massnahmenrecht oder freiheitsentziehende Massnahmen jenseits des Rechts?, in: Kuhn André/Schwarzenegger Christian/Vuille Joëlle (Hrsg.), Strafverfolgung – Individuum – Öffentlichkeit im Spannungsfeld der Wahrnehmungen, Bern 2017, S. 139 ff.

BERNARD STEPHAN, (Keine) Kontrolle psychiatrischer Explorationsgespräche durch die Verteidigung?, iusNet STR-STPR 11/2018.

BERNARD STEPHAN, Rezension: Thierry Urwyler, Das Teilnahmerecht der Verteidigung am Explorationsgespräch des psychiatrischen Sachverständigen mit der beschuldigten Person im Lichte der EMRK, sui generis 2020, S. 274 ff.

BERNARD STEPHAN, Was ist Strafverteidigung?, Eine Praxiseinführung, Zürich 2021.

BERNARD STEPHAN, Die Funktion der Verteidigung bei der strafprozessualen Wahrheits-suche, Diss. Universität Basel, Basel 2023.

BERNARD STEPHAN/BINDER ANJA MARTINA, Neue StPO: Nach wie vor keine Kontrolle der sogenannten Erhebung bei (psychiatrischen) Begutachtungen?, *Anwaltsrevue* 1/2011, S. 9 ff.

BERNARD STEPHAN/STUDER RAFAEL, Psychiatrische Gutachter ohne strafprozessuale Kontrolle?, *ZStrR* 1/2015, S. 76 ff.

BERNARD STEPHAN/STUDER RAFAEL, Prekäre Unschuld bei Begutachtungen ohne Tat- oder Schuldinterlokt, in: Heer Marianne/Habermeyer Elmar/Bernard Stephan (Hrsg.), *Feststellung des Sachverhalts im Zusammenhang mit der Begutachtung*, Bern 2016, S. 1 ff.

BERNARD STEPHAN/STUDER RAFAEL, Fachkommissionen: Ein Gedankengang vom Zollikerberg nach Strassburg, in: Heer Marianne/Habermeyer Elmar/Bernard Stephan (Hrsg.), *Erkenntnisse von Fachkommissionen – Psychiatrische Gutachten im Fokus des Bundesgerichts*, Bern 2017, S. 1 ff.

BERNARD STEPHAN/STUDER RAFAEL, Nachverfahren im Rechtsstaat, in: Heer Marianne/Habermeyer Elmar/Bernard Stephan (Hrsg.), *Wege und Irrwege stationärer Massnahmen nach Rechtskraft des Strafurteils*, Bern 2018, S. 91 ff.

BERNARD STEPHAN/STUDER RAFAEL/GFELLER DIEGO R., Für eine faire Gutachtensvergabe, *NZZ* 15. November 2017.

BEVILACQUA LEONIE/CALFISCH ADRIANO/ENDRASS JÉRÔME et al., Expert opinions on criminal law cases in Switzerland – an empirical pilot study, *Swiss medical weekly* 2023, S. 1 ff.

BIAGGINI GIOVANNI, Über die Auslegung der Bundesverfassung und ihr Verhältnis zur EMRK, *ZBI* 2013, S. 316 ff.

BIAGGINI GIOVANNI, Verfassungsauslegung, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), *Verfassungsrecht der Schweiz, Band I: Grundlagen Demokratie Föderalismus*, Zürich 2020, S. 235 ff.

BIRO NOÉMI, Notwendige Verteidigung im Straf- und Massnahmenvollzug, Diss. Universität Luzern, Zürich/Basel/Genf 2019.

BIRO NOÉMI, Kritische Überlegungen zu den administrativen Zuständigkeiten im Straf- und Massnahmenvollzug, *recht* 4/2020, S. 221 ff.

BOEHME-NESSLER VOLKER, Prekäre Balance: Überlegungen zum heiklen Verhältnis von Richtern und Gutachtern, *RW* 2/2014, S. 189 ff.

BOETTICHER AXEL/KOLLER MATTHIAS/BÖHM KLAUS MICHAEL et al., Empfehlungen für Prognosegutachten: Rechtliche Rahmenbedingungen für Prognosen im Strafverfahren, *FPPK* 4/2019, S. 305 ff.

BOETTICHER AXEL/KRÖBER HANS-LUDWIG/MÜLLER-ISBERNER RÜDIGER et al., Mindestanforderungen für Prognosegutachten, *FPPK* 2/2007, S. 90 ff.

BÖHM KLAUS M., Zuständigkeiten und Aufgaben der Kriminalprognostik unter besonderer Berücksichtigung der Mindestanforderungen für Prognosegutachten, *R&P* 3/2018, S. 133 ff.

BRÄGGER BENJAMIN F./GRAF MARC, Gefährlichkeitsbeurteilung von psychisch kranken Straftätern, *Jusletter* 27. April 2015.

- BRETTEL HAUKE, Zum Umgang mit Tatsachen im Strafverfahren, FPPK 2/2022, S. 83 ff.
- BRUNNER MATTHIAS, Straf- und Massnahmenvollzug, in: Niggli Marcel Alexander/Weissenberger Philippe (Hrsg.), Strafverteidigung, Basel/Genf/München 2002, S. 223 ff.
- BRUNNER MATTHIAS, Psychiatrische Begutachtung, Aspekte der Verteidigung, in: Heer Marianne/Schöbi Christian (Hrsg.), Gericht und Expertise, Bern 2005, S. 185 ff.
- BRUNNER MATTHIAS, Psychiatrische Gutachter agieren im rechtsfreien Raum, Plädoyer 3/2005, S. 36 ff.
- BRUNNER MATTHIAS, Die Verlässlichkeit von psychiatrischen Gutachten, in: Capus Nadja/Bacher Jean-Luc (Hrsg.), Straffjustiz zwischen Anspruch und Wirklichkeit, Bern 2010, S. 303 ff.
- BRUNNER MATTHIAS, Verteidigung/Beratung des Klienten bei der psychiatrischen Begutachtung, in: Forum Strafverteidigung (Hrsg.), Strafverteidigung und Sicherheitswahn, 3. Dreiländerforum Strafverteidigung Zürich, 14./15. Juni 2013, Wien/Graz/Zürich et al. 2014, S. 137 ff.
- CAPUS NADJA, Der Umgang mit der Verbrechenswahrscheinlichkeit, unter besonderer Berücksichtigung der Kriminalprognose, in: Forum Strafverteidigung (Hrsg.), Strafverteidigung und Sicherheitswahn, 3. Dreiländerforum Strafverteidigung Zürich, 14./15. Juni 2013, Wien/Graz/Zürich et al. 2014, S. 53 ff.
- CAPUS NADJA, Evaluation des Schrift-, Audio- und Videoprotokolls im Lichte des Gebots des tauglichsten Beweismittels, in: Geth Christopher (Hrsg.), Die revidierte Strafprozessordnung, Basel 2023, S. 265 ff.
- CHIARIELLO ELISABETH, Der Richter als Verfassungsgeber?, Zur Fortbildung von Grundlagen des Rechtsstaats und der Demokratie durch höchste Gerichte: das Phänomen Richterrecht exemplarisch dargestellt im Rahmen der grundrechtlichen Judikatur der Schweiz, Deutschlands und der europäischen Gerichtsbarkeiten (EGMR, EuGH), Habil. Universität Bern, Zürich/St. Gallen 2009.
- CONINX ANNA, Zwangsmassnahmen zwischen Verwaltungsrecht und Strafrecht, Sicherheit & Recht 3/2014, S. 183 ff.
- CONINX ANNA, Rechtsphilosophische Grundlagen des Strafens und aktuelle Entwicklungen im Massnahmenrecht, recht 4/2016, S. 157 ff.
- CONINX ANNA, Verbrechensbekämpfung jenseits der Schuldstrafe, Grundprobleme der freiheitsentziehenden Massnahmen nach schweizerischem Strafgesetzbuch – Analyse, Kritik, Lösungsvorschläge, Habil. Universität Luzern, Bern 2024.
- DAHLE KLAUS-PETER, (Sach-)Verständige Auswahl und Integration von Basisrateninstrumenten und Prognoseinstrumenten der «dritten Generation», in: Rettenberger Martin/von Franqué Fritjof (Hrsg.), Handbuch kriminalprognostischer Verfahren, Göttingen 2015, S. 337 ff.
- DECAIGNY TOM, Inquisitorial and Adversarial Expert Examinations in the Case Law of the European Court of Human Rights, New Journal of European Criminal Law 5/2014, S. 149 ff.
- DEMKO DANIELA, «Menschenrecht auf Verteidigung» und Fairness des Strafverfahrens auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene, Dargestellt anhand eines Strafrechts-

vergleichs zum Konfrontationsrecht des Angeklagten gegenüber Belastungszeugen und unter Zugrundelegung von Erkenntnissen aus Philosophie und Psychologie, Habil. Universität Zürich, Berlin 2014.

DITTMANN VOLKER, Qualitätskriterien psychiatrischer Gutachten, Was darf der Jurist vom psychiatrischen Gutachter erwarten?, in: Ebner Gerhard/Dittmann Volker/Gravier Bruno et al. (Hrsg.), *Psychiatrie und Recht*, Zürich/Basel/Genf 2005, S. 141 ff.

DITTMANN VOLKER, Lieber würfeln oder eine Münze werfen? Über Risiken, wissenschaftliche Erkenntnis und Prognosen, in: Yundina Elena/Stübner Susanne/Hollweg Matthias/Stadtland Cornelis (Hrsg.), *Forensische Psychiatrie als interdisziplinäre Wissenschaft*, Festschrift zum Geburtstag von Norbert Nedopil, Berlin 2013, S. 45 ff.

DITTMANN VOLKER, Kriterien zur Beurteilung der Legalprognose (Basler Kriterienkatalog), Arbeitsinstrument der Konkordatischen Fachkommission zur Beurteilung der Gemeingefährlichkeit von Straftätern der Nordwest- und Innerschweiz, 2. überarbeitete Version, März 2017, Basel.

DÖBELE ANNE-LUISE, Standardisierte Prognoseinstrumente zur Vorhersage des Rückfallrisikos von Straftätern, Eine kritische Betrachtung des Einsatzes in der Strafrechtspflege aus juristischer Sicht, Diss. Universität Regensburg, Hamburg 2014.

DONATSCH ANDREAS, Das Sachverständigengutachten im Strafprozess, *forum poenale* 2/2019, S. 135 ff.

DONATSCH ANDREAS/ARNOLD IRENE, Auswirkungen der EMRK auf das schweizerische Strafprozessrecht, in: Jaag Tobias/Kaufmann Christine (Hrsg.), *40 Jahre Beitritt der Schweiz zur EMRK*, Referate zur Jubiläumstagung vom 27. November 2014, Zürich 2015, S. 91 ff.

Donatsch Andreas/Lieber Viktor/Summers Sarah/Wohlers Wolfgang (Hrsg.), *Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung*, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020 (zit. ZK StPO-BEARBEITENDE PERSON).

Donatsch Andreas/Schmid Niklaus (Hrsg.), *Kommentar zur Strafprozessordnung des Kantons Zürich*, Zürich 2000 (zit. Kommentar StPO ZH-BEARBEITENDE PERSON).

DONATSCH ANDREAS/SUMMERS SARAH/WOHLERS WOLFGANG, *Strafprozessrecht*, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2023.

DONATSCH ANDREAS/ZUBERBÜHLER SIMONE, Die Nutzung von Expertenwissen im Strafverfahren, am Beispiel des Strafprozessrechts des Kantons Zürich sowie des Entwurfs für eine eidgenössische Strafprozessordnung, in: Niggli Marcel Alexander/Hurtado Pozo José/Queloz Nicolas (Hrsg.), *Festschrift für Franz Riklin*, Zürich/Basel/Genf 2007, S. 337 ff.

DRESSING HARALD/FOERSTER KLAUS, Forensisch-psychiatrische Untersuchung, in: Dressing Harald/Habermeyer Elmar (Hrsg.), *Psychiatrische Begutachtung*, Ein praktisches Handbuch für Ärzte und Juristen, 7. Aufl., München 2021, S. 15 ff.

DRESSING HARALD/HABERMEYER ELMAR, Begutachtung der Schuldfähigkeit und der Indikation einer Massregel, in: Habermeyer Elmar/Dressing Harald/Seifert Dieter/Lau Steffen (Hrsg.), *Praxishandbuch Therapie in der Forensischen Psychiatrie und Psychologie*, München 2022, S. 35 ff.

DRZALIC JANA JOHANNA, Gutachten und Richter im Strafprozess, Diss. Universität Zürich, Zürich/Basel/Genf 2021.

EBNER GERHARD/COLOMB ETIENNE/MAGER RALPH et al., Qualitätsleitlinien für versicherungspsychiatrische Gutachten, SZS 2016, S. 435 ff.

EGG RUDOLF, Forensisch-psychologische Begutachtung in der Strafjustiz, Entwicklung und Perspektiven in Deutschland, in: Egg Rudolf (Hrsg.), Psychologisch-psychiatrische Begutachtung in der Strafjustiz, Wiesbaden 2012, S. 15 ff.

EGMR (Hrsg.), Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights, Right to a fair trial (criminal limb), 31. August 2022 (zit. EGMR, Guide on Article 6).

Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, 4. Aufl., Zürich 2023 (zit. SGK BV-BEARBEITENDE PERSON).

ERB VOLKER, Die Abhängigkeit des Richters vom Sachverständigen, ZStW 4/2009, S. 882 ff.

ESSER ROBERT, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht, Die Grundlagen im Spiegel der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) in Strassburg, Diss. Universität Trier, Berlin 2002.

ESSER ROBERT, Anforderungen der EMRK an den strafprozessualen Sachverständigenbeweis, in: Esser Robert/Harich Björn/Lohse Frank/Sinn Arndt (Hrsg.), Die Bedeutung der EMRK für die nationale Rechtsordnung, Strafrecht – Zivilrecht – Öffentliches Recht, Vorträge und Referate der Sommerakademie in Antalya/Kemer vom 14. bis 28. September 2003, Berlin 2003, S. 35 ff.

FONJALLAZ JEAN/GASSER JACQUES, Le juge et le psychiatre, Une tension nécessaire, Chêne-Bourg/Bern 2017.

FURGER ROLAND, Hinweise zum kritischen Umgang mit psychiatrischen Gutachten, ZStrR 1988, S. 385 ff.

GAEDE KARSTEN, Fairness als Teilhabe, Das Recht auf konkrete und wirksame Teilhabe durch Verteidigung gemäss Art. 6 EMRK, Ein Beitrag zur Dogmatik des fairen Verfahrens in europäischen Strafverfahren und zur wirksamkeitsverpflichteten Konventionsauslegung unter besonderer Berücksichtigung des Rechts auf Verteidigungsbeistand, Diss. Universität Zürich, Berlin 2007.

GARLAND LORENZ, Waffengleichheit im Vorverfahren, Diss. Universität Zürich, Berlin/Bern 2019.

GETH CHRISTOPHER, Rechtsmittel gegen selbstständige nachträgliche Entscheidungen des Gerichts nach Art. 363 ff. StPO, AJP 3/2011, S. 313 ff.

GETH CHRISTOPHER, Aufsichtsrechtliche Mitwirkungspflichten und nemo tenetur, in: Emmenegger Susan/Lauber Michael (Hrsg.), Banken zwischen Strafrecht und Aufsichtsrecht, Basel 2014, S. 141 ff.

GLANZMANN-TARNUTZER LUCREZIA, Der Beweiswert medizinischer Erhebungen im Zivil-, Straf- und Sozialversicherungsprozess, AJP 2005, S. 73 ff.

GLESS SABINE, Die «Verkehrsfähigkeit von Beweisen» im Strafverfahren, ZStW 1/2003, S. 131 ff.

- GMÜR MARIO, Die Anforderungen an psychiatrische Gutachten, Plädoyer 4/1999, S. 28 ff.
- GRABENWARTER CHRISTOPH/PABEL KATHARINA, Europäische Menschenrechtskonvention, Ein Studienbuch, 7. Aufl., München 2021.
- GRAF DAMIAN K., Schweigen ist Blei: Aussageverweigerung als Schuldindiz im Strafprozessrecht?, SJZ 8/2015, S. 189 ff.
- GRAF MARC, Missbrauch des psychiatrischen Gutachters bei der Rechtsfindung, in: Brägger Benjamin F./Steiner Silvia/Vuille Joëlle (Hrsg.), Bedrohte oder bedrohende Sicherheit?, Bern 2012, S. 141 ff.
- GRAF MARC, Gefährlichkeitsprognostik und Risikobeurteilung: Stärken und Schwächen unterschiedlicher Methoden, in: Riklin Franz (Hrsg.), Strafen ohne Augenmass, Strafrecht im Spannungsfeld zwischen Einzelfallwürdigung, Opferschutz und Nulltoleranz, Bern 2016, S. 43 ff.
- GRAF MARC, Qualitätskriterien forensischer Gutachten, in: Kuhn André/Schwarzenegger Christian/Vuille Joëlle (Hrsg.), Strafverfolgung – Individuum – Öffentlichkeit im Spannungsfeld der Wahrnehmungen, Bern 2017, S. 91 ff.
- GRETENKORD LUTZ, Warum Prognoseinstrumente?, in: Rettenberger Martin/von Franqué Fritjof (Hrsg.), Handbuch kriminalprognostischer Verfahren, Göttingen 2015, S. 19 ff.
- GSCHWIND MARTIN/PETERSOHN FRANZ/RAUTENBERG ERARDO CRISTOFORO, Die Beurteilung psychiatrischer Gutachten im Strafprozess, Stuttgart 1982.
- HABERMEYER ELMAR, Urteilsbesprechung Nr. 1, Bundesgericht, I. öffentlich-rechtliche Abteilung, Urteil vom 19. November 2021 i.S. Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich gegen A. – 1B_589/2021, forumpoenale 1/2023, S. 2 ff.
- HABERMEYER ELMAR/MOKROS ANDREAS/HILL ANDREAS et al., Möglichkeiten und Grenzen der Forensischen Psychiatrie, forumpoenale 4/2019, S. 209 ff.
- HABERMEYER ELMAR/SACHS JOSEF, Aufgaben und Rolle der forensischen Psychiatrie, Jusletter 27. April 2015.
- HABERMEYER ELMAR/SASS HENNING, Möglichkeiten und Grenzen der strafrechtlichen Begutachtung nach Aktenlage, FPPK 2022.
- HAEFLIGER ARTHUR/SCHÜRMANN FRANK, Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz, 3. Aufl., Bern 2023.
- HALLER WALTER/HÄFELIN ULRICH/KELLER HELEN/THURNHERR DANIELA, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10. Aufl., Zürich 2020.
- HAUG ACHIM, Psychiatrische Untersuchung, 8. Aufl., Berlin, Heidelberg 2017.
- HAUSER ROBERT/SCHWERI ERHARD/HARTMANN KARL, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. Aufl., Basel 2005.
- HÄUSERMANN DANIEL M., Fehler erster und zweiter Art im Strafrecht – oder was das Nicht-ingangsetzen der Parkuhr mit induktiver Statistik zu tun hat, ZStrR 2/2011, S. 194 ff.
- HEER MARIANNE, Einige Schwerpunkte des neuen Massnahmenrechts, ZStrR 4/2003, S. 376 ff.
- HEER MARIANNE, Psychiatrische Gutachten als Grundlage für verantwortbare gerichtliche Entscheidungen, Eindrücke aus der ermittlungsrichterlichen und richterlichen Praxis in der

Schweiz, in: Hässler Frank/Rebernik Elisabeth/Schnoor Kathleen et al. (Hrsg.), Forensische Kinder-, Jugend- und Erwachsenenpsychiatrie, Aspekte der forensischen Begutachtung, Stuttgart 2003, S. 199 ff.

HEER MARIANNE, Psychiatrische Gutachten im Strafverfahren, Eine Herausforderung für Juristen, in: Riedo Christof/Fiolka Gerhard/Gfeller Diego R. (Hrsg.), Liber amicorum für Marcel Alexander Niggli, Von Lemuren, Igeln und anderen strafrechtlichen Themen, Basel 2010, S. 101 ff.

HEER MARIANNE, Die psychiatrische Begutachtung unter dem Einfluss des Strafprozessrechts, in: Heer Marianne/Heimgartner Stefan/Niggli Marcel Alexander/Thommen Marc (Hrsg.), «Toujours agité – jamais abattu», Festschrift für Hans Wiprächtiger, Basel 2011, S. 177 ff.

HEER MARIANNE, Psychiatrische Gutachten: wertvolle Entscheidungsgrundlagen oder Feigenblatt?, in: Riklin Franz (Hrsg.), Kapitulierte die Strafjustiz vor der Psychiatrie?, Verschuldensstrafrecht auf dem Prüfstand, Bern 2016, S. 11 ff.

HEER MARIANNE, Beendigung therapeutischer Massnahmen: Zuständigkeiten und Verfahren, AJP 5/2017, S. 592 ff.

HEER MARIANNE, Immer strengere Anforderungen an psychiatrische Gutachten, einige Überlegungen aus richterlicher Sicht, in: Kuhn André/Schwarzenegger Christian/Vuille Joëlle (Hrsg.), Strafverfolgung – Individuum – Öffentlichkeit im Spannungsfeld der Wahrnehmungen, Bern 2017, S. 105 ff.

HEER MARIANNE, Juristische Anforderungen an psychiatrische Gutachten, Zugleich ein kritischer Blick auf standardisierte Prognoseinstrumente, in: Heer Marianne/Habermeyer Elmar/Bernard Stephan (Hrsg.), Erkenntnisse von Fachkommissionen – Psychiatrische Gutachten im Fokus des Bundesgerichts, Bern 2017, S. 105 ff.

HEER MARIANNE, Nachverfahren bei strafrechtlichen Massnahmen, in: Heer Marianne/Habermeyer Elmar/Bernard Stephan (Hrsg.), Wege und Irrwege stationärer Massnahmen nach Rechtskraft des Strafurteils, Bern 2018, S. 47 ff.

HEER MARIANNE/COVACI JACQUELINE, Teilnahmerecht der Verteidigung bei psychiatrischen Explorationsgesprächen, AJP 4/2019, S. 438 ff.

HEIMGARTNER STEFAN, Auslegungs- und Rechtsfindungsmethodik im Strafprozessrecht, AJP 1/2016, S. 3 ff.

HEINITZ ERNST, Grenzen der Zulässigkeit eigener Ermittlungstätigkeit des Sachverständigen im Strafprozess, in: Bockelmann Paul/Kaufmann Arthur/Klug Ulrich (Hrsg.), Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag, Frankfurt am Main 1969, S. 693 ff.

HELFENSTEIN MARC, Der Sachverständigenbeweis im schweizerischen Strafprozess, Diss. Universität Zürich, Zürich 1978.

HILTON ZOE N./CARTER ANGELA M./HARRIS GRANT T./SHARPE AMILYNN J. B., Does using nonnumerical terms to describe risk aid violence risk communication? Clinician agreement and decision making, Journal of interpersonal violence 2/2008, S. 171 ff.

HÖRNLE TATJANA, Unterschiede zwischen Strafverfahrensordnungen und ihre kulturellen Hintergründe, ZStW 4/2005, S. 801 ff.

HUBER ANDREAS, Experten und Expertenkommissionen im Strafprozess und im Straf- und Massnahmenvollzug, Eine kritische Analyse der Mitwirkung von Sachverständigen, Fachrichtern und Fachkommissionen unter Berücksichtigung verwaltungs- und staatsrechtlicher Aspekte, Diss. Universität Basel, Zürich 2019.

Jeanneret Yvan/Kuhn André/Perrier Depeursinge Camille (Hrsg.), Code de procédure pénale suisse, 2. Aufl., Basel 2019 (zit. CR CPP-BEARBEITENDE PERSON).

JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL MARC, Strafprozessrecht, Zürich/St. Gallen 2020.

JOSET ALAIN, Kritische Bemerkungen zu den Entscheidgrundlagen im Nachverfahren, in: Heer Marianne/Habermeyer Elmar/Bernard Stephan (Hrsg.), Feststellung des Sachverhalts im Zusammenhang mit der Begutachtung, Bern 2016, S. 131 ff.

JOSITSCH DANIEL, Grundriss des schweizerischen Strafprozessrechts, 4. Aufl., Zürich 2023.

JOSITSCH DANIEL/SCHMID NIKLAUS, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 4. Aufl., Zürich 2023.

JOSITSCH DANIEL/SCHMID NIKLAUS, Praxiskommentar Schweizerische Strafprozessordnung, 4. Aufl., Zürich 2023.

Karpenstein Ulrich/Mayer Franz C. (Hrsg.), EMRK, Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, 3. Aufl., Basel 2022 (zit. EMRK Beck-BEARBEITENDE PERSON).

KAUFMANN MARTIN, Beweisführung und Beweiswürdigung, Tatsachenfeststellung im schweizerischen Zivil-, Straf- und Verwaltungsprozess, Zürich 2009.

KIENER REGINA/KÄLIN WALTER/WYTENBACH JUDITH, Grundrechte, 3. Aufl., Bern 2018.

KIRCHMAIR ROLF, Qualitative Forschungsmethoden, Berlin, Heidelberg 2022.

KONRAD NORBERT/HUCHZERMEIER CHRISTIAN/RASCH WILFRIED, Forensische Psychiatrie und Psychotherapie, Rechtsgrundlagen, Begutachtung und Praxis, 5. Aufl., Stuttgart 2018.

KOTTMANN SIMON, Problematiken des Einvernahmeprotokolls – die audiovisuelle Aufzeichnung als denkbare Alternative?, ZStrR 1/2023, S. 114 ff.

KRAMER ERNST A./ARNET RUTH, Juristische Methodenlehre, 7. Aufl., Bern 2024.

KRAUSS DETLEF, Richter und Sachverständiger im Strafverfahren, Kiel 1972.

KRÖBER HANS-LUDWIG, Das Basisraten, FPPK 2/2011, S. 121 ff.

KRÖBER HANS-LUDWIG, Aktengutachten, FPPK 4/2013, S. 302 ff.

KRÖBER HANS-LUDWIG, Nötige und unnötige Prognosegutachten – aus Sicht eines externen Sachverständigen, FPPK 3/2020, S. 294 ff.

KRÖBER HANS-LUDWIG/BRETTEL HAUKE/RETTEBERGER MARTIN/STÜBNER SUSANNE, Empfehlungen für Prognosegutachten: Erfahrungswissenschaftliche Empfehlungen für kriminalprognostische Gutachten, FPPK 4/2019, S. 334 ff.

KUHN ERICH/BERNARD STEPHAN, Gutachten entstehen in einer Blackbox, Plädoyer 3/2011, S. 6 ff.

KUNZL FRANZISKA/PFÄFFLIN FRIEDEMANN, Qualitätsanalyse österreichischer Gutachten zur Zurechnungsfähigkeit und Gefährlichkeitsprognose, R&P 3/2011, S. 152 ff.

LANDSTRÖM SARA/ROOS AF HJELMSÄTER EMMA/ANDERS GRANHAG PÄR, The Camera Perspective Bias: A Case Study, *Journal of Investigative Psychology and Offender Profiling* 4/2007, S. 199 ff.

LANGE JULIAN, Die Kriminalprognose im Recht der Sicherungsverwahrung, Bedeutung der Prognoseabhängigkeit für Anordnung, Vollstreckung und Rechtskraft, Diss. Universität Potsdam, Berlin 2012.

LAU STEFFEN, Prognosegutachten im Massnahmenverlauf – lässt sich die Effizienz der Behandlung messen?, in: Heer Marianne/Habermeyer Elmar/Bernard Stephan (Hrsg.), Wege und Irrwege stationärer Massnahmen nach Rechtskraft des Strafurteils, Bern 2018, S. 19 ff.

LAUBACHER ARJA/URBANIÖK FRANK/ENDRASS JÉRÔME/ROSSEGGER ASTRID, Gutachten und Massnahmen bei Sexual- und Gewaltstraftätern: Welche Rolle spielt die Nationalität des Täters?, *forum poenale* 4/2008, S. 237 ff.

LEHMANN JULIA/MOSER VERA/STUDER RAFAEL, Falsch-Positive im Massnahmenrecht – Eine Debattenanalyse, *NKrim* 1/2023, S. 10 ff.

LEHNER CHRIS, Nachträgliche Anordnung Stationärer Therapeutischer Massnahmen, Eine Auseinandersetzung mit Art. 65 Abs. 1 StGB, Diss. Universität Luzern, Zürich 2015.

LEHNER CHRIS, Freiheitsentziehende Massnahmen im schweizerischen Strafrecht, *recht* 2/2017, S. 81 ff.

MAIER PHILIPP/MÖLLER ARNULF, Das gerichtspsychiatrische Gutachten gemäss Art. 13 StGB, Zürich 1999.

MEIER INES, Der Dualismus von Verwaltungs- und Strafverfahren, Diss. Universität Zürich, Zürich/Basel/Genf 2017.

MELUNOVIC KENAD, Das Erfordernis von audiovisuellen Aufzeichnungen im Strafverfahren als Ausfluss des Gebots des bestmöglichen Beweismittels, *AJP* 5/2016, S. 596 ff.

METTLER CHRISTOPH, In dubio pro reo – ein Grundsatz im Zweifel, *AJP* 1999, S. 1107 ff.

Meyer-Ladewig Jens/Nettesheim Martin/von Raumer Stefan (Hrsg.), EMRK Europäische Menschenrechtskonvention, Handkommentar, 5. Aufl., Baden-Baden 2023 (zit. EMRK NOMOS-BEARBEITENDE PERSON).

MOKROS ANDREAS, Prognoseinstrumente, insbesondere PCL-R: Eine Erläuterung für Angehörige der Justiz, in: Heer Marianne/Habermeyer Elmar/Bernard Stephan (Hrsg.), Erkenntnisse von Fachkommissionen – Psychiatrische Gutachten im Fokus des Bundesgerichts, Bern 2017, S. 87 ff.

MOKROS ANDREAS/DRESSING HARALD/HABERMAYER ELMAR, Die Begutachtung der Kriminalprognose (Risikobeurteilung und -handhabung), in: Dressing Harald/Habermeyer Elmar (Hrsg.), Psychiatrische Begutachtung, Ein praktisches Handbuch für Ärzte und Juristen, 7. Aufl., München 2021, S. 460 ff.

MOKROS ANDREAS/HOLLERBACH PIA/NITSCHKE JOACHIM/HABERMAYER ELMAR, PCL-R, Deutsche Version der Hare Psychopathy Checklist – Revised (PCL-R) von R.D. Hare, Göttingen 2017.

MÜLLER-ISBERNER RÜDIGER/JÖCKEL DIETER/GONZALEZ CABEZA SARA, Die Vorhersage von Gewalttaten mit dem HCR-20, in der modifizierten und adaptierten Übersetzung der kanadischen Originalversion 2, Haina 2014.

MUSHOFF TOBIAS, Strafe – Massregel – Sicherungsverwahrung, Eine kritische Untersuchung über das Verhältnis von Schuld und Prävention, Diss. Universität Bielefeld, Frankfurt am Main/Berlin/Bern et al. 2008.

NEAL TESS M. S./GRISSE THOMAS, The cognitive underpinnings of bias in forensic mental health evaluations, *Psychology, Public Policy and Law* 2/2014, S. 200 ff.

NEDOPIL NORBERT, Standardisierte Dokumentation als Methode der Qualitätssicherung, *FPPK* 4/2012, S. 221 ff.

NEDOPIL NORBERT/DITTMANN VOLKER/KIESEWETTER MARTIN, Qualitätsanforderungen an psychiatrische Gutachten, *ZStrR* 2005, S. 127 ff.

NEDOPIL NORBERT/ENDRASS JÉRÔME/ROSSEGGER ASTRID/WOLF THOMAS, Prognose: Risikoeinschätzung in forensischer Psychiatrie und Psychologie, Ein Handbuch für die Praxis, Lengerich/Westfalen 2021.

Niggli Marcel Alexander/Heer Marianne/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Schweizerische Strafprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2023 (zit. BSK StPO-BEARBEITENDE PERSON).

Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Strafrecht, Basel 2018 (zit. BSK StGB-BEARBEITENDE PERSON).

NOLL ANDREAS, Fernwirkung des strafprozessualen Nemo-tenetur-Satzes in andere Rechtsgebiete, *forumpoenale Sondernummer* 2020, S. 177 ff.

OBERHOLZER NIKLAUS, Feststellung des Sachverhalts im Zusammenhang mit der Begutachtung aus der Perspektive der Justiz, in: Heer Marianne/Habermeyer Elmar/Bernard Stephan (Hrsg.), Feststellung des Sachverhalts im Zusammenhang mit der Begutachtung, Bern 2016, S. 43 ff.

OBERHOLZER NIKLAUS, Grundzüge des Strafprozessrechts, 4. Aufl., Bern 2020.

PIETH MARK/GETH CHRISTOPHER, Schweizerisches Strafprozessrecht, 4. Aufl., Basel 2023.

POLLÄHNE HELMUT, Begutachtung! Nach bestem Wissen und Gewissen?, in: Pollähne Helmut/Lange-Joest Christa (Hrsg.), Achtung: Begutachtung!, Sachverständige in Justiz und Gesellschaft: Erwartungen und Verantwortung, Berlin 2017, S. 23 ff.

RÄZ TIM, Understanding risk with FOTRES?, *AI and Ethics* 4/2022, S. 1153 ff.

RENZIKOWSKI JOACHIM, Fair trial als Waffengleichheit, adversatorische Elemente im Strafprozess?, in: Renzikowski Joachim (Hrsg.), Die EMRK im Privat-, Straf- und Öffentlichen Recht, Grundlagen einer europäischen Rechtskultur, Baden-Baden 2005, S. 97 ff.

RETENBERGER MARTIN/EHER REINHARD, Potenzielle Fehlerquellen bei der Erstellung von Kriminalprognosen, die gutachterliche Kompetenzillusion und mögliche Lösungsansätze für eine bessere Prognosepraxis, *R&P* 1/2016, S. 50 ff.

RETENBERGER MARTIN/EHER REINHARD/DESMARAI SARAH L. et al., Kriminalprognosen in der Praxis, *Diagnostica* 1/2017, S. 2 ff.

RETENBERGER MARTIN/GREGÓRIO HERTZ PRISCILLA/EHER REINHARD, Die deutsche Version des Violence Risk Appraisal Guide-Revised (VRAG-R), Wiesbaden 2017.

- RIEDO CHRISTOF/FIOLKA GERHARD/NIGGLI MARCEL ALEXANDER, Schweizerisches Strafprozessrecht, sowie Rechtshilfe in Strafsachen, Basel 2011.
- RIEDO CHRISTOF/LEHMANN JULIA/MEILE JASMIN, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Strafprozessrecht im Jahr 2022, ZBJV 1/2024, S. 28 ff.
- ROM FELIX, Die Bedeutung des psychiatrischen Gutachtens im schweizerischen Strafrecht, Diss. Universität Zürich, Zürich 1953.
- RONC PASCAL, Die Menschenwürde als Prinzip der EMRK, Eine Analyse unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des EGMR zum Strafrecht – zugleich ein Beitrag zur Methodik der Auslegung der EMRK, Diss. Universität Zürich, Berlin 2020.
- RÖSSNER DIETER, Kapitel 3.2 bis 3.7, in: Kröber Hans-Ludwig/Dölling Dieter/Sass Henning (Hrsg.), Handbuch der Forensischen Psychiatrie, Band 1: Strafrechtliche Grundlagen der Forensischen Psychiatrie, Darmstadt 2007, S. 402 ff.
- ROXIN CLAUS/SCHÜNEMANN BERND, Strafverfahrensrecht, Ein Studienbuch, 30. Aufl., München 2022.
- RUCKSTUHL NIKLAUS/DITTMANN VOLKER/ARNOLD JÖRG, Strafprozessrecht, Unter Einschluss der forensischen Psychiatrie und Rechtsmedizin sowie des kriminaltechnischen und naturwissenschaftlichen Gutachtens, Zürich/Basel/Genf 2011.
- SACHS JOSEF, Immer mehr, immer aufwändigere und teurere forensisch-psychiatrische Gutachten: Welcher Aufwand ist wirklich notwendig?, Die Sicht des Psychiaters, in: Capus Nadja/Bacher Jean-Luc (Hrsg.), Strajustiz zwischen Anspruch und Wirklichkeit, Bern 2010, S. 287 ff.
- SACHS JOSEF, Blick hinter das Konzept der Gefährlichkeit, in: Niggli Marcel Alexander/Jendly Manon (Hrsg.), Strafsystem und Öffentlichkeit: Zwischen Kuscheljustiz und Scharfrichter, Bern 2012, S. 177 ff.
- SALADIN PETER, Rechtsstaatliche Anforderungen an Gutachten, in: Merz Hans/Schluep Walter R. (Hrsg.), Recht und Wirtschaft heute, Festgabe zum 65. Geburtstag von Max Kummer, Bern 1980, S. 657 ff.
- SANER ALAIN, Das Teilnahmerecht der Verteidigung bei der psychiatrischen Exploration der beschuldigten Person, ZStrR 2/2014, S. 121 ff.
- SASS HENNING, Grundlagen des Zusammenwirkens von Juristen und psychiatrischen/psychologischen Sachverständigen – Anmerkungen aus psychiatrischer/psychologischer Sicht, in: Kröber Hans-Ludwig/Dölling Dieter/Sass Henning (Hrsg.), Handbuch der Forensischen Psychiatrie, Band 1: Strafrechtliche Grundlagen der Forensischen Psychiatrie, Darmstadt 2007, S. 424 ff.
- SCHAAD THOMAS, Verhältnis zwischen der ausländerrechtlichen Mitwirkungspflicht und den strafprozessualen Verweigerungsrechten, Jusletter 20. März 2017.
- SCHLEIMINGER DORRIT, Wiederholung der Beweiserhebung bei Teilnahmerechtsverletzung (Art. 147 Abs. 3 StPO) und Recht auf Konfrontation (Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK), ZStrR 1/2023, S. 40 ff.
- SCHMID NIKLAUS, Einige Aspekte der naturwissenschaftlichen Gutachten aus der Sicht der Schweizerischen Strafprozessordnung, AJP 7/2010, S. 819 ff.

SCHNELL BEAT/STEFFEN SIMONE, Schweizerisches Strafprozessrecht in der Praxis, Theorie, Rechtsprechung und Musterdokumente, Bern 2019.

THURNHERR DANIELA, Verfahrensgrundrechte und Verwaltungshandeln, Habil. Universität Basel, Zürich/St. Gallen 2013.

TOEPEL FRIEDRICH, Grundstrukturen des Sachverständigenbeweises im Strafprozessrecht, Habil. Universität Bonn, Tübingen 2002.

TRECHSEL STEFAN, Human rights in criminal proceedings, Oxford/New York 2005.

TSCHANEN PIERRE, § 9 Verfassungsauslegung, in: Thüer Daniela/Aubert Jean-François/Müller Jörg Paul (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich/Basel/Genf 2001, S. 149 ff.

URWYLER THIERRY, Bundesgericht, Strafrechtliche Abteilung, Urteil 6B_156/2019 vom 27. Juni 2019, X. gegen Staatsanwaltschaft des Staates Freiburg, Stationäre therapeutische Massnahme anstelle der Strafe (Art. 63b Abs. 5 StGB), Verwertbarkeit des Gutachtens, wirksame Verteidigung, AJP 12/2019, S. 1360 ff.

URWYLER THIERRY, Das Teilnahmerecht der Verteidigung am Explorationsgespräch des psychiatrischen Sachverständigen mit der beschuldigten Person im Lichte der EMRK, Mit Fokus auf das Gutachten zur Schuldfähigkeit und Massnahmenindikation, Diss. Universität Luzern, Luzern 2019.

URWYLER THIERRY/BÜRGI SILJA/HACHTEL HENNING et al., Der Beweiswert von Therapieberichten gegenüber Gutachten, Jusletter 22. März 2021.

URWYLER THIERRY/ENDRASS JÉRÔME/HACHTEL HENNING/GRAF MARC, Handbuch Strafrecht – Psychiatrie – Psychologie, Basel 2022.

VILLIGER MARK E., Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020.

VOLCKART BERND, Beweisrechtliche Beschränkungen der Prognosebegutachtung, in: Leygraf Norbert/Volbert Renate/Horstkotte Hartmuth/Fried Sybilla (Hrsg.), Die Sprache des Verbrechens – Wege zu einer klinischen Kriminologie, Festschrift für Wilfried Rasch, Stuttgart/Berlin/Köln 1993, S. 103 ff.

VOLCKART BERND, Praxis der Kriminalprognose, Methodologie und Rechtsanwendung, München 1997.

Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Bundesverfassung, Basel 2015 (zit. BSK BV-BEARBEITENDE PERSON).

WANGMO TENZIN/SEAWARD HELENE/PAGEAU FELIX et al., Forensic-Psychiatric Risk Evaluations: Perspectives of Forensic Psychiatric Experts and Older Incarcerated Persons From Switzerland, *Frontiers in Psychiatry* 12/2021.

WEBER JONAS, Zur Verhältnismässigkeit der Sicherungsverwahrung, Ausblick auf die künftige Anwendung von Art. 64 EStGB, ZStrR 2002, S. 398 ff.

WEBER JONAS, Zum Missbrauch der «Behandlung von psychischen Störungen» zu Sicherungszwecken im schweizerischen Strafrecht, in: Drenkhahn Kirstin/Geng Bernd/Grzywa-Holten Joanna et al. (Hrsg.), Kriminologie und Kriminalpolitik im Dienste der Menschenwürde, Festschrift für Frieder Dunkel zum 70. Geburtstag, Mönchengladbach 2020, S. 543 ff.

WEBER JONAS/SCHAUB JANN/BUMANN-PACOZZI CORINNA MARIA/SACHER KEVIN, Anordnung und Vollzug stationärer therapeutischer Massnahmen gemäss Art. 59 StGB mit Fokus auf geschlossene Strafanstalten bzw. geschlossene Massnahmeneinrichtungen, Studie zuhanden der Nationalen Kommission zur Verhütung von Folter (NKVF), Bern 28. August 2015.

WERTZ MAXIMILIAN/RETTEBERGER MARTIN, Die Verwendung standardisierter Prognoseinstrumente in der Begutachtungspraxis: Empirische Erkenntnisse zur Häufigkeit und Risikokommunikation in Abhängigkeit von gutachten- und probandenbezogenen Merkmalen, Forensische Psychiatrie und Psychotherapie 28/2021, S. 241 ff.

WIEDERKEHR RENÉ, Fairness als Verfassungsgrundsatz, Habil. Universität Luzern, Bern 2006.

WIEDERKEHR RENÉ, Beweiserhebung durch Gutachten und Anspruch auf ein faires Verfahren gemäss Art. 6 Ziff. 1 EMRK, Eine kritische Würdigung von BGE 137 V 210, in: Riemer-Kafka Gabriela (Hrsg.), Beweisfragen im sozialversicherungsrechtlichen Verfahren, Zürich 2013, S. 1 ff.

WIPRÄCHTIGER HANS, Psychiatrie und Strafrecht – Was erwartet der Jurist?, in: Ebner Gerhard/Dittmann Volker/Gravier Bruno et al. (Hrsg.), Psychiatrie und Recht, Zürich/Basel/Genf 2005.

WIPRÄCHTIGER HANS, Immer mehr, immer aufwändigere und teurere forensisch-psychiatrische Gutachten: Welcher Aufwand ist wirklich notwendig?, Die Sicht des Richters, in: Capus Nadja/Bacher Jean-Luc (Hrsg.), Strafjustiz zwischen Anspruch und Wirklichkeit, Bern 2010, S. 315 ff.

WIPRÄCHTIGER HANS/HEER MARIANNE, Das Schweizerische Massnahmenrecht in Schiefelage – Eine Bilanz fünf Jahre nach der grossen Gesetzesrevision von 2007, in: Yundina Elena/Stübner Susanne/Hollweg Matthias/Stadland Cornelis (Hrsg.), Forensische Psychiatrie als interdisziplinäre Wissenschaft, Festschrift zum Geburtstag von Norbert Nedopil, Berlin 2013, S. 345 ff.

WOHLERS WOLFGANG, Das Instrument der Fremdanamnese aus der Sicht des Strafprozessrechts, in: Heer Marianne/Habermeyer Elmar/Bernard Stephan (Hrsg.), Feststellung des Sachverhalts im Zusammenhang mit der Begutachtung, Bern 2016, S. 77 ff.

WOHLERS WOLFGANG, Strafjustiz und Sachverständige, ZStrR 4/2018, S. 431 ff.

WOHLERS WOLFGANG, Nr. 32 Bundesgericht, I. öffentlich-rechtliche Abteilung, Urteil vom 7. August 2020 i.S. A. gegen Staatsanwaltschaft Baden, Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Aargau – 1B_527/2019, forumpoenale 5/2021, S. 362 ff.

WOLF THOMAS, Zur Qualität forensischer Gutachten aus strafrechtlicher Sicht, FPPK 4/2012, S. 235 ff.

WOLF THOMAS, Sachverständigengutachten im Straf- und Strafverfahrensrecht, Einige Bemerkungen aus richterlicher Sicht, in: Pollähne Helmut/Lange-Joest Christa (Hrsg.), Achtung: Begutachtung!, Sachverständige in Justiz und Gesellschaft: Erwartungen und Verantwortung, Berlin 2017, S. 153 ff.

WYSS MARTIN PHILIPP, «Miranda Warnings» im schweizerischen Verfassungsrecht? Inhalt und Tragweite von Art. 31 Abs. 2 BV, recht 4/2001, S. 132 ff.

ZEHNDER STEFANIE, Die Heilung strafbehördlicher Verfahrensfehler durch Rechtsmittelgerichte, Diss. Universität Luzern, Zürich 2016.

ZIHLMANN MAGDA, Anwendbarkeit von nemo tenetur im KESR-Verfahren und Auswirkungen auf die Verwertbarkeit im parallelen oder nachgelagerten Strafverfahren, *forum* poenale 2/2018, S. 125 ff.

ZIMMERLIN SVEN, Miranda-Warning und andere Unterrichtungen nach Art. 31 Abs. 2 BV, *ZStrR* 2003, S. 311 ff.

ZÜND ANDREAS, Begründungselemente in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte, *ZSR* 1/2023, S. 3 ff.

Materialienverzeichnis

Botschaft vom 21. September 1998 zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches (Allgemeine Bestimmungen, Einführung und Anwendung des Gesetzes) und des Militärstrafgesetzes sowie zu einem Bundesgesetz über das Jugendstrafrecht, BBl 1999 1979 (zit. Botschaft StGB-Revision).

Botschaft vom 21. Dezember 2005 zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts, BBl 2006 1085 (zit. Botschaft StPO).

Botschaft vom 28. August 2019 zur Änderung der Strafprozessordnung (Umsetzung der Motion 14.3383, Kommission für Rechtsfragen des Ständerats, Anpassung der Strafprozessordnung), BBl 2019 6697 (zit. Botschaft StPO-Revision).

Botschaft vom 20. Juni 2014 zum Strafregistergesetz, BBl 2014 5713 (zit. Botschaft Strafregistergesetz).

Verzeichnis über die unveröffentlichten Gutachten

Alle in der Arbeit verwendeten Gutachten sind unveröffentlicht. Zwecks Anonymisierung wurden die Namen der Personen abgeändert.

Forensisch-psychiatrisches Gutachten über Herrn O. vom 7. September 2011 von einem Facharzt für Psychiatrie und Psychotherapie, zuhanden der Staatsanwaltschaft See-Oberland, Uster (zit. Gutachten über Herrn O. vom 7. September 2011).

Forensisch-psychiatrisches Gutachten über Herrn W. vom 31. Oktober 2017 von einem Facharzt FMH für Psychiatrie und Psychotherapie, zuhanden der Staatsanwaltschaft IV, Gewaltdelikte, Zürich (zit. Gutachten über Herrn W. vom 31. Oktober 2017).

Forensisch-psychiatrisches Sachverständigengutachten über Herrn C. vom 23. Januar 2018 von einem Facharzt für Psychiatrie und Psychotherapie, Zertifizierung Forensische Psychiatrie (SGFP), zuhanden der Staatsanwaltschaft IV, Gewaltdelikte, Zürich (zit. Gutachten über Herrn C. vom 23. Januar 2018).

Forensisch-psychiatrisches Gutachten über Frau A. vom 25. April 2020 von einem Facharzt FMH für Psychiatrie und Psychotherapie, DAS Forensic Science, zuhanden der Staatsanwaltschaft See-Oberland, Uster (zit. Gutachten über Frau A. vom 25. April 2020).

Forensisch-psychiatrisches Gutachten über Herrn K. vom 9. Juni 2020 von einem forensischen Psychiater SGFP/FMH, zuhanden der Bewährungs- und Vollzugsdienste Zürich (zit. Gutachten über Herrn K. vom 9. Juni 2020).

Forensisch-psychiatrisches Gutachten über Herrn C. vom 26. April 2021 von einem Sachverständigen für Schuldfähigkeit und Prognose PKN, einem Facharzt für Psychiatrie und Psychotherapie sowie einem psychologischen Psychotherapeuten, zuhanden der Staatsanwaltschaft I, Zürich (zit. Gutachten über Herrn C. vom 26. April 2021).

Forensisch-psychiatrisches Sachverständigengutachten über Frau N. vom 2. Juni 2021 von einer Fachärztin für Psychiatrie und Psychotherapie FMH/SGFP, zuhanden der Staatsanwaltschaft I, Schwere Gewaltdelinquenz, Zürich (zit. Gutachten über Frau N. vom 2. Juni 2021).

Forensisch-psychiatrisches Gutachten über Frau Y. vom 1. Juli 2021 von einer Fachärztin für Psychiatrie FMH, forensische Sachverständige FMH, zuhanden der Staatsanwaltschaft I, Zürich (zit. Gutachten über Frau Y. vom 1. Juli 2021).

Forensisch-psychiatrisches Verlaufsgutachten über Herrn T. vom 6. Dezember 2021 von einem Facharzt FMH für Psychiatrie und Psychotherapie, zuhanden der Bewährungs- und Vollzugsdienste Zürich (zit. Gutachten über Herrn T. vom 6. Dezember 2021).

Forensisch-psychiatrisches Sachverständigengutachten über Herrn R. vom 10. August 2022 von einem Facharzt für Psychiatrie und Psychotherapie, zuhanden der Bewährungs- und Vollzugsdienste Zürich (zit. Gutachten über Herrn R. vom 10. August 2022).

Einleitung

A. Problemaufriss

Forensisch-psychiatrische Gutachten sind bei Entscheiden im Massnahmenrecht die zentralen Beweismittel.¹ Diese Entscheide bestimmen über strafrechtliche Massnahmen, die mehrheitlich keine Maximalfristen kennen und Personen präventiv auf unbestimmte Zeit die Freiheit entziehen können.² Solche bedeutenden Entscheide müssen auf Beweismitteln basieren, die strengsten rechtlichen Anforderungen genügen.

Wenn Sachverständige forensisch-psychiatrische Gutachten erstellen, ermitteln sie in einem selbstbestimmten Erkenntnisprozess Sachverhalt.³ Die Verfahrensleitung des jeweiligen Verfahrensabschnitts erteilt ihnen dafür den Auftrag.⁴ Die Strafbehörden lagern damit einen Teil der Sachverhaltsermittlung an Dritte aus. Die sachverständige Person wird vor diesem Hintergrund auch als *Staatsanwalt in Weiss* bezeichnet.⁵ Wenn Strafbehörden Sachverhalt ermitteln, dann haben sie sich dabei an umfangreiche Bestimmungen der Strafprozessordnung zu halten.⁶ Im Gegensatz dazu sind die Modalitäten zur sachverständigen Sachverhaltsermittlung gesetzlich nur rudimentär geregelt.⁷

Eine These der vorliegenden Arbeit lautet, dass solange die rechtlichen Anforderungen zur Sachverhaltsermittlung nicht umfassend auf Sachverständige vorwirken, durch die Auslagerung der Sachverhaltsermittlung an Sachverständige die Begutachtung in einen rechtsfreien Raum zu gelangen droht.⁸ Die durch Gesetz,

¹ BERNARD, in: Strafverfolgung – Individuum – Öffentlichkeit im Spannungsfeld der Wahrnehmungen, S. 139 ff.; BABIC, Diss., S. 63 f.

² Vgl. HEER, ZStrR 2003, S. 392; vgl. ausführlich zum Anstieg der Verweildauer im Massnahmenvollzug WEBER, in: Kriminologie und Kriminalpolitik im Dienste der Menschenwürde, S. 545 ff.; WANGMO et al., Frontiers in Psychiatry 2021, S. 6.

³ BRUNNER, in: Gericht und Expertise, S. 188; OBERHOLZER, in: Feststellung des Sachverhalts im Zusammenhang mit der Begutachtung, S. 52.

⁴ Art. 184 Abs. 1 und 2 StPO; MAIER/MÖLLER, Das gerichtspsychiatrische Gutachten, S. 125.

⁵ BRUNNER, in: Gericht und Expertise, S. 188 ff.

⁶ Vgl. beispielsweise Art. 3 Abs. 2 lit. d, Art. 140, Art. 141, Art. 147, Art. 76 ff. StPO.

⁷ Vgl. Art. 182 ff. StPO; BERNARD, iusNet STR-STPR 2018, S. 1.

⁸ Vgl. BRUNNER, in: Strafjustiz zwischen Anspruch und Wirklichkeit, S. 305; vgl. auch BERNARD, Strafverteidigung, S. 119.

Verfassung und EMRK garantierten Verfahrensrechte der betroffenen Personen werden gefährdet.⁹

Die Gefährdung der Verfahrensrechte durch die Auslagerung der Sachverhalts-ermittlung soll anhand eines Beispiels exemplarisch aufgezeigt werden. In einem durch die Verfasserin analysierten Praxisfall¹⁰ wurde ein neues Gutachten über Herrn T. in Auftrag gegeben, der sich in einer stationären therapeutischen Massnahme nach Art. 59 StGB befand. Der Sachverständige übernahm in seinem Gutachten Informationen aus einem früheren Gutachten und schrieb:

«Problematisch betreffend Beurteilung der Ehe ist die Fremdauskunft der Ex-Ehefrau gegenüber dem früheren Gutachter, wonach der zu Begutachtende in der Ehe lange Zeit oft gewalttätig gewesen sei, was von ihm konsequent bestritten wird.»¹¹

Der aktuelle Sachverständige ist in seinem Gutachten davon ausgegangen, dass die Aussagen der Ex-Frau der Wahrheit entsprechen, und hat seine Beurteilung darauf abgestützt. Dieser Schluss erfolgte, obwohl er selbst nie mit der Belastungszeugin gesprochen und ihre Aussagen lediglich aus dem früheren Gutachten übernommen hatte. Aufgrund der sehr rudimentären Dokumentation konnte der Sachverständige dabei nicht beurteilen, unter welchen Voraussetzungen die Aussagen zustande gekommen sind. Die Vorwürfe waren gerichtlich nie beurteilt worden und Herr T. hatte sie konsequent bestritten. Auch eine Befragung der Ex-Frau durch die Strafbehörden hatte nicht stattgefunden. Unbesehen davon hat der Sachverständige diese Angaben in seine Risikoeinschätzung eingearbeitet. Diese Risikoeinschätzung beeinflusste dann wiederum das Urteil des Gerichts und damit eine allfällige Verlängerung der stationären therapeutischen Massnahme oder eine Umwandlung in eine Verwahrung.

Im Strafprozess wäre es rechtswidrig, wenn die Strafbehörden auf diese Weise vorgehen würden. Zahlreiche strafprozessuale Regeln wären durch dieses Vorgehen verletzt, wie etwa das Konfrontationsrecht mit der Belastungszeugin, die Dokumentationsvorschriften und die Teilnahmerechte der Verteidigung. Das aufgeführte Beispiel ist im Massnahmenrecht kein Einzelfall, sondern Folge einer Art zweigleisigen Sachverhalts-ermittlung. Auf der einen Schiene ermitteln die Strafbehörden den Sachverhalt für das Gerichtsurteil. Dabei haben sie sich strikt an

⁹ Vgl. KRAUSS, S. 331; vgl. BRUNNER, in: Gericht und Expertise, S. 188; vgl. HUBER, Diss., S. 273.

¹⁰ Vgl. *Einleitung, D., S. 9 ff.*

¹¹ Gutachten über Herrn T. vom 6. Dezember 2021, S. 89.

umfassende strafprozessuale Anforderungen zu halten.¹² Auf der anderen Schiene ermitteln die Sachverständigen den Sachverhalt für das Gutachten. Für sie ist die strikte Einhaltung derselben strafprozessualen Anforderungen derzeit nicht anerkannt, die Rechtsprechung überlässt ihnen weitgehend das Feld.¹³

Diese Zweigleisigkeit führt zu unterschiedlichen Sachverhalten für das Gerichtsurteil und das Gutachten. Das kann am hiervor erwähnten Beispiel von Herrn T. verdeutlicht werden. Das Gericht geht bei ihm von einer Person aus, die nicht wegen häuslicher Gewalt vorbestraft ist und die vorgeworfenen Taten nicht begangen hat. Der Gutachter geht hingegen offenbar von einer Person aus, die sich mehrmals durch langjährige häusliche Gewalt strafbar gemacht hat. Hier bestehen sich widersprechende Tatsachenfundamente für die Erstellung des Gutachtens und des Urteils.

Es ist fraglich, ob die Verfahrensfairness bei dieser zweigleisigen Sachverhaltsermittlung noch gewährleistet sein kann, wenn sich das Gerichtsurteil auf die Beurteilungen der Sachverständigen stützt. Auf diese Weise werden für die Begründung der Sanktion Informationen aus dem Gutachten verwendet, welche das Gericht selbst nicht als Tatsachengrundlage für das Urteil hätte verwenden dürfen. Die beschuldigte Person wird dadurch prozessual schlechtergestellt, als wenn die Strafbehörden das Tatsachenfundament vollumfänglich selbst erstellt hätten. Wichtige Verfahrensrechte werden durch die Auslagerung der Sachverhaltsermittlung an Sachverständige gefährdet. Es ist daher zu untersuchen, wie die Verfahrensfairness bei der sachverständigen Sachverhaltsermittlung sichergestellt werden kann.

B. Forschungsstand

Lange Zeit fokussierte sich die Literatur auf das materielle Massnahmenrecht und die Voraussetzungen der Massnahmen.¹⁴ Erst in neuerer Zeit hat sich die Dis-

¹² Vgl. Art. 3 Abs. 2 lit. d, Art. 140, Art. 141, Art. 147, Art. 76 ff. StPO.

¹³ BRUNNER, in: *Strafjustiz zwischen Anspruch und Wirklichkeit*, S. 305; OBERHOLZER, in: *Feststellung des Sachverhalts im Zusammenhang mit der Begutachtung*, S. 53; vgl. BERNARD/STUDER, *ZStrR* 2015, S. 79.

¹⁴ Vgl. statt vieler ROM, *Diss.*, S. 1 ff.; HEER, *ZStrR* 2003, S. 376 ff.; WIPRÄCHTIGER/HEER, in: *Forensische Psychiatrie als interdisziplinäre Wissenschaft*, S. 345 ff.; BRUNNER, in: *Strafverteidigung*, S. 223 ff.; eine Ausnahme bildet dabei die Dissertation von HELFENSTEIN mit dem Titel *der Sachverständigenbeweis im schweizerischen Strafprozess* HELFENSTEIN, *Diss.*, S. 1 ff.

kussion auf das Strafprozessrecht und dabei insbesondere auf die Erstellung von forensisch-psychiatrischen Gutachten verlagert.¹⁵ In der Folge entwickelte sich auch ein Diskurs zum Thema der Sachverhaltsermittlung durch Sachverständige und den dabei geltenden strafprozessualen Anforderungen.

Diese Diskussion fokussierte sich bisher regelmässig darauf, aktuelle Praxisprobleme zu lösen und spezifische Einzelfragen zur Sachverhaltsermittlung durch Sachverständige zu beantworten.

Beispielsweise wurde diskutiert, ob sich auch Sachverständige an die Normen zu den verbotenen Beweiserhebungsmethoden zu halten haben. Obwohl in den Art. 182 ff. StPO keine explizite Regelung dazu besteht, ist in der Lehre anerkannt, dass Art. 140 StPO auch die Tätigkeit der sachverständigen Person erfasst.¹⁶

Weiter wurde die Einzelfrage diskutiert, ob der Verteidigung ein Teilnahmerecht an der Exploration der beschuldigten Person zukommt.¹⁷ Angestossen wurde diese Diskussion durch BRUNNER, der vielfältige Gründe für ein Teilnahmerecht der Verteidigung an der sachverständigen Befragung der beschuldigten Person nannte.¹⁸ Dieser Ansicht haben sich in der Folge BERNARD/BINDER angeschlossen, indem sie weitere Argumente für ein Teilnahmerecht vorbrachten.¹⁹ Auch WOHLERS sprach sich für ein Teilnahmerecht aus, da durch die Auslagerung der Sachverhaltsermittlung an Sachverständige die Teilnahmerechte nicht leerlaufen dürften, die von den eigentlich zuständigen Strafbehörden hätten eingehalten werden müssen.²⁰ Schliesslich hat URWYLER das Thema umfassend unter Einbezug

¹⁵ BRUNNER, in: Gericht und Expertise, S. 185 ff.; HEER, in: «Toujours agité – jamais abattu», S. 177 ff.; BERNARD/STUDER, in: Wege und Irrwege stationärer Massnahmen nach Rechtskraft des Strafurteils, S. 91 ff.; BABIC, Diss., S. 1 ff.; URWYLER, Diss., S. 1 ff.; DRZALIC, Diss., S. 1 ff.; CONINX, Habil., S. 1 ff.; URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 1 ff.; BERNARD/STUDER, ZStrR 2015, S. 76 ff.; BERNARD/BINDER, Anwaltsrevue 2011, S. 9 ff.; HEER, in: Liber amicorum für Marcel Alexander Niggli, S. 101 ff.; HEER, in: Erkenntnisse von Fachkommissionen – Psychiatrische Gutachten im Fokus des Bundesgerichts, S. 105 ff.

¹⁶ BSK StPO-HEER, Art. 185 N 5; BABIC, Diss., S. 240; mit weiteren Hinweisen URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 343.

¹⁷ Eingehend zur Entwicklung der Diskussion BERNARD, Diss., S. 29 ff.

¹⁸ BRUNNER, in: Gericht und Expertise, S. 197.

¹⁹ BERNARD/BINDER, Anwaltsrevue 2011, S. 11.

²⁰ WOHLERS, in: Feststellung des Sachverhalts im Zusammenhang mit der Begutachtung, S. 84 f.

von Art. 6 EMRK abgehandelt und der Verteidigung ebenfalls ein Teilnahmerecht an der Exploration zugesprochen.²¹

Zum Thema der Sachverhaltsermittlung durch Sachverständige und den dabei geltenden strafprozessualen Anforderungen gehört auch die Belehrung. Dazu wurde diskutiert, dass die Belehrung nicht auf den knappen Wortlaut von Art. 185 Abs. 5 StPO und die damit verbundenen Aussage- und Mitwirkungsverweigerungsrechte zu beschränken sei.²² Da die zu begutachtende Person durch die Delegation der Einvernahmekompetenz an die sachverständige Person nicht schlechtergestellt werden dürfe als bei der Befragung durch die Strafbehörde, müsse sie im selben Umfang belehrt werden, wie dies bei der Einvernahme durch die Staatsanwaltschaft oder das Gericht vorgeschrieben ist.²³ Gemäss Lehre gelten damit die Regeln von Art. 158 Abs. 1 lit. b StPO für die Belehrung durch Sachverständige analog.²⁴

Darüber hinaus wurde diskutiert, ob der Grundsatz *in dubio pro reo* auf Tatsachen, die der Prognose der Sachverständigen zugrunde liegen, anwendbar ist. Dieser Praxisproblematik vertieft angenommen hat sich zunächst HEER.²⁵ Mittlerweile besteht in der Lehre Einigkeit darüber, dass der Grundsatz *in dubio pro reo* auf Tatsachen anwendbar ist, die den Beurteilungen der sachverständigen Person zugrunde liegen.²⁶ Die Tatsachen und Umstände, auf welche die Risikoeinschätzung und somit auch das Urteil gestützt werden, müssen zweifelsfrei vorliegen.²⁷

²¹ URWYLER, Diss., S. 1 ff.; ebenfalls dieser Ansicht mit Mitautoren in URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 410 ff.; so auch bereits SANER, ZStrR 2014, S. 121 ff.

²² URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 350.

²³ BGer 6B_1390/2019 vom 23. April 2020, E. 2.4.3; ZK StPO-DONATSCH, Art. 185 N 38; URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 350.

²⁴ BSK StPO-HEER, Art. 185 N 32; HEER, in: «Toujours agité – jamais abattu», S. 191; ZK StPO-DONATSCH, Art. 185 N 34.

²⁵ BSK StPO-HEER, Art. 185 N 2; BSK StGB-HEER, Art. 56 N 21a und N 64; HEER, in: Erkenntnisse von Fachkommissionen – Psychiatrische Gutachten im Fokus des Bundesgerichts, S. 117; BSK StGB-HEER/HABERMEYER, Art. 64 N 85.

²⁶ BSK StPO-HEER, Art. 185 N 2; BSK StGB-HEER, Art. 56 N 21a und N 64; BSK StGB-HEER/HABERMEYER, Art. 64 N 85; HEER, in: Erkenntnisse von Fachkommissionen – Psychiatrische Gutachten im Fokus des Bundesgerichts, S. 117; LANGE, Diss., S. 118; VOLCKART, Kriminalprognose, S. 22; URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 115; URWYLER, AJP 2019, S. 1368; CONINX, Habil., S. 478.

²⁷ BSK StPO-HEER, Art. 185 N 2; BSK StGB-HEER/HABERMEYER, Art. 64 N 85; BSK StGB-HEER, Art. 56 N 21a und N 64; LANGE, Diss., S. 118; VOLCKART, Kriminalpro-

Dass keine belastenden Tatsachen berücksichtigt werden dürfen, die nicht in einem strafprozessualen Sinn feststehen, haben URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF in ihrem Handbuch detailliert begründet.²⁸

Auch die Frage der Dokumentation der sachverständigen Sachverhaltsermittlung wurde in der Lehre bereits diskutiert. Die Dokumentationspflicht der Sachverständigen wird in der Praxis nicht analog zu jener der Strafbehörden gehandhabt.²⁹ Aufgrund der rudimentären Dokumentation der sachverständigen Sachverhaltsermittlung ergeben sich regelmässig Praxisprobleme. Ein Teil der Lehre vertritt daher den Standpunkt, dass Sachverständige gewisse Erhebungen, wie beispielsweise Befragungen der beschuldigten Person, umfassend dokumentieren sollten.³⁰ Einigkeit über einen bestimmten Dokumentationsstandard für die Sachverhaltsermittlung durch Sachverständige besteht bisher nicht.

Aus diesen Beispielen wird ersichtlich, dass anhand von konkreten Praxisproblemen diverse Einzelfragen zur Sachverhaltsermittlung durch Sachverständige dogmatisch detailliert analysiert wurden. Diese Beiträge haben die Auslagerung der Sachverhaltsermittlung aber nicht problemübergreifend strafprozessual eingeordnet.

Über Einzelfragen hinausgehend gibt es aber auch Fachbeiträge, welche die Grundproblematik der Auslagerung der Sachverhaltsermittlung an Sachverständige an sich thematisieren.

BRUNNER war einer der ersten, welcher die Auslagerung der Sachverhaltsermittlung an Sachverständige thematisiert hat.³¹ Für die Sachverhaltsermittlung von Sachverständigen hat er den Begriff *Staatsanwalt in Weiss* geprägt.³² Aus einer Verteidigungsperspektive legt er in verschiedenen Abhandlungen dar, weshalb

gnose, S. 22; HEER, in: Erkenntnisse von Fachkommissionen – Psychiatrische Gutachten im Fokus des Bundesgerichts, S. 117; CONINX, Habil., S. 478; URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 115; URWYLER, AJP 2019, S. 1368.

²⁸ URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 115 ff.

²⁹ URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 382 f.; BERNARD/BINDER, Anwaltsrevue 2011, S. 12.

³⁰ HEER, in: «Toujours agité – jamais abattu», S. 192; BERNARD/BINDER, Anwaltsrevue 2011, S. 12; BRUNNER, in: Gericht und Expertise, S. 196; URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 382 f.; URWYLER, Diss., S. 100 ff.

³¹ BRUNNER, in: Strafverteidigung; BRUNNER, in: Gericht und Expertise; BRUNNER, in: Strafjustiz zwischen Anspruch und Wirklichkeit.

³² BRUNNER, in: Gericht und Expertise, S. 188 ff.

die Begutachtung für betroffene Personen ein rechtsfreier Raum sei.³³ Der Grundproblematik der Auslagerung ebenfalls angenommen hat sich BERNARD.³⁴ Im Anschluss an die These von BRUNNER spricht er von einer Enklave des Ausnahmezustandes auf dem Boden des Rechtsstaats.³⁵ Von einem anderen Blickpunkt aus hat schliesslich HUBER das grundlegende Problem der Auslagerung beleuchtet.³⁶ Er betont, dass Sachverständige bei der Sachverhaltsermittlung eine an sie ausgelagerte staatliche Aufgabe erfüllen würden.³⁷

Auch mit diesen Beiträgen ist die Auslagerung der Sachverhaltsermittlung an sich weder umfassend analysiert noch detailliert strafprozessual eingeordnet. Insbesondere wurde bisher in der Diskussion nicht unterschieden, in welchen strafprozessualen Bereichen der Sachverhaltsermittlung die Sachverständigen tätig werden. Um die rechtlichen Folgen der Auslagerung beurteilen zu können, spielt es eine Rolle, ob einzelne Handlungen der Beweiserhebung, Beweisverwertung, Beweisauswertung oder Dokumentation zugeordnet werden. Darüber hinaus wurden die strafprozessualen Folgen der Auslagerung bisher nicht erschöpfend aufgezeigt. Der Forschungsstand erweist sich als lückenhaft. Die Folgen der Auslagerung von Sachverhaltsermittlung an Sachverständige und damit einhergehend die strafprozessualen Anforderungen an die sachverständige Sachverhaltsermittlung wurden noch nicht umfassend erforscht. Dieser Forschungslücke nimmt sich die vorliegende Arbeit an.

C. Forschungsrahmen und Aufbau der Arbeit

Die vorliegende Arbeit will die Thematik der Auslagerung der sachverständigen Sachverhaltsermittlung und deren rechtlichen Folgen über die bisher abgehandelten Einzelfragen hinaus dogmatisch konsistent vermessen. Der Forschungsrahmen umfasst die Sachverhaltsermittlung durch Sachverständige zur Erstellung von forensisch-psychiatrischen Gutachten. Konkret geht es dabei um Gutachten, die Strafgerichte nach Art. 56 Abs. 3 StGB bei der (nachträglichen) Anordnung,

³³ BRUNNER, in: Strafrecht zwischen Anspruch und Wirklichkeit, S. 305; BRUNNER, Plädoyer 2005, S. 36 ff.; BRUNNER, in: Gericht und Expertise, S. 185 ff.

³⁴ BERNARD, in: Strafverfolgung – Individuum – Öffentlichkeit im Spannungsfeld der Wahrnehmungen, S. 144 ff.

³⁵ BERNARD, in: Strafverfolgung – Individuum – Öffentlichkeit im Spannungsfeld der Wahrnehmungen, S. 156 ff.

³⁶ HUBER, Diss., S. 1 ff.

³⁷ HUBER, Diss., S. 378.

der Verlängerung und der Umwandlung von Massnahmen als Beweismittel in Strafverfahren einbeziehen. In diesem Rahmen sind für die Arbeit auch Gutachten relevant, welche von Vollzugsbehörden in Auftrag gegeben werden, soweit sie in diese Strafverfahren als Beweismittel einfließen.

Um die Forschungslücke zu schliessen, ist zunächst die Auslagerung der Sachverhaltsermittlung an Sachverständige losgelöst von den konkreten Einzelfragen strafprozessual zu analysieren. Dieses Vorgehen erlaubt, grundsätzliche rechtliche Folgen der Auslagerung aufzuzeigen und einen Massstab für ihre Zulässigkeit zu formulieren. In einem zweiten Schritt können auf diesem neu geschaffenen Fundament die bisher als Einzelfragen abgehandelten Praxisprobleme in einem neuen Licht betrachtet werden. Auf diese Weise soll sich eine belastbare strafprozessrechtliche Dogmatik zur zulässigen Sachverhaltsermittlung durch forensisch-psychiatrische Sachverständige ergeben. Diese Forschungsvorhaben gliedern die Arbeit in fünf Teile:

Im Ersten Teil wird die Auslagerung der Sachverhaltsermittlung an Sachverständige behandelt. Strafbehörden lagern zur Erstellung von Gutachten Sachverhaltsermittlung an forensisch-psychiatrische Sachverständige aus. Der Erste Teil zeigt auf, wann eine solche Auslagerung erforderlich wird und welche Ausmasse die sachverständige Sachverhaltsermittlung nach einer solchen Auslagerung annimmt. Zudem wird eine strafprozessuale Einordnung der sachverständigen Sachverhaltsermittlung vorgenommen, um die rechtlichen Folgen der Auslagerung beurteilen zu können.

Um die strafprozessualen Folgen der Auslagerung der sachverständigen Sachverhaltsermittlung herleiten zu können, beginnt der Zweite Teil mit einer Analyse des konventions- und verfassungsrechtlichen Rahmens zur Sachverhaltsermittlung. Sowohl die EMRK als auch die Bundesverfassung geben grundsätzliche, aber stark auslegungsbedürftige Normen zum Vorgehen im Strafprozess vor. Konkreter sind die Normen zur Sachverhaltsermittlung durch die Strafprozessordnung normiert. Sie binden die Strafbehörden bei ihrer Sachverhaltsermittlung. Für Sachverständige sind diese Normen gemäss bundesgerichtlicher Auslegung nicht umfassend anwendbar. Ziel des Zweiten Teils ist es zu untersuchen, wie die Verfahrensfairness, welche bei der Sachverhaltsermittlung durch die Strafbehörden mithilfe strafprozessualer Anforderungen gewährleistet wird, auch bei der sachverständigen Sachverhaltsermittlung gesichert werden könnte. Weiter wird untersucht, ob es dafür eine Vorwirkung der strafprozessualen Anforderungen auf die Sachverhaltsermittlung durch Sachverständige braucht. Abschliessend wird betrachtet, ob diese strafprozessualen Anforderungen auch für die Erstellung von

Vollzugsgutachten gelten, wenn diese in Strafverfahren als Beweise gewürdigt werden.

Der Erste und Zweite Teil legen damit die Grundlagen, um die strafprozessualen Anforderungen bei der Sachverhaltsermittlung durch Sachverständige im Dritten, Vierten und Fünften Teil herauszuarbeiten.

Der Dritte Teil beantwortet die Forschungsfrage, welche strafprozessualen Anforderungen bei der Beweiserhebung und Beweisverwertung durch Sachverständige gelten. Es wird zudem erläutert, was die Folgen der Nichtbeachtung dieser Anforderungen sind. Dabei werden die verbotenen Beweiserhebungsmethoden, die Selbstbelastungsfreiheit, die Erhebung und Verwertung von Beweisen bei Behörden und Dritten sowie die Teilnahmerechte der Verteidigung und die Belehrungen durch Sachverständige untersucht.

Der Vierte Teil geht der Frage nach, welche strafprozessualen Anforderungen bei der Beweisauswertung durch Sachverständige gelten. Behandelt werden die Auswertung der erhobenen und verwerteten Informationen durch Sachverständige. Im Vordergrund steht dabei der Grundsatz in dubio pro reo. Ebenfalls behandelt werden die Folgen der Nichtbeachtung von in dubio pro reo bei der sachverständigen Sachverhaltsermittlung.

Der Fünfte Teil geht der Forschungsfrage nach, welche strafprozessualen Anforderungen bei der Dokumentation der Handlungen durch Sachverständige gelten. Für die unterschiedlichen Handlungsbereiche werden passende Dokumentationsvorschriften herausgearbeitet. Abschliessend werden Folgen für die Nichteinhaltung der Dokumentationsvorschriften durch Sachverständige erläutert.

Die Arbeit endet mit einer Schlussbetrachtung, in welcher zuerst das Gesamtergebnis aus allen Teilen präsentiert wird. Danach wird ein Ausblick gewagt, in welchem kursorisch Massnahmen vorgestellt werden, welche de lege lata die Einhaltung strafprozessualer Anforderungen bei der sachverständigen Sachverhaltsermittlung im Massnahmenrecht fördern könnten. Zum Schluss werden möglich Gesetzesanpassungen de lege ferenda vorgestellt.

D. Methodik

Diese Abhandlung ist eine rechtsdogmatische Arbeit zum Strafprozessrecht, die versucht, konsistente und verallgemeinerungsfähige Lösungen für aktuelle Problemstellungen zu entwickeln und sie für die Rechtsanwendung in umsetzbaren

Konzeptionen zusammenzufassen.³⁸ Als Problemstellung werden in der vorliegenden Arbeit die strafprozessualen Anforderungen an die Sachverhaltsermittlung durch forensisch-psychiatrische Sachverständige untersucht. Die Arbeit bezieht neben den bundesgesetzlichen Normen der Strafprozessordnung auch die verfassungsrechtlichen Normen der Bundesverfassung und die konventionsrechtlichen Normen der Europäischen Menschenrechtskonvention mit ein.

Die Ergebnisse der vorliegenden Arbeit sollen in zwei Richtungen wirken: Sachverständigen bieten sie eine Richtschnur für ihre Sachverhaltsermittlung und Strafbehörden dienen sie als Massstab zur Überprüfung von Gutachten hinsichtlich der strafprozessualen Anforderungen an die sachverständige Sachverhaltsermittlung. Die Arbeit bewegt sich vor diesem Hintergrund auch an der Schnittstelle zur forensischen Psychiatrie und Psychologie.

Diese Arbeit stützt sich zudem auf die Praxiserfahrung der Verfasserin im Umgang mit forensisch-psychiatrischen Gutachten. Die in die vorliegende Arbeit eingearbeiteten Gutachten stammen zum einen aus der Praxistätigkeit der Verfasserin in einer Anwaltskanzlei. Zum anderen konnten weitere Gutachten im Rahmen eines Akteneinsichtsgesuchs aus wissenschaftlichem Interesse bei einem erstinstanzlichen Gericht erhältlich gemacht werden. Der Einbezug dieser Gutachten erhebt nicht den Anspruch, eine wissenschaftliche Untersuchung in qualitativer oder quantitativer Hinsicht zu sein.³⁹ Die Analyse der Gutachten führte jedoch dazu, dass die Arbeit mit Ausschnitten aus realen Gutachten ergänzt werden konnte. Die eingearbeiteten Ausschnitte sollen helfen, anhand von konkreten Beispielen Praxisprobleme sichtbar zu machen und damit die vorliegende Forschung zu verdeutlichen.

³⁸ Vgl. KRAMER/ARNET, Juristische Methodenlehre, S. 193.

³⁹ Vgl. für die Forschungsmethoden KIRCHMAIR, Qualitative Forschungsmethoden, S. 1 ff.

Erster Teil:
Auslagerung der Sachverhaltsermittlung
an forensisch-psychiatrische
Sachverständige

1. Kapitel: Gegenstand und Gang der Untersuchung des Ersten Teils

A. Gegenstand

Im Ersten Teil wird die Auslagerung der Sachverhaltsermittlung an forensisch-psychiatrische Sachverständige behandelt. Sachverständige ermitteln in Strafverfahren selbstständig Tatsachen, welche sie zur Erstellung ihrer Gutachten benötigen.⁴⁰ Der Auftrag zur Sachverhaltsermittlung beziehungsweise zur Gutachtenserstellung wird ihnen von den Strafbehörden erteilt.⁴¹ Damit wird die Sachverhaltsermittlung von den Strafbehörden an Dritte, die Sachverständigen, ausgelagert. Die Auslagerung an Sachverständige ist zentral für den weiteren Verlauf dieser Abhandlung, in welcher untersucht wird, welche Folgen die Auslagerung auf die strafprozessuale Behandlung der sachverständigen Sachverhaltsermittlung zeitigt.

Diese vielfältige Sachverhaltsermittlung von Dritten bedarf einer strafprozessualen Einordnung, um die rechtlichen Folgen der Auslagerung beurteilen zu können. Deswegen müssen zuerst die Auslagerung an sich und das Ausmass der Sachverhaltsermittlung durch forensisch-psychiatrische Sachverständige untersucht werden. Die vielfältige Sachverhaltsermittlung durch forensisch-psychiatrische Sachverständige umfasst unter anderem Befragungen von beschuldigten Personen und Dritten, Aktenauswertungen und die Verwendung von Prognoseinstrumenten.

B. Gang der Untersuchung

Der Erste Teil besteht aus zwei inhaltlichen Kapiteln. Das 2. Kapitel befasst sich mit der Erforderlichkeit und dem strafprozessualen Ablauf der Auslagerung von Sachverhaltsermittlung an Sachverständige. Aufgezeigt wird, wann Sachverhaltsermittlung von forensisch-psychiatrischen Sachverständigen erforderlich wird und wie sie an die Sachverständigen delegiert wird. Das 3. Kapitel behandelt die unterschiedlichen Teilbereiche der Sachverhaltsermittlung von forensisch-psychiatrischen Sachverständigen. Weiter wird im 3. Kapitel eine strafprozessuale Einordnung der sachverständigen Sachverhaltsermittlung vorgenommen.

⁴⁰ BRUNNER, in: Gericht und Expertise, S. 188; OBERHOLZER, in: Feststellung des Sachverhalts im Zusammenhang mit der Begutachtung, S. 52.

⁴¹ Art. 184 StPO.

2. Kapitel: Erforderlichkeit und Ablauf der Auslagerung

Die Strafbehörden ziehen Sachverständige bei, wenn sie nicht über die besonderen Kenntnisse und Fähigkeiten verfügen, die zur Feststellung oder Beurteilung eines Sachverhalts erforderlich sind.⁴² Forensisch-psychiatrische Sachverständige ermitteln daher anlässlich der Erstellung von forensisch-psychiatrischen Gutachten selbstständig Sachverhalt.⁴³ Dieser durch Sachverständige ermittelte Sachverhalt erhält im Strafprozess in der Form des Gutachtens ein grosses Gewicht. Forensisch-psychiatrische Gutachten dienen als Beweismittel in Strafverfahren.⁴⁴ Kaum ein anderes Gutachten wirkt derart stark präjudizierend auf das Gerichtsurteil wie das von forensisch-psychiatrischen Sachverständigen.⁴⁵ Die Sachverhaltsermittlung bei der Erstellung von forensisch-psychiatrischen Gutachten ist deswegen unter strafprozessualen Gesichtspunkten von grosser Bedeutung.⁴⁶

Forensisch-psychiatrische Gutachten sind vor allem in zwei Fällen zwingende Entscheidungsgrundlagen in Strafverfahren: zum einen, wenn die Schuldfähigkeit einer beschuldigten Person angezweifelt wird, und zum anderen, wenn eine Entscheidung über eine Massnahme ansteht.⁴⁷

Die vorliegende Arbeit fokussiert auf den zweitgenannten Fall der Massnahmenentscheide. Konkret behandelt wird die Sachverhaltsermittlung von forensisch-psychiatrischen Sachverständigen bei der Erstellung von Gutachten, welche Strafbehörden im Hinblick auf Massnahmenentscheide würdigen.⁴⁸ Punktuell in die Forschung miteinbezogen werden zudem Gutachten, die von Vollzugsbehörden in Auftrag gegeben worden sind und in Strafverfahren gewürdigt werden.

⁴² Art. 182 StPO.

⁴³ BRUNNER, in: Gericht und Expertise, S. 188; OBERHOLZER, in: Feststellung des Sachverhalts im Zusammenhang mit der Begutachtung, S. 52.

⁴⁴ BRUNNER, in: Strafjustiz zwischen Anspruch und Wirklichkeit, S. 306.

⁴⁵ CONINX, Habil., S. 483; BERNARD, in: Strafverfolgung – Individuum – Öffentlichkeit im Spannungsfeld der Wahrnehmungen, S. 139 ff.

⁴⁶ Vgl. HEER, in: «Toujours agité – jamais abattu», S. 179.

⁴⁷ Art. 20 und Art. 56 Abs. 3 StGB; BGE 128 IV 241, E. 3.3; HEER, in: Kapitulierte die Strafjustiz vor der Psychiatrie?, S. 11.

⁴⁸ Vgl. Art. 56 Abs. 3 StGB.

A. Erforderlichkeit in unterschiedlichen Verfahrenstypen

Die Sachverhaltsermittlung durch forensisch-psychiatrische Sachverständige wird im Strafverfahren erforderlich, wenn ein Gutachten erstellt werden muss. Es stellt sich daher die Frage, wann ein forensisch-psychiatrisches Gutachten in einem Strafverfahren bei Entscheiden zu Massnahmen erforderlich ist. Nachfolgend wird in einem ersten Schritt die Erforderlichkeit bei der erstmaligen Anordnung einer Massnahme besprochen. In einem zweiten Schritt wird auf die verfahrensrechtlichen Besonderheiten bei nachträglichen Massnahmenverfahren eingegangen.

I. Bei der erstmaligen Anordnung einer Massnahme

Das Gericht muss sich gemäss Art. 56 Abs. 3 StGB beim Entscheid über die Anordnung einer Massnahme nach den Art. 59–61, 63 und 64 StGB sowie bei der Änderung der Sanktion nach Art. 65 StGB auf eine sachverständige Begutachtung stützen. Bei der Anordnung der lebenslänglichen Verwahrung sind zwei Gutachten einzuholen.⁴⁹

Die Massnahmenbedürftigkeit einer beschuldigten Person kann aus den Umständen der Tatbegehung, ihrer Vorgeschichte oder ihrer psychischen Verfassung zur Tatzeit geschlossen werden.⁵⁰ Praxisgemäss werden bei gewissen Arten von Delikten – zum Beispiel bei Tötungsdelikten, Sexualdelikten, Brandstiftungen und Gewaltdelikten – sowie bei besonderen Tatumständen oder besonderer Verfassung der tatbegehenden Person zur Tatzeit – beispielsweise Alkohol- oder Drogenkonsum – forensisch-psychiatrische Gutachten in Auftrag gegeben.⁵¹ Wann im Einzelfall Anlass zur Begutachtung besteht, steht grundsätzlich im Ermessen der auftraggebenden Behörde.⁵² Die Anordnung einer Begutachtung stellt eine erhebliche Weichenstellung in einem Verfahren dar. Richtlinien zur Einholung eines

⁴⁹ Art. 56 Abs. 4^{bis} StGB.

⁵⁰ Vgl. BSK StGB-HEER, Art. 56 N 41; vgl. URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 816; vgl. WIPRÄCHTIGER, in: Psychiatrie und Recht, S. 204.

⁵¹ URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 816; BSK StGB-HEER, Art. 56 N 41; MAIER/MÖLLER, Das gerichtspsychiatrische Gutachten, S. 96 f.; vgl. WIPRÄCHTIGER, in: Psychiatrie und Recht, S. 204; KONRAD/HUCHZERMEIER/RASCH, Forensische Psychiatrie und Psychotherapie, S. 343; es wurde nachgewiesen, dass auch die Nationalität eine Rolle spielen kann, vgl. LAUBACHER/URBANIÖK/ENDRASS/ROSSEGGGER, forum-poenale 2008, S. 239 f.

⁵² Vgl. BSK StGB-HEER, Art. 56 N 56; vgl. URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 814 f.

Gutachtens finden sich jedoch nicht.⁵³ Zu diskutieren wäre deswegen, ob für die Anordnung einer Begutachtung fundierte Kriterien erarbeitet werden sollten. Bis solche Richtlinien bestehen, bleibt den Behörden ein grosses Ermessen bei der Anordnung einer Begutachtung.

II. In nachträglichen gerichtlichen Massnahmenverfahren

In nachträglichen Massnahmenverfahren entscheiden die Gerichte über die nachträgliche Anordnung, Umwandlung oder die Verlängerung von Massnahmen.⁵⁴ Das Bundesgericht besteht in konstanter Rechtsprechung nicht nur bei erstmaligen Anordnungen, sondern bei nahezu allen Entscheiden im Massnahmenrecht auf einer sachverständigen Begutachtung der beschuldigten Person.⁵⁵ Deswegen werden amtliche Gutachten nicht nur in Vor- beziehungsweise Hauptverfahren bei der erstmaligen Anordnung einer Massnahme eingeholt. Auch für nachträgliche Anordnungen, Verlängerungen sowie Umwandlungen in nachträglichen Massnahmenverfahren ist eine psychiatrische Begutachtung notwendig.⁵⁶ Diese Begutachtungen waren ursprünglich nicht generell vorgeschrieben und wurden durch die Rechtsprechung entwickelt.⁵⁷ Die Erforderlichkeit eines Gutachtens in einem nachträglichen Massnahmenverfahren ergibt sich damit nicht in erster Linie aus der psychischen Verfassung der beschuldigten Person während der Tatzeit, wie dies im Anordnungsverfahren der Fall ist, sondern vielmehr aus den Entwicklungen im Vollzugsverlauf. Das Bundesgericht hat bestätigt, dass Massnahmen während des Vollzugs praktisch durchwegs austauschbar seien.⁵⁸ Dieses Anpassen an spätere Entwicklungen ist eine typische Eigenschaft des flexiblen Massnahmenrechts und erfordert aktuelle Gutachten.⁵⁹

⁵³ BSK StGB-HEER, Art. 56 N 41; URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 815.

⁵⁴ BERNARD/STUDER, in: Wege und Irrwege stationärer Massnahmen nach Rechtskraft des Strafurteils, S. 95; ZK StPO-SCHWARZENEGGER, Art. 363 N 2.

⁵⁵ BGer 6B_28/2017 vom 23. Januar 2018, E. 3.4; BGer 6B_519/2015 vom 25. Januar 2016, E. 1.2; BGer 6B_265/2015 vom 3. Dezember, E. 4.1.1; HEER, in: Liber amicorum für Marcel Alexander Niggli, S. 109; URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 812.

⁵⁶ BGE 128 IV 241, E. 3.3; BGE 134 IV 246, E. 4.3; BSK StGB-HEER, Art. 56 N 39.

⁵⁷ Botschaft StGB-Revision, 2072; HEER, ZStrR 2003, S. 417; BGE 128 IV 241, E. 3.3; BGE 134 IV 246, E. 4.3.

⁵⁸ BGE 123 IV 100, E. 1 ff.; BSK StGB-HEER, Art. 65 N 5; BIRO, recht 2020, 223 ff.

⁵⁹ HEER, ZStrR 2003, S. 414; vgl. BSK StPO-HEER/BERNARD/STUDER, Art. 363 N 1; BSK StGB-HEER, Art. 65 N 5; CONINX, recht 2016, S. 171; GETH, AJP 2011, S. 314.

B. Anordnung durch die Verfahrensleitung

Die forensisch-psychiatrischen Sachverständigen ermitteln in Strafverfahren nicht von sich aus Sachverhalt. Damit sie tätig werden, braucht es einen Auftrag zur Gutachtenserstellung durch die Verfahrensleitung des jeweiligen Verfahrensabschnittes.⁶⁰ Da im Vorverfahren die Staatsanwaltschaft die Verfahrensleitung hat, werden in diesem Verfahrensabschnitt Gutachten regelmässig durch die Staatsanwaltschaft in Auftrag gegeben.⁶¹ Seltener geschieht die Anordnung erst durch das Gericht im Hauptverfahren.⁶² Die gesetzlichen Grundlagen sind dabei identisch, unabhängig davon, ob die Staatsanwaltschaft oder das Gericht den Gutachtenauftrag gibt. Sollte der Fall auftreten, dass die Anordnung eines Gutachtens nötig wird und im Vorverfahren noch keines erstellt wurde, so muss das Gericht spätestens im Hauptverfahren die Begutachtung anordnen.⁶³

Grundsätzlich soll die Verfahrensleitung den exakt formulierten Auftrag an die sachverständige Person, die von ihr zu beantwortenden Fragen sowie die Hinweise auf die Geheimhaltungspflicht und auf die Straffolge gemäss Art. 307 StGB schriftlich abfassen.⁶⁴ Den Verfahrensbeteiligten ist das rechtliche Gehör zu gewähren, indem sie sich zum Gutachtenauftrag äussern und eigene Fragen einbringen können.⁶⁵ Der sachverständigen Person werden alle zur Erstellung des Gutachtens notwendigen Akten übergeben und es wird eine Frist für die Ausarbeitung vereinbart.⁶⁶ Welche Akten hierbei als notwendig angesehen werden, wird von der auftraggebenden Behörde bestimmt.⁶⁷ Das Gesetz fordert die Verfahrensleitung zu präzise formulierten Fragen auf.⁶⁸ In der Praxis finden sich als Hilfe-

⁶⁰ Art. 184 StPO.

⁶¹ BERNARD, in: Strafverfolgung – Individuum – Öffentlichkeit im Spannungsfeld der Wahrnehmungen, S. 147; BSK StPO-HEER, Art. 184 N 1.

⁶² BSK StPO-HEER, Art. 184 N 1.

⁶³ OBERHOLZER, in: Feststellung des Sachverhalts im Zusammenhang mit der Begutachtung, S. 52.

⁶⁴ Art. 184 Abs. 1 und 2 StPO; MAIER/MÖLLER, Das gerichtopsychiatrische Gutachten, S. 125.

⁶⁵ Art. 184 Abs. 3 StPO; JOSITSCH/SCHMID, Handbuch, S. 937.

⁶⁶ Art. 184 Abs. 3 StPO; MAIER/MÖLLER, Das gerichtopsychiatrische Gutachten, S. 126 f.

⁶⁷ Vgl. *Schlussbetrachtung, B., I., I., S. 260 ff.*

⁶⁸ Art. 184 Abs. 2 lit. c StPO; BSK StPO-HEER, Art. 184 N 14.

stellung standardisierte Fragenkataloge, die bei Erstgutachten regelmässig unverändert weitergeleitet werden.⁶⁹

C. Sachverständige Sachverhaltsermittlung als ausgelagerte Staatsaufgabe

Der Auftrag zur Sachverhaltsermittlung wird von den Behörden an die Sachverständigen erteilt. Es fragt sich, welche Stellung die Sachverständigen bei der Ermittlung im Strafverfahren einnehmen. Einigkeit besteht in Literatur und Rechtsprechung, dass eine amtlich bestellte sachverständige Person einer Behörde im Rahmen eines öffentlich-rechtlichen Vertragsverhältnisses bei der Erfüllung ihrer Staatsaufgabe hilft und dass sie insofern selbst an der Erfüllung dieser Staatsaufgabe beteiligt ist.⁷⁰ In der Lehre wird sogar oftmals explizit auf diese Staatsaufgaben hingewiesen, welche Sachverständige erfüllen.⁷¹ BRUNNER spitzt die Bezeichnung der sachverständigen Person auf den Begriff *Staatsanwalt in Weiss* zu.⁷² Auch gemäss HEER erfüllt die sachverständige Person im Strafprozess Aufgaben, die an sich der Staatsanwaltschaft oder dem Gericht zukommen würden, und damit eine hoheitliche Funktion.⁷³ Dass diese Justizorgane mangels eigener Fachkompetenz diese Aufgaben an sachverständige Dritte delegieren würden, ändere nichts an deren rechtlichem Charakter.⁷⁴

Durch die Sachverhaltsermittlung von Sachverständigen ergibt sich auf der Ermittlungsebene eine Verlagerung der Aufgabenerfüllung von der Justiz hin zur Psychiatrie.⁷⁵ Die sachverständige Person nimmt damit Staatsaufgaben wahr.⁷⁶

⁶⁹ BSK StPO-HEER, Art. 184 N 14; BSK StGB-HEER, Art. 56 N 54.

⁷⁰ Mit detaillierten Ausführungen HUBER, Diss., S. 57 ff., 64; KAUFMANN, Beweisführung und Beweiswürdigung, S. 160.

⁷¹ HUBER, Diss., S. 62 f.

⁷² BRUNNER, in: Gericht und Expertise, S. 188 ff.

⁷³ BSK StPO-HEER, Art. 183 N 1; HUBER, Diss., S. 63.

⁷⁴ HEER, in: «Toujours agité – jamais abattu», S. 178; HUBER, Diss., S. 63.

⁷⁵ BERNARD, Jusletter 13. Februar 2012, N 41.

⁷⁶ Vgl. BERNARD/BINDER, Anwaltsrevue 2011, S. 14.

3. Kapitel: Strafprozessuale Einordnung der ausgelagerten Sachverhaltsermittlung

Die Metapher, dass die forensische Psychiatrie als eine Art *Staatsanwaltschaft in Weiss* amtiert, wird bestätigt durch die umfassende Sachverhaltsermittlung durch Sachverständige. Die Sachverständigen ermitteln in einem selbstbestimmten Erkenntnisprozess Sachverhalt für das Gutachten.⁷⁷ Das Gutachten ist wesentliche Grundlage für die vom Gericht für das Urteil zu berücksichtigenden Umstände, wie Tatmotiv und Tatumstände, Nachtatverhalten, Vorleben und persönliche Verhältnisse.⁷⁸ Die sachverständige Sachverhaltsermittlung umfasst daher auch tat- und sanktionenrelevanten Sachverhalt.

Es ist die Aufgabe des Gerichts festzustellen, von welchem Sachverhalt die sachverständige Person ausgegangen ist und ob diese Tatsachen ordnungsgemäss in den Strafprozess eingeführt worden sind.⁷⁹ Das gilt insbesondere für die Frage, ob die Tatsachen, auf die sich das Gutachten stützt, aus rechtlicher Sicht nicht mit allzu grossen Zweifeln belastet sind.⁸⁰ Zur weiteren Untersuchung, ob der ermittelte Sachverhalt den strafprozessualen Anforderungen genügt, sind die Bereiche der sachverständigen Sachverhaltsermittlung in die Sprache des Strafprozessrechts zu übersetzen. Diese Übersetzung lässt sich nicht eins zu eins vornehmen, da die sachverständige Sachverhaltsermittlung nicht exakt mit der strafbehördlichen Sachverhaltsermittlung übereinstimmt. Es soll aber dennoch versucht werden, die Sachverhaltsermittlung durch Sachverständige analog zu den Handlungen der Strafbehörden in folgende Bereiche zu unterteilen: Beweiserhebung, Beweisverwertung, Beweisauswertung und Dokumentation.⁸¹

Die umfangreiche Sachverhaltsermittlung durch die Sachverständigen kann anhand der Teilbereiche eines Gutachtens aufgezeigt werden. Die Teilbereiche der sachverständigen Sachverhaltsermittlung werden hiernach Schritt für Schritt in

⁷⁷ BRUNNER, in: Gericht und Expertise, S. 188; OBERHOLZER, in: Feststellung des Sachverhalts im Zusammenhang mit der Begutachtung, S. 52.

⁷⁸ BRUNNER, in: Gericht und Expertise, S. 189; OBERHOLZER, in: Feststellung des Sachverhalts im Zusammenhang mit der Begutachtung, S. 52.

⁷⁹ Vgl. HEINITZ, in: Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag, S. 707.

⁸⁰ CONINX, Habil., S. 483.

⁸¹ Vgl. zum Beweisvorgang PIETH/GETH, Strafprozessrecht, S. 202.

der Reihenfolge des Aufbaus eines Gutachtens erläutert. Die massgeblichen Teilbereiche eines Gutachtens sollten sich an folgendem Aufbau orientieren:⁸²

- Einleitung
- Aktenauswertung (hiernach A.)
- Eigene Erhebungen und Untersuchungen (hiernach B.)
- Befunde (hiernach C.)
- Beurteilungen (hiernach D.)
- Beantwortung der Gutachtensfragen (hiernach E.)

Nicht eingegangen wird auf die Einleitung, da hierbei keine massgeblichen Sachverhaltsermittlungen der sachverständigen Person auszumachen sind.

A. Aktenauswertung

Bei der Aktenauswertung geht es um die Sichtung und Zusammenfassung der von der Verfahrensleitung zur Verfügung gestellten Akten. Eine 2023 veröffentlichte Studie zur Gutachtensqualität in der Schweiz zeigt, dass die Aktenauswertung sowie die eigenen Untersuchungen 44 Prozent des Umfangs eines Gutachtens ausmachen.⁸³ Dabei ist häufig zu beobachten, dass eine beträchtliche Anzahl Seiten für die Wiedergabe der Akten verwendet wird.⁸⁴ Weiter ist anzumerken, dass ein kontinuierlicher Anstieg an verfügbaren Akten in nachträglichen Massnahmenverfahren zu beobachten ist, da im Verlaufe des Vollzugs immer mehr Aktenstücke generiert werden.⁸⁵ Dazu gehören beispielsweise frühere Gutachten, Empfehlungen von Fachkommissionen, Stellungnahmen von Behandelnden wie Therapieberichte, ROS-Berichte, persönliche Anhörungen von betroffenen Personen, Protokolle von Vollzugskoordinationssitzungen sowie der Vollzugsplan.⁸⁶

⁸² NEDOPIL/DITTMANN/KIESEWETTER, ZStrR 2005, S. 134 f.; URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 362 ff.

⁸³ BEVILACQUA et al., Swiss medical weekly 2023, S. 4.

⁸⁴ So auch in Österreich beobachtet, KUNZL/PFÄFFLIN, R&P 2011, S. 157; und auch in Deutschland, GSCHWIND/PETERSOHN/RAUTENBERG, Beurteilung psychiatrischer Gutachten, S. 23.

⁸⁵ Mit anschaulicher Abbildung des kontinuierlichen Anstiegs an Beweismitteln URWYLER et al., Jusletter 22. März 2021, N 4; JOSET, in: Feststellung des Sachverhalts im Zusammenhang mit der Begutachtung, S. 133; vgl. SACHS, in: Strafrecht zwischen Anspruch und Wirklichkeit, S. 292.

⁸⁶ URWYLER et al., Jusletter 22. März 2021, N 4.

I. Auswertung früherer Gutachten

Im Rahmen der Aktenauswertung hat sich die sachverständige Person auch mit früheren Gutachten zu befassen.⁸⁷ Es kann daher sein, dass die sachverständige Person in den Akten Sachverhaltsdarstellungen aus früheren Gutachten findet und diese übernimmt. Die Sachverhaltsermittlung des früheren Gutachtens wird so im aktuellen Gutachten durch die sachverständige Person fortgeschrieben. Um diese Fortschreibung zu verdeutlichen, wird nachfolgend das Beispiel aus der Einleitung wieder aufgegriffen.⁸⁸

Herr T. wurde wegen mehrfacher sexueller Nötigung und mehrfacher sexueller Handlungen mit Kindern zu einer Freiheitsstrafe sowie einer stationären Massnahme nach Art. 59 StGB verurteilt.⁸⁹ Es wurde während des Massnahmenvollzugs ein neues Gutachten über Herrn T. angeordnet, es bestehen jedoch auch bereits mehrere frühere Gutachten über ihn.⁹⁰

Aus einem solchen früheren Gutachten wurden Angaben, die von der damaligen Ehefrau von Herrn T. gemacht wurden, in das aktuelle Gutachten übernommen. So schreibt der Gutachter in der Wiedergabe der Akten:

«Auffällig seien danach die chronifizierte häusliche Gewalt gegenüber der Ehefrau und das Spielverhalten.»⁹¹

«Daneben hätten sich vor allem dissoziale Merkmale finden lassen wie eine jugendtypische Kriminalität, lang dauernde häusliche Gewalt und Dissexualität im Rahmen der Tatbegehungen.»⁹²

Der Gutachter hat die angebliche häusliche Gewalt ebenfalls in seiner Beurteilung wiederholt wiedergegeben:

«Problematisch betreffend Beurteilung der Ehe ist die Fremdauskunft der Ex-Ehefrau gegenüber dem früheren Gutachter, wonach der zu Begutachtende in der Ehe lange Zeit oft gewalttätig gewesen sei, was von ihm konsequent bestritten wird.»⁹³

⁸⁷ KRÖBER/BRETTEL/RETTEBERGER/STÜBNER, FPPK 2019, S. 341.

⁸⁸ Vgl. *Einleitung, A., S. 1 ff.*

⁸⁹ Gutachten über Herrn T. vom 6. Dezember 2021, S. 1 ff.

⁹⁰ Gutachten über Herrn T. vom 6. Dezember 2021, S. 1 ff.

⁹¹ Gutachten über Herrn T. vom 6. Dezember 2021, S. 23.

⁹² Gutachten über Herrn T. vom 6. Dezember 2021, S. 24.

⁹³ Gutachten über Herrn T. vom 6. Dezember 2021, S. 89.

«Wie bereits der Vorgutachter erwähnt hat, kann in Bezug auf kriminelles Verhalten nach der Jugend durch die durchaus realistisch geschilderten häuslichen Gewaltvorfälle durch seine Ex-Ehefrau [...] durchaus von einer andauernden und gleichförmigen Problematik gesprochen werden.»⁹⁴

«Darüber hinaus ist auch gegenüber der Ex-Ehefrau, sofern deren Angaben zu häuslicher Gewalt stimmen, ein deutlicher Empathiemangel erkennbar.»⁹⁵

Der Gutachter ist in seinem Gutachten davon ausgegangen, dass die Angaben der Ex-Frau stimmen. Die angebliche häusliche Gewalt spielte im Gutachten in die Risikobeurteilung hinein, obwohl der Gutachter nie selbst mit der Ex-Frau gesprochen hatte. Der Gutachter kann nicht beurteilen, unter welchen Voraussetzungen die Vorwürfe zustande gekommen sind. Es handelt sich dabei lediglich um Angaben einer Dritten aus einem früheren Gutachten. Die Fremdauskünfte der Ex-Frau hinsichtlich häuslicher Gewalt waren gerichtlich nie beurteilt worden und sind von Herrn T. durchwegs bestritten worden. Unbesehen davon wurden sie in das aktuelle Gutachten übernommen, welches den Verlauf eines Strafverfahrens massgeblich beeinflussen kann. So können die Informationen aus früheren Gutachten zur Sachverhaltsermittlung beziehungsweise Sachverhaltsfortschreibung beitragen. Es ist deswegen wichtig, dass der für das Gutachten massgebliche Sachverhalt möglichst genau abgeklärt und von der Verfahrensleitung zur Verfügung gestellt wird.⁹⁶

Bei der in forensisch-psychiatrischer Terminologie genannten Auswertung früherer Gutachten handelt es sich aus Sicht des Strafprozesses um eine Art ausgelagerte Beweisverwertung. Indem die Sachverständigen diese Beweisverwertung im Gutachten festzuhalten haben, nehmen sie darüber hinaus auch eine Art strafprozessuale Dokumentation von Verfahrenshandlungen vor, die ebenfalls an sie ausgelagert worden ist.

II. Bildung von Sachverhaltshypothesen

Falls der zur Verfügung gestellte Sachverhalt noch nicht abschliessend geklärt ist, ist die sachverständige Person unter Umständen gezwungen, mit Annahmen und Sachverhaltshypothesen zu arbeiten, was den Sachverhalt für den gesamten wei-

⁹⁴ Gutachten über Herrn T. vom 6. Dezember 2021, S. 93.

⁹⁵ Gutachten über Herrn T. vom 6. Dezember 2021, S. 95.

⁹⁶ Vgl. *Schlussbetrachtung, B., I., 2., S. 263 ff.*

teren Verlauf des Verfahrens prägen kann.⁹⁷ Grundsätzlich sollte der Sachverhalt zum Zeitpunkt der Auftragsvergabe durch die Verfahrensleitung so weit abgeklärt sein, dass die sachverständige Person nicht darauf angewiesen ist, selbst Sachverhaltshypothesen aufzustellen und mögliche Eventualkonstellationen zu beurteilen.⁹⁸ Eine verfrühte Auftragsvergabe ist ein Nährboden für Fehlinterpretationen und kann zu Konflikten mit der Unschuldsvermutung führen.⁹⁹ In der Praxis ist der urteilsrelevante Sachverhalt zum Zeitpunkt der Auftragsvergabe zu einem (ersten) Gutachten praktisch nie vollständig erstellt, da die Untersuchung zur begangenen Tat noch läuft.¹⁰⁰

Ein psychiatrisches Gutachten ergibt nur unter der Annahme Sinn, dass die beschuldigte Person die Tat auch tatsächlich begangen hat.¹⁰¹ Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts und des EGMR ist es zulässig, der sachverständigen Person aufzutragen, dem Gutachten die Hypothese zugrunde zu legen, die beschuldigte Person habe die Tat begangen.¹⁰²

Die Hypothese, dass die beschuldigte Person die Tat begangen habe, ist jedoch nur ein Teil der Informationen, welche die sachverständige Person für die Erstellung des Gutachtens ermittelt. Weitere Informationen zum Tatgeschehen sind für die Gutachtenserstellung notwendig. Bei Zweifeln am relevanten Gutachtenssachverhalt ist die Verfahrensleitung zu kontaktieren und es kann sich gegebenenfalls aufdrängen, zwei oder mehr Sachverhaltsvarianten zu diskutieren.¹⁰³

⁹⁷ Vgl. BERNARD, in: Strafverfolgung – Individuum – Öffentlichkeit im Spannungsfeld der Wahrnehmungen, S. 143 f.

⁹⁸ BGer 1B_406/2021 vom 13. Oktober 2021, E. 2.2; ZK StPO-DONATSCH, Art. 184 N 6; BSK StPO-HEER, Art. 184 N 27.

⁹⁹ BSK StPO-HEER, Art. 184 N 27; BERNARD/STUDER, in: Feststellung des Sachverhalts im Zusammenhang mit der Begutachtung, S. 8 f.; BABIC, Diss., S. 224.

¹⁰⁰ Vgl. GRAF, in: Strafverfolgung – Individuum – Öffentlichkeit im Spannungsfeld der Wahrnehmungen, S. 97.

¹⁰¹ BGer 6B_321/2023 vom 16. Juni 2023, E. 4.4.8; vgl. BERNARD/STUDER, in: Feststellung des Sachverhalts im Zusammenhang mit der Begutachtung, S. 8.

¹⁰² BGer 6B_321/2023 vom 16. Juni 2023, E. 4.4.8; BGer 1B_406/2021 vom 13. Oktober 2021, E. 2.2; EGMR Bernard gegen Frankreich, Nr. 159/1996/778/979 vom 23. April 1998, § 38 f.; vgl. auch ESSER, in: Die Bedeutung der EMRK für die nationale Rechtsordnung, S. 44, der anzweifelt, ob damit der Unschuldsvermutung Genüge getan ist.

¹⁰³ BSK StPO-HEER, Art. 184 N 31; URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 364.

Andernfalls wird die sachverständige Person für die Erstellung des Gutachtens von bestimmten Annahmen ausgehen müssen.¹⁰⁴ Beispielsweise kann die sachverständige Person nicht vermeiden, bei widersprüchlicher Beweislage eine vorläufige Würdigung zu vollziehen und damit einen hypothetischen Sachverhalt anzunehmen.¹⁰⁵ Gemäss Lehre ist es notwendig, dass die sachverständige Person allfällige Zweifel an einer Sachverhaltsvariante als solche benennt und Annahmen auch klar kennzeichnet.¹⁰⁶ Es besteht jedoch die Gefahr, dass sich das Gericht von einer Annahme beziehungsweise von einer von der sachverständigen Person aufgestellten Hypothese beeinflussen lässt und davon nicht mehr abweichen wird. Zwar ist es Sache des beweiswürdigen Gerichts, den Urteilssachverhalt festzustellen,¹⁰⁷ jedoch wirkt das Gutachten als Anker für die Fortschreibung der Ereignisse aus Sicht der sachverständigen Person.¹⁰⁸ Es ist belegt, dass der Ankereffekt selbst bei berufserfahrenen Fachpersonen sehr wirkungsvoll sein kann und einen grossen Einfluss hat.¹⁰⁹ Mit der Begründung einer Hypothese kann die sachverständige Person den Sachverhalt und die darauf bauenden Schlüsse massgeblich lenken. So trägt sie zur weiteren Sachverhaltsermittlung bei.

Die Bildung von Sachverhaltshypothesen ist strafprozessual schwierig einzuordnen. Sie stellt am ehesten eine Art Beweisauswertung dar, da die Sachverständigen anhand der vorhandenen Beweise entscheiden müssen, von welcher Hypothese sie ausgehen möchten. Darüber hinaus findet auch an dieser Stelle durch das Festhalten der Hypothesen eine Dokumentation statt, welche an die Sachverständigen ausgelagert wurde.

B. Eigene Erhebungen und Untersuchungen

Es ist anlässlich der Gutachtenserstellung notwendig, dass die sachverständige Person eigene Erhebungen und Untersuchungen durchführt. Das können beispielsweise körperliche Untersuchungen, labormedizinische Untersuchungen, bildgebende Verfahren oder psychologische und neuropsychologische Testverfah-

¹⁰⁴ BSK StPO-HEER, Art. 184 N 31.

¹⁰⁵ URWYLER/ENDRASS/HACHTTEL/GRAF, Handbuch, S. 371.

¹⁰⁶ URWYLER/ENDRASS/HACHTTEL/GRAF, Handbuch, S. 364.

¹⁰⁷ URWYLER/ENDRASS/HACHTTEL/GRAF, Handbuch, S. 364.

¹⁰⁸ CONINX, Habil., S. 472; BOEHME-NESSLER, RW 2014, S. 209; vgl. NEAL/GRISSO, Psychology, Public Policy and Law 2014, S. 205.

¹⁰⁹ Mit weiteren Hinweisen RETTENBERGER/EHER, R&P 2016, S. 54; vgl. BOEHME-NESSLER, RW 2014, S. 209.

ren sein.¹¹⁰ Solche Untersuchungen sind jedoch nur vorzunehmen, wenn von ihnen weitere Informationen zur Beantwortung der Gutachtenfragen zu erwarten sind.¹¹¹

Zusätzlich zu diesen Untersuchungsverfahren kann die Befragung von Dritten wie Lebensgefährten, Psychologen oder Ärztinnen zur Gewinnung von Informationen über die beschuldigte Person erforderlich werden. Diese Befragungen werden Fremdanamnesen genannt.¹¹² Die zentralste Erhebung für die Gutachtenserstellung ist jedoch die Exploration – die Befragung der beschuldigten Person.¹¹³ Wenn die Staatsanwaltschaft oder die Gerichte solche Handlungen vornehmen, dann spricht man von Einvernahmen, welche strafprozessual zu den Beweiserhebungen zählen.

Nachfolgend wird vertieft auf die Exploration und die Fremdanamnese eingegangen, da diese sehr praxisrelevant sind und zahlreiche Problemfelder mit sich bringen, die im weiteren Verlauf der Arbeit untersucht werden.

I. Exploration

Die Exploration der zu begutachtenden Person bildet einen wichtigen Bestandteil der Diagnostik.¹¹⁴ Anlässlich der Exploration haben Sachverständige direkten Kontakt mit der begutachteten Person und können sich persönlich ein Bild von ihr machen.¹¹⁵ Zweck der Exploration ist insbesondere das Gewinnen von Informationen über die verschiedenen psychischen Funktionsbereiche der begutachteten Person.¹¹⁶ Während der Exploration sollen alle Symptome erfasst werden, welche für die Diagnosestellung einer psychischen Störung relevant sind.¹¹⁷

Dazu stellt die sachverständige Person Fragen und hört der begutachteten Person zu. Zu folgenden Bereichen wird die zu begutachtende Person in der Exploration –

¹¹⁰ URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 87 ff.

¹¹¹ DRESSING/FOERSTER, in: Psychiatrische Begutachtung, S. 22.

¹¹² KRÖBER/BRETTEL/RETTEBERGER/STÜBNER, FPPK 2019, S. 336; URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 86.

¹¹³ Vgl. URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 72; vgl. DRESSING/FOERSTER, in: Psychiatrische Begutachtung, S. 16.

¹¹⁴ URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 72; DRESSING/FOERSTER, in: Psychiatrische Begutachtung, S. 16; FÜRGER, ZStrR 1988, S. 388; GMÜR, Plädoyer 1999, S. 31.

¹¹⁵ Vgl. URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 72.

¹¹⁶ URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 74, 80.

¹¹⁷ URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 74.

je nach Gutachtensauftrag – befragt: Familienanamnese mit psychosozialer Situation der Familie, Geschwisterzahl, Familienatmosphäre und familiäre Belastung mit psychischen und somatischen Erkrankungen, Schwangerschafts- und Geburtsumstände, frühkindliche Entwicklung, vorschulische und schulische Entwicklung, Pubertät und frühes Erwachsenenalter, Sexualleben, berufliche Entwicklung, Partnerschaften, Ehe, Familie, Kinder, biografische Konfliktsituationen, allfällige Vorstrafen, sozioökonomische Verhältnisse, frühere psychische und körperliche Erkrankungen, aktuelle Erkrankungen beziehungsweise Störungen, Drogenkonsum, Freizeitgestaltung, Tagesablauf, Selbsteinschätzung, Umgang mit Konflikten und Zukunftsperspektiven.¹¹⁸ Darüber hinaus stellt die sachverständige Person auch Fragen über das Tatgeschehen und die Motive der beschuldigten Person, die nichts oder jedenfalls wenig mit besonderer Fachkunde zu tun haben.¹¹⁹ Fragen also beispielsweise zum Tatablauf, zur Motivlage, zur Psychodynamik der Tathandlung, zur Vorgeschichte, zum Nachtatverhalten und was sonst noch alles mit Tat und beschuldigter Person im Zusammenhang stehen kann.¹²⁰

Bei dieser Informationserhebung kann es sein, dass die beschuldigte Person gegenüber der sachverständigen Person Angaben zur Tat macht, welche sie gegenüber den Strafbehörden nicht gemacht hat.¹²¹ Die sachverständige Person kann daher während der Exploration umfangreichere Kenntnis über den Tathergang erhalten als die Strafbehörden. Die Weisung des Kantons Luzern über psychiatrische Gutachten sieht daher vor, dass die sachverständige Person der zuständigen Behörde mitzuteilen hat, wenn die begutachtete Person im Rahmen der Exploration erstmals Angaben zum Sachverhalt macht oder wesentliche neue Tatsachen bekannt gibt.¹²²

¹¹⁸ DRESSING/FOERSTER, in: Psychiatrische Begutachtung, S. 18; KRÖBER/BRETTEL/RETTEBERGER/STÜBNER, FPPK 2019, S. 337; BÖHM, R&P 2018, S. 136; FURGER, ZStrR 1988, S. 388.

¹¹⁹ OBERHOLZER, in: Feststellung des Sachverhalts im Zusammenhang mit der Begutachtung, S. 52; WOHLERS, forumpoenale 2021, S. 365; BRUNNER, in: Strafverteidigung und Sicherheitswahn, S. 138; vgl. URWYLER, Diss., S. 187; vgl. bereits FURGER, ZStrR 1988, S. 387.

¹²⁰ OBERHOLZER, in: Feststellung des Sachverhalts im Zusammenhang mit der Begutachtung, S. 52; vgl. DONATSCH, forumpoenale 2019, S. 137; HEER/COVACI, AJP 2019, S. 445 f.; BERNARD/STUDER, in: Feststellung des Sachverhalts im Zusammenhang mit der Begutachtung, S. 12 ff.; vgl. URWYLER, Diss., S. 187.

¹²¹ Vgl. TOEPEL, Habil., S. 374.

¹²² § 34 Abs. 2 Weisung-LU.

Die Fülle an Sachverhaltsermittlung anlässlich der Exploration dient der Erstellung des Gutachtens. Das Gutachten hat im Prozess massgeblichen Einfluss auf die Urteilsfindung.¹²³ Die Frage, wie nahe die Exploration einer strafprozessualen Verfahrenshandlung kommt, ist deswegen angebracht. Zu denken ist hier beispielsweise an eine Einvernahme durch die Strafbehörden. URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF stellen vor dem Hintergrund der umfassenden Informationserhebung während der Exploration diese materiell einer Einvernahme gleich.¹²⁴

Von forensisch-psychiatrischer Seite wird geltend gemacht, dass die Exploration keine Einvernahme darstelle und die Intentionen der sachverständigen Person anders gelagert seien als die von Strafbehörden.¹²⁵ Der sachverständigen Person gehe es vorrangig um die Erfassung der psychischen, gegebenenfalls psychopathologischen Symptomatik und der emotionalen Befindlichkeit der zu begutachtenden Person.¹²⁶ Derselben Ansicht ist auch das Bundesgericht. Das Verhör der beschuldigten Person und die Beweisaussagen der Parteien erfüllen gemäss Bundesgericht andere gesetzliche Funktionen als eine forensisch-psychiatrische Begutachtung.¹²⁷ Die sachverständige Person nehme ausschliesslich fachspezifische Erhebungen vor, die mit dem Gutachtenauftrag in engem Zusammenhang stehe.¹²⁸ Die Strafbehörden dürften Äusserungen der beschuldigten Person anlässlich eines Explorationsgesprächs der beschuldigten Person auch nicht wie Beweisaussagen zum inkriminierten Sachverhalt vorhalten.¹²⁹

Das Bundesgericht sowie die Stimmen aus der Psychiatrie verkennen bei dieser Einordnung, dass die sachverständige Person anlässlich der Exploration zusätzliche Sachverhaltsermittlung betreibt. Diese zusätzliche Sachverhaltsermittlung wirkt über das Gutachten hinaus auf das Urteil ein, da in der Praxis Gerichte oftmals direkt auf das Gutachten abstellen.¹³⁰ Anlässlich der Exploration ermittelt die sachverständige Person unter anderem auch zum Tatverlauf. Die fachspezifischen Erhebungen in der Exploration sind eng verwoben mit dem Anklagesachverhalt

¹²³ CONINX, Habil., S. 483; vgl. BERNARD, in: Strafverfolgung – Individuum – Öffentlichkeit im Spannungsfeld der Wahrnehmungen, S. 143 ff.

¹²⁴ URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 412.

¹²⁵ DRESSING/FOERSTER, in: Psychiatrische Begutachtung, S. 18.

¹²⁶ DRESSING/FOERSTER, in: Psychiatrische Begutachtung, S. 18.

¹²⁷ BGE 144 I 253, E. 3.7.

¹²⁸ BGE 144 I 253, E. 3.7.

¹²⁹ BGE 144 I 253, E. 3.7.

¹³⁰ Vgl. CONINX, Habil., S. 483; vgl. BERNARD, in: Strafverfolgung – Individuum – Öffentlichkeit im Spannungsfeld der Wahrnehmungen, S. 143 ff.

sowie selbstbelastenden Äusserungen der begutachteten Person. Die Exploration kommt strukturell betrachtet einer strafprozessualen Einvernahme sehr nahe. Folgende Punkte haben sie unter anderem gemein: Die beschuldigte Person beantwortet Fragen, die im Rahmen eines Strafverfahrens gegen sie gestellt werden. Die Antworten der beschuldigten Person auf diese Fragen können im Verlaufe des Verfahrens als Tatsachen zur Beurteilungsgrundlage für eine mögliche Sanktion gegen sie verwendet werden, auch wenn sie der beschuldigten Person gemäss Bundesgericht nicht direkt vorgehalten werden dürfen.¹³¹

Schliesslich ist festzuhalten, dass den Sachverständigen im Rahmen der Exploration keine andere Aufgabe zukommt, als den gutachtensrelevanten Sachverhalt zu ermitteln, den die Justiz mangels Fachwissens nicht selbst untersuchen kann.¹³² Dabei kommt ihnen zusätzlich ein grosser Ermessensspielraum zu, wie auch das Bundesgericht festhält:

«In diesem Zusammenhang gilt zu berücksichtigen, dass die psychiatrische Exploration von der Natur der Sache her nicht ermessensfrei erfolgen kann und dem oder der medizinischen Sachverständigen deshalb praktisch immer einen gewissen Spielraum eröffnet, innerhalb welchem verschiedene Interpretationen möglich, zulässig und im Rahmen einer Exploration lege artis zu respektieren sind.»¹³³

Sachverständige erstellen damit während der Exploration mit grossem Ermessensspielraum teilweise tat- und sanktionenrelevanten Sachverhalt. Diese Handlungen sind vergleichbar mit den Einvernahmen durch Strafbehörden, was strafprozessual als Beweiserhebung zu qualifizieren ist. Das Festhalten der Exploration im Gutachten ist wiederum als ausgelagerte Dokumentation zu betrachten.

II. Fremdanamnesen

Die Fremdanamnese gehört wie die Exploration in psychiatrischer Terminologie zu den eigenen Erhebungen und Untersuchungen der sachverständigen Person. Eine Fremdanamnese ist eine Befragung von Dritten aus dem näheren oder weiteren Umfeld der beschuldigten Person.¹³⁴ Befragt werden können anlässlich einer

¹³¹ Vgl. URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 115 ff.; BGE 144 I 253, E. 3.7.

¹³² HEER/COVACI, AJP 2019, S. 444.

¹³³ Vgl. statt vieler BGer 9C_353/2015 vom 24. November 2015, E. 4.1.

¹³⁴ BGer 6B_1090/2009 vom 20. Mai 2010, E. 1.5.4; NEDOPIL/ENDRASS/ROSSEGGER/WOLF, Prognose, S. 65; GMÜR, Plädoyer 1999, S. 32.

Fremdanamnese beispielsweise die Arbeitgeberin, Angehörige, die Therapeutin oder der Arzt einer beschuldigten Person.¹³⁵

Im Rahmen dieser Befragungen von Dritten werden Informationen erhoben, die als Sachverhalt in das Gutachten fliessen. Die Fremdanamnesen zählen deswegen zur Sachverhaltsermittlung. Dabei handelt es sich oftmals um Informationen, die ohne strafprozessuale Kontrolle in das Gutachten eingearbeitet und dann dort als Tatsachen behandelt werden, ohne dass sie jemals durch ein Gericht überprüft worden wären. Der Einsatz von Fremdanamnesen ist daher aus strafprozessualen Gründen umstritten.¹³⁶

Ähnlich zum hiervor bei der Aktenauswertung erwähnten Beispiel mit den nicht überprüften Aussagen der Ex-Frau finden sich aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung illustrative Beispiele: Ein Sachverständiger verwertet unter dem Titel *Darstellung der Einzelfaktoren/vorliegende Hintergrundinformation* mehrere Verhaltensweisen des Beschuldigten in seiner Prognose, die nicht Prozessgegenstand waren, oder es erfolgten Freisprüche bezüglich dieser Vorwürfe.¹³⁷ Konkret ging es dabei um Informationen von Dritten bezüglich körperlicher Gewalt in der Partnerschaft sowie Todesdrohungen gegenüber den Kindern, die vom Sachverständigen im Gutachten unzutreffenderweise für die Prognose verwendet wurden.¹³⁸

Aus diesen Gründen sollte auf jeden Fall kritisch beleuchtet werden, inwiefern Tatsachen über Dritte Eingang in Gutachten finden, die sich der strafprozessualen Kontrolle – jedenfalls bis zum Abschluss des Gutachtens – völlig entziehen. Somit ist die sachverständige Person durch die Fremdanamnese in grossem Umfang an der Sachverhaltsermittlung beteiligt.

Auch die Fremdanamnesen stellen letztlich wie die Exploration ausgelagerte Sachverhaltsermittlung dar, die einer Einvernahme nahekommen. Strafprozessual betrachtet handelt es sich auch bei den Fremdanamnesen um Beweiserhebungen und deren Dokumentation.

¹³⁵ Vgl. URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 86.

¹³⁶ Vgl. *Dritter Teil, 4. Kapitel, B., S. 152 ff.*; URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 87.

¹³⁷ BGer 6B_828/2018 vom 5. Juli 2019, E. 6.4.

¹³⁸ BGer 6B_828/2018 vom 5. Juli 2019, E. 6.4.

C. Befunde

Die Befunde der sachverständigen Person sind strikt von der Aktenauswertung zu trennen.¹³⁹ Zu den Befunden gehören nebst den psychischen Befunden die Ergebnisse der weiteren Zusatzuntersuchungen der sachverständigen Person. Darunter fallen beispielsweise neuropsychologische Untersuchungen oder bildgebende Verfahren.¹⁴⁰

I. Psychischer Befund

Der psychische Befund ist ein elementarer Teil eines psychiatrischen Gutachtens.¹⁴¹ Er hat das Ziel, in möglichst anschaulicher Form den begutachteten Menschen zu schildern und dabei die kognitiv-intellektuellen Fähigkeiten, die Persönlichkeitsstruktur und allfällige zu benennende psychopathologische Symptome sowie das subjektive Empfinden und Erleben zu beschreiben.¹⁴² So wie in der Allgemeinmedizin systematisch die verschiedenen Organsysteme wie etwa Bewegungsapparat, Haut, Atmung, Herz- und Kreislauf untersucht werden, prüfen psychiatrisch-psychologische Sachverständige die verschiedenen psychischen Funktionsbereiche.¹⁴³ Dabei sind im Gutachten alle wesentlichen psychischen Funktionsbereiche zu beschreiben.¹⁴⁴ Ziel ist es, damit alle Symptome zu erfassen, welche für die Kennzeichnung einer psychischen Störung relevant sind.¹⁴⁵ So wird ein wesentlicher Teil des Fundaments für die Diagnosestellung gelegt.¹⁴⁶ Der psychische Befund ist jedoch strikt von den Beurteilungen und damit auch der

¹³⁹ DITTMANN, in: *Psychiatrie und Recht*, S. 153 f.; WOLF, FPPK 2012, S. 240.

¹⁴⁰ KRÖBER/BRETTEL/RETTEBERGER/STÜBNER, FPPK 2019, S. 335; DRESSING/FOERSTER, in: *Psychiatrische Begutachtung*, S. 22.

¹⁴¹ KRÖBER/BRETTEL/RETTEBERGER/STÜBNER, FPPK 2019, S. 337 f.; URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, *Handbuch*, S. 74, 369; DRESSING/FOERSTER, in: *Psychiatrische Begutachtung*, S. 20.

¹⁴² Ausführlich dazu DRESSING/FOERSTER, in: *Psychiatrische Begutachtung*, S. 20 f.; KRÖBER/BRETTEL/RETTEBERGER/STÜBNER, FPPK 2019, S. 337 f.

¹⁴³ URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, *Handbuch*, S. 74.

¹⁴⁴ DITTMANN, in: *Psychiatrie und Recht*, S. 152 f.

¹⁴⁵ URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, *Handbuch*, S. 74.

¹⁴⁶ Mit weiteren Hinweisen URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, *Handbuch*, S. 74.

Diagnose zu trennen.¹⁴⁷ Es empfiehlt sich, hier nach einem anerkannten psychopathologischen Erhebungssystem wie zum Beispiel AMDP vorzugehen.¹⁴⁸

Während Erhebungen zur Biografie und zur Vorgeschichte auch für juristische Fachpersonen alltägliche Aufgaben sind, setzt die systematische Erhebung des psychischen Befundes psychiatrisches Fachwissen voraus.¹⁴⁹ Dass psychiatrisches Fachwissen notwendig ist, wird beim Lesen eines Auszugs aus einem psychischen Befund deutlich:

«Der Explorand erschien jeweils bewusstseinsklar und nicht durch psychotrope Substanzen beeinträchtigt wirkend zu den Explorationsgesprächen. Er war zeitlich, örtlich, situativ und zur Person vollständig orientiert. Konzentration und Auffassungsfähigkeit waren regelrecht ausgebildet, indem es keine Hinweise auf eine erhöhte Ermüdbarkeit oder gar Konzentrationsschwächen gab. Das Immediatgedächtnis war unauffällig. Im Langzeitgedächtnis fiel eine Diskrepanz auf zwischen seinem sehr guten Erinnerungsvermögen in Bezug auf biographische Angaben und den von ihm häufig geltend gemachte Erinnerungslücken in Bezug auf Details der einzelnen Deliktbegehungen. [...] Ansonsten war der formale Gedankengang unauffällig. Ich-Störungen im Sinne von Gedankenausbreitung, -entzug oder -eingung konnten nicht eruiert werden. Zudem erschien ihm seine Umwelt vertraut und das Verhältnis zum eigenen Körper unverändert. Im affektiven Bereich war die Schwingungsfähigkeit erhalten, und es konnte ein guter affektiver Rapport hergestellt werden, wobei allerdings je nach Gesprächsthema Unterschiede im emotionalen Ausdruck feststellbar waren. Dem Gutachter gegenüber verhielt er sich durchgängig freundlich-zugewandt und zeigte keine Anzeichen für Dysphorie oder gar Aggression.»¹⁵⁰

Die Informationen zum psychischen Befund werden von der sachverständigen Person in der Exploration durch die unmittelbare Interaktion mit der begutachteten Person und die damit mögliche Beobachtung ihres Verhaltens erhoben.¹⁵¹ Auch hier besteht ein erhebliches Ermessen der Sachverständigen. Zu den Sachverhalts-

¹⁴⁷ URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 369.

¹⁴⁸ AMDP steht für Arbeitsgemeinschaft für Methodik und Dokumentation in der Psychiatrie; DITTMANN, in: Psychiatrie und Recht, S. 152 f.; URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 75, 369.

¹⁴⁹ DITTMANN, in: Psychiatrie und Recht, S. 152 f.

¹⁵⁰ Gutachten über Herrn T. vom 6. Dezember 2021, S. 76.

¹⁵¹ URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 369.

ermittlungen der sachverständigen Person kann deswegen auf die Ausführungen bei der Exploration verwiesen werden.¹⁵²

Strafprozessual betrachtet handelt es sich hierbei um eine Art Beweiserhebung, welche an die Sachverständigen ausgelagert ist. Zudem ist auch an dieser Stelle die Dokumentation der Erhebung auf die Sachverständigen ausgelagert.

II. Prognoseinstrumente und Basisraten

Ebenfalls zu den Befunden zählen die Resultate der Anwendung von Prognoseinstrumenten der forensischen Psychiatrie. Dank einer stetigen Weiterentwicklung gibt es heute eine Vielzahl von Prognoseinstrumenten, wobei bereits die Auswahl der geeigneten Instrumente im Einzelfall eine Herausforderung darstellen kann.¹⁵³ Instrumente wie beispielsweise FOTRES, VRAG, SORAG, Static-99, PCL-R und HCR-20 fanden schnell Eingang in die Gerichtspraxis.¹⁵⁴

Prognoseinstrumente haben den Zweck, die Wahrscheinlichkeit eines Rückfalls einer bestimmten Person zu bestimmen.¹⁵⁵ Unterschieden wird zwischen aktuari-schen Prognoseinstrumenten wie beispielsweise SORAG oder VRAG-R, *structured-professional-judgement*-Instrumenten, welche kurz SPJ-Instrumente genannt werden, wie beispielsweise HCR-20 oder FOTRES, und psychometrischen Instrumenten wie der PCL-R.¹⁵⁶ Sowohl die aktuari-schen als auch die psychometrischen Instrumente greifen auf Normwerte zurück.¹⁵⁷ Diese rechnerische Vorgehensweise hängt massgeblich von Basisraten ab.¹⁵⁸ Unter Einbezug der Basisraten wird die beschuldigte Person einer bestimmten Gruppe von vergleichbaren straffälligen Personen zugeordnet, damit die Rückfallwahrscheinlichkeit weiter eingegrenzt

¹⁵² Vgl. *Erster Teil, 3. Kapitel, B., I., S. 25 ff.*

¹⁵³ DAHLE, in: *Handbuch kriminalprognostischer Verfahren*, S. 337 ff.; RETTENBERGER et al., *Diagnostica* 2017, S. 3.

¹⁵⁴ HEER, in: *Strafverfolgung – Individuum – Öffentlichkeit im Spannungsfeld der Wahrnehmungen*, S. 113.

¹⁵⁵ Vgl. statt vieler GRETENKORD, in: *Handbuch kriminalprognostischer Verfahren*, S. 21.

¹⁵⁶ BGE 149 IV 325, E. 4.4.2; URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, *Handbuch*, S. 182 ff.

¹⁵⁷ BGE 149 IV 325, E. 4.4.2; URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, *Handbuch*, S. 196, 205.

¹⁵⁸ GRETENKORD, in: *Handbuch kriminalprognostischer Verfahren*, S. 24; ausführlich hierzu, insbesondere zum positiven Vorhersagewert, URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, *Handbuch*, S. 549.

werden kann.¹⁵⁹ Die Basisrate im Kontext von Prognoseinstrumenten beschreibt die Häufigkeit der Begehung einer Straftat in einer Referenzgruppe von Personen in einem bestimmten Zeitraum.¹⁶⁰ Beispielsweise beträgt die Rückfallrate in der Schweiz für Männer zwischen 25 und 44 Jahren betreffend Raub 24 Prozent innerhalb von drei Jahren.¹⁶¹ Basisraten sind oftmals veraltet oder nicht auf straffällige Personen in der Schweiz anwendbar.¹⁶² Sie stecken den Rahmen für die Rückfallgefahr ab, besagen jedoch darüber hinaus grundsätzlich nichts für die Prognose im Einzelfall.¹⁶³

Das durch die Basisrate bestimmte empirische Ausgangsrisiko ist durch ein Prognoseinstrument weiter zu konkretisieren.¹⁶⁴ Prognoseinstrumente werden anhand von Beurteilungskriterien – sogenannten *Items* – ausgefüllt. Darunter finden sich Items wie beispielsweise *oberflächlicher Charme*, *pathologisches Lügen*, *parasitärer Lebensstil* und *Impulsivität*.¹⁶⁵ Unter Gewichtung der Items und im Einklang mit dem prognoserelevanten Erfahrungswissen soll das Zusammentreffen von solchen Merkmalen eine bestimmte Wahrscheinlichkeit der Begehung von Straftaten angeben.¹⁶⁶ Diese einzelnen Items oder Risikofaktoren sind meist klar operationalisiert und anhand eines Manuals nach festen Regeln zu bewerten.¹⁶⁷ Anschliessend wird – meist durch einfaches Aufaddieren der einzelnen Item-

¹⁵⁹ BRÄGGER/GRAF, Jusletter 27. April 2015, N 43; BABIC, Diss., S. 272; LAU, in: Wege und Irrwege stationärer Massnahmen nach Rechtskraft des Strafurteils, S. 21.

¹⁶⁰ URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 165; vgl. NEDOPIL/ENDRASS/ROSSEGGER/WOLF, Prognose, S. 103; BRÄGGER/GRAF, Jusletter 27. April 2015, N 43; HABERMEYER et al., forumpoenale 2019, S. 293.

¹⁶¹ Vgl. NEDOPIL/ENDRASS/ROSSEGGER/WOLF, Prognose, S. 116.

¹⁶² BEVILACQUA et al., Swiss medical weekly 2023, S. 6; Basisraten scheinen zeitlich nicht stabil zu sein, hierzu NEDOPIL/ENDRASS/ROSSEGGER/WOLF, Prognose, S. 110; vgl. BRÄGGER/GRAF, Jusletter 27. April 2015, N 45.

¹⁶³ BGer 6B_257/2018, 6B_270/2018 vom 12. Dezember 2018, E. 7.6.1; URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 133; mit weiteren Hinweisen HABERMEYER/SASS, FPPK 2022, S. 96.

¹⁶⁴ BGE 149 IV 325, E. 4.5.1; URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 230.

¹⁶⁵ MOKROS, in: Erkenntnisse von Fachkommissionen – Psychiatrische Gutachten im Fokus des Bundesgerichts, S. 88.

¹⁶⁶ VOLCKART, Kriminalprognose, S. 7.

¹⁶⁷ Mit weiteren Hinweisen RETTENBERGER et al., Diagnostica 2017, S. 4.

werte – ein Gesamtwert gebildet, von dem aus wiederum auf das Rückfallrisiko geschlossen werden kann.¹⁶⁸

Der Einsatz entsprechender Prognoseinstrumente dient der Feststellung des Ausgangsrisikos, der Eruiierung von Betreuungs- und Behandlungszielen sowie der transparenten Darstellung des Behandlungsverlaufs und kann insgesamt in der aktuellen Begutachtungspraxis als *state of the art* angesehen werden.¹⁶⁹ Jedoch ist zu erwähnen, dass bei der Interpretation der Prognoseinstrumente Vorsicht angebracht ist, da sie unter Umständen nicht für eine Anwendung in der Schweiz, die entsprechende Deliktkategorie, das entsprechende Alter der beschuldigten Person oder das jeweilige Geschlecht geeignet sind.¹⁷⁰ Beispielsweise gibt es keine empirischen Belege dafür, dass FOTRES auch bei gewaltlosen, weiblichen oder ausländischen Personen ausserhalb von Sexualstraftaten angewendet werden kann.¹⁷¹ Ein anderes Beispiel ist der VRAG, der für männliche Gewalt- und Sexualstraftäter konzipiert ist.¹⁷² Bei Frauen sollte der VRAG nur unter Vorbehalt angewendet werden.¹⁷³ Dennoch werden für Männer konzipierte Prognoseinstrumente in der Praxis vorbehaltlos für Frauen angewendet. Beispielsweise wurden in mehreren analysierten Gutachten über Frauen, welche Gewalttaten verübt hatten, ohne Erklärung der VRAG angewendet.¹⁷⁴ Es gab in den Gutachten keine Erklärung, weshalb der VRAG im konkreten Einzelfall auf die Beschuldigte anwendbar sei, obwohl in diesen Gutachten festgehalten ist, dass der VRAG basierend auf «einer Stichprobe von 618 [männlichen] Rechtsbrechern» entwickelt worden

¹⁶⁸ Mit weiteren Hinweisen RETTENBERGER et al., Diagnostica 2017, S. 4; MOKROS, in: Erkenntnisse von Fachkommissionen – Psychiatrische Gutachten im Fokus des Bundesgerichts, S. 91; WERTZ/RETTENBERGER, Forensische Psychiatrie und Psychotherapie 2021, S. 243.

¹⁶⁹ Mit weiteren Hinweisen WERTZ/RETTENBERGER, Forensische Psychiatrie und Psychotherapie 2021, S. 244.

¹⁷⁰ Ausführlich hierzu DAHLE, in: Handbuch kriminalprognostischer Verfahren, S. 338 f.; zum Alter insbesondere BGE 149 IV 325, E. 4 ff.; WANGMO et al., Frontiers in Psychiatry 2021, S. 6; NEDOPIL/ENDRASS/ROSSEGGER/WOLF, Prognose, S. 146; mit weiteren Hinweisen HABERMEYER/SASS, FPPK 2022, S. 96; vgl. HABERMEYER et al., forum-poenale 2019, S. 294.

¹⁷¹ S. hierzu und für eine ausführliche Diskussion zu Fairness von Prognoseinstrumenten RÄZ, AI and Ethics 2022.

¹⁷² Für eine Übersicht zu den gängigsten Prognoseinstrumenten s. NEDOPIL/ENDRASS/ROSSEGGER/WOLF, Prognose, S. 149 ff.

¹⁷³ NEDOPIL/ENDRASS/ROSSEGGER/WOLF, Prognose, S. 150.

¹⁷⁴ Gutachten über Frau N. vom 2. Juni 2021, S. 55; Gutachten über Frau Y. vom 1. Juli 2021, S. 26.

ist.¹⁷⁵ Wieso der VRAG auch ohne Validierung für Frauen angewendet worden ist, wurde nicht erläutert.

Zudem bestehen erhebliche Zweifel an der Zuverlässigkeit dieser Prognoseinstrumente, weswegen viele kritische Publikationen dazu erschienen sind.¹⁷⁶ Auf diesen Umstand wird bei den sogenannten Beurteilungen durch die sachverständige Person – insbesondere der Risikobeurteilung – noch genauer eingegangen.¹⁷⁷

An dieser Stelle folgt zur Veranschaulichung ein Beispiel eines ausgefüllten Bewertungsbogens zum VRAG-R aus einem analysierten Gutachten, bei welchem die begangenen Taten des Beschuldigten mehrfache sexuelle Handlungen mit Kindern waren.¹⁷⁸ Der VRAG-R ist ein aktuarielles Prognoseinstrument, das sich aus 12 unterschiedlichen Items zusammensetzt und bei männlichen Gewalt- und Sexualstraftätern angewendet werden kann und für den deutschsprachigen Raum übersetzt und validiert ist.¹⁷⁹

| Item | Beschreibung | Kodierung | Itemscore |
|------|---|--|-----------|
| 1 | Zusammenleben mit beiden biologischen Eltern bis zum 16. Lebensjahr | Ja = -2 Nein = +2 | +2 |
| 2 | Schulische Verhaltensprobleme (bis einschliesslich der 8. Jahrgangsstufe) | Keine Probleme = -3 Leichte oder mittelgradig ausgeprägte Probleme = +1 Gravierendes (d.h. häufig auftretendes oder schwerwiegendes) Problemverhalten = +4 | +1 |
| 3 | Alkohol- oder Drogenprobleme in der Vergangenheit | < 3 Punkte = -2 3 Punkte = 0 4 Punkte = +1 > 4 Punkte = +4 | -2 |

¹⁷⁵ Gutachten über Frau N. vom 2. Juni 2021, S. 55; Gutachten über Frau Y. vom 1. Juli 2021, S. 26.

¹⁷⁶ Vgl. beispielsweise HEER, in: Erkenntnisse von Fachkommissionen – Psychiatrische Gutachten im Fokus des Bundesgerichts; HEER, in: Strafverfolgung – Individuum – Öffentlichkeit im Spannungsfeld der Wahrnehmungen; BERNARD, Jusletter 13. Februar 2012; CONINX, Habil.; WEBER, ZStrR 2002; BRUNNER, in: Strafjustiz zwischen Anspruch und Wirklichkeit; LEHMANN/MOSER/STUDER, NKrim 2023.

¹⁷⁷ Vgl. *Erster Teil, 3. Kapitel, D., S. 38 ff.*

¹⁷⁸ Gutachten über Herrn T. vom 6. Dezember 2021, Anhang 1.

¹⁷⁹ NEDOPIL/ENDRASS/ROSSEGGGER/WOLF, Prognose, S. 153.

| Item | Beschreibung | Kodierung | Itemscore |
|------|--|---|-----------|
| 4 | Ehestatus zur Zeit des Index-Delikts | Jemals verheiratet (oder eine mindestens sechs Monate dauernde eheähnliche Beziehung) = -1 Niemals verheiratet = +1 | -1 |
| 5 | Punktwert der kriminellen Vergangenheit für Verurteilungen oder Anklagen von nicht-gewalttätigen Straftaten vor dem Index-Delikt | Punktwert von 0 = -3 Punktwert von 1 oder 2 = -1 Punktwert von 3 bis einschliesslich 8 = +1 Punktwert von 9 bis einschliesslich 17 = +3 Punktwert von 18 oder mehr = +5 | -1 |
| 6 | Bewährungsversagen | Nein = -2 Ja = +4 | -2 |
| 7 | Alter zum Zeitpunkt des Index-Delikts | > 45 = -7 39 - 45 = -4 34 - 38 = -2 31 - 33 = -1 26 - 30 = +1 < 26 = +2 | -4 |
| 8 | Punktwert der kriminellen Vergangenheit für Verurteilungen oder Anklagen von gewalttätigen Straftaten vor dem Index-Delikt | Punktwert von 0 = -2 Punktwert von 1 bis einschliesslich 4 = +2 Punktwert von 5 bis einschliesslich 18 = +3 Punktwert von über 18 = +4 | +4 |
| 9 | Anzahl früherer Inhaftierungen | 0 = -2 1 = +2 2 = +3 3 oder 4 = +4 > 4 = +6 | +2 |
| 10 | Verhaltensstörung (vor dem 15. Lebensjahr) | 0 Punkte = -2 1 Punkt = 0 > 1 Punkt und < 5 Punkte = +4 > 4 Punkte = +5 | +4 |

| Item | Beschreibung | Kodierung | Itemscore |
|---|----------------------------------|--|-----------------------------|
| 11 | Sexualdelikte in der Vorgesichte | Keine Hands-on Sexualdelikte = -2 Ausschliesslich gegen Kinder < 14 Jahre = -1 Passt zu keiner anderen Kategorie = +2 Mindestens ein Hands-on Sexualdelikt gegen ein weibliches Opfer ≥ 14 Jahre = +3 | -1 |
| 12 | Antisozialität | Facette 4 Punktwert von 0 = -6 Facette 4 Punktwert von ≥ 1 und < 2.5 = -3 Facette 4 Punktwert von ≥ 2.5 und < 3.5 = +2 Facette 4 Punktwert von ≥ 3.5 und < 7.5 = +3 Facette 4 Punktwert von ≥ 7.5 = +6 | +3 |
| Gesamtwert (von maximal 46 erreichbaren Punkten) | | | +5 |
| Risikokategorie nach 5 Jahren | Rückfallrate nach 5 Jahren | Risikokategorie nach 12 Jahren | Rückfallrate nach 12 Jahren |
| 6 | 34% | 6 | 60% |

Die einzelnen Items oder die Kodierung wurden im Gutachten dieses Beispiels nicht näher erläutert und die Punktevergabe nicht weiter begründet. Wie genau die Rückfallraten von 34 respektive 60 Prozent zustande gekommen sind, kann aus dem Gutachten nicht nachvollzogen werden. Für eine Erläuterung der Items muss das Manual hinzugezogen werden, auf welches im Gutachten nicht hingewiesen worden ist. Mindestens eine deutsche Übersetzung des VRAG-R ist frei verfügbar.¹⁸⁰ In dieser übersetzten Version werden die Items genauer erläutert. Beispielsweise wird ersichtlich, dass sich das *Item 10 – Verhaltensstörung* auf verschiedene Verhaltensindikatoren stützt wie *wiederholtes Schulschwänzen, delinquentes Verhalten, von dem das Jugendgericht Kenntnis erlangte, wiederholte Trunkenheit oder Drogenkonsum, Schulnoten bleiben im Verhältnis zum angenommenen oder bekannten IQ deutlich hinter den Erwartungen zurück, Beteiligung an Prügeleien*

¹⁸⁰ Für die deutsche Version s. RETTENBERGER/GREGÓRIO HERTZ/EHER, VRAG-R, S. 1 ff.

und zahlreiche weitere.¹⁸¹ Nicht immer sind diese Manuale mit weiteren Erläuterungen zu den Prognoseinstrumenten frei verfügbar.

Im Gutachten wäre jeweils zu dokumentieren, an welchem Sachverhalt für die Bewertung im Einzelfall angeknüpft wird und weshalb welches Item wie bewertet wird.¹⁸² Zusätzlich ist auch die Wahl des Prognoseinstruments zu begründen.¹⁸³ Wird diese Begründungspflicht durch die sachverständige Person vernachlässigt, kann das Gutachten am Schluss durch die Verfahrensparteien nicht nachvollzogen und nicht überprüft werden.¹⁸⁴

Mithilfe von Prognoseinstrumenten schafft die sachverständige Person Sachverhalt, der massgeblich zur Berechnung des Rückfallrisikos und damit zum Massnahmenentscheid beiträgt. Die Sachverhaltsermittlung beginnt bereits mit der Wahl der geeigneten Prognoseinstrumente. Dieser Sachverhalt kann von den Gerichten mangels Fachwissens nicht erstellt werden, die Sachverhaltsermittlung hierzu fällt in den Zuständigkeitsbereich der sachverständigen Person.

Strafprozessual betrachtet handelt es sich hierbei ebenfalls um eine Art Beweiserhebung, welche inklusive ihrer Dokumentation an die Sachverständigen ausgelagert ist.

D. Beurteilungen

Die sogenannte Beurteilung des ermittelten Sachverhalts durch die sachverständige Person stellt nebst dem Befund das zweite Kernstück eines Gutachtens dar.¹⁸⁵ Die Beurteilungen und Interpretationen müssen im Gutachten sichtbar und konsequent von Aktenauswertungen und von Befunden getrennt werden.¹⁸⁶ Wie hiervoor

¹⁸¹ RETTENBERGER/GREGÓRIO HERTZ/EHER, VRAG-R, S. 40.

¹⁸² BGer 6B_424/2015 vom 4. Dezember 2015, E. 3.5; MOKROS/DRESSING/HABERMEYER, in: Psychiatrische Begutachtung, S. 472; BÖHM, R&P 2018, S. 136.

¹⁸³ BGer 6B_828/2018 vom 5. Juli 2019, E. 6.4.

¹⁸⁴ Vgl. *Fünfter Teil, 2. Kapitel, C., II., S. 230 ff.*

¹⁸⁵ URWYLER/ENDRASS/HACHTTEL/GRAF, Handbuch, S. 370; DRESSING/FOERSTER, in: Psychiatrische Begutachtung, S. 61.

¹⁸⁶ BSK StPO-HEER, Art. 187 N 6; WIPRÄCHTIGER, in: Strafjustiz zwischen Anspruch und Wirklichkeit, S. 317; NEDOPIL/DITTMANN/KIESEWETTER, ZStrR 2005, S. 132; EBNER et al., SZS 2016, S. 460 f.; mit weiteren Hinweisen URWYLER/ENDRASS/HACHTTEL/GRAF, Handbuch, S. 369; KRÖBER/BRETTEL/RETTENBERGER/STÜBNER, FPPK 2019, S. 336; DITTMANN, in: Psychiatrie und Recht, S. 147; ALEX/FELTES/KUDLACEK, StV 2013, S. 262; WOLF, FPPK 2012, S. 240.

beschrieben, ist es aber hinsichtlich der Risikobeurteilung nicht immer möglich, Beurteilung und Befund exakt gegeneinander abzugrenzen.¹⁸⁷

In die Beurteilung eines forensisch-psychiatrischen Prognosegutachtens gehört unter anderem die Diagnose nach einem anerkannten Klassifikationssystem wie beispielsweise ICD-11, die Delikthypothese (auch Deliktsmechanismus oder Deliktsdynamik genannt) sowie die Risikobeurteilung und die Beurteilung betreffend Massnahmenindikation.¹⁸⁸

Der Abschnitt, der äusserst praxisrelevant ist, ist die Risikobeurteilung.¹⁸⁹ Nachfolgend fokussiert sich die Darstellung der Beurteilungen deswegen darauf.

Bei der Risikobeurteilung handelt es sich um Wahrscheinlichkeitsaussagen über künftiges menschliches Verhalten, konkret zu neuen Straftaten.¹⁹⁰ Wie hiervoor dargestellt, bilden statistische Prognoseinstrumente den Startpunkt für die Risikobeurteilung. Da mittels dieser Prognoseinstrumente lediglich statistische Aussagen möglich sind, mit denen sich die Besonderheiten des individuellen Einzelfalls nicht hinreichend erfassen lassen, reicht diese Grundlage allein für die Risikobeurteilung nicht aus.¹⁹¹ Statistische und einzelfallbezogene Prognosen müssen miteinander verbunden werden, um eine verlässliche Aussage im Einzelfall zu erhalten.¹⁹² So hat das Bundesgericht geurteilt, dass rein statistische Prognoseinstrumente für eine Risikoeinschätzung nicht ausreichen, es brauche immer noch eine differenzierte Einzelfallanalyse durch eine sachverständige Person.¹⁹³ Aus dem Erfordernis der Einzelfallanalyse ergibt sich, dass die sachverständige Person

¹⁸⁷ Vgl. z.B. URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 227 f.

¹⁸⁸ NEDOPIL/DITTMANN/KIESEWETTER, ZStrR 2005, S. 135; DRESSING/FOERSTER, in: Psychiatrische Begutachtung, S. 61; vgl. URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 370.

¹⁸⁹ WANGMO et al., Frontiers in Psychiatry 2021, S. 6.

¹⁹⁰ RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, Strafprozessrecht, S. 559; mit weiteren Hinweisen LEHMANN/MOSER/STUDER, NKrim 2023, S. 13; EGG, in: Psychologisch-psychiatrische Begutachtung in der Strafjustiz, S. 20.

¹⁹¹ GRETENKORD, in: Handbuch kriminalprognostischer Verfahren, S. 20; DRESSING/FOERSTER, in: Psychiatrische Begutachtung, S. 23; KRÖBER, FPPK 2011, S. 122; RETTENBERGER et al., Diagnostica 2017, S. 3; LEHMANN/MOSER/STUDER, NKrim 2023, S. 10 ff.

¹⁹² Beispielsweise das klinisch-idiographische Modell, s. mit weiteren Hinweisen RETTENBERGER et al., Diagnostica 2017, S. 3; GRETENKORD, in: Handbuch kriminalprognostischer Verfahren, S. 21.

¹⁹³ BGE 149 IV 325, E. 4.4.1; BGer 6B_772/2007 vom 9. April 2008, E. 4.2.

das Risiko der Straftatbegehung nicht einfach als Punkt oder Prozentwert angegeben darf, sondern dass sie die Risikoeinschätzung differenziert darlegen muss.¹⁹⁴ Konkret bedeutet das, dass sie sämtliche Schritte bei der Risikobeurteilung (Basisrate, statistische Prognoseinstrumente, strukturiertes professionelles Urteil inkl. Delikthypothese etc.) zu beschreiben und zu erklären hat.¹⁹⁵

Ein Ausschnitt aus einer Risikobeurteilung kann beispielsweise wie folgt aussehen:

«Bei einer zusammenfassenden Beurteilung der Risiko- und protektiven Faktoren und unter Berücksichtigung der hier verwendeten Prognoseinstrumente (STATIC-99 beziehungsweise STATIC-99R, STABLE-2007) ergibt sich folgende kriminalprognostische Einschätzung: Es bestehen auch bei Berücksichtigung des relativ hohen Alters des Exploranden weiterhin ein überdurchschnittliches Rückfallrisiko für erneute Sexualdelikte und eine hohe Dringlichkeit von Betreuung und Kontrolle. Dies gilt sowohl für Hands-on als auch für Pornographie-Delikte. Das Risiko für Tierquälerei erscheint deutlich geringer; lässt sich aber empirisch nicht genauer quantifizieren.»¹⁹⁶

Dies ist nur ein kurzer Ausschnitt aus einer Risikoeinschätzung, welche sich meist über mehrere Seiten im Gutachten erstreckt. Dieses Gutachten äussert sich hier nach zu den massgeblichen Risikofaktoren und zu den prognostisch als günstig zu wertenden Faktoren und wägt diese gegeneinander ab. Zudem wird das eingeschätzte Risiko anhand der verwendeten Prognoseinstrumente numerisch wiedergegeben und die Arten der konkret zu erwartenden Rückfälle werden angegeben. Die Risikobeurteilung mündet im analysierten Gutachten schliesslich in drei Risikoszenarien. Diese beschreiben mögliche Risiken für die weitere Entwicklung der beschuldigten Person in einem *ungünstigen Szenario*, einem *mittelgradigen Szenario* und einem *günstigen Szenario*.¹⁹⁷ Schliesslich bezieht der Gutachter Stellung, welches der möglichen Szenarien er in welchem Zeitraum als am wahrscheinlichsten erachtet. Diese Risikoszenarien geben ein plastisches Bild einer möglichen Zukunft des Exploranden ab. Dies ist einerseits positiv zu werten, da die Risikobeurteilung verständlich formuliert wird. Andererseits hat diese Risiko-

¹⁹⁴ BGer 6B_582/2017 vom 19. Juni 2018, E. 2.2.6; URWYLER/ENDRASS/HACHTTEL/GRAF, Handbuch, S. 138; RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, Strafprozessrecht, S. 560.

¹⁹⁵ URWYLER/ENDRASS/HACHTTEL/GRAF, Handbuch, S. 138.

¹⁹⁶ Gutachten über Herrn R. vom 10. August 2022, S. 125.

¹⁹⁷ Gutachten über Herrn R. vom 10. August 2022, S. 128 ff.

beurteilung auch negative Aspekte. Wie kann bestimmt werden, dass diese Risikoszenerarien tatsächlich stimmen und welches künftige Verhalten der Explorand tatsächlich an den Tag legen wird?

Sowohl zu forensischen Risikobeurteilungen als auch zu den Prognoseinstrumenten bestehen zahlreiche kritische Publikationen.¹⁹⁸ Das Augenmerk dieser Kritik zielt in erster Linie auf die Unsicherheit dieser Wahrscheinlichkeitsaussagen. Es darf nicht vergessen werden, dass menschliches Verhalten nie genau vorhergesagt werden kann.¹⁹⁹ Betroffene Personen stehen Prognosen bezüglich ihres eigenen zukünftigen Handelns sehr kritisch gegenüber und zweifeln diesbezüglich die Kompetenz der Sachverständigen an.²⁰⁰ Forensisch-psychiatrische Prognosen sind nicht uneingeschränkt verlässlich.²⁰¹ Unter strafprozessualen Gesichtspunkten ist deswegen eine vorsichtige Handhabung solcher Prognosen angezeigt. Die Beurteilungen der sachverständigen Person können nicht unhinterfragt in die Beurteilung des Gerichts übernommen werden. Die Beurteilung zum Rückfallrisiko beziehungsweise die konkrete Höhe der erstellten Rückfallwahrscheinlichkeit ist ein wichtiger Faktor bei der Entscheidung, ob einer Person eine Massnahme auferlegt wird oder nicht. Die Beurteilungen der sachverständigen Person haben somit direkten Einfluss auf das Urteil.

Bei den Beurteilungen nehmen Sachverständige Bezug auf die von ihnen erhobenen und verwerteten Beweismittel und werten diese aus. Die Beurteilungen der Sachverständigen können daher strafprozessual als eine Art Beweisauswertung

¹⁹⁸ Vgl. beispielsweise HEER, in: Erkenntnisse von Fachkommissionen – Psychiatrische Gutachten im Fokus des Bundesgerichts; HEER, in: Strafverfolgung – Individuum – Öffentlichkeit im Spannungsfeld der Wahrnehmungen; BERNARD, Jusletter 13. Februar 2012; CONINX, Habil.; WEBER, ZStrR 2002; BRUNNER, in: Strafjustiz zwischen Anspruch und Wirklichkeit; LEHMANN/MOSER/STUDER, NKrim 2023; ERB, ZStW 2009, S. 912.

¹⁹⁹ GRETENKORD, in: Handbuch kriminalprognostischer Verfahren, S. 19; vgl. RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, Strafprozessrecht, S. 559; HEER, in: Strafverfolgung – Individuum – Öffentlichkeit im Spannungsfeld der Wahrnehmungen, S. 114; WEBER, ZStrR 2002, S. 400; vgl. SACHS, in: Strafsystem und Öffentlichkeit: Zwischen Kuscheljustiz und Scharfrichter, S. 187; HABERMAYER/SACHS, Jusletter 27. April 2015, N 20; CAPUS, in: Strafverteidigung und Sicherheitswahn, S. 61; DITTMANN, in: Forensische Psychiatrie als interdisziplinäre Wissenschaft, S. 55.

²⁰⁰ WANGMO et al., Frontiers in Psychiatry 2021, S. 6 f.

²⁰¹ Mit weiteren Hinweisen BSK StGB-HEER, Art. 56 N 34; CONINX, Habil., S. 504 ff.; ALBRECHT, in: Forensische Psychiatrie als interdisziplinäre Wissenschaft, S. 10; ALEX/FELTES/KUDLACEK, StV 2013, S. 259; EGG, in: Psychologisch-psychiatrische Begutachtung in der Strafjustiz, S. 18.

betrachtet werden. Ebenfalls wird, strafprozessual betrachtet, eine Dokumentation dieser Beweisauswertungen vorgenommen, da sie im Gutachten festgehalten werden.

E. Beantwortung der Gutachtensfragen

Die letzte Rubrik des Gutachtens heisst *Beantwortung der Gutachtensfragen*. An dieser Stelle beantwortet die sachverständige Person die Fragen der auftraggebenden Behörde für den konkret vorliegenden Einzelfall.²⁰² Dabei nimmt sie Bezug auf ihre Befunde und Beurteilungen. Bei der Beantwortung der Gutachtensfragen werden daher nicht neue Inhalte erhoben, sondern die bereits ermittelten Informationen werden zur Beantwortung der Fragen der auftraggebenden Behörde aufbereitet. Die Fragen müssen im Gutachten wörtlich nach dem Gutachtensauftrag wiedergegeben werden.²⁰³ Wichtig ist, dass die sachverständige Person die Fragen für das Gericht verständlich beantwortet und begründet.²⁰⁴

Eine der wichtigsten Gutachtensfragen ist diejenige zur Risikoeinschätzung. Die Risikoeinschätzung wurde in den Beurteilungen bereits behandelt. Bei der Beantwortung der Gutachtensfragen ist vielmehr eine klare Kommunikation der Beurteilungen gefragt. Gemäss Bundesgericht hat sich die sachverständige Person hinreichend fassbar dazu zu äussern, ob und allenfalls welche Delikte mit wie hoher Wahrscheinlichkeit künftig zu erwarten sind.²⁰⁵ Das Bundesgericht hat bei Fehlen dieser Angaben die Risikokommunikation als mangelhaft eingestuft, beispielsweise weil zwar das Risiko einer erneuten Gewalttat angegeben worden ist, nicht aber Angaben zur Schwere der drohenden Tat gemacht worden sind.²⁰⁶

Dass die Risikokommunikation nicht immer einfach verständlich ist, zeigt auch ein Blick in die analysierten Gutachten:

«Durch die Behandlung konnten insgesamt gering ausgeprägte risikosenkende Effekte erreicht werden, indem das persönlichkeitsbedingte Risikopotenzial von deutlich bis sehr hoch auf deutlich reduziert werden konnte

²⁰² DRESSING/FOERSTER, in: Psychiatrische Begutachtung, S. 4.

²⁰³ URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 370.

²⁰⁴ Vgl. HEER, in: «Toujours agité – jamais abattu», S. 194.

²⁰⁵ BGer 6B_828/2018 vom 5. Juli 2019, E. 6.4; BGer 6B_265/2015 vom 3. Dezember 2015, E. 6.3.2.

²⁰⁶ BGer 6B_1147/2018 vom 25. März 2019, E. 2.4; URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 140.

und ausserdem gering bis moderat ausgeprägte Selbstkontrollfähigkeiten erarbeitet werden konnten. Dadurch hat sich das tateitnah hohe Rückfallrisiko für einschlägige Delikte auf ein deutliches Mass und somit in geringem Ausmass reduziert.»²⁰⁷

«Insgesamt ergibt sich ein deutlich erhöhtes Rückfallrisiko sowohl für neuerliche Brandstiftungen als auch Delikte im Bereich Eigentum, Drohung und Gewalt. Es besteht ein Hochrisikoprofil, bei dem eine Rückfälligkeit klar wahrscheinlicher als eine Rückfallfreiheit ist.»²⁰⁸

Bei solchen Formulierungen ist fragwürdig, ob das Gericht unter diesen Informationen zum Risiko dasselbe versteht wie die sachverständige Person.²⁰⁹ Gestützt auf diese Risikokommunikation hat das Gericht das rechtsrelevante Rückfallrisiko zu erstellen und zu entscheiden, ob eine Massnahme angeordnet werden soll oder nicht. Eine präzise Risikokommunikation ist deshalb unerlässlich, aber auch anspruchsvoll.²¹⁰

Grundsätzlich kann zwischen einer quantitativen und nominalen Form der Risikokommunikation unterschieden werden.²¹¹ Bei der quantitativen Form werden Wahrscheinlichkeitsangaben numerisch für bestimmte Zeiträume angegeben, basierend auf Basisraten und Prognoseinstrumenten.²¹² Beispielsweise betrage die Rückfallrate für die beschuldigte Person betreffend Raub 24 Prozent innerhalb von drei Jahren. Die nominale Form beinhaltet eine dichotome oder kategoriale Gewichtung des Risikos beispielsweise in Form eines geringen, moderaten oder hohen Risikos.²¹³

Bezüglich nominaler Risikokommunikation kann es problematisch sein, Risikoeinschätzungen zu machen, die sich mit Begriffen wie *hoch* und *niedrig* zufrieden-

²⁰⁷ Gutachten über Herrn T. vom 6. Dezember 2021, S. 114 f.

²⁰⁸ Gutachten über Frau A. vom 25. April 2020, S. 40.

²⁰⁹ GRETENKORD, in: Handbuch kriminalprognostischer Verfahren, S. 32; GRAF, in: Strafen ohne Augenmass, S. 47.

²¹⁰ Vgl. CONINX, Habil., S. 389; vgl. SACHS, in: Strafsystem und Öffentlichkeit: Zwischen Kuscheljustiz und Scharfrichter, S. 187; ausführlich zur Risikokommunikation vgl. NEDOPIL/ENDRASS/ROSSEGGER/WOLF, Prognose, S. 226.

²¹¹ WERTZ/RETTEBERGER, Forensische Psychiatrie und Psychotherapie 2021, S. 246.

²¹² NEDOPIL/ENDRASS/ROSSEGGER/WOLF, Prognose, S. 232; WERTZ/RETTEBERGER, Forensische Psychiatrie und Psychotherapie 2021, S. 246.

²¹³ WERTZ/RETTEBERGER, Forensische Psychiatrie und Psychotherapie 2021, S. 246; RETTEBERGER et al., Diagnostica 2017, S. 4.

geben.²¹⁴ Solche Angaben werden schnell missverstanden.²¹⁵ Zu welchen Missverständnissen solche Risikobezeichnungen führen können, zeigt eine Studie aus dem Jahr 2008.²¹⁶ Die Autoren der Studie befragten Richterinnen und Richter, was sie unter einem geringen, einem moderaten und einem hohen Rückfallrisiko verstehen.²¹⁷ Die Befragung ergab, dass die Spannweite für den Grenzwert, der ein geringes von einem moderaten Risiko trennt, von 0 bis 54 Prozent reichte, der zwischen einem moderaten und hohen Risiko lag zwischen 38 und 95 Prozent.²¹⁸ Das Ergebnis dieser Untersuchung zeigt damit eindrücklich, dass das Verständnis von semantischen Beschreibungen eines geringen, moderaten oder hohen Risikos individuell sehr unterschiedlich ausgeprägt ist.²¹⁹

Aber nicht nur juristische Fachpersonen sind sich uneinig, was solche Bezeichnungen betrifft. Auch psychowissenschaftliche Fachpersonen haben hierzu eine geteilte Auffassung. Eine Studie aus dem deutschsprachigen Raum hat untersucht, ab welcher Wahrscheinlichkeit aus der subjektiven Sicht der teilnehmenden Fachpersonen die Einstufung in ein hohes Rückfallrisiko bezüglich erneuter Gewalttätigkeit gerechtfertigt wäre.²²⁰ Die Angaben hierzu variierten sehr stark und reichten von 5 bis 80 Prozent.²²¹ Bei der Frage nach der maximalen Wahrscheinlichkeit, bis zu der die Bezeichnung niedriges Rückfallrisiko noch gerechtfertigt ist, lagen die Antworten zwischen 0 und 51 Prozent.²²²

Sowohl die auftraggebende Behörde, die Sachverständigen als auch die Gerichte unterscheiden sich also stark darin, was sie genau unter den beschriebenen Rückfallrisiken verstehen.²²³ Manche Autoren vertreten deswegen die Auffassung, dass eine Kombination von quantitativen und nominalen Angaben bei der Risikokom-

²¹⁴ NEDOPIL/ENDRASS/ROSSEGGGER/WOLF, Prognose, S. 230.

²¹⁵ NEDOPIL/ENDRASS/ROSSEGGGER/WOLF, Prognose, S. 227.

²¹⁶ HILTON/CARTER/HARRIS/SARPE, *Journal of interpersonal violence* 2008, S. 171 ff.; NEDOPIL/ENDRASS/ROSSEGGGER/WOLF, Prognose, S. 227.

²¹⁷ HILTON/CARTER/HARRIS/SARPE, *Journal of interpersonal violence* 2008, S. 172 ff.; NEDOPIL/ENDRASS/ROSSEGGGER/WOLF, Prognose, S. 227.

²¹⁸ HILTON/CARTER/HARRIS/SARPE, *Journal of interpersonal violence* 2008, S. 179 ff.; NEDOPIL/ENDRASS/ROSSEGGGER/WOLF, Prognose, S. 227.

²¹⁹ NEDOPIL/ENDRASS/ROSSEGGGER/WOLF, Prognose, S. 227.

²²⁰ RETTENBERGER et al., *Diagnostica* 2017, S. 8.

²²¹ RETTENBERGER et al., *Diagnostica* 2017, S. 8.

²²² RETTENBERGER et al., *Diagnostica* 2017, S. 8.

²²³ RETTENBERGER et al., *Diagnostica* 2017, S. 11; HILTON/CARTER/HARRIS/SARPE, *Journal of interpersonal violence* 2008, S. 171 ff.

munikation angezeigt sei.²²⁴ Durch die Beantwortung der durch die Verfahrensleitung gestellten Fragen kann die sachverständige Person je nach Formulierung bei der Risikokommunikation nochmals grossen Einfluss auf den erstellten Sachverhalt – beziehungsweise wie dieser verstanden wird – und damit auch auf das Urteil nehmen.

Bei der Beantwortung der Gutachtensfragen nehmen Sachverständige Bezug auf die bereits erstellten Beurteilungen und geben diese wieder. Es handelt sich dabei wie auch bei den Beurteilungen ebenfalls um eine Art Beweisauswertung durch Sachverständige.

²²⁴ Mit weiteren Hinweisen vgl. WERTZ/RETTEBERGER, Forensische Psychiatrie und Psychotherapie 2021, S. 247.

4. Kapitel: Ergebnisse des Ersten Teils

Der Erste Teil befasste sich mit der Auslagerung der Sachverhaltsermittlung an forensisch-psychiatrische Sachverständige. Die forensisch-psychiatrische Sachverhaltsermittlung wird in Strafverfahren insbesondere in Verfahren zu Massnahmenentscheiden erforderlich. Die Auslagerung wird durch die Verfahrensleitung des jeweiligen Verfahrensabschnitts delegiert. Die forensisch-psychiatrischen Sachverständigen nehmen durch diese Auslagerung der Sachverhaltsermittlung Staatsaufgaben wahr. Die forensische Psychiatrie wird daher in der Diskussion auch *Staatsanwaltschaft in Weiss* genannt.²²⁵

Diese Metapher wird bestätigt durch die Tatsache, dass die Sachverhaltsermittlung durch forensisch-psychiatrische Sachverständige umfangreich und vielfältig ist. Sie befragen im Rahmen von Explorationen beschuldigte Personen und im Rahmen von Fremdanamnesen Dritte. Zudem können sie selbstständig weitere Erhebungen und Untersuchungen vornehmen und Prognoseinstrumente anwenden. Weiter geben sie in den Gutachten ihre Beurteilung über die beschuldigte Person ab, welche massgeblichen Einfluss auf das Gerichtsurteil haben kann. Das Gutachten ist wesentliche Grundlage für die vom Gericht für das Urteil zu berücksichtigenden Umstände, wie Tatmotiv und Tatumstände, Nachtatverhalten, Vorleben und persönliche Verhältnisse. Die sachverständige Sachverhaltsermittlung umfasst daher auch tat- und sanktionenrelevanten Sachverhalt.²²⁶

Es ist die Aufgabe des Gerichts, festzustellen, von welchem Sachverhalt die sachverständige Person ausgegangen ist und ob diese Tatsachen ordnungsgemäss in den Strafprozess eingeführt worden sind. Zur weiteren Untersuchung, ob der ermittelte Sachverhalt den strafprozessualen Anforderungen genügt, sind die Bereiche der sachverständigen Sachverhaltsermittlung in die Sprache des Strafprozessrechts zu übersetzen. Diese Übersetzung lässt sich nicht eins zu eins vornehmen, da die sachverständige Sachverhaltsermittlung nicht exakt mit der strafbehördlichen Sachverhaltsermittlung übereinstimmt. Dennoch kann die Sachverhaltsermittlung durch Sachverständige analog zu den Handlungen der Strafbehörden strafprozessual betrachtet in folgende Bereiche eingeteilt werden:

- Beweiserhebungen, worunter eigene Erhebungen und Untersuchungen sowie Befunde durch Sachverständige fallen (hiernach im Dritten Teil behandelt);

²²⁵ Vgl. *Erster Teil, 2. Kapitel, S. 14 ff.*

²²⁶ Vgl. *Erster Teil, 3. Kapitel, S. 19 ff.*

- Beweisverwertungen, worunter die Verwertung bestehender Informationen, beispielsweise aus früheren Gutachten, fällt (hiernach im Dritten Teil behandelt);
- Beweisauswertungen, worunter die Auswertung aller erhobenen und verwerteten Informationen, beispielsweise für die Erstellung der Beurteilungen, fällt (hiernach im Vierten Teil behandelt);
- Dokumentation, worunter die Aufzeichnung der hiervoor genannten Bereiche fällt (hiernach im Fünften Teil behandelt).²²⁷
- Es bleibt zu untersuchen, an welche strafprozessualen Anforderungen sich die Sachverständigen bei diesen Teilbereichen der Sachverhaltsermittlung zu halten haben.

²²⁷ Vgl. *Erster Teil, 3. Kapitel, S. 19 ff.*

Zweiter Teil:
Vorwirkung strafprozessualer
Anforderungen auf die sachverständige
Sachverhaltsermittlung

1. Kapitel: Gegenstand und Gang der Untersuchung des Zweiten Teils

A. Gegenstand

Um die strafprozessualen Folgen der Auslagerung der sachverständigen Sachverhaltsermittlung verstehen zu können, ist eine Analyse des konventions- und verfassungsrechtlichen Rahmens zur Sachverhaltsermittlung vorzunehmen. Sowohl die EMRK als auch die Bundesverfassung geben grundsätzliche Normen zum Vorgehen im Strafprozess vor. Diese Normen sind generell gehalten und stark auslegungsbedürftig. Konkreter sind die Normen zur Sachverhaltsermittlung durch die Strafprozessordnung festgehalten. Die Sachverhaltsermittlung obliegt im Strafverfahren grundsätzlich den Strafbehörden.²²⁸ Diese haben sich an umfangreiche strafprozessuale Anforderungen zu halten. Sachverständige sind im Rahmen der Gutachtenerstellung wie im Ersten Teil aufgezeigt ebenfalls massgeblich an der Sachverhaltsermittlung beteiligt.²²⁹ Der von Sachverständigen erhobene Sachverhalt findet sodann Eingang in Strafverfahren.²³⁰ Die Strafprozessordnung kennt aber keine umfangreichen Normen explizit zur sachverständigen Sachverhaltsermittlung, welche ein faires Verfahren für betroffene Personen garantieren würden.

Ziel des Zweiten Teils ist es daher, zu untersuchen, wie die Verfahrensfairness, welche bei der Sachverhaltsermittlung von Strafbehörden durch strafprozessuale Normen gewährt ist, auch bei der sachverständigen Sachverhaltsermittlung gesichert werden kann. Ob und in welchem Umfang die Sachverständigen bei ihrer Sachverhaltsermittlung ebenso an die strafprozessualen Anforderungen gebunden sind wie die Strafbehörden, bleibt deswegen zu untersuchen.²³¹

B. Gang der Untersuchung

Der Zweite Teil besteht aus drei inhaltlichen Kapiteln. Das 2. Kapitel steckt den konventions- und verfassungsrechtlichen Rahmen der sachverständigen Sachverhaltsermittlung ab. Begonnen wird mit den konventionsrechtlichen Grundsätzen

²²⁸ Art. 6 StPO, Untersuchungsgrundsatz.

²²⁹ BRUNNER, in: Strafverteidigung und Sicherheitswahn, S. 138; URWYLER, Diss., S. 66 ff.

²³⁰ Vgl. BRUNNER, in: Strafverteidigung und Sicherheitswahn, S. 138.

²³¹ Vgl. BERNARD, Jusletter 13. Februar 2012, N 41.

nach Art. 6 EMRK, wobei zuerst die Frage der Anwendbarkeit von Art. 6 EMRK behandelt wird. Danach wird auf die Auslegung der EMRK eingegangen und die einzelnen Verfahrensgrundsätze nach Art. 6 EMRK werden vorgestellt. Schliesslich werden die ergänzenden Garantien aus der Bundesverfassung umrissen.

Das 3. Kapitel analysiert die getrennte Sachverhaltsermittlung von Sachverständigen und Strafbehörden. Begonnen wird mit dem Vergleich der geltenden rechtlichen Vorgaben zur Sachverhaltsermittlung für Strafbehörden und Sachverständige aus der Strafprozessordnung. Danach wird auf die Folgen der unterschiedlichen rechtlichen Vorgaben eingegangen. Insbesondere wird untersucht, ob die unterschiedlichen rechtlichen Vorgaben beziehungsweise die daraus resultierende zweigleisige Sachverhaltsermittlung die Verfahrensrechte von betroffenen Personen gefährdet.

Das 4. Kapitel untersucht, wie die Verfahrensfairness bei der Sachverhaltsermittlung durch forensisch-psychiatrische Sachverständige im Strafverfahren erreicht werden kann. Dabei werden bereits angewendete Mechanismen daraufhin untersucht, ob sie zur Sicherung der Verfahrensfairness taugen. Es wird weiter untersucht, inwiefern eine Vorwirkung der strafprozessualen Anforderungen auf die sachverständige Sachverhaltsermittlung Verfahrensfairness herstellen könnte. Diese Vorwirkung wird ebenfalls für Gutachten untersucht, die von Vollzugsbehörden in Auftrag gegeben und anschliessend in Strafverfahren eingebracht werden.

2. Kapitel: Konventions- und verfassungsrechtlicher Rahmen sachverständiger Sachverhaltsermittlung

Bei der sachverständigen Sachverhaltsermittlung geben strafprozessuale Grundprinzipien aus der Europäischen Menschenrechtskonvention und der Bundesverfassung einen rechtlichen Rahmen vor. Die Sachverhaltsermittlung der sachverständigen Person unterliegt rechtsstaatlichen Prinzipien der Verfassung, wie beispielsweise den Grundrechten und dem Fairnessgrundsatz.²³² Die Einhaltung dieser strafprozessualen Anforderungen ist in einem Rechtsstaat unerlässlich, damit die Grundrechte der verfahrensbeteiligten Personen geschützt werden.²³³

Die Garantien der EMRK sind weitgehend vergleichbar mit den Verfahrensgarantien der BV.²³⁴ Die EMRK sowie die nationalen Strafgesetze haben für die Schweiz gleichermassen innerstaatliche Geltung.²³⁵ Die materiellen Bestimmungen der Art. 2–14 EMRK sind auf nationaler Ebene unbestrittenermassen unmittelbar anwendbar.²³⁶ Ein Entscheid zu einer Rechtsfrage kann also mit der EMRK, mit der BV, mit der StPO oder mit mehreren dieser Erlasse begründet werden.²³⁷ Die Strafprozessordnung normiert und konkretisiert viele Rechte selbst, sodass nationale Gerichte regelmässig auf diese gesetzliche Verankerung und nicht auf internationales Recht zurückgreifen.²³⁸ Die Normierungen in der Strafprozessordnung sowie das Verfassungsrecht sind jedoch so weit als möglich konventionskonform auszulegen.²³⁹ Ein Rückgriff auf die Verfassung erübrigt sich zudem nicht dadurch, dass eine gesetzliche Normierung der Sachverständigentätigkeit in der Strafprozessordnung erfolgt ist.²⁴⁰

²³² SALADIN, in: *Recht und Wirtschaft heute*, S. 670; vgl. TRECHSEL, *Human rights*, S. 176.

²³³ Vgl. SCHNELL/STEFFEN, *Strafprozessrecht in der Praxis*, S. 3.

²³⁴ HALLER/HÄFELIN/KELLER/THURNHERR, *Bundesstaatsrecht*, S. 65.

²³⁵ Vgl. HALLER/HÄFELIN/KELLER/THURNHERR, *Bundesstaatsrecht*, S. 65; vgl. GAEDE, *Diss.*, S. 64; SGK BV-ZIEGLER, *Bundesverfassung und Völkerrecht* N 47 ff.

²³⁶ HALLER/HÄFELIN/KELLER/THURNHERR, *Bundesstaatsrecht*, S. 65; GAEDE, *Diss.*, S. 64.

²³⁷ DONATSCH/ARNOLD, in: *40 Jahre Beitritt der Schweiz zur EMRK*, S. 100.

²³⁸ BSK StPO-GLESS, Art. 139 N 12.

²³⁹ Vgl. DONATSCH/ARNOLD, in: *40 Jahre Beitritt der Schweiz zur EMRK*, S. 99; SGK BV-ZIEGLER, *Bundesverfassung und Völkerrecht* N 57.

²⁴⁰ SALADIN, in: *Recht und Wirtschaft heute*, S. 660.

Verfahrensgarantien aus der EMRK und der Bundesverfassung haben einen zentralen Einfluss auf das Strafprozessrecht.²⁴¹ Man könnte sogar sagen, diese Garantien bilden das Rückgrat des Strafprozessrechts.²⁴² Das Strafprozessrecht wird in seinen Grundzügen teilweise auch als angewandtes Verfassungsrecht bezeichnet.²⁴³ Die EMRK hat sich in der Schweiz in unser Rechtsleben integriert und hat, seit sie hierzulande in Kraft ist, stetig an Bedeutung gewonnen.²⁴⁴ Die EMRK hatte zudem direkten Einfluss auf die Ausgestaltung der ersten schweizerischen Strafprozessordnung, die 2011 in Kraft getreten ist.²⁴⁵ Eine isolierte Betrachtung der Strafprozessordnung ohne Einbeziehung der EMRK sowie auch der BV würde dem Konstrukt der einheitlichen Rechtsordnung nicht Rechnung tragen.²⁴⁶ Bei einem Auslegungsvorgang sind daher von Anfang an die Strafprozessordnung und die EMRK gleichzeitig in wechselseitigen Bezügen als gemeinsame Bestandteile einer einheitlichen Rechtsordnung als verschiedene und parallel geltende Rechtsquellen zu denken.²⁴⁷

A. Garantien von Art. 6 EMRK

Die EMRK charakterisiert sich im Bereich des Strafverfahrensrechts vor allem dadurch, dass sie Ansprüche der beschuldigten Person regelt.²⁴⁸ Im Zusammenhang mit der Sachverhaltsermittlung von Sachverständigen im Massnahmenrecht ist hauptsächlich Art. 6 EMRK einschlägig, der das Recht auf ein faires Verfahren garantiert.²⁴⁹ Zusätzlich ergeben sich rund um die sachverständige Sachverhaltsermittlung im Zusammenhang mit freiheitsentziehenden Massnahmen auch

²⁴¹ ROXIN/SCHÜNEMANN, Strafverfahrensrecht, S. 11; HÖRNLE, ZStW 2005, S. 801; URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 33.

²⁴² JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, Strafprozessrecht, S. 16.

²⁴³ ROXIN/SCHÜNEMANN, Strafverfahrensrecht, S. 11; HÖRNLE, ZStW 2005, S. 801.

²⁴⁴ HAEFLIGER/SCHÜRMAN, EMRK und die Schweiz, S. 9.

²⁴⁵ DONATSCH/ARNOLD, in: 40 Jahre Beitritt der Schweiz zur EMRK, S. 92.

²⁴⁶ Vgl. hierzu BERNARD, *sui generis* 2020, S. 277; vgl. KRAMER/ARNET, Juristische Methodenlehre, S. 99.

²⁴⁷ BERNARD, *sui generis* 2020, S. 277; vgl. KRAMER/ARNET, Juristische Methodenlehre, S. 99.

²⁴⁸ DONATSCH/ARNOLD, in: 40 Jahre Beitritt der Schweiz zur EMRK, S. 96.

²⁴⁹ ESSER, Diss., S. 693; WIEDERKEHR, in: Beweisfragen im sozialversicherungsrechtlichen Verfahren, S. 1 ff.; mit weiteren Hinweisen BERNARD/STUDER, ZStrR 2015, S. 80; vgl. BRUNNER, in: Gericht und Expertise, S. 192.

Ansprüche aus Art. 5 EMRK.²⁵⁰ Im Fokus der nachfolgenden Abhandlung steht Art. 6 EMRK.

Die sachverständige Sachverhaltsermittlung ist gewissen Rahmenbedingungen der EMRK unterworfen.²⁵¹ Die Art und Weise der Sachverständigentätigkeit muss mit den Grundsätzen eines fairen Verfahrens nach Art. 6 Ziff. 1 EMRK und insbesondere auch mit den Garantien von Art. 6 Ziff. 3 EMRK in Einklang stehen.²⁵² Die Feststellungen von Sachverständigen müssen zudem der Unschuldsvermutung nach Art. 6 Ziff. 2 EMRK entsprechen.²⁵³ Es liegt in der Verantwortung der nationalen Strafgerichte, über die Verwertbarkeit des erstellten Gutachtens (auch) auf der Grundlage der EMRK zu entscheiden.²⁵⁴

I. Anwendbarkeit von Art. 6 EMRK

Während die Strafprozessordnung sowie die Bundesverfassung unbestrittenermaßen auf die Sachverhaltsermittlung durch Sachverständige anwendbar sind, ist bei Art. 6 EMRK eine Begründung notwendig.

Die EMRK nennt den Begriff der sachverständigen Person nicht ausdrücklich und enthält keine speziellen Regelungen für den Sachverständigenbeweis. Dies ist nicht verwunderlich, da die Verfahrensgarantien der EMRK nicht auf einzelne Beweise oder Teilaspekte anwendbar sind, sondern auf Verfahrenstypen und -stadien.²⁵⁵ Ferner regelt Art. 6 EMRK grundsätzlich nicht die Zulässigkeit eines

²⁵⁰ Vgl. URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 864 f.

²⁵¹ Vgl. EGMR C.B. gegen Österreich, Nr. 30465/06 vom 4. April 2013, § 40; vgl. BERNARD/STUDER, ZStrR 2015, S. 80; vgl. ESSER, in: Die Bedeutung der EMRK für die nationale Rechtsordnung, S. 36.

²⁵² EGMR Bönisch gegen Österreich, Nr. 8658/79 vom 6. Mai 1985, § 29; EGMR Brandstetter gegen Österreich, Nr. 11170/84, 12876/87, 13468/87 vom 28. August 1991, § 42; ESSER, Diss., S. 693; ESSER, in: Die Bedeutung der EMRK für die nationale Rechtsordnung, S. 36.

²⁵³ EGMR Bernard gegen Frankreich, Nr. 159/1996/778/979 vom 23. April 1998, § 37 ff.; ESSER, Diss., S. 693; TRECHSEL, Human rights, S. 176 f.; GAEDE, Diss., S. 228 f.

²⁵⁴ Mit weiteren Hinweisen ESSER, in: Die Bedeutung der EMRK für die nationale Rechtsordnung, S. 36.

²⁵⁵ BERNARD/STUDER, in: Erkenntnisse von Fachkommissionen – Psychiatrische Gutachten im Fokus des Bundesgerichts, S. 11; vgl. WIEDERKEHR, in: Beweisfragen im sozialversicherungsrechtlichen Verfahren, S. 10.

Beweismittels oder die Art seiner Würdigung.²⁵⁶ Es muss demnach die Anwendbarkeit von Art. 6 EMRK auf die verschiedenen Verfahrenstypen, in denen forensisch-psychiatrische Sachverständige selbstständig Sachverhalt ermitteln, untersucht werden.

Art. 6 EMRK bezieht sich im Strafrecht auf *strafrechtliche Anklagen (criminal charge)*.²⁵⁷ Was unter eine strafrechtliche Anklage fällt, ist auslegungsbedürftig und wird autonom interpretiert.²⁵⁸ Es gibt somit zwei Punkte, die für den Schutzbereich von Art. 6 EMRK erfüllt sein müssen, *strafrechtlich* und *Anklage*.

1. In Vor- und Hauptverfahren

Verfahren über die erstmalige Anordnung von Massnahmen fallen unbestrittenermassen unter den strafrechtlichen Schutzbereich von Art. 6 EMRK.²⁵⁹ Es handelt sich hierbei um strafrechtliche Anklagen im eigentlichen Sinne, bei welchen über eine begangene Tat und die Sanktion entschieden wird. Darunter fällt auch die erstmalige Anordnung einer stationären therapeutischen Massnahme. Die strafrechtlichen Schutzgarantien von Art. 6 EMRK gelten zudem bereits im Ermittlungsverfahren.²⁶⁰ Den in Art. 6 EMRK eingeräumten Menschenrechten würde ihre Wirksamkeit genommen, wenn diese nicht auch im Beweisverfahren gelten würden, da dieses den grundlegenden Abschnitt jedes Strafverfahrens für die Tatsachenermittlung darstellt.²⁶¹

²⁵⁶ EGMR Schenk gegen Schweiz, Nr. 10862/84 vom 12. Juli 1988, § 45 f.; EGMR García Ruiz gegen Spanien, Nr. 30544/96 vom 21. Januar 1999, § 28; EGMR C.B. gegen Österreich, Nr. 30465/06 vom 4. April 2013, § 35.

²⁵⁷ Art. 6 Ziff. 1 EMRK.

²⁵⁸ Vgl. hierzu ausführlich GRABENWARTER/PABEL, EMRK, S. 504; vgl. TRECHSEL, Human rights, S. 14; vgl. ESSER, Diss., S. 52; HAEFLIGER/SCHÜRMANN, EMRK und die Schweiz, S. 77; KIENER/KÄLIN/WYTENBACH, Grundrechte, S. 498; vgl. GAEDE, Diss., S. 166 f.; vgl. VILLIGER, Handbuch EMRK, S. 266 f.

²⁵⁹ Vgl. analog zu den Massregeln EMRK Nomos-HARRENDORF/KÖNIG/VOIGT, Art. 6 N 29.

²⁶⁰ EGMR Magee gegen Vereinigtes Königreich, Nr. 28135/95 vom 6. Juni 2000, § 41; EGMR Imbrioscia gegen Schweiz, Nr. 13972/88 vom 24. November 1993, § 36; EMRK Beck-MEYER, Art. 6 N 46; EMRK Nomos-HARRENDORF/KÖNIG/VOIGT, Art. 6 N 104.

²⁶¹ DEMKO, Habil., S. 309; vgl. GAEDE, Diss., S. 319.

2. In nachträglichen Massnahmenverfahren

Detaillierter zu prüfen ist die Anwendbarkeit von Art. 6 EMRK auf nachträgliche Massnahmenverfahren, in welchen beispielsweise über die Änderung oder Verlängerung einer Massnahme entschieden wird.²⁶² Die geltenden Verfahrensgarantien in diesen nachträglichen Massnahmenverfahren und dabei insbesondere die Anwendbarkeit von Art. 6 EMRK sind noch nicht abschliessend geklärt.²⁶³ Weder das Bundesgericht noch der EGMR haben sich zu dieser Frage umfassend und abschliessend geäussert. Das Bundesgericht hat jedoch implizit die Anwendbarkeit von Art. 6 EMRK bei der Anordnung einer stationären therapeutischen Massnahme bejaht.²⁶⁴ Direkt einschlägige Rechtsprechung lässt aber auf sich warten.

In der Schweiz wurde diese Frage bisher nur von wenigen Personen untersucht. Soweit ersichtlich als Erster hat sich GETH mit dem Thema auseinandergesetzt. Seiner Auffassung nach spräche auf den ersten Blick der Wortlaut von Art. 6 EMRK wegen der Notwendigkeit der *strafrechtlichen Anklage* gegen die Anwendbarkeit in Nachverfahren.²⁶⁵ Die Nachverfahren stützen sich nicht auf eine formelle Anklage.²⁶⁶ Zu beachten ist jedoch, dass der EGMR den Begriff der Anklage autonom auslegt und er nicht wortwörtlich im Sinne einer formellen Anklageerhebung zu verstehen ist.²⁶⁷ Ebenfalls gegen eine unbeschränkte Anwendbarkeit spräche gemäss GETH die Anwendung der sogenannten Engel-Kriterien, die der EGMR zur Bestimmung der strafrechtlichen Relevanz von Art. 6 EMRK herbeizieht.²⁶⁸ Die drei Engel-Kriterien sind hierbei die Zuordnung der Vorschrift nach nationalem Recht, die Natur des Vergehens sowie die Art und Schwere der Sanktion.²⁶⁹

²⁶² Vgl. *Erster Teil, 2. Kapitel, A., II., S. 16 ff.*

²⁶³ GETH, AJP 2011, S. 314; vgl. BERNARD/STUDER, in: *Erkenntnisse von Fachkommissionen – Psychiatrische Gutachten im Fokus des Bundesgerichts*, S. 13; BSK StPO-HEER/BERNARD/STUDER, Art. 365 N 2a.

²⁶⁴ BGer 6B_100/2017 vom 9. März 2017, E. 3.1–3.6.

²⁶⁵ GETH, AJP 2011, S. 314; BERNARD/STUDER, in: *Erkenntnisse von Fachkommissionen – Psychiatrische Gutachten im Fokus des Bundesgerichts*, S. 13.

²⁶⁶ BSK StPO-HEER/BERNARD/STUDER, Art. 365 N 2a.

²⁶⁷ GETH, AJP 2011, S. 314; GAEDE, Diss., S. 166; vgl. CONINX, *Sicherheit & Recht* 2014, S. 184.

²⁶⁸ GETH, AJP 2011, S. 315.

²⁶⁹ Die Engel-Kriterien entstanden in EGMR Engel und andere gegen Niederlande, Nr. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72 vom 8. Juni 1976. Ausführlich zu den Engel-Kriterien GAEDE, Diss., S. 167 ff.; GRABENWARTER/PABEL, EMRK, S. 505 ff.; TRECHSEL, *Human rights*, S. 14 ff.; VILLIGER, *Handbuch EMRK*, S. 266.

Entgegen diesem ersten Eindruck könnte nach GETH aber auch argumentiert werden, dass es sich bei den strafrechtlichen Nachverfahren um eine logische Fortführung des Strafverfahrens handle, welches seinerseits mittels einer Anklage im Sinne von Art. 6 EMRK eingeleitet worden sei.²⁷⁰ Art. 6 EMRK gelte grundsätzlich während des gesamten Gerichtsverfahrens, also so lange, bis definitiv über die Stichhaltigkeit der strafrechtlichen Anklage entschieden worden sei.²⁷¹ Diese Stichhaltigkeit der Anklage ist im Massnahmenrecht kaum jemals abschliessend beurteilt, solange Nachverfahren in Betracht kommen. Weil in Nachverfahren der rechtskräftige Entscheid modifiziert und die darin enthaltene Rechtsfolge abgeändert wird, kommt GETH zum Schluss, dass es aufgrund der Schutzbedürftigkeit der betroffenen Person notwendig sei, die Verfahrensgarantien des Art. 6 EMRK zu gewährleisten.²⁷²

Diese Argumentation, die zur Anwendung von Art. 6 EMRK in Nachverfahren führt, überzeugt. Es wäre geradezu stossend, wenn bei einer Busse von CHF 500.–²⁷³ die Schutzgarantien von Art. 6 EMRK anwendbar sind, bei einer Massnahme, bei welcher je nachdem ein jahrelanger und unbeschränkter Freiheitsentzug droht, jedoch nicht.

Nach CONINX führe das dualistische System von Strafen und Massnahmen unter Anwendung der Engel-Kriterien unter Umständen zu stossenden Ergebnissen, da beispielsweise die Verwahrung nicht unter den Begriff der Strafe subsumiert werde.²⁷⁴ Es fragt sich deswegen, wie mit Massnahmen umzugehen ist, die für betroffene Personen oftmals das grössere Übel als eine Strafe darstellen.²⁷⁵ Die Engel-Doktrin greife gemäss CONINX zu kurz.²⁷⁶ Sie schlägt vor, anstelle auf den Strafcharakter zur Bestimmung des rechtsstaatlichen Schutzes bei Massnahmen allein auf die Schwere des Eingriffs abzustellen.²⁷⁷ Diese Argumentation führt

²⁷⁰ GETH, AJP 2011, S. 315.

²⁷¹ VILLIGER, Handbuch EMRK, S. 267; GETH, AJP 2011, S. 315.

²⁷² GETH, AJP 2011, S. 315; dieser Argumentation folgend BERNARD/STUDER, in: Wege und Irrwege stationärer Massnahmen nach Rechtskraft des Strafurteils, S. 107.

²⁷³ So entschieden hat der EGMR bezüglich einer Busse von CHF 500.–, welche in eine kurze Freiheitsstrafe umgewandelt werden könnte, in EGMR Weber gegen Schweiz, Nr. 11034/84 vom 22. Mai 1990, § 34; TRECHSEL, Human rights, S. 24.

²⁷⁴ CONINX, Sicherheit & Recht 2014, S. 191.

²⁷⁵ Vgl. CONINX, recht 2016, S. 171 ff.

²⁷⁶ Ausführlich dazu CONINX, Habil., S. 190 ff.

²⁷⁷ CONINX, recht 2016, S. 158; CONINX, Sicherheit & Recht 2014, S. 185 ff.

ebenfalls zu einer Anwendbarkeit von Art. 6 EMRK bei Nachverfahren, insbesondere bei freiheitsentziehenden Massnahmen.²⁷⁸

Auch LEHNER spricht sich klar für eine Anwendbarkeit von Art. 6 EMRK bei der nachträglichen Anordnung von freiheitsentziehenden Massnahmen aus.²⁷⁹ Er argumentiert unter anderem, dass nach der Praxis des EGMR Art. 6 EMRK auch in anderen Verfahren nach Abschluss des eigentlichen Strafverfahrens Anwendung finde, ohne dass dabei erneut eine Anklage erhoben würde, beispielsweise bei einem selbstständigen Entscheid über die Einziehung von Vermögenswerten oder bei der nachträglichen Festlegung der Dauer einer zunächst auf unbestimmte Zeit ausgesprochenen freiheitsentziehenden Sanktion.²⁸⁰

Weiter sprechen sich HEER sowie BERNARD/STUDER für eine Anwendbarkeit des Art. 6 EMRK in seiner strafrechtlichen Ausgestaltung in Nachverfahren aus.²⁸¹ BERNARD/STUDER sind soweit ersichtlich beim derzeitigen Diskussionsstand die einzigen, welche verschiedene Nachverfahrenstypen bezüglich Anwendbarkeit von Art. 6 EMRK separat untersucht haben.²⁸² Sie argumentieren bezüglich der strafrechtlichen Anklage wie auch bereits GETH, dass die ursprüngliche Anklage in die Nachverfahren hineinrage und sich das Gericht im Nachgang an eine Verurteilung nochmals mit der Sanktion des ursprünglichen Verfahrens befasse.²⁸³ Weiter finde auch eine Prüfung einer faktisch neuen Anklage statt, da die tatsächliche Basis, welche zum Massnahmenentscheid führe, erst im Vollzugs- und Nachverfahren gelegt werde und somit eine Entscheidungsgrundlage und ein neuer Vorwurf geprüft werde.²⁸⁴

²⁷⁸ CONINX, recht 2016, S. 179 f.

²⁷⁹ LEHNER, recht 2017, S. 83; LEHNER, Diss., S. 158 ff.

²⁸⁰ EGMR Grayson und Barham gegen Vereinigtes Königreich, Nr. 19955/05 vom 23. September 2008, § 37; EGMR Phillips gegen Vereinigtes Königreich, Nr. 41087/98 vom 5. Juli 2001, § 31 ff.; EGMR T. gegen Vereinigtes Königreich, Nr. 24724/94 vom 16. Dezember 1999, § 106 ff.; LEHNER, Diss., S. 161.

²⁸¹ BSK StPO-HEER/BERNARD/STUDER, Art. 365 N 2a; BERNARD/STUDER, in: Wege und Irrwege stationärer Massnahmen nach Rechtskraft des Strafurteils, S. 103 ff.

²⁸² BERNARD/STUDER, in: Wege und Irrwege stationärer Massnahmen nach Rechtskraft des Strafurteils, S. 107 ff.

²⁸³ BERNARD/STUDER, in: Wege und Irrwege stationärer Massnahmen nach Rechtskraft des Strafurteils, S. 108.

²⁸⁴ BERNARD/STUDER, in: Wege und Irrwege stationärer Massnahmen nach Rechtskraft des Strafurteils, S. 108.

Bezüglich des strafrechtlichen Charakters prüfen BERNARD/STUDER anhand der Engel-Kriterien die Art und Schwere der Sanktion von einzelnen exemplarischen Nachverfahrenstypen. Sie kommen unter diesem Prüfpunkt zum Schluss, dass Art. 6 EMRK sowohl auf nachträgliche Verwahrungen als auch bei der nachträglichen Anordnung von stationären therapeutischen Massnahmen und der Verlängerung dieser anwendbar sei.²⁸⁵ Zuletzt sprechen sich BERNARD/STUDER für eine mutmassliche Anwendbarkeit von Art. 6 EMRK in allen nachträglichen Massnahmenverfahren aus.²⁸⁶

Als Zwischenfazit ist festzuhalten, dass die Argumente zur Anwendbarkeit von Art. 6 EMRK in sämtlichen nachträglichen Massnahmenverfahren überzeugen. Erstens wäre es widersprüchlich und ungerecht, sollten die Schutzgarantien von Art. 6 EMRK für Bussen oder kurzzeitige Freiheitsstrafen zur Anwendung gelangen, für potenziell unbeschränkte Freiheitsentzüge im Rahmen von Verwahrungen oder stationären therapeutischen Massnahmen jedoch nicht. Die Schwere der Sanktionen in Massnahmenverfahren allein rechtfertigen die Anwendbarkeit der konventionsrechtlichen Schutzprinzipien nach Art. 6 EMRK. Zweitens ist es schlüssig, dass die Nachverfahren, welche aufgrund der Flexibilität des Massnahmenrechts Entscheide immer wieder abändern können, eine Fortführung der ursprünglichen Anklage sind und sie die Sanktion im Ergebnis anpassen. Die begangene Tat, auf welche die ursprüngliche Anklage lautet, spielt bei Nachverfahren zumindest im Rahmen der Verhältnismässigkeit jeweils eine Rolle,²⁸⁷ weshalb auch die ursprüngliche Anklage zumindest implizit fortgeführt wird. Drittens würde den in Art. 6 EMRK eingeräumten Menschenrechten ihre Wirksamkeit genommen, wenn diese nicht auch speziell im strafprozessualen Beweisverfahren, als dem für die Tatsachenermittlung grundlegenden Abschnitt des Strafverfahrens, gelten.²⁸⁸ Falls Art. 6 EMRK nicht gälte, würden die Schutzrechte in einem sehr grundrechtssensiblen Verfahren bei der Beweiserhebung umgangen. Das ist aus rechtsstaatlicher Perspektive nicht hinnehmbar.

Art. 6 EMRK sollte demnach bei nachträglichen Massnahmenverfahren uneingeschränkt anwendbar sein. Eine eindeutige gerichtliche Klärung dieser Frage steht jedoch noch aus.

²⁸⁵ BERNARD/STUDER, in: Wege und Irrwege stationärer Massnahmen nach Rechtskraft des Strafurteils, S. 109 ff.

²⁸⁶ BERNARD/STUDER, in: Wege und Irrwege stationärer Massnahmen nach Rechtskraft des Strafurteils, S. 113.

²⁸⁷ Vgl. BGE 126 I 172, E. 5d.

²⁸⁸ DEMKO, Habil., S. 309; vgl. GAEDE, Diss., S. 319.

II. Direkte und indirekte Anwendbarkeit sowie Auslegung der EMRK

Die Wirkung der EMRK ist mehrschichtig. Zum einen haben die Garantien der EMRK selbstständige Bedeutung und betroffene Personen können sich direkt auf sie berufen.²⁸⁹ Direkt ableiten lassen sich aus der EMRK unter anderem Verfahrensgarantien wie der Zugang zu einem unabhängigen, unparteilichen Gericht, das Recht auf ein öffentliches, mündliches und faires Verfahren, das Recht auf Beiziehung einer dolmetschenden Person, das Recht, über Art und Grund der Beschuldigung informiert zu werden, das Recht auf Überprüfung des Strafurteils durch eine zweite Instanz, das Prinzip der Waffengleichheit sowie der Grundsatz der Unschuldsvermutung.²⁹⁰ Zum anderen dienen die Verfahrensgarantien der EMRK als Auslegungshilfe für nationale Gesetze, wie beispielsweise die Strafprozessordnung.²⁹¹ Es ist deswegen wichtig, dass neben dem EGMR auch die staatlichen Gerichte die Auslegung und Anwendung der EMRK beachten. In erster Linie sind die staatlichen Gerichte für die Anwendung und Durchsetzung der EMRK verantwortlich.²⁹²

Die EMRK enthält selbst kaum Hinweise zu ihrer Auslegung.²⁹³ Der EGMR hat konventionsspezifische Auslegungsmethoden entwickelt, welche die Natur der EMRK besser zur Geltung bringen und ihrem Zweck als Instrument zum Schutz der Menschenrechte Rechnung tragen.²⁹⁴ So hat der EGMR festgehalten, dass die EMRK autonom und nicht nach dem nationalen Recht auszulegen sei, sondern das nationale Recht sich – in Anwendung und Rechtsetzung – an der EMRK zu orientieren habe.²⁹⁵ Die autonome Auslegung der EMRK durch den EGMR bedeu-

²⁸⁹ BERNARD/STUDER, in: Wege und Irrwege stationärer Massnahmen nach Rechtskraft des Strafurteils, S. 113.

²⁹⁰ BERNARD, Diss., S. 93; GRABENWARTER/PABEL, EMRK, S. 509 ff.; GARLAND, Diss., S. 98; ESSER, Diss., S. 95 ff.; EMRK Beck-MEYER, Art. 6 N 1 ff.

²⁹¹ BERNARD/STUDER, in: Wege und Irrwege stationärer Massnahmen nach Rechtskraft des Strafurteils, S. 113; vgl. DONATSCH/ARNOLD, in: 40 Jahre Beitritt der Schweiz zur EMRK, S. 99; vgl. EMRK Beck-MAYER, Einleitung N 78.

²⁹² Vgl. Art. 1 EMRK; EMRK Nomos-NETTESHEIM/VON RAUMER, Einleitung N 28.

²⁹³ EMRK Beck-MAYER, Einleitung N 45; RONC, Diss., S. 79.

²⁹⁴ Vgl. EGMR Golder gegen Vereinigtes Königreich, Nr. 4451/70 vom 21. Februar 1975, § 30; sehr ausführlich zur Auslegung der EMRK RONC, Diss., S. 82 ff.; GAEDE, Diss., S. 80; CHIARIELLO, Habil., S. 269.

²⁹⁵ RENZIKOWSKI, in: Die EMRK im Privat-, Straf- und Öffentlichen Recht, S. 118; vgl. auch EMRK Beck-MAYER, Einleitung N 48; GRABENWARTER/PABEL, EMRK, S. 36; GAEDE, Diss., S. 80; CHIARIELLO, Habil., S. 270; vgl. ZÜND, ZSR 2023, S. 15.

tet, dass die verwendeten Bezeichnungen als Begriffe einer eigenständigen Konventionsrechtsordnung von den Rechtsordnungen der einzelnen Mitgliedsstaaten unabhängig verstanden werden müssen.²⁹⁶ Mitunter geht der innerstaatliche Schutz weiter als der Mindeststandard der EMRK.²⁹⁷ Art. 53 EMRK bestimmt, sie dürfe nicht so ausgelegt werden, als beschränke sie innerstaatlich garantierte Grundrechte.²⁹⁸ Geht der Schutz der innerstaatlichen Norm weiter, ist diese massgebend, schützt dagegen die EMRK in grösserem Umfang, kann diese innerstaatlich angerufen werden.²⁹⁹

Der EGMR legt die EMRK zudem objektiv aus und nicht nach dem Verständnis, das im Zeitpunkt ihrer Schaffung vorherrschte.³⁰⁰ Des Weiteren wird die EMRK in erster Linie teleologisch und dynamisch ausgelegt.³⁰¹ Das bedeutet, dass der EGMR die EMRK als *living instrument* versteht und deshalb bei seiner Rechtsprechung dem Wandel von wirtschaftlichen und sozialen Verhältnissen sowie ethischen Auffassungen Rechnung trägt.³⁰² Es geht um den Sinn und Zweck einer Konventionsnorm zum aktuellen Zeitpunkt im Lichte aktueller Gesellschaftsverhältnisse und wissenschaftlicher Erkenntnis.³⁰³ Damit erreicht der EGMR eine stetige Fortentwicklung des Menschenrechtsschutzes durch seine Rechtsprechung.³⁰⁴ Der historischen Auslegung kommt damit eine verhältnismässig geringe Bedeutung zu.³⁰⁵ Zudem hat für den EGMR regelmässig diejenige Auslegung Vorrang, welche eine effektive Wirkung zeigt und die Menschenrechte tatsächlich schützt und sie nicht

²⁹⁶ GRABENWARTER/PABEL, EMRK, S. 36; EMRK Beck-MAYER, Einleitung N 48; EMRK Nomos-NETTESHEIM/VON RAUMER, Einleitung N 26; vgl. GAEDE, Diss., S. 80; CHIARIELLO, Habil., S. 270; vgl. ZÜND, ZSR 2023, S. 15.

²⁹⁷ HAEFLIGER/SCHÜRMANN, EMRK und die Schweiz, S. 11.

²⁹⁸ Sogenanntes Günstigkeitsprinzip, s. HAEFLIGER/SCHÜRMANN, EMRK und die Schweiz, S. 11; EMRK Beck-THIENEL, Art. 53 N 2.

²⁹⁹ HAEFLIGER/SCHÜRMANN, EMRK und die Schweiz, S. 11.

³⁰⁰ Vgl. EGMR Golder gegen Vereinigtes Königreich, Nr. 4451/70 vom 21. Februar 1975, § 35; EMRK Beck-MAYER, Einleitung N 45; RONC, Diss., S. 83.

³⁰¹ EMRK Beck-MAYER, Einleitung N 49; GRABENWARTER/PABEL, EMRK, S. 35 ff.; RONC, Diss., S. 87.

³⁰² EGMR Loizidou gegen Türkei, Nr. 15318/89 vom 23. März 1995, § 71; EMRK Nomos-NETTESHEIM/VON RAUMER, Einleitung N 24; GRABENWARTER/PABEL, EMRK, S. 39 f.; RONC, Diss., S. 87; EMRK Beck-MAYER, Einleitung N 74; GAEDE, Diss., S. 91; CHIARIELLO, Habil., S. 271; ZÜND, ZSR 2023, S. 6.

³⁰³ RONC, Diss., S. 84 ff.

³⁰⁴ EMRK Nomos-NETTESHEIM/VON RAUMER, Einleitung N 24; RONC, Diss., S. 83.

³⁰⁵ GRABENWARTER/PABEL, EMRK, S. 33; EMRK Beck-MAYER, Einleitung N 46.

illusorisch oder rein theoretischer Natur erscheinen lässt.³⁰⁶ Das entspricht dem Effektivitätsgrundsatz.³⁰⁷ Der Zusammenhang zwischen der *living-instrument*-Doktrin und dem Effektivitätsgrundsatz besteht darin, dass in den sich gesellschaftlich fortentwickelnden Bereichen die EMRK bald toter Buchstabe und ihre Garantien nicht mehr effektiv wären, wenn die Interpretation statisch bliebe.³⁰⁸

Für die nachfolgende Abhandlung ist insbesondere der Effektivitätsgrundsatz zentral. Die Garantien der EMRK dürfen nicht so ausgelegt werden, dass sie nur rein theoretischer Natur bleiben, sondern sie müssen für betroffene Personen effektiv wirken können.

III. Recht auf ein faires Verfahren gemäss Art. 6 Ziff. 1 EMRK

Art. 6 EMRK gewährleistet das Recht auf ein faires Verfahren.³⁰⁹ In seiner praktischen, rechtlichen und symbolischen Relevanz ist das Prinzip auf ein faires Verfahren eine der wichtigsten Normen der EMRK.³¹⁰ Art. 6 EMRK soll sicherstellen, dass Personen nicht zum Objekt staatlicher Verfahren degradiert werden, sondern insbesondere in Strafverfahren als autonome Prozesssubjekte angemessene Mitwirkungsrechte haben und ihre Interessen vertreten können.³¹¹ Das ist im Zusammenhang mit der Sachverhaltsermittlung durch forensisch-psychiatrische Sachverständige besonders relevant.³¹²

1. Recht auf ein faires Verfahren als Gesamtrecht

Das Recht auf ein faires Verfahren ist als ein übergeordnetes Gesamtrecht zu verstehen, das alle einzelnen strafprozessualen Verfahrensrechte von Art. 6 EMRK

³⁰⁶ EGMR Airey gegen Irland, Nr. 6289/73 vom 9. Oktober 1979, § 26; EGMR Artico gegen Italien, Nr. 6694/74 vom 13. Mai 1980, § 33; EGMR Marttinen gegen Finnland, Nr. 19235/03 vom 21. April 2009, § 64; vgl. GARLAND, Diss., S. 108; ZÜND, ZSR 2023, S. 4.

³⁰⁷ ZÜND, ZSR 2023, S. 4.

³⁰⁸ ZÜND, ZSR 2023, S. 7.

³⁰⁹ EMRK Beck-MEYER, Art. 6 N 1.

³¹⁰ EMRK Beck-MEYER, Art. 6 N 1; ESSER, Diss., S. 401; vgl. GRABENWARTER/PABEL, EMRK, S. 530.

³¹¹ EMRK Beck-MEYER, Art. 6 N 1; EMRK Nomos-HARRENDORF/KÖNIG/VOIGT, Art. 6 N 100.

³¹² Vgl. HEER, in: «Toujours agité – jamais abattu», S. 181 f.

einschliesst.³¹³ Das Recht auf ein faires Verfahren enthält somit mehrere spezifische Teilrechte, die nicht abschliessend aufgezählt sind.³¹⁴ Zu ihnen gehören vor allem das rechtliche Gehör, die Waffengleichheit, die Ansprüche auf Akteneinsicht und die Begründung von Entscheidungen sowie der Grundsatz *nemo tenetur*.³¹⁵ Nebst diesen Ansprüchen werden auch die Rechte der beschuldigten Person als Ausdruck des Fairnessgebots angesehen, die in Art. 6 Ziff. 2 und Ziff. 3 EMRK ausdrücklich verankert sind.³¹⁶ Der EGMR prüft die Wahrung dieses Gesamtrechts auf ein faires Verfahren in ständiger Rechtsprechung mittels einer sogenannten Gesamtbetrachtung.³¹⁷ Er beurteilt hierbei, ob das Verfahren in seiner Gesamtheit, einschliesslich der Beweisaufnahme im Ermittlungsverfahren bis hin zu den Rechtsmittelinstanzen, fair war.³¹⁸

2. Anforderungen an den Sachverständigenbeweis insbesondere

Wie hiervor aufgeführt, enthält die EMRK keine speziellen Regelungen für den Sachverständigenbeweis, da die Verfahrensgarantien der EMRK sich nicht auf einzelne Beweismittel anwenden.³¹⁹ Bezüglich Beweismittel – wie den forensisch-psychiatrischen Gutachten – prüft der EGMR jedoch, ob die vor Gericht verwendeten Beweismittel in einer Art und Weise erhoben worden sind, die den Anforderungen an ein faires Verfahren entsprechen.³²⁰ Demnach müssen die Sach-

³¹³ DEMKO, Habil., S. 230; GAEDE, Diss., S. 384; EMRK Nomos-HARRENDORF/KÖNIG/VOIGT, Art. 6 N 100.

³¹⁴ GRABENWARTER/PABEL, EMRK, S. 530; EMRK Beck-MEYER, Art. 6 N 110; ESSER, Diss., S. 400.

³¹⁵ EMRK Beck-MEYER, Art. 6 N 110; GRABENWARTER/PABEL, EMRK, S. 531; WIEDERKEHR, Habil., S. 19 ff.; GARLAND, Diss., S. 65; DEMKO, Habil., S. 231.

³¹⁶ GRABENWARTER/PABEL, EMRK, S. 531; DEMKO, Habil., S. 230.

³¹⁷ Vgl. statt vieler EGMR Bernard gegen Frankreich, Nr. 159/1996/778/979 vom 23. April 1998, § 37 ff.; EGMR Allan gegen Vereinigtes Königreich, Nr. 48539/99 vom 5. November 2002, § 42; DEMKO, Habil., S. 232; GAEDE, Diss., S. 162.

³¹⁸ ESSER, Diss., S. 402; vgl. GAEDE, Diss., S. 162 f.

³¹⁹ BERNARD/STUDER, in: Erkenntnisse von Fachkommissionen – Psychiatrische Gutachten im Fokus des Bundesgerichts, S. 11; WIEDERKEHR, in: Beweisfragen im sozialversicherungsrechtlichen Verfahren, S. 10; HAEFLIGER/SCHÜRMANN, EMRK und die Schweiz, S. 81.

³²⁰ EGMR Gäfgen gegen Deutschland, Nr. 22978/05 vom 1. Juni 2010, § 163; EGMR Bykov gegen Russland, Nr. 4378/02 vom 10. März 2009, § 89; CONINX, Habil., S. 485; WIEDERKEHR, in: Beweisfragen im sozialversicherungsrechtlichen Verfahren, S. 10; BSK StPO-GLESS, Art. 139 N 12.

verständigentätigkeit vor Gericht und die Feststellungen in den Gutachten mit den Grundsätzen eines fairen Verfahrens – insbesondere auch mit den Rechten nach Art. 6 Ziff. 2 und 3 EMRK – in Einklang stehen.³²¹

Das ist wichtig, denn Sachverständigengutachten haben in Strafverfahren ein erhebliches Gewicht. Der EGMR hält dazu fest:

«In ascertaining the expert's procedural position and his role in the proceedings, one must not lose sight of the fact that the opinion given by a court-appointed expert is likely to carry significant weight in the court's assessment of the issues within that expert's competence.»³²²

Der Einfluss auf das Urteil, welches Sachverständige haben, ist demnach nicht zu unterschätzen. Zentral ist dabei, dass der Einbezug in Einhaltung mit Art. 6 EMRK erfolgt. Beispielsweise ist die Heranziehung von Sachverständigen im Verfahren unter dem Gesichtspunkt der Waffengleichheit zu bewerten.³²³ Ob die Erstellung des Sachverständigenbeweises im Prozess insgesamt als fair erachtet werden kann, ist wesentlich davon abhängig, wie das Strafverfahren an sich ausgestaltet ist.³²⁴ Das Prüfungsmodell des EGMR zum fairen Verfahren trägt sowohl der Position und Rolle der sachverständigen Person als auch der in einem konkreten Verfahren eingeräumten Verteidigungsrechte Rechnung.³²⁵

IV. Unschuldsvermutung gemäss Art. 6 Ziff. 2 EMRK

Jede Person, die einer Straftat angeklagt ist, gilt bis zum gesetzlichen Beweis ihrer Schuld als unschuldig.³²⁶ Dieses als Unschuldsvermutung bekannte rechtsstaat-

³²¹ ESSER, Diss., S. 693.

³²² EGMR Shulepova gegen Russland, Nr. 34449/03 vom 11. Dezember 2008, § 62; vgl. EGMR Sara Lind Eggertsdóttir gegen Island, Nr. 31930/04 vom 5. Juli 2007, § 47; vgl. EGMR Bönisch gegen Österreich, Nr. 8658/79 vom 6. Mai 1985, § 33; EGMR Gaggl gegen Österreich, Nr. 6390/19 vom 8. November 2022, § 49.

³²³ GRABENWARTER/PABEL, EMRK, S. 537; vgl. WIEDERKEHR, in: Beweisfragen im sozialversicherungsrechtlichen Verfahren, S. 11.

³²⁴ Ausführlich hierzu und zu den adversatorischen und inquisitorischen Modellen des Strafverfahrens CONINX, Habil., S. 486; DECAIGNY, New Journal of European Criminal Law 2014, S. 153; HÖRNLE, ZStW 2005, S. 803 f.

³²⁵ Mit weiteren Hinweisen und Ausführungen zum Prüfprogramm URWYLER, Diss., S. 56 ff.; vgl. auch WIEDERKEHR, in: Beweisfragen im sozialversicherungsrechtlichen Verfahren, S. 12.

³²⁶ Art. 6 Ziff. 2 EMRK.

liche Prinzip schützt Personen, die einer strafrechtlichen Anklage unterworfen sind, vor Vorverurteilungen.³²⁷ Die Unschuldsvermutung gilt als eine Konkretisierung des Rechts auf ein faires Verfahren.³²⁸ Sie erstreckt sich auf das gesamte Verfahren und damit auch auf das Rechtsmittelverfahren.³²⁹

Aus der Unschuldsvermutung abgeleitet werden der Grundsatz in dubio pro reo und damit die prinzipielle Beweislast des Staates.³³⁰ Es obliegt den Strafverfolgungsbehörden – und nicht der angeklagten Person –, jene Beweise vorzulegen, welche dem Gericht die Feststellung der Schuld ermöglichen.³³¹ Die Feststellung der Schuld wird durch ein rechtskräftiges Gerichtsurteil erbracht.³³²

Auch die Ausführungen von Sachverständigen vor Gericht und ihre Sachverhaltsermittlungen in den Gutachten müssen der Unschuldsvermutung entsprechen.³³³ Ob ein Verstoß gegen die Unschuldsvermutung vorliegt, ist im Lichte des gesamten Strafverfahrens zu beurteilen.³³⁴

Generelle Aussagen darüber, welche Sachverhaltsermittlungen der sachverständigen Person allenfalls gegen Art. 6 Ziff. 2 EMRK verstossen, können nicht getroffen werden. Jedenfalls ist es gemäss EGMR nicht zu beanstanden, wenn die sachverständige Person von der Hypothese ausgeht, dass die beschuldigte Person die Tat begangen hat, die Gegenstand der Strafverfolgung ist.³³⁵ Die detaillierten Aus-

³²⁷ GRABENWARTER/PABEL, EMRK, S. 572; VILLIGER, Handbuch EMRK, S. 317; TRECHSEL, Human rights, S. 153 ff.; GAEDE, Diss., S. 228.

³²⁸ EGMR Bernard gegen Frankreich, Nr. 159/1996/778/979 vom 23. April 1998, § 37; mit weiteren Hinweisen GAEDE, Diss., S. 228; TRECHSEL, Human rights, S. 155 f.; EMRK Nomos-HARRENDORF/KÖNIG/VOIGT, Art. 6 N 194; EMRK Beck-MEYER, Art. 6 N 5.

³²⁹ GRABENWARTER/PABEL, EMRK, S. 572; VILLIGER, Handbuch EMRK, S. 318; EMRK Beck-MEYER, Art. 6 N 178.

³³⁰ GAEDE, Diss., S. 229; GRABENWARTER/PABEL, EMRK, S. 527 ff.; TRECHSEL, Human rights, S. 153 ff.; VILLIGER, Handbuch EMRK, S. 319 f.

³³¹ VILLIGER, Handbuch EMRK, S. 319 f.; EMRK Nomos-HARRENDORF/KÖNIG/VOIGT, Art. 6 N 194.

³³² EMRK Nomos-HARRENDORF/KÖNIG/VOIGT, Art. 6 N 194; EMRK Beck-MEYER, Art. 6 N 177.

³³³ EGMR Bernard gegen Frankreich, Nr. 159/1996/778/979 vom 23. April 1998, § 37 ff.; ESSER, Diss., S. 693; GAEDE, Diss., S. 228 f.; TRECHSEL, Human rights, S. 176.

³³⁴ ESSER, Diss., S. 705.

³³⁵ EGMR Bernard gegen Frankreich, Nr. 159/1996/778/979 vom 23. April 1998, § 38 f.; ESSER, Diss., S. 705.

fürungen zur Unschuldsvermutung beziehungsweise zum daraus abgeleiteten Grundsatz in dubio pro reo finden sich im Vierten Teil dieser Arbeit.

V. Garantierte Rechte aus Art. 6 Ziff. 3 EMRK

Die von der EMRK geschützten Rechte beschuldigter Personen sind nicht abschliessend normiert.³³⁶ Art. 6 Ziff. 3 EMRK zählt die zur Sicherstellung eines fairen Verfahrens essenziellen Mindestgarantien auf, die in jedem Verfahren mit einer strafrechtlichen Anklage für die beschuldigte Person gelten.³³⁷

Gemäss Art. 6 Ziff. 3 EMRK hat jede angeklagte Person mindestens folgende Rechte:

- innerhalb möglichst kurzer Frist in einer ihr verständlichen Sprache in allen Einzelheiten über Art und Grund der gegen sie erhobenen Beschuldigung unterrichtet zu werden (lit. a);
- ausreichende Zeit und Gelegenheit zur Vorbereitung ihrer Verteidigung zu haben (lit. b);
- sich selbst zu verteidigen, sich durch eine Verteidigung ihrer Wahl verteidigen zu lassen oder, falls ihr die Mittel zur Bezahlung fehlen, unentgeltlich eine Verteidigung zu erhalten, wenn dies im Interesse der Rechtspflege erforderlich ist (lit. c);
- 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 (lit. d);
- unentgeltliche Unterstützung durch eine dolmetschende Person zu erhalten, wenn sie die Verhandlungssprache des Gerichts nicht versteht oder spricht (lit. e).

Diese Rechte werden als Konkretisierung des Rechts auf ein faires Verfahren verstanden, die konstitutive, aber nicht abschliessende Erfordernisse eines fairen Strafverfahrens darstellen.³³⁸

Art. 6 Ziff. 3 EMRK ist für die beschuldigte Person auch im Zusammenhang mit der Sachverhaltsermittlung von forensisch-psychiatrischen Sachverständigen

³³⁶ ESSER, Diss., S. 400.

³³⁷ ESSER, Diss., S. 400.

³³⁸ Mit weiteren Hinweisen GAEDE, Diss., S. 233; EMRK Nomos-HARRENDORF/KÖNIG/VOIGT, Art. 6 N 203 f.; EMRK Beck-MEYER, Art. 6 N 189 f.

relevant. Die Sachverhaltsermittlung der Sachverständigen beziehungsweise ihr Gutachten muss für die beschuldigte Person effektiv überprüfbar sein.³³⁹ So gibt der Teilaspekt von Art. 6 Ziff. 3 lit. b EMRK vor, der beschuldigten Person ausreichend Zeit und Gelegenheit zur Vorbereitung ihrer Verteidigung einzuräumen, sei dies für die Stellungnahme zum schriftlichen Gutachten oder im Rahmen der Hauptverhandlung, wenn die sachverständige Person ihr Gutachten mündlich erstattet oder erläutert.³⁴⁰ Nebst der Stellungnahme zum schriftlichen Gutachten hat die beschuldigte Person gemäss Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK auch den Konfrontationsanspruch auf die mündliche Befragung der sachverständigen Person.³⁴¹ Zudem könnte sich ein Teilnahmerecht der Verteidigung an der Exploration wegen des Rechts auf eine effektive Verteidigung (Art. 6 Ziff. 3 lit. c EMRK) aufdrängen.³⁴² Diese Rechte werden im Dritten Teil der Arbeit behandelt.

B. Ergänzende verfassungsrechtliche Garantien

Die Grundrechte, welche in der EMRK und in der Bundesverfassung garantiert werden, sind in ähnlichem Umfang gewährleistet, weshalb gelegentlich der Vergleich von zwei überschneidenden Kreisen gemacht wird.³⁴³ Bei abweichenden Regelungen ist dabei die Bestimmung anzuwenden, die der betroffenen Person ein höheres Schutzniveau bietet.³⁴⁴ Deswegen wird in diesem Kapitel gesondert auf die Garantien aus der Bundesverfassung eingegangen. Die Garantien der Bundesverfassung sind im Gegensatz zu denjenigen der EMRK unbestrittenermassen direkt auf die Sachverhaltsermittlung von forensisch-psychiatrischen Sachverständigen in Strafverfahren anwendbar.

³³⁹ URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 378, 411 f.

³⁴⁰ URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 378.

³⁴¹ JOSITSCH/SCHMID, Handbuch, S. 403; BSK StPO-HEER, Art. 187 N 5.

³⁴² URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 412.

³⁴³ SCHNELL/STEFFEN, Strafprozessrecht in der Praxis, S. 8; SCHLEIMINGER, ZStrR 2023, S. 40 f.

³⁴⁴ SGK BV-STEINMANN/SCHINDLER/WYSS, Art. 29 N 8; vgl. BSK BV-WALDMANN, Art. 29 N 6.

I. Auslegung der Bundesverfassung

Die Normen der Bundesverfassung sind im Grundsatz nach denselben Regeln auszulegen wie Gesetzesnormen – also nach dem Methodenpluralismus.³⁴⁵ Nach dem Methodenpluralismus ist ausgehend von einer sprachlich-grammatikalischen Interpretation mittels historischer, systematischer und teleologischer Auslegungsmethode der wahre Sinn einer Bestimmung zu ergründen.³⁴⁶ Im Gegensatz zur Strafprozessordnung enthält die Bundesverfassung aufgrund ihres Steuerungsanspruchs als rechtliche Grundordnung für einen Einzelfall oft keine oder bloss fragmentarische Vorgaben.³⁴⁷ Verfassungsnormen und speziell Grundrechte, die vom Wesen her oftmals unbestimmter sind als Gesetzesnormen, bedürfen deswegen einer gründlichen Auslegung.³⁴⁸ Die Auslegung nach Gesetz gilt demnach nur für solche Verfassungsbestimmungen, die sich in Struktur und Stil nicht wesentlich von einem Gesetz unterscheiden.³⁴⁹ Bei der Auslegung von offenen Normen stösst beispielsweise die grammatikalische Auslegung naturgemäss an Grenzen.³⁵⁰ Deswegen werden bei der Auslegung der Bundesverfassung auch verfassungsspezifische Auslegungselemente hinzugezogen.³⁵¹ Die Eigenheiten der jeweiligen Verfassungsordnung sowie der institutionell-gewaltenteilige Interpretationskontext prägen den Auslegungsvorgang entscheidend mit.³⁵² Es gibt daher nicht *die* zeitlose und universell anwendbare Methode der Verfassungsauslegung, sondern sie entwickelt sich ständig weiter.³⁵³ Der Kontext der Auslegung ist demnach bei der Verfassungsauslegung zu berücksichtigen. Dazu ist zu betonen, dass Verfas-

³⁴⁵ BGE 139 I 243, E. 8; SGK BV-EHRENZELLER, Verfassungsinterpretation N 4; TSCHANNEN, in: Verfassungsrecht der Schweiz, S. 149 f.; BIAGGINI, in: Verfassungsrecht der Schweiz, S. 237.

³⁴⁶ Vgl. statt vieler HEIMGARTNER, AJP 2016, S. 5.

³⁴⁷ SGK BV-EHRENZELLER, Verfassungsinterpretation N 13.

³⁴⁸ Vgl. BIAGGINI, in: Verfassungsrecht der Schweiz, S. 237 ff.; vgl. SGK BV-EHRENZELLER, Verfassungsinterpretation N 2 ff.

³⁴⁹ TSCHANNEN, in: Verfassungsrecht der Schweiz, S. 149; vgl. BIAGGINI, in: Verfassungsrecht der Schweiz, S. 237.

³⁵⁰ TSCHANNEN, in: Verfassungsrecht der Schweiz, S. 154.

³⁵¹ TSCHANNEN, in: Verfassungsrecht der Schweiz, S. 158 ff.; vgl. BIAGGINI, in: Verfassungsrecht der Schweiz, S. 237.

³⁵² BIAGGINI, in: Verfassungsrecht der Schweiz, S. 261.

³⁵³ BIAGGINI, in: Verfassungsrecht der Schweiz, S. 261.

sungsnormen nicht isoliert betrachtet werden können.³⁵⁴ Es ist wichtig, miteinzubeziehen, wer wann welche Normen wie und mit welchem Ziel interpretiert.³⁵⁵

II. Verfassungsrechtliche Garantien

Art. 6 EMRK regelt Materien, die in der Bundesverfassung in vier verschiedenen Artikeln normiert sind: Art. 29 BV *Allgemeine Verfahrensgarantien*, Art. 29a BV *Rechtsweggarantie*, Art. 30 BV *Gerichtliche Verfahren* und Art. 32 BV *Strafverfahren*.³⁵⁶

1. Verfahrensgarantien

Art. 29 BV beschreibt die grundlegenden, in allen Justizverfahren geltenden Verfahrensrechte und fasst verschiedene Teilaspekte eines fairen Verfahrens zusammen.³⁵⁷ Im Gegensatz zu Art. 6 EMRK kennt Art. 29 BV keine Einschränkung auf bestimmte Verfahrensarten und ist auch auf den Strafvollzug anwendbar.³⁵⁸ Der in Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 6 Ziff. 3 EMRK verankerte Anspruch auf rechtliches Gehör ist ein wichtiger Teilaspekt des allgemeinen Grundsatzes des fairen Verfahrens gemäss Art. 29 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK. Zudem anerkennt das Bundesgericht gestützt auf Art. 29 Abs. 2 BV einen verfassungsrechtlichen Anspruch auf Akteneinsicht auch ausserhalb eines hängigen Verfahrens.³⁵⁹ Obwohl die Garantien von Art. 6 EMRK gegenüber Art. 29 BV einen engeren Anwendungsbereich aufweisen, bleibt die Rechtsprechung des EGMR für die Konkretisierung und Weiterentwicklung von Art. 29 BV zu beachten.³⁶⁰ Nebst den aufgeführten Abweichungen entsprechen die in Art. 29 BV gewährten Rechte weitgehend den Rechten aus Art. 6 EMRK.

Gemäss Art. 29a BV hat jede Person bei Rechtsstreitigkeiten Anspruch auf Beurteilung durch eine richterliche Behörde. Art. 29a BV ist von Art. 6 Ziff. 1 EMRK beeinflusst und seine Einfügung in die Bundesverfassung geschah weit-

³⁵⁴ BIAGGINI, ZBl 2013, S. 336; SGK BV-STEINMANN/SCHINDLER/WYSS, Art. 29 N 9.

³⁵⁵ Dazu ausführlich BIAGGINI, in: Verfassungsrecht der Schweiz, S. 246 ff.

³⁵⁶ HAEFLIGER/SCHÜRMANN, EMRK und die Schweiz, S. 75.

³⁵⁷ KIENER/KÄLIN/WYTENBACH, Grundrechte, S. 504; BSK BV-WALDMANN, Art. 29 N 4.

³⁵⁸ BGE 130 I 269, E. 2.3; KIENER/KÄLIN/WYTENBACH, Grundrechte, S. 505.

³⁵⁹ KIENER/KÄLIN/WYTENBACH, Grundrechte, S. 518.

³⁶⁰ BSK BV-WALDMANN, Art. 29 N 16.

gehend wegen eines Nachvollzugs der Rechtsprechung zu Art. 6 EMRK.³⁶¹ Art. 6 EMRK ist allerdings enger gefasst als Art. 29a BV, da der Verfassungsartikel auch Streitigkeiten des öffentlichen Rechts umfasst.³⁶² Für die vorliegende Abhandlung bestehen zwischen den beiden Normen zur Rechtsweggarantie jedoch keine massgeblichen Unterschiede. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung geht Art. 6 EMRK dem Art. 29a BV vor.³⁶³

Gemäss Art. 30 Abs. 1 BV hat jede Person, deren Sache in einem gerichtlichen Verfahren beurteilt werden muss, Anspruch auf ein durch Gesetz geschaffenes, zuständiges, unabhängiges und unparteiisches Gericht. In Art. 30 Abs. 3 BV ist zudem der Grundsatz der Öffentlichkeit von Gerichtsverhandlungen und Urteilsverkündungen festgehalten. Art. 30 Abs. 1 BV lässt sich auf ältere Verfassungsversionen zurückführen, Abs. 3 hat seinen Ursprung unter anderem in Art. 6 Ziff. 1 EMRK.³⁶⁴ Im Unterschied zu Art. 6 EMRK gilt Art. 30 BV in allen gerichtlichen Verfahren und nicht nur in Zivil- oder Strafsachen.³⁶⁵ Die in Art. 30 BV und Art. 6 EMRK verankerten Ansprüche sind jedoch weitgehend identisch.³⁶⁶ Die Auslegung und Anwendung von Art. 30 BV werden von Art. 6 Ziff. 1 EMRK geprägt.³⁶⁷

Die allgemeinen Verfahrensgarantien in Strafverfahren, wie beispielsweise die Unschuldsvermutung, werden in Art. 32 BV konkretisiert, der spezifische Minimalrechte der beschuldigten Person schützt.³⁶⁸ Diese Minimalrechte von Art. 32 BV können zum einen aus der alten Bundesverfassung hergeleitet werden, zum anderen sind sie insbesondere unter Bezugnahme von Art. 6 EMRK weiterentwickelt worden.³⁶⁹ Art. 32 BV unterscheidet sich von den übrigen Verfahrensgarantien in der Bundesverfassung vor allem dadurch, dass hier die Umsetzung durch ein einziges Bundesgesetz – die Strafprozessordnung – ins Zentrum rückt, wodurch die Abgrenzung zwischen verfassungskonformer Gesetzesauslegung und gesetzesorientierter Verfassungskonkretisierung fließend wird.³⁷⁰

³⁶¹ SGK BV-KLEY, Art. 29a N 3; BSK BV-WALDMANN, Art. 29a N 2.

³⁶² SGK BV-KLEY, Art. 29a N 42; BSK BV-WALDMANN, Art. 29a N 10.

³⁶³ BGE 139 I 16, E. 5.2; SGK BV-KLEY, Art. 29a N 44.

³⁶⁴ SGK BV-STEINMANN et al., Art. 30 N 1 f.; BSK BV-REICH, Art. 30 N 5.

³⁶⁵ SGK BV-STEINMANN et al., Art. 30 N 10; vgl. BSK BV-REICH, Art. 30 N 7.

³⁶⁶ Vgl. BGE 147 IV 274, E. 1.8.1.

³⁶⁷ Vgl. SGK BV-STEINMANN et al., Art. 30 N 67.

³⁶⁸ SGK BV-VEST, Art. 32 N 1.

³⁶⁹ SGK BV-VEST, Art. 32 N 1; BSK BV-GÖKSU, Art. 32 N 1.

³⁷⁰ Mit weiteren Hinweisen SGK BV-STEINMANN/SCHINDLER/WYSS, Art. 29 N 19.

Art. 32 BV entspricht inhaltlich weitgehend den Anforderungen, die sich aus Art. 6 EMRK ergeben.³⁷¹ Die Praxis knüpft die Anwendbarkeit von Art. 32 BV an die Anwendbarkeitsvoraussetzungen von Art. 6 EMRK, also an die strafrechtliche Anklage.³⁷² In Abgrenzung zu den Bestimmungen der EMRK ist jedoch festzuhalten, dass die Garantien in Art. 32 BV trotz ihres vergleichsweise hohen Detaillierungsgrads nicht alle völkerrechtlichen Vorgaben in Strafverfahren wiedergeben.³⁷³ Beispielsweise blieb bei der Übernahme der Verfassungsgarantien aus dem Völkerrecht in die Bundesverfassung das Recht, sich nicht selbst beschuldigen zu müssen, unerwähnt.³⁷⁴ Die EMRK ist zudem bei den Verteidigungsrechten detaillierter ausgestaltet als Art. 32 BV, der solche Verteidigungsrechte nicht näher konkretisiert.³⁷⁵ Ebenfalls nicht übernommen wurden die Grundsätze *ne bis in idem* und *nulla poena sine lege*.³⁷⁶ Diese zentralen Grundsätze finden kraft Verankerung in der EMRK oder der Strafprozessordnung trotzdem Anwendung.

2. Schutz vor Willkür

Das Willkürverbot in der Bundesverfassung hat die Funktion eines Auffanggrundrechts.³⁷⁷ Willkür bedeutet für betroffene Personen ein staatliches Handeln, welches beliebig, sachfremd, zufällig oder sinn- und zwecklos erscheint.³⁷⁸ Die EMRK kennt keine entsprechende Regelung zur Willkür.

Das Willkürverbot untersagt staatliche Akte, die eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzen oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderlaufen.³⁷⁹ Im Unterschied zu den Verfahrensgrundrechten findet das Willkürverbot nur Anwendung, wenn eine staatliche Handlung im

³⁷¹ SGK BV-VEST, Art. 32 N 2; BSK BV-GÖKSU, Art. 32 N 1.

³⁷² KIENER/KÄLIN/WYTENBACH, Grundrechte, S. 567.

³⁷³ KIENER/KÄLIN/WYTENBACH, Grundrechte, S. 493; SGK BV-STEINMANN/SCHINDLER/WYSS, Art. 29 N 8.

³⁷⁴ KIENER/KÄLIN/WYTENBACH, Grundrechte, S. 493.

³⁷⁵ SGK BV-VEST, Art. 32 N 24.

³⁷⁶ KIENER/KÄLIN/WYTENBACH, Grundrechte, S. 566.

³⁷⁷ BSK BV-TSCHENTSCHER, Art. 9 N 3; SGK BV-EGLI/KRADOLFER, Art. 9 N 16.

³⁷⁸ WIEDERKEHR, Habil., S. 201.

³⁷⁹ Vgl. statt vieler BGE 147 IV 73, E. 4.1.2; SGK BV-EGLI/KRADOLFER, Art. 9 N 14; WIEDERKEHR, Habil., S. 202.

Ergebnis qualifiziert unrichtig ist, und bietet daher keinen verfahrensrechtlichen Schutz auf korrektes Zustandekommen.³⁸⁰

Auch im Zusammenhang mit der Gutachtenserstellung und -würdigung kann Art. 9 BV relevant werden. Das Abstellen auf ein nicht schlüssiges Gutachten kann gegen Art. 9 BV verstossen, wenn gewichtige, zuverlässig begründete Tatsachen oder Indizien die Überzeugungskraft des Gutachtens ernstlich erschüttern.³⁸¹

³⁸⁰ Mit weiteren Hinweisen SGK BV-EGLI/KRADOLFER, Art. 9 N 22.

³⁸¹ BGE 146 IV 114, E. 2.1; BGE 142 IV 49, E. 2.1.3; BGE 141 IV 369, E. 6.1; HEER, in: Erkenntnisse von Fachkommissionen – Psychiatrische Gutachten im Fokus des Bundesgerichts, S. 113; WIPRÄCHTIGER, in: Strafjustiz zwischen Anspruch und Wirklichkeit, S. 315.

3. Kapitel: Zweigleisige Sachverhaltsermittlung von Strafbehörden und Sachverständigen

Die hiervor vorgestellten Verfahrensgarantien aus EMRK und BV bilden einen rechtlichen Rahmen um die sachverständige Sachverhaltsermittlung. Die Regeln sind aufgrund ihres Verfassungs- beziehungsweise Konventionscharakters jedoch wenig konkret und stark auslegungsbedürftig. Detaillierte Normen zur Sachverhaltsermittlung finden sich in der Strafprozessordnung, diese richten sich in erster Linie an Strafbehörden. Sie gelten nicht nur in Vor- und Hauptverfahren, sondern auch in den Verfahren zu selbstständigen nachträglichen Entscheiden des Gerichts nach Art. 363 ff. StPO.³⁸² Weiter gelten sie auch im Verfahren auf nachträgliche Anordnung der Verwahrung, welches im Revisionsverfahren nach Art. 410 ff. StPO durchgeführt wird.³⁸³

A. Zweigleisiges Recht für die Sachverhaltsermittlung

Für die Strafbehörden gibt die Strafprozessordnung umfassende Anforderungen zur Sachverhaltsermittlung vor.³⁸⁴ Detailliert geregelt ist bei Strafbehörden das Vorgehen sowohl für die Beweiserhebung, die Beweisverwertung und die Beweiswürdigung als auch für die Dokumentation ihrer Verfahrenshandlungen. Beispielsweise kennt die Strafprozessordnung für die Sachverhaltsermittlung der Strafbehörden Beweiserhebungsverbote, Beweisverwertungsverbote, Teilnahme-rechte sowie konkrete Protokollierungsvorschriften.³⁸⁵ Für die genannten Bereiche von Untersuchungshandlungen ist bei Strafbehörden klar, dass sie an die gesetzlichen Vorgaben gebunden sind. Anders verhält es sich bei Sachverständigen, bei welchen diese Bindung an die strafprozessualen Anforderungen noch zu untersuchen ist.³⁸⁶

³⁸² BSK StGB-HEER, Art. 56 N 38 ff.; HUBER, Diss., S. 11 f.; CONINX, Habil., S. 485.

³⁸³ BGE 144 IV 321, E. 1.3; BGE 145 IV 167, E. 1.7; BGer 6B_597/2012 vom 28. Mai 2013, E. 2; BSK StPO-HEER/BERNARD/STUDER, Art. 363 N 6; ZK StPO-SCHWARZENEGGER, Art. 363 N 3; BIRO, recht 2020, S. 228; HEER, in: Wege und Irrwege stationärer Massnahmen nach Rechtskraft des Strafurteils, S. 51.

³⁸⁴ BRUNNER, in: Gericht und Expertise, S. 188; vgl. VOLCKART, in: Die Sprache des Verbrechens – Wege zu einer klinischen Kriminologie, S. 103.

³⁸⁵ Vgl. Art. 3 Abs. 2 lit. d, Art. 140, Art. 141, Art. 147, Art. 76 ff. StPO.

³⁸⁶ Vgl. BERNARD, Jusletter 13. Februar 2012, N 41.

I. Anforderungen an die sachverständige Sachverhaltsermittlung gemäss Art. 182 ff. StPO

Die Strafprozessordnung regelt in den Art. 182 ff. StPO den Sachverständigenbeweis. Diese Regeln sind nicht spezifisch für forensisch-psychiatrische Sachverständige erstellt worden, sondern haben für Sachverständigengutachten aus allen Bereichen Geltung. Für die Sachverhaltsermittlung von forensisch-psychiatrischen Sachverständigen von Bedeutung sind insbesondere Art. 185 und Art. 187 StPO.

Gemäss Art. 185 Abs. 1 StPO ist die sachverständige Person für das Gutachten persönlich verantwortlich. Hält die sachverständige Person eine Ergänzung der Akten für notwendig, um den Gutachtensauftrag erfüllen zu können, so muss sie der Verfahrensleitung einen entsprechenden Antrag stellen.³⁸⁷ Einfache Erhebungen, die mit dem Auftrag in einem engen Zusammenhang stehen, kann die sachverständige Person demgegenüber selbst vornehmen.³⁸⁸ Bei Erhebungen durch Sachverständige gilt für die beschuldigte Person und Dritte, die zur Aussage- und Zeugnisverweigerung berechtigt sind, ein Mitwirkungs- oder Aussageverweigerungsrecht.³⁸⁹ Die sachverständige Person muss die betroffenen Personen belehren und sie auf dieses Recht hinweisen.³⁹⁰ Das ist eine der wenigen strafprozessualen Anforderungen an die sachverständige Sachverhaltsermittlung, welche durch die Art. 182 ff. StPO explizit geregelt wird.

Die sachverständige Person hat das Gutachten sodann gemäss Art. 187 StPO schriftlich zu erstellen und zu erstatten. Die Verfahrensleitung kann zusätzlich auch die mündliche Erläuterung oder Ergänzung des Gutachtens anordnen.³⁹¹

Es gibt in der Strafprozessordnung darüber hinaus keine weiteren Vorgaben, welche explizit die Vorgehensweise zur Sachverhaltsermittlung durch Sachverständige regeln. Damit gibt die Strafprozessordnung bei den Regeln zum Sachverständigenbeweis nur rudimentäre Anforderungen an die sachverständige Sachverhaltsermittlung vor.³⁹² Diese grosse Bedeutung der sachverständigen

³⁸⁷ Art. 185 Abs. 3 StPO.

³⁸⁸ Art. 185 Abs. 4 StPO.

³⁸⁹ Art. 185 Abs. 5 StPO.

³⁹⁰ Art. 185 Abs. 5 StPO; vgl. detailliert *Dritter Teil, 6. Kapitel, S. 178 ff.*

³⁹¹ Art. 187 Abs. 2 StPO.

³⁹² Vgl. BERNARD, Jusletter 13. Februar 2012, N 42; vgl. BERNARD, in: *Strafverfolgung – Individuum – Öffentlichkeit im Spannungsfeld der Wahrnehmungen*, S. 146.

Sachverhaltsermittlung spiegelt sich in der Gesetzgebung nicht wider. Oder wie BERNARD treffend ausführt:

«Misst man die psychiatrische Begutachtungspraxis an der Grundrechtssensibilität und Wirkungsmacht, ist sie nicht nur gesetzlich schwach umrissen, sondern auch dogmatisch wenig durchdrungen.»³⁹³

II. Nichtbindung an weitere Anforderungen der Sachverhaltsermittlung gemäss Bundesgericht

Eine Auslagerung von eminent wichtigen Aufgaben an Dritte, wie dies bei der Auslagerung der Sachverhaltsermittlung an forensisch-psychiatrische Sachverständige der Fall ist, darf nur hingenommen werden, wenn dieser Vorgang strengen rechtlichen Regeln unterliegt.³⁹⁴ Es ist daher fraglich, ob die sachverständige Sachverhaltsermittlung denselben strafprozessualen Anforderungen unterstellt werden sollte, welchen die strafbehördliche Sachverhaltsermittlung unterliegt. In der Praxis sind Stimmen vertreten, welche die sachverständige Sachverhaltsermittlung nicht diesen strafprozessualen Anforderungen unterstellen wollen.³⁹⁵ Dazu ein Zitat von KUHN, dem ehemaligen Staatsanwalt und Präsidenten der Arbeitsgruppe forensische Medizin und Psychiatrie der Konferenz der Strafverfolgungsbehörden der Schweiz:

«Einvernahmen werden ausschliesslich durch die Strafbehörden durchgeführt. Und nur bei Einvernahmen gelten die vollen Parteirechte. Eine psychiatrische Begutachtung ist eine ergänzende Erhebung. Sie ist nicht freiwillig und in der Strafprozessordnung auch unter den Zwangsmassnahmen eingeordnet. Mit dieser gesetzlichen Grundlage sind Einschränkungen der verfassungsmässigen Rechte möglich.»³⁹⁶

Diese Aussage lässt sich so verstehen, als gälten für die Sachverständigen während ihrer Sachverhaltsermittlung die strafprozessualen Richtlinien, die für die Strafbehörden gelten, nicht gleichermassen.

Ein weiteres Beispiel in diese Richtung aus der Lehre: Das Gehirn des Richters sei gewissermassen mit einer Festplatte zu vergleichen, auf welche das fehlende

³⁹³ BERNARD, Jusletter 13. Februar 2012, N 42.

³⁹⁴ Vgl. HEER, in: «Toujours agité – jamais abattu», S. 183.

³⁹⁵ KUHN/BERNARD, Plädoyer 2011, S. 6; HEER/COVACI, AJP 2019, S. 439.

³⁹⁶ KUHN/BERNARD, Plädoyer 2011, S. 6.

Fachwissen der Psychiatrie geladen werden könnte.³⁹⁷ Dieses Beispiel lässt die Vermutung aufkommen, dass vonseiten der Psychiatrie lediglich Fachwissen für das Gericht bereitgestellt wird und gar keine eigentliche Sachverhaltsermittlung im strafprozessualen Sinn stattfindet. Diesem Verständnis weiter folgend gehören Erhebungen, die von der sachverständigen Person im Rahmen der Gutachtenserstellung getätigt werden, denn auch nicht zwingend zum Sachverhalt im Strafverfahren.

Diesem Gedankengang – dass im Rahmen der Begutachtung erhobener Sachverhalt nicht Sachverhalt im Sinne des Strafverfahrens ist – scheint auch das Bundesgericht zu folgen, indem es Sachverhaltsermittlung der Sachverständigen nicht als eigentliche Beweiserhebungen qualifiziert. Das Bundesgericht hielt in einem Leitentscheid aus dem Jahr 2018 fest:

«Das Verhör des Beschuldigten und die Beweisaussagen der Parteien erfüllen andere gesetzliche Funktionen als eine medizinisch-forensische Begutachtung. Bei ihren förmlichen Einvernahmen (Art. 157–161 StPO) erhält die beschuldigte Person auf allen Stufen des Strafverfahrens die Gelegenheit, sich zu den ihr vorgeworfenen Straftaten – im Sinne einer Beweisaussage als Partei – umfassend zu äussern (Art. 157 StPO). Diese Einlassungen im Verhör können der beschuldigten Person als Beweismittel vorgehalten werden [...]. Die Verteidigung hat hier den gesetzlich gewährleisteten Anspruch, anwesend zu sein und nach den Befragungen Ergänzungsfragen zu stellen (Art. 158 f. i.V.m. Art. 147 StPO). Das im vorliegenden Fall streitige Explorationsgespräch des forensisch-psychiatrischen Experten erfüllt einen anderen gesetzlichen Zweck. Es bildet Bestandteil der gutachterlichen Sachverhaltsermittlung und soll dem Experten ermöglichen, sich ein von den übrigen Verfahrensbeteiligten möglichst unbeeinflusstes Bild über die laut Gutachtensauftrag zu prüfenden medizinisch-psychiatrischen Fachfragen zu verschaffen [...]. Die sachverständige Person nimmt ausschliesslich fachspezifische Erhebungen vor, «die mit dem Auftrag in engem Zusammenhang stehen» (Art. 184 Abs. 4 StPO). Eine eigene Befragung des Beschuldigten durch die sachverständige Person ist somit eng gutachtensorientiert [...].»³⁹⁸

Das Bundesgericht unterscheidet in diesem Entscheid somit grundsätzlich zwei Arten von Sachverhalt: erstens den Sachverhalt, der durch die Strafbehörden

³⁹⁷ DONATSCH/ZUBERBÜHLER, in: Festschrift für Franz Riklin, S. 340.

³⁹⁸ BGE 144 I 253, E. 3.7.

für das Urteil ermittelt wird, und zweitens den Sachverhalt, der durch die sachverständige Person für die Gutachtenserstellung ermittelt und interpretiert wird. Das Bundesgericht bestätigte diese Rechtsprechung ausdrücklich und umfassend in einem weiteren Urteil aus dem Jahr 2020.³⁹⁹ In seiner Rechtsprechung in den darauffolgenden Jahren wiederholte es die Standpunkte dieser Rechtsprechung.⁴⁰⁰ Insbesondere betonte das Bundesgericht auch wiederholt, dass es sich bei den Explorationsgesprächen um *gutachterliche Sachverhaltsermittlung* handle.⁴⁰¹

Mit dieser Argumentation schafft das Bundesgericht zwei parallele Sachverhalte, die in einem Prozess bezüglich ihrer Erhebung nicht den gleichen Spielregeln unterworfen sind. Das Bundesgericht rechtfertigt diese zweigleisige Sachverhaltsermittlung mit dem Argument, dass die Strafbehörden Äusserungen der beschuldigten Person anlässlich von Explorationsgesprächen dieser auch nicht wie Beweisaussagen zum inkriminierten Sachverhalt vorhalten dürfen.⁴⁰² Deswegen ist es gemäss Bundesgericht rechtens, Untersuchungshandlungen von Strafbehörden und von Sachverständigen rechtlich unterschiedlich zu behandeln. Bei der Exploration durch die sachverständige Person handle es sich nicht um Beweiserhebungen durch die Staatsanwaltschaft oder Gerichte.⁴⁰³ Folglich spiele es auch keine Rolle, dass Explorationsgespräche die gesetzlichen Erfordernisse an ein justizkonformes Verhör der beschuldigten Person regelmässig nicht erfüllen – zu denken ist etwa an Belehrungen, Teilnahmerechte der Verteidigung oder Protokollierung.⁴⁰⁴

In einem späteren Entscheid stellte das Bundesgericht fest, dass Angaben gegenüber der sachverständigen Person verwertbar seien, wenn eine Belehrung der beschuldigten Person nach Art. 185 Abs. 5 StPO stattgefunden habe.⁴⁰⁵ Weiter sprach sich das Bundesgericht dafür aus, dass eine Explorationsaussage der beschuldigten Person nicht für die Beurteilung des Tatnachweises verwendet wer-

³⁹⁹ BGer 1B_527/2019 vom 7. August 2020.

⁴⁰⁰ BGer 6B_321/2023 vom 16. Juni 2023; BGer 6B_595/2021 vom 24. Juni 2022; BGer 6B_257/2020, 6B_298/2020 vom 24. Juni 2021, E. 4.8.2 (nicht publiziert in BGE 147 IV 409).

⁴⁰¹ BGer 6B_257/2020, 6B_298/2020 vom 24. Juni 2021, E. 4.8.2 (nicht publiziert in BGE 147 IV 409).

⁴⁰² BGE 144 I 253, E. 3.7; BGer 1B_527/2019 vom 7. August 2020, E. 3.1.

⁴⁰³ BGE 144 I 253, E. 3.7; so auch JOSITSCH/SCHMID, Praxiskommentar, Art. 185 N 4.

⁴⁰⁴ BGE 144 I 253, E. 3.7; vgl. auch ZK StPO-DONATSCH, Art. 185 N 41.

⁴⁰⁵ BGer 6B_1390/2019 vom 23. April 2020, E. 2.4.3; URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 431.

den dürfe.⁴⁰⁶ Das Bundesgericht hatte sich hierzu mit einem Fall zu befassen, in welchem die sachverständige Person über das vom Gesetz zulässige Mass hinaus Sachverhalt ermittelt hat:

«Bei den Angaben des Beschwerdegegners zu seinen verzerrten Wahrnehmungen im Tatzeitpunkt resp. kurz davor geht es um Elemente, die nicht nur für die sachverständige Beurteilung der Schuldfähigkeit und damit die Erfüllung des Gutachtensauftrags, sondern auch für den Ablauf des Kerngeschehens zentral sind. Damit unterscheidet sich der vorliegende Fall etwa von BGE 146 IV 1 E. 3.4.2, wo der Gutachter – wie dies in der Praxis oft der Fall ist – einzig Erhebungen zur lebensgeschichtlichen Entwicklung und damit zu rein gutachterlich-medizinischen Zwecken selber vorgenommen hat. Die Ermittlung des Tatablaufs, soweit dies mittels Befragungen von Beschuldigten und Zeugen geschieht, obliegt den Strafbehörden und ist von den einfachen Sachverhaltsfeststellungen, zu denen der Sachverständige nach Art. 185 Abs. 4 StPO selber berechtigt ist, klar zu trennen. Die Sachverständigen stützten sich vorliegend nicht nur auf die sich aus den Akten ergebende Sachlage, sondern nahmen selber entscheidende und unmittelbar den Kernsachverhalt betreffende Abklärungen vor. Der von Art. 185 Abs. 4 StPO gesetzte Rahmen, in welchem Sachverständige selbstständig Erhebungen tätigen können, wurde damit überschritten. Zwischen den von den Gutachtern festgestellten und dem im Strafverfahren erhobenen Sachverhalt besteht ein klarer Widerspruch, weshalb die Vorinstanz in diesem Punkt ohne zusätzliche Beweiserhebungen nicht auf die Gutachten hätte abstellen dürfen.»⁴⁰⁷

Dieses Urteil kann so verstanden werden, dass das Gericht für den tatrelevanten Sachverhalt nicht bloss auf die Gutachten abstellen darf und hierzu selbst weitere Sachverhaltsermittlungen hätte betreiben müssen. Das ist insofern nicht zu beanstanden. Jedoch bemängelt das Bundesgericht nicht, dass die sachverständige Person ihre eigenen Abklärungen, die von den Feststellungen des Gerichts abweichen, dennoch für ihre eigenen Beurteilungen verwenden darf. In diesem Fall waren es sogar zwei Gutachten, die ihrerseits von unterschiedlichen Tatgeschehen ausgegangen sind.

⁴⁰⁶ BGer 6B_257/2020, 6B_298/2020 vom 24. Juni 2021, E. 4.9 f. (nicht publiziert in BGE 147 IV 409); URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 431.

⁴⁰⁷ BGer 6B_257/2020, 6B_298/2020 vom 24. Juni 2021, E. 4.9.1 (nicht publiziert in BGE 147 IV 409).

Zusammengefasst dient die Einvernahme durch Strafbehörden gemäss Bundesgericht also der Sachverhaltsermittlung für das Verfahren, die Exploration hingegen nur der gutachterlichen Sachverhaltsermittlung, die dann den beschuldigten Personen im Prozess nicht belastend vorgehalten werden darf. Es gibt somit unterschiedliche Geltungsbereiche der Äusserungen der beschuldigten Person in unterschiedlichen Sachverhaltsvarianten. Das Bundesgericht geht hierbei von einer zweigleisigen Sachverhaltsermittlung aus, die zu unterschiedlichen Tatsachengrundlagen für das Urteil und das Gutachten führt. Das Bundesgericht will die strafprozessualen Anforderungen zur Sachverhaltsermittlung nicht gesamthaft auf die Sachverhaltsermittlung durch Sachverständige übertragen.

B. Gefährdung von Verfahrensrechten bei der zweigleisigen Sachverhaltsermittlung

Die Ermittlung des Sachverhalts ist grundsätzlich den Strafbehörden vorbehalten. Für die Feststellung des Gutachtenssachverhalts wären demnach die Behörden zuständig, während das Gutachten ausschliesslich die fachspezifische Beurteilung dazu liefern sollte.⁴⁰⁸ Regelmässig ist es jedoch die sachverständige Person, welche wesentliche Anknüpfungspunkte zur Erstellung eines Gutachtens durch ihre Erhebungen selbstständig ermittelt.⁴⁰⁹ Wird in einem Strafverfahren Sachverhalt durch die Strafverfolgungsbehörden erstellt, gelten klare Regeln. Die Strafbehörden erheben ihre Erkenntnisse in einem justizförmigen Verfahren, das von verschiedenen Grundsätzen und Verfahrensgarantien beherrscht ist.⁴¹⁰ Werden die strafprozessualen Spielregeln dabei nicht beachtet, darf das Gericht auf die entsprechenden Erkenntnisse und Beweismittel – unter Ausnahme von Art. 141 Abs. 2 StPO – nicht abstellen.⁴¹¹ Das ist wie hiavor aufgezeigt anders bei der Sachverhaltsermittlung durch die sachverständige Person. Die Sachverhaltsermittlung an sich wird an die Sachverständigen ausgelagert, die damit verbundenen strafprozessualen Anforderungen werden aber nicht im gleichen Umfang mitausgelagert. Die Rechtsprechung überlässt der sachverständigen Person bei der Beweiserhebung, der Beweisverwertung, der Beweisauswertung sowie bei der

⁴⁰⁸ Vgl. MOKROS/DRESSING/HABERMEYER, in: Psychiatrische Begutachtung, S. 466.

⁴⁰⁹ Vgl. BOEHME-NESSLER, RW 2014, S. 195.

⁴¹⁰ BRUNNER, in: Gericht und Expertise, S. 188; vgl. VOLCKART, in: Die Sprache des Verbrechens – Wege zu einer klinischen Kriminologie, S. 103.

⁴¹¹ BRUNNER, in: Gericht und Expertise, S. 188.

Dokumentation dieser Handlungen weitgehend das Feld.⁴¹² Damit trägt die Rechtsprechung der Auslagerung der Sachverhaltsermittlung an Sachverständige nicht Rechnung. Die sachverständige Sachverhaltsermittlung droht damit in einem rechtsfreien Raum zu erfolgen.⁴¹³

Die Sachverständigen ermitteln nach ihren eigenen Methoden Sachverhalt, welcher anschliessend Einfluss auf das Gerichtsurteil hat.⁴¹⁴ Teilweise widersprechen die Methoden der Sachverständigen den strafprozessualen Anforderungen aus EMRK, BV und StPO diametral.⁴¹⁵ Die strafprozessualen Leitplanken können daher im interdisziplinären Kontext zu Konflikten führen.⁴¹⁶ Die Grenzsetzung durch strafprozessuale Anforderungen wird nicht von allen Fachpersonen aus der Psychiatrie gutgeheissen, teilweise wird der Einwand erhoben, die Justiz würde sich unsachgemäss in die Arbeit der Sachverständigen einmischen.⁴¹⁷ Die Verfahrensrechte sowie Einschränkungen bei der Methodenwahl sind jedoch nicht als Hindernisse für die Sachverständigentätigkeit zu verstehen, sondern Garantien für einen fairen Umgang mit betroffenen Personen im Strafrecht.⁴¹⁸ Rechtsstaatliche Garantien dürfen nicht durch Methodenstandards der Psychiatrie ausgehebelt werden.⁴¹⁹ Die forensische Psychiatrie muss sich den Spielregeln im Strafprozess anpassen.⁴²⁰

Passt sich die sachverständige Sachverhaltsermittlung nicht den strafprozessualen Anforderungen an, kann das zu Fairnessproblemen führen. Beispielsweise kann es vorkommen, dass wichtige Verfahrensprinzipien umgangen werden, wenn belastende Informationen über Drittbefragungen in das Gutachten eingearbeitet

⁴¹² BRUNNER, in: Strafrecht zwischen Anspruch und Wirklichkeit, S. 305; OBERHOLZER, in: Feststellung des Sachverhalts im Zusammenhang mit der Begutachtung, S. 53; vgl. BERNARD/STUDER, ZStrR 2015, S. 79.

⁴¹³ BRUNNER, Plädoyer 2005, S. 36 ff.; BRUNNER, in: Strafrecht zwischen Anspruch und Wirklichkeit, S. 305 f.; KUHN/BERNARD, Plädoyer 2011, S. 7.

⁴¹⁴ Vgl. BOEHME-NESSLER, RW 2014, S. 195 ff.

⁴¹⁵ URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 343.

⁴¹⁶ URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 343.

⁴¹⁷ Hinweis auf diesen Einwand bei URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 343.

⁴¹⁸ URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 34.

⁴¹⁹ URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 9.

⁴²⁰ VOLCKART, in: Die Sprache des Verbrechen – Wege zu einer klinischen Kriminologie, S. 103.

werden.⁴²¹ Weiter könnte die begutachtete Person strafprozessual schlechtergestellt werden, wenn sie bei der Befragung durch Sachverständige nicht im selben Umfang belehrt wird, wie dies bei der Einvernahme durch die Strafbehörden vorgeschrieben ist.⁴²² Weiter entstehen Fairnessprobleme, wenn der beschuldigten Person inkriminierende Sachverhalte vorgehalten werden, welche die sachverständige Person beispielsweise in der Exploration ermittelt hat und nicht die Strafbehörden.

Das Bundesgericht sieht die Lösung zu dieser Frage wie hiavor besprochen darin, dass der beschuldigten Person solche Aussagen durch die Strafbehörde nicht wie Beweisaussagen zum inkriminierten Sachverhalt vorgehalten werden dürfen.⁴²³ Wie WOHLERS treffend darlegt, greift die Argumentation des Bundesgerichts aus mehreren Gründen zu kurz.⁴²⁴ Zunächst einmal fließen die entsprechenden Aussagen der beschuldigten Person in das Gutachten ein und sind damit in den Akten vorhanden.⁴²⁵ Da sich das Gericht bei der Entscheidungsfindung auf den gesamten Inhalt der Akten stützen muss, spricht sich ein Teil der Lehre dafür aus, dass dieses Vorhaltverbot konsequenterweise durch ein Verwertungsverbot ergänzt werden müsste.⁴²⁶ Und selbst wenn dieses Verwertungsverbot gelten würde, stellen sich noch weitere Anschlussfragen: Kann und soll es möglich sein, dass für sich gesehen unverwertbare Äusserungen mittelbar doch verwertet werden, indem sie in ein Gutachten einfließen, dessen Beurteilungen dann wiederum Eingang in das Urteil finden?⁴²⁷ Will man es als unproblematisch ansehen, dass sich das Gericht bei der Tat- und/oder bei der Sanktionsfrage auf Erkenntnisse stützt, die ihrerseits auf ausserhalb des Gutachtens unverwertbaren Äusserungen aufbauen?⁴²⁸ Und will man an der Annahme festhalten, dass das Gericht über die Fähigkeit verfügt, Erkenntnisse, die es über das Studium der Akten zur Kenntnis genommen hat, auszublenken, wenn es um die Entscheidungsfindung geht?⁴²⁹

⁴²¹ BRUNNER, in: Strafjustiz zwischen Anspruch und Wirklichkeit, S. 307.

⁴²² BGer 6B_1390/2019 vom 23. April 2020, E. 2.4.3; ZK StPO-DONATSCH, Art. 185 N 38; URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 350.

⁴²³ BGE 144 I 253, E. 3.7; BGer 1B_527/2019 vom 7. August 2020, E. 3.1.

⁴²⁴ WOHLERS, *forumpoenale* 2021, S. 365 f.

⁴²⁵ WOHLERS, *forumpoenale* 2021, S. 365.

⁴²⁶ WOHLERS, *forumpoenale* 2021, S. 365; DONATSCH, *forumpoenale* 2019, S. 140; BSK StPO-HEER, Art. 185 N 36; ZK StPO-WOHLERS, Art. 147 N 1.

⁴²⁷ WOHLERS, *forumpoenale* 2021, S. 365 f.

⁴²⁸ WOHLERS, *forumpoenale* 2021, S. 365 f.

⁴²⁹ WOHLERS, *forumpoenale* 2021, S. 365 f.

Diese Fragen sind allesamt mit einem *Nein* zu beantworten. Zur Begründung ist auf das Beispiel von Herrn T.⁴³⁰ zurückzukommen: Das Gericht geht bei ihm von einer Person aus, die nicht wegen häuslicher Gewalt vorbestraft ist und diese Taten nicht begangen hat. Der Gutachter geht dahingegen von einer Person aus, die sich mehrmals strafbar gemacht hat durch langjährige häusliche Gewalt. Hier bestehen zwei gänzlich unterschiedliche Tatsachengrundlagen für das Urteil und das Gutachten, die unter unterschiedlichen rechtlichen Anforderungen zustande gekommen sind.

Aus Fairnessgründen darf es jedoch nicht sein, dass die sachverständige Person und das Gericht bei urteilsrelevanten Fakten von unterschiedlichen Sachverhalten ausgehen.⁴³¹ Denn das Tatsachenfundament des Gutachtens darf keinen minder strengen rechtsstaatlichen Garantien unterstehen als der Rest des Sachverhaltsfundaments eines strafrechtlichen Urteils.⁴³² Es kann nicht angehen, dass auf dem Umweg über die Auslagerung der Sachverhaltsermittlung auf die sachverständige Person die Rechte der beschuldigten Person ins Leere laufen, die von den Strafbehörden hätten eingehalten werden müssen.⁴³³ Es darf kein Sachverhalt zur Entscheidung des Gerichts beitragen, der unter Umgehung der strafprozessualen Schutzrechte durch Sachverständige erhoben worden ist. Für die Rechte betroffener Personen darf es keine Rolle spielen, ob Sachverständige oder Strafbehörden den Sachverhalt ermittelt haben. In diesem Sinne hält auch DONATSCH fest, dass die beschuldigte Person durch die Delegation der Einvernahmekompetenz an die sachverständige Person nicht schlechtergestellt werden dürfe als bei einer Befragung durch die Strafbehörden.⁴³⁴

Mit der Auslagerung der Sachverhaltsermittlung auf die Sachverständigen werden somit Verfahrensrechte gefährdet. In der Praxis ist das bisher ein Problem, das in unannehmbarem Mass negiert wird.⁴³⁵ Um dem entgegenzuwirken, muss ein strafprozessuales Bewusstsein für die selbstständige Sachverhaltsermittlung von forensisch-psychiatrischen Sachverständigen geschaffen werden. Es ist nicht ersichtlich, weshalb innerhalb eines Strafverfahrens sämtliche Prozesshandlung-

⁴³⁰ Vgl. *Einleitung, A., S. 1 ff. und Erster Teil, 3. Kapitel, A., I., S. 21 ff.*

⁴³¹ HEER/COVACI, AJP 2019, S. 446.

⁴³² URWYLER/ENDRASS/HACHTTEL/GRAF, Handbuch, S. 10 f.

⁴³³ WOHLERS, in: Feststellung des Sachverhalts im Zusammenhang mit der Begutachtung, S. 84.

⁴³⁴ ZK StPO-DONATSCH, Art. 185 N 38.

⁴³⁵ Vgl. BRUNNER, in: Gericht und Expertise, S. 188; vgl. OBERHOLZER, in: Feststellung des Sachverhalts im Zusammenhang mit der Begutachtung, S. 53.

gen der Behörden zum Schutz der Parteien geregelt und dokumentiert werden, während dieser Schutz bei Parteien in demselben Verfahren bei Handlungen einer behördlich beauftragten sachverständigen Person in Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe vernachlässigt wird.⁴³⁶

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass Sachverständige bei ihrer Sachverhaltsermittlung auf einem Feld zu agieren drohen, auf welchem die strafprozessualen Spielregeln nicht eingehalten werden müssen.⁴³⁷ So können die Verfahrensrechte betroffener Personen ausgehebelt werden.⁴³⁸ Die selbstständige Sachverhaltsermittlung durch Sachverständige ist daher regelmässig mit einer unzulässigen Beeinträchtigung von Parteirechten verbunden.⁴³⁹ Der Sachverhalt, den Sachverständige erheben, wird im Urteil des Gerichts berücksichtigt, obwohl die Strafbehörden selbst diesen Sachverhalt nur unter strengeren strafprozessualen Anforderungen hätten erheben dürfen. Es darf für die beschuldigte Person bezüglich ihrer Schutzrechte aber keinen Unterschied machen, ob die belastenden Aussagen durch Sachverständige oder Strafbehörden erhoben worden sind.⁴⁴⁰ Durch die Auslagerung der sachverständigen Sachverhaltsermittlung wird daher die Verfahrensfairness gefährdet. Dieser Umstand ist zu korrigieren.

⁴³⁶ HUBER, Diss., S. 273.

⁴³⁷ Vgl. BRUNNER, Plädoyer 2005, S. 36 ff.

⁴³⁸ BRUNNER, in: Strafjustiz zwischen Anspruch und Wirklichkeit, S. 305; vgl. BRUNNER, in: Strafverteidigung und Sicherheitswahn, S. 138; CONINX, Habil., S. 483.

⁴³⁹ Vgl. EGMR Mantovanelli gegen Frankreich, Nr. 21497/93 vom 18. März 1997, § 36; Kommentar StPO ZH-DONATSCH, § 115 N 35.

⁴⁴⁰ ZK StPO-DONATSCH, Art. 185 N 38; vgl. WOHLERS, in: Feststellung des Sachverhalts im Zusammenhang mit der Begutachtung, S. 84.

4. Kapitel: Verfahrensfairness bei der sachverständigen Sachverhaltsermittlung

Die Auslagerung der Sachverhaltsermittlung auf die sachverständige Person zieht Folgen nach sich. Wie hiervor aufgezeigt, entsteht durch die Auslagerung der Sachverhaltsermittlung ohne die zeitgleiche Auslagerung der strafprozessualen Anforderungen eine zweigleisige Sachverhaltsermittlung. Durch diese zweigleisige Sachverhaltsermittlung wird das Recht auf ein faires Verfahren von betroffenen Personen gefährdet und ihre strafprozessualen Schutzrechte werden ausgehebelt. Das vorliegende Kapitel untersucht deshalb, wie bei der Auslagerung der Sachverhaltsermittlung auf forensisch-psychiatrische Sachverständige die Verfahrensfairness gesichert werden kann.

A. Ungeeignete Mechanismen zur Sicherung der Verfahrensfairness

Es existieren in der Praxis im Kern zwei verschiedene Ansätze, wie der Gefährdung von Verfahrensrechten im Zusammenhang mit der zweigleisigen Sachverhaltsermittlung Abhilfe geschaffen werden soll. Beide Ansätze stellen ungeeignete Mechanismen zur Sicherung der Verfahrensfairness dar, wie nachfolgend aufgezeigt wird.

I. Einordnung in drei Tatsachenkategorien

Ein Ansatz zur Sicherung der Verfahrensfairness besteht darin, den ermittelten Sachverhalt in verschiedene Kategorien einzuteilen und diese Kategorien bezüglich strafprozessualer Anforderungen unterschiedlich zu behandeln. Eine einheitliche Definition zu diesen drei Kategorien existiert nicht.⁴⁴¹

1. Anknüpfungs-, Befund- und Zusatztatsachen

Zu den Anknüpfungstatsachen ist anzumerken, dass der Begriff in der Lehre und der Rechtsprechung nicht einheitlich verwendet wird.⁴⁴² Ein Teil der Lehre und die bundesgerichtliche Rechtsprechung fasst einzig den Teil des Sachverhalts, den die sachverständige Person von der Verfahrensleitung vorgegeben bekommt und der

⁴⁴¹ BRUNNER, in: Gericht und Expertise, S. 196.

⁴⁴² URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 310.

in den ihr übergebenen Akten enthalten ist, unter den Begriff der Anknüpfungstatsachen.⁴⁴³ So findet sich beispielsweise die Definition: Eine Anknüpfungstatsache ist ein im konkreten Verfahren aktenkundig geltend gemachter Sachverhalt, von dem vorerst ausgegangen werden muss.⁴⁴⁴

Eine gegenteilige Meinung bezeichnet die Gesamtheit der Tatsachen, welche für das Gutachten relevant sind – also sowohl die strafbehördlich übermittelten als auch die von der sachverständigen Person ermittelten Tatsachen –, als Anknüpfungstatsachen.⁴⁴⁵ Unter diesem Verständnis umfassen die Anknüpfungstatsachen gesamthaft die notwendige Basis für die Erstellung des Gutachtens durch die sachverständige Person.⁴⁴⁶ Ein Blick in das Gesetz gibt keine Antwort darauf, welcher Ansicht zu folgen ist. Die Strafprozessordnung kennt den Begriff der Anknüpfungstatsachen nicht.

Die sachverständige Person darf im Rahmen der Begutachtung Befundtatsachen erheben, die mit der Fragestellung direkt in Zusammenhang stehen.⁴⁴⁷ Als Befundtatsachen werden diejenigen Tatsachen bezeichnet, welche die sachverständige Person aufgrund ihrer besonderen Fachkenntnisse erheben kann.⁴⁴⁸ Die Befundtatsachen erhebt die sachverständige Person somit selbstverantwortlich ohne Mithilfe der Verfahrensleitung.⁴⁴⁹ Dazu gehören in erster Linie die Erhebung von Tatsachen durch eigene Abklärungen wie medizinische Untersuchungen oder

⁴⁴³ DONATSCH/SUMMERS/WOHLERS, Strafprozessrecht, S. 215; SCHMID, AJP 2010, S. 827; RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, Strafprozessrecht, S. 386; BGer 8C_360/2008 vom 20. Februar 2009, E. 3.3.2; BGer 9C_71/2015 vom 29. September 2015, E. 8.2; ausführlich mit weiteren Hinweisen URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 310; BOETTICHER et al., FPPK 2019, S. 309; KAUFMANN, Beweisführung und Beweiswürdigung, S. 171.

⁴⁴⁴ RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, Strafprozessrecht, S. 387.

⁴⁴⁵ ZK StPO-DONATSCH, Art. 182 N 13; BSK StPO-HEER, Art. 182 N 3; mit weiteren Hinweisen URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 310.

⁴⁴⁶ WOHLERS, in: Feststellung des Sachverhalts im Zusammenhang mit der Begutachtung, S. 78; BOETTICHER et al., FPPK 2019, S. 309.

⁴⁴⁷ ZK StPO-DONATSCH, Art. 185 N 15; BSK StPO-HEER, Art. 187 N 4; PIETH/GETH, Strafprozessrecht, S. 230.

⁴⁴⁸ BSK StPO-HEER, Art. 185 N 21; BOETTICHER et al., FPPK 2019, S. 309; BABIC, Diss., S. 291; SASS, in: Handbuch der Forensischen Psychiatrie, S. 431; Kommentar StPO ZH-DONATSCH, § 115 N 35; HEINITZ, in: Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag, S. 694; DONATSCH/SUMMERS/WOHLERS, Strafprozessrecht, S. 216.

⁴⁴⁹ DONATSCH/SUMMERS/WOHLERS, Strafprozessrecht, S. 216; RÖSSNER, in: Handbuch der Forensischen Psychiatrie, S. 410.

psychiatrische Explorationen.⁴⁵⁰ Wecken die Ausführungen der sachverständigen Person keine sachlich begründeten Zweifel, ist das Gericht grundsätzlich an die von ihr festgestellten Befundtatsachen gebunden.⁴⁵¹ Trotz dieser Bindungswirkung sind die Ausführungen der sachverständigen Person einer kritischen Prüfung zu unterziehen.⁴⁵²

Befundtatsachen werden also kraft besonderer Sachkunde erhoben. Weitere Tatsachen, die auch ohne besondere Sachkunde beispielsweise durch die Verfahrensleitung erhoben werden könnten, werden Zusatztatsachen genannt.⁴⁵³ Können Tatsachen also ebenso gut durch Strafbehörden festgestellt werden, handelt es sich dabei nicht um Befund-, sondern um Zusatztatsachen. Die Abgrenzung dieser Kategorien ist nicht trennscharf.

Zusatztatsachen können sich auch auf das eigentliche Tatgeschehen beziehen und sind somit geeignet, zur beweismässigen Würdigung des Tatgeschehens beizutragen.⁴⁵⁴ Bei Zusatztatsachen stellt das Gericht den Sachverhalt unter Würdigung sämtlicher Beweismittel selbstständig fest, es gibt keine Bindungswirkung wie bei Befundtatsachen.⁴⁵⁵

Die sachverständige Person kann nicht in beliebigem Umfang Zusatztatsachen erheben.⁴⁵⁶ Sie ist durch das Gesetz dazu legitimiert, einfache Abklärungen im Sinne von Art. 185 Abs. 4 StPO vorzunehmen. Das Gesetz unterscheidet in Art. 185 Abs. 4 StPO nicht zwischen Befund- und Zusatztatsachen. Wenn die Erhebungen in engem Zusammenhang mit dem Gutachten erfolgen, bezieht sich Art. 185 Abs. 4 StPO demnach sowohl auf Befund- als auch auf Zusatztatsachen.⁴⁵⁷ Fest steht, dass es sich beim Beizug von Akten einer Behörde oder einer Klinik nicht um solche einfachen Erhebungen handelt, weshalb die sachverständige Per-

⁴⁵⁰ ZK StPO-DONATSCH, Art. 185 N 15; RÖSSNER, in: Handbuch der Forensischen Psychiatrie, S. 410.

⁴⁵¹ BGer 1B_578/2012 vom 18. Oktober 2023, E. 4.4; URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 144.

⁴⁵² URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 144.

⁴⁵³ BSK StPO-HEER, Art. 185 N 21; BOETTICHER et al., FPPK 2019, S. 309; DONATSCH/SUMMERS/WOHLERS, Strafprozessrecht, S. 216.

⁴⁵⁴ OBERHOLZER, Grundzüge des Strafprozessrechts, S. 321.

⁴⁵⁵ URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 438.

⁴⁵⁶ Vgl. Botschaft StPO, 1212.

⁴⁵⁷ ZK StPO-DONATSCH, Art. 185 N 26.

son dafür nicht zuständig ist und an die Verfahrensleitung gelangen muss.⁴⁵⁸ Ein Aktenbeizug unter dem Titel von Zusatztatsachenerhebung wäre demnach unzulässig.

Welche Erhebungen von Zusatztatsachen im Einzelfall zulässig sind, ist unklar. Ebenfalls ungeklärt ist die Verwertbarkeit von Zusatztatsachen.⁴⁵⁹ Ein Teil der Lehre ist der Ansicht, dass Zusatztatsachen regelmässig nicht verwertet werden dürfen.⁴⁶⁰ Eine weitere Lehrmeinung ist der Ansicht, dass solche Tatsachen jedenfalls nicht ausserhalb des Gutachtens verwertet werden dürfen, wenn sie zulasten der beschuldigten Person wirken.⁴⁶¹ Nach einem weiteren Teil der Lehre dürfen die von der sachverständigen Person erhobenen Zusatztatsachen über das Gutachten hinaus auch für den Tatnachweis verwertet werden, wenn eine Belehrung nach Art. 185 Abs. 5 StPO stattgefunden hat.⁴⁶²

2. Kritik an der Einordnung in drei Kategorien

Diese uneinheitlich verwendeten drei Tatsachenkategorien sind bei der Sicherung von Verfahrensfairness nicht hilfreich. Zunächst gehen die einzelnen Tätigkeiten der sachverständigen Person, was die Unterscheidung zwischen Anknüpfungstatsachen, Befundtatsachen und Zusatztatsachen angeht, bei der Erarbeitung des Gutachtens häufig fliessend ineinander über.⁴⁶³ Eine Trennung von fachspezifischen eigenen Erhebungen und sonstigen eigenen Erhebungen der sachverständigen Person kann nicht konsequent in die Tat umgesetzt werden.⁴⁶⁴

⁴⁵⁸ Art. 185 Abs. 3 StPO; BGE 144 IV 302, E. 3.4.2; DONATSCH/SUMMERS/WOHLERS, Strafprozessrecht, S. 216; BSK StPO-HEER, Art. 185 N 27.

⁴⁵⁹ URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 432.

⁴⁶⁰ BSK StPO-HEER, Art. 187 N 4; Kommentar StPO ZH-DONATSCH, § 115 N 36; allerdings beide mit leicht abweichenden Feststellungen in anderen Publikationen, vgl. Fussnoten hiernach.

⁴⁶¹ JOSITSCH/SCHMID, Praxiskommentar, Art. 185 N 11; DONATSCH, forumpoenale 2019, S. 140; WOHLERS, forumpoenale 2021, S. 365; ausführlich hierzu URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 432.

⁴⁶² OBERHOLZER, Grundzüge des Strafprozessrechts, S. 321; BSK StPO-HEER, Art. 185 N 32; SCHMID, AJP 2010, S. 832; ZK StPO-DONATSCH, Art. 185 N 40; mit weiteren Hinweisen zur kantonalen Gerichtspraxis URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 432.

⁴⁶³ Mit weiteren Hinweisen SASS, in: Handbuch der Forensischen Psychiatrie, S. 431; BRUNNER, in: Gericht und Expertise, S. 196.

⁴⁶⁴ Vgl. HEER/COVACI, AJP 2019, S. 446.

Sodann können die Informationen bezüglich des Einflusses auf die Bewertungen im Gutachten oft nicht klar abgetrennt werden.⁴⁶⁵ Ob und welche Tatsachen für die Beurteilung verwendet worden sind, lässt sich oftmals nicht zweifelsfrei feststellen. Bei der Lektüre von Gutachten bleibt regelmässig unklar, ob die Zusatz-tatsachen, die von der sachverständigen Person selbstständig eingeholt wurden, schliesslich in die Beurteilung eingeflossen sind oder nicht. Besonders schwierig ist das bei Gutachten, welche die Anforderungen an Nachvollziehbarkeit und Aufbau gerade noch erfüllen, jedoch von einem Ideal weit entfernt sind. Die Schwierigkeit besteht in der Praxis darin, diejenigen Aussagen zu finden, die für die sachverständige Person ausschlaggebend waren für die Beurteilung. Gutachten umfassen oftmals mehr als 120 Seiten und wiederholen sich laufend in den getätigten Aussagen. Wie hiervor gesehen, können Sachverhaltsermittlungen durch Sachverständige Verfahrensrechte gefährden.⁴⁶⁶ Kann im Gutachten nicht festgestellt werden, ob Informationen unter Gefährdung oder sogar Verletzung von Verfahrensrechten erstellt worden sind, sind die Gutachten für das Gericht nicht zu gebrauchen und müssten neu erstellt oder überarbeitet werden.

Darüber hinaus ist nicht ersichtlich, weshalb für die Erhebung der Befundtatsachen ein niedrigerer Standard bezüglich Rechte beschuldigter Personen gelten soll.⁴⁶⁷ Schliesslich wird mit dieser Einteilung von Tatsachen suggeriert, dass Sachverständige nur in geringem Ausmass Sachverhaltsermittlung betreiben und im Regelfall nur die Strafbehörden Tatsachen ermitteln, die für das Urteil relevant sind. Dass das nicht zutreffend ist, wurde im Ersten Teil herausgearbeitet.⁴⁶⁸ Vor allem Zusatztatsachen eignen sich zum Beweis über das Tatgeschehen.⁴⁶⁹ Ganz allgemein können die sachverständigen Erhebungen und Beurteilungen eine gutachtensüberschüssende Bedeutung entfalten und den Tatnachweis oder die Sanktion massgeblich beeinflussen.⁴⁷⁰

Als Zwischenfazit kann festgehalten werden, dass die Einteilung in diese drei Kategorien nicht geeignet ist, eine unterschiedliche strafprozessuale Behandlung zu rechtfertigen. Es ist nicht ersichtlich, weshalb nicht für alle Erhebungen der-

⁴⁶⁵ Vgl. HEINITZ, in: Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag, S. 693 ff.

⁴⁶⁶ Vgl. *Zweiter Teil, 3. Kapitel, B., S. 80 ff.*

⁴⁶⁷ BRUNNER, in: *Gericht und Expertise*, S. 196.

⁴⁶⁸ Vgl. *Erster Teil, 3. Kapitel, S. 19 ff.*

⁴⁶⁹ OBERHOLZER, *Grundzüge des Strafprozessrechts*, S. 321.

⁴⁷⁰ URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, *Handbuch*, S. 431; URWYLER, *Diss.*, S. 187 ff.; BRUNNER, *Plädoyer* 2005, S. 38; vgl. BSK StGB-HEER, Art. 56 N 64; vgl. HEER/COVACI, *AJP* 2019, S. 445 f.

selbe Standard gelten soll.⁴⁷¹ Die Kategorien sind deshalb auch nicht geeignet, die Gefährdung der Verfahrensrechte zu verhindern.

II. Gerichtliche Heilung und Zweiteilung des Verfahrens

Ein zweiter Ansatz zur Sicherung der Verfahrensfairness besteht darin, die gefährdeten beziehungsweise marginalisierten Verfahrensrechte durch die sachverständige Sachverhaltsermittlung vor dem erstinstanzlichen Gericht zu heilen. Es ist jedoch fraglich, ob Verfahrensrechte, die aufgrund der zweigleisigen Sachverhaltsermittlung marginalisiert worden sind, vor Gericht geheilt werden können.

Das Bundesgericht hat bei der Verletzung der Gehörsrechte bezüglich Sachverständigengutachten eine heilungsfreundliche Haltung.⁴⁷² Beispielsweise rügte ein Beschwerdeführer vor Bundesgericht die Verletzung seines Anspruchs auf rechtliches Gehör sowie die unvollständige Feststellung des Sachverhalts durch den Gutachter.⁴⁷³ Das Bundesgericht bejahte in diesem Fall eine Heilung des rechtlichen Gehörs, da die Vorinstanz bereits genügend Stellung zu den kritisierten Sachverhaltsdarstellungen bezogen hätte.⁴⁷⁴ Eine Rücksprache mit dem Gutachter sei in diesem Fall nicht nötig, die Vorinstanz konnte die Kritikpunkte an der sachverständigen Sachverhaltsfeststellung bereits aufgrund der Verfahrensakten klären.⁴⁷⁵ Sämtliche Einwände gegen das Gutachten konnten so durch den Beschwerdeführer genügend geltend gemacht werden.⁴⁷⁶ Es bleibt in diesem Fall aber unklar, ob das Gericht die sachverständige Sachverhaltsermittlung in genügendem Ausmass aus den Akten nachvollziehen konnte.⁴⁷⁷

In einem Leitentscheid entschied das Bundesgericht, dass ein Gutachter Art. 185 Abs. 4 StPO verletzte, indem er selbstständig weitere Akten beim Psychiatrisch-Psychologischen Diensts des Amts für Justizvollzug des Kantons Zürich anforderte und für das Gutachten beizog.⁴⁷⁸ Da es sich dabei jedoch um eine Ordnungsvorschrift handle, habe das bundesrechtswidrige Vorgehen des Gutachters keine

⁴⁷¹ BRUNNER, in: *Gericht und Expertise*, S. 196.

⁴⁷² URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, *Handbuch*, S. 422.

⁴⁷³ BGer 6B_623/2018 vom 22. August 2018, E. 2.3.4.

⁴⁷⁴ BGer 6B_623/2018 vom 22. August 2018, E. 2.3.4.

⁴⁷⁵ BGer 6B_623/2018 vom 22. August 2018, E. 2.3.4.

⁴⁷⁶ BGer 6B_623/2018 vom 22. August 2018, E. 2.3.4.

⁴⁷⁷ Vgl. *Fünfter Teil, 2. Kapitel, S. 222 ff.*

⁴⁷⁸ BGE 144 IV 302, E. 3.4.2.

Folgen hinsichtlich der Verwertbarkeit seines Gutachtens.⁴⁷⁹ Jedoch verletze sein Verhalten wie auch der Entscheid der Vorinstanz, die vom Gutachter beigezogenen Akten nicht zu edieren, den Anspruch des Beschwerdeführers auf rechtliches Gehör.⁴⁸⁰ In diesem letzten Punkt ist dem Bundesgericht zuzustimmen, da eine Überprüfung des Gutachtens nur möglich ist, wenn allen Parteien sämtliche Unterlagen vorliegen, die auch die sachverständige Person bei der Erstellung des Gutachtens zur Verfügung hatte.

In einem weiteren Leitescheid wurde vom Bundesgericht das Vorgehen einer Verfahrensleitung geschützt, welche erst nach der Mandatierung des Gutachters die beschuldigte Person davon in Kenntnis setzte und ihr Gelegenheit zur Stellungnahme einräumte.⁴⁸¹ Diese Verletzung von Art. 184 Abs. 3 StPO sei durch die nachträgliche Möglichkeit der Stellungnahme noch im Untersuchungsverfahren geheilt worden.⁴⁸² Das Bundesgericht geht in diesem Entscheid sogar von einem Verzicht auf das rechtliche Gehör nach Art. 184 Abs. 3 StPO aus und hält an seiner bisherigen Rechtsprechung von einer Rügepflicht der beschuldigten Person zum rechtlichen Gehör fest.⁴⁸³

Es ergeben sich an dieser Stelle Bedenken. Durch diese Praxis zur Heilung wird das rechtliche Gehör zur reinen Ordnungsvorschrift degradiert, deren Verletzung die Verwertbarkeit des Gutachtens nicht gefährdet, solange nachträglich eine Gewährung erfolgt.⁴⁸⁴ Zudem verliert die in ihren Gehörsrechten verletzte Partei durch die Heilungskonzeption eine Rechtsmittelinstanz, vor der ihre Ansichten berücksichtigt werden.⁴⁸⁵

Weiter besteht die Gefahr, dass die erst nachträgliche Gewährung von Rechten nicht mehr gleich wirksam ist, wie wenn von Beginn weg die Möglichkeit eingeräumt wird, auf den Begutachtungsprozess einzuwirken.⁴⁸⁶ Grundsätzlich sollte

⁴⁷⁹ BGE 144 IV 302, E. 3.5.

⁴⁸⁰ BGE 144 IV 302, E. 3.5.

⁴⁸¹ BGE 148 IV 22, E. 5.5.2; mit weiteren Hinweisen zur kantonalen Rechtsprechung URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 422.

⁴⁸² BGE 148 IV 22, E. 5.5.2.

⁴⁸³ RIEDO/LEHMANN/MEILE, ZBJV 2024, S. 38 f.

⁴⁸⁴ Vgl. URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 423.

⁴⁸⁵ URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 423; vgl. THURNHERR, Habil., S. 287 ff.; JOSITSCH/SCHMID, Handbuch, S. 43; ZEHNDER, Diss., S. 312.

⁴⁸⁶ URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 423; CR CPP-VUILLE, Art. 184 N 16b.

das rechtliche Gehör spätestens zu dem Zeitpunkt gewährt werden, wenn der Standpunkt der betroffenen Person für die fragliche Entscheidung noch berücksichtigt werden kann.⁴⁸⁷ Mittels der extensiven Praxis zur Heilung zielt das Bundesgericht zur Bestimmung dieses Zeitpunktes zu sehr auf die formelle Betrachtung ab und missachtet, was inhaltlich bei den Begutachtungen und anschliessend in den Gerichtsverfahren geschieht. Der Zeitpunkt, zu dem die betroffene Person noch Einfluss auf das Gutachten und damit das Urteil nehmen kann, ist tatsächlich früher als vom Bundesgericht mit dieser Rechtsprechung angenommen. Dieser Umstand hängt von der Sachverhaltsermittlung der sachverständigen Person ab, die von den Strafbehörden oftmals nicht angemessen beurteilt werden kann, da das nötige Fachwissen fehlt. Genau bei dieser Sachverhaltsermittlung der sachverständigen Person gibt es jedoch kein umfassendes rechtliches Gehör für die beschuldigte Person, beziehungsweise Verletzungen werden anschliessend im Strafverfahren geheilt. Bei dieser Abkopplung der Sachverhaltsermittlung der sachverständigen Person von der eigentlichen Sachverhaltsermittlung der Strafbehörden ohne spätere echte fachliche Überprüfungsmöglichkeit droht das rechtliche Gehör der beschuldigten Person zu verwässern.

Es ist insgesamt auch fraglich, ob ein solcher Verfahrensmangel, der materielle Auswirkungen auf den Sachentscheid haben könnte, überhaupt geheilt werden kann.⁴⁸⁸ Diese Frage führt noch einmal zurück zu dem Beispiel, in dem die Ex-Frau den beschuldigten Herrn T. der häuslichen Gewalt bezichtigt hatte. Diese Anschuldigung wurde von Herrn T. jedoch konstant bestritten und auch gerichtlich nie beurteilt.⁴⁸⁹ Angenommen, die Verfahrensleitung hält diese Information, wie sie in das Gutachten eingeflossen ist, für problematisch und möchte sie deswegen entfernen. Diese Korrektur kann das Gericht nicht selbst vornehmen. Es kann die Aussagen der Ex-Frau nicht aus dem Tatsachenfundament des Gutachtens entfernen und die darauf aufbauenden Beurteilungen der sachverständigen Person anpassen. Dem Gericht fehlt dazu die Expertise. Falls somit die sachverständige Person Informationen zur Tat unter Missachtung der strafprozessualen Anforderungen erhebt, wirken diese Informationen tief in den Kern des Gutachtens und finden sich auch in der Risikobeurteilung wieder. Da das Gericht sich in den meisten Fällen beim Urteil auf diese Beurteilung verlässt, beeinflussen diese Informationen auch das Gerichtsurteil. Das Gericht selbst ist somit nicht imstande,

⁴⁸⁷ JOSITSCH/SCHMID, Handbuch, S. 42 f.

⁴⁸⁸ ZEHNDER, Diss., S. 316.

⁴⁸⁹ Vgl. *Einleitung, A., S. 1 ff. und Erster Teil, 3. Kapitel, A., I., S. 21 ff.*

die Fehler in der sachverständigen Sachverhaltsermittlung selbstständig zu korrigieren.

Eine effektive gerichtliche Heilung der durch die zweigleisige Sachverhaltsermittlung marginalisierten Verfahrensrechte von betroffenen Personen fällt aufgrund der hiervor erwähnten Gründe ausser Betracht.

Dieses Nichtwirken der gerichtlichen Heilung fördert ein tiefliegendes Problem zutage, nämlich den Zeitpunkt der Begutachtung, welcher in einem Spannungsverhältnis mit der Unschuldsvermutung stehen kann.⁴⁹⁰ Soll ein Gutachten bereits im Vorverfahren erstellt werden, ist es unumgänglich, dass sich die sachverständige Person auf Sachverhaltselemente abstützt, die erst noch bewiesen werden müssen.⁴⁹¹ Abschwächen liesse sich dieses Problem durch eine Zweiteilung des Verfahrens. Es ist jedoch zu erwähnen, dass auch die Möglichkeit der Zweiteilung kein Allheilmittel gegen die zweigleisige Sachverhaltsermittlung und damit die Umgehung von Verfahrensrechten ist. Zum einen betrifft eine allfällige Zweiteilung nur die Tatsachengrundlage der Tat- und Schuldfrage und damit nicht den gesamten für ein Gutachten relevanten Sachverhalt. Zum anderen ist dieser Lösungsvorschlag bei der sehr bedeutenden Erstellung von Vollzugsgutachten ohnehin nicht anwendbar, sondern nur bei der Erstellung von Gutachten im Vor- respektive Hauptverfahren. Bei der Erstellung eines Vollzugsgutachtens hat eine Zweiteilung in der Regel keine Wirkung mehr, da die Tat- und Schuldfrage bereits in einem vorangegangenen Strafverfahren geklärt worden ist. Die praxisrelevanten Vollzugsgutachten werden nachfolgend eingehend besprochen.⁴⁹² Zum anderen setzt dieser Lösungsvorschlag voraus, dass die Zweiteilung auch tatsächlich angeordnet wird. Eine Zweiteilung ist bei Verfahren mit Begutachtungen aber nicht zwingend vorgesehen, sondern hängt von der Verfahrensleitung ab. Bisher wird von dieser Möglichkeit nur sehr selten Gebrauch gemacht. Deswegen sind auf Stufe Gericht weder eine nachträgliche Heilung noch die Möglichkeit einer Zweiteilung des Verfahrens genügend, um die Verfahrensfairness herzustellen. Eine allfällige Zweiteilung kann in gewissen Verfahren aber durchaus zu einer

⁴⁹⁰ BERNARD/STUDER, in: Feststellung des Sachverhalts im Zusammenhang mit der Begutachtung, S. 9 ff.; BERNARD, in: Strafverfolgung – Individuum – Öffentlichkeit im Spannungsfeld der Wahrnehmungen, S. 147.

⁴⁹¹ Vgl. hierzu zur Bildung von Sachverhaltshypothesen *Erster Teil, 3. Kapitel, A., II., S. 22 ff.*

⁴⁹² Vgl. *Zweiter Teil, 4. Kapitel, B., II., S. 99 ff.*

Verbesserung der Verfahrenssituation führen, weshalb auf diese Möglichkeit im Verlauf der Arbeit noch eingegangen wird.⁴⁹³

B. Verfahrensfairness durch Vorwirkung strafprozessualer Anforderungen

Hiervor wurde aufgezeigt, dass die beschuldigte Person prozessual teilweise schlechtergestellt ist, wenn Sachverständige Sachverhaltsermittlungen vornehmen.⁴⁹⁴ Die Verfahrensrechte, welche bei der Sachverhaltsermittlung durch die Strafbehörden betroffene Personen schützen, dürfen jedoch nicht ausgehebelt werden und müssten somit auch bei der sachverständigen Sachverhaltsermittlung Anwendung finden. Es ist nachfolgend zu untersuchen, ob dies durch eine Vorwirkung der strafprozessualen Anforderungen auf die sachverständige Sachverhaltsermittlung erreicht werden könnte.

I. Vorwirkung auf die sachverständige Sachverhaltsermittlung in Strafverfahren

Für eine Vorwirkung der strafprozessualen Anforderungen auf die sachverständige Sachverhaltsermittlung gibt es gute Argumente. Es besteht die Gefahr, dass die nachträgliche Gewährung von Rechten nicht mehr gleich wirksam ist, wie wenn von Beginn weg die Möglichkeit eingeräumt wird, auf den Begutachtungsprozess einzuwirken.⁴⁹⁵ Grundsätzlich sollte das rechtliche Gehör spätestens zu dem Zeitpunkt gewährt werden, wenn der Standpunkt der betroffenen Person für die fragliche Entscheidung noch berücksichtigt werden kann.⁴⁹⁶ Der Zeitpunkt, in dem die betroffene Person spätestens noch effektiven Einfluss auf das Gutachten und damit das Urteil nehmen kann, ist während der Erstellung des Gutachtens. Dieser Umstand hängt von der Sachverhaltsermittlung der sachverständigen Person

⁴⁹³ Vgl. *Schlussbetrachtung, B., I., 3., S. 264 ff.*

⁴⁹⁴ Vgl. *Zweiter Teil, 3. Kapitel, B., S. 80 ff.*; WOHLERS, in: Feststellung des Sachverhalts im Zusammenhang mit der Begutachtung, S. 84; vgl. ZK StPO-DONATSCH, Art. 185 N 38.

⁴⁹⁵ URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 423; CR CPP-VUILLE, Art. 184 N 16b.

⁴⁹⁶ JOSITSCH/SCHMID, Handbuch, S. 42 f.

ab, die von den Verfahrensbeteiligten oftmals nicht angemessen beurteilt werden kann, da das nötige Fachwissen fehlt.⁴⁹⁷

Die Gutachten bestehen aus einer Mischung aus Tatsachen, Annahmen, Informationen von Dritten und Beurteilungen durch die sachverständige Person. Diese Abklärungen durch die sachverständige Person und strafprozessuale Untersuchungshandlungen lassen sich oftmals kaum auseinanderhalten und überschneiden sich erheblich.⁴⁹⁸ In den häufig sehr umfangreichen Gutachten⁴⁹⁹ findet sich oftmals eine Mischung von empirischen Befunden, Annahmen und Hypothesen sowie individuellen Einschätzungen der sachverständigen Person.⁵⁰⁰ Ebenfalls befinden sich teilweise unüberprüfte Informationen von Dritten in den Gutachten wieder.⁵⁰¹ Dabei sind häufig Tatsachenberichte und wertende Beurteilungen nebeneinander zu finden.⁵⁰² Eine häufige Fehlerquelle von Gutachten ist, dass unklar bleibt, welche Informationen die sachverständige Person aus welchen Quellen gezogen hat.⁵⁰³ Manchmal werden die Informationen aus unterschiedlicher Herkunft nicht einmal sichtbar gegeneinander abgegrenzt, wie eine Studie zu Gutachtensqualität in der Schweiz zeigt.⁵⁰⁴ Es ist notwendig, dass Sachverständige klar ersichtlich angeben, von wo die Informationen in den Gutachten kommen – beispielsweise aus Akten, Explorationen oder eigenen Erhebungen.⁵⁰⁵ Diese Trennung in der Angabe von Informationen wurde jedoch nicht in allen in der Studie untersuchten Gutachten vorgenommen.⁵⁰⁶ Das Schwierigste an dieser Mischung aus Informationen unterschiedlichster und teils auch nicht erkennbarer Herkunft ist sodann die kaum entwirrbare Verflechtung bezüglich der Schlussfolgerungen im Gutachten.⁵⁰⁷

Den Gerichten ist es daher kaum möglich zu eruieren, ob der ermittelte Sachverhalt rechtskonform erhoben worden ist. Falsche Sachverhaltsfeststellungen

⁴⁹⁷ Vgl. *Zweiter Teil, 4. Kapitel, A., II., S. 90 ff.*

⁴⁹⁸ BRUNNER, in: *Gericht und Expertise*, S. 190.

⁴⁹⁹ WEBER/SCHAUB/BUMANN-PACOZZI/SACHER, *Studie NKVF*, S. 53.

⁵⁰⁰ CONINX, *Habil.*, S. 483.

⁵⁰¹ GSCHWIND/PETERSOHN/RAUTENBERG, *Beurteilung psychiatrischer Gutachten*, S. 70.

⁵⁰² Vgl. HEINITZ, in: *Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag*, S. 703.

⁵⁰³ BÖHM, R&P 2018, S. 135.

⁵⁰⁴ BEVILACQUA et al., *Swiss medical weekly* 2023.

⁵⁰⁵ BEVILACQUA et al., *Swiss medical weekly* 2023, S. 4.

⁵⁰⁶ BEVILACQUA et al., *Swiss medical weekly* 2023, S. 4.

⁵⁰⁷ So auch CONINX, *Habil.*, S. 483.

von Sachverständigen kann das Gericht nicht aus dem Gutachten löschen. Das Gericht selbst kann nicht eine Korrektur der Tatsachengrundlagen und der darauf aufbauenden Beurteilungen vornehmen.⁵⁰⁸ Es hat die Sachverhaltsermittlung ausdrücklich ausgelagert. Das Gericht selbst kann die durch Sachverständige bei ihrer Sachverhaltsermittlung missachteten Verfahrensrechte nicht nachträglich in das Gutachten einbauen. Der von Sachverständigen ermittelte Sachverhalt zeitigt damit über die Beurteilung der sachverständigen Person Einflüsse auf die dem Urteil zugrunde liegenden Fakten. Die prozessualen Fehler werden so verfestigt. Die Strafbehörden können damit die Verantwortung für die Einhaltung der strafprozessualen Anforderungen bei der sachverständigen Sachverhaltsermittlung nicht wahrnehmen.

Auch Art. 189 StPO, welcher die Ergänzung und Verbesserung des Gutachtens regelt, taugt für dieses Problem nicht als Allheilmittel. Zwar kann die Verfahrensleitung das Gutachten verbessern lassen, wenn dieses unvollständig oder unklar ist oder Zweifel an seiner Richtigkeit bestehen.⁵⁰⁹ Das wird bei einer fehlerhaften sachverständigen Sachverhaltsermittlung im strafprozessualen Sinn der Fall sein. Es ist jedoch zu beachten, dass die Sachverständigen die strafprozessualen Anforderungen nicht von sich aus einhalten werden, da es sich nicht um Vorgaben aus ihrem Fachgebiet handelt. Die strafprozessualen Anforderungen müssen von den Strafbehörden bei der Auftragsvergabe klar kommuniziert werden. Jedes Gutachten, dem nicht eine solch klare Anweisung und Erklärung zur Einhaltung der strafprozessualen Anforderungen vorangegangen ist, wird daher bei der sachverständigen Sachverhaltsermittlung strafprozessuale Fehler aufweisen. Somit müsste, wenn man Art. 189 StPO als Lösung betrachten möchte, jedes einzelne Gutachten in eine Verbesserungsschleife gegeben werden. Das wäre sehr ineffizient und verfahrensverzögernd. Art. 189 StPO taugt daher nicht, um die Verfahrensfairness bei der sachverständigen Sachverhaltsermittlung effektiv einzuhalten.

Es braucht daher eine Einhaltung der strafprozessualen Anforderungen von Beginn weg durch die Sachverständigen selbst, um die Gefährdung der Verfahrensgarantien zu verhindern. Fair und effizient wäre daher, die Sachverhaltsermittlungen der sachverständigen Person den strafprozessualen Anforderungen zu unterstellen.⁵¹⁰ Damit würde auch dem Effektivitätsgrundsatz Rechnung getragen, wonach die

⁵⁰⁸ Vgl. *Zweiter Teil, 4. Kapitel, A., II., S. 90 ff.*

⁵⁰⁹ Art. 189 lit. a und c StPO.

⁵¹⁰ Vgl. HEER/COVACI, AJP 2019, S. 446; vgl. auch HEER, in: *Liber amicorum für Marcel Alexander Niggli*, S. 114.

Verfahrensgarantien der EMRK so ausgelegt werden müssen, dass sie nicht rein theoretischer Natur bleiben, sondern betroffene Personen effektiv schützen.⁵¹¹

Bei einem strikten Vorrang der strafprozessualen Anforderungen sind grundsätzliche Spannungen mit den Arbeitsweisen der forensischen Psychiatrie zu erwarten. Zu einem gewissen Grad sind Widersprüche der Methoden der beiden Fachdisziplinen aber unvermeidbar, wie sich nachfolgend vor allem im Zusammenhang mit Prognoseinstrumenten zeigen wird.⁵¹² Das Recht muss Lösungen finden, welche den divergierenden methodischen Ansätzen auf eine Weise gerecht werden, die im Einklang mit den strafprozessualen Anforderungen stehen. Diesen Lösungsansätzen widmen sich die weiteren Teile dieser Arbeit.

Zudem ergibt sich eine Vorwirkung der strafprozessualen Anforderungen bereits aus der Auslagerung der Sachverhaltsermittlung selbst. Als Person mit staatlichem Auftrag hat sich die sachverständige Person an die Anforderungen des Strafprozesses zu halten.⁵¹³ Das forensisch-psychiatrische Gutachten, welches die sachverständige Person erstellt, muss demnach auch die strafprozessualen Anforderungen erfüllen.⁵¹⁴ Daher können die strafprozessualen Anforderungen bei der sachverständigen Sachverhaltsermittlung nur eingehalten werden, wenn es eine Vorwirkung auf die Ebene der Sachverständigen gibt.

Diese Vorwirkung ist letztlich eine Frage der Auslegung der Strafprozessordnung. Bisher beschränkte sich der Diskurs zur Sachverhaltsermittlung durch Sachverständige und den dabei geltenden strafprozessualen Anforderungen wie bereits gesehen regelmässig darauf, sich stellende Praxisprobleme zu lösen und Einzelfragen zu beantworten.⁵¹⁵

Beispielsweise wurde diskutiert, ob sich auch Sachverständige an die Normen zu den verbotenen Beweiserhebungsmethoden der Strafprozessordnung zu halten haben.⁵¹⁶ Obwohl in den Art. 182 ff. StPO keine explizite Regelung dazu besteht, ist anerkannt, dass Art. 140 StPO auch die Tätigkeit der sachverständigen Person

⁵¹¹ Vgl. ZÜND, ZSR 2023, S. 6.

⁵¹² Vgl. *Dritter Teil, 3. Kapitel, B., III., 3., S. 142 ff.* sowie *Vierter Teil, 3. Kapitel, B., III., S. 213 ff.*

⁵¹³ Vgl. auch HEER, in: «Toujours agité – jamais abattu», S. 179.

⁵¹⁴ So auch OBERHOLZER, in: *Feststellung des Sachverhalts im Zusammenhang mit der Begutachtung*, S. 55; HEER, in: «Toujours agité – jamais abattu», S. 179.

⁵¹⁵ Vgl. *Einleitung, B., S. 3 ff.*

⁵¹⁶ Vgl. *Dritter Teil, 2. Kapitel, S. 115 ff.*

erfasst.⁵¹⁷ Weiter wurde die Frage, ob der Verteidigung ein Teilnahmerecht an der Exploration zukommt, in der Lehre intensiv diskutiert und von der Mehrheit mittlerweile bejaht.⁵¹⁸ Es besteht jedoch Uneinigkeit darüber, ob Art. 147 StPO für ein Teilnahmerecht an der sachverständigen Sachverhaltsermittlung anwendbar ist oder nicht.⁵¹⁹ Die Belehrung von begutachteten Personen durch Sachverständige wurde ebenfalls diskutiert.⁵²⁰ Die Belehrung sei nicht auf den knappen Wortlaut von Art. 185 Abs. 5 StPO und die damit verbundenen Aussage- und Mitwirkungsverweigerungsrechte beschränkt.⁵²¹ Gemäss Lehre gelten die Regeln von Art. 158 Abs. 1 lit. b StPO für die Belehrung durch Sachverständige analog.⁵²² Zudem besteht in der Lehre mittlerweile Einigkeit darüber, dass der Grundsatz in dubio pro reo auf Tatsachen anwendbar ist, die den Beurteilungen der sachverständigen Person zugrunde liegen.⁵²³ Auch die Frage der Dokumentation der sachverständigen Sachverhaltsermittlung wurde bereits untersucht.⁵²⁴ Ein Teil der Lehre vertritt den Standpunkt, dass gewisse Erhebungen, wie beispielsweise Befragungen der beschuldigten Person durch Sachverständige, umfassend dokumentiert werden sollten.⁵²⁵

Damit zeigt sich, dass teilweise eine analoge und teilweise eine direkte Anwendung von strafprozessualen Anforderungen, über die expliziten Normen von Art. 182 ff. hinaus, auch für sachverständige Sachverhaltsermittlung angenommen wird. Gemäss der hier vertretenen Ansicht sollte die Vorwirkung so ausge-

⁵¹⁷ BSK StPO-HEER, Art. 185 N 5; BABIC, Diss., S. 240; mit weiteren Hinweisen URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 343.

⁵¹⁸ Eingehend zur Entwicklung der Diskussion BERNARD, Diss., S. 29 ff.

⁵¹⁹ Vgl. *Dritter Teil, 5. Kapitel, S. 162 ff.*

⁵²⁰ Vgl. *Dritter Teil, 6. Kapitel, S. 178 ff.*

⁵²¹ URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 350.

⁵²² BSK StPO-HEER, Art. 185 N 32; HEER, in: «Toujours agité – jamais abattu», S. 191; ZK StPO-DONATSCH, Art. 185 N 34.

⁵²³ Vgl. *Vierter Teil, S. 195 ff.*; BSK StPO-HEER, Art. 185 N 2; BSK StGB-HEER, Art. 56 N 21a und N 64; BSK StGB-HEER/HABERMAYER, Art. 64 N 85; HEER, in: Erkenntnisse von Fachkommissionen – Psychiatrische Gutachten im Fokus des Bundesgerichts, S. 117; LANGE, Diss., S. 118; VOLCKART, Kriminalprognose, S. 22; URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 115; URWYLER, AJP 2019, S. 1368; CONINX, Habil., S. 478.

⁵²⁴ Vgl. *Fünfter Teil, S. 219 ff.*

⁵²⁵ HEER, in: «Toujours agité – jamais abattu», S. 192; BERNARD/BINDER, Anwaltsrevue 2011, S. 12; BRUNNER, in: Gericht und Expertise, S. 196; URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 382 f.; URWYLER, Diss., S. 100 ff.

staltet werden, dass die strafprozessualen Anforderungen direkt auf das Handeln der Sachverständigen anwendbar sind. Die strafprozessualen Anforderungen ergeben sich direkt aus der Auslegung des Gesetzes. Falls diese Meinung zur direkten Anwendung nicht geteilt werden sollte, müssten sie aber mindestens analog angewendet werden. Die konkrete Umsetzung zur Vorwirkung der strafprozessualen Anforderungen wird in den Teilen Drei, Vier und Fünf dieser Arbeit aufgezeigt.

Als Zwischenfazit kann festgehalten werden, dass die Sachverständigen aufgrund der Vorwirkung die strafprozessualen Anforderungen bei ihrer Sachverhaltsermittlung beachten müssen. Damit sollen die Verfahrensrechte betroffener Personen gesichert werden können. Es ist deshalb wichtig, Sachverständige für die verfassungsrechtliche Dimension ihrer Arbeit zu sensibilisieren.⁵²⁶ Sachverständige müssen die für ihre Arbeit geltenden strafrechtlichen Anforderungen kennen, damit sie diese bei der Sachverhaltsermittlung einhalten können.⁵²⁷ Die strafprozessualen Anforderungen an die sachverständige Sachverhaltsermittlung sind Sachverständigen vermutlich nicht vollständig bekannt.⁵²⁸ Es handelt sich dabei um Fachwissen aus der Rechtswissenschaft. Es liegt in der Verantwortung der Strafbehörden, die strafprozessualen Anforderungen den Sachverständigen zu kommunizieren und die Einhaltung zu kontrollieren. Der Massstab muss dabei stets sein, dass betroffene Personen durch die Auslagerung der Sachverhaltsermittlung an Sachverständige prozessual nicht schlechtergestellt werden, als wenn die Strafbehörden ermitteln würden.

II. Vorwirkung auf die Sachverhaltsermittlung zur Erstellung von Vollzugsgutachten

Das amtliche Gutachten der Strafbehörden wird direkt als Beweismittel im Strafverfahren erstellt. Doch nicht jedes forensisch-psychiatrische Gutachten wird mit dem unmittelbaren Zweck erstellt, als Beweismittel in einem Strafverfahren zu dienen. Es gibt Gutachten, die ausserhalb des Strafverfahrens erstellt und danach allfällig als Beweismittel in ein Strafverfahren eingebracht werden.

Dieses Einbringen von Gutachten aus straffremden Verfahren geschieht besonders häufig in nachträglichen Massnahmenverfahren, wenn Vollzugsgutachten einge-

⁵²⁶ URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 34.

⁵²⁷ Vgl. GRAF, in: Strafverfolgung – Individuum – Öffentlichkeit im Spannungsfeld der Wahrnehmungen, S. 93.

⁵²⁸ Vgl. HEER, in: Strafverfolgung – Individuum – Öffentlichkeit im Spannungsfeld der Wahrnehmungen, S. 119.

bracht werden.⁵²⁹ Es fragt sich, ob es auch auf die Erstellung dieser Vollzugsgutachten eine Vorwirkung von strafprozessualen Anforderungen geben könnte.

Die nachträglichen Massnahmenverfahren sind an den Vollzug gekoppelt. Sie können niemals isoliert betrachtet werden, sondern sind im Zusammenhang mit dem Vollzugsverfahren zu lesen.⁵³⁰ So betiteln BERNARD/STUDER das Vollzugsverfahren prozessual gesehen als eine Art Vorverfahren zu den nachträglichen Massnahmenverfahren.⁵³¹ Wie im Vorverfahren nach Strafprozessordnung werden im Vollzug Beweismittel zusammengetragen, die danach vor (Straf-)Gericht gewürdigt werden.⁵³² Das Vollzugsverfahren ist in nachträglichen Massnahmenverfahren erheblich an der Bildung des Beweisfundaments der nachfolgenden Urteile beteiligt. Ein komplexer Verfahrensdualismus aus vollzugsrechtlichem Verwaltungsverfahren und gerichtlich nachfolgendem Strafverfahren ist in den meisten Kantonen – vor allem in der Deutschschweiz – der Standardmechanismus des Massnahmenvollzugs.⁵³³

Vollzugsgutachten dienen im Wesentlichen der Rekonstruktion des Therapieverlaufs und bilden die Entwicklung der verurteilten Person sowie eine Bewertung dieser Entwicklung ab.⁵³⁴ Aus diesem Grund wird regelmässig auch der Begriff Verlaufsgutachten verwendet.⁵³⁵ Verlaufsgutachten können jedoch auch von Gerichten in Auftrag gegeben werden. Den Begriff Verlaufsgutachten exklusiv für Gutachten von Vollzugsbehörden zu verwenden, ist daher nicht korrekt.

1. Grundsätzlich unter öffentlichem Recht erstellt

Vollzugsgutachten werden nicht durch die Staatsanwaltschaft oder das Gericht in Auftrag gegeben, sondern durch die jeweiligen kantonalen Vollzugsbehörden. Bei Vollzugsbehörden handelt es sich nicht um Strafbehörden.⁵³⁶ Vollzugsgutachten

⁵²⁹ Vgl. *Erster Teil, 2. Kapitel, A., II., S. 16 ff.*

⁵³⁰ BERNARD/STUDER, in: *Wege und Irrwege stationärer Massnahmen nach Rechtskraft des Strafurteils*, S. 96, 117.

⁵³¹ BERNARD/STUDER, in: *Wege und Irrwege stationärer Massnahmen nach Rechtskraft des Strafurteils*, S. 117.

⁵³² Vgl. URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, *Handbuch*, S. 871.

⁵³³ URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, *Handbuch*, S. 874.

⁵³⁴ KRÖBER, *FPPK 2020*, S. 296.

⁵³⁵ NEDOPIL/ENDRASS/ROSSEGER/WOLF, *Prognose*, S. 62; URWYLER et al., *Jusletter* 22. März 2021, N 4 ff.; URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, *Handbuch*, S. 877.

⁵³⁶ Vgl. Art. 12 f. StPO.

werden daher nicht im Rahmen des Strafprozessrechts erstellt und unterstehen damit bei der Erstellung nicht der Strafprozessordnung, sondern den Grundlagen des Vollzugs. Der Vollzug untersteht dem öffentlichen Recht, welches sich von Kanton zu Kanton unterscheidet.⁵³⁷ Anwendbar sind in erster Linie die kantonalen Verfahrensgesetze.⁵³⁸

Die kantonalen Vollzugs- respektive Verwaltungsverfahrensgesetze beinhalten in der Regel keine spezifischen strafprozessualen Garantien und erwähnen die Verfahrensrechte der Parteien im Zusammenhang mit der sachverständigen Sachverhaltsermittlung nicht.⁵³⁹ Sie sind nicht zugeschnitten auf die Anordnung strafrechtlicher Sanktionen.⁵⁴⁰ Es fehlen in allen Kantonen in den verwaltungsrechtlichen oder vollzugsrechtlichen Grundlagen spezifische Bestimmungen zum Ablauf einer Begutachtung im Massnahmenvollzug.⁵⁴¹ Es finden sich in den kantonalen Verwaltungsverfahrensgesetzen meist lediglich Bestimmungen zu den allgemeinen Regeln des rechtlichen Gehörs.⁵⁴² Das prozessuale Schutzniveau für betroffene Personen ist demnach regelmässig tiefer, als es die Strafprozessordnung gewähren würde.⁵⁴³

Wird im kantonalen Verwaltungsverfahren eine sachverständige Person von der Vollzugsbehörde mit der Erstellung eines forensisch-psychiatrischen Gutachtens beauftragt, können seitens der beschuldigten Person daher höchstens die allgemeinen Grundsätze des rechtlichen Gehörs beanstandet werden.⁵⁴⁴ Im kantonalen Verwaltungsverfahren ist weiter keine Belehrung der beschuldigten Person zu ihren Rechten vorgesehen und die Einhaltung der Selbstbelastungsfreiheit muss ange-

⁵³⁷ BAECHTOLD/WEBER/HOSTETTLER, Strafvollzug, S. 57 ff.

⁵³⁸ JOSET, in: Feststellung des Sachverhalts im Zusammenhang mit der Begutachtung, S. 134 f.; HUBER, Diss., S. 11 ff.

⁵³⁹ JOSET, in: Feststellung des Sachverhalts im Zusammenhang mit der Begutachtung, S. 134; HUBER, Diss., S. 344; BERNARD/STUDER, in: Wege und Irrwege stationärer Massnahmen nach Rechtskraft des Strafurteils, S. 118.

⁵⁴⁰ JOSET, in: Feststellung des Sachverhalts im Zusammenhang mit der Begutachtung, S. 133.

⁵⁴¹ HUBER, Diss., S. 14.

⁵⁴² JOSET, in: Feststellung des Sachverhalts im Zusammenhang mit der Begutachtung, S. 134; BERNARD/STUDER, in: Wege und Irrwege stationärer Massnahmen nach Rechtskraft des Strafurteils, S. 118.

⁵⁴³ HEER, AJP 2017, S. 595; URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 853.

⁵⁴⁴ JOSET, in: Feststellung des Sachverhalts im Zusammenhang mit der Begutachtung, S. 134.

zweifelt werden.⁵⁴⁵ Es finden sich somit gravierende Unterschiede im Hinblick auf die in einem Strafverfahren geltenden Verfahrensgrundsätze. Es fragt sich, was das für die Berücksichtigung von Vollzugsgutachten in Strafverfahren bedeutet.

2. Gefährdung der Verfahrensfairness durch Berücksichtigung von Vollzugsgutachten

Das Bundesgericht würdigt die Vollzugsgutachten ohne hinreichende Begründung als amtliche Gutachten und spricht sich für eine uneingeschränkte Verwertbarkeit in Strafverfahren aus.⁵⁴⁶ Die Bezeichnung des Vollzugsgutachtens als Parteigutachten durch die Strafverteidigung eines Beschwerdeführers bezeichnete das Bundesgericht sogar als einen «*offenkundig unbedarften Lapsus, sodass darauf nicht weiter einzugehen ist*». ⁵⁴⁷ Die Lehre widerspricht dieser Ansicht teilweise. Einige Lehrmeinungen sehen in den Vollzugsgutachten eher Parteigutachten oder sprechen sich unter dem Status quo für eine vollständige Unverwertbarkeit von Vollzugsgutachten in Strafverfahren aus.⁵⁴⁸

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung dürfen die Gerichte in Nachverfahren Vollzugsgutachten berücksichtigen.⁵⁴⁹ In einem Leitentscheid ging es um ein Vollzugsgutachten, welches im Auftrag der Vollzugsbehörde erstellt und erstattet wurde, bevor die Vollzugsbehörde an das Gericht gelangte.⁵⁵⁰ Dieses Vorgehen ist gemäss Bundesgericht zulässig. Das Bundesgericht hält weiter fest, dass die Vollzugsbehörde die Rechte der betroffenen Person wahren muss und insbesondere eine Pflichtverteidigung eingesetzt werden muss, falls eine freiheitsentziehende Massnahme zur Diskussion steht.⁵⁵¹ Der Anspruch auf rechtliches Gehör muss jedoch nicht bereits vor Einreichung des Antrags der Vollzugsbehörde beim

⁵⁴⁵ JOSET, in: Feststellung des Sachverhalts im Zusammenhang mit der Begutachtung, S. 135; mit weiteren Hinweisen RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, Strafprozessrecht, S. 147.

⁵⁴⁶ BGer 6B_338/2018 vom 22. Mai 2018, E. 2.1.3.

⁵⁴⁷ BGer 6B_338/2018 vom 22. Mai 2018, E. 2.1.3.

⁵⁴⁸ JOSET, in: Feststellung des Sachverhalts im Zusammenhang mit der Begutachtung, S. 137 f.; BERNARD/STUDER, in: Wege und Irrwege stationärer Massnahmen nach Rechtskraft des Strafurteils, S. 127.

⁵⁴⁹ BGE 145 IV 281, E. 2.3.

⁵⁵⁰ BGE 145 IV 281, E. 2.3.2.

⁵⁵¹ BGE 145 IV 281, E. 2.3.2.

Gericht geschehen, sondern kann gemäss Bundesgericht auch erst im Nachverfahren gewährt werden.⁵⁵²

Der Aussage, dass auch die nachträgliche Wahrung des rechtlichen Gehörs genüge, kann nicht zugestimmt werden. Im vorliegenden Fall trifft es zu, dass die Vollzugsbehörde das Gutachten in Auftrag gegeben hat, als der Beschwerdeführer noch nicht anwaltlich vertreten war.⁵⁵³ Es erstaunt daher nicht, dass der nicht vertretene Beschwerdeführer nicht reagierte, als er zu Ausstandsgründen der sachverständigen Person hätte Stellung beziehen sollen und ihr Fragen hätte unterbreiten können.⁵⁵⁴ Erst im Rahmen des kantonalen Beschwerdeverfahrens, in welchem der Beschwerdeführer durch einen Anwalt unterstützt wurde, konnten der sachverständigen Person zusätzliche Fragen gestellt werden.⁵⁵⁵ Gemäss Bundesgericht wurden damit die Verteidigungsrechte des Beschwerdeführers, insbesondere sein Anspruch auf rechtliches Gehör, ausreichend gewährleistet.⁵⁵⁶

Diese extensive Praxis des Bundesgerichts zur Heilung solcher Mängel lässt auch an dieser Stelle rechtsstaatliche Fairnessüberlegungen aufkommen.⁵⁵⁷ Das rechtliche Gehör ist eines der wichtigsten Rechte einer beschuldigten Person im Verfahren. Durch die Heilungspraxis wird das rechtliche Gehör jedoch zu reinen Ordnungsvorschriften degradiert.⁵⁵⁸ Zudem besteht wie bereits hiavor beschrieben die Gefahr, dass die erst nachträgliche Gewährung von Rechten nicht mehr gleich wirksam ist, wie wenn von Beginn weg die Möglichkeit eingeräumt wird, auf den Begutachtungsprozess einzuwirken.⁵⁵⁹ Wenn Fragen an die sachverständige Person erst nachträglich durch die Verteidigung gestellt werden können, hat das nicht mehr den gleichen Effekt auf die sachverständige Sachverhaltsermittlung, wie wenn inhaltlich auf den Erstellungsprozess eingewirkt werden kann. Dazu kommt auch hier ein Verlust der Rechtsmittelinstanz.⁵⁶⁰ Weiter gilt auch hier der

⁵⁵² BGE 145 IV 281, E. 2.3.2 mit weiteren Hinweisen.

⁵⁵³ BGE 145 IV 281, E. 2.3.4.

⁵⁵⁴ Vgl. BGE 145 IV 281, E. 2.3.4.

⁵⁵⁵ BGE 145 IV 281, E. 2.3.4.

⁵⁵⁶ BGE 145 IV 281, E. 2.3.4.

⁵⁵⁷ Vgl. *Zweiter Teil, 4. Kapitel, A., II., S. 90 ff.*; vgl. URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 423.

⁵⁵⁸ Vgl. URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 423.

⁵⁵⁹ Vgl. *Zweiter Teil, 4. Kapitel, A., II., S. 90 ff.*; URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 423; CR CPP-VUILLE, Art. 184 N 16b.

⁵⁶⁰ URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 423; JOSITSCH/SCHMID, Handbuch, S. 43; ZEHNDER, Diss., S. 312; vgl. THURNHERR, Habil., S. 287 ff.

Fakt, dass das Gericht nicht selbstständig fähig ist, Fehler im Tatsachenfundament der sachverständigen Sachverhaltsermittlung zu korrigieren.⁵⁶¹

Zu beachten ist, dass es auch in Verwaltungsverfahren Mindeststandards gibt, die sich unter anderem aus der BV und der EMRK ergeben.⁵⁶² Diese Mindeststandards gehen jedoch nicht so weit wie Rechte der betroffenen Personen in strafrechtlichen Verfahren. Beispielsweise gewährleistet der verfassungsmässige Gehörsanspruch nach Art. 29 Abs. 2 BV nur ein Recht auf eine nachträgliche Stellungnahme zum Gutachten und zur sachverständigen Person.⁵⁶³

Diese Unterschiede zwischen Verwaltungsrecht und Strafrecht können anhand von weiteren Verfahrensgrundsätzen veranschaulicht werden. Beispielsweise gibt es in Verwaltungsverfahren für betroffene Personen eine Mitwirkungspflicht, während im Strafrecht der Grundsatz *nemo tenetur* gilt, also dass sich eine Person nicht selbst belasten und sich bei den Ermittlungen nicht kooperativ zeigen muss.⁵⁶⁴

Der Einbezug von Vollzugsgutachten in Strafverfahren kann deshalb dazu führen, dass die Verfahrensrechte einer beschuldigten Person bei der sachverständigen Sachverhaltsermittlung nicht gebührend berücksichtigt werden. Der Einbezug beziehungsweise die uneingeschränkte Verwertung droht damit strafprozessuale Schutzrechte für beschuldigte Personen auszuhebeln.

Vonseiten der Lehre wird vorgebracht, dass Beweise, welche unter Verletzung von elementaren Verfahrensrechten von beschuldigten Personen – wie beispielsweise Teilnahmerechte, Rechtsmittelbelehrung oder eine Verteidigung – erhoben worden sind, einem Verwertungsverbot unterliegen.⁵⁶⁵ Das würde für Vollzugsgutachten, die von Vollzugsbehörden in Auftrag gegeben worden sind, bedeuten, dass diese in Nachverfahren vor einem Strafgericht nicht verwertbar wären, wenn wichtige Rechte der beschuldigten Person analog den Regeln der Strafprozessordnung während des Begutachtungsprozesses missachtet worden wären.⁵⁶⁶

⁵⁶¹ Vgl. *Zweiter Teil, 4. Kapitel, A., II., S. 90 ff.*

⁵⁶² Mit weiteren Hinweisen HUBER, Diss., S. 255 f.

⁵⁶³ GLANZMANN-TARNUTZER, AJP 2005, S. 76.

⁵⁶⁴ Vgl. detailliert zu *nemo tenetur* *Dritter Teil, 3. Kapitel, S. 125 ff.*; ausführlich hierzu SCHAAD, Jusletter 20. März 2017; NOLL, *forumpoenale* Sondernummer 2020; ZIHLMANN, *forumpoenale* 2018.

⁵⁶⁵ JOSET, in: Feststellung des Sachverhalts im Zusammenhang mit der Begutachtung, S. 137.

⁵⁶⁶ JOSET, in: Feststellung des Sachverhalts im Zusammenhang mit der Begutachtung, S. 137 f.

Hierzu ein Beispiel: Die Vollzugsbehörde gibt ein Gutachten in Auftrag, da eine Verlängerung oder Verschärfung der Massnahme im Raum steht. Es erfolgt bei der sachverständigen Sachverhaltsermittlung vor der Befragung der beschuldigten Person keine Belehrung im strafrechtlichen Sinne. Die beschuldigte Person gibt der sachverständigen Person Auskunft, ohne dass sie um ihre konkreten Rechte weiss. Das Strafgericht stützt sich im anschliessenden Strafverfahren auf das Vollzugsgutachten, das ohne strafrechtliche Belehrung erstellt worden ist. In dieser Konstellation ist evident, dass gewichtige Verfahrensrechte umgangen worden sind und das Vollzugsgutachten im Strafverfahren folglich unverwertbar sein müsste.

Unter Ausnahme von Art. 141 StPO gilt im Strafprozess grundsätzlich, dass alle Beweise StPO-konform erhoben werden müssen.⁵⁶⁷ Das gilt auch für die im verwaltungsinternen Verfahren erhobenen und im anschliessenden gerichtlichen Nachverfahren verwerteten Vollzugsgutachten.⁵⁶⁸ Ein Beweismittel aus dem Verwaltungsrecht darf nur zur Beweisführung im Strafprozess eingesetzt werden, wenn die Erhebung des Beweismittels auch im Einklang mit den wesentlichen Vorschriften der Strafprozessordnung steht.⁵⁶⁹ Die strafprozessualen Anforderungen gelten somit auch für Vollzugsgutachten, die in Strafverfahren verwendet werden.

Folglich müssen Gerichte das Zustandekommen von Gutachten unter unterschiedlichen Verfahrensnormen beachten. Falls Vollzugsgutachten verfahrensbedingt nicht den Anforderungen des Strafprozesses entsprechen und zentrale Verfahrensrechte bei ihrer Erstellung nicht gewährt worden sind, sind sie dementsprechend im Strafverfahren auch nicht verwertbar.

Das Gericht kann in diesem Fall ein neues Gutachten in Auftrag geben, was jedoch ineffizient wäre. Eine andere Folge der Beachtung der Verfahrensnormen bei Gutachten vor Strafgerichten könnte sein, dass Vollzugsbehörden die Begutachtungsmodalitäten den Anforderungen des Strafprozessrechts anpassen.

3. Vollzugsgutachten unterstehen in Strafverfahren den strafprozessualen Anforderungen

Als Zwischenfazit ist festzuhalten, dass auch durch den Einbezug von Vollzugsgutachten in Strafverfahren eine Aushebelung der Strafprozessordnung hinsichtlich der Rechte von beschuldigten Personen droht. Damit die Vollzugsgutachten

⁵⁶⁷ Vgl. URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 424 ff.

⁵⁶⁸ JOSET, in: Feststellung des Sachverhalts im Zusammenhang mit der Begutachtung, S. 137.

⁵⁶⁹ RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, Strafprozessrecht, S. 147.

im Strafprozess verwertbar sind, müssen sie ebenso den strafprozessualen Anforderungen genügen wie Gutachten, die im Rahmen der Strafprozessordnung erstellt worden sind. Die nachfolgend diskutierten Anforderungen an die Sachverhaltsermittlung für forensisch-psychiatrische Gutachten in Strafverfahren haben somit auch für Vollzugsgutachten zu gelten, sollten sie als Beweismittel in ein Strafverfahren eingebracht werden. Damit muss auch für die Vollzugsgutachten eine Vorwirkung der strafprozessualen Anforderungen auf die Ebene der sachverständigen Sachverhaltsermittlung gelten.

Dieser Schluss lässt sich anhand von Art. 6 EMRK verdeutlichen. Art. 6 Ziff. 1 EMRK tangiert auch die Verwendung und die Würdigung der im Verwaltungsverfahren erhobenen Beweismittel in einem gerichtlichen Verfahren.⁵⁷⁰ In diesem Sinne kann sogar von einer Vorwirkung auf das der gerichtlichen Instanz vorgelagerte Verwaltungsverfahren und die darin gewonnenen Beweismittel gesprochen werden.⁵⁷¹ Zumindest in sozialversicherungsrechtlichen Verfahren hält das Bundesgericht fest, dass die Beurteilung der Verfahrensfairness nicht nur nach der Ausgestaltung einer Ebene – administrativ-, erst- oder zweitinstanzliches Beschwerdeverfahren – allein beurteilt werden könne.⁵⁷² In der erforderlichen Gesamtbetrachtung spiele eine wichtige Rolle, inwieweit Parteirechte im vorangegangenen Verwaltungsverfahren verwirklicht worden seien.⁵⁷³ Auch wenn der Ablauf in der sozialversicherungsrechtlichen Begutachtung nicht identisch zum strafrechtlichen Begutachtungsprozess ist, kann diese Argumentation des Bundesgerichts auf Vollzugsgutachten in strafrechtlichen Nachverfahren übertragen werden. Auch in nachträglichen Massnahmenverfahren gibt es ein einem gerichtlichen Verfahren vorausgehendes Verwaltungsverfahren, in welchem Beweismittel erstellt werden, die danach von der gerichtlichen Instanz (unverändert) übernommen und gewürdigt werden. Die Vorwirkung muss hier ebenfalls gelten, sonst droht auch an dieser Stelle eine Marginalisierung beziehungsweise sogar Aushebelung der Verfahrensrechte.

⁵⁷⁰ WIEDERKEHR, in: Beweisfragen im sozialversicherungsrechtlichen Verfahren, S. 10.

⁵⁷¹ Mit weiteren Hinweisen BGE 137 V 210, E. 2.1.2.4, in diesem Entscheid ging es um ein sozialversicherungsrechtliches Verfahren; WIEDERKEHR, in: Beweisfragen im sozialversicherungsrechtlichen Verfahren, S. 10.

⁵⁷² BGE 137 V 210, E. 2.1.2.4.

⁵⁷³ BGE 137 V 210, E. 2.1.2.4.

5. Kapitel: Ergebnisse des Zweiten Teils

Der Zweite Teil begann mit einer Analyse des rechtlichen Rahmens zur sachverständigen Sachverhaltsermittlung aus EMRK und Bundesverfassung. Zuerst wurde das Konventionsrecht aufgezeigt, konkret Art. 6 EMRK, der sich auf strafrechtliche Anklagen bezieht und bei der sachverständigen Sachverhaltsermittlung besonders relevant ist. Es wurde eingehend für die Anwendbarkeit von Art. 6 EMRK auch in Nachverfahren argumentiert, was bisher umstritten ist. Inhaltlich gibt Art. 6 EMRK vor, dass im Zusammenhang mit einer strafrechtlichen Anklage jede Person ein Recht auf ein faires Verfahren hat. Der EGMR prüft hinsichtlich Art. 6 EMRK, ob das Verfahren als Ganzes fair war, einschliesslich der Beweiserhebung und damit auch der sachverständigen Sachverhaltsermittlung. Ebenfalls auf das gesamte Verfahren erstreckt sich die Unschuldsvermutung nach Art. 6 Ziff. 2 EMRK. Darüber hinaus wurden die garantierten Rechte gemäss Art. 6 Ziff. 3 EMRK erläutert. Es wurde weiter aufgezeigt, dass die hiervor genannten Rechte in der EMRK und in der Bundesverfassung grösstenteils im selben Umfang gewährleistet sind. Diese Normen aus der Bundesverfassung und der EMRK sind für die verfassungs- sowie menschenrechtskonforme Auslegung der Strafprozessordnung relevant, die als Gesetz einen höheren Detaillierungsgrad aufweist als die EMRK oder die Bundesverfassung.⁵⁷⁴

Die Strafprozessordnung hält die Anforderungen an die Sachverhaltsermittlung durch die Strafbehörden detailliert fest. Es ist konkret geregelt, welche Rechte die Strafbehörden bei ihren Beweiserhebungen, Beweisverwertungen, Beweiswürdigungen und Dokumentationen einzuhalten haben. Trotz des grossen Umfangs der sachverständigen Sachverhaltsermittlung enthält die Strafprozessordnung nur spärliche Bestimmungen, welche sich explizit an Sachverständige richten. Die weiteren strafprozessualen Anforderungen, an welche sich Strafbehörden zu halten haben, sollen gemäss Bundesgericht dagegen Sachverständige nicht binden. Die Sachverhaltsermittlung wird ausgelagert, die strafprozessualen Anforderungen werden durch die Rechtsprechung aber nicht im gleichen Umfang mitausgelagert. Die sachverständige Sachverhaltsermittlung droht damit in einen rechtsfreien Raum zu gelangen. Es gibt somit eine durch die Rechtsprechung ermöglichte Zweigleisigkeit des Rechts zur Sachverhaltsermittlung durch Sachverständige und Strafbehörden. Das Bundesgericht schafft mit dieser Argumentation unterschied-

⁵⁷⁴ Vgl. Zweiter Teil, 2. Kapitel, S. 53 ff.

liche, sich teilweise widersprechende Tatsachenfundamente für das Gutachten und das Gerichtsurteil.⁵⁷⁵

Bei dieser zweigleisigen Sachverhaltsermittlung ergibt sich eine Gefährdung der Verfahrensrechte von betroffenen Personen. Beispielsweise hat sich gezeigt, dass wichtige Verfahrensprinzipien umgangen werden können, wenn belastende Informationen über Drittbefragungen in das Gutachten eingearbeitet werden. Weiter könnte die begutachtete Person strafprozessual schlechtergestellt werden, wenn sie bei der Befragung durch Sachverständige nicht im selben Umfang belehrt wird, wie dies bei der Einvernahme durch die Strafbehörden vorgeschrieben ist. Weiter entstehen Fairnessprobleme, wenn der beschuldigten Person inkriminierende Sachverhalte vorgehalten werden, welche die sachverständige Person beispielsweise in der Exploration ermittelt hat und nicht die Strafbehörden. Der Sachverhalt, den Sachverständige erheben, wird auch im Urteil des Gerichts berücksichtigt, obwohl die Strafbehörden selbst diesen Sachverhalt nur unter strengeren strafprozessualen Anforderungen hätten erheben dürfen. Es darf für die beschuldigte Person bezüglich ihrer Schutzrechte jedoch keinen Unterschied machen, ob die belastenden Aussagen durch Sachverständige oder Strafbehörden erhoben worden sind. Durch die Auslagerung der sachverständigen Sachverhaltsermittlung wird daher die Verfahrensfairness gefährdet.⁵⁷⁶

In der Praxis gibt es bisher nur ungenügende Mechanismen zur Korrektur dieses Problems. Insbesondere die nachträgliche gerichtliche Heilung der allenfalls verletzten Verfahrensrechte ist ungeeignet, die Verfahrensfairness herzustellen. Aufgrund fehlenden Fachwissens kann ein bereits erstelltes Gutachten vor Gericht nicht mehr korrigiert werden. Den Gerichten ist es schlecht möglich zu eruieren, ob sämtliche Fakten durch die Sachverständigen rechtskonform erhoben worden sind. Dennoch finden diese Fakten Eingang in den Strafprozess und wirken auf das Massnahmenurteil, möglicherweise auch zulasten der beschuldigten Person. Auf Stufe Gericht ist es demnach zu spät, die Verfahrensrechte umfassend zu berücksichtigen.⁵⁷⁷

Aus diesen Gründen können die strafprozessualen Anforderungen nur effektiv wirken, wenn es eine Vorwirkung auf die Ebene der Sachverständigen gibt, welche die strafprozessualen Anforderungen bei ihrer Sachverhaltsermittlung zu beachten haben. Gemäss der hier vertretenen Ansicht sollte die Vorwirkung

⁵⁷⁵ Vgl. Zweiter Teil, 3. Kapitel, A., S. 74 ff.

⁵⁷⁶ Vgl. Zweiter Teil, 3. Kapitel, B., S. 80 ff.

⁵⁷⁷ Vgl. Zweiter Teil, 4. Kapitel, A., S. 85 ff.

so ausgestaltet werden, dass die strafprozessualen Anforderungen direkt auf das Handeln der Sachverständigen anwendbar sind. Die strafprozessualen Anforderungen ergeben sich direkt aus der Auslegung des Gesetzes. Falls diese Meinung zur direkten Anwendung nicht geteilt werden sollte, müssten sie aber mindestens analog angewendet werden. Der Massstab muss dabei stets sein, dass betroffene Personen durch die Auslagerung der Sachverhaltsermittlung an Sachverständige prozessual nicht schlechtergestellt werden, als wenn die Strafbehörden ermitteln würden.⁵⁷⁸

Weiter wurde aufgezeigt, dass diese Vorwirkung auch für die sachverständige Sachverhaltsermittlung bei Vollzugsgutachten gilt, sofern sie anschliessend in Strafverfahren gewürdigt werden. Die Erstellung von Vollzugsgutachten unterliegt zwar grundsätzlich nicht der Strafprozessordnung, sondern dem kantonalen öffentlichen Recht. Im kantonalen Verwaltungsverfahren werden aber oft nur allgemeine Regeln des rechtlichen Gehörs gewährleistet. Die Berücksichtigung von Vollzugsgutachten in Strafverfahren droht daher strafprozessuale Schutzrechte auszuhebeln. Deswegen müssen die strafprozessualen Anforderungen auch für Vollzugsgutachten gelten, wenn diese später als Beweismittel in das Strafverfahren importiert werden sollen.⁵⁷⁹

Die Sachverständigen müssen die strafprozessualen Anforderungen kennen, um diese bei ihrer Sachverhaltsermittlung einhalten zu können und der Vorwirkung gerecht zu werden. Da es sich dabei um Fachwissen aus der Rechtswissenschaft handelt, das den meisten Sachverständigen vermutlich nicht geläufig sein wird, liegt es in der Verantwortung der Strafbehörden, die strafprozessualen Anforderungen zu kommunizieren. Zudem sind die Strafbehörden dafür zuständig, die Einhaltung der strafprozessualen Anforderungen durch die Sachverständigen zu kontrollieren.⁵⁸⁰ In den folgenden Teilen werden die konkreten Anforderungen an die Beweiserhebung, Beweisverwertung, Beweisauswertung sowie Dokumentation durch Sachverständige erläutert.

⁵⁷⁸ Vgl. Zweiter Teil, 4. Kapitel, B. I., S. 94 ff.

⁵⁷⁹ Vgl. Zweiter Teil, 4. Kapitel, B. II., S. 99 ff.

⁵⁸⁰ Vgl. Zweiter Teil, 4. Kapitel, B. I., S. 94 ff.

Dritter Teil:
Strafprozessuale Anforderungen
an die Beweiserhebung
und Beweisverwertung durch
Sachverständige

1. Kapitel: Gegenstand und Gang der Untersuchung des Dritten Teils

A. Gegenstand

Wie im Zweiten Teil aufgezeigt, wirken die strafprozessualen Anforderungen, an welche sich die Strafbehörden bei der Sachverhaltsermittlung zu halten haben, auf die Sachverständigen vor. In diesem Dritten Teil werden die konkreten Anforderungen an die Beweiserhebung und Beweisverwertung durch Sachverständige aufgezeigt. Die sachverständige Beweiserhebung und Beweisverwertung besteht beispielsweise aus dem Aktenstudium, dem Durchführen von Explorationen und Fremdanamnesen sowie weiteren Untersuchungen wie beispielsweise körperlichen Untersuchungen. Die von Sachverständigen bei diesen Handlungen einzuhaltenden Anforderungen aus gesetzlichen Bestimmungen der Strafprozessordnung, der Bundesverfassung und der EMRK wurden bisher nicht umfassend besprochen. Die strafprozessualen Anforderungen an die Beweiserhebung und Beweisverwertung müssen dabei in einer Weise vorwirken, dass betroffene Personen durch die Auslagerung der Sachverhaltsermittlung nicht benachteiligt werden. Dafür werden verschiedene Bestimmungen genauer zu betrachten sein.

Die menschenrechtlichen Mindestgarantien sind für die Beweiserhebung und die Beweisverwertung auch bei der Sachverhaltsermittlung durch forensisch-psychiatrische Sachverständige verbindlich.⁵⁸¹ Für die Einhaltung der EMRK gilt bei der Beweiserhebung von Sachverständigen, dass in erster Linie die nationalen Gerichte diese Beweise beurteilen müssen, entscheidend ist allein die Gewährleistung eines insgesamt fairen Verfahrens nach Art. 6 EMRK.⁵⁸² In diesem Zusammenhang ist der Verfahrensgrundsatz des Rechts auf ein faires Verfahren gemäss Art. 6 EMRK und Art. 29 BV im Rahmen der sachverständigen Sachverhaltsermittlung besonders gefordert.⁵⁸³ Aus diesem Grundsatz des fairen Verfahrens fliesst die Pflicht des Staates, ein kontradiktorisches und waffengleiches Verfahren

⁵⁸¹ Vgl. ESSER, Diss., S. 693; vgl. für Ausführungen zur EMRK DEMKO, Habil., S. 323; vgl. HABERMAYER, *forum*poenale 2023, S. 7.

⁵⁸² ESSER, Diss., S. 697.

⁵⁸³ Vgl. ESSER, Diss., S. 693; vgl. WIEDERKEHR, in: Beweisfragen im sozialversicherungsrechtlichen Verfahren, S. 1 ff.; mit weiteren Hinweisen vgl. BERNARD/STUDER, ZStrR 2015, S. 80; vgl. BRUNNER, in: Gericht und Expertise, S. 192.

zu gewährleisten, auch beim Sachverständigenbeweis.⁵⁸⁴ Konventions- und verfassungsrechtlich gehen die Schutzgarantien beschuldigter Personen einer möglichst umfassenden Strafverfolgung – wie der Ermittlung einer materiellen Wahrheit – vor.⁵⁸⁵ Im Zusammenhang mit Wahrheitssuche sind nebst Art. 6 EMRK die Vorschriften zur Beweiserhebung nach Art. 139 ff. StPO für die sachverständige Sachverhaltsermittlung zentral. Diese Bestimmungen müssen in einer Weise angewendet werden, dass die schützenden Verfahrensrechte für betroffene Personen trotz Auslagerung der Sachverhaltsermittlung nicht ausgehebelt werden.

B. Gang der Untersuchung

Der Dritte Teil enthält sechs inhaltliche Kapitel zu den strafprozessualen Anforderungen an die Beweiserhebung und Beweisverwertung. Zunächst beschreibt das 2. Kapitel die verbotenen Beweiserhebungsmethoden und zeigt ihre Bedeutung bei der Sachverhaltsermittlung durch Sachverständige auf. Das 3. Kapitel behandelt das Recht auf Selbstbelastungsfreiheit der beschuldigten Person. Es wird untersucht, inwiefern die sachverständige Person die Selbstbelastungsfreiheit beziehungsweise den Grundsatz *nemo tenetur* bei ihrer Sachverhaltsermittlung, speziell bei der Exploration, zu beachten hat. Das 4. Kapitel thematisiert die Erhebung und Verwertung von Beweisen bei Behörden und Dritten durch Sachverständige. Dieses Kapitel untersucht, inwiefern die sachverständige Person aus Akten – wie beispielsweise früheren Gutachten und Strafregistrauszügen – sowie Fremdanamnesen Informationen für die Erstellung ihres Gutachtens verwenden kann. Das 5. Kapitel beinhaltet die Teilnahmerechte der Verteidigung an den Beweiserhebungen durch Sachverständige. In erster Linie werden die Teilnahmerechte an der Exploration und der Fremdanamnese behandelt. Das 6. Kapitel beschreibt schliesslich die Belehrungen, welche die sachverständige Person anlässlich ihrer Sachverhaltsermittlung gemäss den strafprozessualen Anforderungen vornehmen muss. Behandelt werden die Belehrungen der beschuldigten Person sowie von Dritten.

⁵⁸⁴ URWYLER/ENDRASS/HACHTTEL/GRAF, Handbuch, S. 373; EGMR Mantovanelli gegen Frankreich, Nr. 21497/93 vom 18. März 1997, § 33; GARLAND, Diss., 1 ff.

⁵⁸⁵ BERNARD, Diss., S. 190; vgl. RENZIKOWSKI, in: Die EMRK im Privat-, Straf- und Öffentlichen Recht, S. 115.

2. Kapitel: Verbotene Beweiserhebungsmethoden

Verbotene Beweiserhebungsmethoden setzen der Sachverhaltsermittlung durch Sachverständige Grenzen. Die Regeln zu den verbotenen Beweiserhebungsmethoden beziehen sich auf sämtliche Beweiserhebungen, dürften aber in erster Linie bei der Einvernahme der beschuldigten Person von zentraler Bedeutung sein.⁵⁸⁶ Deswegen sind sie bei sachverständiger Sachverhaltsermittlung hauptsächlich bei der Exploration relevant.⁵⁸⁷ Der Massstab der nachfolgenden Ausführungen ist, dass die beschuldigte Person durch die Auslagerung der Sachverhaltsermittlung auf Sachverständige prozessual nicht schlechtergestellt werden darf, als wenn die Strafbehörden diese Verfahrenshandlungen durchführen würden.

A. Rechtliche Grundlagen

Die Strafbehörden klären alle für die Beurteilung der Tat und der beschuldigten Person bedeutsamen Tatsachen von Amtes wegen ab.⁵⁸⁸ Zu ermitteln sind neben den objektiven Elementen des strafrechtlich relevanten Sachverhalts auch die persönlichen Umstände der beschuldigten Person und rein verfahrensrechtlich bedeutsame Tatsachen.⁵⁸⁹ Die EMRK enthält keine speziellen Regelungen für die Erhebung und Würdigung von Beweisen, entscheidend ist die Gewährleistung eines fairen Verfahrens insgesamt.⁵⁹⁰ Dieser Grundsatz ist im Zusammenhang mit der Sachverhaltsermittlung durch forensisch-psychiatrische Sachverständige einzuhalten.⁵⁹¹

⁵⁸⁶ OBERHOLZER, Grundzüge des Strafprozessrechts, S. 338.

⁵⁸⁷ Für den Vergleich von Einvernahme und Exploration vgl. *Erster Teil, 3. Kapitel, B., I., S. 25 ff.*

⁵⁸⁸ Art. 6 StPO, Untersuchungsgrundsatz.

⁵⁸⁹ BSK StPO-RIEDO/FIOLKA, Art. 6 N 70.

⁵⁹⁰ ESSER, in: Die Bedeutung der EMRK für die nationale Rechtsordnung, S. 38; EGMR Schenk gegen Schweiz, Nr. 10862/84 vom 12. Juli 1988, § 45 f.; EGMR García Ruiz gegen Spanien, Nr. 30544/96 vom 21. Januar 1999, § 28; EGMR C.B. gegen Österreich, Nr. 30465/06 vom 4. April 2013, § 35; DONATSCH/SUMMERS/WOHLERS, Strafprozessrecht, S. 158; ZK StPO-WOHLERS, Art. 140 N 12; BSK StPO-GLESS, Art. 140 N 13.

⁵⁹¹ Vgl. OBERHOLZER, in: Feststellung des Sachverhalts im Zusammenhang mit der Begutachtung, S. 47.

Einer möglichst wirklichkeitsgetreuen Tatsachengrundlage sind durch Interessen der Allgemeinheit und einzelner Personen Schranken gesetzt.⁵⁹² Der Untersuchungsgrundsatz verlangt nicht eine Sachverhaltsabklärung um jeden Preis, sondern eine Wahrheitssuche nach Massgabe gesetzlicher Vorgaben, bei welcher namentlich Beschuldigtenrechte wie Art. 6 EMRK und Art. 29 BV sowie Art. 139 StPO notwendige Grenzen setzen.⁵⁹³ Solche Grenzen sind beispielsweise verbotene Beweiserhebungsmethoden, welche in der Strafprozessordnung ausdrücklich genannt sind.⁵⁹⁴ Beweiserhebungsverbote verbieten, eine bestimmte Informationsquelle in einem Strafverfahren zum Gegenstand der Beweiserhebung zu machen.⁵⁹⁵ Darüber hinaus soll eine zuverlässige Beweisführung im Strafverfahren und ein *fair trial* nach Art. 6 EMRK garantiert werden.⁵⁹⁶

Gemäss EGMR haben die Strafbehörden ihre Beweise gegen die beschuldigte Person zu erbringen, ohne auf Beweise zurückzugreifen, die durch Methoden der Nötigung oder des Zwangs gegen den Willen der beschuldigten Person erlangt wurden.⁵⁹⁷ In seiner Rechtsprechung hat der EGMR mindestens drei Arten von Situationen ermittelt, die Anlass zu Bedenken hinsichtlich eines unzulässigen Zwangs unter Verstoss gegen Art. 6 EMRK geben.⁵⁹⁸ Die erste liegt vor, wenn eine beschuldigte Person unter Androhung von Sanktionen zur Aussage gezwungen wird und entweder daraufhin aussagt oder für die Verweigerung der Aussage sanktioniert wird.⁵⁹⁹ In der zweiten Situation wird physischer oder psychischer Druck

⁵⁹² BRETTEL, FPPK 2022, S. 84; OBERHOLZER, in: Feststellung des Sachverhalts im Zusammenhang mit der Begutachtung, S. 49; BSK StPO-GLESS, Art. 139 N 7; RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, Strafprozessrecht, S. 177.

⁵⁹³ BSK StPO-RIEDO/FIOLKA, Art. 6 N 6; RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, Strafprozessrecht, S. 177; OBERHOLZER, in: Feststellung des Sachverhalts im Zusammenhang mit der Begutachtung, S. 47; ZK StPO-WOHLERS, Art. 139 N 4; PIETH/GETH, Strafprozessrecht, S. 43; BSK StPO-GLESS, Art. 139 N 7 ff.

⁵⁹⁴ Art. 140 StPO.

⁵⁹⁵ BSK StPO-GLESS, Art. 139 N 20; JOSITSCH/SCHMID, Handbuch, S. 323.

⁵⁹⁶ ZK StPO-WOHLERS, Art. 140 N 6; PIETH/GETH, Strafprozessrecht, S. 207.

⁵⁹⁷ EGMR Saunders gegen Vereinigtes Königreich, Nr. 19187/91 vom 17. Dezember 1996, § 68; EGMR Bykov gegen Russland, Nr. 4378/02 vom 10. März 2009, § 92; EGMR Allan gegen Vereinigtes Königreich, Nr. 48539/99 vom 5. November 2002, § 44; EGMR, Guide on Article 6, S. 42.

⁵⁹⁸ EGMR, Guide on Article 6, S. 42.

⁵⁹⁹ EGMR Saunders gegen Vereinigtes Königreich, Nr. 19187/91 vom 17. Dezember 1996, § 60 ff.; EGMR Brusco gegen Frankreich, Nr. 1466/07 vom 14. Oktober 2010, § 32 ff.; EGMR Heaney und McGuinness gegen Irland, Nr. 34720/97 vom 21. Dezem-

ausgeübt, oft in einer Form, die gegen das in Art. 3 EMRK statuierte Folterverbot verstösst, um Beweise oder Aussagen zu erlangen.⁶⁰⁰ In der dritten Situation wenden Strafbehörden Täuschungen an, um Informationen zu erhalten, die sie bei der Befragung nicht erlangen konnten.⁶⁰¹

Die Strafprozessordnung untersagt bei der Beweiserhebung Zwangsmittel, Gewaltanwendung, Drohungen, Versprechungen, Täuschungen und alle Mittel, welche die Denkfähigkeit oder die Willensfreiheit einer Person beeinträchtigen können.⁶⁰² Obwohl die Strafprozessordnung sich nicht dazu äussert, ist anerkannt, dass Art. 140 StPO auch die Tätigkeit der Sachverständigen erfasst.⁶⁰³ Demnach sind solche Methoden bei der Beweiserhebung der sachverständigen Person untersagt.⁶⁰⁴

B. Fallgruppen von verbotenen Beweiserhebungsmethoden bei sachverständiger Sachverhaltsermittlung

Zu den verbotenen Beweiserhebungsmethoden, die in der Strafprozessordnung festgehalten sind, zählen wie hiervor erwähnt Zwangsmittel, Gewaltanwendung, Drohungen, Versprechungen, Täuschungen und Mittel, welche die Denkfähigkeit oder die Willensfreiheit einer Person beeinträchtigen können.⁶⁰⁵ Der EGMR hat eine umfangreiche Rechtsprechung zum Thema der verbotenen Beweiserhebungsmethoden. Gemäss EGMR darf die beschuldigte Person erstens weder unter Androhung von Sanktionen zur Aussage gezwungen werden noch für die Ver-

ber 2000, § 40 ff.; EGMR Weh gegen Österreich, Nr. 38544/97 vom 8. April 2004, § 39 ff.; EGMR, Guide on Article 6, S. 42.

⁶⁰⁰ EGMR Jalloh gegen Deutschland, Nr. 54810/00 vom 11. Juli 2006, § 67 ff.; EGMR Gäfgen gegen Deutschland, Nr. 22978/05 vom 1. Juni 2010, § 88; EGMR, Guide on Article 6, S. 42.

⁶⁰¹ EGMR Allan gegen Vereinigtes Königreich, Nr. 48539/99 vom 5. November 2002, § 50; EGMR Bykov gegen Russland, Nr. 4378/02 vom 10. März 2009, § 92; EGMR, Guide on Article 6, S. 42.

⁶⁰² Art. 140 Abs. 1 StPO.

⁶⁰³ BSK StPO-HEER, Art. 185 N 5; BABIC, Diss., S. 240; mit weiteren Hinweisen URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 343.

⁶⁰⁴ BSK StPO-HEER, Art. 185 N 5.

⁶⁰⁵ Art. 140 Abs. 1 StPO.

weigerung der Aussage sanktioniert werden.⁶⁰⁶ Zweitens darf von Strafbehörden kein physischer oder psychischer Druck ausgeübt werden, um an Beweismittel zu kommen.⁶⁰⁷ Drittens dürfen die Strafbehörden keine Täuschungen anwenden, um Informationen zu erhalten, die sie bei der Befragung nicht erlangen konnten.⁶⁰⁸ Die erste Situation, wenn eine beschuldigte Person unter Androhung von Sanktionen zur Aussage gezwungen wird und entweder daraufhin aussagt oder für die Verweigerung der Aussage sanktioniert wird, wird nachfolgend gesondert unter dem Kapitel der Selbstbelastungsfreiheit abgehandelt.⁶⁰⁹ Die zweite Situation ist vergleichbar mit der Gewaltanwendung, Zwangsmittel oder Drohungen der Strafprozessordnung und die dritte Situation der Täuschungen entspricht der Fallgruppe der Täuschung in der Strafprozessordnung.

In der forensischen Praxis dürften die Gewaltanwendung sowie die schwer von der Gewaltanwendung zu trennenden Zwangsmittel⁶¹⁰ und die Verabreichung von Mitteln zur Förderung der Kooperationsbereitschaft nicht anzutreffen sein.⁶¹¹ Auf die verbleibenden Fallgruppen von Drohungen und Versprechungen sowie Täuschungen wird nachfolgend vertieft eingegangen.

I. Drohungen und Versprechungen

Eine Drohung im Sinne von Art. 140 StPO ist das Inaussichtstellen eines gesetzlich nicht vorgesehenen Nachteils, um die betroffene Person zur Kooperation zu

⁶⁰⁶ EGMR Saunders gegen Vereinigtes Königreich, Nr. 19187/91 vom 17. Dezember 1996, § 60 ff.; EGMR Brusco gegen Frankreich, Nr. 1466/07 vom 14. Oktober 2010, § 32 ff.; EGMR Heaney und McGuinness gegen Irland, Nr. 34720/97 vom 21. Dezember 2000, § 40 ff.; EGMR Weh gegen Österreich, Nr. 38544/97 vom 8. April 2004, § 39 ff.; EGMR, Guide on Article 6, S. 42.

⁶⁰⁷ EGMR Jalloh gegen Deutschland, Nr. 54810/00 vom 11. Juli 2006, § 67 ff.; EGMR Gäfgen gegen Deutschland, Nr. 22978/05 vom 1. Juni 2010, § 88; EGMR, Guide on Article 6, S. 42.

⁶⁰⁸ EGMR Allan gegen Vereinigtes Königreich, Nr. 48539/99 vom 5. November 2002, § 50; EGMR Bykov gegen Russland, Nr. 4378/02 vom 10. März 2009, § 92; EGMR, Guide on Article 6, S. 42.

⁶⁰⁹ Vgl. *Dritter Teil*, 3. Kapitel, S. 125 ff.

⁶¹⁰ BSK StPO-GLESS, Art. 140 N 34.

⁶¹¹ URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 343; HEER, in: «Toujours agité – jamais abattu», S. 181; VOLCKART, Kriminalprognose, S. 22.

bewegen.⁶¹² Erfasst werden auch konkludente Drohungen.⁶¹³ Nicht als Drohung gewertet werden Belehrungen über die möglichen Rechtsfolgen eines konkreten Verhaltens, sofern die in Aussicht gestellten Rechtsfolgen unter Berücksichtigung der zur Diskussion stehenden Sach- und Rechtslage strafprozessual vorgesehen sind.⁶¹⁴ Das bedeutet für Sachverständige, dass sie die beschuldigte Person über die psychiatrisch-psychologisch begründbaren Auswirkungen eines bestimmten Verhaltens auf die Ergebnisse des Gutachtens hinweisen dürfen.⁶¹⁵ Nicht angehen kann während der Exploration eine Zermürbung der beschuldigten Person, die durch übermässig lange Befragung, den Entzug von Essen und Trinken oder ein Verbot, die Toiletten aufzusuchen, entstehen kann.⁶¹⁶ Die befragenden Personen müssen eine solche Situation nicht gezielt hervorrufen, es reicht, wenn eine bestehende Situation, wie die Ermüdung der beschuldigten Person, bewusst ausgenutzt wird.⁶¹⁷ Hierzu ist anzumerken, dass der Übergang von der Drohung, kein Essen zu bekommen und keine Toilette aufsuchen zu können, zum Zwang fließend ist und solche Verhaltensweisen deswegen auch unter die verbotenen Zwangsmittel fallen können. Ebenfalls wiederholt klargestellt hat der EGMR, dass das Drohen mit Folter bei der Beweiserhebung einen Verstoss gegen Art. 3 EMRK darstellt.⁶¹⁸

Versprechungen sind spiegelbildlich zur Drohung das Inaussichtstellen gesetzlich nicht vorgesehener Vorteile und nach Art. 140 StPO ebenfalls verboten.⁶¹⁹ Ein Beispiel für eine unzulässige Versprechung könnte die Mitteilung der sachverständigen Person an die beschuldigte Person sein, dass sie nicht verwahrt werde, wenn sie bei der Begutachtung mitwirke.⁶²⁰ Die Mitwirkung der beschuldigten Person anlässlich der Begutachtung hat nichts mit der Frage zu tun, ob eine Verwahrung

⁶¹² BGer 6B_893/2015 vom 14. Juni 2016, E. 1.3.1; BSK StPO-GLESS, Art. 140 N 37; ZK StPO-WOHLERS, Art. 140 N 6.

⁶¹³ BSK StPO-GLESS, Art. 140 N 39; ZK StPO-WOHLERS, Art. 140 N 6.

⁶¹⁴ BGer 6B_893/2015 vom 14. Juni 2016, E. 1.3.1; BSK StPO-HEER, Art. 185 N 5d; URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 345.

⁶¹⁵ URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 345.

⁶¹⁶ BSK StPO-HEER, Art. 185 N 5e; HEER, in: «Toujours agité – jamais abattu», S. 181.

⁶¹⁷ BSK StPO-HEER, Art. 185 N 5e; HEER, in: «Toujours agité – jamais abattu», S. 181.

⁶¹⁸ EGMR Gäfgen gegen Deutschland, Nr. 22978/05 vom 1. Juni 2010, § 88; BSK StPO-GLESS, Art. 140 N 14; DONATSCH/SUMMERS/WOHLERS, Strafprozessrecht, S. 158.

⁶¹⁹ BSK StPO-GLESS, Art. 140 N 42; ZK StPO-WOHLERS, Art. 140 N 8; URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 344.

⁶²⁰ URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 344.

angeordnet wird.⁶²¹ Diese Frage wird durch das Gericht beantwortet und liegt ausserhalb des Kompetenzbereichs der sachverständigen Person. Solche Versprechungen, deren Erfüllung gar nicht in der Zuständigkeit der Person liegt, welche die Versprechung abgibt, sind in jedem Fall unzulässig.⁶²²

Insgesamt lässt sich festhalten, dass Sachverständige sich zur Wirkungsweise von gewissen Verhalten wie Schweigen oder Mitwirken nur äusserst zurückhaltend äussern sollten.

II. Täuschungen

Nebst den Drohungen und Versprechungen ist bei der sachverständigen Sachverhaltsermittlung auf die Vermeidung von Täuschungen zu achten. Als Täuschung gilt jedes Verhalten, das bei einer anderen Person durch beliebige Mittel der Kommunikation eine von der Wirklichkeit abweichende Vorstellung bewirkt, also einen Irrtum.⁶²³ An die Täuschung werden in der Praxis nicht allzu hohe Anforderungen gestellt.⁶²⁴ Ein Irrtum muss nicht vorsätzlich herbeigeführt werden, das fahrlässige Hervorrufen eines Irrtums wird in diesem Zusammenhang miterfasst.⁶²⁵ Rechtlich zulässig ist ein Hinweis auf die Auswirkungen eines Geständnisses.⁶²⁶ Da ein solcher Hinweis jedoch heikel sein kann, muss die sachverständige Person zwingend ergänzen, dass sich ein Geständnis nicht notwendigerweise positiv auf die Beantwortung der Gutachtensfragen auswirkt, sondern auch negative Folgen über das Gutachten hinaus haben kann.⁶²⁷

Eine unzulässige Täuschung hingegen ist es, wenn die Belehrung unklar ist und sich die befragte Person über die Stellung der sachverständigen Person und ihrer

⁶²¹ URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 344.

⁶²² ZK StPO-WOHLERS, Art. 140 N 9.

⁶²³ ZK StPO-WOHLERS, Art. 140 N 10; BSK StPO-GLESS, Art. 140 N 47; URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 346.

⁶²⁴ BSK StPO-HEER, Art. 185 N 5a.

⁶²⁵ BSK StPO-HEER, Art. 185 N 5a; BSK StPO-GLESS, Art. 140 N 48; ZK StPO-WOHLERS, Art. 140 N 10a; URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 346; PIETH/GETH, Strafprozessrecht, S. 209.

⁶²⁶ BGer 6B_1408/2016 vom 20. Februar 2018, E. 2.1.2; BSK StPO-HEER, Art. 185 N 5d; URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 346.

⁶²⁷ BGer 6B_1408/2016 vom 20. Februar 2018, E. 2.1.2; URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 346; BSK StPO-HEER, Art. 185 N 5d; vgl. ZK StPO-WOHLERS, Art. 140 N 38.

Offenbarungspflicht gegenüber der Verfahrensleitung nicht bewusst ist.⁶²⁸ Zur Aufklärungspflicht der sachverständigen Person gehört, dass der begutachteten Person verständlich gemacht wird, dass ihr nicht eine schweigepflichtgebundene Fachperson, sondern eine gegenüber der Verfahrensleitung mitteilungsverpflichtete sachverständige Person gegenübersteht.⁶²⁹ Nur wenn die begutachtete Person um diesen Umstand weiss, ist gewährleistet, dass ihre Mitwirkung täuschungsfrei und im Bewusstsein um die Folgen ihrer Mitwirkung erfolgt.⁶³⁰

Die Pflicht der Sachverständigen, dafür zu sorgen, dass keine Täuschungssituation vorliegt, hängt eng mit einer genügenden Belehrung⁶³¹ zusammen, wie das nachfolgende Beispiel aus einem der analysierten Gutachten verdeutlicht:

*«Herr T. wurde darauf aufmerksam gemacht, dass es seiner freiwilligen Entscheidung obliegt, ob und welche Angaben er dem Gutachter gegenüber machen will. Er wurde ferner darüber informiert, dass sämtliche von ihm gemachten Angaben im Gutachten erscheinen bzw. als Beurteilungsgrundlage des Gutachtens dienen können. Er erklärte sich schriftlich mit den Bedingungen einverstanden und unterzeichnete die entsprechende Erklärung am 01.11.2021.»*⁶³²

*«Beim Ausfüllen von Fragebogen oder schriftlichen Hausaufgaben sei erkennbar geworden, dass er erhebliche Schwierigkeiten beim Schreiben und im Leseverständnis komplexerer Sätze habe.»*⁶³³

Im weiteren Verlauf des Gutachtens folgten zusätzlich folgende Ausführungen:

*«Zu Beginn des ersten Explorationsgesprächs las er die schriftliche Aufklärung über die Bedingungen der Begutachtung aufmerksam durch und unterzeichnete diese ebenso bereitwillig wie ganz am Schluss der Gespräche die Schweigepflichtentbindung seines aktuellen Therapeuten Herrn I. gegenüber dem Gutachter.»*⁶³⁴

⁶²⁸ BSK StPO-HEER, Art. 185 N 5a; URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 346; URWYLER, Diss., S. 197.

⁶²⁹ URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 346; URWYLER, Diss., S. 197 ff.; JOSITSCH/SCHMID, Handbuch, S. 402.

⁶³⁰ URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 346; URWYLER, Diss., S. 197 ff.

⁶³¹ Vgl. *Dritter Teil, 6. Kapitel, A., S. 178 ff.*

⁶³² Gutachten über Herrn T. vom 6. Dezember 2021, S. 2.

⁶³³ Gutachten über Herrn T. vom 6. Dezember 2021, S. 30.

⁶³⁴ Gutachten über Herrn T. vom 6. Dezember 2021, S. 53.

Es geht aus diesem Gutachten nicht hervor, ob Herr T. zusätzlich auch noch mündlich über die Rolle des Gutachters aufgeklärt worden ist. Die Ausführungen im Verlauf des Gutachtens sprechen eher dagegen. Falls eine zusätzliche mündliche Aufklärung nicht erfolgt wäre, ist fraglich, ob die rein schriftliche Belehrung bei einem Exploranden mit Leseschwäche ausreicht, um ihm die Situation und die Rolle des Gutachters in der Begutachtung ausreichend verständlich zu machen, sodass er nicht potenziell einem Irrtum unterliegt. Es wird aufgrund der vorliegenden Informationen nicht angenommen, der Gutachter habe hier absichtlich eine Täuschung herbeigeführt oder einen allfälligen Irrtum ausnutzen wollen. Aber wie hiervoor festgehalten, reicht eine fahrlässige Verursachung eines Irrtums aus. Ob das tatsächlich der Fall war, kann aufgrund der ungenügenden Dokumentation nicht abschliessend beurteilt werden. Im Zweifelsfall, wenn die Aufklärung durch die sachverständige Person nicht belegt werden kann, ist davon auszugehen, dass die beschuldigte Person in der Begutachtung nicht genügend aufgeklärt worden ist. Aus diesen Gründen sind die Teilnahme der Verteidigung an der Exploration⁶³⁵ und die umfassende Dokumentation der Begutachtung⁶³⁶ zentral.⁶³⁷ Insbesondere die Teilnahme der Verteidigung anlässlich der Exploration würde helfen, Täuschungen zu vermeiden. Die Verteidigung wäre bei dieser Teilnahme in der Pflicht, zu überprüfen, ob die beschuldigte Person tatsächlich verstanden hat, welche Rolle der sachverständigen Person in der Exploration zukommt.⁶³⁸

Unklar ist weiter, welche Bedeutung das Täuschungsverbot für die Formulierung von Fragen und damit die Abgrenzung von erlaubten Fangfragen und unzulässigen Suggestivfragen hat.⁶³⁹ Unzulässig ist eine Frage dann, wenn sie geeignet ist, bei der beschuldigten Person einen Irrtum hervorzurufen.⁶⁴⁰ Unzulässig sind insbesondere unklare, mehrdeutige oder suggestiv angelegte Fragen, welche eine bestimmte Antwort nahelegen, eine bestimmte Erwartung der sachverständigen Person erkennen lassen oder denen nicht bewiesene Tatsachen zugrunde liegen.⁶⁴¹

⁶³⁵ Vgl. *Dritter Teil, 5. Kapitel, B., I., S. 166 ff.*

⁶³⁶ Vgl. *Fünfter Teil, S. 219 ff.*

⁶³⁷ Vgl. BARTON, StV 1983, S. 79.

⁶³⁸ Vgl. BARTON, StV 1983, S. 79.

⁶³⁹ BSK StPO-GLESS, Art. 140 N 50; URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 346; RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, Strafprozessrecht, S. 162; PIETH/GETH, Strafprozessrecht, S. 209.

⁶⁴⁰ BSK StPO-GLESS, Art. 140 N 50.

⁶⁴¹ BGer 6B_1401/2016 vom 24. August 2017, E. 2.2; BSK StPO-HEER, Art. 185 N 5f; anderer Ansicht für die Suggestivfragen und mit weiteren Hinweisen ZK StPO-WOHLERS, Art. 140 N 12.

Die gestellten Fragen müssen daher klar und deutlich sowie möglichst ergebnisoffen formuliert sein.⁶⁴² In der psychiatrischen Fachliteratur finden sich vereinzelt Stimmen, welche die Verwendung von Suggestivfragen sogar empfehlen.⁶⁴³ Beispiele für unzulässige Suggestivfragen könnten sein: «Könnte die Tatwaffe ein Messer gewesen sein?» oder «Sie hatten in diesem Moment keine Kontrolle über sich, richtig?». Da sich die sachverständige Person an das strafprozessuale Täuschungsverbot zu halten hat, sind solche Fragen unzulässig.

Abschliessend ist festzuhalten, dass eine fahrlässige Täuschung der beschuldigten Person während der Exploration vorkommen kann, sei dies insbesondere bei der Aufklärung über die Rolle der sachverständigen Person oder bei der Formulierung der Fragen. Wenn die strafprozessualen Anforderungen zu den verbotenen Beweiserhebungsmethoden auf die beschriebene Weise vorwirken, wird sichergestellt, dass die betroffene Person in diesen Situationen durch die Auslagerung der Sachverhaltsermittlung auf Sachverständige nicht benachteiligt wird.

C. Folgen der Anwendung von verbotenen Beweiserhebungsmethoden

Die Strafprozessordnung gibt eine klare Antwort auf die Frage, was mit Beweismitteln zu geschehen hat, die unter Anwendung von verbotenen Beweiserhebungsmethoden erlangt worden sind. Gemäss Art. 141 Abs. 1 StPO sind Beweise, die in Verletzung von Art. 140 StPO erhoben wurden, in keinem Fall verwertbar. Nach Art. 141 Abs. 5 StPO werden die Aufzeichnungen über unverwertbare Beweise aus den Strafakten entfernt, bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens unter separatem Verschluss gehalten und danach vernichtet. Demnach sind Gutachten, bei denen bei der sachverständigen Sachverhaltsermittlung verbotene Beweiserhebungsmethoden angewendet worden sind, in keinem Fall verwertbar und das Gutachten ist aus den Strafakten zu entfernen. In diesem Fall muss ein neues Gutachten bei einer anderen sachverständigen Person in Auftrag gegeben werden. Die sachverständige Person, welche das unverwertbare Gutachten verfasst hat, könnte allenfalls wegen Befangenheit nicht mehr zu beauftragen sein.⁶⁴⁴

⁶⁴² BSK StPO-GLESS, Art. 140 N 50.

⁶⁴³ HAUG, Psychiatrische Untersuchung, S. 18.

⁶⁴⁴ Art. 183 Abs. 3 i.V.m. Art. 56 lit. f. StPO.

Umstritten ist die Rechtsfolge bei der Anwendung von Suggestivfragen.⁶⁴⁵ Das Bundesgericht vertritt die Ansicht, dass entsprechende Aussagen nach Suggestivfragen nicht generell unverwertbar seien, es sei lediglich deren Aussagekraft im Rahmen der Beweiswürdigung als eingeschränkt zu betrachten.⁶⁴⁶ Weiter sei das Verbot von Suggestivfragen als Ordnungsvorschrift ausgestaltet.⁶⁴⁷ Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden, die Ausführungen des Bundesgerichts sind nicht differenziert genug. Gemäss der hier vertretenen Ansicht begründet ein Verstoß gegen das Täuschungsverbot durch die Formulierung unzulässiger Suggestivfragen ein Verwertungsverbot der dadurch erlangten Informationen.⁶⁴⁸ Werden Suggestivfragen gestellt, welche eine Täuschung hervorrufen könnten, ist davon auszugehen, dass die darauf gegebenen Antworten falsch sind.⁶⁴⁹ Demnach sind solche Aussagen unverwertbar.

Das mag streng wirken. Aus Sicht der Strafverfolgungsbehörden ist es ineffizient, wenn Teile von Gutachten wegen (wenigen) Suggestivfragen unverwertbar würden. Bei Gutachten mit unzulässigen Suggestivfragen kann gemäss der hier vertretenen Auffassung die Exploration grundsätzlich mit neu formulierten Fragen wiederholt werden, ohne dass die sachverständige Person in den Ausstand treten muss und das ganze Gutachten unverwertbar wird. Das vereinzelte Stellen von Suggestivfragen allein ist kein genügender Grund für eine Befangenheit, anders als Drohungen oder Versprechungen oder das andauernde Stellen von Suggestivfragen. Informationen aus der vorherigen Exploration mit Suggestivfragen dürfen jedoch nicht in das Gutachten einfließen, da dieses sonst unverwertbar wird.

⁶⁴⁵ BSK StPO-GLESS, Art. 140 N 50; URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 346; RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, Strafprozessrecht, S. 162.

⁶⁴⁶ BGer 6B_1401/2016 vom 24. August 2017, E. 2.2.

⁶⁴⁷ BGer 6B_1401/2016 vom 24. August 2017, E. 2.2; derselben Ansicht JOSITSCH/SCHMID, Handbuch, S. 325.

⁶⁴⁸ BSK StPO-GLESS, Art. 140 N 51; BSK StPO-HEER, Art. 185 N 5f; vgl. auch RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, Strafprozessrecht, S. 162.

⁶⁴⁹ Vgl. RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, Strafprozessrecht, S. 162.

3. Kapitel: Selbstbelastungsfreiheit der begutachteten Person

Die Selbstbelastungsfreiheit, auch Verbot des Selbstbelastungszwangs genannt, ist eine der wichtigsten Grundsätze im Strafprozessrecht.⁶⁵⁰ Beweiserhebungen mit der beschuldigten Person haben nach diesem Grundsatz *nemo tenetur se ipsum accusare* – abgekürzt *nemo tenetur* – zu erfolgen. Dieser besagt, dass die beschuldigte Person sich nicht selbst belasten muss und sie die Aussage und Mitwirkung im Strafverfahren verweigern kann.⁶⁵¹ Die Selbstbelastungsfreiheit soll sicherstellen, dass die Wahrheit nicht durch unzulässigen Zwang verzerrt oder verfremdet wird.⁶⁵² Das Aussage- und Mitwirkungsverweigerungsrecht wird ergänzt durch das Recht der beschuldigten Person, darüber in der ersten Einvernahme informiert zu werden.⁶⁵³

A. Rechtliche Grundlagen

Der Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit ist in der Strafprozessordnung in diversen Artikeln festgehalten, wobei Art. 113 StPO sicherlich eine der zentralsten Umsetzungen darstellt.⁶⁵⁴ In der EMRK findet sich keine direkte positiv-rechtliche Normierung des Grundsatzes *nemo tenetur*.⁶⁵⁵ Dieser wird aber als *privilege against self-incrimination* ausdrücklich anerkannt und stellt nach Ansicht des EGMR einen international respektierten Grundsatz dar, der aus Art. 6 Ziff. 1 EMRK hergeleitet wird und zum Kernbereich eines fairen Verfahrens gehört.⁶⁵⁶

⁶⁵⁰ GRAF, SJZ 2015, S. 192; OBERHOLZER, Grundzüge des Strafprozessrechts, S. 131; CONINX, Habil., S. 461; vgl. NOLL, *forumpoenale* Sondernummer 2020, S. 177.

⁶⁵¹ Art. 113 und Art. 158 Abs. 1 lit. b StPO.

⁶⁵² Vgl. zu den verbotenen Beweiserhebungsmethoden *Dritter Teil, 2. Kapitel, S. 115 ff.*; URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 124.

⁶⁵³ Vgl. zur *Belehrung Dritter Teil, 6. Kapitel, A., S. 178 ff.*; ZK StPO-LIEBER, Art. 113 N 13.

⁶⁵⁴ Art. 113 Abs. 1, Art. 140, Art. 158 Abs. 1 lit. b, Art. 262 Abs. 2, Art. 265 Abs. 2 lit. a StPO; SCHAAD, Jusletter 20. März 2017, N 34.

⁶⁵⁵ BSK StPO-ENGLER, Art. 113 N 3; ZK StPO-LIEBER, Art. 113 N 6; TRECHSEL, Human rights, S. 340; NOLL, *forumpoenale* Sondernummer 2020, S. 181; SCHAAD, Jusletter 20. März 2017, N 32.

⁶⁵⁶ EGMR Saunders gegen Vereinigtes Königreich, Nr. 19187/91 vom 17. Dezember 1996, § 68; EGMR Murray gegen Vereinigtes Königreich, Nr. 18731/91 vom 28. Oktober 1994, § 45; BSK StPO-ENGLER, Art. 113 N 3; GRAF, SJZ 2015, S. 190; ZK StPO-

Wie auch die EMRK normiert die Bundesverfassung die Selbstbelastungsfreiheit nicht ausdrücklich,⁶⁵⁷ auch nicht in Art. 32 BV zu den Strafverfahren. Das Bundesgericht hat offengelassen, ob das Aussageverweigerungsrecht auf Art. 32 Abs. 1 oder Abs. 2 BV gestützt werden könne, und hat den Grundsatz früher aus Art. 4 aBV abgeleitet.⁶⁵⁸ Die Geltung des Grundsatzes aus der Bundesverfassung ist jedoch nicht umstritten.⁶⁵⁹

Die beschuldigte Person hat gemäss dem Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit sowohl das Recht zur Aussageverweigerung als auch zur Mitwirkungsverweigerung und ist nicht zur Wahrheit verpflichtet.⁶⁶⁰ Notwendigerweise mit dem Recht zur Aussageverweigerung verbunden ist ein Schweigerecht.⁶⁶¹ Wie mit dem Schweigen der beschuldigten Person im Strafverfahren umgegangen werden soll, ist in keiner gesetzlichen Grundlage normiert.⁶⁶² Gemäss der Rechtsprechung des EGMR ist es zulässig, aus dem Schweigen der beschuldigten Person ausnahmsweise unter bestimmten Voraussetzungen nachteilige Schlussfolgerungen zu ziehen.⁶⁶³ Der EGMR legt fest, dass aus dem Schweigen nicht als einziger oder primärer Beweis auf die Schuld geschlossen werden dürfe, jedoch soll das Schweigen in Situationen berücksichtigt werden können, die eindeutig eine Erklärung erwarten lassen, welche die beschuldigte Person ohne Weiteres abgeben könnte.⁶⁶⁴ Die einzelfallweise Zulässigkeit bestimmt der EGMR erst nach

LIEBER, Art. 113 N 8; EGMR, Guide on Article 6, S. 41; TRECHSEL, Human rights, S. 347; CONINX, Habil., S. 462; NOLL, forumpoenale Sondernummer 2020, S. 182; SCHAAD, Jusletter 20. März 2017, N 31; MEIER, Diss., S. 235.

⁶⁵⁷ ZK StPO-LIEBER, Art. 113 N 6; SCHAAD, Jusletter 20. März 2017, N 32.

⁶⁵⁸ BGE 130 I 126, E. 2.1; BGE 131 IV 36, E. 3.1; SGK BV-VEST, Art. 32 N 6; vgl. BSK BV-GÖKSU, Art. 32 N 5; ZK StPO-LIEBER, Art. 113 N 5 ff.; MEIER, Diss., S. 237.

⁶⁵⁹ BGE 130 I 126, E. 2.1; BGE 131 IV 36, E. 3.1; SGK BV-VEST, Art. 32 N 6; vgl. BSK BV-GÖKSU, Art. 32 N 5; ZK StPO-LIEBER, Art. 113 N 5 ff.; MEIER, Diss., S. 237.

⁶⁶⁰ BSK StPO-ENGLER, Art. 113 N 2 ff.; ZK StPO-LIEBER, Art. 113 N 2; JOSITSCH/SCHMID, Handbuch, S. 266; JOSITSCH, Grundriss Strafprozessrecht, S. 71 ff.; DONATSCH/SUMMERS/WOHLERS, Strafprozessrecht, S. 109 f.; RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, Strafprozessrecht, S. 69; CONINX, Habil., S. 461 f.; PIETH/GETH, Strafprozessrecht, S. 56.

⁶⁶¹ GRAF, SJZ 2015, S. 192; ARZT, Ketzerische Bemerkungen, S. 22; vgl. TRECHSEL, Human rights, S. 346 f.

⁶⁶² GRAF, SJZ 2015, S. 190; vgl. TRECHSEL, Human rights, S. 346 f.

⁶⁶³ GRAF, SJZ 2015, S. 190; TRECHSEL, Human rights, S. 346 ff.

⁶⁶⁴ EGMR Murray gegen Vereinigtes Königreich, Nr. 18731/91 vom 28. Oktober 1994, § 47; EGMR, Averill gegen Vereinigtes Königreich, Nr. 36408/97 vom 6. Juni 2000, § 41 ff.; GRAF, SJZ 2015, S. 190.

Vornahme der Gesamtbetrachtung, ob das Verfahren insgesamt als fair gemäss Art. 6 Ziff. 1 EMRK bezeichnet werden kann.⁶⁶⁵ Das Bundesgericht folgt dieser Rechtsprechung des EGMR, ist in seiner Rechtsprechung jedoch nicht konsistent und spricht sich tendenziell für einen weitergehenden Schutz durch den Grundsatz *nemo tenetur* aus, wobei das Schweigen vom Gericht grundsätzlich als neutral interpretiert werden müsse.⁶⁶⁶

Ohne einen entsprechenden Hinweis auf den Grundsatz *nemo tenetur* sind Einvernahmen nicht verwertbar.⁶⁶⁷ Die absolute Unverwertbarkeit als Rechtsfolge ist ein wichtiger Bestandteil der Bestimmung und geht auch aus dem Gesetz hervor.⁶⁶⁸ Auch bei der Verletzung von Art. 113 StPO gilt im Lichte von Art. 6 EMRK die absolute Unverwertbarkeit von Beweismitteln, die auf einer Verletzung des Grundsatzes *nemo tenetur* beruhen.⁶⁶⁹ Das Recht auf Schweigen ist jedoch nicht absolut und nicht in allen Fällen gewährt.⁶⁷⁰ Ist das Recht auf Schweigen aber anwendbar, dann muss eine absolute Unverwertbarkeit bei der Verletzung von *nemo tenetur* gelten.

Die Selbstbelastungsfreiheit gilt während der Dauer des gesamten Verfahrens und nach dem EGMR sogar bereits im Vorfeld des Verfahrens, wenn mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit ein Strafverfahren erwartet werden kann.⁶⁷¹ Die Frage der Vorwirkung auf Verwaltungsverfahren ist zentral, da ein Dilemma zwischen der Mitwirkungspflicht in Verwaltungsverfahren und dem Grundsatz *nemo tenetur* in Strafverfahren herrscht.⁶⁷² Demnach sollen Aussagen, die in einem vorgängigen beziehungsweise konnexen Verwaltungsverfahren ohne den Hinweis auf das Aussageverweigerungsrecht getätigt worden sind, in einem nachfolgenden und zum

⁶⁶⁵ Mit weiteren Hinweisen GRAF, SJZ 2015, S. 190.

⁶⁶⁶ BGE 138 IV 47, E. 2.6.1; BGer 6B_466/2012 vom 8. November 2012, E. 2.3; GRAF, SJZ 2015, S. 191; vgl. ZK StPO-LIEBER, Art. 113 N 19a; ausführlich zur Verwertbarkeit von Schweigen ARZT, Ketzerische Bemerkungen, S. 23 f.

⁶⁶⁷ Art. 158 Abs. 2 StPO.

⁶⁶⁸ Art. 141 Abs. 1 StPO i.V.m. Art. 158 Abs. 2 StPO; NOLL, forumpoenale Sondernummer 2020, S. 183; vgl. JOSITSCH/SCHMID, Handbuch, S. 402.

⁶⁶⁹ Mit weiteren Hinweisen ZK StPO-LIEBER, Art. 113 N 54c.

⁶⁷⁰ Vgl. ausführlich hiernach *Dritter Teil, 3. Kapitel, B., I., S. 129 ff.*; EGMR Murray gegen Vereinigtes Königreich, Nr. 18731/91 vom 28. Oktober 1994, § 47; EGMR Ibrahim und andere gegen Vereinigtes Königreich, Nr. 50541/08, 50571/08, 50573/08, 40351/09 vom 13. September 2016, § 269.

⁶⁷¹ ZK StPO-LIEBER, Art. 113 N 14a; SGK BV-VEST, Art. 32 N 6; GETH, in: Banken zwischen Strafrecht und Aufsichtsrecht, S. 151 f.; SCHAAD, Jusletter 20. März 2017, N 35.

⁶⁷² Ausführlich dazu SCHAAD, Jusletter 20. März 2017; MEIER, Diss., S. 232.

Zeitpunkt des Verwaltungsverfahrens bereits absehbaren Strafverfahren unverwertbar sein.⁶⁷³ Merkmale zur Bestimmung, ob ein Strafverfahren bereits absehbar ist, sind nicht abstrakt aufstellbar, die Schwelle ist jedoch tief anzusetzen, damit der Grundsatz *nemo tenetur* nicht ausgehöhlt wird.⁶⁷⁴ Ausreichend ist der Bezug, wenn im Wesentlichen der gleiche Sachverhalt für beide Behörden relevant ist.⁶⁷⁵

Gemäss der Rechtsprechung des EGMR sind im Verwaltungsverfahren erzwungene Beweismittel in einem parallelen oder nachgelagerten Strafverfahren verwertbar, wenn sie unabhängig vom Willen der beschuldigten Person existieren, wie beispielsweise Dokumente.⁶⁷⁶ Unverwertbar sind hingegen erzwungene Beweismittel, die nur durch den Willen der beschuldigten Person erlangt werden können.⁶⁷⁷ Die Einführung der Beweise aus dem Vollzugsverfahren in das Strafverfahren müssen demnach an sich vor der Garantie *nemo tenetur* standhalten.⁶⁷⁸ Das Verwertungsverbot kann zudem nicht eingeschränkt werden durch die Argumentation, dass ein Verfahren besonders komplex sei oder dass ein grosses öffentliches Interesse an der Aufklärung einer Tat bestehe.⁶⁷⁹ Weiter ist die Begründung unzulässig, dass es nicht möglich sei, Verwaltungsrecht und Strafrecht klar voneinander zu trennen.⁶⁸⁰ Dies unterstreicht nochmals die hier besprochene Vorwir-

⁶⁷³ ZK StPO-LIEBER, Art. 113 N 14a; vgl. RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, Strafprozessrecht, S. 148; SCHAAD, Jusletter 20. März 2017, N 35.

⁶⁷⁴ Mit weiteren Hinweisen MEIER, Diss., S. 242.

⁶⁷⁵ EGMR Chambaz gegen Schweiz, Nr. 11663/04 vom 5. April 2012, § 46; MEIER, Diss., S. 244.

⁶⁷⁶ Sogenannte Saunders-Formel, vgl. EGMR Saunders gegen Vereinigtes Königreich, Nr. 19187/91 vom 17. Dezember 1996, § 69; EGMR Quinn gegen Irland, Nr. 36887/97 vom 21. Dezember 2000, § 40; EGMR O'Halloran und Francis gegen Vereinigtes Königreich, Nr. 15809/02, 25624/02 vom 29. Juni 2007, § 47; URWYLER, Diss., S. 179; EGMR, Guide on Article 6, S. 42; ZIHLMANN, *forum*poenale 2018, S. 129; NOLL, *forum*poenale Sondernummer 2020, S. 182; SCHAAD, Jusletter 20. März 2017, N 40; vgl. BERNARD/STUDER, in: Wege und Irrwege stationärer Massnahmen nach Rechtskraft des Strafurteils, S. 123; MEIER, Diss., S. 263 ff.

⁶⁷⁷ ZIHLMANN, *forum*poenale 2018, S. 129 f.; NOLL, *forum*poenale Sondernummer 2020, S. 182; SCHAAD, Jusletter 20. März 2017, N 40.

⁶⁷⁸ Vgl. für KESR-Verfahren ZIHLMANN, *forum*poenale 2018, S. 129; vgl. mit Schwerpunkt Migrationsrecht SCHAAD, Jusletter 20. März 2017, N 35; MEIER, Diss., S. 244.

⁶⁷⁹ SCHAAD, Jusletter 20. März 2017, N 73.

⁶⁸⁰ SCHAAD, Jusletter 20. März 2017, N 73.

kung der strafprozessualen Grundsätze auf die Sachverhaltsermittlung zur Erstellung von Vollzugsgutachten.⁶⁸¹

Für das Mitwirkungsverweigerungsrecht beziehungsweise *the right not to incriminate oneself* ist somit zentral, ob das fragliche Beweismittel durch den Willen der beschuldigten Person zutage gefördert wird.⁶⁸² Es fallen somit insbesondere jene Beweismittel unter den Schutz von *nemo tenetur*, deren Existenz vom Willen der beschuldigten Person abhängt, was namentlich bei Aussagen der beschuldigten Person der Fall ist.⁶⁸³

B. Gefährdung der Selbstbelastungsfreiheit

Wie hiervor aufgezeigt, muss sich eine beschuldigte Person gemäss dem Grundsatz *nemo tenetur* in einem Strafverfahren niemals selbst belasten, und auch Schweigen darf grundsätzlich nicht zu ihrem Nachteil ausgelegt werden. Dieser Grundsatz gilt auch bei Erhebungen durch Sachverständige.⁶⁸⁴ Damit wird sichergestellt, dass die beschuldigte Person durch die Auslagerung der Sachverhaltsermittlung an die Sachverständigen prozessual nicht benachteiligt wird.

I. Anlässlich der Exploration

Gemäss der herrschenden Lehre ist die beschuldigte Person während der Exploration nicht verpflichtet, Aussagen gegenüber der sachverständigen Person zu machen oder die Wahrheit zu sagen und am Gutachten mitzuwirken.⁶⁸⁵ Ist eine

⁶⁸¹ Vgl. *Zweiter Teil, 4. Kapitel, B., II., S. 99 ff.*; vgl. auch ZK StPO-LIEBER, Art. 113 N 60, der sich für eine mögliche Vorwirkung des Grundsatzes *nemo tenetur* auf das Verwaltungsverfahren ausspricht; sowie GETH, in: *Banken zwischen Strafrecht und Aufsichtsrecht*, S. 155, mit weiteren Hinweisen zum notwendigen Zusammenhang zwischen Verwaltungs- und Strafverfahren, sog. Chambaz-Kriterien (aus EGMR Chambaz gegen Schweiz, Nr. 11663/04 vom 5. April 2012); vgl. SCHAAD, Jusletter 20. März 2017, N 35 ff.

⁶⁸² Vgl. URWYLER, Diss., S. 179.

⁶⁸³ EGMR Ibrahim und andere gegen Vereinigtes Königreich, Nr. 50541/08, 50571/08, 50573/08, 40351/09 vom 13. September 2016, § 266 f.; URWYLER, Diss., S. 179; TRECHSEL, *Human rights*, S. 341 ff.

⁶⁸⁴ Art. 185 Abs. 5 StPO.

⁶⁸⁵ ZK StPO-LIEBER, Art. 113 N 20; BSK StPO-HEER, Art. 185 N 32; OBERHOLZER, *Grundzüge des Strafprozessrechts*, S. 320; URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, *Handbuch*, S. 124; URWYLER, Diss., S. 180; PIETH/GETH, *Strafprozessrecht*, S. 230.

beschuldigte Person vor den Strafbehörden nicht zur Aussage verpflichtet, so darf sie auch eine sachverständige Person nicht zum Sprechen bringen.⁶⁸⁶ Es werden in der Exploration durch die sachverständige Person Informationen erhoben, welche dem Schutzbereich von *nemo tenetur* unterstehen.⁶⁸⁷ Es wurde hiervor bereits aufgezeigt, dass anlässlich der Exploration umfangreiche Informationen über die beschuldigte Person gesammelt und in das Strafverfahren eingebracht werden.⁶⁸⁸ Die Gefahr der Selbstbelastung liegt in der Exploration auf der Hand, falls die beschuldigte Person gegenüber der sachverständigen Person aussagt. Folgerichtig muss der Grundsatz *nemo tenetur* im selben Umfang in der Exploration gewährleistet werden, wie dies gegenüber den Strafbehörden der Fall ist.

Das Bundesgericht schützt die Selbstbelastungsfreiheit der beschuldigten Person anlässlich der Exploration jedoch nicht absolut, wie aus einem Entscheid zum Jugendstrafrecht aus dem Jahr 2023 hervorgeht.⁶⁸⁹ In diesem Entscheid ging es um die jugendliche Person A., die von einer sachverständigen Person anlässlich einer Exploration irrtümlicherweise nicht über ihr Aussage- und Mitwirkungsverweigerungsrecht belehrt wurde.⁶⁹⁰ Das Bundesgericht kommt in diesem Entscheid zurück auf seine Rechtsprechung in BGE 144 I 253⁶⁹¹ und hält nochmals fest, dass die Explorationsgespräche nicht den gleichen Zweck haben wie die Sachverhaltsermittlung durch die Strafbehörden.⁶⁹² Deswegen könnten nicht dieselben strafprozessualen Grundsätze wie beispielsweise *nemo tenetur* angewendet werden.⁶⁹³ Die sachverständigen Sachverhaltsermittlungen stünden in einem engen Zusammenhang mit dem Gutachtensauftrag und das Explorationsgespräch diene speziell der Sachverhaltsermittlung für das Gutachten.⁶⁹⁴ Das Bundesgericht hielt weiter fest, dass die Verletzung von Art. 185 Abs. 5 StPO im Jugendstrafverfahren nicht notwendigerweise zur Unverwertbarkeit der Aussagen der jugendlichen Person A. gegenüber der sachverständigen Person führen müsse.⁶⁹⁵

⁶⁸⁶ SALADIN, in: *Recht und Wirtschaft heute*, S. 672.

⁶⁸⁷ URWYLER, Diss., S. 178; BSK StPO-HEER, Art. 185 N 32; ZK StPO-LIEBER, Art. 113 N 20.

⁶⁸⁸ Vgl. *Erster Teil, 3. Kapitel, B., I., S. 25 ff.*

⁶⁸⁹ BGer 7B_815/2023 vom 18. Dezember 2023.

⁶⁹⁰ BGer 7B_815/2023 vom 18. Dezember 2023, Sachverhalt B.b.

⁶⁹¹ Vgl. *Zweiter Teil, 3. Kapitel, A., II., S. 76 ff.*

⁶⁹² BGer 7B_815/2023 vom 18. Dezember 2023, E. 2.3.2.

⁶⁹³ BGer 7B_815/2023 vom 18. Dezember 2023, E. 2.3.2.

⁶⁹⁴ BGer 7B_815/2023 vom 18. Dezember 2023, E. 2.3.2.

⁶⁹⁵ BGer 7B_815/2023 vom 18. Dezember 2023, E. 2.3.2.

Wie bereits hiavor festgehalten, verkennt das Bundesgericht mit dieser Rechtsprechung, dass die gemachten Aussagen der beschuldigten Person über das Gutachten in die Akten einfließen und damit den Strafprozess mitprägen, unbesehen, ob es ein Vorhalteverbot gibt oder nicht.⁶⁹⁶ Das Bundesgericht geht aber in seinem Entscheid noch einen Schritt weiter und spricht davon, dass diese Aussagen gar nicht unverwertbar sein müssen.⁶⁹⁷ Damit wird es möglich, dass Äusserungen, die gegen den Grundsatz *nemo tenetur* verstossen, in einem Gutachten verwertet werden, dessen Beurteilungen dann wiederum Eingang in das Urteil finden.⁶⁹⁸ Das Gericht stützt sich in einem solchen Fall bei der Tat- und bei der Sanktionsfrage auf Erkenntnisse, die ihrerseits auf eigentlich unverwertbaren Äusserungen aus der Exploration aufbauen.⁶⁹⁹ Damit stützt sich das Urteil auf ein Tatsachenfundament, welches das Gericht eigentlich nicht verwenden dürfte. Das führt zu strafprozessualen Fairnessproblemen, weil die beschuldigte Person durch die Auslagerung der Sachverhaltsermittlung an die sachverständige Person schlechtergestellt wird. Ihr kommen nicht die gleichen Schutzrechte zu, wie wenn die Strafbehörden den Sachverhalt ermittelt hätten.

Auch der EGMR musste sich bereits mit der Vereinbarkeit von (teilweisem) Schweigen während der Exploration und der Selbstbelastungsfreiheit befassen.⁷⁰⁰ Im konkreten Fall beschränkten sich die explorierenden Sachverständigen im Gutachten auf die Feststellung, dass der Beschwerdeführer, der wie auswendig gelernt sprach, ihnen gegenüber die Schilderung des fraglichen Mordes wiederholte, die er bereits den Ermittelnden gegeben hatte, und dass er schwieg, als er nach Einzelheiten oder Klarstellungen zum Mord befragt wurde.⁷⁰¹ Die Geständnisse, welche der Beschwerdeführer gegenüber den Ermittlungsbehörden gemacht hatte, waren jedoch unverwertbar.⁷⁰² Das urteilende nationale Gericht hatte sich anschliessend auf die vagen Aussagen der Sachverständigen gestützt, um zu beweisen, dass der Beschwerdeführer den objektiven Tatbestand der ihm vorgeworfenen Straftat erfüllt.⁷⁰³ Damit hat das nationale Gericht die Unverwertbarkeit der Geständnisse umgangen, indem es sich einzig auf die Aussagen aus der Exploration abstützt.

⁶⁹⁶ Vgl. *Zweiter Teil, 3. Kapitel, B., S. 80 ff.*; WOHLERS, *forumpoenale* 2021, S. 365.

⁶⁹⁷ BGer 7B_815/2023 vom 18. Dezember 2023, E. 2.3.2.

⁶⁹⁸ Vgl. WOHLERS, *forumpoenale* 2021, S. 365 f.

⁶⁹⁹ Vgl. WOHLERS, *forumpoenale* 2021, S. 365 f.

⁷⁰⁰ EGMR Shabelnik gegen Ukraine, Nr. 15685/11 vom 1. Juni 2017, § 50 ff.

⁷⁰¹ EGMR Shabelnik gegen Ukraine, Nr. 15685/11 vom 1. Juni 2017, § 53.

⁷⁰² EGMR Shabelnik gegen Ukraine, Nr. 15685/11 vom 1. Juni 2017, § 26 ff.

⁷⁰³ EGMR Shabelnik gegen Ukraine, Nr. 15685/11 vom 1. Juni 2017, § 53.

Dieses Vorgehen entspricht nicht den Anforderungen eines fairen Verfahrens nach Art. 6 EMRK und der angemessenen Berücksichtigung von *nemo tenetur*.⁷⁰⁴

Damit besteht die Gefahr, dass *nemo tenetur* durch die Exploration ausgehebelt wird, wenn nicht eine absolute Unverwertbarkeit der Explorationsgespräche folgt, die gegen diesen Grundsatz verstossen haben. Der Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit lässt sich nur mit einer absoluten Unverwertbarkeit als Rechtsfolge denken.⁷⁰⁵ Die absolute Unverwertbarkeit gehört zur Quintessenz der Bestimmung.⁷⁰⁶

Das Bundesgericht hebt mit seiner Rechtsprechung den Grundsatz *nemo tenetur* beziehungsweise *the right not to incriminate oneself* aus.⁷⁰⁷ Den gesetzlichen Anforderungen von Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 158 Abs. 2 StPO ist damit nicht Genüge getan. Das absolute Verwertungsverbot muss auch bei Aussagen aus Explorationsgesprächen ohne Hinweis auf *nemo tenetur* gelten und nicht nur bei Einvernahmen durch Strafbehörden. Nur so kann sichergestellt werden, dass die beschuldigte Person durch die Auslagerung der Sachverhaltsermittlung an Sachverständige prozessual nicht schlechtergestellt wird.

II. Bei Aktengutachten

Wenn sich die beschuldigte Person gemäss dem Mitwirkungsverweigerungsrecht einer persönlichen Untersuchung wie der Exploration verweigert, kann ein sogenanntes Aktengutachten erstellt werden.⁷⁰⁸ Unter Aktengutachten versteht man ein Gutachten, welches ohne Exploration erstellt worden ist.⁷⁰⁹ Bei einem Aktengutachten hat die sachverständige Person vom Sachverhalt auszugehen, wie er sich aus den Akten ergibt.⁷¹⁰ Aktengutachten sollten nur ausnahmsweise erstellt werden und sind per se umstritten.⁷¹¹ Ein Aktengutachten kann – trotz der grundsätzlichen

⁷⁰⁴ EGMR Shabelnik gegen Ukraine, Nr. 15685/11 vom 1. Juni 2017, § 54.

⁷⁰⁵ NOLL, *forumpoenale* Sondernummer 2020, S. 183.

⁷⁰⁶ NOLL, *forumpoenale* Sondernummer 2020, S. 183.

⁷⁰⁷ Vgl. hierzu auch CONINX, *Habil.*, S. 462.

⁷⁰⁸ BGE 127 I 54, E. 2e–2g; BGer 6B_937/2008 vom 16. Februar 2009, E. 2.2; BGer 6B_1163/2018 vom 14. Dezember 2018, E. 2.4.2; OBERHOLZER, *Grundzüge des Strafprozessrechts*, S. 322; vgl. auch § 17 Abs. 2^{bis} Weisung-LU.

⁷⁰⁹ HABERMEYER/SASS, *FPPK* 2022, S. 92; vgl. NEDOPIL/ENDRASS/ROSSEGGGER/WOLF, *Prognose*, S. 65.

⁷¹⁰ OBERHOLZER, *Grundzüge des Strafprozessrechts*, S. 323; CONINX, *Habil.*, S. 463.

⁷¹¹ BGer 6B_1163/2018 vom 14. Dezember 2018, E. 2.4.2; BGer 6B_1006/2015 vom 4. April 2016, E. 2.3; OBERHOLZER, *Grundzüge des Strafprozessrechts*, S. 322;

Anforderung der persönlichen Exploration – eine rechtsgenügende Grundlage darstellen, wenn weitere Dokumente wie frühere Gutachten oder Therapieberichte vorhanden sind.⁷¹² Ob sich ein Aktengutachten verantworten lässt, hat in erster Linie die sachverständige Person zu entscheiden.⁷¹³

1. Nachteile von Aktengutachten für die beschuldigte Person

Verweigert die beschuldigte Person die Exploration, schweigt sie auf die Fragen der sachverständigen Person oder leugnet sie die Tat und besteht auf ihrer Unschuld, ergeben sich daraus Nachteile für sie.⁷¹⁴ Die Verweigerung der Mitwirkung bei der Exploration wird regelmässig als fehlende Einsicht und damit als Indiz für besondere Rückfallgefahr gewertet.⁷¹⁵ Das zeigt sich insbesondere auch an der Beurteilung einzelner Items bestimmter Prognoseinstrumente.⁷¹⁶

Um diese Mitwirkungspflichten weiter zu erörtern, müssen zuerst die Grenzen der Aktenbegutachtung aus psychiatrischer Sicht aufgezeigt werden. Die Aussagekraft der sachverständigen Schlussfolgerungen in einem Aktengutachten hängt vom Umfang und insbesondere vom psychiatrischen beziehungsweise psychopathologischen Gehalt der Aktenlage ab.⁷¹⁷ Somit kann es Konstellationen geben – zum Beispiel bei erstmals beschuldigten Personen ohne umfangreiche Vorakten und ohne psychiatrische Vorgeschichte –, bei denen eine Begutachtung nach Aktenlage nicht möglich ist.⁷¹⁸ In diesem Fall ist jeweils auch auf die Grenzen der Aussagekraft der Aktenlage und damit auch der leistbaren Schlüsse im Gutachten

MAIER/MÖLLER, Das gerichtspsychiatrische Gutachten, S. 138 f.; BSK StGB-HEER, Art. 56 N 47; NEDOPIL/ENDRASS/ROSSEGGER/WOLF, Prognose, S. 65; WOLF, in: Achtung: Begutachtung!, S. 157; URWYLER/ENDRASS/HACHTTEL/GRAF, Handbuch, S. 334.

⁷¹² Mit weiteren Hinweisen BSK StGB-HEER, Art. 56 N 47.

⁷¹³ BGE 127 I 54, E. 2f; BGer 6B_937/2008 vom 16. Februar 2009, E. 2.2; BGer 6B_1163/2018 vom 14. Dezember 2018, E. 2.4.2; OBERHOLZER, Grundzüge des Strafprozessrechts, S. 322; BSK StGB-HEER, Art. 56 N 47; vgl. auch § 17 Abs. 2^{bis} Weisung-LU.

⁷¹⁴ BGer 6B_937/2008 vom 16. Februar 2009, E. 2.3; CONINX, Habil., S. 462 f.; HABERMEYER/SASS, FPPK 2022, S. 99.

⁷¹⁵ CONINX, Habil., S. 463.

⁷¹⁶ Vgl. hiernach *Dritter Teil, 3. Kapitel, B., III., S. 137 ff.*

⁷¹⁷ HABERMEYER/SASS, FPPK 2022, S. 93.

⁷¹⁸ HABERMEYER/SASS, FPPK 2022, S. 93.

hinzuweisen.⁷¹⁹ Auf Aktenbasis könnten insbesondere bei beschuldigten Personen mit umfangreichen Vortaten gemäss psychiatrischen Vorgaben jedoch statistische Instrumente zur Einschätzung des Rückfallrisikos sinnvoll eingesetzt werden, da diese Instrumente oft so konzipiert seien, dass Aussagen zum Wiederholungsrisiko allein auf Aktenbasis möglich seien.⁷²⁰ Diese Instrumente stützen sich jedoch wie bereits aufgeführt auf anhand von bestimmten Gruppen statistisch gewonnenen Zahlen, welche nur bedingt für den Einzelfall aussagekräftig sind.⁷²¹ Deswegen bleibt auch bei einem Aktengutachten die klinisch-idiografische Analyse der entscheidende Beurteilungsschritt, damit den Gegebenheiten des Einzelfalls Rechnung getragen werden kann.⁷²² Dies ist selbstverständlich bei einem Aktengutachten nur eingeschränkt im Rahmen der zur Verfügung stehenden Informationen möglich.⁷²³

Ein Aktengutachten kann deswegen gegenüber einem Gutachten mit Exploration Nachteile für die beschuldigte Person beinhalten.⁷²⁴ Die Begutachtung nach Aktenlage lässt der beschuldigten Person keine Möglichkeit, ihre Sicht der verfahrensrelevanten Geschehnisse sowie ihre Vorstellungen zur Zukunftsgestaltung und zum sozialen Empfangsraum darzustellen.⁷²⁵ Die grösste Erkenntnisquelle – die Informationen der beschuldigten Person – fällt gänzlich weg.⁷²⁶ Besonders problematisch kann sich dieses Fehlen auswirken, wenn eine Vielzahl von statistischen Risikomerkmale vorliegt.⁷²⁷ Dieser Umstand wird regelmässig dazu führen, dass das Rückfallrisiko höher ausfällt, als wenn die beschuldigte Person an der Exploration mitgewirkt hätte.⁷²⁸ Daher ergibt sich ein Dilemma für die beschuldigte Person: Wenn sie bei der Begutachtung nicht mitmacht, wird die Prognose vermutlich

⁷¹⁹ DRESSING/HABERMEYER, in: *Praxishandbuch Therapie in der Forensischen Psychiatrie und Psychologie*, S. 43; HABERMEYER/SASS, FPPK 2022, S. 93; vgl. auch § 17^{bis} Weisung-LU.

⁷²⁰ Mit weiteren Hinweisen HABERMEYER/SASS, FPPK 2022, S. 96.

⁷²¹ Vgl. *Erster Teil, 3. Kapitel, C., II., S. 32 ff.*; BGer 6B_257/2018, 6B_270/2018 vom 12. Dezember 2018, E. 7.6.1; URWYLER/ENDRASS/HACHTTEL/GRAF, Handbuch, S. 133; mit weiteren Hinweisen HABERMEYER/SASS, FPPK 2022, S. 96.

⁷²² HABERMEYER/SASS, FPPK 2022, S. 96.

⁷²³ HABERMEYER/SASS, FPPK 2022, S. 97.

⁷²⁴ KRÖBER, FPPK 2013, S. 303; HABERMEYER/SASS, FPPK 2022, S. 99.

⁷²⁵ HABERMEYER/SASS, FPPK 2022, S. 97; vgl. KRÖBER, FPPK 2013, S. 303.

⁷²⁶ AHMED, in: *Achtung: Begutachtung!*, S. 180.

⁷²⁷ HABERMEYER/SASS, FPPK 2022, S. 99.

⁷²⁸ Vgl. URWYLER/ENDRASS/HACHTTEL/GRAF, Handbuch, S. 125.

schlechter ausfallen, und wenn sie mitmacht, obwohl sie keine Aussagen tätigen möchte, gibt sie ihr verfassungsmässig geschütztes Recht auf Selbstbelastungsfreiheit auf.⁷²⁹

2. Auslegung nach Praxis des EGMR

Es ergeben sich in dieser Situation demnach Nachteile für die beschuldigte Person, wenn sie schweigt. Der EGMR hält fest, dass das Recht zu schweigen nicht absolut ist und das Schweigen in Ausnahmefällen zulasten der betroffenen Person ausgelegt werden darf.⁷³⁰ Die Entscheidung einer beschuldigten Person, während des Verfahrens zu schweigen, bleibt nicht zwangsläufig ohne Auswirkungen für sie.⁷³¹ Ob das Ziehen negativer Schlussfolgerungen aus dem Schweigen einer beschuldigten Person gegen Art. 6 EMRK verstösst, ist unter Berücksichtigung aller Umstände des Falles zu entscheiden, wobei insbesondere das Gewicht, das die nationalen Gerichte solchen Schlussfolgerungen bei ihrer Beweiswürdigung beimessen, und das Mass an Zwang, das der Situation innewohnt, zu berücksichtigen sind.⁷³² In der Praxis müssen angemessene Schutzvorkehrungen getroffen werden, um sicherzustellen, dass nachteilige Schlussfolgerungen nicht über das hinausgehen, was nach Art. 6 EMRK zulässig ist.⁷³³

Bei der Prüfung der Frage, ob ein Verfahren das *right not to incriminate oneself* getroffen hat, berücksichtigt der EGMR insbesondere die folgenden Elemente:

- Die Art und das Ausmass des Zwanges;
- das Vorhandensein einschlägiger Schutzvorkehrungen in dem Verfahren;
- die Verwendung des auf diese Weise erlangten Materials.⁷³⁴

⁷²⁹ Vgl. URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 125.

⁷³⁰ GRAF, SJZ 2015, S. 190; TRECHSEL, Human rights, S. 356 ff.; EGMR, Guide on Article 6, S. 43.

⁷³¹ EGMR Murray gegen Vereinigtes Königreich, Nr. 18731/91 vom 28. Oktober 1994, § 47; EGMR, Guide on Article 6, S. 43.

⁷³² EGMR, Guide on Article 6, S. 44.

⁷³³ EGMR, Guide on Article 6, S. 44.

⁷³⁴ EGMR Jalloh gegen Deutschland, Nr. 54810/00 vom 11. Juli 2006, § 101; EGMR O'Halloran und Francis gegen Vereinigtes Königreich, Nr. 15809/02, 25624/02 vom 29. Juni 2007, § 55; EGMR Bykov gegen Russland, Nr. 4378/02 vom 10. März 2009, § 104; EGMR Ibrahim und andere gegen Vereinigtes Königreich, Nr. 50541/08, 50571/08, 50573/08, 40351/09 vom 13. September 2016, § 269; EGMR, Guide on Article 6, S. 43.

Es fragt sich, ob die Situation anlässlich der Erstellung von Aktengutachten eine solche Ausnahmesituation darstellt, in der das Schweigen der beschuldigten Person nachteilig ausgelegt werden darf. Um dies zu prüfen, werden die vom EGMR aufgestellten Kriterien untersucht:

- Die Art und das Ausmass des Zwanges: Anlässlich der Aktenbegutachtung gibt es keinen ausgesprochenen Druck, faktisch ist aber wie hiervor ausgeführt ein hoher Druck zur Aussage vorhanden, da eine reine Aktenbegutachtung die ausgleichende Seite der beschuldigten Person nicht berücksichtigt und dadurch grundsätzlich schlechtere Prognosen resultieren. Diese können zu Verlängerungen oder Umwandlungen der Massnahmen führen.
- Das Vorhandensein einschlägiger Schutzvorkehrungen in dem Verfahren: Einschlägige Schutzvorkehrungen sind beim Status quo der Begutachtungspraxis kaum vorhanden, beispielsweise gibt es keine notwendige Verteidigung⁷³⁵ bei Begutachtungen oder ein Teilnahmerecht der Verteidigung⁷³⁶ bei der Exploration oder eine umfassende Dokumentation⁷³⁷ der Exploration. Immerhin gibt es eine Belehrung durch die sachverständige Person, welche die beschuldigte Person umfassend über ihre Aussageverweigerungs- und Mitwirkungsrechte belehren muss.⁷³⁸ Ob diese Belehrung StPO-konform durchgeführt wurde, kann jedoch aufgrund mangelnder Dokumentation regelmässig nicht überprüft werden.
- Die Verwendung des auf diese Weise erlangten Materials: Die während des Aktengutachtens erstellten Prognosen beeinflussen das Urteil des Gerichts bei seiner Entscheidung massgeblich, ob der beschuldigten Person eine Massnahme auferlegt wird oder die Massnahme verlängert oder umgewandelt wird. Bei den im Urteil zur Diskussion stehenden Massnahmen kann es sich um freiheitsentziehende Massnahmen handeln, womit die Verwendung des auf diese Weise erlangten Materials zu der grössten Einschränkung der Freiheitsrechte von beschuldigten Personen führen kann.

Wenn eine Person keine Vorstrafen hat und nur wenige Informationen vorliegen, wird ein Gutachten auf Basis der Akten vermutlich nicht möglich sein.⁷³⁹ Unklar bleibt, wie es mit Aktengutachten aussieht, die aufgrund von früher erstellten

⁷³⁵ Vgl. *Schlussbetrachtung*, B., I., 4., S. 266 ff.

⁷³⁶ Vgl. *Dritter Teil*, 5. Kapitel, B., I., S. 166 ff.

⁷³⁷ Vgl. *Fünfter Teil*, 3. Kapitel, A., I., S. 236 ff.

⁷³⁸ Art. 185 Abs. 5 StPO.

⁷³⁹ HABERMAYER/SASS, FPPK 2022, S. 93; URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 343.

Akten – wie früheren Gutachten oder abgeurteilten Vorstrafen – vorgenommen werden können. Als Schutzvorkehrung liegt die Belehrung der begutachteten Person anlässlich der Exploration nahe. Zudem wird das so gewonnene Material möglicherweise für die Legitimation eines Freiheitsentzugs verwendet. Diese beiden Argumente sprechen gegen die Zulässigkeit von Aktengutachten bei Schweigen, da daraus erhebliche Nachteile für die beschuldigte Person erfolgen. Sollte es unzulässig sein, ausschliesslich auf ein Aktengutachten abzustellen, wird die Strafverfolgung vor eine grosse Herausforderung gestellt. Wie ist zu verfahren, wenn das für einen Massnahmenentscheid zwingende Gutachten nicht verwertet werden kann, weil es sich um ein reines Aktengutachten handelt?

Das ist eine Frage, welcher sich die Praxis im konkreten Einzelfall wird annehmen müssen. Die beschuldigte Person wird belehrt, dass sie nicht aussagen muss, und wird sich, sofern sie nicht eine kundige Verteidigung oder Vorwissen über Begutachtungen hat, der möglichen Nachteile des Schweigens auch nicht zwingend bewusst werden. Es lässt sich deswegen festhalten, dass reine Aktengutachten aufgrund des hiervor erwähnten Dilemmas der beschuldigten Person Konfliktpotenzial mit Art. 6 Ziff. 1 EMRK aufweisen. Ob es bei Aktengutachten eine Verletzung der Selbstbelastungsfreiheit gibt, kann ohne Bezug auf einen Einzelfall nicht festgestellt werden.

III. Im Zusammenhang mit Prognoseinstrumenten

Unabhängig davon, ob es sich um ein Aktengutachten oder um ein Gutachten mit Exploration handelt, sind die verschiedenen Items einzelner Prognoseinstrumente auf ihre Vereinbarkeit mit *nemo tenetur* zu untersuchen.

Ob der Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit bei Prognosegutachten überhaupt Geltung beansprucht, wurde in der schweizerischen Rechtsprechung bisher nicht vertieft diskutiert.⁷⁴⁰ Um die Frage beantworten zu können, ob der Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit auch im Rahmen von Prognosegutachten Geltung erlangt, ist Folgendes zu bedenken: Würde zulasten der beschuldigten Person berücksichtigt, dass diese sich nicht mit der von ihr angeblich begangenen Tat auseinandersetzt, ihren Tatbeitrag herunterspielt, ihre Tat nicht bereut oder ihre Tat leugnet, so könnte sie eine negative Prognose zwangsläufig nur dann umgehen, wenn sie ihre

⁷⁴⁰ CONINX, Habil., S. 463; HEER, in: Strafverfolgung – Individuum – Öffentlichkeit im Spannungsfeld der Wahrnehmungen, S. 123; HEER, in: Erkenntnisse von Fachkommissionen – Psychiatrische Gutachten im Fokus des Bundesgerichts, S. 118; URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 124.

Verteidigungsstrategie aufgabe – denn wer die Tat bestreitet, kann naturgemäss nicht gleichzeitig Reue empfinden oder sich mit der angelasteten Tat auseinandersetzen.⁷⁴¹ In Deutschland hat sich der Bundesgerichtshof (BGH) bereits mit dieser Frage auseinandergesetzt.⁷⁴² Die zwingende Aufgabe der Schweigehaltung beziehungsweise der Verteidigungsstrategie bei der Anordnung der Sicherungsverwahrung verstösst gemäss der Ansicht des BGH gegen *nemo tenetur*, da die beschuldigte Person in ihrer Entscheidung, sich zu verteidigen, tatsächlich nicht mehr frei wäre.⁷⁴³ Deshalb dürfen gemäss der Rechtsprechung des BGH aus den hiervor beschriebenen Verhaltensweisen keine negativen Schlüsse bei der Erstellung von Prognosegutachten gezogen werden.⁷⁴⁴ Die Erwägungen des BGH überzeugen auch für die Schweiz: Aus zulässigem Verteidigungsverhalten wie Schweigen, Bestreiten und Lügen dürfen keine negativen Schlüsse für Prognosegutachten abgeleitet werden, ansonsten *nemo tenetur* verletzt wird.⁷⁴⁵

Der Umgang der beschuldigten Person mit der begangenen Straftat wird in der Praxis als wesentliches Element der Rückfallprognose erachtet.⁷⁴⁶ Es gibt daher bei der Verwendung von gewissen Prognoseinstrumenten bestimmte Items, welche die beschriebenen zulässigen Verhaltensweisen bezüglich Rückfallrisiko negativ werten. Die nachfolgenden Ausführungen gelten für alle Prognoseinstrumente, welche diese zulässigen Verhaltensweisen als negativ werten. Exemplarisch für diesen Konfliktbereich werden die folgenden Items der PCL-R und des HCR-20 näher betrachtet:⁷⁴⁷

- *Pathologisches Lügen (PCL-R Item 4);*
- *mangelnde Wissensbisse und mangelndes Schuldbewusstsein (PCL-R Item 6);*
- *mangelnde Bereitschaft und Fähigkeit, Verantwortung für eigenes Handeln zu übernehmen (PCL-R Item 16);*

⁷⁴¹ DÖBELE, Diss., S. 175; CONINX, Habil., S. 464; vgl. URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 125.

⁷⁴² Urteil des BGH vom 20. März 2012, StR 64/12, N 5.

⁷⁴³ Urteil des BGH vom 20. März 2012, StR 64/12, N 5; DÖBELE, Diss., S. 175.

⁷⁴⁴ Urteil des BGH vom 20. März 2012, StR 64/12, N 5; DÖBELE, Diss., S. 175.

⁷⁴⁵ URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 127.

⁷⁴⁶ Vgl. CONINX, Habil., S. 463.

⁷⁴⁷ HEER, in: Erkenntnisse von Fachkommissionen – Psychiatrische Gutachten im Fokus des Bundesgerichts, S. 118; HEER, in: Strafverfolgung – Individuum – Öffentlichkeit im Spannungsfeld der Wahrnehmungen, S. 122 f.; DÖBELE, Diss., S. 175 ff.; URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 124 f.

- *Mangel an Einsicht (HCR-20 Item C1);*
- *negative Einstellungen (HCR-20 Item C2).*

Nachfolgend wird einzeln auf diese allfällig problematischen Items der Instrumente PCL-R und HCR-20 eingegangen.

1. PCL-R

PCL-R steht für *Psychopathy Checklist Revised*, sie wurde im Jahr 1991 von HARE veröffentlicht.⁷⁴⁸ In der vorliegenden Arbeit wird die deutsche Übersetzung des Manuals von MOKROS/HOLLERBACH/NITSCHKE/HABERMEYER verwendet.⁷⁴⁹

Als Erstes hervorzuheben ist das Item 4 der PCL-R, *pathologisches Lügen*, welches in Konflikt mit dem Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit geraten kann. Das Item 4 beschreibt eine beschuldigte Person, für welche Lügen und Betrügen charakteristisch sind in Bezug auf den Umgang mit anderen Personen.⁷⁵⁰ Laut Manual ist es möglich, dass die beschuldigte Person in der Exploration unter anderem widersprüchliche Erklärungen über vorgeworfene Straftaten gibt.⁷⁵¹ Das Item wird mit zwei Punkten bei vollständigem Vorliegen des beschriebenen Verhaltens bewertet, mit einem Punkt, falls dieses Verhalten teilweise vorliegt, und mit keinem Punkt, wenn das Verhalten gar nicht vorliegt.⁷⁵²

Gemäss dem Grundsatz *nemo tenetur* ist es das Recht jeder beschuldigten Person, über die ihr vorgeworfenen Straftaten zu lügen, auch in strategischem Ausmass. Sie kann in jeder Einvernahme oder Exploration verschiedene Versionen der Straftat erzählen, sie kann die begangene Tat abmildern oder gänzlich abstreiten, ohne dass dies negative Konsequenzen für sie haben darf. Wenn das Vorliegen des Items bejaht wird oder sogar bereits nur ein Punkt vergeben wird, resultiert bei der PCL-R ein höheres Punkteergebnis, was zu einem höheren prognostizierten Rückfallrisiko führt, welches wiederum zu einer Anordnung oder Aufrechterhaltung einer Massnahme durch das Gericht führen kann. Das höhere prognostizierte Rückfallrisiko an sich stellt bereits eine negative Auswirkung dar. Die Anwendung des Items *pathologisches Lügen* kann in dieser Hinsicht einen Verstoß gegen die Selbstbelastungsfreiheit darstellen.

⁷⁴⁸ MOKROS/HOLLERBACH/NITSCHKE/HABERMEYER, PCL-R, S. 12.

⁷⁴⁹ MOKROS/HOLLERBACH/NITSCHKE/HABERMEYER, PCL-R, S. 1 ff.

⁷⁵⁰ MOKROS/HOLLERBACH/NITSCHKE/HABERMEYER, PCL-R, S. 48; DÖBELE, Diss., S. 177.

⁷⁵¹ MOKROS/HOLLERBACH/NITSCHKE/HABERMEYER, PCL-R, S. 48; DÖBELE, Diss., S. 177.

⁷⁵² MOKROS/HOLLERBACH/NITSCHKE/HABERMEYER, PCL-R, S. 49.

Das nächste Item, welches in Konflikt mit dem Grundsatz *nemo tenetur* geraten könnte, ist das Item 6, *mangelnde Gewissensbisse und mangelndes Schuldbewusstsein*. Dieses Item beschreibt eine Person, der es an Anteilnahme an den negativen Konsequenzen ihrer kriminellen wie nichtkriminellen Handlungen mangelt, die angibt, kein Schuldbewusstsein zu haben und die geschehenen Dinge nicht bedauert.⁷⁵³ Laut Manual könnte es sein, dass die beschuldigte Person ihre Opfer, Dritte, die Gesellschaft oder äussere Umstände für ihr Handeln verantwortlich macht.⁷⁵⁴ Das Item wird wiederum mit keinem, einem oder zwei Punkten bewertet.⁷⁵⁵ Auch dieses Item kann aus denselben Gründen wie das Item 4 gegen *nemo tenetur* verstossen, da die beschuldigte Person keine Mitwirkungspflicht in Strafverfahren trifft und sie gemäss dem Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit weder die Tat zugeben noch Reue zeigen muss. Auch hier verstösst bereits die Vergabe von einem Punkt bei nicht geständigen beschuldigten Personen gegen die Selbstbelastungsfreiheit.

Das letzte zu betrachtende Item der PCL-R ist das Item 16, *mangelnde Bereitschaft und Fähigkeit, Verantwortung für eigenes Handeln zu übernehmen*. In Item 16 geht es um eine beschuldigte Person, welche unfähig und nicht gewillt ist, persönliche Verantwortung für kriminelles und nichtkriminelles Handeln zu übernehmen und die für Konsequenzen, welche aus ihrem Handeln resultieren, nicht einsteht.⁷⁵⁶ Die Rationalisierung des eigenen Verhaltens oder das Schieben der Schuld auf die Gesellschaft, das Opfer oder Mitbeschuldigte sind üblich.⁷⁵⁷ In Extremfällen wird die beschuldigte Person alle gegen sie gerichteten Anschuldigungen leugnen, obwohl die Beweislage eindeutig ist.⁷⁵⁸ Das Bagatellisieren ihres Verhaltens oder das Abstreiten der negativen Folgen ihres Handelns sind laut Manual häufig.⁷⁵⁹ Auch dieses Item wird mit keinem, einem oder zwei Punkten bewertet.⁷⁶⁰

Findet die Exploration also nach einem rechtskräftigen Urteil statt, wird die begutachtete Person faktisch zur Mitwirkung gezwungen.⁷⁶¹ Sagt sie anlässlich der

⁷⁵³ MOKROS/HOLLERBACH/NITSCHKE/HABERMEYER, PCL-R, S. 49; DÖBELE, Diss., S. 177.

⁷⁵⁴ MOKROS/HOLLERBACH/NITSCHKE/HABERMEYER, PCL-R, S. 49; DÖBELE, Diss., S. 177.

⁷⁵⁵ MOKROS/HOLLERBACH/NITSCHKE/HABERMEYER, PCL-R, S. 50.

⁷⁵⁶ MOKROS/HOLLERBACH/NITSCHKE/HABERMEYER, PCL-R, S. 59; DÖBELE, Diss., S. 178.

⁷⁵⁷ MOKROS/HOLLERBACH/NITSCHKE/HABERMEYER, PCL-R, S. 59; DÖBELE, Diss., S. 178.

⁷⁵⁸ MOKROS/HOLLERBACH/NITSCHKE/HABERMEYER, PCL-R, S. 59; DÖBELE, Diss., S. 178.

⁷⁵⁹ MOKROS/HOLLERBACH/NITSCHKE/HABERMEYER, PCL-R, S. 59; DÖBELE, Diss., S. 178.

⁷⁶⁰ MOKROS/HOLLERBACH/NITSCHKE/HABERMEYER, PCL-R, S. 60.

⁷⁶¹ CONINX, Habil., S. 464.

Exploration nicht aus und setzt sie sich nicht mit der ihr vorgeworfenen Tat auseinander, drohen ihr bei diesem Item eine (höhere) Punktevergabe und damit direkt eine schlechtere Prognose. Deswegen kann auch dieses Item gegen die Selbstbelastungsfreiheit verstossen, da gewichtige Nachteile für die beschuldigte Person drohen.

2. HCR-20

Der HCR-20 wurde 1995 von WEBSTER und EAVES in Nordamerika entwickelt.⁷⁶² In der vorliegenden Arbeit wird die deutsche Übersetzung des Manuals von MÜLLER-ISBERNER/JÖCKEL/GONZALEZ CABEZA verwendet.⁷⁶³ Die Punktevergabe erfolgt beim HCR-20 analog zur PCL-R mittels der Drei-Punkte-Skala.⁷⁶⁴

Im Rahmen des Items *Mangel an Einsicht* (HCR-20 Item C1) soll das Ausmass des Unvermögens der explorierten Person, die eigene psychiatrische Störung zu erkennen, festgestellt werden, wobei die Einsicht als das Verständnis und die realistische Einschätzung einer Person bezüglich der eigenen innerseelischen Vorgänge, Reaktionen und Selbstwahrnehmung definiert wird.⁷⁶⁵ Es ist zu prüfen, inwieweit eine explorierte Person sich selbst als gefährlich, aggressiv oder unkontrolliert wahrnehmen kann.⁷⁶⁶ Die mangelnde Einsicht dieser Person in die eigene psychiatrische Störung kann sich laut Manual beispielsweise darin zeigen, dass diese wenig Bewusstsein gegenüber ihrem allgemein hohen Aggressions- und Gefährlichkeitslevel hat.⁷⁶⁷ Anhand der Beschreibung dieses Items wird klar, dass die beschuldigte Person sich auch hier selbst belasten müsste, um eine Punktevergabe zu verhindern. Sie hätte sich über eine diagnostizierte Persönlichkeitsstörung zu äussern, mit der sie allenfalls gar nicht einverstanden ist. Weiter hätte sie sich offenkundig selbst zu belasten, wenn sie mit der sachverständigen Person darüber sprechen müsste, wie sie ihr eigenes Gefährlichkeitslevel gegenüber anderen Personen einschätzen würde.

⁷⁶² MÜLLER-ISBERNER/JÖCKEL/GONZALEZ CABEZA, HCR-20, S. V.

⁷⁶³ MÜLLER-ISBERNER/JÖCKEL/GONZALEZ CABEZA, HCR-20, S. 1 ff.

⁷⁶⁴ MÜLLER-ISBERNER/JÖCKEL/GONZALEZ CABEZA, HCR-20, S. 12.

⁷⁶⁵ MÜLLER-ISBERNER/JÖCKEL/GONZALEZ CABEZA, HCR-20, S. 35; DÖBELE, Diss., S. 178.

⁷⁶⁶ MÜLLER-ISBERNER/JÖCKEL/GONZALEZ CABEZA, HCR-20, S. 35 f.; DÖBELE, Diss., S. 178.

⁷⁶⁷ MÜLLER-ISBERNER/JÖCKEL/GONZALEZ CABEZA, HCR-20, S. 35 f.; DÖBELE, Diss., S. 178.

Das nächste Item des HCR-20 ist *negative Einstellungen* (HCR-20 Item C2). Dieses Item fragt unter anderem nach der Einstellung der beschuldigten Person gegenüber früher begangenen Gewalttaten.⁷⁶⁸ Von Interesse ist laut Manual, ob die beschuldigte Person diesbezüglich authentische Trauer und Bedauern zeigt oder vielmehr Reue- und Gefühllosigkeit.⁷⁶⁹ Auch dieses Item verstösst aus denselben Gründen wie das Item 6 der PCL-R gegen die Selbstbelastungsfreiheit, da die beschuldigte Person keine Mitwirkungspflicht in Strafverfahren trifft und sie weder die Tat zugeben noch Reue zeigen muss. Auch hier verstösst bereits die Vergabe von einem Punkt bei der erstmaligen Anordnung einer Massnahme bei nicht geständigen beschuldigten Personen gegen die Selbstbelastungsfreiheit.

Darüber hinaus ist beim HCR-20 anzumerken, dass das Item H7 die *Psychopathy* bewertet, welche anhand der PCL-R ermittelt werden kann.⁷⁷⁰ Wird dies so gemacht, vereint der HCR-20 alle hiervor bereits als problematisch aufgelisteten Items der PCL-R ebenfalls, da sie über das Item H7 aufgenommen werden.

3. Konflikt bei beiden Instrumenten

Stützt sich das Gericht bei seiner Entscheidung in einem Massnahmenverfahren auf das Gutachten einer sachverständigen Person, welche das Ergebnis der PCL-R oder des HCR-20 in ihr Gutachten einbezogen hat, so kann nach dem hiervor Aufgeführten nicht ausgeschlossen werden, dass zulässiges Nachtat- oder Verteidigungsverhalten der beschuldigten Person zu deren Lasten berücksichtigt wird.⁷⁷¹ Durch den Einsatz der PCL-R oder des HCR-20 könnte der Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit nach Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 113 StPO somit unterlaufen werden.⁷⁷² Bei schweigenden beschuldigten Personen ist die Verwendung dieser beiden Instrumente beziehungsweise der angeführten Items demnach nicht zulässig.

Eine weitere Schwierigkeit im Spannungsfeld von Selbstbelastungsfreiheit und Begutachtung ist der Zeitpunkt der Exploration. DITTMANN vermerkte in seinem Kriterienkatalog, dass während und vor dem Schuldspruch das Leugnen und Abstreiten der Tat legitime Verteidigungsstrategien darstellen würden, nach der rechtskräftigen

⁷⁶⁸ MÜLLER-ISBERNER/JÖCKEL/GONZALEZ CABEZA, HCR-20, S. 36 f.; DÖBELE, Diss., S. 179.

⁷⁶⁹ MÜLLER-ISBERNER/JÖCKEL/GONZALEZ CABEZA, HCR-20, S. 37; DÖBELE, Diss., S. 179.

⁷⁷⁰ MÜLLER-ISBERNER/JÖCKEL/GONZALEZ CABEZA, HCR-20, S. 28.

⁷⁷¹ DÖBELE, Diss., S. 182.

⁷⁷² DÖBELE, Diss., S. 182.

Verurteilung aber etwas anderes gelte.⁷⁷³ Wie CONINX festhält, kommt der Selbstbelastungsfreiheit und dem Aussageverweigerungsrecht damit bestenfalls im Zeitpunkt der Massnahmenanordnung, wenn die Exploration meist vor dem erstinstanzlichen Urteil stattfindet, noch eine gewisse Wirkung zu.⁷⁷⁴ Bei den folgewichtigen Massnahmenentscheidungen, wie beispielsweise einer Verlängerung der Massnahme oder bei Entlassungsentscheidungen, drohen diese Grundsätze ausser Kraft gesetzt zu werden.⁷⁷⁵ In diesem Zeitpunkt sind die Betroffenen faktisch zur Mitwirkung gezwungen, wenn sie sich überhaupt eine Chance auf Entlassung bewahren wollen.⁷⁷⁶

Als Zwischenfazit kann deswegen festgehalten werden, dass die PCL-R und der HCR-20 und allenfalls weitere Prognoseinstrumente, welche mit ihren Items in dieser Weise gegen die Selbstbelastungsfreiheit verstossen, bei nicht vollumfänglich geständigen beschuldigten Personen nicht in ihrer Gesamtheit verwendet werden dürfen, auch nicht nach den erstinstanzlichen Massnahmenanordnungen. Sollen diese Instrumente verwendet werden, müssen die fraglichen Items ausgelassen und nicht negativ, das heisst konsequent mit dem Punktwert null, gewertet werden. Es gibt andere Prognoseinstrumente, die hinsichtlich Selbstbelastungsfreiheit keine problematischen Items beinhalten. Unter strafprozessualen Gesichtspunkten gibt es deswegen geeignete und ungeeignete Prognoseinstrumente. Diese Konflikte zwischen den strafprozessualen Anforderungen und der forensisch-psychiatrischen Arbeitsweise machen deutlich, dass bei der Gutachtenserstellung im strafprozessualen Rahmen die Anforderungen an Sachverständige weitergehen als in einem freiwilligen therapeutischen Setting. Die sachverständige Sachverhaltsermittlung untersteht im Strafprozess neben den psychiatrischen Methoden vorrangig den strafprozessualen Anforderungen.⁷⁷⁷ Gerade bei Prognoseinstrumenten wird die Spannung zwischen den Arbeitsweisen der beiden Disziplinen sichtbar.⁷⁷⁸ Nur wenn die Prognoseinstrumente auf die hiervoor beschriebene Weise eingesetzt werden, kann jedoch sichergestellt werden, dass die beschuldigte Person keine prozessualen Nachteile durch die Auslagerung der Sachverhaltsermittlung erleidet.

⁷⁷³ DITTMANN, Basler Kriterienkatalog, S. 23; CONINX, Habil., S. 464.

⁷⁷⁴ CONINX, Habil., S. 464.

⁷⁷⁵ CONINX, Habil., S. 464.

⁷⁷⁶ CONINX, Habil., S. 464; BERNARD, in: Strafverfolgung – Individuum – Öffentlichkeit im Spannungsfeld der Wahrnehmungen, S. 151; JOSET, in: Feststellung des Sachverhalts im Zusammenhang mit der Begutachtung, S. 141.

⁷⁷⁷ Vgl. *Zweiter Teil, 3. Kapitel, B., S. 80 ff.*; Volckart, *Kriminalprognose*, S. 52.

⁷⁷⁸ Vgl. *Vierter Teil, 3. Kapitel, B., III., S. 213 ff.*

C. Folgen der Missachtung der Selbstbelastungsfreiheit

Es wurde hiervor aufgezeigt, dass ein Spannungsfeld zwischen der Selbstbelastungsfreiheit und der Begutachtung besteht. Besonders akut sind die Spannungen während der Exploration, der Erstellung von Aktengutachten und bei der Anwendung von Prognoseinstrumenten, welche selbstbelastende Items beinhalten, wie beispielsweise die PCL-R und der HCR-20.

Diese Spannungen könnten durch eine Zweiteilung des Verfahrens abgemildert werden.⁷⁷⁹ Es könnte der bei der Anordnung von Massnahmen herrschende Konflikt zwischen den Verteidigungsstrategien von Aussageverweigerung, Leugnen oder Abstreiten und den Prognoseinstrumenten, welche dieses verfassungsmässig geschützte Verhalten negativ bewerten, verhindert werden.⁷⁸⁰ Eine allfällige Zweiteilung betrifft aber nur die Tatsachengrundlage der Tat- und Schuldfrage und damit nicht den gesamten für ein Gutachten relevanten Sachverhalt. Diese Verbesserungen sind daher bei der Erstellung von Vollzugsgutachten nicht einschlägig und können sodann ohnehin nur wirken, wenn die Zweiteilung auch tatsächlich angeordnet wird.⁷⁸¹ Die Anordnung der Zweiteilung ist bei Verfahren mit Begutachtungen nicht zwingend und sehr selten. Aus diesen Gründen sind die Folgen der Missachtung der Selbstbelastungsfreiheit auch ohne Zweiteilung des Verfahrens zu beleuchten.

Der Grundsatz *nemo tenetur* läuft Gefahr, durch die Exploration ausgehebelt zu werden, wenn nicht eine absolute Unverwertbarkeit von Explorationsgesprächen ohne Belehrung folgt. Der Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit lässt sich nur mit einer absoluten Unverwertbarkeit als Rechtsfolge denken.⁷⁸² Das gilt auch für die anderen aufgezeigten Spannungsfelder mit *nemo tenetur*. Ansonsten ist den gesetzlichen Anforderungen von Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 158 Abs. 2 StPO nicht Genüge getan.

Bei einer Verletzung der Selbstbelastungsfreiheit gilt daher unter Einbezug von Art. 6 Ziff. 1 EMRK die absolute Unverwertbarkeit von Beweismitteln.⁷⁸³ Das heisst konkret, dass Gutachten, welche den hiervor genannten Anforderungen

⁷⁷⁹ CONINX, Habil., S. 466; BERNARD/STUDER, in: Feststellung des Sachverhalts im Zusammenhang mit der Begutachtung, S. 17 ff.

⁷⁸⁰ Vgl. *Schlussbetrachtung, B., I., 3., S. 264 ff.*; CONINX, Habil., S. 466.

⁷⁸¹ Vgl. *Zweiter Teil, 4. Kapitel, A., II., S. 90 ff.*

⁷⁸² NOLL, *forumpoenale* Sondernummer 2020, S. 183.

⁷⁸³ Mit weiteren Hinweisen ZK StPO-LIEBER, Art. 113 N 54c.

nicht entsprechen, im Einzelfall auf ihre Unverwertbarkeit hin zu untersuchen sind. Nur wenn bei einer Verletzung der Selbstbelastungsfreiheit die Unverwertbarkeit als Rechtsfolge gilt, können die Verfahrensrechte von beschuldigten Personen trotz Auslagerung der Sachverhaltsermittlung an Sachverständige vollumfänglich gewahrt werden.

4. Kapitel: Erhebung und Verwertung von Beweisen bei Behörden und Dritten

Beweiserhebungen der sachverständigen Person finden regelmässig nicht nur anlässlich der Exploration der beschuldigten Person statt. Weitere Informationen zur Gutachtenserstellung kann die sachverständige Person bei Dritten erheben. Weiter kann sie bereits bestehende Beweise von Behörden verwerten, beispielsweise aus Akten. In welchem Umfang solche Erhebungen und Verwertungen zulässig sind, ist regelmässig umstritten. Der Massstab der nachfolgenden Ausführungen ist, dass die beschuldigte Person durch die sachverständige Erhebung und Verwertung von Beweisen bei Behörden und Dritten prozessual nicht schlechtergestellt werden darf, als wenn die Strafbehörden diese Verfahrenshandlungen durchführen würden.

A. Verwertung aus Akten

Die sachverständige Person verwendet unter anderem die von der Verfahrensleitung zur Verfügung gestellten Akten als Grundlage für das Gutachten.⁷⁸⁴ Es fragt sich, in welchem Umfang die sachverständige Person Informationen aus diesen Akten verwerten darf, um ihre Schlussfolgerungen im Gutachten darauf abzustellen.

I. Rechtliche Grundlagen

Detaillierte rechtliche Grundlagen zum Umfang der Informationsgewinnung aus den zur Verfügung gestellten Akten bestehen nicht. Diesbezüglich ist im Gesetz lediglich festgehalten, dass die sachverständige Person einfache Erhebungen, die mit dem Auftrag in engem Zusammenhang stehen, selber vornehmen kann.⁷⁸⁵ Ein selbstständiger Aktenbeizug der sachverständigen Person ist nicht zulässig, denn der Beizug von Akten einer Behörde oder einer Klinik ist keine einfache Erhebung, welche die sachverständige Person gemäss Art. 185 Abs. 4 StPO selbst vornehmen kann, sondern eine Ergänzung der Akten im Sinne von Art. 185 Abs. 3 StPO, die sie bei der Verfahrensleitung zu beantragen hat.⁷⁸⁶

⁷⁸⁴ Vgl. *Erster Teil, 3. Kapitel, A., S. 20 ff.*

⁷⁸⁵ Art. 185 Abs. 4 StPO.

⁷⁸⁶ BGE 144 IV 302, E. 3.4.1 ff.; HEER/COVACI, AJP 2019, S. 448; BSK StPO-HEER, Art. 185 N 17 ff.; OBERHOLZER, Grundzüge des Strafprozessrechts, S. 320; ZK StPO-

Welche Informationen die sachverständige Person aus den zur Verfügung gestellten Akten für das Gutachten verwenden kann, ist in der Strafprozessordnung nicht definiert. Diskutiert wird dieses Thema hingegen in der Lehre zu den Verwertungen aus früheren Gutachten und den Verwertungen von aus dem Strafregister entfernten Vortaten.

II. Verwertung aus früheren Gutachten

Beim Verfassen des Gutachtens hat sich die sachverständige Person mit allfälligen früheren zur beschuldigten Person verfassten Gutachten auseinanderzusetzen.⁷⁸⁷ Es fragt sich aber, inwiefern die sachverständige Person Information aus einem früheren Gutachten, insofern das frühere Gutachten genügend aktuell ist, für das Tatsachenfundament des neuen Gutachtens verwenden darf.⁷⁸⁸

Gemäss den Mindestanforderungen und Empfehlungen für Prognosegutachten sind die in den Vorgutachten erhobenen Informationen allenfalls erneut zu gewichten und die vormals daraus gezogenen Schlussfolgerungen aus der jetzigen Perspektive und vor dem Hintergrund des aktuellen Kenntnisstands auf ihre Validität zu überprüfen.⁷⁸⁹ Die sachverständige Person kann nicht wissen, unter welchen Umständen das Tatsachenfundament des früheren Gutachtens zustande gekommen ist. Die Sachverständigen referieren und übernehmen aus früheren Gutachten regelmässig in grossem Umfang, es droht dabei eine Fortschreibung der Informationen aus früheren Gutachten.⁷⁹⁰

Es fragt sich, wie die Verwendung von Informationen, welche die sachverständige Person nicht selbst während des Verfassens des Gutachtens erstellt hat, unter strafprozessualen Gesichtspunkten zu qualifizieren ist. Entgegen dem angelsächsischen Recht kennt der schweizerische Strafprozess keine *hearsay rule*, die besagt, dass das erkennende Gericht Informationen über Tatsachen, die durch eine Per-

DONATSCH, Art. 185 N 14; DONATSCH/SUMMERS/WOHLERS, Strafprozessrecht, S. 216; vgl. JOSITSCH/SCHMID, Handbuch, S. 401.

⁷⁸⁷ BSK StPO-HEER, Art. 185 N 2d; KRÖBER/BRETTEL/RETTEBERGER/STÜBNER, FPPK 2019, S. 341; BOETTICHER et al., FPPK 2007, S. 99; BÖHM, R&P 2018, S. 136.

⁷⁸⁸ Für die Aktualität von Gutachten vgl. OBERHOLZER, Grundzüge des Strafprozessrechts, S. 322.

⁷⁸⁹ KRÖBER/BRETTEL/RETTEBERGER/STÜBNER, FPPK 2019, S. 341; BOETTICHER et al., FPPK 2007, S. 99; BÖHM, R&P 2018, S. 136.

⁷⁹⁰ CONINX, Habil., S. 502; vgl. BERNARD/STUDER, ZStrR 2015, S. 95 f.; vgl. BRUNNER, Plädoyer 2005, S. 40.

son wahrgenommen wurden, nur dann für die Sachverhaltsfeststellung berücksichtigen darf, wenn diese Person selbst vor dem entscheidenden Gericht darüber berichtet.⁷⁹¹ Trotzdem kann es, wie nachfolgend aufgezeigt wird, strafprozessual heikel sein, wenn Sachverständige in Gutachten solche indirekt wahrgenommenen Aussagen, beispielsweise von Fremdanamnesen aus früheren Gutachten, bei der Tatsachengrundlage für ihr Gutachten verwenden.⁷⁹²

Bei nachträglichen Entscheiden im Massnahmenrecht liegen regelmässig mehrere Gutachten aus Strafverfahren und dem Vollzug vor.⁷⁹³ Beim Einbringen eines ausserstrafrechtlichen Gutachtens ins Strafverfahren ist darauf zu achten, dass die strafprozessualen Schutzvorschriften eingehalten werden.⁷⁹⁴ Wenn Dritte befragt wurden und deren Angaben die beschuldigte Person belasten, muss unter Umständen die erneute Befragung der entsprechenden Personen im Strafverfahren erfolgen.⁷⁹⁵ Als Konkretisierung des rechtlichen Gehörs gewährt Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK das Recht, Fragen an Belastungszeugen zu stellen oder stellen zu lassen – auch Konfrontationsrecht genannt.⁷⁹⁶ Dieses Konfrontationsrecht ist beim Einbringen von früheren Gutachten in das Strafverfahren zwingend einzuhalten.⁷⁹⁷ Als Belastungszeuge im Sinne dieses Artikels gilt auch eine sachverständige Person.⁷⁹⁸

Die Personen, die in einem früheren Gutachten belastende Angaben über die beschuldigte Person gemacht haben, sind somit als Belastungszeugen im Sinne von Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK zu behandeln. Infrage kommen hierbei in erster Linie die sachverständige Person, die das frühere Gutachten verfasst hat, und Personen, bei denen sie Fremdanamnesen vorgenommen hat. Dazu ist nochmals

⁷⁹¹ Mit weiteren Hinweisen GLESS, ZStW 2003, S. 140.

⁷⁹² Vgl. HEINITZ, in: Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag, S. 694.

⁷⁹³ Vgl. *Erster Teil, 3. Kapitel, A., S. 20 ff.*

⁷⁹⁴ URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 262.

⁷⁹⁵ Mit weiteren Hinweisen URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 262.

⁷⁹⁶ EGMR Al-Khawaja und Tahery gegen Vereinigtes Königreich, Nr. 26766/05, 22228/06 vom 15. Dezember 2011, § 118; EGMR Hümmer gegen Deutschland, Nr. 26171/07 vom 19. Juli 2012, § 38; EGMR, Guide on Article 6, S. 94; BGE 131 I 476, E. 2.2; BGE 144 II 427, E. 3.1.2; BGE 129 I 151, E. 3.1; GAEDE, Diss., S. 274 ff.; DONATSCH/SUMMERS/WOHLERS, Strafprozessrecht, S. 167; RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, Strafprozessrecht, S. 126.

⁷⁹⁷ Vgl. URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 262.

⁷⁹⁸ BSK StPO-HEER, Art. 185 N 36; DONATSCH/SUMMERS/WOHLERS, Strafprozessrecht, S. 167.

auf das bereits aufgeführte Beispiel zurückzukommen, in welchem die Ex-Frau angebliche häusliche Gewalt geschildert hatte:⁷⁹⁹

«Auffällig seien danach die chronifizierte häusliche Gewalt gegenüber der Ehefrau und das Spielverhalten.»⁸⁰⁰

«Daneben hätten sich vor allem dissoziale Merkmale finden lassen wie eine jugendtypische Kriminalität, lang dauernde häusliche Gewalt und Dissexualität im Rahmen der Tatbegehungen.»⁸⁰¹

Der Gutachter hat die angebliche häusliche Gewalt ebenfalls in seiner Beurteilung wiederholt wiedergegeben:

«Problematisch betreffend Beurteilung der Ehe ist die Fremdauskunft der Ex-Ehefrau gegenüber dem früheren Gutachter, wonach der zu Begutachtende in der Ehe lange Zeit oft gewalttätig gewesen sei, was von ihm konsequent bestritten wird.»⁸⁰²

«Wie bereits der Vorgutachter erwähnt hat, kann in Bezug auf kriminelles Verhalten nach der Jugend durch die durchaus realistisch geschilderten häuslichen Gewaltvorfälle durch seine Ex-Ehefrau [...] durchaus von einer andauernden und gleichförmigen Problematik gesprochen werden.»⁸⁰³

«Darüber hinaus ist auch gegenüber der Ex-Ehefrau, sofern deren Angaben zu häuslicher Gewalt stimmen, ein deutlicher Empathiemangel erkennbar.»⁸⁰⁴

Es ist nochmals zu betonen, dass der Gutachter selbst nie mit der Ex-Frau gesprochen hat. Er hat ihre Angaben zu häuslicher Gewalt nicht verifiziert. Die Angaben der Ex-Frau hinsichtlich häuslicher Gewalt waren gerichtlich nie beurteilt worden und sind von Herrn T. durchwegs bestritten worden. Unbesehen davon wurden sie vom Gutachter in sein aktuelles Gutachten übernommen.

Eine sachverständige Sachverhaltsermittlung wie in diesem Beispiel droht Schutzvorschriften des Strafprozesses auszuhebeln. Die Staatsanwaltschaft oder das Gericht dürften nicht so vorgehen. Insbesondere das Konfrontationsrecht wird

⁷⁹⁹ Vgl. *Einleitung, A., S. 1 ff. und Erster Teil, 3. Kapitel, A., I., S. 21 ff.*

⁸⁰⁰ Gutachten über Herrn T. vom 6. Dezember 2021, S. 23.

⁸⁰¹ Gutachten über Herrn T. vom 6. Dezember 2021, S. 24.

⁸⁰² Gutachten über Herrn T. vom 6. Dezember 2021, S. 89.

⁸⁰³ Gutachten über Herrn T. vom 6. Dezember 2021, S. 93.

⁸⁰⁴ Gutachten über Herrn T. vom 6. Dezember 2021, S. 95.

umgangen, wenn die Ex-Frau vom Beschuldigten beziehungsweise von seiner Verteidigung vor der Fertigstellung des Gutachtens nicht konfrontiert werden kann. Nach der Erstellung des Gutachtens kann nicht mehr auf dieselbe Weise darauf eingewirkt werden.⁸⁰⁵ Auf diese Weise wird die beschuldigte Person durch die Auslagerung der Sachverhaltsermittlung an Sachverständige prozessual benachteiligt.

Die sachverständige Person hat das Tatsachenfundament dieser früheren Gutachten deswegen zu verifizieren,⁸⁰⁶ sie darf die daraus entnommenen Informationen nicht unbesonnen in ihr neues Gutachten übertragen. Insbesondere bei vom Gericht nicht erstellten oder in der Anklageschrift nicht enthaltenen, bestrittenen Aussagen ist Vorsicht geboten. Liegt es ausserhalb ihrer Kompetenzen, die Informationen zu verifizieren, beispielsweise weil es sich um eine nicht zulässige Fremdanamnese⁸⁰⁷ handelt und es eine formelle Einvernahme braucht, um beispielsweise das Konfrontationsrecht zu gewähren, hat sie an die Verfahrensleitung zu gelangen. Auf diese Weise wird zudem sichergestellt, dass die Kompetenzen der Strafbehörden nicht an Sachverständige ausgelagert werden.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass strafprozessual eine Verletzung von Art. 6 EMRK droht, wenn sich die sachverständige Person bei der Gutachtenserstellung auf unkontrollierte Angaben aus früheren Gutachten abstützt. Kontrovers diskutiert wird deswegen, ob der sachverständigen Person die früheren Gutachten zur Erstellung eines neuen Gutachtens überhaupt übergeben werden sollten.⁸⁰⁸ Das Tatsachenfundament des neuen Gutachtens und die Einhaltung von Art. 6 EMRK sind aus diesen Gründen durch das Gericht sorgfältig zu kontrollieren.

III. Verwertung von aus dem Strafregister entfernten Vortaten

Die forensisch-psychiatrische Methodik verlangt eine Auseinandersetzung mit der strafrechtlichen Vorgeschichte.⁸⁰⁹ Vortaten spielen bei der Risikoeinschätzung

⁸⁰⁵ Vgl. *Zweiter Teil, 4. Kapitel, B., S. 94 ff.*

⁸⁰⁶ Vgl. KRÖBER/BRETTEL/RETTEBERGER/STÜBNER, FPPK 2019, S. 341; vgl. BOETTICHER et al., FPPK 2007, S. 99; vgl. BÖHM, R&P 2018, S. 136.

⁸⁰⁷ Vgl. hiernach *Dritter Teil, 4. Kapitel, B., S. 152 ff.*

⁸⁰⁸ Vgl. *Schlussbetrachtung, B., I., 1., S. 260 ff.*; URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 294, 315; BSK StPO-HEER, Art. 184 N 32; CONINX, Habil., S. 503 f.

⁸⁰⁹ HABERMEYER, *forum poenale* 2023, S. 6; MOKROS/DRESSING/HABERMEYER, in: *Psychiatrische Begutachtung*, S. 472 f.

eine wichtige Rolle, denn sie gehören zu den relevantesten Faktoren bei der Beurteilung des Rückfallrisikos.⁸¹⁰ Der in den Akten vorhandene Strafregisterauszug ist deshalb eine wichtige Informationsquelle für Sachverständige.⁸¹¹ Nach einer gewissen Frist werden Straftaten wieder aus dem Strafregisterauszug gelöscht.⁸¹² Trotz dieser Löschung aus dem Strafregister ist es denkbar, dass die sachverständige Person von den entfernten Straftaten Kenntnis erlangt, beispielsweise weil solche in früheren Gutachten enthalten sind oder indem die beschuldigte Person im Rahmen der Exploration davon spricht oder Dritte entsprechende Angaben machen.⁸¹³ In diesen Konstellationen stellt sich die Frage, ob die sachverständige Person trotz der Entfernung aus dem Strafregister bei der Gutachtenserstellung auf diese Straftaten abstellen darf.⁸¹⁴

Für die Beantwortung dieser Frage ist seit dem 23. Januar 2023 das Strafregistergesetz (StReG) massgeblich. Unter altem Recht war Art. 369 Abs. 7 StGB massgeblich, der ein Verwertungsverbot von entfernten Vorstrafen stipuliert hatte. Trotz dieser ausdrücklichen altrechtlichen Regelung hatte das Bundesgericht in einem Leitentscheid die Berücksichtigung gelöschter Vorstrafen einer beschuldigten Person insofern als verwertbar betrachtet, als sie in einem psychiatrischen Gutachten berücksichtigt werden dürfen.⁸¹⁵

Seit diesem Leitentscheid haben sich jedoch die gesetzlichen Grundlagen geändert. Im Zuge der Revision wurde das Verwertungsverbot von entfernten Vorstrafen gestrichen und im Strafregistergesetz nicht mehr verankert.⁸¹⁶ Seit Inkrafttreten des Strafregistergesetzes dürfen sowohl Sachverständige als auch die Gerichte aus dem Strafregister entfernte Vortaten berücksichtigen.⁸¹⁷ Die Gesetzesänderung hat damit Gerichte aus dem drohenden Dilemma befreit, falls eine ungünstige Prognose vorliegt, die sich zu einem wesentlichen Teil auf eine gemäss Gutachten

⁸¹⁰ URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 141; MOKROS/DRESSING/HABERMEYER, in: Psychiatrische Begutachtung, S. 472.

⁸¹¹ Vgl. URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 141; vgl. BÖHM, R&P 2018, S. 135; vgl. MOKROS/DRESSING/HABERMEYER, in: Psychiatrische Begutachtung, S. 472.

⁸¹² Vgl. Art. 30 StReG.

⁸¹³ BGE 121 IV 3, E. 1.c/cc; BGE 135 IV 87, E. 2.5; URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 141; GRAF, in: Bedrohte oder bedrohende Sicherheit?, S. 147.

⁸¹⁴ URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 141.

⁸¹⁵ BGE 135 IV 87, E. 2.5; BSK StPO-HEER, Art. 185 N 13.

⁸¹⁶ Botschaft Strafregistergesetz, 5776 f.

⁸¹⁷ Botschaft Strafregistergesetz, 5776 ff.; URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 143.

konnexe und relevante Vorstrafe stützt, die jedoch aus dem Strafregister bereits entfernt worden ist.⁸¹⁸ Es bestehen nach heutigem Recht nicht mehr zwei verschiedene Tatsachenfundamente für das Gutachten und das gerichtliche Urteil, was die Vortaten anbelangt. Diese neue Rechtslage mag für die psychiatrische Methode der Risikoeinschätzung und die Arbeit der Gerichte vorteilhaft sein, gleichzeitig ist festzuhalten, dass mit dieser veränderten Rechtslage das verfassungsmässige Recht auf informationelle Selbstbestimmung erodiert wird.⁸¹⁹

B. Erhebung durch Fremdanamnesen

Umfassend diskutiert wird in der Lehre die Durchführung von sogenannten Fremdanamnesen durch Sachverständige. Fremdanamnesen bringen zahlreiche strafprozessuale Probleme mit sich, beispielsweise in Bezug auf Belehrung, Dokumentation, Teilnahmerechte und Berufsgeheimnisse.⁸²⁰ Es ist deswegen fraglich, ob Fremdanamnesen bei der sachverständigen Sachverhaltsermittlung unter strafprozessualen Gesichtspunkten überhaupt zulässig sein sollten. Falls ja, stellt sich die Anschlussfrage, in welchem Umfang die sachverständige Person selbst Dritte befragen darf. Die Zulässigkeit von solchen Drittbefragungen wurde in der Praxis lange nicht genügend hinterfragt beziehungsweise trotz strafprozessualer Probleme vorbehaltlos toleriert.⁸²¹

I. Rechtliche Grundlagen

Das Gesetz kennt den Begriff der Fremdanamnese nicht. Zulässig sind gemäss Art. 185 Abs. 4 StPO einfache Erhebungen durch die sachverständige Person, die mit dem Gutachtensauftrag in einem engen Zusammenhang stehen.

Ob das Einholen von Fremdanamnesen zum Umfang von Art. 185 Abs. 4 StPO gehört, ist in der Lehre nicht geklärt.⁸²² Das Vorliegen einfacher Erhebungen wird angenommen bei blossen informatorischen Befragungen, die nicht über kleinere

⁸¹⁸ Botschaft Strafregistergesetz, 5776.

⁸¹⁹ URWYLER/ENDRASS/HACHTTEL/GRAF, Handbuch, S. 143.

⁸²⁰ URWYLER/ENDRASS/HACHTTEL/GRAF, Handbuch, S. 87; HEER, in: «Toujours agité – jamais abattu», S. 189.

⁸²¹ BSK StPO-HEER, Art. 185 N 20; HEER, in: «Toujours agité – jamais abattu», S. 188.

⁸²² URWYLER/ENDRASS/HACHTTEL/GRAF, Handbuch, S. 328; BABIC, Diss., S. 299; WOHLERS, in: Feststellung des Sachverhalts im Zusammenhang mit der Begutachtung, S. 80.

Auskünfte hinausgehen.⁸²³ Keinesfalls hat die sachverständige Person Einvernahmen durchzuführen, diese Handlungen sind den Strafbehörden vorbehalten und von Art. 185 Abs. 4 StPO nicht gedeckt.⁸²⁴

Die Gesetzgebung geht offensichtlich davon aus, dass eine Befragung von Personen durch forensisch-psychiatrische Sachverständige in deren Kompetenz liegt.⁸²⁵ Auch das Bundesgericht hat sich bisher eher grosszügig gezeigt gegenüber formlos eingeholten Drittauskünften.⁸²⁶ Es hat beispielsweise entschieden, dass eine telefonisch eingeholte Auskunft über die Haftzeit einer beschuldigten Person bei einem Arzt des Psychologischen Diensts zulässig sei.⁸²⁷ Das Bundesgericht hat weiter entschieden, dass telefonisch eingeholte Äusserungen von zwei Schwestern des Beschuldigten weder ihrer Natur noch ihrem Inhalt nach geeignet gewesen sein sollen, zu anderen als rein gutachterlich-medizinischen Zwecken verwendet zu werden, somit durften sie formlos durch die sachverständige Person eingeholt werden.⁸²⁸ Damit argumentiert das Bundesgericht einmal mehr mit dem Vorbringen, dass der *gutachterliche Sachverhalt* anders erstellt werden darf als der Sachverhalt für das Gerichtsurteil. Dieses Argument der zweigleisigen Sachverhaltsermittlung überzeugt, wie bereits mehrfach dargelegt, auch an dieser Stelle nicht.⁸²⁹ Vielmehr führt diese Argumentation zu einer Gefährdung von Verfahrensrechten, die in der Auslagerung der Sachverhaltsermittlung an Sachverständige angelegt ist.

II. Umfang zulässiger Erhebungen

Die Lehre ist geteilter Auffassung, was den Umfang der zulässigen Erhebungen angeht. Teilweise wird die Meinung vertreten, belastende Aussagen Dritter dürfen nur ins Gutachten einfließen, wenn eine justizförmige, also eine förmliche und parteiöffentliche Befragung unter Wahrung der Parteirechte, stattgefunden

⁸²³ BGer 6B_1090/2009 vom 20. Mai 2010, E. 1.5.4; WOHLERS, in: Feststellung des Sachverhalts im Zusammenhang mit der Begutachtung, S. 81.

⁸²⁴ WOHLERS, in: Feststellung des Sachverhalts im Zusammenhang mit der Begutachtung, S. 82; JOSITSCH/SCHMID, Handbuch, S. 401.

⁸²⁵ Botschaft StPO, 1212; BSK StPO-HEER, Art. 185 N 20; HEER, in: «Toujours agité – jamais abattu», S. 189; JOSITSCH/SCHMID, Handbuch, S. 401; WOHLERS, in: Feststellung des Sachverhalts im Zusammenhang mit der Begutachtung, S. 77.

⁸²⁶ BSK StPO-HEER, Art. 185 N 23i.

⁸²⁷ BGer 6B_989/2017 vom 20. Dezember 2017, E. 3.3.2.

⁸²⁸ BGE 146 IV 1, E. 3.4.2.

⁸²⁹ Vgl. Zweiter Teil, 3. Kapitel, B., S. 80 ff.

habe.⁸³⁰ Strengere Meinungen erachten das Instrument der Fremdanamnese für die Beweiserhebung generell als unzulässig und die so erhobenen Informationen als unverwertbar.⁸³¹ Grosszügiger wird andernorts die Haltung vertreten, Befundtatsachen, welche die sachverständige Person kraft ihres Spezialwissens erhebt, seien verwertbar, während die Zusatztatsachen, die auch die Staatsanwaltschaft und das Gericht ermitteln könnten, erst nach einer justizförmigen Beweiserhebung beachtet werden dürfen beziehungsweise allgemein die Verfahrensleitung besser geeignet ist zur Befragung der Dritten anstelle der sachverständigen Person.⁸³² Diese letzte Auffassung, die zwischen Zusatz- und Befundtatsachen unterscheidet, überzeugt nicht. Wie hiervor bereits herausgearbeitet, sind die Kategorien nicht trennscharf und dieses Modell kann in vielen Grenzfällen keine Lösung bieten. Zudem ist nicht ersichtlich, weshalb betroffene Personen bei gewissen Kategorien prozessual schlechtergestellt sein sollen.⁸³³ Genauer zu betrachten ist jedoch die Variante, die auf die Zulässigkeit von Fremdanamnesen im Zusammenhang mit den belastenden Aussagen abstellt. Bei dieser Variante wird das Konfrontationsrecht gemäss Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK sichergestellt.

Gemäss dem Konfrontationsrecht müssen Belastungszeugen mindestens einmal im Verfahren von der beschuldigten Person beziehungsweise ihrer Verteidigung konfrontiert werden können.⁸³⁴ Es ist jedoch fraglich, wie die Parteien vor Erstattung des Gutachtens in Erfahrung bringen sollen, welche Aussagen diese Personen in den Fremdanamnesen getroffen haben.

⁸³⁰ BSK StPO-HEER, Art. 185 N 21; BSK StGB-HEER, Art. 56 N 63; HEER, in: «Toujours agité – jamais abattu», S. 189; BRUNNER, in: Gericht und Expertise, S. 195; OBERHOLZER, Grundzüge des Strafprozessrechts, S. 322; vgl. RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, Strafprozessrecht, S. 174.

⁸³¹ WOHLERS, in: Feststellung des Sachverhalts im Zusammenhang mit der Begutachtung, S. 85.

⁸³² BSK StPO-HEER, Art. 185 N 21; vgl. JOSITSCH/SCHMID, Handbuch, S. 401; URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 368; vgl. ZK StPO-DONATSCH, Art. 185 N 24 ff.

⁸³³ Vgl. *Zweiter Teil, 4. Kapitel, A., I., 2., S. 88 ff.*

⁸³⁴ EGMR Al-Khawaja und Tahery gegen Vereinigtes Königreich, Nr. 26766/05, 22228/06 vom 15. Dezember 2011, § 118; EGMR Hümmer gegen Deutschland, Nr. 26171/07 vom 19. Juli 2012, § 38; EGMR, Guide on Article 6, S. 94; BGE 131 I 476, E. 2.2; BGE 144 II 427, E. 3.1.2; BGE 129 I 151, E. 3.1; GAEDE, Diss., S. 274 ff.; DONATSCH/SUMMERS/WOHLERS, Strafprozessrecht, S. 167; RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, Strafprozessrecht, S. 126.

Diese Problematik zeigt sich in einem Beispiel aus einem analysierten Gutachten, in welchem eine Fremdanamnese mit einem Mitarbeitenden aus einer JVA, Herr G., über den Beschuldigten, Herr C., durchgeführt worden ist:

«In einer dieser verbal bedrohlichen Situationen sei Herr G. froh gewesen, dass eine Tür zwischen den Betreuern und Herrn C. gewesen sei. Er gehe noch heute davon aus, dass es sonst zu einer körperlichen Auseinandersetzung gekommen wäre. Der Anlass sei damals gewesen, dass Herr C. mit einer Disziplinierung (wegen bedrohlicher Aussagen) seitens der JVA nicht einverstanden gewesen sei. Er habe damals gesagt, dass ein Angriff auf dem Stationsflur von ihm auf Bedienstete nicht auszuschliessen sei. Zudem habe er den erforderlichen Mindestabstand nicht eingehalten. Als Reaktion auf die folgende Disziplinarstrafe (Arrest) habe Herr C. immer wieder geäußert, dass er bedroht werde, habe sich in seiner Zelle verbarrikadiert und angekündigt, dass bei einem Betreten seiner Zelle, so viel Mitarbeiter wie nur irgend möglich in das Spital eingeliefert würden. Im weiteren Verlauf dieser Verbarrikadierung habe sich Herr C. aus Kissen und anderen Mitteln des Zelleninventars eine Art «Kampf-Montur» gebastelt, um für einen Angriff vorbereitet zu sein.»⁸³⁵

Soweit ersichtlich hatten der Beschuldigte Herr C. und seine Verteidigung keine Gelegenheit, zu diesen Äusserungen von Herrn G. Stellung zu beziehen, bevor das Gutachten verfasst und erstattet worden ist. Die Aussagen von Herrn G. sind jedoch sichtlich belastend. Er schildert strafwürdiges Verhalten von Herrn C., welches auch prognoserelevant ist. Solche Äusserungen dürfen in einem kontradiktorischen Verfahren nicht einseitig in das Verfahren eingebracht werden, ohne dass die Möglichkeit einer Konfrontation gewährt wurde. Wenn solche Informationen, bei denen die Erhebung allein durch die sachverständige Person per Fremdanamnese stattgefunden hat, in das Gutachten einfließen, droht Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK ausgehebelt zu werden. Es ist mit den strafprozessualen Verfahrensrechten nicht zu vereinbaren, dass Sachverständige selbstständig in Vollzugsanstalten Auskünfte über das aktuelle Verhalten der betroffenen Person einholen und telefonische Gespräche mit den behandelnden Personen führen.⁸³⁶ Durch diese Vorgehensweise werden betroffene Personen prozessual schlechtergestellt, als wenn Strafbehörden diese Handlungen vornehmen würden.

⁸³⁵ Gutachten über Herrn C. vom 26. April 2021, S. 38.

⁸³⁶ BSK StGB-HEER, Art. 56 N 63.

Ein weiteres Beispiel zu unzulässigen Fremdanamnesen findet sich in einem analysierten Aktengutachten. Der Beschuldigte wollte gegenüber dem Gutachter keine Angaben machen. Der Gutachter hat sich deswegen die notwendigen Informationen über Fremdanamnesen geholt und folgende Gespräche mit Dritten durchgeführt:

- «Gespräch mit den Eltern des Angeschuldigten, vom 25.03.2011 (2 ¼ Stunden)
- Telefongespräche mit Frau M., Mutter des Angeschuldigten, vom 11.03.2011 (20 Minuten), 28.03.2011 (15 Minuten), 13.04.2011 (30 Minuten), 08.07.2011 (90 Minuten) und 27.07.2011 (30 Minuten)
- Telefongespräch mit Frau U., Schwester von Frau M., vom 26.07.2011 (60 Minuten)
- Telefongespräch mit Herrn B., Bruder des Angeschuldigten, vom 27.07 (40 Minuten) und 28.07.2011 (40 Minuten)
- Telefongespräch mit Herrn Q., therapeutischer Leiter Rehabilitationszentrum «Meilestei», Maur vom 26.07.2011 (30 Minuten)
- Telefongespräch mit Herrn D., Zentralier Gefängnis Pfäffikon, vom 14.07.2011 (10 Minuten)»⁸³⁷

Insgesamt hat der Gutachter mehr als acht Stunden lang Gespräche mit Dritten geführt, vor allem mit der Mutter, dem Vater, dem Bruder und der Tante des Beschuldigten. Der Gutachter hat mit diesen Gesprächen eine Art Ersatzexploration durchgeführt, da der Beschuldigte selbst keine Angaben machen wollte. Die Familie belastet den Beschuldigten stark mit Vorwürfen zu Gewaltdelikten, Drohungen, Sachbeschädigungen und Drogenkonsum. Die Verteidigung des Beschuldigten war bei diesen Drittbefragungen nicht anwesend. Inwiefern belastende Angaben über diese Fremdanamnesen in die Beurteilung eingeflossen sind, kann mangels genügender Dokumentation nicht beurteilt werden. Fest steht jedoch, dass der Gutachter in diesem Fall die Rolle einer untersuchenden Person eingenommen und umfangreichen, belastenden Sachverhalt durch die Fremdanamnesen ermittelt hat.

Es ist der Lehrmeinung zu folgen, dass belastende Angaben nur über eine justizkonforme Einvernahme in das Gutachten fließen dürfen und von den Sachverständigen nicht eigenmächtig erhoben werden dürfen.⁸³⁸ Diese umfangreich

⁸³⁷ Gutachten über Herrn O. vom 7. September 2011, S. 4.

⁸³⁸ BSK StPO-HEER, Art. 185 N 21; BSK StGB-HEER, Art. 56 N 63; BRUNNER, in: Gericht und Expertise, S. 195; OBERHOLZER, Grundzüge des Strafprozessrechts, S. 322; vgl. RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, Strafprozessrecht, S. 174.

durchgeführten Fremdanamnesen gehen deutlich über das strafprozessual zulässige Mass hinaus. Zentral für das Erkennen allfälliger belastender Aussagen in den Fremdanamnesen ist das Teilnahmerecht der Verteidigung und die Dokumentation der Fremdanamnesen.⁸³⁹

Hingegen von der Lehre akzeptiert und sinnvoll sind einfache Fremdauskünfte durch die sachverständige Person zur Erhebung von leicht überprüfbaren Informationen.⁸⁴⁰ Demnach sollen Dritte wie etwa medizinische Fachpersonen oder Angehörige um kleinere sachdienliche Auskünfte angefragt werden können.⁸⁴¹ In der forensisch-psychiatrischen Praxis wird weiter das Bedürfnis geltend gemacht, beispielsweise zur Klärung der psychiatrischen Diagnose, bei Eltern oder anderen Angehörigen Näheres über die Entwicklung der beschuldigten Person, über frühere Krankheiten oder Verhaltensauffälligkeiten zu erfahren.⁸⁴² Auf diese Weise in die Akten eingebrachte Informationen müssen jedoch allgemein zugänglich und leicht überprüfbar sein, es muss streng darauf geachtet werden, dass nicht Auskünfte erhältlich gemacht werden, die belastende Aussagen enthalten.⁸⁴³ Auch bei diesen Fremdauskünften hat die sachverständige Person die generellen Formerfordernisse – beispielsweise sowohl die Belehrung als auch die Dokumentation – einzuhalten.⁸⁴⁴

Nachfolgend wird ein Ausschnitt einer Fremdanamnese aus einem analysierten Gutachten wiedergegeben, in dem nur leicht überprüfbare Informationen erhoben wurden. Im Vorgang an die Befragung der Hausärztin der Beschuldigten hat die Gutachterin das Einverständnis der Staatsanwaltschaft sowie der Beschuldigten eingeholt.⁸⁴⁵

⁸³⁹ Vgl. *Dritter Teil, 5. Kapitel, B., II., S. 170 ff.* und *Fünfter Teil, 3. Kapitel, B., S. 243 ff.*

⁸⁴⁰ BSK StPO-HEER, Art. 185 N 22; WOHLERS, in: *Feststellung des Sachverhalts im Zusammenhang mit der Begutachtung*, S. 82; HEINITZ, in: *Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag*, S. 699; NEDOPIL/ENDRASS/ROSSEGGER/WOLF, *Prognose*, S. 65.

⁸⁴¹ BSK StPO-HEER, Art. 185 N 22; HEER, in: «*Toujours agité – jamais abattu*», S. 190.

⁸⁴² BSK StPO-HEER, Art. 185 N 22; HEER, in: «*Toujours agité – jamais abattu*», S. 190; HEER, in: *Forensische Kinder-, Jugend- und Erwachsenenpsychiatrie*, S. 203 ff.; BRUNNER, in: *Gericht und Expertise*, S. 195; SASS, in: *Handbuch der Forensischen Psychiatrie*, S. 431.

⁸⁴³ BSK StPO-HEER, Art. 185 N 22; HEER, in: «*Toujours agité – jamais abattu*», S. 190.

⁸⁴⁴ Vgl. *Dritter Teil, 6. Kapitel, B., S. 186 ff.* und *Fünfter Teil, 3. Kapitel, B., S. 243 ff.*; URWYLER/ENDRASS/HACHTTEL/GRAF, *Handbuch*, S. 368; WOHLERS, in: *Feststellung des Sachverhalts im Zusammenhang mit der Begutachtung*, S. 83.

⁸⁴⁵ Gutachten über Frau N. vom 2. Juni 2021, S. 49.

«Die Hausärztin berichtete, die Behandlung bei Frau N. vor 3.5 Jahren aufgenommen zu haben. Sie habe sie von ihrem Vorgänger Dr. J. übernommen, inklusive der Medikation (Fluoxetin, Seroquel). Sie sei sportmedizinisch orientiert und habe Frau N. wegen Hypertonie, Eisenmangel und Fibromyalgie behandelt. Oft habe sie Frau N. Vitamin D3, Vitamin B12, Selen und Zink verordnet. Im Juni 2020 habe sich Frau N. ein Rezept über Duloxetine, Seroquel und Citalopram abgeholt. Die Hausärztin habe ihr nie von sich aus Antidepressiva verschrieben, da sie in diesem Bereich keine Erfahrung habe.»⁸⁴⁶

In dieser Fremdanamnese wurden der Gutachterin durch die Hausärztin nur informative und leicht überprüfbare Informationen weitergegeben, welche durch die Verfahrensleitung relativ einfach durch eine Aktenedition bei der Hausärztin oder durch eine Befragung dieser überprüft werden könnten. Eine solche Auskunft erscheint zulässig und verhindert eine unnötige Mehrbelastung der Verfahrensleitung. Die Abgrenzung zu unzulässigen Befragungen ist jedoch schwierig, da Informationen über Medikation und den Gesundheitszustand potenziell auch belastend sein könnten. Bei den Fremdanamnesen sind die Grenzen zwischen zulässigen und unzulässigen Informationen fließend, weshalb die sachverständige Person bei entsprechenden selbstständigen Erhebungen zurückhaltend zu sein hat.⁸⁴⁷ Die Grenzen der zulässigen Fremdanamnesen durch Sachverständige sind somit sehr eng und durchaus schwer abgrenzbar von unzulässiger Informationserhebung. Im Zweifel sind solche Informationen durch die Verfahrensleitung auf dem Weg einer formellen Einvernahme im Einklang mit den strafprozessualen Anforderungen einzuholen.⁸⁴⁸ Hegt die sachverständige Person Zweifel an der Zulässigkeit der einzuholenden Informationen beziehungsweise deren Umfang, ist vor der Fremdanamnese mit der Verfahrensleitung Rücksprache zu nehmen.⁸⁴⁹ So wird sichergestellt, dass betroffene Personen durch die Auslagerung der Befragung an Sachverständige prozessual nicht schlechtergestellt werden.

⁸⁴⁶ Gutachten über Frau N. vom 2. Juni 2021, S. 49.

⁸⁴⁷ BSK StPO-HEER, Art. 185 N 22; HEER, in: «Toujours agité – jamais abattu», S. 190.

⁸⁴⁸ BSK StPO-HEER, Art. 185 N 22; URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 368; SASS, in: Handbuch der Forensischen Psychiatrie, S. 431.

⁸⁴⁹ SASS, in: Handbuch der Forensischen Psychiatrie, S. 431.

C. Folgen unzulässiger Erhebungen

Unzulässige Erhebungen, sei es aus Akten oder bei Dritten, führen grundsätzlich zur Unverwertbarkeit der erhobenen Informationen und damit indirekt auch zur Unverwertbarkeit des Gutachtens, sollten die Informationen bereits im Gutachten verarbeitet worden sein.

Gewisse Schwierigkeiten bei der Erhebung und Verwertung von Beweisen bei Behörden und Dritten könnten abgeschwächt werden, wenn eine Zweiteilung des Verfahrens angeordnet werden würde.⁸⁵⁰ So könnte ein Gericht beispielsweise zuerst den rechtserheblichen Sachverhalt feststellen und erst im Anschluss würde die Begutachtung, basierend auf diesem Sachverhalt, durchgeführt werden. Auf diese Weise müssten Sachverständige unter Umständen weniger eigenständige Erhebungen und Verwertungen vornehmen. Eine allfällige Zweiteilung betrifft aber nur die Tatsachengrundlage der Tat- und Schuldfrage und damit nicht den gesamten für ein Gutachten relevanten Sachverhalt. Sodann ist ein solches Vorgehen lediglich bei der Gutachtenserstellung im Vor- respektive Hauptverfahren möglich. Bei der Erstellung von Vollzugsgutachten ist eine solche Zweiteilung nicht anwendbar, da die Tat- und Schuldfrage im vorangegangenen Strafverfahren bereits geklärt worden ist.⁸⁵¹ Eine Verbesserung kann sodann nur eintreten, wenn die Zweiteilung auch tatsächlich angeordnet wird, was heute bei Verfahren mit Begutachtungen nicht zwingend und sehr selten ist. Daher sind die Folgen unzulässiger Erhebungen auch ohne Zweiteilung des Verfahrens zu beleuchten. Im Folgenden wird auf die beiden Aspekte Erhebung aus Akten und Erhebung durch Fremdanamnesen gesondert eingegangen.

I. Unzulässige Verwertung aus Akten

Zu den Verwertungen aus Akten, konkret aus früheren Gutachten, gibt es wenig Literatur, welche die Folgen von unzulässigen Verwertungen behandelt. Aufgezeigt wurde, dass die Sachverhaltsermittlung durch frühere Gutachten Schutzvorschriften des Strafprozesses auszuhebeln droht. Insbesondere das Konfrontationsrecht kann durch solche Verwertungen umgangen werden. Wenn solche Angaben im Gutachten verwertet werden und damit indirekt auch als Urteilsgrundlage dienen, müssen zwingend die strafprozessualen Regeln für Beweiserhebungen

⁸⁵⁰ Vgl. *Schlussbetrachtung, B. I., 3., S. 264 ff.*

⁸⁵¹ Vgl. *Zweiter Teil, 4. Kapitel, A., II., S. 90 ff.*

gelten.⁸⁵² Wurde also das Konfrontationsrecht verletzt, müssten die so erhobenen Informationen für das Gutachten unverwertbar sein beziehungsweise unter Einhaltung des Konfrontationsrechts korrigiert werden. Es darf nicht durch eine Erhebung aus unüberprüften Grundlagen das Fundament für das neue Gutachten und damit auch das Urteil geschaffen werden, ansonsten die beschuldigte Person durch die Auslagerung der Sachverhaltsermittlung an Sachverständige prozessuale Nachteile erleiden würde.

II. Unzulässige Erhebung durch Fremdanamnesen

Die Tatsachen, die dem Gutachten zugrunde liegen, sind grundsätzlich von der Verfahrensleitung zu ermitteln und der sachverständigen Person zur Verfügung zu stellen.⁸⁵³ Insbesondere ist es nicht die Aufgabe der sachverständigen Person, Einvernahmen mit Dritten durchzuführen, um den Sachverhalt zu vervollständigen.⁸⁵⁴ Solche durch eine unzulässige Fremdanamnese gewonnenen Erkenntnisse unterliegen einem Verwertungsverbot.⁸⁵⁵ Werden solche Erkenntnisse im Gutachten verwendet, unterliegt auch das Gutachten einem Verwertungsverbot.⁸⁵⁶ Ein unverwertbares Gutachten ist in einem Verfahren mit erheblichen zeitlichen und finanziellen Aufwänden verbunden. Um ein unverwertbares Gutachten zu verhindern, sollten sowohl die sachverständige Person als auch die auftraggebende Verfahrensleitung gleichermassen besorgt sein, unverwertbare Drittaussagen gar nicht erst in das Gutachten einfließen zu lassen. Die Verantwortung dafür liegt zunächst bei der sachverständigen Person, die sich mit den strafprozessualen Grenzen der Fremdanamnese vertraut machen muss, sowie schwerpunktmässig bei der Verfahrensleitung, welche die sachverständige Person auf diese Grenzen hinweisen und die Einhaltung dieser kontrollieren muss. Zu guter Letzt liegt die Verantwortung auch bei der Verteidigung der beschuldigten Person. Sie kann diese Verantwortung jedoch nur wahrnehmen, wenn ihr ein Teilnahmerecht an der Erhebung der Dritt-

⁸⁵² Vgl. WOHLERS, in: Feststellung des Sachverhalts im Zusammenhang mit der Begutachtung, S. 84.

⁸⁵³ WOHLERS, in: Feststellung des Sachverhalts im Zusammenhang mit der Begutachtung, S. 85.

⁸⁵⁴ WOHLERS, in: Feststellung des Sachverhalts im Zusammenhang mit der Begutachtung, S. 82; JOSITSCH/SCHMID, Handbuch, S. 401.

⁸⁵⁵ WOHLERS, in: Feststellung des Sachverhalts im Zusammenhang mit der Begutachtung, S. 85; BSK StGB-HEER, Art. 56 N 63.

⁸⁵⁶ WOHLERS, in: Feststellung des Sachverhalts im Zusammenhang mit der Begutachtung, S. 85; BSK StGB-HEER, Art. 56 N 63.

aussagen gewährt wird.⁸⁵⁷ Wenn die Folgen unzulässiger Erhebungen auf diese Weise gehandhabt werden, kann sichergestellt werden, dass betroffene Personen durch die Sachverhaltsauslagerung keine prozessualen Nachteile erleiden.

⁸⁵⁷ Vgl. *Dritter Teil, 5. Kapitel, B., II., S. 170 ff.*

5. Kapitel: Teilnahmerechte der Verteidigung bei Beweiserhebungen von Sachverständigen

Im Strafprozess wird – dies ist besonders im Hinblick auf die Begutachtung zu beachten – keine materielle Wahrheit ermittelt, sondern eine prozessuale Wahrheit erstellt.⁸⁵⁸ Eine massgebliche Rolle bei der Erstellung dieser prozessualen Wahrheit spielt gemäss dem Grundsatz des fairen Verfahrens die Verteidigung der beschuldigten Person.⁸⁵⁹ Sie ist dazu legitimiert, bei den Beweiserhebungen anwesend zu sein.⁸⁶⁰ Durch die Teilnahme an den Beweiserhebungen stellt die Verteidigung sicher, dass die Beweise unter Wahrung der prozessualen Schutzrechte der beschuldigten Person erhoben worden sind.⁸⁶¹ Bei der Gutachtenserstellung zeigt sich, dass diese Teilnahmerechte im Zusammenhang mit den Beweiserhebungen der Sachverständigen nur wenig ausgebaut sind.⁸⁶² Bei der sachverständigen Sachverhaltsermittlung sind in erster Linie die Teilnahmerechte der Verteidigung an der Exploration und den Fremdanamnesen relevant. Der Massstab der nachfolgenden Ausführungen ist, dass die beschuldigte Person durch die sachverständige Sachverhaltsermittlung strafprozessual nicht schlechtergestellt werden darf, als wenn die Strafbehörden die Erhebungen vornehmen und volle Teilnahmerechte gewähren würden.

A. Rechtliche Grundlagen

Das Teilnahmerecht stellt einen Teilaspekt des rechtlichen Gehörs nach Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 29 Abs. 2 BV dar.⁸⁶³ Als Konkretisierung des rechtlichen Gehörs gewährt Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK das Konfrontationsrecht, wonach Fra-

⁸⁵⁸ Mit weiteren Hinweisen BSK StPO-RIEDO/FIOLKA, Art. 6 N 61; BSK StPO-GLESS, Art. 139 N 7; BERNARD, Diss., S. 3 ff.

⁸⁵⁹ BERNARD, Diss., S. 3 ff.; vgl. SGK BV-STEINMANN/SCHINDLER/WYSS, Art. 29 N 57.

⁸⁶⁰ Art. 147 Abs. 1 StPO.

⁸⁶¹ Vgl. URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 373; vgl. BSK StPO-SCHLEIMINGER/SCHAFFNER, Art. 147 N 3.

⁸⁶² Vgl. CONINX, Habil., S. 431.

⁸⁶³ BGE 131 I 476, E. 2.2; BGE 144 II 427, E. 3.1.2; BGE 129 I 151, E. 3.1; URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 409; RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, Strafprozessrecht, S. 124; DONATSCH/SUMMERS/WOHLERS, Strafprozessrecht, S. 173.

gen an Belastungszeugen gestellt werden können.⁸⁶⁴ Als Belastungszeuge im Sinne dieses Artikels kann auch eine sachverständige Person gelten.⁸⁶⁵ Wird die beschuldigte Person durch ein Gutachten belastet, hat sie demnach gemäss dem Konfrontationsrecht in Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK Anspruch auf eine mündliche Befragung der sachverständigen Person.⁸⁶⁶ Belastende Gutachten sind der Regelfall. Die beschuldigte Person wird demnach regelmässig ein Konfrontationsrecht mit der sachverständigen Person haben. Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK garantiert der beschuldigten Person, dass ihr wenigstens einmal angemessene und hinreichende Gelegenheit gegeben wurde, die Erkenntnisse gemäss Gutachten in Zweifel zu ziehen und Fragen an die sachverständige Person zu stellen.⁸⁶⁷ Ziel der genannten Normen ist die Wahrung der Waffengleichheit und die Gewährung eines fairen Verfahrens.⁸⁶⁸ Das Konfrontationsrecht kann dabei sowohl im Zeitpunkt der Erstaussage als auch in einem späteren Verfahrensstadium erfolgen, ein Anspruch auf Ausübung dieses Rechts in einem bestimmten Verfahrensstadium besteht nicht.⁸⁶⁹ Gemäss Auffassung des EGMR ist eine Möglichkeit der Äusserung zu einem Gutachten wirksamer, wenn sie vor Einreichung des Gutachtens erfolgen kann.⁸⁷⁰ Jede Partei muss gemäss dem Anspruch auf ein kontradiktorisches Verfahren nach

⁸⁶⁴ EGMR Al-Khawaja und Tahery gegen Vereinigtes Königreich, Nr. 26766/05, 22228/06 vom 15. Dezember 2011, § 118; EGMR Hümmer gegen Deutschland, Nr. 26171/07 vom 19. Juli 2012, § 38; EGMR, Guide on Article 6, S. 94; BGE 131 I 476, E. 2.2; BGE 144 II 427, E. 3.1.2; BGE 129 I 151, E. 3.1; GAEDE, Diss., S. 274 ff.; DONATSCH/SUMMERS/WOHLERS, Strafprozessrecht, S. 167; RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, Strafprozessrecht, S. 126.

⁸⁶⁵ BSK StPO-HEER, Art. 185 N 36; DONATSCH/SUMMERS/WOHLERS, Strafprozessrecht, S. 167; vgl. GAEDE, Diss., S. 308.

⁸⁶⁶ BGer 6B_100/2017 vom 9. März 2017, E. 3.1; BGer 6B_549/2014 vom 23. März 2015, E. 3; BSK StPO-HEER, Art. 187 N 5; ZK StPO-DONATSCH, Art. 182 N 5; mit weiteren Hinweisen EMRK Beck-MEYER, Art. 6 N 228; mit weiteren Hinweisen GARLAND, Diss., S. 264.

⁸⁶⁷ BSK StPO-HEER, Art. 187 N 5; GAEDE, Diss., S. 278.

⁸⁶⁸ BGE 131 IV 476, E. 2.2; BGE 129 I 151, E. 3 mit Hinweisen; BSK StPO-HEER, Art. 187 N 5; GAEDE, Diss., S. 275 ff.

⁸⁶⁹ BSK StPO-HEER, Art. 185 N 36; GAEDE, Diss., S. 280.

⁸⁷⁰ EGMR Mantovanelli gegen Frankreich, Nr. 21497/93 vom 18. März 1997, § 33 ff.; EGMR Laryagin und Aristov gegen Russland, Nr. 38697/02, 14711/03 vom 8. Januar 2009, § 43 ff.; EGMR Cottin gegen Belgien, Nr. 48386/99 vom 2. Juni 2005, § 31 ff.; HEER/COVACI, AJP 2019, S. 441.

Art. 6 Ziff. 1 EMRK die Möglichkeit haben, sich zu den erhobenen Beweisen zu äussern und die Entscheidung des Gerichts zu beeinflussen.⁸⁷¹

Die Möglichkeit der Stellungnahme zu einem Gutachten, das einer Partei erst nach seiner Fertigstellung übermittelt wird, ist für diese gemäss EGMR insbesondere nicht effektiv, wenn

- die Fragestellung, welche die sachverständige Person zu beantworten hat, mit der vom Gericht zu entscheidenden Frage identisch ist,
- die Tätigkeit der sachverständigen Person sich auf ein Gebiet erstreckt, welches sich dem Wissen des Gerichts entzieht,
- das Gutachten für das Gericht zwar nicht bindend ist, jedoch auf die Tatsachenermittlung einen überragenden Einfluss hat,
- in der Praxis keine Schwierigkeit für die Beteiligung der Partei bei der Erstellung des Gutachtens besteht,
- die Partei aufgrund ihrer unterbliebenen Beteiligung keine Möglichkeit hat, Zeugen zu befragen, die vermutlich die Ansicht der Gegenseite stützen werden,
- der Partei die von der sachverständigen Person berücksichtigten Dokumente erst nach Fertigstellung und Übermittlung des Gutachtens zur Kenntnis gelangen.⁸⁷²

Unter diesen Umständen muss den Parteien eine Stellungnahme vor der Fertigstellung des Gutachtens ermöglicht werden.⁸⁷³ Aufgrund von Art. 6 EMRK wird man deswegen eine möglichst frühzeitige Beteiligung der beschuldigten Person bei der Gutachtenserstellung durch die sachverständige Person annehmen können.⁸⁷⁴

Die Strafprozessordnung normiert die Teilnahmerechte der Parteien konkreter als Art. 6 EMRK.⁸⁷⁵ Nach Art. 147 StPO haben die Parteien und ihre anwaltliche Vertretung das Recht, an Beweiserhebungen der Staatsanwaltschaften und Gerichte

⁸⁷¹ EGMR Mantovanelli gegen Frankreich, Nr. 21497/93 vom 18. März 1997, § 33 ff.; EGMR Laryagin und Aristov gegen Russland, Nr. 38697/02, 14711/03 vom 8. Januar 2009, § 43 ff.; EGMR Cottin gegen Belgien, Nr. 48386/99 vom 2. Juni 2005, § 31 ff.; HEER/COVACI, AJP 2019, S. 441.

⁸⁷² EGMR Mantovanelli gegen Frankreich, Nr. 21497/93 vom 18. März 1997, § 30 ff.; ESSER, in: Die Bedeutung der EMRK für die nationale Rechtsordnung, S. 42 f.

⁸⁷³ ESSER, in: Die Bedeutung der EMRK für die nationale Rechtsordnung, S. 43.

⁸⁷⁴ ESSER, in: Die Bedeutung der EMRK für die nationale Rechtsordnung, S. 43.

⁸⁷⁵ OBERHOLZER, Grundzüge des Strafprozessrechts, S. 218; JOSITSCH/SCHMID, Handbuch, S. 342.

teilzunehmen.⁸⁷⁶ Dieses Anwesenheitsrecht dient zum einen der Transparenz, zum anderen haben die Parteien so die Gelegenheit, die Beweiserhebung zu beeinflussen.⁸⁷⁷ Ob und inwieweit Art. 147 StPO auch im Kontext der sachverständigen Sachverhaltsermittlung Anwendung findet, ist umstritten.

Gemäss einem Teil der Lehre und dem Bundesgericht reicht es in Bezug auf den Sachverständigenbeweis aus, wenn das Teilnahmerecht dadurch gewährt wird, dass den Parteien bei der Vorbereitung des Gutachtens Gelegenheit gegeben wird, sich zu den Fragen zu äussern und Anträge zu stellen.⁸⁷⁸ Ein weitergehendes Teilnahmerecht bei der Exploration oder allenfalls den Fremdanamnesen schliesst dieser Teil der Lehre aus, mit der Begründung, die Implementierung des Teilnahmerechts an den Beweiserhebungen der sachverständigen Person sei bei der Ausarbeitung der Strafprozessordnung diskutiert und verworfen worden, zudem sei der Wortlaut des Gesetzes klar.⁸⁷⁹

Seit längerer Zeit fordern entgegen dieser Auffassung zahlreiche Stimmen aus der Lehre ein Teilnahmerecht der Verteidigung nach Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK an Beweismittelerhebungen der sachverständigen Person, vor allem der Exploration.⁸⁸⁰ Zudem könnte sich ein Teilnahmerecht der Verteidigung an den Beweiserhebungen der sachverständigen Person wegen des Rechts auf eine effektive Ver-

⁸⁷⁶ URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 409; BSK StPO-SCHLEIMINGER/SCHAFFNER, Art. 147 N 5; ZK StPO-WOHLERS, Art. 147 N 1; OBERHOLZER, Grundzüge des Strafprozessrechts, S. 218.

⁸⁷⁷ BSK StPO-SCHLEIMINGER/SCHAFFNER, Art. 147 N 3.

⁸⁷⁸ Art. 184 Abs. 3 StPO; BGE 144 I 253, E. 3.3–3.9; BSK StPO-SCHLEIMINGER/SCHAFFNER, Art. 147 N 6; mit weiteren Hinweisen ZK StPO-WOHLERS, Art. 147 N 1; ZK StPO-DONATSCH, Art. 185 N 41; RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, Strafprozessrecht, S. 125; JOSITSCH/SCHMID, Praxiskommentar, Art. 147 N 2, Art. 185 N 10; JOSITSCH/SCHMID, Handbuch, S. 343; in einer früheren Ausgabe noch dieser Meinung, in der neusten Ausgabe nicht mehr ausdrücklich OBERHOLZER, Grundzüge des Strafprozessrechts, S. 321; DONATSCH/SUMMERS/WOHLERS, Strafprozessrecht, S. 175; GARLAND, Diss., S. 280; PIETH/GETH, Strafprozessrecht, S. 110.

⁸⁷⁹ BGE 144 I 253, E. 3.3; vgl. URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 410.

⁸⁸⁰ BRUNNER, in: Gericht und Expertise, S. 197; BRUNNER, in: Strafjustiz zwischen Anspruch und Wirklichkeit, S. 308; BERNARD/STUDER, ZStR 2015, S. 76 ff.; BERNARD/STUDER, in: Feststellung des Sachverhalts im Zusammenhang mit der Begutachtung, S. 13 ff.; URWYLER, Diss., S. 1 ff.; BSK StPO-HEER, Art. 185 N 35e; BERNARD/BINDER, Anwaltsrevue 2011, S. 10 ff.; zum Diskussionsstand in Deutschland POLLÄHNE, in: Achtung: Begutachtung!, S. 42 ff.; URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 409 ff.; HEER/COVACI, AJP 2019, S. 442 ff.

teidigung nach Art. 6 Ziff. 3 lit. c EMRK aufdrängen.⁸⁸¹ Diese Ansicht scheint mittlerweile zur Mehrheitsmeinung geworden zu sein.⁸⁸²

B. Konkrete Teilnahmerechte

Um die Verfahrensfairness nach Art. 6 EMRK zu gewährleisten, ist es zentral, dass die Verteidigung der beschuldigten Person an Sachverhaltsermittlungen der sachverständigen Person teilnehmen kann. Bereits umfassend diskutiert wird in der Lehre in diesem Zusammenhang die Teilnahme der Verteidigung an der Exploration.⁸⁸³ Eher wenig wurde hingegen in der Lehre bisher zur Teilnahme der Verteidigung bei den weiteren Beweiserhebungen durch die sachverständige Person, wie beispielsweise bei den Fremdanamnesen, publiziert. Diese Teilnahme bei den Fremdanamnesen wird nachfolgend ebenfalls zu betrachten sein.

I. Direkte Teilnahme bei der Exploration

Die Teilnahme der Verteidigung während der Exploration ist kein Standard, der derzeit in der Praxis gelebt wird. Im Gesetz ist die Teilnahme an der Exploration nicht ausdrücklich geregelt. Zur Teilnahme der Verteidigung an der sachverständigen Exploration wurde wie erwähnt bereits viel publiziert,⁸⁸⁴ insbesondere erschien 2019 die Dissertation von URWYLER, die das Thema unter Einbezug von Art. 6 EMRK abhandelt und der Verteidigung ein Teilnahmerecht an der Exploration zuspricht.⁸⁸⁵ Er begründet das Teilnahmerecht mit der fehlenden Transparenz der bisherigen Praxis, den in der Exploration umfassend erhobenen Informationen, welche in die gerichtliche Beweiswürdigung einfließen, und der damit

⁸⁸¹ URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 412.

⁸⁸² BERNARD, Diss., S. 30.

⁸⁸³ URWYLER, Diss., S. 1 ff.; HEER/COVACI, AJP 2019, S. 438 ff.; BERNARD, iusNet STR-STPR 2018, S. 1 ff.; BRUNNER, in: Gericht und Expertise, S. 197; BRUNNER, in: Strafjustiz zwischen Anspruch und Wirklichkeit, S. 308; URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 410 ff.; BERNARD/BINDER, Anwaltsrevue 2011, S. 10 ff.; BERNARD/STUDER, ZStR 2015, S. 92 ff.

⁸⁸⁴ Eingehend zur Entwicklung der Diskussion BERNARD, Diss., S. 29 ff.

⁸⁸⁵ URWYLER, Diss., S. 1 ff.; ebenfalls dieser Ansicht mit Mitautoren in URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 410 ff.; so auch bereits SANER, ZStR 2014, S. 121 ff.

verbundenen fehlenden Kontrollmöglichkeit der Verteidigung sowie mit den Schutzinteressen der beschuldigten Person als Prozesssubjekt.⁸⁸⁶ Art. 147 StPO sei jedoch nicht anwendbar, das Teilnahmerecht ergebe sich aber insbesondere aus Art. 6 Ziff. 3 lit. c EMRK, da nur mit dem Teilnahmerecht eine effektive Verteidigung gewährt werden kann.⁸⁸⁷ Ohne das Teilnahmerecht könne die Verteidigung insbesondere nicht gegen ungesetzliches Verhalten⁸⁸⁸ der sachverständigen Person einschreiten, noch sei es ihr möglich, während der Exploration zu intervenieren, um die Selbstbelastungsfreiheit⁸⁸⁹ der beschuldigten Person zu gewährleisten.⁸⁹⁰ Vor diesem Hintergrund dränge sich ein Teilnahmerecht der Verteidigung verfassungs- und konventionsrechtlich nach Art. 32 Abs. 2 BV sowie Art. 6 Ziff. 3 lit. c EMRK auf.⁸⁹¹

Das Bundesgericht teilt diese Auffassung nicht. Gemäss seiner Rechtsprechung komme der Verteidigung anlässlich des Explorationsgesprächs grundsätzlich kein Teilnahmerecht zu.⁸⁹² Das Bundesgericht geht bei der Begründung dabei zuerst auf die bereits aufgezeigte Argumentation zur zweigleisigen Sachverhaltsermittlung ein.⁸⁹³ Es bringt vor, dass die sachverständige Person bei der gutachterlichen Sachverhaltsermittlung ausschliesslich fachspezifische Erhebungen vornehmen würde, die in einem engen Zusammenhang mit dem Gutachten stünden.⁸⁹⁴ Eine klare Unterscheidung der Untersuchungshandlungen von Sachverständigen und Strafbehörden dränge sich umso mehr auf, als beim Explorationsgespräch die gesetzlichen Erfordernisse an eine rechtskonforme Einvernahme regelmässig nicht erfüllt seien, wie beispielsweise die Teilnahmerechte der Verteidigung.⁸⁹⁵

⁸⁸⁶ URWYLER, Diss., S. 247 ff.; BERNARD, Diss., S. 31; URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 410 ff.

⁸⁸⁷ URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 411 f.; URWYLER, Diss., S. 224 f.

⁸⁸⁸ Vgl. zu den verbotenen Beweiserhebungsmethoden *Dritter Teil, 2. Kapitel, S. 115 ff.*

⁸⁸⁹ Vgl. *Dritter Teil, 3. Kapitel, S. 125 ff.*

⁸⁹⁰ URWYLER, Diss., S. 225; URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 462.

⁸⁹¹ URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 412; URWYLER, Diss., S. 224 f.

⁸⁹² BGE 144 I 253, E. 3.7.

⁸⁹³ Vgl. *Zweiter Teil, 3. Kapitel, A., II., S. 76 ff.*; BGE 144 I 253, E. 3.7.

⁸⁹⁴ BGE 144 I 253, E. 3.7.

⁸⁹⁵ BGE 144 I 253, E. 3.7.

Anschliessend geht das Bundesgericht vertieft auf die Verneinung des Teilnahmerechts der Verteidigung an der Exploration ein und hält insbesondere fest, dass sich kein Anspruch aus Art. 147 Abs. 1 StPO ergebe:

«Für die Ausarbeitung des psychiatrischen Gutachtens (inklusive Explorationsgespräch und allenfalls weitere auftragsspezifische Erhebungen) ist die forensische sachverständige Person persönlich verantwortlich (Art. 185 Abs. 1 StPO). Das Gesetz sieht keinen Anspruch der Verteidigung oder anderer Parteivertreter vor, die Begutachtung (im Rahmen einer Anwesenheit bei der psychiatrischen Exploration des Beschuldigten oder gar mittels direkter Interventionen) unmittelbar zu <kontrollieren> und zu ergänzen. Ein entsprechender gesetzlicher Anspruch ergibt sich auch nicht (wie der Beschwerdeführer grundsätzlich einräumt) aus Art. 147 Abs. 1 StPO. Bei der fachlichen Exploration der beschuldigten Person durch den psychiatrischen Gutachter handelt es sich nicht um Beweiserhebungen <durch die Staatsanwaltschaft und die Gerichte> [...]. Dementsprechend sieht Art. 185 Abs. 5 StPO auch nur den Hinweis auf das Recht der beschuldigten Person vor, die Aussage gegenüber der sachverständigen Person zu verweigern, nicht aber – und dies im Gegensatz zu den Bestimmungen zum Verhör (Art. 158 Abs. 1 lit. c bzw. Art. 159 Abs. 1 StPO) – einen Hinweis auf das Recht zur Verbeiständung durch einen Verteidiger [...].»⁸⁹⁶

Gemäss Bundesgericht seien jedoch Ausnahmen möglich.⁸⁹⁷ Insbesondere unter den Gesichtspunkten des Rechts auf ein faires Verfahren beziehungsweise des Anspruchs auf ausreichende Verteidigung nach Art. 6 Ziff. 3 lit. c EMRK sei ausnahmsweise die Verteidigung beim Explorationsgespräch zulässig, sofern im Einzelfall stichhaltige besondere Gründe dafürsprächen.⁸⁹⁸ Wann eine solche Ausnahme zu gewähren ist, ist noch nicht geklärt.⁸⁹⁹

Das Bundesgericht unterscheidet im bereits hiavor kritisierten Urteil⁹⁰⁰ zum einen zwischen den Beweisaussagen der beschuldigten Person als dem Ergebnis einer Einvernahme, die dieser auch vorgehalten werden können, und zum anderen den Erkenntnissen aus dem Explorationsgespräch, mit welchen einzig psychiatrische

⁸⁹⁶ BGE 144 I 253, E. 3.7.

⁸⁹⁷ BGE 144 I 253, E. 3.7.

⁸⁹⁸ BGE 144 I 253, E. 3.8.

⁸⁹⁹ BERNARD, Diss., S. 99; BERNARD, iusNet STR-STPR 2018; HEER/COVACI, AJP 2019, S. 449 f.

⁹⁰⁰ Vgl. Zweiter Teil, 3. Kapitel, B., S. 80 ff.

Fachfragen beantwortet werden sollen.⁹⁰¹ Die Argumentation des Bundesgerichts greift auch an dieser Stelle aus mehreren Gründen zu kurz.⁹⁰² Zunächst einmal fließen die entsprechenden Aussagen der beschuldigten Person in das Gutachten ein und sind damit in den Akten vorhanden.⁹⁰³ Aus den Akten heraus können solche Aussagen, die der beschuldigten Person eigentlich nicht vorgehalten werden dürften, dennoch Einfluss auf das Urteil nehmen.⁹⁰⁴ Es ist fraglich, ob es möglich sein soll, dass für sich gesehen unvorhaltbare Äusserungen mittelbar doch verwertet werden, indem sie in ein Gutachten einfließen, dessen Beurteilungen dann wiederum Eingang in das Urteil finden.⁹⁰⁵ Sinnvoll und effizient wäre vielmehr, dass solche Angaben unter Einhaltung der vom Bundesgericht genannten gesetzlichen Erfordernisse an eine justizkonforme Einvernahme – wie der Teilnahme der Verteidigung – zustande kommen und in der Folge direkt verwertbar wären.⁹⁰⁶ Andernfalls fehlt es der Beweiserhebung durch die Exploration vonseiten der Verteidigung vollständig an Transparenz. Eine Kontrolle mit Blick auf die dargelegte ungenügende Transparenz ist zudem nachträglich gar nicht möglich.⁹⁰⁷

Eine Verletzung des Anspruchs auf ein faires Verfahren beziehungsweise auf eine ausreichende Verteidigung und eine effektive Überprüfungsmöglichkeit nach Art. 29 Abs. 1 und Art. 32 Abs. 2 BV sowie Art. 6 Ziff. 1 und Ziff. 3 lit. c und lit. d EMRK ist nach dem Gesagten erstellt.⁹⁰⁸ Es ist somit derjenigen Lehrmeinung zu folgen, die der Verteidigung ein Teilnahmerecht an der sachverständigen Exploration zugesteht.⁹⁰⁹ Strittig bleibt innerhalb dieser Lehrmeinung, ob sich das Teilnahmerecht auch aus Art. 147 StPO ableiten lässt. Da die Strafprozessordnung

⁹⁰¹ HEER/COVACI, AJP 2019, S. 445.

⁹⁰² WOHLERS, *forumpoenale* 2021, S. 365 f.

⁹⁰³ WOHLERS, *forumpoenale* 2021, S. 365.

⁹⁰⁴ URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 431; URWYLER, Diss., S. 187 ff.; BRUNNER, Plädoyer 2005, S. 38; HEER/COVACI, AJP 2019, S. 445 f.; vgl. BSK StGB-HEER, Art. 56 N 64a.

⁹⁰⁵ WOHLERS, *forumpoenale* 2021, S. 365 f.

⁹⁰⁶ Vgl. HEER/COVACI, AJP 2019, S. 446.

⁹⁰⁷ HEER/COVACI, AJP 2019, S. 443.

⁹⁰⁸ HEER/COVACI, AJP 2019, S. 443; URWYLER, Diss., S. 130, 224; URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 411 ff.

⁹⁰⁹ BRUNNER, in: *Gericht und Expertise*, S. 197; BRUNNER, in: *Strafjustiz zwischen Anspruch und Wirklichkeit*, S. 308; BERNARD/STUDER, ZStrR 2015, S. 76 ff.; BERNARD/STUDER, in: *Feststellung des Sachverhalts im Zusammenhang mit der Begutachtung*, S. 13 ff.; URWYLER, Diss., S. 1 ff.; BSK StPO-HEER, Art. 185 N 35e; BERNARD/BINDER, *Anwaltsrevue* 2011, S. 10 ff.; zum Diskussionsstand in Deutschland POLLÄHNE, in:

im Lichte der EMRK auszulegen ist, scheint eine Abstützung des Teilnahmerechts sowohl auf Art. 6 EMRK als auch auf Art. 147 StPO naheliegend.⁹¹⁰ Der Wortlaut von Art. 147 StPO spricht zwar von Beweiserhebungen der Staatsanwaltschaften und Gerichte. Es geht bei dieser Bestimmung in erster Linie um die Teilnahmerechte an massgeblichen Beweiserhebungen. Wie im Ersten Teil ausführlich dargelegt worden ist, betreibt auch die sachverständige Person umfangreiche Sachverhaltsermittlung, die Einfluss auf das Urteil des Gerichts haben wird.⁹¹¹ Es ist deswegen in Betrachtung einer EMRK-konformen Auslegung der Strafprozessordnung entgegen dem zu engen Wortlaut des Gesetzes zugunsten der beschuldigten Person von einem Teilnahmerecht der Verteidigung an der Exploration gemäss Art. 147 StPO auszugehen. Damit wird auch dem Erfordernis Genüge getan, dass beschuldigte Personen durch die Sachverhaltsauslagerung auf Sachverständige prozessual nicht benachteiligt werden dürfen.

II. Indirekte Teilnahme bei Fremdanamnesen

Anders als zu den Teilnahmerechten bei der Exploration gibt es zu den Teilnahmerechten bei Fremdanamnesen keine umfangreiche Literatur. Bisher haben sich, soweit ersichtlich, erst URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, HEER und WOHLERS mit dieser Frage befasst. Die nachfolgenden Ausführungen beziehen sich dabei ausschliesslich auf zulässige Fremdanamnesen.⁹¹²

1. Uneinigkeit in der Lehre

URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF stellen sich auf den Standpunkt, dass sich Art. 147 StPO nicht auf die sachverständigen Erhebungen erstreckt und deswegen kein gesetzliches Teilnahmerecht an diesen Erhebungen durch die sachverständige Person besteht.⁹¹³ Jedoch seien auch bei den Fremdanamnesen die Mindestanforderungen aus EMRK und Bundesverfassung wie das Konfrontationsrecht nach Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK und Art. 32 Abs. 2 BV zu beachten, da es sich bei den Fremdanamnesen materiell betrachtet um Einvernahmen handle.⁹¹⁴ Der Konfron-

Achtung: Begutachtung!, S. 42 ff.; URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 409 ff.; HEER/COVACI, AJP 2019, S. 442 ff.

⁹¹⁰ Vgl. BERNARD, *sui generis* 2020, S. 277.

⁹¹¹ Vgl. *Erster Teil*, 3. Kapitel, S. 19 ff.

⁹¹² Vgl. *Dritter Teil*, 4. Kapitel, B., S. 152 ff.

⁹¹³ URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 414 f.

⁹¹⁴ URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 415.

tationsanspruch könne sowohl im Zeitpunkt der Fremdanamnese als auch danach in der gerichtlichen Hauptverhandlung oder im Rahmen einer strafbehördlichen Einvernahme im Vorverfahren gewährt werden.⁹¹⁵

HEER ist ebenfalls der Ansicht, dass es sich bei Fremdanamnesen um Einvernahmen handle und dass Art. 147 StPO zur Anwendung gelangen sollte.⁹¹⁶ Die Parallele zur Rechtsprechung im Zusammenhang mit der Exploration sei nicht evident, denn sobald Fremdauskünfte nicht mehr bloss einfacher, informatorische Natur seien, müssen sie in einem justizförmigen Verfahren erhoben werden, andernfalls seien sie unverwertbar.⁹¹⁷ Im Zweifel sei anzunehmen, dass Auskünfte den unproblematischen Rahmen überschreiten.⁹¹⁸ Als Mindestforderung sei das Konfrontationsrecht der beschuldigten Person im Sinne von Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK und Art. 32 Abs. 2 BV zu wahren.⁹¹⁹

Einigkeit besteht bei diesen Lehrmeinungen hinsichtlich der Charakterisierung der Fremdanamnesen als Einvernahme und der Gewährung des Konfrontationsrechts. Umstritten ist, ob Art. 147 StPO bei den Fremdanamnesen direkt anwendbar ist oder nicht.

WOHLERS vertritt die Ansicht, dass auf dem Umweg über die Auslagerung der Sachverhaltsermittlung an Sachverständige die Teilnahmerechte nicht leerlaufen und Gültigkeitsvorschriften nicht irrelevant werden dürfen, die von den eigentlich zuständigen Strafbehörden hätten eingehalten werden müssen.⁹²⁰ Er spricht sich für ein Teilnahmerecht der Parteien bei den Befragungen durch Sachverständige – und damit auch bei den Fremdanamnesen – aus.⁹²¹

2. Begründung eines indirekten Teilnahmerechts

Es fragt sich, in welcher Form und zu welchem Zeitpunkt ein Teilnahmerecht der Verteidigung an Fremdanamnesen zu gewähren ist. Die Rechtsprechung des EGMR könnte hierzu Aufschluss geben. Wie hiervor ausgeführt, ist die Möglich-

⁹¹⁵ URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 415.

⁹¹⁶ BSK StPO-HEER, Art. 185 N 35g.

⁹¹⁷ BSK StPO-HEER, Art. 185 N 35g; HEER, in: «Toujours agité – jamais abattu», 198 f.

⁹¹⁸ BSK StPO-HEER, Art. 185 N 35g.

⁹¹⁹ BSK StPO-HEER, Art. 185 N 35g.

⁹²⁰ WOHLERS, in: Feststellung des Sachverhalts im Zusammenhang mit der Begutachtung, S. 84.

⁹²¹ WOHLERS, in: Feststellung des Sachverhalts im Zusammenhang mit der Begutachtung, S. 85.

keit der Stellungnahme zu einem Gutachten, das einer Partei erst nach seiner Fertigstellung übermittelt wird, für diese insbesondere nicht effektiv, wenn die Fragestellung, welche die sachverständige Person zu beantworten hat, mit der vom Gericht zu entscheidenden Frage identisch ist.⁹²² Weitere Voraussetzungen sind, dass dem Gericht das Fachwissen fehlt, das Gutachten auf die Tatsachenermittlung einen überragenden Einfluss hat, keine Schwierigkeit für die Beteiligung der Partei bei der Gutachtenserstellung besteht, die Partei keine Möglichkeit zur Zeugenbefragung hat sowie der Partei die von der sachverständigen Person berücksichtigten Dokumente erst nach Fertigstellung und Übermittlung des Gutachtens zur Kenntnis gelangen.⁹²³ Unter diesen Umständen muss den Parteien eine Stellungnahme vor der Fertigstellung des Gutachtens ermöglicht werden.⁹²⁴

Diese Voraussetzungen sind auf die Situation der forensisch-psychiatrischen Gutachten in Strafverfahren anwendbar. Die Fragestellung, welche die sachverständige Person zu beantworten hat, ist zwar nicht identisch mit der vom Gericht zu entscheidenden Frage, aber das Gutachten hat für die Sachverhaltsermittlung einen überragenden Einfluss und ist für das Gericht dahingehend grundsätzlich bindend. Zusätzlich erstreckt sich die Tätigkeit der sachverständigen Person per Definition auf ein Gebiet, welches sich dem Wissen des Gerichts entzieht, ansonsten hätte es keine sachverständige Person beauftragen müssen. Zudem bestehen in der Praxis grundsätzlich keine unüberwindbaren Schwierigkeiten für die Beteiligung der Parteien bei der sachverständigen Sachverhaltsermittlung. Zuletzt gelangt die Verteidigung erst nach Fertigstellung des Gutachtens an die von der sachverständigen Person verwendeten Informationen aus der Fremdanamnese, obwohl diese schon vorher verfügbar wären und daher auch eine Konfrontation mit allfälligen Belastungszeugen bereits vor Fertigstellung des Gutachtens erfolgen könnte.

Wie bereits aufgezeigt müssen nach Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK Belastungszeugen mindestens einmal im Verfahren von der beschuldigten Person beziehungsweise ihrer Verteidigung konfrontiert werden können.⁹²⁵ Wie bereits hiavor aufgezeigt ist es jedoch fraglich, auf welcher Grundlage die Verteidigung Kenntnis davon

⁹²² EGMR Mantovanelli gegen Frankreich, Nr. 21497/93 vom 18. März 1997, § 30 ff.; ESSER, in: Die Bedeutung der EMRK für die nationale Rechtsordnung, S. 42 f.

⁹²³ EGMR Mantovanelli gegen Frankreich, Nr. 21497/93 vom 18. März 1997, § 30 ff.; ESSER, in: Die Bedeutung der EMRK für die nationale Rechtsordnung, S. 42 f.

⁹²⁴ ESSER, in: Die Bedeutung der EMRK für die nationale Rechtsordnung, S. 43.

⁹²⁵ EGMR Al-Khawaja und Tahery gegen Vereinigtes Königreich, Nr. 26766/05, 22228/06 vom 15. Dezember 2011, § 118; EGMR Hümmer gegen Deutschland, Nr. 26171/07 vom 19. Juli 2012, § 38; EGMR, Guide on Article 6, S. 94; BGE 131 I 476, E. 2.2; BGE 144 II 427, E. 3.1.2; BGE 129 I 151, E. 3.1; GAEDE, Diss., S. 274 ff.; DONATSCH/

erlangen soll, welche Inhalte in den Fremdanamnesen behandelt worden sind und inwiefern es sich dabei um belastende Inhalte handelt.

Um diese Problematik zu verdeutlichen, ist nochmals auf das hiervor bei der Zulässigkeit von Fremdanamnesen erwähnte Beispiel aus einem analysierten Gutachten einzugehen.⁹²⁶

«In einer dieser verbal bedrohlichen Situationen sei Herr G. froh gewesen, dass eine Tür zwischen den Betreuern und Herrn C. gewesen sei. Er gehe noch heute davon aus, dass es sonst zu einer körperlichen Auseinandersetzung gekommen wäre. Der Anlass sei damals gewesen, dass Herr C. mit einer Disziplinierung (wegen bedrohlicher Aussagen) seitens der JVA nicht einverstanden gewesen sei. Er habe damals gesagt, dass ein Angriff auf dem Stationsflur von ihm auf Bedienstete nicht auszuschliessen sei. Zudem habe er den erforderlichen Mindestabstand nicht eingehalten. Als Reaktion auf die folgende Disziplinarstrafe (Arrest) habe Herr C. immer wieder geäußert, dass er bedroht werde, habe sich in seiner Zelle verbarrikadiert und angekündigt, dass bei einem Betreten seiner Zelle, so viel Mitarbeiter wie nur irgend möglich in das Spital eingeliefert würden. Im weiteren Verlauf dieser Verbarrikadierung habe sich Herr C. aus Kissen und anderen Mitteln des Zelleninventars eine Art «Kampf-Montur» gebastelt, um für einen Angriff vorbereitet zu sein.»⁹²⁷

Der Beschuldigte, Herr C., beziehungsweise seine Verteidigung hatten keine Gelegenheit, zu diesen belastenden Äusserungen von Herrn G. Stellung zu beziehen, bevor das Gutachten verfasst und erstattet worden ist. Eine spätere Einwirkung der Verteidigung auf das Gutachten ist für die beschuldigte Person nicht mehr von gleicher Effektivität, wie wenn die Einwirkung vor Erstattung des Gutachtens erfolgen könnte. Das ist dem Umstand geschuldet, dass wenn der Inhalt der allenfalls unverwertbaren Fremdanamnese in das Gutachten geflossen und dieses an die Verfahrensleitung erstattet ist, diese die unverwertbaren Informationen nicht mehr aus dem Gutachten rausfiltern kann.⁹²⁸ Sich in einem erstatteten Gutachten befindliche Informationen sind bezüglich Risikoeinschätzung und Urteilsfällung nicht mehr ohne erheblichen Aufwand und Fachkenntnis aus dem Gutachten herauszuarbeiten.

SUMMERS/WOHLERS, Strafprozessrecht, S. 167; RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, Strafprozessrecht, S. 126.

⁹²⁶ Vgl. Dritter Teil, 4. Kapitel, B., II., S. 153 ff.

⁹²⁷ Gutachten über Herrn C. vom 26. April 2021, S. 38.

⁹²⁸ Vgl. Zweiter Teil, 4. Kapitel, A., II., S. 90 ff.

Die Verteidigung muss demnach die Möglichkeit haben, auf den Inhalt der Fremdanamnese einzuwirken, bevor der Inhalt in das Gutachten fließt und dieses erstattet wird. Nur so kann die Verteidigung beurteilen, ob es sich hier um eine zulässige Fremdanamnese handelt, bevor der Inhalt in das Gutachten einfließt.

Ein direktes Teilnahmerecht der Verteidigung bei Fremdanamnesen vor Ort erscheint nicht praktikabel, da es sich dabei oftmals beispielsweise um kurze Telefongespräche und nicht um längere Befragungen vor Ort handelt. Wie hier vor herausgearbeitet, sind Fremdanamnesen denn auch nur bei informatorischen Befragungen zur Erhebung von einfachen, leicht überprüfbaren Informationen zulässig.⁹²⁹ Ein neuer Vorschlag lautet daher, dass eine praxistaugliche Auslegung von Art. 147 StPO unter Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK im Hinblick auf Fremdanamnesen erfolgen soll. Diese Auslegung führt zu einer indirekten, nachträglichen Teilnahme der Verteidigung an Fremdanamnesen. Die Beteiligung erfolgt jedoch, bevor die Informationen aus der Fremdanamnese im Gutachten verwertet werden. Dafür werden die Fremdanamnese und die hierbei notwendige Belehrung durch die sachverständige Person sorgfältig und umfassend dokumentiert.⁹³⁰ Eine Abschrift der Aufnahme des Gesprächs wäre hierbei denkbar.⁹³¹

Diese Dokumentationsform wird teilweise in der Praxis bereits so gehandhabt. Dies verdeutlicht das folgende Beispiel aus einem analysierten Gutachten, für welches die Mutter des Beschuldigten Herr K. und seine Verlobte, Frau P., vom Sachverständigen befragt worden sind:

«Die Mutter war von ihrem Sohn über die Umstände der Begutachtung aufgeklärt und wurde vom Referenten über ihr Zeugnisverweigerungsrecht informiert. Sie war bereit, die Fragen des Gutachters zu beantworten, und erhielt die Möglichkeit, das Protokoll der telefonischen Befragung gegenzulesen und Korrekturvorschläge zu machen.»⁹³²

«Frau P. wurde von Herrn K. über die Umstände der Begutachtung informiert. Vom Referenten wurde sie über ihr Zeugnisverweigerungsrecht informiert und sie erhielt die Möglichkeit, die Abschrift der telefonischen Befragung einzusehen und Korrekturvorschläge zu machen. Eine Anmerkung wurde in der Abschrift übernommen.»⁹³³

⁹²⁹ Vgl. Dritter Teil, 4. Kapitel, B., II., S. 153 ff.

⁹³⁰ Vgl. Dritter Teil, 6. Kapitel, B., S. 186 ff.

⁹³¹ Vgl. Fünfter Teil, 3. Kapitel, B., S. 243 ff.

⁹³² Gutachten über Herrn K. vom 9. Juni 2020, S. 37.

⁹³³ Gutachten über Herrn K. vom 9. Juni 2020, S. 39.

Gemäss der vorgeschlagenen indirekten Teilnahme wird die Aufzeichnung der Fremdanamnese den Parteien, im Zentrum steht hier vor allem die Verteidigung, vorgängig zur Erstellung des schriftlichen Gutachtens zugestellt. Den Parteien wird sodann die Gelegenheit eingeräumt, Einwände gegen die in der Fremdanamnese erhobenen Informationen vorzubringen. Handelt es sich beispielsweise um Personen, die belastende Angaben machen, kann die Verteidigung den Einwand erheben, dass es sich hierbei um einen Belastungszeugen nach Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK handelt und dass diese Person in einem justizkonformen Verfahren nochmals einvernommen und der Verteidigung die Gelegenheit zur Konfrontation gewährt werden muss. Ansonsten sind die erhobenen Informationen im Gutachten nicht verwertbar. Erst durch die parteiöffentliche Einvernahme der Strafbehörden dürfen diese belastenden Informationen strafprozesskonform in das Gutachten einfließen. Fliessen solche belastenden Informationen ohne parteiöffentliche Einvernahme in das Gutachten ein, ist dieses nicht verwertbar.⁹³⁴ Die Strafbehörden können bei dieser Vorgehensweise an ihren Kompetenzen im Strafprozess festhalten. Es liegt zudem in ihrem Interesse, dass Gutachten verwertbar bleiben und lediglich überprüfte Informationen in das Gutachten fliessen.

Dieser Unverwertbarkeit von Gutachten ist mit dem indirekten Teilnahmerecht der Verteidigung an Fremdanamnesen entgegenzuwirken. Streng genommen stellt dieses indirekte Teilnahmerecht eine verschärfte Dokumentationsvorschrift mit Gewährung des rechtlichen Gehörs dar und kein eigentliches Teilnahmerecht. Grundsätzlich wäre auch bei Fremdanamnesen ein volles Teilnahmerecht zu gewähren, da sie Beweiserhebungen darstellen. Weil Fremdanamnesen aber wie erwähnt nur bei einfachen Fremdauskünften zulässig sind, die oft telefonisch durchgeführt werden, wäre ein direktes Teilnahmerecht nicht praktikabel. Die an dieser Stelle genannte indirekte Teilnahme an den Fremdanamnesen reicht aus, um die Verfahrensrechte der betroffenen Personen zu gewähren. Damit wird zum einen den Anforderungen an die zulässigen einfachen Erhebungen von Art. 185 Abs. 4 StPO Genüge getan, dass nicht bei jeder Fremdanamnese eine justizförmige Einvernahme durchzuführen ist und der Begutachtungsprozess nicht übermässig verzögert und die Verfahrensleitung nicht mehrbelastet wird. Zum anderen wird eine kurze Verzögerung durch diese Rückmeldungsschleife der Parteien in Kauf genommen werden müssen, um die Verteidigungsrechte der beschuldigten Person sowie Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK angemessen zu wahren und die Einflussmöglichkeit der Verteidigung auf das Gutachten nicht als zahnloses Recht, sondern effektive Möglichkeit auszugestalten.

⁹³⁴ WOHLERS, in: Feststellung des Sachverhalts im Zusammenhang mit der Begutachtung, S. 85; BSK StGB-HEER, Art. 56 N 63.

C. Folgen der Missachtung der Teilnahmerechte

Die unter Verletzung des Teilnahmerechts der Verteidigung nach Art. 147 StPO erhobenen Beweise sind unverwertbar.⁹³⁵ Auch bei Wiederholung der Beweiserhebung hat die Verletzung der Teilnahmerechte die Unverwertbarkeit früherer Aussagen zur Folge.⁹³⁶ Die aus unverwertbaren Einvernahmen erlangten Erkenntnisse dürfen zudem weder für die Vorbereitung noch für die Durchführung erneuter Beweiserhebungen verwendet werden.⁹³⁷

In der Lehre ist weiterhin strittig, ob sich das Teilnahmerecht der Verteidigung an der Sachverhaltsermittlung durch Sachverständige direkt auf Art. 147 StPO abstützen lässt oder nicht. Gemäss der hier vertretenen Auffassung deuten die Anforderungen von Art. 6 Ziff. 3 lit. c und lit. d EMRK darauf hin, dass sich das Teilnahmerecht der Verteidigung auch auf Art. 147 StPO stützen lässt.

Doch selbst wenn die Abstützung des Teilnahmerechts auf Art. 147 StPO keinen Anklang findet, kann sich eine Unverwertbarkeit der erhobenen Beweise auch aus der Rechtsprechung des EGMR ergeben. Bezüglich Art. 6 Ziff. 3 lit. c EMRK lässt sich festhalten, dass die Indikatoren für eine Fairnessverletzung die Indikatoren für eine Wahrung der Verfahrensfairness überwiegen.⁹³⁸ Die Verwertbarkeit der Explorationsinhalte, die hohe Signifikanz des erlangten Beweismaterials, die mangelnde Transparenz der Exploration und Fremdanamnese sowie die besondere Verletzlichkeit der beschuldigten Person überwiegen insgesamt die Belehrung über nemo tenetur, freier Verkehr mit der Verteidigung vor der Exploration, öffentliches Interesse an Aufklärung der Straftat sowie die Würdigung durch ein professionelles Gericht.⁹³⁹ Es entsteht durch die Missachtung der Teilnahmerechte eine Verletzung von Art. 6 Ziff. 3 lit. c EMRK, die nicht ausgeglichen wird, sodass das Verfahren insgesamt nicht mehr als fair erscheint.⁹⁴⁰ So werden Verfahrensrechte durch die Auslagerung der Sachverhaltsermittlung an Sachverständige umgangen.

⁹³⁵ Art. 147 Abs. 4 StPO; BGE 143 IV 457, E. 1.6.2; BGE 141 IV 220, E. 4 f.; ZK StPO-WOHLERS, Art. 147 N 10; BSK StPO-SCHLEIMINGER/SCHAFFNER, Art. 147 N 41; JOSITSCH, Grundriss Strafprozessrecht, S. 93; RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, Strafprozessrecht, S. 126; JOSITSCH/SCHMID, Handbuch, S. 311.

⁹³⁶ BSK StPO-SCHLEIMINGER/SCHAFFNER, Art. 147 N 4.

⁹³⁷ BGE 143 IV 457, E. 1.6; BSK StPO-SCHLEIMINGER/SCHAFFNER, Art. 147 N 41; ZK StPO-WOHLERS, Art. 147 N 9d; JOSITSCH/SCHMID, Handbuch, S. 311.

⁹³⁸ URWYLER, Diss., S. 252.

⁹³⁹ URWYLER, Diss., S. 252.

⁹⁴⁰ URWYLER, Diss., S. 252.

Zu betrachten ist auch die Praxis zu Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK. Das Bundesgericht folgt in diesem Bereich der Rechtsprechung des EGMR, welche die Vereinbarkeit einer Verwertung unkonfrontierter Aussagen mit Art. 6 Ziff. 1 und Ziff. 3 lit. d EMRK anhand dreier Kriterien prüft:⁹⁴¹

- Existieren gute Gründe für eine Beschränkung?
- War die Zeugenaussage der einzige oder entscheidende Beweis für die Verurteilung (*sole and decisive rule*)?
- Wurde die Beschränkung durch ausgleichende Massnahmen kompensiert?

Nach dem Gesagten existieren für den Ausschluss der Verteidigung von der Exploration keine guten Gründe, welche die Marginalisierung der Rechte von beschuldigten Personen rechtfertigen würden. Zudem sind die sachverständigen Beweiserhebungen durch Befragungen für ein Gutachten zwar in der Regel nicht der einzige, aber sicherlich ein entscheidender Beweis für die Beurteilungen im Gutachten und damit auch die Verurteilung. Es ist an dieser Stelle jedoch im Einzelfall zu prüfen, welches Gewicht einer Aussage im Rahmen des Gutachtens und des Urteils zukommt. Eine pauschale Einschätzung kann hierzu nicht getroffen werden. Die dritte Stufe der Prüfung, bei welcher die Beschränkung durch ausgleichende Massnahmen kompensiert werden müsste, ist ebenfalls im Einzelfall zu betrachten. Bei der Argumentation zu Art. 6 Ziff. 3 lit. c EMRK wurde aufgezeigt, dass die Nichtgewährung der Teilnahmerechte die fairnesswahrenden Faktoren in einer Weise überwiegt, sodass nicht von einem fairen Verfahren gesprochen werden kann. Werden im Einzelfall keine anderen ausgleichenden Massnahmen getroffen, wird das Recht auf ein faires Verfahren in der Regel nicht gewahrt sein.

Als Fazit lässt sich festhalten, dass im Einzelfall untersucht werden muss, ob die Teilnahmerechte in einer genügenden Art und Weise eingehalten worden sind, sodass noch von einem fairen Verfahren gesprochen werden kann. Stellt sich heraus, dass dem nicht so ist, spricht das für eine Unverwertbarkeit der unter Verletzung der Teilnahmerechte erhobenen Beweise. Nur auf diese Weise kann sichergestellt werden, dass Verfahrensrechte durch die Auslagerung der Sachverhaltsermittlung an Sachverständige nicht gefährdet werden.

⁹⁴¹ EGMR Van Mechelen und andere gegen Niederlande, Nr. 21363/93, 21364/93, 21427/93, 22056/93 vom 23. April 1997, § 55; EGMR Lucà gegen Italien, Nr. 33354/96 vom 27. Februar 2001, § 40; BSK StPO-SCHLEIMINGER/SCHAFFNER, Art. 147 N 43; ZK StPO-WOHLERS, Art. 147 N 18.

6. Kapitel: Belehrungen durch Sachverständige

Die sachverständige Person hat, wenn sie Personen befragt und damit eine Beweiserhebung vornimmt, die befragten Personen zu belehren. Diese Belehrungspflicht trägt zur Wahrung der hiervor aufgeführten Verfahrensrechte der beteiligten Personen bei.

A. Belehrung der begutachteten Person

Die Belehrung der begutachteten Person ist bedeutend, da diese ohne Belehrung zahlreiche Rechte, wie beispielsweise die Selbstbelastungsfreiheit, nicht wahrnehmen kann. Die Belehrung der begutachteten Person ist dabei in erster Linie zu Beginn der Exploration relevant, wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen. Der Massstab der nachfolgenden Ausführungen ist, dass die beschuldigte Person durch die Auslagerung der Sachverhaltsermittlung an Sachverständige prozessual nicht schlechtergestellt werden darf, als wenn die Strafbehörden diese Verfahrenshandlungen durchführen würden.

I. Rechtliche Grundlagen

Die begutachtete Person soll vor der Exploration ausdrücklich darauf aufmerksam gemacht werden, dass ihre Aussagen gegen sie verwendet werden können und sie keine Pflicht zur Aussage hat.⁹⁴² Diese Belehrungspflicht leitet sich aus dem Fairnessgebot,⁹⁴³ dem Täuschungsverbot⁹⁴⁴ und dem Verbot des Zwangs zur Selbstbelastung⁹⁴⁵ gemäss Art. 6 EMRK ab.⁹⁴⁶ Art. 6 Ziff. 3 lit. a EMRK hält zudem ausdrücklich ein Belehrungsrecht fest sowie Art. 5 Ziff. 2 EMRK eine Informationspflicht bei Freiheitsentzug.⁹⁴⁷ Die Informationspflicht nach Art. 5 Ziff. 2 EMRK unterscheidet sich von der Belehrungspflicht nach Art. 6 Ziff. 3 lit. a EMRK dahingehend, dass Art. 6 EMRK eine weitergehende und präzisere Aufklä-

⁹⁴² BSK StPO-HEER, Art. 185 N 32; vgl. OBERHOLZER, Grundzüge des Strafprozessrechts, S. 321; JOSITSCH/SCHMID, Handbuch, S. 402; ALKAN-MEWES, AJP 2015, S. 1703.

⁹⁴³ Art. 6 Ziff. 1 EMRK, Art. 29 Abs. 1 BV, Art. 3 StPO.

⁹⁴⁴ Art. 7 BV, Art. 3 und Art. 140 StPO.

⁹⁴⁵ Art. 6 Ziff. 1 EMRK, Art. 113 Abs. 1, Art. 140 und Art. 158 Abs. 1 lit. b StPO.

⁹⁴⁶ BSK StPO-HEER, Art. 185 N 32; HEER, in: «Toujours agité – jamais abattu», S. 191; BRUNNER, in: Gericht und Expertise, S. 195.

⁹⁴⁷ WYSS, recht 2001, S. 133.

rung fordert.⁹⁴⁸ Diese Doppelung von Informations- und Belehrungsrechten findet sich auch in Art. 31 Abs. 2 und Art. 32 Abs. 2 BV.⁹⁴⁹ Art. 6 EMRK und Art. 32 Abs. 2 BV nehmen dabei dieselbe Funktion wahr wie die *miranda warnings*,⁹⁵⁰ sie verlangen behördliche Vorkehrungen zur Sicherung des Fairnessgebots und der Waffengleichheit gegenüber den Strafverfolgungsbehörden.⁹⁵¹ Die beschuldigte Person soll vor übereifrigen Aussagen ohne Kenntnis des Kontexts ihrer Aussagen geschützt werden. Dieser Schutz kommt beschuldigten Personen auch in Explorationen gegenüber Sachverständigen zu.

Bei der Exploration handelt es sich um eine ausgelagerte Beweiserhebung, bei welcher die sachverständige Person Informationen über die beschuldigte Person erhebt, welche anschliessend in das Strafverfahren eingebracht werden.⁹⁵² Gemäss Art. 185 Abs. 5 StPO kann die beschuldigte Person bei Erhebungen durch die sachverständige Person die Mitwirkung oder Aussage verweigern. Die sachverständige Person hat die zu begutachtende Person zu Beginn der Exploration auf dieses Recht hinzuweisen.⁹⁵³ Diese Belehrung ist zwingend und in den rudimentären Vorgaben zum Sachverständigenbeweis festgehalten.⁹⁵⁴ Die Belehrung darf jedoch nicht auf den knappen Wortlaut von Art. 185 Abs. 5 StPO und die damit verbundenen Aussage- und Mitwirkungsverweigerungsrechte beschränkt werden.⁹⁵⁵ Da die zu begutachtende Person durch diese Delegation der Einvernahme-kompetenz an die sachverständige Person nicht schlechtergestellt werden darf als bei der Befragung durch die Strafbehörden, muss sie im selben Umfang belehrt werden, wie dies bei der Einvernahme durch die Staatsanwaltschaft oder das Gericht vorgeschrieben ist.⁹⁵⁶ Deswegen sind auf Ebene der Strafprozessordnung

⁹⁴⁸ Mit weiteren Hinweisen Wyss, recht 2001, S. 133; VILLIGER, Handbuch EMRK, S. 323; ZIMMERLIN, ZStrR 2003, S. 325.

⁹⁴⁹ Wyss, recht 2001, S. 133.

⁹⁵⁰ Miranda Warnings bezeichnet die Unterrichtung einer Person, der die Freiheit entzogen wurde, über die ihr zustehenden Verfahrensrechte, namentlich das Aussageverweigerungsrecht, das Recht auf Verteidigung sowie die beweismässige Verwertbarkeit der Aussagen; ZIMMERLIN, ZStrR 2003, S. 311.

⁹⁵¹ Wyss, recht 2001, S. 133.

⁹⁵² Vgl. *Erster Teil, 3. Kapitel, B., I., S. 25 ff.*

⁹⁵³ Art. 185 Abs. 5 StPO.

⁹⁵⁴ Art. 185 Abs. 5 StPO; BSK StPO-HEER, Art. 185 N 32; HEER, in: «Toujours agité – jamais abattu», S. 191.

⁹⁵⁵ URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 350.

⁹⁵⁶ BGer 6B_1390/2019 vom 23. April 2020, E. 2.4.3; ZK StPO-DONATSCH, Art. 185 N 38; URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 350.

die Bestimmungen über die Hinweise bei der ersten Einvernahme der beschuldigten Person zu beachten. Gemäss Lehre gelten die Regeln von Art. 158 Abs. 1 lit. b StPO analog.⁹⁵⁷

Gemäss Art. 158 Abs. 1 StPO muss die beschuldigte Person vor der ersten Einvernahme in einer ihr verständlichen Sprache umfassend über ihre Rechte und Pflichten belehrt werden. Insbesondere muss sie darauf hingewiesen werden, dass

- gegen sie ein Strafverfahren geführt wird und welche Straftaten Gegenstand dieses Verfahrens sind (lit. a),
- dass sie die Aussage und Mitwirkung verweigern kann (lit. b),
- sie berechtigt ist, eine Verteidigung zu bestellen oder eine amtliche Verteidigung zu beantragen (lit. c),
- sie eine Übersetzung verlangen kann (lit. d).⁹⁵⁸

Es fragt sich an dieser Stelle, ob nur die Regeln von lit. b analog gelten sollten oder ob nicht der Art. 158 Abs. 1 StPO in seiner Gesamtheit Geltung erlangen sollte.

II. Vorgaben für die Belehrung der begutachteten Person

Wie die Belehrung durch die sachverständige Person vor diesem gesetzlichen Hintergrund konkret auszusehen hat und ob Art. 158 Abs. 1 StPO in seiner Gesamtheit angewendet werden sollte, ist Gegenstand dieses Abschnitts.

1. Aufklärung über die Rolle von Sachverständigen

Zu einem rechtsstaatlichen Verfahren gehört eine klare Deutlichmachung der Stellung und Funktion der sachverständigen Person bei ihrem Auftreten gegenüber der beschuldigten Person.⁹⁵⁹ Sowohl insbesondere der Fairnessgrundsatz nach Art. 6 Ziff. 1 EMRK als auch das Täuschungsverbot und das Verbot des Selbstbelastungszwangs verlangen, dass Sachverständige ihre eigene Rolle der beschuldigten Person deutlich machen.⁹⁶⁰ Insbesondere muss die sachverständige Person klar zu

⁹⁵⁷ BSK StPO-HEER, Art. 185 N 32; HEER, in: «Toujours agité – jamais abattu», S. 191; ZK StPO-DONATSCH, Art. 185 N 34.

⁹⁵⁸ Art. 158 Abs. 1 StPO.

⁹⁵⁹ BSK StPO-HEER, Art. 185 N 32; HEER, in: «Toujours agité – jamais abattu», S. 191; vgl. URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 350 f.; vgl. ALKAN-MEWES, AJP 2015, S. 1703.

⁹⁶⁰ BRUNNER, in: Gericht und Expertise, S. 195.

erkennen geben, dass sie durch die Begutachtung nicht eine Therapie durchführt und damit auch nicht an die Schweigepflicht gebunden ist und sämtliche Angaben in das Gutachten und damit in das Strafverfahren einfließen können.⁹⁶¹ Ansonsten könnte eine verbotene Beweiserhebungsmethode durch eine Täuschung vorliegen.⁹⁶²

Die Belehrung durch Sachverständige darf, wie bereits ausgeführt, nicht auf den Wortlaut von Art. 185 Abs. 5 StPO und die damit verbundenen Aussage- und Mitwirkungsverweigerungsrechte beschränkt werden.⁹⁶³ Ebenso muss die betroffene Person über die zu beantwortenden Gutachtensfragen, das Ziel der Begutachtung sowie deren Ablauf aufgeklärt werden.⁹⁶⁴ Dieser Ansicht ist auch das Bundesgericht, da die sachverständige Person die begutachtete Person über den «*Grund der Exploration und die Faktoren, welche die Massnahmeempfehlung beeinflussen*», aufklären muss.⁹⁶⁵

Dass die beschuldigte Person über das Ziel der Begutachtung und den Grund der Exploration aufzuklären ist, lässt darauf schliessen, dass sie informiert werden muss, in welchem Verfahren beziehungsweise Verfahrensstadium und zu welchem Zweck die Begutachtung erfolgt.⁹⁶⁶ Der beschuldigten Person ist beispielsweise mitzuteilen, dass es um eine Gutachtenserstellung im Straf- oder Vollzugsverfahren geht und ob es sich dabei um ein Gutachten bezüglich der erstmaligen Anordnung einer Massnahme handelt oder eine allfällige Änderung der Massnahme damit begründet werden soll.

Demnach ist festzuhalten, dass die beschuldigte Person gemäss Lehre und Rechtsprechung über die Rolle der sachverständigen Person, den Anlass der Begutachtung und die Faktoren, welche die Massnahmenempfehlung beeinflussen, aufgeklärt werden muss. So betrachtet sind auch die Anforderungen von Art. 158 Abs. 1 lit. a StPO einzuhalten.

⁹⁶¹ BGer 6B_1390/2019 vom 23. April 2020, E. 2.4.3; BSK StPO-HEER, Art. 185 N 32; HEER, in: «Toujours agité – jamais abattu», S. 191; URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 350; FONJALLAZ/GASSER, Le juge et le psychiatre, S. 124; BRUNNER, in: Gericht und Expertise, S. 195.

⁹⁶² Vgl. *Dritter Teil, 2. Kapitel, B., II., S. 120 ff.*

⁹⁶³ URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 350.

⁹⁶⁴ FONJALLAZ/GASSER, Le juge et le psychiatre, S. 124; URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 350.

⁹⁶⁵ BGer 6B_1408/2016 vom 20. Februar 2018, E. 2.1.2; URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 351.

⁹⁶⁶ Vgl. URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 351.

2. Verständlichkeit der Belehrung

Die sachverständige Person hat darauf zu achten, dass die Belehrung über die Rechte in Art. 158 Abs. 1 lit. b StPO in einer verständlichen Art und Weise erfolgt. Der Sinngehalt einer Belehrung erschliesst sich der beschuldigten Person nicht automatisch, da sowohl der juristische als auch der psychiatrische Sprachgebrauch von der gängigen Alltagssprache abweicht.⁹⁶⁷

Damit zusammenhängend fragt sich, ob eine allfällige Intelligenzminderung der beschuldigten Person das Verständnis der Belehrung erschwert. Zu dieser Frage ist noch einmal auf das hiervor aufgeführte Beispiel aus einem analysierten Gutachten zurückzukommen:⁹⁶⁸

«Herr T. wurde darauf aufmerksam gemacht, dass es seiner freiwilligen Entscheidung obliegt, ob und welche Angaben er dem Gutachter gegenüber machen will. Er wurde ferner darüber informiert, dass sämtliche von ihm gemachten Angaben im Gutachten erscheinen bzw. als Beurteilungsgrundlage des Gutachtens dienen können. Er erklärte sich schriftlich mit den Bedingungen einverstanden und unterzeichnete die entsprechende Erklärung [...]»⁹⁶⁹

«Beim Ausfüllen von Fragebogen oder schriftlichen Hausaufgaben sei erkennbar geworden, dass er erhebliche Schwierigkeiten beim Schreiben und im Leseverständnis komplexerer Sätze habe.»⁹⁷⁰

«Zu Beginn des ersten Explorationsgesprächs las er die schriftliche Aufklärung über die Bedingungen der Begutachtung aufmerksam durch und unterzeichnete diese ebenso bereitwillig wie ganz am Schluss der Gespräche die Schweigepflichtentbindung seines aktuellen Therapeuten Herrn I. gegenüber dem Gutachter.»⁹⁷¹

Bei diesem Beispiel bleibt fraglich, ob Herr T. die Belehrung tatsächlich verstanden und damit das Ausmass seiner Rechte erkannt hat. Verantwortlich für die Belehrung und damit auch das Verständnis der Belehrung ist im Begutachtungskontext die sachverständige Person.⁹⁷² Die Verfahrensleitung trägt die Verantwortung für

⁹⁶⁷ WYSS, recht 2001, S. 143.

⁹⁶⁸ Vgl. Dritter Teil, 2. Kapitel, B., II., S. 120 ff.

⁹⁶⁹ Gutachten über Herrn T. vom 6. Dezember 2021, S. 2.

⁹⁷⁰ Gutachten über Herrn T. vom 6. Dezember 2021, S. 30.

⁹⁷¹ Gutachten über Herrn T. vom 6. Dezember 2021, S. 53.

⁹⁷² URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 351.

die Instruktion über die Belehrung gegenüber den Sachverständigen. Es ist hilfreich, wenn sie der sachverständigen Person konkrete Angaben darüber macht, was Inhalt der Belehrung sein muss, beispielsweise mit einer Musterbelehrung.⁹⁷³

Ebenfalls eine entscheidende Rolle beim Verständnis der Belehrung spielt die Verteidigung. Das Teilnahmerecht der Verteidigung an der Exploration wurde hiervor begründet.⁹⁷⁴ Im Rahmen ihrer Teilnahme an der Exploration kann die Verteidigung sicherstellen, dass die Belehrung tatsächlich erfolgt und von der beschuldigten Person verstanden worden ist. Damit die Verteidigung dieses Teilnahmerecht effektiv wahrnehmen kann, muss die beschuldigte Person darüber belehrt werden, dass sie die Verteidigung bei der Exploration beiziehen darf. Die Anwendung von Art. 158 Abs. 1 lit. c liegt somit auf der Hand, damit Verfahrensrechte durch die Sachverhaltsauslagerung nicht umgangen werden.

3. Anspruch auf Übersetzung

Ziel und Zweck von Art. 6 Ziff. 3 lit. e EMRK ist es, der beschuldigten Person die Möglichkeit zu geben, dem Gang des Verfahrens zu folgen und ihre Mitwirkungsrechte auszuüben.⁹⁷⁵ Auf der Grundlage der Belehrung muss die beschuldigte Person erkennen können, in welcher rechtlichen Lage sie sich befindet und welche prozessualen Optionen ihr offenstehen.⁹⁷⁶ Dies setzt voraus, dass die relevanten Informationen der fremdsprachigen beschuldigten Person in einer ihr geläufigen Sprache mitgeteilt werden.⁹⁷⁷

Das gilt auch für den Begutachtungskontext, in welchem ein Verständnisfundament von zentraler Bedeutung ist.⁹⁷⁸ Das ist sicherlich gegeben, wenn die sachverständige Person und die beschuldigte Person dieselbe Sprache sprechen. Wenn die Beauftragung einer sachverständigen Person, welche dieselbe Sprache wie die beschuldigte Person spricht, nicht möglich ist, muss eine übersetzende Person beigezogen werden, da das Gutachten ansonsten mangelhaft ist.⁹⁷⁹ Das Bundesgericht

⁹⁷³ Vgl. für eine Musterbelehrung hiernach *Dritter Teil, 6. Kapitel, A., III., S. 184 ff.*; vgl. URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 351.

⁹⁷⁴ Vgl. *Dritter Teil, 5. Kapitel, B., I., S. 166 ff.*

⁹⁷⁵ WYSS, recht 2001, S. 142.

⁹⁷⁶ WYSS, recht 2001, S. 142.

⁹⁷⁷ WYSS, recht 2001, S. 142.

⁹⁷⁸ Vgl. URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 81.

⁹⁷⁹ URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 81, 340; BRUNNER, Plädoyer 2005, S. 40 f.; BRUNNER, in: Gericht und Expertise, S. 194.

misst der bestmöglichen sprachlichen Verständigung zwischen sachverständiger Person und der begutachteten Person bei psychiatrischen Abklärungen besonderes Gewicht bei.⁹⁸⁰ Bei der Wahl der übersetzenden Person ist neben der sprachlichen Qualifikation darauf zu achten, dass die Person die erforderliche Unabhängigkeit und Unparteilichkeit aufweist.⁹⁸¹

Über dieses Recht zur Übersetzung muss die beschuldigte Person belehrt werden, ansonsten kann sie das Recht nicht effektiv ausüben, wenn sie keine Kenntnis davon hat. Auch Art. 158 Abs. 1 lit. d StPO sollte somit bei der sachverständigen Sachverhaltsermittlung angewendet werden, um eine Aushebelung der Verfahrensrechte zu verhindern.

III. Fazit und Musterbelehrung

Als Zwischenfazit ist festzuhalten, dass die Belehrung sowohl hinsichtlich des Inhalts als auch der Sprache verständlich sein und umfassend auf die Rolle der sachverständigen Person hinweisen muss. Zudem muss die Belehrung auch den Hinweis auf den Beizug der Verteidigung enthalten.

Damit deckt die Belehrung, welche die sachverständige Person anlässlich der Exploration vornehmen muss, alle Punkte ab, welche auch in Art. 158 Abs. 1 lit. a–d StPO geregelt sind. Art. 158 Abs. 1 StPO gilt somit für die Sachverständigenbegutachtung in seiner Gesamtheit. Die Belehrung ist nicht auf die analoge Anwendung von Art. 158 Abs. 1 lit. b StPO zu beschränken.

URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF haben in ihrem Handbuch eine Musterbelehrung erarbeitet, an welcher sich Sachverständige orientieren können.⁹⁸² Allenfalls kann es sich für Verfahrensleitungen auch anbieten, den Sachverständigen eine ausformulierte Belehrung für den konkreten Einzelfall abzugeben. Auf diese Weise könnte sie ermöglichen, dass inhaltlich eine korrekte Belehrung vorgenommen wird. Anbei folgt eine Wiedergabe der erwähnten Musterbelehrung mit eigenen Ergänzungen, welche fett hervorgehoben sind:

⁹⁸⁰ So die Rechtsprechung zum Sozialversicherungsrecht, BGer 8C_578/2014 vom 17. Oktober 2014, E. 4.2.5 und BGer 9C_875/2015 vom 11. März 2016, E. 5.2; URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 340.

⁹⁸¹ Vgl. BGE 140 V 260, E. 3.2.1; URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 81, 341.

⁹⁸² URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 351.

«1. Ich wurde vom Gericht/der Staatsanwaltschaft/**den Vollzugsbehörden** beauftragt, einige Fragen in Ihrem Fall abzuklären: (Einfügen: Frage nach psychischer Störung, Schuldfähigkeit, Massnahmenindikation etc. und kurz erklären, **was der genaue Anlass des Gutachtens ist. Insbesondere ist darauf hinzuweisen, dass das Gutachten in einem Strafverfahren zur Anordnung oder Abänderung einer Massnahme erstellt wird und damit zu einer Verlängerung des allfälligen Freiheitsentzugs führen kann**).

2. Die Begutachtung wird wie folgt ablaufen: Zuerst werde ich Sie über Ihre Rechte belehren. Danach werde ich Ihnen unterschiedliche Fragen zu Ihren Familienbeziehungen und allfälligen Erkrankungen in Ihrer Familie, Ihrer Lebensgeschichte, Ihrer (je nach Gutachtenskontext: Sexual- und) Beziehungsanamnese, dem aktuellen und vergangenen körperlichen und psychischen Befinden, allfälligem Substanzkonsum, allfälligen Vorstrafen und auffälligem Verhalten in Kindheit und Jugend (je nach Gutachten auch zur Tat und den Zukunftsplänen) stellen, weil dies für meine Beurteilung wichtig sein könnte. Am Ende der Begutachtung dürfen Sie Ergänzungen anbringen, wenn Sie das möchten. **Unser Gespräch wird auf einem Tonaufnahmegerät/auf einer Videokamera aufgezeichnet.**

3. Ich weise Sie daraufhin, dass ich nicht Ihr(e) behandelnde(r) Arzt/Ärztin oder Psychologe/Psychologin bin. Ich (und meine Hilfspersonen) unterliegen keiner Schweigepflicht gegenüber den beauftragenden Behörden. Daher können alle Aussagen und Ihr ganzes Verhalten in dieser Untersuchung in meinem Gutachten genannt werden. Diese Informationen werden dann der Staatsanwaltschaft und dem Gericht (sowie ggfs. weiteren Parteien wie der Privatklägerschaft) zur Verfügung gestellt. Sie haben das Recht, die Mitwirkung zu verweigern. Das bedeutet, Sie müssen auf meine Fragen nichts sagen und müssen auch anderweitig nicht mitwirken, wenn Sie das nicht wollen. Aus Ihrem Schweigen oder Ihrer fehlenden Mitwirkung allein darf ich keine nachteiligen Schlüsse ziehen (Beispiel: Wenn ich Sie nach dem Alkoholkonsum frage und Sie die Frage nicht beantworten, darf ich nicht allein aus Ihrem Schweigen schliessen, dass Sie Alkohol getrunken haben).

4. Falls keine Verteidigung anwesend ist oder auf das Teilnahmerecht verzichtet wurde: Sie haben das Recht, dass bei unserem Gespräch eine Verteidigung, also eine Anwältin oder ein Anwalt, anwesend ist. Möchten Sie Ihre Verteidigung gerne bei unserem Gespräch dabeihaben, können

Sie das jetzt verlangen und wir werden die Begutachtung erst im Beisein Ihrer Verteidigung fortführen.

5. Bei fremdsprachigen beschuldigten Personen (in einer ihr verständlichen Sprache sinngemäss): Sollten Sie meine Ausführungen nicht genügend verstehen und Ihre Antworten lieber in einer von Ihnen bekannten Sprache geben, haben Sie das Recht auf eine Übersetzung. Diese können Sie jetzt verlangen und wir werden die Begutachtung erst mit der übersetzenden Person fortführen.

6. Haben Sie diese Belehrung verstanden? Haben Sie Fragen dazu?»⁹⁸³

Eine solche Musterbelehrung kann sowohl für Sachverständige als auch für die Verfahrensleitung eine Orientierungshilfe sein, damit sämtliche strafprozessualen Anforderungen eingehalten werden. Ergänzend in Erwägung zu ziehen ist, dass es nicht sonderlich praxistauglich erscheint, wenn die beschuldigte Person das erste Mal anlässlich der Exploration gefragt wird, ob sie ihre Verteidigung hinzuziehen möchte oder nicht. Es empfiehlt sich deshalb, die beschuldigte Person bereits vorgängig zur Exploration auf dieses Recht hinzuweisen und allenfalls einen Termin für die Befragung zusammen mit der Verteidigung zu organisieren. Verzichtet die beschuldigte Person auf die Anwesenheit der Verteidigung, ist sie bei der Belehrung jedoch nochmals ausdrücklich auf dieses Recht hinzuweisen.

B. Belehrung von Dritten

Auch weitere Personen, wie beispielsweise Angehörige oder Behandelnde der beschuldigten Person, die im Verlaufe des Verfahrens befragt werden, müssen umfassend über ihre Rechte und Pflichten belehrt werden.⁹⁸⁴ Die Belehrung von Dritten wurde in der Lehre und Rechtsprechung bisher deutlich weniger besprochen als die Belehrung der beschuldigten Person.

I. Rechtliche Grundlagen

Geht es um die Befragung von Personen, die Zeugen oder Auskunftspersonen sein könnten, sollte die sachverständige Person grundsätzlich an die Strafbehörden

⁹⁸³ Vorlage der Musterbelehrung bei URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 351.

⁹⁸⁴ Art. 143 Abs. 1 lit. c StPO.

gelangen.⁹⁸⁵ Zeugen und Auskunftspersonen sind, sofern deren Befragung durch die sachverständige Person im Einzelfall zulässig ist,⁹⁸⁶ auf ihr Aussage- und Zeugnisverweigerungsrecht aufmerksam zu machen.⁹⁸⁷ Auch bei Befragungen von Dritten ist der Grundsatz zu beachten, dass betroffene Personen nicht schlechtergestellt werden dürfen, wenn Befragungen durch Sachverständige und nicht durch die Verfahrensleitung durchgeführt werden.⁹⁸⁸ Es gelten somit die Regeln von Art. 168 ff. StPO analog.⁹⁸⁹

Zeugen können ein Zeugnisverweigerungsrecht haben aufgrund persönlicher Beziehungen⁹⁹⁰, zum eigenen Schutz oder zum Schutz von nahestehenden Personen⁹⁹¹ und aufgrund eines Amts-⁹⁹² oder Berufsgeheimnisses⁹⁹³. Auskunftspersonen haben nach Art. 180 Abs. 1 StPO in bestimmten Fällen ebenfalls das Recht, ihre Aussage zu verweigern, beispielsweise wenn sie das 15. Altersjahr noch nicht vollendet haben.⁹⁹⁴

Besonders hervorzuheben ist an dieser Stelle Art. 169 Abs. 2 StPO. Gemäss dieser Gesetzesbestimmung haben Personen ein Zeugnisverweigerungsrecht, wenn sie mit ihrer Aussage eine ihr im Sinne von Art. 168 Abs. 1–3 StPO nahestehende Person belasten würden.⁹⁹⁵ Gegenüber Art. 168 StPO – dem Zeugnisverweigerungsrecht aufgrund persönlicher Beziehungen – geht Art. 169 Abs. 2 StPO sachlich weiter, weil die nahestehende Person nicht förmlich beschuldigt sein muss.⁹⁹⁶ Im Begutachtungskontext kann es vorkommen, gerade wenn es um nachträgliche Massnahmenverfahren und nicht um die Erstanordnung sowie die Beurteilung der begangenen Tat geht, dass die begutachtete Person gar nicht förmlich beschuldigt ist. Angaben von Angehörigen können unter Umständen zu einer belastende-

⁹⁸⁵ WOHLERS, ZStrR 2018, S. 82 ff.

⁹⁸⁶ Vgl. *Dritter Teil, 4. Kapitel, B., II., S. 153 ff.*

⁹⁸⁷ Art. 185 Abs. 5 StPO; BGer 6B_1390/2019 vom 23. April 2020, E. 2.3.2; BSK StPO-HEER, Art. 185 N 32; OBERHOLZER, Grundzüge des Strafprozessrechts, S. 320.

⁹⁸⁸ BRUNNER, in: *Gericht und Expertise*, S. 195.

⁹⁸⁹ BSK StPO-HEER, Art. 185 N 32.

⁹⁹⁰ Art. 168 StPO.

⁹⁹¹ Art. 169 StPO.

⁹⁹² Art. 170 StPO.

⁹⁹³ Art. 171 StPO.

⁹⁹⁴ Art. 180 Abs. 1 i.V.m. Art. 178 lit. b StPO.

⁹⁹⁵ Art. 169 Abs. 2 StPO.

⁹⁹⁶ BSK StPO-VEST, Art. 169 N 6; ZK StPO-DONATSCH, Art. 169 N 13.

en Risikoeinschätzung führen. Diese angehörigen Personen haben demnach ein gesetzliches Zeugnisverweigerungsrecht, wenn sie mit der begutachteten Person in einer Beziehung nach Art. 168 Abs. 1–3 StPO stehen.

Ebenfalls im Zusammenhang mit der sachverständigen Sachverhaltsermittlung hervorzuheben ist das Zeugnisverweigerungsrecht aufgrund des Berufsgeheimnisses. Gemäss Art. 171 Abs. 1 StPO haben Ärztinnen und Ärzte, Apothekerinnen und Apotheker, Psychologinnen und Psychologen sowie ihre Hilfspersonen ein Zeugnisverweigerungsrecht über Geheimnisse, die ihnen aufgrund ihres Berufes anvertraut worden sind oder die sie in dessen Ausübung wahrgenommen haben, also beispielsweise, wenn sie die begutachtete Person behandelt haben.

II. Vorgaben für die Belehrung von Dritten

Die sachverständige Person muss die befragten Dritten einlässlich über ihre Funktion aufklären.⁹⁹⁷ Sie muss die befragte Person darauf hinweisen, dass ihre Aussagen in das Gutachten einfließen können und dass sie ihr gegenüber nicht zu Aussagen verpflichtet sind.⁹⁹⁸ Von grossem Gewicht ist die Belehrungspflicht zudem gegenüber Personen mit einem Zeugnisverweigerungsrecht.⁹⁹⁹ Es ist zu garantieren, dass bei Befragungen von Personen, welche dem Amts- oder Berufsgeheimnis unterstehen und die begutachtete Person behandeln oder behandelt haben, eine schriftliche Einwilligung über die Entbindung der Geheimniswahrung vorliegen muss.¹⁰⁰⁰

Es ist auch bei Dritten die Aufgabe der sachverständigen Person, die Belehrung vorzunehmen, dahingegen ist es Aufgabe der Verfahrensleitung, dass die korrekte Belehrung gewährleistet ist.¹⁰⁰¹ Da die sachverständige Person kaum die notwendigen juristischen Kompetenzen in den genannten Bereichen aufweist, kann es sinnvoll sein, dass die Verfahrensleitung die Belehrung beziehungsweise die Befragung selbst durchführt, zumal der Rahmen der zulässigen Fremdanamnesen ohnehin klein ist.¹⁰⁰²

⁹⁹⁷ BRUNNER, in: *Gericht und Expertise*, S. 195.

⁹⁹⁸ BRUNNER, in: *Gericht und Expertise*, S. 195.

⁹⁹⁹ BRUNNER, in: *Gericht und Expertise*, S. 195.

¹⁰⁰⁰ URWYLER/ENDRASS/HACHTTEL/GRAF, *Handbuch*, S. 329.

¹⁰⁰¹ URWYLER/ENDRASS/HACHTTEL/GRAF, *Handbuch*, S. 329.

¹⁰⁰² Vgl. zu zulässigen Fremdanamnesen *Dritter Teil, 4. Kapitel, B., II. S. 153 ff.*; mit weiteren Hinweisen URWYLER/ENDRASS/HACHTTEL/GRAF, *Handbuch*, S. 329.

III. Musterbelehrung

Bei zulässigen Fremdanamnesen kann es sich anbieten, dass die Verfahrensleitung der sachverständigen Person auch für die Belehrung von Dritten eine Musterbelehrung aushändigt und auf einem Merkblatt festhält, welche Personen ein Aussage- oder Zeugnisverweigerungsrecht besitzen. Auf diese Weise könnte sie eine inhaltlich korrekte Belehrung auch dieser Personen ermöglichen. Ausgehend von der oben genannten Musterbelehrung für die beschuldigte Person folgt an dieser Stelle eine solche für Dritte (eigene Ergänzungen in fester Schrift):

«1. Ich wurde vom Gericht/der Staatsanwaltschaft/**den Vollzugsbehörden beauftragt, ein Gutachten über Person X zu erstellen:** (Einfügen: Frage nach psychischer Störung, Schuldfähigkeit, Massnahmenindikation etc. und kurz erklären, **was der genaue Anlass des Gutachtens ist. Insbesondere ist darauf hinzuweisen, dass das Gutachten in einem Strafverfahren zur Anordnung oder Abänderung einer Massnahme erstellt wird und damit zu einer Verlängerung des allfälligen Freiheitsentzugs führen kann).**

2. **Unser Gespräch** wird wie folgt ablaufen: Zuerst werde ich Sie über Ihre Rechte belehren. Danach werde ich Ihnen unterschiedliche Fragen zu **Person X** stellen, weil dies für meine Beurteilung wichtig sein könnte. Am Ende **des Gesprächs** dürfen Sie Ergänzungen anbringen, wenn Sie das möchten. **Unser Gespräch wird auf einem Tonaufnahmegerät aufgezeichnet. Ich werde Ihnen eine Abschrift der Aufnahme zukommen lassen, welche Sie bei Bedarf korrigieren können.**

3. Ich weise Sie darauf hin, dass ich nicht der/die behandelnde Arzt/Ärztin oder Psychologe/Psychologin **von Person X** bin. Ich (und meine Hilfspersonen) unterliegen keiner Schweigepflicht gegenüber den beauftragenden Behörden. Daher können alle Aussagen in meinem Gutachten genannt werden. Diese Informationen werden dann der Staatsanwaltschaft und dem Gericht (sowie ggfs. weiteren Parteien wie der Privatklägerschaft) zur Verfügung gestellt.

4. **Bei Personen mit Aussage- oder Zeugnisverweigerungsrecht:** Sie haben das Recht, die Mitwirkung zu verweigern. Das bedeutet, Sie müssen auf meine Fragen nichts sagen und müssen auch anderweitig nicht mitwirken, wenn Sie das nicht wollen.

5. **Bei Personen mit Pflicht zur Wahrung des Amts- oder Berufsgeheimnisses vorgängig die schriftliche Entbindung einholen: Sie sind**

an ein Amts-/Berufsgeheimnis gebunden. Sie dürfen mir gegenüber nur Angaben machen, wenn eine schriftliche Entbindung vom Geheimnis vorliegt. Diese liegt mir vor.

6. Haben Sie diese Belehrung verstanden? Haben Sie Fragen dazu?»¹⁰⁰³

Bei Personen mit Pflicht zur Wahrung des Amts- oder Berufsgeheimnisses ist anzumerken, dass es praxistauglich erscheint, im Rahmen eines Vorkontakts bereits auf diesen Umstand hinzuweisen, damit die betreffende Person sich vorgängig davon entbinden lassen kann.

C. Folgen einer mangelhaften oder fehlenden Belehrung

Eine mangelhafte oder fehlende Belehrung der beschuldigten Person führt zur Unverwertbarkeit der entsprechenden Aussagen.¹⁰⁰⁴ Bei der Belehrung der beschuldigten Person handelt es sich nicht um eine blosse Gültigkeitsvorschrift, bei deren Verletzung eine Verwertung nach Massgabe von Art. 141 Abs. 2 StPO möglich bliebe.¹⁰⁰⁵ Vielmehr ist die Einvernahme absolut unverwertbar.¹⁰⁰⁶ Wurden die betreffenden Aussagen der begutachteten Person nicht anderweitig von der Staatsanwaltschaft oder dem Gericht in einer Einvernahme formgerecht erhoben, darf die sachverständige Person im Gutachten nicht auf sie abstellen.¹⁰⁰⁷

Das Bundesgericht hatte einen Fall zu entscheiden, in welchem der Beschwerdeführer weder darüber aufgeklärt wurde, dass die Sachverständigen der Staatsanwaltschaft den Inhalt ihres Gesprächs rapportieren wird, noch, dass er die Fragen der Sachverständigen nicht beantworten muss oder dass sie ein Gutachten über ihn

¹⁰⁰³ Vorlage der Musterbelehrung bei URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 351.

¹⁰⁰⁴ Art. 158 Abs. 2 StPO; BGer 6B_1390/2019 vom 23. April 2020, E. 2.3.2; BSK StPO-HEER, Art. 185 N 32; DONATSCH/ZUBERBÜHLER, in: Festschrift für Franz Riklin, S. 342; JOSITSCH/SCHMID, Handbuch, S. 402; OBERHOLZER, Grundzüge des Strafprozessrechts, S. 321.

¹⁰⁰⁵ BGer 6B_1390/2019 vom 23. April 2020, E. 2.3.2; URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 352.

¹⁰⁰⁶ Vgl. Art. 141 Abs. 1 StPO; BGer 6B_1390/2019 vom 23. April 2020, E. 2.3.2; BGer 1B_51/2020 vom 25. Februar 2020, E. 2.2.1; BGer 6B_824/2018 vom 19. September 2018, E. 1.1; Botschaft StPO, 1193.

¹⁰⁰⁷ URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 352; BSK StPO-HEER, Art. 185 N 32.

erstellen wird.¹⁰⁰⁸ Das Bundesgericht hat entschieden, dass Art. 185 Abs. 5 StPO und der Anspruch des Beschwerdeführers auf rechtliches Gehör verletzt worden sei.¹⁰⁰⁹ Dies hatte zur Folge, dass die Angaben, die der Beschwerdeführer gegenüber der Sachverständigen machte, nicht verwertbar waren und nicht in das Gutachten hätten einfließen dürfen.¹⁰¹⁰ In diesem Fall musste ein neues Gutachten eingeholt werden.¹⁰¹¹

Die fehlende Belehrung von Zeugen und Auskunftspersonen führt zu derselben Konsequenz, also zur Unverwertbarkeit der entsprechenden Aussagen.¹⁰¹² Die sachverständige Person darf nur auf diese Aussagen abstellen, wenn sie in einer formgerechten Einvernahme erhoben worden sind.¹⁰¹³ Nur auf diese Weise kann sichergestellt werden, dass die Rechte betroffener Personen bei der Auslagerung der Sachverhaltsermittlung an Sachverständige gewahrt sind.

¹⁰⁰⁸ BGer 6B_1390/2019 vom 23. April 2020, E. 2.4.3 f.

¹⁰⁰⁹ BGer 6B_1390/2019 vom 23. April 2020, E. 2.4.3 f.

¹⁰¹⁰ BGer 6B_1390/2019 vom 23. April 2020, E. 2.4.4.

¹⁰¹¹ BGer 6B_1390/2019 vom 23. April 2020, E. 2.5.

¹⁰¹² Art. 177 Abs. 3; BSK StPO-HEER, Art. 185 N 32.

¹⁰¹³ Vgl. URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 352; BSK StPO-HEER, Art. 185 N 32.

7. Kapitel: Ergebnisse des Dritten Teils

Im Dritten Teil wurden die strafprozessualen Anforderungen an die Beweiserhebung und Beweisverwertung durch Sachverständige untersucht, damit betroffene Personen durch die Auslagerung der Sachverhaltsermittlung prozessual nicht benachteiligt werden.

Bei den verbotenen Beweiserhebungsmethoden sind im Zusammenhang mit der sachverständigen Sachverhaltsermittlung in erster Linie die Fallgruppen von Drohungen und Versprechungen sowie Täuschungen relevant. Versprechungen, deren Erfüllung nicht in der Zuständigkeit der sachverständigen Person liegt, sind in jedem Fall unzulässig. Die sachverständige Person sollte sich bei Versprechungen auf ihre Belehrungspflichten beschränken und Ausführungen zu Wirkungsweise von gewissen Verhalten wie Schweigen oder Mitwirken nur äusserst zurückhaltend tätigen. Zudem kann eine fahrlässige Täuschung der beschuldigten Person während der Exploration vorkommen, sei dies bei der Aufklärung über die Rolle der sachverständigen Person oder bei der Verwendung von Suggestivfragen.¹⁰¹⁴

Die Selbstbelastungsfreiheit gilt auch bei Erhebungen durch Sachverständige. Dieser Grundsatz des Strafverfahrens kollidiert mit gewissen Arbeitsweisen der forensischen Psychiatrie, beispielsweise bei der Erstellung von Aktengutachten und bei der Anwendung von gewissen Prognoseinstrumenten. Reine Aktengutachten weisen aufgrund des Aussagedilemmas der beschuldigten Person Konfliktpotenzial mit Art. 6 Ziff. 1 EMRK auf. Weiter wurde herausgearbeitet, dass die PCL-R und der HCR-20 und allenfalls weitere Prognoseinstrumente, welche mit ihren Items gegen die Selbstbelastungsfreiheit verstossen, bei nicht vollumfänglich geständigen beschuldigten Personen nicht in ihrer Gesamtheit verwendet werden dürfen.¹⁰¹⁵

Die Beweiserhebungen der sachverständigen Person finden regelmässig nicht nur bei der beschuldigten Person, sondern ebenfalls bei Dritten statt, beispielsweise mittels Fremdanamnesen. Weiter kann die sachverständige Person bereits bestehende Informationen von Behörden verwerten, beispielsweise aus früheren Gutachten oder dem Strafregisterauszug. Strafprozessual droht eine Verletzung von Art. 6 EMRK, wenn sich die sachverständige Person auf unkontrollierte und belastende Angaben aus früheren Gutachten stützt. Zulässig ist seit Inkrafttreten des Strafregistergesetzes, dass sowohl die sachverständige Person als auch die

¹⁰¹⁴ Vgl. *Dritter Teil, 2. Kapitel, S. 115 ff.*

¹⁰¹⁵ Vgl. *Dritter Teil, 3. Kapitel, S. 125 ff.*

Gerichte aus dem Strafregister entfernte Vortaten berücksichtigen. Umstritten ist der zulässige Umfang der Beweiserhebungen bei Fremdanamnesen. Sinnvoll sind in diesem Kontext einzig einfache Fremdauskünfte, welche durch Sachverständige zur Erhebung von einfachen, leicht überprüfbaren Informationen durchgeführt werden. Auch bei diesen Fremdauskünften hat die sachverständige Person die damit einhergehenden Formerfordernisse – beispielsweise sowohl die Belehrung als auch die Dokumentation – einzuhalten. Die Grenzen der zulässigen Fremdanamnesen durch Sachverständige sind somit sehr eng.¹⁰¹⁶

Bezüglich der Teilnahme der Verteidigung an Erhebungen der sachverständigen Person ist bei einer EMRK-konformen Auslegung der Strafprozessordnung entgegen dem zu engen Wortlaut des Gesetzes von einem Teilnahmerecht der Verteidigung an der Exploration gemäss Art. 147 StPO auszugehen. Bezüglich des Teilnahmerechts der Verteidigung an Fremdanamnesen wurde ein indirektes Teilnahmerecht begründet. Die Beteiligung der Verteidigung erfolgt, bevor die Informationen aus der Fremdanamnese im Gutachten verwertet werden. Die Verteidigung muss für die oft kurzen, telefonischen Fremdanamnesen jedoch nicht anwesend sein.¹⁰¹⁷

Die sachverständige Person muss die beschuldigte Person in einer verständlichen Art und Weise über ihre Rolle, den Anlass der Begutachtung und die Faktoren, welche die Massnahmenempfehlung beeinflussen, aufklären. Zudem muss sie der beschuldigten Person mitteilen, dass diese ein Recht auf Verteidigung und ein Recht auf Übersetzung hat. Dritte müssen ebenfalls über die Rolle der sachverständigen Person, den Zweck der Begutachtung sowie ihr allfälliges Aussage- und Zeugnisverweigerungsrecht belehrt werden. Weiter ist eine Entbindung von ihren allfälligen Geheimhaltungspflichten notwendig. Damit die strafprozessualen Anforderungen bei den Belehrungen durch die sachverständige Person eingehalten werden, bietet es sich an, dass die Verfahrensleitung der sachverständigen Person ausformulierte Belehrungen zur Verfügung stellt. Aus diesem Grund wurden hiervor Musterbelehrungen präsentiert.¹⁰¹⁸

Die auf diese Weise auf die Beweiserhebung und die Beweisverwertung durch Sachverständige vorwirkenden strafprozessualen Anforderungen stellen sicher, dass die Verfahrensrechte von betroffenen Personen durch die Auslagerung der Sachverhaltsermittlung nicht unterlaufen werden.

¹⁰¹⁶ Vgl. *Dritter Teil, 4. Kapitel, S. 146 ff.*

¹⁰¹⁷ Vgl. *Dritter Teil, 5. Kapitel, S. 162 ff.*

¹⁰¹⁸ Vgl. *Dritter Teil, 6. Kapitel, S. 178 ff.*

Vierter Teil:
Strafprozessuale Anforderungen
an die Beweisauswertung durch
Sachverständige

1. Kapitel: Gegenstand und Gang der Untersuchung des Vierten Teils

A. Gegenstand

Nachdem die sachverständige Person die Beweise für das Gutachten erhoben hat, muss sie diese für die Verwendung im Gutachten auswerten. Die Beweiswürdigung im engeren Sinne ist dem Gericht vorbehalten. Die sachverständige Person muss aber die von ihr erhobenen und die in den Akten enthaltenen Beweise gewichten und gegeneinander abwägen, um zu ihren Beurteilungen zu gelangen. Beispielsweise besteht die Erarbeitung der Risikoeinschätzung darin, die mittels Prognoseinstrumenten ermittelten Werte beziehungsweise Befunde im Gutachten auszuwerten, diese nachvollzieh- und überprüfbar zu erläutern und den Bezug zur Gutachtenfragestellung herzustellen.¹⁰¹⁹ Die sachverständige Person nimmt damit eine Art vorgelagerte Beweisauswertung vor, die nicht mit der Beweiswürdigung der Gerichte zu verwechseln ist. Dennoch muss sichergestellt werden, dass die strafprozessualen Anforderungen an die Beweisauswertung durch die Auslagerung nicht untergraben werden.

Im Rahmen der gerichtlichen Beweiswürdigung steht strafprozessual die Unschuldsvermutung beziehungsweise der daraus abgeleitete Grundsatz *in dubio pro reo* im Vordergrund.¹⁰²⁰ Der Grundsatz der freien Beweiswürdigung lässt vor Gericht grundsätzlich keinen Raum für eine Anwendung der Regel *in dubio pro reo* auf die Sammlung und Sichtung der erhobenen Beweismittel.¹⁰²¹ Der Grundsatz *in dubio pro reo* kommt erst bei der gerichtlichen Beurteilung des Resultats der Beweisauswertung zur Anwendung.¹⁰²² Wie im Zweiten Teil gesehen, zeitigen die strafprozessualen Anforderungen jedoch Vorwirkungen auf das Handeln der sachverständigen Person.¹⁰²³ Vor diesem Hintergrund fragt sich, ob auch *in dubio pro reo* Vorwirkungen auf das Handeln der Sachverständigen hat, wenn diese ihre Beweisauswertung vornehmen. Die strafprozessualen Anforderungen von *in dubio pro reo* an die Beweisauswertung müssen dabei in einer Weise wirken, dass

¹⁰¹⁹ BGer 6B_424/2015 vom 4. Dezember 2015, E. 3.4.

¹⁰²⁰ BSK StPO-TOPHINKE, Art. 10 N 1; vgl. RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, Strafprozessrecht, S. 59 f.; vgl. EGMR, Guide on Article 6, S. 4.

¹⁰²¹ BGE 144 IV 345, E. 2.2.3.1.

¹⁰²² BGE 144 IV 345, E. 2.2.3.2; BGer 6B_257/2020, 6B_298/2020 vom 24. Juni 2021, E. 4.8.1 (nicht publiziert in BGE 147 IV 409).

¹⁰²³ Vgl. *Zweiter Teil, 4. Kapitel, B., S. 94 ff.*

die betroffene Person durch die Auslagerung der Sachverhaltsermittlung prozessual nicht benachteiligt wird.

B. Gang der Untersuchung

Der Vierte Teil besteht aus drei inhaltlichen Kapiteln. Das 2. Kapitel geht auf die rechtlichen Grundlagen der Beweisauswertung durch die sachverständige Person ein. Zudem wird nebst der im Zweiten Teil besprochenen generellen Vorwirkung der strafprozessualen Anforderungen auf das Handeln der sachverständigen Person im Speziellen auf die Vorwirkung des Grundsatzes *in dubio pro reo* eingegangen. Diese Anwendung von *in dubio pro reo* auf die Grundlagen der Beweisauswertung wird im 3. Kapitel untersucht. Konkret wird die Anwendung auf die Auswertungen der Exploration, der Fremdanamnesen und der Prognoseinstrumente diskutiert.

2. Kapitel: Grundlegendes zu den Anforderungen an die Beweisauswertung

Von den strafprozessualen Garantien steht bei der Beweisauswertung durch die sachverständige Person vor allem die Unschuldsvermutung beziehungsweise der daraus abgeleitete Grundsatz in dubio pro reo im Vordergrund.¹⁰²⁴ Die konkrete Anwendung des Grundsatzes in dubio pro reo im Rahmen der Begutachtung ist umstritten.¹⁰²⁵ Nachfolgend ist zu betrachten, wie die strafprozessualen Anforderungen auszulegen sind, damit die teilweise Auslagerung der Beweisauswertung für betroffene Personen keinen Nachteil darstellt.

A. Rechtliche Grundlagen

Die Unschuldsvermutung, beziehungsweise die von der Gerichtspraxis aus der Unschuldsvermutung abgeleitete Maxime in dubio pro reo, ist eine zentrale Garantie des Strafprozessrechts.¹⁰²⁶ Die Unschuldsvermutung ist sowohl in Art. 6 Ziff. 2 EMRK als auch in Art. 32 Abs. 1 BV und Art. 10 Abs. 1 StPO ausdrücklich verankert. Die EMRK und die Bundesverfassung beinhalten keine gesonderten Bestimmungen zum Grundsatz in dubio pro reo, wohingegen die Strafprozessordnung in Art. 10 Abs. 3 eine konkretisierende Norm enthält.¹⁰²⁷

¹⁰²⁴ BSK StPO-TOPHINKE, Art. 10 N 1; vgl. RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, Strafprozessrecht, S. 59 f.; vgl. EGMR, Guide on Article 6, S. 4.

¹⁰²⁵ URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 112 f.

¹⁰²⁶ BSK StPO-TOPHINKE, Art. 10 N 1; vgl. EGMR, Guide on Article 6, S. 4; METTLER, AJP 1999, S. 1107; BERNARD, *forum poenale* 2013, S. 112; vgl. RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, Strafprozessrecht, S. 59 f.

¹⁰²⁷ Vgl. JOSITSCH/SCHMID, Handbuch, S. 86.

Der Grundsatz in dubio pro reo kann in zwei Teilgehalte eingeteilt werden, die oft als Beweislast- und Beweiswürdigungs-¹⁰²⁸ beziehungsweise Entscheidregel¹⁰²⁹ bezeichnet werden.¹⁰³⁰ In der schweizerischen Lehre ist der Charakter des Grundsatzes in dubio pro reo umstritten, weswegen auch unterschiedliche Bezeichnungen der Teilgehalte existieren.¹⁰³¹ Ebenfalls umstritten ist das Verhältnis der verschiedenen Teilgehalte zueinander, insbesondere wie die Entscheidregel sich in die Teilgehalte eingliedert.¹⁰³²

Als Beweislastregel besagt in dubio pro reo, dass die Strafbehörden die Schuld der beschuldigten Person nachzuweisen haben und nicht umgekehrt die beschuldigte Person ihre Unschuld beweisen muss.¹⁰³³ Als Beweiswürdigungs- beziehungsweise Entscheidregel besagt in dubio pro reo, dass ein Freispruch zu ergehen hat, wenn bei der Abwägung der Beweise erhebliche und unüberwindliche Zweifel an der Schuld der beschuldigten Person bestehen bleiben.¹⁰³⁴ Bestehen solche unüberwindlichen Zweifel, hat das Gericht von dem für die beschuldigte Person günsti-

¹⁰²⁸ Das Bundesgericht erklärt in seinem Entscheid BGer 6B_477/2021 vom 14. Februar 2022 in E. 3.2, dass der Grundsatz in dubio pro reo keine Beweiswürdigungsregel enthält. Dieser Grundsatz kommt erst zur Anwendung, nachdem alle aus Sicht des urteilenden Gerichts notwendigen Beweise erhoben und ausgewertet worden sind. Es ergibt daher mehr Sinn, in dubio pro reo als Entscheidregel statt – wie früher – als Beweiswürdigungsregel zu bezeichnen, vgl. [strafprozess.ch](https://www.strafprozess.ch/in-dubio-als-beweiswuerdigungsregel/), zuletzt besucht am 4. Juni 2023 [<https://www.strafprozess.ch/in-dubio-als-beweiswuerdigungsregel/>].

¹⁰²⁹ Weiter existieren die beiden Bezeichnungen Entscheidregel und Entscheidungsregel. Für die Verwendung Entscheidungsregel vgl. z.B. HÄUSERMANN, ZStrR 2011, S. 198; URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 112; für die Verwendung von Entscheidregel vgl. z.B. ZK StPO-WOHLERS, Art. 10 N 11; JOSITSCH/SCHMID, Handbuch, S. 85; CONINX, Habil., S. 476; BSK StPO-TOPHINKE, Art. 10 N 81; sowie in neuerer Rechtsprechung auch das Bundesgericht, beispielsweise in BGer 6B_1325/2018 vom 5. März 2019, E. 2.2.2. Nachfolgend wird der Begriff Entscheidregel verwendet, soweit ersichtlich können die Begriffe aber synonym verwendet werden.

¹⁰³⁰ JOSITSCH/SCHMID, Handbuch, S. 85; DONATSCH/SUMMERS/WOHLERS, Strafprozessrecht, S. 74; METTLER, AJP 1999, S. 1107.

¹⁰³¹ Mit weiteren Hinweisen HÄUSERMANN, ZStrR 2011, S. 198.

¹⁰³² HÄUSERMANN, ZStrR 2011, S. 198.

¹⁰³³ Art. 10 Abs. 1 StPO; BSK StPO-RIEDO/FIOLKA, Art. 6 N 20; ZK StPO-WOHLERS, Art. 10 N 6; PIETH/GETH, Strafprozessrecht, S. 55; JOSITSCH/SCHMID, Handbuch, S. 85; DONATSCH/SUMMERS/WOHLERS, Strafprozessrecht, S. 74.

¹⁰³⁴ BSK StPO-RIEDO/FIOLKA, Art. 6 N 21; ZK StPO-WOHLERS, Art. 10 N 11; PIETH/GETH, Strafprozessrecht, S. 55; JOSITSCH/SCHMID, Handbuch, S. 85; DONATSCH/SUMMERS/WOHLERS, Strafprozessrecht, S. 74.

geren Sachverhalt auszugehen.¹⁰³⁵ Diese Entscheidregel findet erst nach erfolgter Beweiswürdigung Anwendung.¹⁰³⁶ In dubio pro reo enthält daher keine eigentliche Regel für die Beweiswürdigung, sondern gibt vor, dass das Gericht eine angeklagte Person nicht schuldig sprechen darf, wenn nach erfolgter Beweiswürdigung bei objektiver Betrachtung erhebliche Zweifel bestehen, ob sich der Sachverhalt so verwirklicht hat.¹⁰³⁷

Nach einhelliger Meinung gilt der Grundsatz in dubio pro reo nur für Tatfragen, nicht aber für Rechtsfragen.¹⁰³⁸ Der Grundsatz in dubio pro reo bezieht sich somit nur auf die Tatsachenfeststellung, nicht aber auf die rechtliche Würdigung des Sachverhalts.¹⁰³⁹ Der Wortlaut von Art. 10 Abs. 3 StPO spricht zwar nur von der *angeklagten Tat*, die Norm bezieht sich aber gemäss herrschender Lehre auf sämtliche prozessrechtlichen und materiell-rechtlichen Strafbarkeitsvoraussetzungen.¹⁰⁴⁰

B. Zur Vorwirkung auf die Ebene der Sachverständigen im Speziellen

Darüber, dass der Grundsatz in dubio pro reo auf Tatsachen anwendbar ist, die den Beurteilungen der sachverständigen Person zugrunde liegen, besteht in der Lehre und mittlerweile auch der bundesgerichtlichen Rechtsprechung Einigkeit.¹⁰⁴¹ Die

¹⁰³⁵ Art. 10 Abs. 3 StPO.

¹⁰³⁶ BGE 144 IV 345, E. 2.2.3.3; BGE 145 IV 154, E. 1.1; mit weiteren Hinweisen ZK StPO-WOHLERS, Art. 10 N 12.

¹⁰³⁷ BGE 144 IV 345, E. 2.2.3.2; BGE 120 Ia 31, E. 2d: URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 112; ZK StPO-WOHLERS, Art. 10 S. 12.

¹⁰³⁸ ZK StPO-WOHLERS, Art. 1014 f.; BSK StPO-TOPHINKE, Art. 10 N 76; RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, Strafprozessrecht, S. 67; PIETH/GETH, Strafprozessrecht, S. 55; JOSITSCH/SCHMID, Handbuch, S. 87; DONATSCH/SUMMERS/WOHLERS, Strafprozessrecht, S. 74.

¹⁰³⁹ ZK StPO-WOHLERS, Art. 10 N 15; BSK StPO-TOPHINKE, Art. 10 N 76.

¹⁰⁴⁰ BSK StPO-TOPHINKE, Art. 10 N 77; RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, Strafprozessrecht, S. 67; JOSITSCH/SCHMID, Handbuch, S. 86; URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 115; ZK StPO-WOHLERS, Art. 10 N 14, der festhält, dass die Anwendung des Grundsatzes bei einigen prozessrechtlichen Voraussetzungen umstritten ist.

¹⁰⁴¹ BGer 6B_828/2018 vom 5. Juli 2019, E. 6.4; BGer 6B_1427/2020 vom 28. Juni 2021, E. 5.2; BSK StPO-HEER, Art. 185 N 2; BSK StGB-HEER, Art. 56 N 21a und N 64; BSK StGB-HEER/HABERMEYER, Art. 64 N 85; LANGE, Diss., S. 118; VOLCKART, Kriminalprognose, S. 22; HEER, in: Erkenntnisse von Fachkommissionen – Psychiatrische

Tatsachen und Umstände, auf welche die Risikoeinschätzung und somit auch das Urteil gestützt werden, müssen zweifelsfrei vorliegen.¹⁰⁴² Es dürfen keine belastenden Tatsachen berücksichtigt werden, die nicht im juristischen Sinn feststehen.¹⁰⁴³ Da das Tatsachenfundament des Gutachtens nach der Beweiswürdigung durch das Gericht Teil des Urteils wird, muss es denselben Regeln gehorchen und vor Art. 10 Abs. 3 StPO standhalten.¹⁰⁴⁴ Bei solchen Tatsachen, die Art. 10 Abs. 3 StPO standhalten müssen, kann es sich beispielsweise um Grundlagen für die Prognoseinstrumente handeln.¹⁰⁴⁵ Das Ziel der Anwendung von *in dubio pro reo* ist, dass die Tatsachengrundlage für den Massnahmenentscheid nicht auf Vermutungen und Hypothesen basieren soll, sondern bewiesen sein muss.

Umstritten ist dabei, ob bereits die sachverständige Person den Grundsatz *in dubio pro reo* anwenden und bei ihrer Beweisauswertung auf die von ihr erhobenen Tatsachen anwenden muss oder ob dies erst durch das Gericht geschehen soll.¹⁰⁴⁶ Grundsätzlich handelt es sich bei *in dubio pro reo* um eine *Maxime*, welche nach der gerichtlichen Beweiswürdigung zur Anwendung kommt und durch die sachverständige Person, abgesehen von Ausnahmefällen, nicht anzuwenden ist.¹⁰⁴⁷

Der EGMR hat ausgeführt, dass Sachverständige in ihren Gutachten der Unschuldsvermutung Rechnung zu tragen haben.¹⁰⁴⁸ Wie bei sämtlichen Fragen der Beweiserhebung sind mögliche Verstösse gegen die Unschuldsvermutung und

Gutachten im Fokus des Bundesgerichts, S. 117; URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 115; URWYLER, AJP 2019, S. 1368; mit weiteren Hinweisen zum Diskussionsstand in Deutschland MUSHOFF, Diss., S. 232; CONINX, Habil., S. 478.

¹⁰⁴² BGer 6B_1427/2020 vom 28. Juni 2021, E. 5.2; BSK StPO-HEER, Art. 185 N 2; BSK StGB-HEER/HABERMAYER, Art. 64 N 85; BSK StGB-HEER, Art. 56 N 21a und N 64; LANGE, Diss., S. 118; VOLCKART, Kriminalprognose, S. 22; HEER, in: Erkenntnisse von Fachkommissionen – Psychiatrische Gutachten im Fokus des Bundesgerichts, S. 117; CONINX, Habil., S. 478; URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 115; URWYLER, AJP 2019, S. 1368.

¹⁰⁴³ URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 116; VOLCKART, Kriminalprognose, S. 22.

¹⁰⁴⁴ URWYLER, AJP 2019, S. 1368; URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 115.

¹⁰⁴⁵ Vgl. VOLCKART, Kriminalprognose, S. 53.

¹⁰⁴⁶ BSK StPO-HEER, Art. 185 N 2; URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 114.

¹⁰⁴⁷ BSK StPO-HEER, Art. 185 N 2; vgl. URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 435.

¹⁰⁴⁸ EGMR Bernard gegen Frankreich, Nr. 159/1996/778/979 vom 23. April 1998, § 37 ff.; ESSER, in: Die Bedeutung der EMRK für die nationale Rechtsordnung, S. 43.

die daraus abgeleitete Maxime in dubio pro reo¹⁰⁴⁹ in einem Sachverständigen-gutachten gemäss EGMR unter Würdigung des gesamten Verfahrens zu betrachten.¹⁰⁵⁰ Der EGMR nimmt hierbei einen zurückhaltenden Standpunkt ein.¹⁰⁵¹ So hat er beispielsweise entschieden, dass einzelne Passagen eines psychiatrischen Gutachtens, die sich auf die Tatschuld der beschuldigten Person beziehen, noch keinen Verstoss gegen Art. 6 Ziff. 1 und Ziff. 2 EMRK begründen, wenn in der Hauptverhandlung die von der beschuldigten Person benannten Zeugen gehört werden, die beschuldigte Person und ihre Verteidigung im Anschluss an jede Zeugeneinvernahme eine Erklärung abgeben können, die spätere Verurteilung auf sämtlichen erhobenen Beschuldigungen sowie auf den im Rahmen des vorprozessualen Verfahrens erhobenen und in der Hauptverhandlung diskutierten Beweisen beruht und es sich bei den die Tatschuld betreffenden Passagen des Gutachtens nur um einen Teil der Beweise handelt.¹⁰⁵²

Die strafprozessualen Anforderungen an die Beweisauswertung müssen in einer Weise vorwirken, dass die betroffene Person durch die Auslagerung der Sachverhaltsermittlung nicht schlechtergestellt wird. Es gibt deshalb stichhaltige Gründe, weshalb bereits die sachverständige Person bei ihrer Beurteilung den Grundsatz in dubio pro reo anwenden soll.¹⁰⁵³ Ansonsten droht der Maxime eine Erosion, da das Gericht gar nicht in der Lage ist, den Grundsatz in dubio pro reo nach der Erstattung des Gutachtens noch auf die Tatsachengrundlagen anzuwenden.¹⁰⁵⁴

Das Gericht kann die Tatsachen, welche die sachverständige Person unter Nichteinhaltung von in dubio pro reo zu Unrecht in das Gutachten einfliessen liess, nicht selbst korrigieren. Für die Korrektur müsste es die Schlussfolgerungen des Gutachtens gedanklich an die richtige Tatsachenverwendung anpassen können. Dafür fehlt dem Gericht jedoch die psychiatrische Expertise.¹⁰⁵⁵ Angenommen,

¹⁰⁴⁹ EGMR Barberà, Messegué und Jabardo gegen Spanien, Nr. 10590/83 vom 6. Dezember 1988, § 77; EGMR Tsalkitzis gegen Griechenland, Nr. 72624/10 vom 19. Oktober 2017, § 60; EGMR, Guide on Article 6, S. 4.

¹⁰⁵⁰ EGMR Bernard gegen Frankreich, Nr. 159/1996/778/979 vom 23. April 1998, § 37; ESSER, Diss., S. 705.

¹⁰⁵¹ Vgl. EGMR Bernard gegen Frankreich, Nr. 159/1996/778/979 vom 23. April 1998, § 37 ff.; ESSER, Diss., S. 705.

¹⁰⁵² EGMR Bernard gegen Frankreich, Nr. 159/1996/778/979 vom 23. April 1998, § 37 ff.; ESSER, Diss., S. 705.

¹⁰⁵³ URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 116.

¹⁰⁵⁴ Vgl. URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 116.

¹⁰⁵⁵ Vgl. *Zweiter Teil, 4. Kapitel, A., II., S. 90 ff.*

eine sachverständige Person vergibt bei einem Item, welches frühere Gewaltanwendung thematisiert, die volle Punktzahl. Diese früheren Gewaltanwendungen beruhen ausschliesslich auf widersprüchlichen Aussagen der ehemaligen Lebensgefährtin und werden von der beschuldigten Person bestritten. Es gibt keine Vorstrafen hinsichtlich Gewalt und auch keine Personen, welche solche Vorfälle bezeugen könnten. Gerichtlich sind die Vorwürfe als unglaublich beurteilt worden. Gemäss in dubio pro reo dürfen solche Vorwürfe nicht zum Nachteil der beschuldigten Person verwendet werden. Das Gericht müsste also diese Punktevergabe beim Item der früheren Gewaltanwendung korrigieren. Durch die Korrektur ergibt sich ein neuer Gesamtpunktwert, der veränderte Aussagen über die Beurteilung des Rückfallrisikos treffen könnte. Solche Tatsachengrundlagen bei den Items wirken tief in den Kern des Gutachtens hinein, beeinflussen die Beurteilungen und schlagen sich in der Risikoeinschätzung nieder. Das Gericht müsste also selbst die getroffene Risikoeinschätzung aufgrund der angepassten Befunde korrigieren. Dazu fehlt ihm die Kompetenz, womit ein solches Vorgehen unzulässig wäre. Das Gutachten müsste damit zur Verbesserung an die sachverständige Person zurückgegeben werden.¹⁰⁵⁶ Denn nur die sachverständige Person ist kompetent, in dubio pro reo bei den Tatsachengrundlagen des Gutachtens anzuwenden. Damit die strafprozessualen Anforderungen effektiv wirken können und nicht ausgehebelt werden, müssen diese auf Ebene der sachverständigen Sachverhaltsermittlung eingearbeitet werden.¹⁰⁵⁷ Deswegen muss bereits die sachverständige Person den Grundsatz in dubio pro reo anwenden, auch bereits auf Stufe der Items von Prognoseinstrumenten,¹⁰⁵⁸ um einer Erosion dieses Grundsatzes entgegenzuwirken.¹⁰⁵⁹ Die Strafbehörden müssen sie hierzu entsprechend schulen.

Wie auch hiavor im Dritten Teil bei den Beweiserhebungen erwähnt, ist die beschuldigte Person anlässlich der sachverständigen Sachverhaltsermittlung vor Eingriffen zu schützen, die ihre Menschenwürde und andere Grundrechte verletzen.¹⁰⁶⁰ Deshalb gelten auch im Begutachtungskontext auf Ebene der sachverständigen Person die Schutzvorschriften des Strafprozessrechts, wozu auch in dubio

¹⁰⁵⁶ Art. 189 StPO.

¹⁰⁵⁷ Vgl. *Zweiter Teil, 4. Kapitel, A., II., S. 90 ff.* und *Zweiter Teil, 4. Kapitel, B., S. 94 ff.*

¹⁰⁵⁸ URWYLER/ENDRASS/HACHTTEL/GRAF, Handbuch, S. 120 f.

¹⁰⁵⁹ Vgl. auch zur Erosion des Grundsatzes in dubio pro reo durch das materielle Recht ARZT, *Ketzerische Bemerkungen*, S. 6.

¹⁰⁶⁰ Vgl. VOLCKART, *Kriminalprognose*, S. 53.

pro reo gehört.¹⁰⁶¹ Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Frage der Anwendbarkeit von in dubio pro reo auf Ebene der Sachverständigen ist nicht eindeutig.¹⁰⁶² In einem Entscheid aus dem Jahr 2018 hat das Bundesgericht noch erklärt, dass nur das Gericht in dubio pro reo zu berücksichtigen habe, die sachverständige Person jedoch nicht.¹⁰⁶³ Seit diesem Entscheid hat das Bundesgericht anerkannt, dass in dubio pro reo auch auf die Tatsachengrundlagen des Gutachtens anwendbar sei.¹⁰⁶⁴ Es hat sich jedoch nicht konkret dazu geäußert, wer den Zweifelssatz anzuwenden habe.

In der Diskussion gibt es Stimmen, welche die Vorwirkung auf die Ebene der sachverständigen Person ausschliessen, da nur das Gericht die Expertise zur Anwendung von in dubio pro reo habe.¹⁰⁶⁵

Hier zeigt sich die im Ersten und Zweiten Teil aufgezeigte Problematik exemplarisch. Das Heranziehen einer sachverständigen Person darf nicht dazu führen, dass die strafprozessualen Anforderungen wirkungslos werden.¹⁰⁶⁶ Die verfahrensrechtlichen Schutzrechte haben sich in einem Strafprozess nicht den psychiatrischen Methoden unterzuordnen. Wendet die sachverständige Person in dubio pro reo an, führt das zum gleichen Tatsachenfundament für das Gutachten und das Gerichtsurteil. Bei alleiniger Anwendung der forensisch-psychiatrischen Methoden, ohne Anwendung von in dubio pro reo, wäre das vermutlich nicht der Fall.¹⁰⁶⁷ Zwischen den Informationen zur beschuldigten Person, die für die Gutachtenserstellung beigezogen werden, und denjenigen Informationen, welche für das gerichtliche Urteil verwendet werden, darf jedoch keine Diskrepanz bestehen.¹⁰⁶⁸ Für die Tatsachengrundlagen der Beurteilungen ist in dubio pro reo daher bereits durch die sachverständige Person anzuwenden.

¹⁰⁶¹ VOLCKART, Kriminalprognose, S. 53.

¹⁰⁶² URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 114.

¹⁰⁶³ BGer 6B_582/2017 vom 19. Juni 2018, E. 3.3.3; URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 114.

¹⁰⁶⁴ BGer 6B_828/2018 vom 5. Juli 2019, E. 6.4; BGer 6B_1427/2020 vom 28. Juni 2021, E. 5.2.

¹⁰⁶⁵ BOETTICHER et al., FPPK 2019, S. 309.

¹⁰⁶⁶ DÖBELE, Diss., S. 200.

¹⁰⁶⁷ Vgl. VOLCKART, Kriminalprognose, S. 20.

¹⁰⁶⁸ VOLCKART, Kriminalprognose, S. 20.

3. Kapitel: Anwendung von in dubio pro reo durch Sachverständige

Die sachverständige Person hat bei der Erstellung des Gutachtens den Grundsatz in dubio pro reo auf die Tatsachengrundlage ihrer Beurteilungen anzuwenden.¹⁰⁶⁹ Nur wenn die strafprozessualen Anforderungen an die Beweiserhebung auf diese Weise vorwirken, werden betroffene Personen nicht schlechtergestellt als bei der strafbehördlichen Sachverhaltsermittlung. Tatsachen, die sich für die beschuldigte Person negativ auswirken können, müssen daher zweifelsfrei feststehen, während sich günstig auswirkende Tatsachen nur möglich zu sein brauchen.¹⁰⁷⁰ Die Anwendung von in dubio pro reo ist für verschiedene Tatsachenkategorien zur beschuldigten Person sowie im Zusammenhang mit Prognoseinstrumenten zu untersuchen.

A. Verschiedene Tatsachenkategorien zur Anwendung von in dubio pro reo

Die Differenzierung in verschiedene Tatsachenkategorien zur Anwendung von in dubio pro reo wurde in der schweizerischen Literatur bisher unzureichend vorgenommen. Dazu hat sich in Deutschland VOLCKART eingehend geäußert.¹⁰⁷¹ Seine Ausführungen sind für den schweizerischen Strafprozess übertragbar. Anzufangen ist mit der Unterteilung in drei Kategorien von Tatsachen: gerichtlich bereits festgestellte Tatsachen über die begangene Tat, sonstige Tatsachen aus rechtskräftigen Urteilen und gerichtlich nicht beurteilte Tatsachen.¹⁰⁷²

I. Gerichtlich festgestellte Tatsachen über die begangene Tat

Von Tatsachen, welche bereits vor Gericht in einem Dispositiv festgehalten worden sind, muss die sachverständige Person bei ihren Beurteilungen ausgehen.¹⁰⁷³ Diese Tatsachen unterstanden bei ihrer gerichtlichen Beurteilung bereits dem Grundsatz in dubio pro reo. Sie unterstehen aufgrund der Rechtskraft des Urteils

¹⁰⁶⁹ Vgl. *Vierter Teil, 2. Kapitel, B., S. 201 ff.*

¹⁰⁷⁰ VOLCKART, *Kriminalprognose*, S. 22.

¹⁰⁷¹ VOLCKART, *Kriminalprognose*, S. 1 ff.

¹⁰⁷² Vgl. VOLCKART, *Kriminalprognose*, S. 28 ff.

¹⁰⁷³ VOLCKART, *Kriminalprognose*, S. 23 ff.

über die begangene Tat bei der sachverständigen Sachverhaltsermittlung nicht (erneut) einer Beweisauswertung und damit auch nicht in dubio pro reo.¹⁰⁷⁴

Bei Entscheiden im Massnahmenrecht ist an dieser Stelle kurz zu erläutern, was Rechtskraft bedeutet. Strafrechtliche Sachurteile erwachsen in Rechtskraft und sind grundsätzlich unabänderlich.¹⁰⁷⁵ Abgeändert werden können sie nur noch im Verfahren der Revision, welches an strenge Voraussetzungen geknüpft ist.¹⁰⁷⁶ Von der Rechtskraft ist grundsätzlich nur das Dispositiv umfasst, nicht aber die Urteilsbegründung mit ihren tatsächlichen Feststellungen und rechtlichen Erwägungen.¹⁰⁷⁷ Die Strafprozessordnung sieht für Entscheide im Massnahmenrecht keine Ausnahme vom Eintritt der Rechtskraft vor.¹⁰⁷⁸ Dennoch sind im Massnahmenrecht die angeordneten Massnahmen austauschbar.¹⁰⁷⁹ Zumindest die Rechtskraft der begangenen Tat ist soweit ersichtlich aber nicht bestritten.

Somit erwächst das Dispositiv des Urteils über die begangene Tat in Rechtskraft, die damit verbundenen Tatsachen unterliegen in späteren Begutachtungen nicht in dubio pro reo.

Die Bindungswirkung der Rechtskraft gilt nicht nur für einen Schuldspruch, sondern auch für einen Freispruch.¹⁰⁸⁰ Falls der Fall eintritt, dass in einem früheren Verfahren zu angeklagten Taten ein Freispruch ergangen ist, jedoch später neue Tatsachen auftauchen, welche auf die Schuld der beschuldigten Person bezüglich dieser Taten hindeuten, dürfen diese Tatsachen nicht für die sachverständige Beurteilung verwertet werden. Solche Tatsachen dürfen erst nach im Revisions-

¹⁰⁷⁴ VOLCKART, Kriminalprognose, S. 23 ff.

¹⁰⁷⁵ HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, Strafprozessrecht, S. 421; vgl. BSK StPO-HEER/COVACI, Art. 410 N 6; BSK StPO-SPRENGER, Art. 437 N 3; PIETH/GETH, Strafprozessrecht, S. 312; RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, Strafprozessrecht, S. 360.

¹⁰⁷⁶ Art. 410 ff. StPO; BSK StPO-HEER/COVACI, Art. 410 N 14 ff.; BSK StPO-SPRENGER, Art. 437 N 5; JOSITSCH/SCHMID, Handbuch, S. 851; PIETH/GETH, Strafprozessrecht, S. 312 f.

¹⁰⁷⁷ HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, Strafprozessrecht, S. 424; mit weiteren Hinweisen BSK StPO-SPRENGER, Art. 437 N 10; JOSITSCH/SCHMID, Handbuch, S. 853.

¹⁰⁷⁸ Vgl. Art. 237 f. StPO.

¹⁰⁷⁹ Vgl. *Erster Teil, 2. Kapitel, A., II., S. 16 ff.*; HEER, ZStrR 2003, S. 414; vgl. BSK StPO-HEER/BERNARD/STUDER, Art. 363 N 1; BSK StGB-HEER, Art. 65 N 5; CONINX, recht 2016, S. 171; GETH, AJP 2011, S. 314.

¹⁰⁸⁰ VOLCKART, Kriminalprognose, S. 53.

verfahren erfolgter Aufhebung des Freispruchs verwendet werden.¹⁰⁸¹ Ist im Revisionsverfahren noch kein Schuldspruch ergangen, müssen die Tatsachen in dubio pro reo standhalten.

II. Sonstige Tatsachen aus rechtskräftigen Urteilen

Die zweite Kategorie bilden die sonstigen Tatsachen, welche zwar in einem früheren Verfahren Eingang in das Urteil gefunden haben, aber aufgrund fehlender Rechtskraft nicht bindend sind.¹⁰⁸² Wie hiervoor gesehen, tritt die Rechtskraft grundsätzlich nur für das Dispositiv, nicht aber die Urteilsbegründung ein.¹⁰⁸³ Deswegen gibt es keine Bindungswirkung für Tatsachen, die nur in der Begründung, aber nicht im Dispositiv Erwähnung finden. Über diese Tatsachen – das können beispielsweise Angaben über die Biografie der beschuldigten Person sein – sind neue Feststellungen erforderlich, wobei in dubio pro reo anwendbar ist.¹⁰⁸⁴

III. Gerichtlich nicht beurteilte Tatsachen

In die dritte Kategorie fallen Tatsachen, die ein Gericht noch nie beurteilt hat. Das können beispielsweise Tatsachen sein, welche nach einem rechtskräftigen Urteil zur begangenen Tat entstanden sind. In Massnahmenverfahren gibt es oft nachträgliche Verfahren, in welchen neue Tatsachen gewürdigt werden, die im Urteilszeitpunkt zur begangenen Tat noch nicht vorgelegen haben. Solche neuen Tatsachen unterstehen in dubio pro reo.¹⁰⁸⁵

Weiter kann es sein, dass im Begutachtungszeitpunkt noch kein rechtskräftiges Urteil vorliegt. Das ist beispielsweise dann der Fall, wenn das Verfahren um die erstmalige Anordnung einer Massnahme erst begonnen hat und die Begutachtung durch die Staatsanwaltschaft im Vorverfahren in Auftrag gegeben worden ist. Die Behandlung solcher Tatsachen hängt auch von der Reichweite von Art. 6 Ziff. 2

¹⁰⁸¹ Vgl. VOLCKART, Kriminalprognose, S. 53, der festhält, dass abgeschlossene Strafverfahren ausserhalb eines Wiederaufnahmeverfahrens nicht in Zweifel gezogen werden dürfen.

¹⁰⁸² VOLCKART, Kriminalprognose, S. 28.

¹⁰⁸³ HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, Strafprozessrecht, S. 424; mit weiteren Hinweisen BSK StPO-SPRENGER, Art. 437 N 10; JOSITSCH/SCHMID, Handbuch, S. 853.

¹⁰⁸⁴ Vgl. VOLCKART, Kriminalprognose, S. 28.

¹⁰⁸⁵ VOLCKART, Kriminalprognose, S. 30 f.

EMRK ab.¹⁰⁸⁶ Gemäss EGMR ist es unter Art. 6 Ziff. 2 EMRK nicht zu beanstanden, wenn die sachverständige Person davon ausgeht, dass die beschuldigte Person die Tat begangen hat, die Gegenstand der Strafverfolgung ist.¹⁰⁸⁷ Diese Ansicht des EGMR kann dazu führen, dass das Gutachten gegen in dubio pro reo verstösst, wenn die sachverständige Person ihrem Gutachten einen Sachverhalt zugrunde legt, der später durch das Gericht nicht erstellt werden kann. Um diese Situation zu verhindern, drängt sich die Zweiteilung des Verfahrens auf.¹⁰⁸⁸

B. In dubio pro reo im Zusammenhang mit Prognoseinstrumenten

Nebst diesen Tatsachenkategorien ist im Zusammenhang mit in dubio pro reo auf Prognoseinstrumente einzugehen. Bei den Prognoseinstrumenten können die psychiatrischen Methoden mit den strafprozessualen Anforderungen von in dubio pro reo in Konflikt stehen. Die Anwendung der Prognoseinstrumente kann rechtswidrig sein. Diese möglicherweise rechtswidrige Anwendung folgt den Manualen, welche die Anwendung für das jeweilige Prognoseinstrument vorgeben. Deswegen sind die Manuale zu betrachten. Im Gegensatz zu den verschiedenen Tatsachenkategorien bei der Anwendung von in dubio pro reo ist diese Thematik bei den Prognoseinstrumenten bekannt und in der Lehre mehrfach diskutiert.

Gewisse Manuale zu Prognoseinstrumenten enthalten Vorgaben, dass Unsicherheiten im Tatsachenfundament bei der Punktevergabe im Zweifel für die beschuldigte Person belastend zu berücksichtigen sind.¹⁰⁸⁹ Einige dieser Manuale geben dabei den Grundsatz vor, dass bei Unsicherheiten im Zweifel der höhere Wert zu vergeben ist.¹⁰⁹⁰ Diese Instrumente sind bei der Anwendung an sich bereits problematisch. Die nachfolgenden Ausführungen gelten für alle Prognoseinstrumente, welche diese Problematik aufweisen. Die Beispiele der zwei ausgewählten Prognoseinstrumente verdeutlichen diesen Aspekt nachfolgend exemplarisch.

¹⁰⁸⁶ Vgl. VOLCKART, Kriminalprognose, S. 31.

¹⁰⁸⁷ EGMR Bernard gegen Frankreich, Nr. 159/1996/778/979 vom 23. April 1998, § 38 f.; ESSER, Diss., S. 705.

¹⁰⁸⁸ Vgl. *Schlussbetrachtung, B., I., 3., S. 264 ff.*

¹⁰⁸⁹ URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 119; vgl. BSK StGB-HEER/HABERMEYER, Art. 64 N 77b.

¹⁰⁹⁰ URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 119.

I. PCL-R

Bei der PCL-R werden Punkte auf einer dreistufigen Skala vergeben, bei welcher zwischen null und zwei Punkten vergeben werden, wobei 0 Punkte = *das Merkmal liegt nicht vor*, 1 Punkt = *das Merkmal liegt in mancher Hinsicht oder das Merkmal liegt vielleicht vor* und 2 Punkte = *das Merkmal liegt vor* bedeuten.¹⁰⁹¹ In der Literatur wird darauf hingewiesen, dass Sachverständige gemäss dem Manual der PCL-R bei Zweifeln an den zugrunde liegenden Tatsachen einen Punkt zu vergeben haben.¹⁰⁹²

In der deutschen Übersetzung des Manuals ist in Abschnitt 2.5.4 festgehalten:

«Gelegentlich treten deutliche Diskrepanzen zwischen dem Interview und den begleitenden Informationen zutage. Sofern es möglich ist festzustellen, welche der beiden Informationsquellen glaubhafter ist, sollte der glaubhafteren Quelle größeres Gewicht beigemessen werden. Andernfalls wird jener Quelle der Vorrang gegeben, die auf ein höheres Maß an Psychopathie hindeutet, und zwar aufgrund der Annahme, dass die meisten Personen dazu neigen, jene Eigenschaften und Verhaltensweisen herunterzuspielen, die für diese Störung charakteristisch sind.»¹⁰⁹³

Dieser Anleitung folgend werden bei der Bewertung der einzelnen Items also auch dann Punkte vergeben, wenn die sachverständige Person vom Vorliegen eines Umstandes, der für Psychopathie spricht, nicht überzeugt ist.¹⁰⁹⁴ Wenn die sachverständige Person nicht entscheiden kann, welche der beiden gegensätzlichen Informationsquellen glaubwürdiger ist, kann sie folglich auch nicht ohne überwindliche Zweifel vom Vorliegen einer bestimmten Tatsache ausgehen.¹⁰⁹⁵ Im Strafprozess sollte es genau umgekehrt sein. Die Vorgabe, dass im Zweifel die Psychopathie und damit diejenige Tatsachengrundlage für die Vergabe der Punkte angenommen werden soll, welche die beschuldigte Person stärker belastet, ist unter Anwendung von in dubio pro reo unzulässig.¹⁰⁹⁶

¹⁰⁹¹ MOKROS/HOLLERBACH/NITSCHKE/HABERMAYER, PCL-R, S. 25.

¹⁰⁹² HEER, in: Erkenntnisse von Fachkommissionen – Psychiatrische Gutachten im Fokus des Bundesgerichts, S. 117; URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 119; DÖBELE, Diss., S. 196.

¹⁰⁹³ MOKROS/HOLLERBACH/NITSCHKE/HABERMAYER, PCL-R, S. 23.

¹⁰⁹⁴ DÖBELE, Diss., S. 197.

¹⁰⁹⁵ DÖBELE, Diss., S. 197.

¹⁰⁹⁶ Vgl. DÖBELE, Diss., S. 197; URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 120.

Zur Punktevergabe von Wert 1 wird im Manual weiter ausgeführt:

«Das Item trifft zu einem gewissen Grad zu, jedoch nicht in dem Ausmaß, wie es für einen Wert von 2 nötig wäre; eine Übereinstimmung in manchen Aspekten, aber mit zu vielen Ausnahmen oder Zweifeln, um einen Wert von 2 zu rechtfertigen; unsicher, ob das Item zutrifft oder nicht; Widersprüche zwischen Interview und Akteninformation, die nicht zugunsten eines Werts von 2 oder 0 aufgelöst werden können.»¹⁰⁹⁷

Die Vergabe des Werts 1 soll also offenbar nicht nur dann erfolgen, wenn das Item mittelstark ausgeprägt ist, was juristisch noch zulässig wäre, sondern resultiert auch dann, wenn das Kriterium möglicherweise gar nicht vorliegt, was unter strafprozessualen Gesichtspunkten nicht geschehen darf.¹⁰⁹⁸ Bestehen Zweifel über belastende Tatsachen, ist strafprozessual betrachtet davon auszugehen, dass die Tatsachen nicht vorliegen. Folglich sind bei diesem Item keine Punkte zu vergeben.

Weiter ist im Manual festgehalten:

«Besteht bei etlichen Items die Schwierigkeit, sich zwischen 0 und 1 oder zwischen 1 und 2 entscheiden zu müssen, sollte die Hälfte der Items mit der höheren und die andere Hälfte mit der niedrigeren Bewertung bedacht werden (wobei, wie in Abschnitt 2.5.4 dargelegt, im Falle widersprüchlicher Informationen von gleicher Glaubhaftigkeit jene Informationen stärker gewichtet werden sollten, die auf eine stärkere Abweichung hinweisen).»¹⁰⁹⁹

Besteht also bei mehreren Items die Schwierigkeit der Zuweisung, sollen die Unsicherheiten gleichmässig zugunsten der höheren und der tieferen Punktevergabe aufgelöst werden. Auch dieses Vorgehen ist strafprozessual unzulässig.¹¹⁰⁰ Bestehen Zweifel am Vorliegen von Tatsachen, hat die sachverständige Person vom tieferen Punktwert auszugehen, eine gleichmässige Verteilung verstösst gegen in dubio pro reo.¹¹⁰¹

¹⁰⁹⁷ MOKROS/HOLLERBACH/NITSCHKE/HABERMAYER, PCL-R, S. 25.

¹⁰⁹⁸ Mit weiteren Hinweisen HEER, in: Erkenntnisse von Fachkommissionen – Psychiatrische Gutachten im Fokus des Bundesgerichts, S. 117; BSK StGB-HEER, Art. 56 N 21a; URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 120; DÖBELE, Diss., S. 195.

¹⁰⁹⁹ MOKROS/HOLLERBACH/NITSCHKE/HABERMAYER, PCL-R, S. 25.

¹¹⁰⁰ URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 120.

¹¹⁰¹ Vgl. URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 120.

Zu bedenken ist weiter die im Manual der PCR-R enthaltene Möglichkeit des *Pro-Ratings*, die auch bei weiteren Prognoseinstrumenten vorkommen kann.¹¹⁰² *Pro-Rating* kommt dann zur Anwendung, wenn einzelne Items, beispielsweise aufgrund fehlender Informationen, nicht bewertet werden können.¹¹⁰³ In diesem Fall soll gemäss Manual nicht der Punktwert 0 eingetragen werden, sondern das Item soll als unklar bezeichnet werden und zur Ermittlung des Gesamtpunktwerts soll eine Hochrechnung erfolgen, was zu einer pauschalen Erhöhung der ermittelten Werte führt.¹¹⁰⁴ So soll beispielsweise bei Auslassen dreier Items ein Ausgangswert von 20 Punkten auf einen Gesamtpunktwert von 23.5 Punkten erhöht werden.¹¹⁰⁵ Das *Pro-Rating* führt somit dazu, dass Items auf unsicherer Tatsachengrundlage negativ gewertet werden.¹¹⁰⁶ Auch das ist mit dem Grundsatz in dubio pro reo nicht zu vereinbaren.¹¹⁰⁷

II. HCR-20

Auch beim Prognoseinstrument HCR-20 werden wie bei der PCL-R alle zwanzig Items auf einer dreistufigen Skala bewertet.¹¹⁰⁸ Beim HCR-20 in der Version 2 ist der Punktwert 1 ebenfalls nicht nur dann zu vergeben, wenn ein Item teilweise zutrifft, sondern gemäss Manual ausdrücklich auch dann, wenn das Item bloss möglicherweise festzustellen ist.¹¹⁰⁹

Das Item 4 des HCR-20 ist *Probleme im Arbeitsbereich*.¹¹¹⁰ Die Kodierung für dieses Item ist *0 = keine Probleme im Bereich Arbeit/Beruf, 1 = Probleme im Bereich der Arbeit sind wahrscheinlich, beziehungsweise in leichter Ausprägung unverkennbar, 2 = gravierende und überdauernde Probleme im Arbeitsbereich*.¹¹¹¹ Die Vergabe von einem Punkt ist also möglich, wenn Probleme im Arbeitsbereich

¹¹⁰² DÖBELE, Diss., S. 197; zur Problematik des Pro-Ratings ausführlich URWYLER/ENDRASS/HACHTTEL/GRAF, Handbuch, S. 119.

¹¹⁰³ DÖBELE, Diss., S. 197; URWYLER/ENDRASS/HACHTTEL/GRAF, Handbuch, S. 121.

¹¹⁰⁴ DÖBELE, Diss., S. 197; URWYLER/ENDRASS/HACHTTEL/GRAF, Handbuch, S. 121; MOKROS/HOLLERBACH/NITSCHKE/HABERMAYER, PCL-R, S. 29.

¹¹⁰⁵ MOKROS/HOLLERBACH/NITSCHKE/HABERMAYER, PCL-R, S. 30.

¹¹⁰⁶ DÖBELE, Diss., S. 198.

¹¹⁰⁷ URWYLER/ENDRASS/HACHTTEL/GRAF, Handbuch, S. 122; DÖBELE, Diss., S. 198.

¹¹⁰⁸ MÜLLER-ISBERNER/JÖCKEL/GONZALEZ CABEZA, HCR-20, S. 12.

¹¹⁰⁹ MÜLLER-ISBERNER/JÖCKEL/GONZALEZ CABEZA, HCR-20, S. 12.

¹¹¹⁰ MÜLLER-ISBERNER/JÖCKEL/GONZALEZ CABEZA, HCR-20, S. 24.

¹¹¹¹ MÜLLER-ISBERNER/JÖCKEL/GONZALEZ CABEZA, HCR-20, S. 25.

nur möglich sind oder vermutet werden. Das zeigt auch ein Ausschnitt aus einem analysierten Gutachten:

«Probleme im Arbeitsbereich sind in diesem Fall schwierig zu beurteilen, da sich die Explorandin zum einen 1998 mit einem Atelier selbstständig machte und zum anderen ab 2003 das Arbeitspensum zugunsten der Kinderbetreuung erheblich reduzierte. Letztlich erwirtschaftete sie mit dem Atelier seit vielen Jahren kein Einkommen mehr und lebte von dem Gehalt ihres Mannes. Probleme im Arbeitsbereich werden bei ihr vermutet, da die Explorandin auch nach der Zeit der intensiveren Kinderbetreuung keine Anstellung suchte bzw. fand, obwohl der Ehemann sie dazu drängte und sie über eine abgeschlossene Berufsausbildung verfügt.»¹¹¹²

In diesem Fall waren keine offensichtlichen Probleme im Arbeitsbereich der Explorandin erkannt worden. Die Gutachterin hatte diese Probleme lediglich vermutet beziehungsweise aufgrund des Drängens des Ehemannes auf das Vorliegen von Problemen geschlossen. Gesicherte Tatsachen im Sinne von in dubio pro reo liegen bei dieser Interpretation des Items nicht vor.

Das Manual des HCR-20 in der Version 2 ist damit unter Anwendung von in dubio pro reo unter den gleichen Argumenten problematisch wie die PCL-R.¹¹¹³ Der HCR-20 hat die unter in dubio pro reo problematische Umschreibung des Punktwerts 1 in seiner neuen Version 3 angepasst.¹¹¹⁴

III. Manuale in Konflikt mit in dubio pro reo

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass bei Prognoseinstrumenten, beispielsweise bei der PCL-R und beim HCR-20 in der Version 2, ein Konflikt mit dem strafprozessualen Grundsatz in dubio pro reo bestehen kann. Es ist deswegen der Meinung von DÖBELE zu folgen: Um einen Verstoss gegen den Grundsatz in dubio pro reo zu verhindern, dürfen solche Prognoseinstrumente nicht so angewendet werden, wie die Manuale es vorsehen, sondern es sind bei Zweifeln konsequent null Punkte zu vergeben.¹¹¹⁵ Allerdings droht das Problem, dass diese Vorgehensweise eine Validierung vermissen lässt. Es ist daher fraglich, was die Konsequenz ist, wenn Sachverständige aufgrund des Konflikts von psychiatrischen und straf-

¹¹¹² Gutachten über Frau N. vom 2. Juni 2021, S. 57.

¹¹¹³ URWYLER/ENDRASS/HACHTTEL/GRAF, Handbuch, S. 120; DÖBELE, Diss., S. 195.

¹¹¹⁴ URWYLER/ENDRASS/HACHTTEL/GRAF, Handbuch, S. 120.

¹¹¹⁵ DÖBELE, Diss., S. 201 f.

prozessualen Anforderungen nicht nach ihren methodischen Standards arbeiten können.¹¹¹⁶ Klar ist, dass die strafprozessualen Anforderungen vorgehen müssen. In dieser Situation ist mit Kritik aus den Reihen der forensischen Psychiatrie zu rechnen.¹¹¹⁷ Das Abweichen von methodischen Vorgaben führt dazu, dass sich der Einsatz diverser Instrumente bei unsicherer Tatsachengrundlage aus methodischen Gründen verbietet, denn auf Basis der jeweiligen Instrumente wäre es unzulässig, von den Vorgaben der Manuale abzuweichen.¹¹¹⁸ Das bedeutet aber nicht, dass die sachverständige Person nicht dennoch ein Gutachten im Einklang mit den psychiatrischen und den strafprozessualen Vorgaben erstellen kann. Bei der Gutachtenserstellung im strafprozessualen Rahmen gehen die Anforderungen an Sachverständige aber weiter, da die sachverständige Sachverhaltsermittlung nebst den psychiatrischen Methoden vorrangig den strafprozessualen Anforderungen untersteht.¹¹¹⁹ Die Strafbehörden stehen vor der Herausforderung, zwischen aus strafprozessualer Sicht geeigneten und weniger geeigneten Prognoseinstrumenten zu differenzieren. Es obliegt ihnen, den Sachverständigen klare Leitlinien zu den strafprozessualen Anforderungen an Prognoseinstrumente vorgeben zu können.

C. Folgen bei Nichteinhaltung von in dubio pro reo

Wendet die sachverständige Person trotz Instruktion oder auch aufgrund fehlender Instruktion durch die Verfahrensleitung in dubio pro reo nicht korrekt an, stellt sich die Frage, was die strafprozessualen Folgen sind. Abgesehen von der Erstellung von Vollzugsgutachten können gewisse Schwierigkeiten der Nichteinhaltung von in dubio pro reo durch Sachverständige abgeschwächt werden, wenn eine Zweiteilung des Verfahrens angeordnet wird.¹¹²⁰ In diesem Sinn könnte ein Gericht beispielsweise zuerst den rechtserheblichen Sachverhalt feststellen und erst im Anschluss würde die Begutachtung, basierend auf diesem Sachverhalt, durchgeführt werden. Eine allfällige Zweiteilung betrifft aber nicht den gesamten für ein Gutachten relevanten Sachverhalt, sondern nur die Tatsachengrundlage der Tat- und Schuldfrage. Eine Verbesserung kann sodann ohnehin nur eintreten, wenn die Zweiteilung auch tatsächlich angeordnet wird, was heute gesetzlich nicht zwin-

¹¹¹⁶ Vgl. URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 123.

¹¹¹⁷ URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 123; vgl. VOLCKART, Kriminalprognose, S. 52.

¹¹¹⁸ URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 123.

¹¹¹⁹ Vgl. *Zweiter Teil, 3. Kapitel, B., S. 80 ff.*; VOLCKART, Kriminalprognose, S. 52.

¹¹²⁰ Vgl. *Schlussbetrachtung, B. I., 3., S. 264 ff.*

gend und selten der Fall ist. Daher sind die Folgen bei Nichteinhaltung von in dubio pro reo auch ohne Zweiteilung des Verfahrens zu untersuchen.

Es ist Aufgabe der Strafbehörden, die sachverständige Person bei der Beauftragung über die Einhaltung des Grundsatzes in dubio pro reo zu instruieren.¹¹²¹ Zweifel an der Richtigkeit des Tatsachenfundaments sollen im Gutachten transparent bezeichnet werden,¹¹²² wobei der Grundsatz in dubio pro reo kurz erläutert werden sollte, da die sachverständige Person ihn eventuell gar nicht oder nicht in seinem vollen Gehalt kennt und anzuwenden weiss.¹¹²³

Generell wird der Grundsatz in dubio pro reo nicht auf seine Einhaltung bei einzelnen Beweismitteln überprüft.¹¹²⁴ Bei der Anwendung auf das Tatsachenfundament des Gutachtens liegt jedoch ein Spezialfall vor, da in dubio pro reo bereits auf Stufe der sachverständigen Person anwendbar ist und die korrekte Anwendung durch das Gericht überprüft werden muss. Es stellt sich bei forensisch-psychiatrischen Gutachten daher ausnahmsweise bereits bei einem Beweismittel die Frage, ob in dubio pro reo richtig angewendet worden ist.

Wendet die sachverständige Person in dubio pro reo nicht korrekt an, fragt sich, ob das Gutachten respektive Teile davon unverwertbar werden. Gemäss der hier vertretenen Ansicht zieht ein Verstoß gegen in dubio pro reo bei der sachverständigen Sachverhaltsermittlung die Unverwertbarkeit des Tatsachenfundaments nach sich. Da das Tatsachenfundament bei Missachtung von in dubio pro reo in den betroffenen Teilen unverwertbar wird, müssen folgerichtig auch die daraus gezogenen Schlüsse, beispielsweise für die Risikoeinschätzung, unverwertbar sein.¹¹²⁵ Die Risikoeinschätzung kann nicht isoliert vom Tatsachenfundament korrigiert werden. Wird das Gutachten nicht nach Art. 189 StPO korrigiert, wird es daher insgesamt unverwertbar. Es reicht dabei nicht aus, wenn die sachverständige Person nur das Tatsachenfundament korrigiert. Sie muss die darauf aufbauenden Beurteilungen revidieren.

¹¹²¹ URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 118.

¹¹²² URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 118.

¹¹²³ Mit weiteren Hinweisen, insbesondere einer Erklärung des Zweifelssatzes für die sachverständige Person URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 118.

¹¹²⁴ Vgl. RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, Strafprozessrecht, S. 67 f.; vgl. JOSITSCH/SCHMID, Handbuch, S. 85 ff.; ESSER, Diss., S. 705.

¹¹²⁵ Vgl. BGer 6B_1390/2019 vom 23. April 2020, E. 2.4.4; vgl. URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 424.

4. Kapitel: Ergebnisse des Vierten Teils

Der Vierte Teil hat die strafprozessualen Anforderungen von in dubio pro reo auf die Beweisauswertung durch Sachverständige untersucht, damit betroffene Personen durch die Auslagerung der Sachverhaltsermittlung prozessual nicht benachteiligt werden. Die sachverständige Beweisauswertung umfasst die Gewichtung der erhobenen und in den Akten vorhandenen Beweise für die Erarbeitung der Beurteilungen im Gutachten.

Die Maxime in dubio pro reo ist bereits auf der Ebene der Sachverständigen anwendbar. Die verfahrensrechtlichen Schutzrechte haben sich in einem Strafprozess nicht den psychiatrischen Methoden unterzuordnen. Weiter darf das Heranziehen einer sachverständigen Person nicht dazu führen, dass die strafprozessualen Anforderungen an die Beweisauswertung umgangen werden. Für die Tatsachengrundlagen muss in dubio pro reo demzufolge bereits durch die sachverständige Person angewendet werden, um einer Erosion des Zweifelssatzes entgegenzuwirken. Damit soll sichergestellt werden, dass das Tatsachenfundament für das Gutachten und für das Gerichtsurteil sich nicht widersprechen.¹¹²⁶

Die sachverständige Person muss somit Tatsachen, welche sich in den Beurteilungen über die beschuldigte Person für diese negativ auswirken können, jenseits eines vernünftigen Zweifels feststellen können. Die Tatsachen, welche die beschuldigte Person betreffen, sind für die Anwendung von in dubio pro reo in drei Kategorien einzuteilen: gerichtlich bereits festgestellte Tatsachen über die begangene Tat, sonstige Tatsachen aus rechtskräftigen Urteilen und gerichtlich nicht beurteilte Tatsachen. Von einem rechtskräftigen Dispositiv und den damit verbundenen Tatsachen hat die sachverständige Person bei ihren Beurteilungen auszugehen, diese Tatsachen unterstehen keiner Beweisauswertung und damit auch nicht in dubio pro reo. Für weitere in der Urteilsbegründung, aber nicht im Dispositiv festgehaltene Tatsachen gibt es keine Bindungswirkung, diese Tatsachen müssen neu festgestellt werden. In dubio pro reo ist dabei anwendbar. Ebenfalls neue Feststellungen sind erforderlich für Tatsachen, die gerichtlich noch nicht beurteilt worden sind, auch sie unterstehen in dubio pro reo.¹¹²⁷

Weiter wurde bezüglich Prognoseinstrumente festgestellt, dass beispielsweise bei der PCL-R und beim HCR-20 in der Version 2 ein Konflikt mit dem strafprozessualen Grundsatz von in dubio pro reo bestehen kann. Um einen Verstoß gegen

¹¹²⁶ Vgl. *Vierter Teil, 2. Kapitel, B., S. 201 ff.*

¹¹²⁷ Vgl. *Vierter Teil, 3. Kapitel, A., S. 206 ff.*

den Grundsatz in dubio pro reo bei diesen Prognoseinstrumenten zu verhindern, dürfen sie nicht wie von den Manualen vorgesehen angewendet werden. Um einen Konflikt mit den psychiatrischen Methodenstandards zu verhindern, kann es sinnvoll sein, im Strafprozess auf die Verwendung dieser Instrumente zu verzichten, anstelle sie entgegen ihren Vorschriften anzuwenden.¹¹²⁸

Nur wenn die strafprozessualen Anforderungen von in dubio pro reo an die Beweisauswertung auf diese Weise vorwirken, werden betroffene Personen durch die Auslagerung von Sachverhaltsermittlung an Sachverständige nicht schlechtergestellt.

¹¹²⁸ Vgl. *Vierter Teil, 3. Kapitel, B., S. 209 ff.*

Fünfter Teil:
Strafprozessuale Anforderungen
an die Dokumentation
durch Sachverständige

1. Kapitel: Gegenstand und Gang der Untersuchung des Fünften Teils

A. Gegenstand

In Strafverfahren sind alle relevanten Verfahrenshandlungen zu dokumentieren.¹¹²⁹ In der Lehre und Praxis ist nicht geklärt, wie genau die Dokumentationspflicht auch für die Sachverhaltsermittlung der Sachverständigen gelten soll.¹¹³⁰ Der Dokumentationsstandard für die sachverständige Sachverhaltsermittlung ist gesetzlich nicht explizit vorgegeben.¹¹³¹ Nachfolgend ist daher die Dokumentationspflicht der sachverständigen Person zu untersuchen. Die strafprozessualen Anforderungen an die Dokumentation müssen dabei in einer Weise wirken, dass betroffene Personen durch die Auslagerung der Sachverhaltsermittlung an Sachverständige prozessual nicht benachteiligt werden.

B. Gang der Untersuchung

Der Fünfte Teil besteht aus vier inhaltlichen Kapiteln. Das 2. Kapitel behandelt die Grundsätze zur Dokumentation der Beweiserhebungen, Beweisverwertungen und Beweisauswertungen. Zuerst werden die rechtlichen Grundlagen der Dokumentationspflicht von Erhebungen durch Sachverständige vorgestellt. Zusätzlich wird das unzulässige Erstellen von Parallelakten behandelt. Danach wird auf den einzuhaltenden Dokumentationsstandard eingegangen. Das 3. Kapitel behandelt die speziellen Anforderungen der Dokumentation bei den Befragungen durch Sachverständige anlässlich von Explorationen und Fremdanamnesen. Das 4. Kapitel beschreibt die Folgen bei Nichteinhaltung des Dokumentationsstandards durch Sachverständige.

¹¹²⁹ BSK StPO-NÄPFLI, Art. 76 N 7; ZK StPO-BRÜSCHWEILER/NADIG/SCHNEEBELI, Art. 76 N 1; HEER, in: «Toujours agité – jamais abattu», S. 192.

¹¹³⁰ Vgl. HEER, in: «Toujours agité – jamais abattu», S. 192; vgl. URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 384 ff.

¹¹³¹ Vgl. HEER, in: «Toujours agité – jamais abattu», S. 192.

2. Kapitel: Grundsätze zur Dokumentation der Beweiserhebung, Beweisverwertung und Beweisauswertung

Die strafbehördliche Sachverhaltsermittlung ist exakt zu dokumentieren.¹¹³² Im Folgenden wird untersucht, inwiefern forensisch-psychiatrische Sachverständige bei der Beweiserhebung, Beweisverwertung und Beweisauswertung die strafbehördliche Dokumentationspflicht einhalten müssen, damit die Auslagerung der Sachverhaltsermittlung den betroffenen Personen nicht zum Nachteil gereicht.

A. Rechtliche Grundlagen

Der in Art. 3 Abs. 2 lit. c und Art. 107 StPO sowie Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 6 Ziff. 3 EMRK verankerte Anspruch auf rechtliches Gehör ist ein wichtiger Teilaspekt des allgemeinen Grundsatzes des fairen Verfahrens gemäss Art. 29 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK.¹¹³³ Ein Teilgehalt des rechtlichen Gehörs ist das Recht auf Akteneinsicht.¹¹³⁴ Der Anspruch auf Akteneinsicht setzt notwendigerweise voraus, dass im Verfahren überhaupt Akten erstellt und ordnungsgemäss geführt werden.¹¹³⁵ Das Akteneinsichtsrecht soll garantieren, dass die im Verfahren betroffenen Personen die Entscheidungsgrundlagen der Behörde kennen.¹¹³⁶ Nur so können Parteien einen Beweis – wie beispielsweise ein forensisch-psychiatrisches Gutachten – auf seine Rechtmässigkeit überprüfen, was in einem fairen Verfahren ihr Anspruch ist.¹¹³⁷ Im Strafverfahren gilt aus diesen Gründen die Dokumentationspflicht.¹¹³⁸

¹¹³² BSK StPO-NÄPFLI, Art. 76 N 7; ZK StPO-BRÜSCHWEILER/NADIG/SCHNEEBELI, Art. 76 N 1.

¹¹³³ BSK StPO-NÄPFLI, Art. 76 N 4; ZK StPO-BRÜSCHWEILER/NADIG/SCHNEEBELI, Art. 76 N 1; EMRK Beck-MEYER, Art. 6 N 110.

¹¹³⁴ EMRK Beck-MEYER, Art. 6 N 110, 133; SGK BV-STEINMANN/SCHINDLER/WYSS, Art. 29 N 58 ff.; BSK StPO-NÄPFLI, Art. 76 N 4; ZK StPO-BRÜSCHWEILER/NADIG/SCHNEEBELI, Art. 76 N 1; RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, Strafprozessrecht, S. 60; HEER/COVACI, AJP 2019, S. 442.

¹¹³⁵ SGK BV-STEINMANN/SCHINDLER/WYSS, Art. 29 N 71; BSK StPO-NÄPFLI, Art. 76 N 7; RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, Strafprozessrecht, S. 60.

¹¹³⁶ BSK StPO-NÄPFLI, Art. 76 N 5.

¹¹³⁷ URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 381 f.; BERNARD/STUDER, ZStrR 2015, S. 80 ff.

¹¹³⁸ BGE 142 I 86, E. 2.2; BGer 6B_262/2017 vom 27. April 2017, E. 1.2.; URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 381 f.; BSK StPO-NÄPFLI, Art. 76 N 7; ZK StPO-BRÜSCHWEILER/NADIG/SCHNEEBELI, Art. 76 N 1.

Gemäss der Dokumentationspflicht müssen die prozessual relevanten Vorgänge von den Strafbehörden in geeigneter Form festgehalten und die entsprechenden Aufzeichnungen in die Straftaten integriert werden.¹¹³⁹ Für die Strafbehörden werden diese Vorgaben in Art. 100 StPO für die Aktenführungspflicht sowie Art. 76 ff. StPO für die Protokollierungspflicht umgesetzt.¹¹⁴⁰ Der Umfang der Protokollierung ist im Strafverfahren streng zu handhaben.¹¹⁴¹ Grundsätzlich sind alle Aussagen von Parteien im Strafverfahren zu protokollieren.¹¹⁴² Die Verfahrensleitung kann anordnen, dass Verfahrenshandlungen, darunter auch Einvernahmen, zusätzlich zur schriftlichen Version ganz oder teilweise in Ton oder Bild festgehalten werden.¹¹⁴³ Nebst dem schriftlichen Einvernahmeprotokoll können ergänzende Audio- oder audiovisuelle Aufzeichnungen der Einvernahme weitere Informationen, wie beispielsweise zum Ablauf der Befragung, zeigen.¹¹⁴⁴

Im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt ist, wie die Dokumentation von sachverständiger Sachverhaltsermittlung vorgenommen werden muss. Es ist unbestritten, dass die sachverständige Person der allgemeinen Dokumentationspflicht grundsätzlich unterliegt und die wesentlichen Schritte bei der Ausarbeitung des Gutachtens schriftlich festhalten muss.¹¹⁴⁵ In konstanter Praxis schreibt das Bundesgericht vor, dass die Dokumentation der sachverständigen Arbeitsweise nachvollziehbar und transparent erfolgen muss.¹¹⁴⁶ Das Gutachten erfordere eine umfassende und in sich nachvollziehbare Darstellung des Erkenntnis- und Wertungsprozesses der sachverständigen Person.¹¹⁴⁷ Dazu gehöre namentlich die Angabe der herangezogenen und

¹¹³⁹ BSK StPO-NÄPFLI, Art. 76 N 7; ZK StPO-BRÜSCHWEILER/NADIG/SCHNEEBELI, Art. 76 N 1.

¹¹⁴⁰ URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 382.

¹¹⁴¹ SGK BV-STEINMANN/SCHINDLER/WYSS, Art. 29 N 71; BSK StPO-NÄPFLI, Art. 76 N 10.

¹¹⁴² Art. 76 Abs. 1 und Art. 78 StPO.

¹¹⁴³ Art. 76 Abs. 4 StPO.

¹¹⁴⁴ ZK StPO-BRÜSCHWEILER/NADIG/SCHNEEBELI, Art. 76 N 9; vgl. URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 386.

¹¹⁴⁵ URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 382; SCHMID, AJP 2010, S. 826; BRUNNER, in: Gericht und Expertise, S. 196.

¹¹⁴⁶ BGer 6B_1363/2019 vom 19. November 2020, E. 1.2.3; BGer 6B_828/2018 vom 5. Juli 2019, E. 6.2; BGer 6B_424/2015 vom 4. Dezember 2015, E. 3.4; BSK StPO-HEER, Art. 185 N 2a; URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 129.

¹¹⁴⁷ BGer 6B_828/2018 vom 5. Juli 2019, E. 6.2.

ausgewerteten Erkenntnismittel sowie der Untersuchungsmethode, deren Auswahl im pflichtgemässen Ermessen der sachverständigen Person liege.¹¹⁴⁸

Weiter hält das Bundesgericht fest, dass das Gericht das Gutachten nach fachwissenschaftlichen Kriterien zu verstehen und zu prüfen habe.¹¹⁴⁹ Das Gericht müsse das Gutachten selbstständig beurteilen und dürfe die Prognoseentscheidung nicht der sachverständigen Person überlassen.¹¹⁵⁰ Diese Anforderung stimmt auch mit den durch Art. 6 EMRK aufgestellten Überprüfungsmöglichkeiten durch die Verfahrensparteien sowie die Verfahrensleitung überein. Ohne Dokumentation kann keine rechtsgenügende Prüfung erfolgen.

Allerdings wird die Dokumentationspflicht der Sachverständigen in der Praxis nicht analog zu jener der Strafbehörden gehandhabt.¹¹⁵¹ Die Gerichtspraxis sowie ein Teil der Lehre vertreten den Standpunkt, dass die sachverständige Person trotz allgemeiner Dokumentationspflicht nicht zu einem formalisierten Vorgehen nach Art. 76 ff. StPO verpflichtet ist.¹¹⁵²

Rechtlich relevante Gründe, welche die Abschwächung der Dokumentationspflicht im Bereich der forensisch-psychiatrischen Begutachtung legitimieren würden, sind nicht ersichtlich.¹¹⁵³ Die im Ersten Teil behandelte Auslagerung der Sachverhaltsermittlung an Sachverständige zieht auch eine erhöhte Anforderung an das formalisierte Vorgehen nach sich. Es bleibt nicht bei einer allgemeinen Dokumentationspflicht der sachverständigen Person. Wer wie die Strafbehörden Beweise selbstständig erhebt und diese über das Gutachten in den Strafprozess einbringt, ist ebenso wie die Strafbehörden zu einer umfassenden Dokumentation verpflichtet.¹¹⁵⁴ Wie BRUNNER festhält, geht es dabei nicht um ein Misstrauen

¹¹⁴⁸ BGer 6B_828/2018 vom 5. Juli 2019, E. 6.2.

¹¹⁴⁹ BGer 6B_828/2018 vom 5. Juli 2019, E. 6.2.

¹¹⁵⁰ BGer 6B_828/2018 vom 5. Juli 2019, E. 6.2.

¹¹⁵¹ URWYLER/ENDRASS/HACHTTEL/GRAF, Handbuch, S. 382 f.; BERNARD/BINDER, Anwaltsrevue 2011, S. 12.

¹¹⁵² BGer 6B_92/10 vom 30. März 2010, E. 3.3; SCHMID, AJP 2010, S. 826; anderer Ansicht sind HEER, in: «Toujours agité – jamais abattu», S. 192; BERNARD/BINDER, Anwaltsrevue 2011, S. 12; BRUNNER, in: Gericht und Expertise, S. 196; URWYLER/ENDRASS/HACHTTEL/GRAF, Handbuch, S. 382 f.

¹¹⁵³ BRUNNER, in: Gericht und Expertise, S. 196; BSK StPO-HEER, Art. 185 N 31; BERNARD/BINDER, Anwaltsrevue 2011, S. 14; URWYLER/ENDRASS/HACHTTEL/GRAF, Handbuch, S. 384.

¹¹⁵⁴ Vgl. BRUNNER, in: Gericht und Expertise, S. 196.

gegenüber der sachverständigen Person, sondern wie bei der Dokumentation aller Prozesshandlungen schwergewichtig um die Sicherstellung der Parteirechte.¹¹⁵⁵ Auch die grundrechtskonforme Auslegung der Strafprozessordnung lässt keinen anderen Schluss zu, als dass die Dokumentationspflicht bei einem so grundrechts-sensiblen Bereich wie der Begutachtung nicht ausgehebelt werden kann.¹¹⁵⁶ Es besteht die Pflicht zu einer umfassenden Dokumentation der Sachverständigen bei ihrer Sachverhaltsermittlung, ungeachtet der Frage, ob entsprechende Informationen später tatsächlich für das Gutachten oder das Urteil relevant sind. Nur mittels dieser umfassenden Dokumentation kann sichergestellt werden, dass durch die Auslagerung der Sachverhaltsermittlung an Sachverständige Verfahrensrechte von betroffenen Personen nicht untergraben werden.

B. Keine Parallelakten

Gemäss der Dokumentationspflicht ist die sachverständige Person verpflichtet, Aufzeichnungen in authentischer Form dem Gutachten beizulegen.¹¹⁵⁷ Die sachverständige Person darf durch sie angelegte oder durch sie verwertete und für das Gutachten verwendete Akten nicht für sich behalten. Ansonsten würden im Strafprozess für die Beurteilung des rechtserheblichen Sachverhalts unterschiedliche Akten verwendet werden: einmal diejenigen der Strafbehörden und einmal diejenigen der Sachverständigen. Zu denken ist dabei beispielsweise an Akten, welche die sachverständige Person während der Exploration mit der beschuldigten Person angefertigt, jedoch dem Gutachten nicht beigelegt hat. Weiter verwerten Sachverständige Manuale der Prognoseinstrumente und verfügen damit über wichtige, für die Beurteilung relevante Informationen, die in den Akten der Strafbehörden fehlen und einer Überprüfung nicht zugänglich gemacht werden können.

Das Gutachten ist unvollständig, wenn der Beurteilung Informationen zugrunde gelegt werden, die in den Akten nicht enthalten sind.¹¹⁵⁸ In der Praxis wird diesem Grundsatz jedoch noch nicht immer nachgelebt. Um zu veranschaulichen, was mit

¹¹⁵⁵ BRUNNER, in: Gericht und Expertise, S. 196.

¹¹⁵⁶ BERNARD/BINDER, Anwaltsrevue 2011, S. 14.

¹¹⁵⁷ BRUNNER, in: Gericht und Expertise, S. 196; GARLAND, Diss., S. 274.

¹¹⁵⁸ BRUNNER, in: Gericht und Expertise, S. 197; BRUNNER, in: Strafjustiz zwischen Anspruch und Wirklichkeit, S. 310; MAIER/MÖLLER, Das gerichtspsychiatrische Gutachten, S. 231.

Parallelakten in diesem Zusammenhang gemeint ist, dient ein Auszug aus einem älteren Urteil des Zürcher Obergerichts:

«Der Beschwerdeführer beanstandet, dass über die ihm vorgeworfenen körperlichen Übergriffe zwischen 1992 und 1996 bis zum Anlassdelikt keinerlei gesicherte Erkenntnisse vorlägen [...]. Die einzelnen Vorgänge zwischen 1992 und 1996 werden detailliert im Gutachten B. aufgeführt, wobei der Gutachter diese Vorfälle im Zusammenhang mit den jeweils darauf erfolgten fürsorgnerischen Freiheitsentzügen nannte, deren Akten ihm vorlagen (act. 11/3, S. 1, 4 bis 10). Dass keinerlei gesicherte Erkenntnisse vorlägen, trifft daher nicht zu.»¹¹⁵⁹

Das Obergericht des Kantons Zürich stützte sich in diesem Entscheid auf Tatsachen, die lediglich dem Gutachter bekannt und nur in seinen Akten festgehalten waren. Das Gericht verzichtete aufgrund der Aufzeichnungen im Gutachten darauf, die geschilderten Übergriffe zu überprüfen.¹¹⁶⁰

Das Gericht und die Parteien müssen gemäss Bundesgericht in der Lage sein, Gutachten auf ihre Schlüssigkeit zu überprüfen, was voraussetzt, dass sie über die gleichen Informationen und Akten verfügen wie die sachverständige Person bei der Begutachtung.¹¹⁶¹ Das Bundesgericht ist in dieser Argumentation jedoch nicht konsequent. In einem Entscheid aus dem Jahr 2022 hatten die Parteien und die Vorinstanz unbestrittenermassen keinen Einblick in die Dokumentation der Sachverständigen über die Exploration, da sich diese mangels Edition nicht in den Verfahrensakten befand.¹¹⁶² Das Bundesgericht hatte daher zu prüfen, ob die Vorinstanz den Anspruch auf rechtliches Gehör des Beschwerdeführers und die Dokumentationspflicht verletzt, wenn sie seinen Antrag auf Edition der Dokumentation zwecks Prüfung der Schlüssigkeit des Gutachtens abweist.¹¹⁶³ Gemäss Bundesgericht handle es sich bei Gutachten unbestrittenermassen um ein Beweismittel

¹¹⁵⁹ OGer ZH Urteil vom 22. Dezember 2004 i.S. Sch. (VB.2004.00371); Auszug zu finden in BRUNNER, Plädoyer 2005, S. 42; ebenfalls zu finden in BRUNNER, in: Gericht und Expertise, S. 197.

¹¹⁶⁰ BRUNNER, Plädoyer 2005, S. 42.

¹¹⁶¹ BGE 144 IV 302, E. 3.3.3; BGer 1B_546/2020 vom 10. Dezember 2020, E. 3.1; BGer 6B_257/2020, 6B_298/2020 vom 24. Juni 2021, E. 4.8.2 (nicht publiziert in BGE 147 IV 409).

¹¹⁶² BGer 6B_595/2021 vom 24. Juni 2022, E. 4.4.2, in diesem Entscheid ging es bei der Erstellung eines aussagepsychologischen Gutachtens um die Exploration einer geschädigten und nicht einer beschuldigten Person.

¹¹⁶³ BGer 6B_595/2021 vom 24. Juni 2022, E. 4.4.2.

im Sinne der Strafprozessordnung, demgegenüber handle es sich bei den durchgeführten Explorationen und deren Aufzeichnungen jedoch um fachspezifische Abklärungen, die keine Beweismittel darstellten und nur dazu dienten, das Gutachten zu erstellen.¹¹⁶⁴ In diesem Entscheid kam das Bundesgericht zum Schluss, dass sich aus den Ausführungen aus der Exploration keine unmittelbar belastenden Umstände für den Beschwerdeführer ableiten lassen, er zum Gutachten genügend Stellung beziehen konnte und damit seinem Gehörsanspruch Genüge getan sei.¹¹⁶⁵

Nach dieser Rechtsprechung des Bundesgerichts können demnach zwei parallele Arten von Akten existieren, die unterschiedliche Inhalte über beispielsweise die Exploration beinhalten. Es ist daher möglich, dass das Gericht Differenzen in den parallel geführten Akten hinsichtlich des Sachverhalts feststellt. Das Bundesgericht hat entschieden, was zu tun ist, wenn zwischen dem im Gutachten festgestellten und dem im Strafverfahren erhobenen Sachverhalt ein klarer Widerspruch besteht. Mangels Erhebung in einem justizförmigen Verfahren seien die Aussagen, welche gegenüber der sachverständigen Person getätigt wurden, unverwertbar.¹¹⁶⁶

Ein konsequenter Ausschluss von solchen Aussagen, die gegenüber der sachverständigen Person gemacht worden sind, erstens aus dem Gutachten selbst und zweitens aus dem Verfahren insgesamt, grenzt jedoch an Unmöglichkeit.¹¹⁶⁷ Die Akten der sachverständigen Person sind zwar nicht direkt in das Verfahren eingebracht worden, wurden aber zur Gutachtenserstellung verwendet und haben somit das Gerichtsurteil beeinflusst. Zusätzlich hätte die Sichtung dieser Akten der beschuldigten Person eine vertiefte Möglichkeit zur Überprüfung des Gutachtens gegeben.

Der Auffassung des Bundesgerichts kann deshalb nicht gefolgt werden. Im Strafprozess müssen Entscheidungsgrundlagen in allen Teilen nachvollziehbar sein, daher gehört die Dokumentationspflicht zu den wichtigen Grundsätzen eines fairen Verfahrens nach Art. 6 EMRK.¹¹⁶⁸ Wie bereits im Zweiten Teil ausführlich dargelegt, geht es zudem nicht an, dass das Gutachten der sachverständigen Person und das

¹¹⁶⁴ BGE 144 I 253, E. 3.7; BGer 6B_257/2020, 6B_298/2020 vom 24. Juni 2021, E. 4.8.2 (nicht publiziert in BGE 147 IV 409); BGer 1B_527/2019 vom 7. August 2020, E. 3.1; BGer 6B_595/2021 vom 24. Juni 2022, E. 4.4.2.

¹¹⁶⁵ BGer 6B_595/2021 vom 24. Juni 2022, E. 4.4.2.

¹¹⁶⁶ BGer 6B_257/2020, 6B_298/2020 vom 24. Juni 2021, E. 4.9.1 (nicht publiziert in BGE 147 IV 409).

¹¹⁶⁷ Vgl. HEER/COVACI, AJP 2019, S. 443.

¹¹⁶⁸ HEER/COVACI, AJP 2019, S. 442; HEER, in: «Toujours agité – jamais abattu», S. 193; vgl. BSK StPO-NÄPFLI, Art. 76 N 1; vgl. JOSITSCH/SCHMID, Handbuch, S. 215.

Urteil des Gerichts sich auf unterschiedliche Tatsachenfundamente stützen.¹¹⁶⁹ Nur so kann sichergestellt werden, dass die Verfahrensrechte von betroffenen Personen durch die Auslagerung der Sachverhaltsermittlung nicht gefährdet werden. Das Verbot von Geheimakten wird im modernen Rechtsstaat nicht infrage gestellt.¹¹⁷⁰ Alle Fakten, die dem Urteil zugrunde gelegt werden, müssen in den behördlichen Akten festgehalten sein, denn nur so kann dem unbestrittenen Anspruch der Verfahrensbeteiligten auf rechtliches Gehör und dem daraus abgeleiteten Akteneinsichtsrecht Genüge getan werden.¹¹⁷¹ Das Akteneinsichtsrecht verblasst in seiner Substanz, verkommt zur Formalität und hindert eine rechtskonforme Ausübung der Verteidigungsrechte, wenn die Unterlagen lückenhaft sind.¹¹⁷²

Zusammenfassend gilt demnach, dass Sachverständige bei der Gutachtenserstellung ihrer Dokumentationspflicht nachkommen müssen. Sachverständige müssen durch sie erhobene und verwertete Unterlagen zur Sachverhaltsermittlung dem Gutachten beilegen, damit diese Eingang in die Akten finden. Die sachverständige Person darf keine Parallelakten schaffen, indem sie für die Erstellung des Gutachtens Unterlagen verwendet, diese Unterlagen dem Gutachten aber dann nicht beilegt. Durch ein solches Vorgehen wird insbesondere der Anspruch auf rechtliches Gehör der beschuldigten Person nach Art. 3 Abs. 2 lit. c und Art. 107 StPO sowie Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 6 Ziff. 3 EMRK verletzt.

C. Einzuhaltender Dokumentationsstandard

Um eine Aushöhlung der strafprozessualen Anforderungen zu verhindern, ist von den Sachverständigen eine detaillierte, nachvollziehbare und transparente Dokumentation ihrer Sachverhaltsermittlung zwingend. Nur unter diesem Dokumentationsstandard kann sichergestellt werden, dass Verfahrensrechte von beschuldigten Personen aufgrund der Auslagerung der Sachverhaltsermittlung an Sachverständige nicht gefährdet werden.

¹¹⁶⁹ Vgl. *Zweiter Teil, 3. Kapitel, S. 74 ff.*

¹¹⁷⁰ HEER, in: «Toujours agité – jamais abattu», S. 193; mit weiteren Hinweisen BSK StPO-HANS/WIPRÄCHTIGER/SCHMUTZ, Art. 100 N 10; BSK StPO-NÄPFELI, Art. 76 N 1; JOSITSCH/SCHMID, Handbuch, S. 217.

¹¹⁷¹ HEER/COVACI, AJP 2019, S. 442; HEER, in: «Toujours agité – jamais abattu», S. 193; BSK StPO-HANS/WIPRÄCHTIGER/SCHMUTZ, Art. 100 N 10; BSK StPO-NÄPFELI, Art. 76 N 1.

¹¹⁷² BSK StPO-HANS/WIPRÄCHTIGER/SCHMUTZ, Art. 100 N 1; HEER/COVACI, AJP 2019, S. 442.

I. Nachvollziehbarkeit und Transparenz

Die Schlussfolgerungen der sachverständigen Person müssen transparent sowie für die Verfahrensbeteiligten nachvollziehbar dargestellt sein.¹¹⁷³ Die Begründungspflicht ist für eine sorgfältige und rechtlich anerkannte Begutachtung essenziell.¹¹⁷⁴ Sachverständige unterstehen damit den gleichen Anforderungen, wie sie Gerichte zu beachten haben.¹¹⁷⁵ Mit der Realisierung des Transparenzgebots wird dem Gericht nicht nur ermöglicht, die inhaltliche Richtigkeit der sachverständigen Beurteilung zu beurteilen, vielmehr kann das sachverständige Vorgehen auch daraufhin überprüft werden, ob rechtliche Grundsätze verletzt worden sind.¹¹⁷⁶

Aus welchen Überlegungen eine sachverständige Person von den erhobenen Tatsachengrundlagen auf die Beurteilung schliesst, wird in der Praxis oft nicht nachvollziehbar dargelegt.¹¹⁷⁷ In einem analysierten Gutachten umfasste der Abschnitt zur Diagnose beispielsweise nur folgende Zeilen:

«IV. DIAGNOSE

- *Pädophilie bzw. Pädophile Störung vom nicht-ausschliesslichen Typ, sexuell orientiert auf Jungen (ICD-10 und DSM-5: F65.4) mit zusätzlichen hebephilen Anteilen*
- *Sexuell Sadistische Störung (DSM-5: F65.52)*
- *Kombinierte Persönlichkeitsstörung mit narzisstischen, passiv-aggressiven (negativistischen) und paranoiden Zügen (ICD-10: F61.0, DSM-5: F60.89)»¹¹⁷⁸*

Weitere Ausführungen oder Begründungen, weshalb der Gutachter diese Diagnosen aufgestellt hat, finden sich im Abschnitt nicht. Erklärende Erläuterungen und Subsumtionen zu den einzelnen Störungsbildern finden sich erst viele Seiten weiter hinten unter dem Kapitel *Zusammenfassung und Beurteilung*. Die Tiefe der Begründung ist in diesem Gutachten nicht zu bemängeln, der gewählte Aufbau mindert jedoch die Nachvollziehbarkeit der Beurteilungen.

¹¹⁷³ BRUNNER, in: *Strafjustiz zwischen Anspruch und Wirklichkeit*, S. 309; BSK StPO-HEER, Art. 185 N 2a.

¹¹⁷⁴ BSK StPO-HEER, Art. 185 N 2a.

¹¹⁷⁵ BSK StPO-HEER, Art. 185 N 2a.

¹¹⁷⁶ URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, *Handbuch*, S. 129; vgl. auch DÖBELE, *Diss.*, S. 185.

¹¹⁷⁷ BRUNNER, in: *Strafjustiz zwischen Anspruch und Wirklichkeit*, S. 309; BRUNNER, in: *Gericht und Expertise*, S. 199.

¹¹⁷⁸ Gutachten über Herrn R. vom 10. August 2022, S. 102.

Wie die Begründungspflicht der Sachverständigen im Einzelnen ausgestaltet ist, lässt sich nicht allgemein feststellen, sondern hängt von den konkreten Fragen ab.¹¹⁷⁹ Es ist an dieser Stelle zu empfehlen, analog der Methode in der Rechtswissenschaft vorzugehen, bei welcher zuerst eine Definition erfolgt, danach der Sachverhalt erläutert wird und mit einer Subsumtion abschliesst.¹¹⁸⁰ Es ist beim Verfassen der Beurteilungen somit zuerst die Definition der Kriterien zu erläutern. Dann ist der zu diesen Kriterien passende Sachverhalt aufzuführen sowie die Subsumtion des Sachverhalts unter diese Kriterien am selben Ort im Gutachten vorzunehmen.

Beim oben erwähnten Beispiel hiesse das, dass unter dem Kapitel *Diagnose* zuerst die Definition des Störungsbildes nach Klassifikationssystem hätte erfolgen sollen, dann der zugrunde liegende Sachverhalt hätte erläutert werden müssen und abschliessend hätte begründet werden müssen, weshalb dieser Sachverhalt das Störungsbild erfülle. Dann wäre klar nachvollziehbar, von welchen Tatsachen weshalb auf die Kriterien dieser Störungsbilder geschlossen worden ist. Zudem ist bei diesem Vorgehen die Transparenz gewahrt, wenn man sich die Begründung der Diagnose nicht in einem über hundertseitigen Gutachten zusammensuchen muss.

Zudem sollte die sachverständige Person bei den oft sehr umfangreichen Gutachten ein Inhaltsverzeichnis anfertigen, welches die Nachvollziehbarkeit und die Transparenz erhöht.¹¹⁸¹

II. Dokumentation bei Prognoseinstrumenten

Auf die Einhaltung dieses Dokumentationsstandards bei den Prognoseinstrumenten ist gesondert einzugehen, da dieser in der Praxis oftmals vernachlässigt wird.¹¹⁸² Die sachverständige Person hat die Wahl der Prognoseinstrumente zu begründen.¹¹⁸³ Aus dem Gutachten sollte hervorgehen, welche Kriterien aus-

¹¹⁷⁹ WIPRÄCHTIGER, in: Psychiatrie und Recht, S. 209.

¹¹⁸⁰ Vgl. KRAMER/ARNET, Juristische Methodenlehre, S. 40 ff.; vgl. BRUNNER, in: Gericht und Expertise, S. 200; vgl. WIPRÄCHTIGER, in: Psychiatrie und Recht, S. 209.

¹¹⁸¹ Vgl. z.B. für Inhaltsverzeichnisse bei Akten BGer 6B_1095/2019 vom 30. Oktober 2019, E. 3.3.1 ff.; WOLF, FPPK 2012, S. 240.

¹¹⁸² BRUNNER, in: Strafrecht zwischen Anspruch und Wirklichkeit, S. 311; vgl. CONINX, Habil., S. 337 ff.

¹¹⁸³ BGer 6B_828/2018 vom 5. Juli 2019, E. 6.4; GRAF, in: Strafverfolgung – Individuum – Öffentlichkeit im Spannungsfeld der Wahrnehmungen, S. 98.

schlaggebend für die Wahl der Prognoseinstrumente waren.¹¹⁸⁴ Ebenso begründet werden muss die Wahl der Basisrate.¹¹⁸⁵ Wie bereits dargestellt, gibt es Prognoseinstrumente, die nicht für eine Anwendung in der Schweiz, die entsprechende Deliktkategorie, das entsprechende Alter der beschuldigten Person oder das jeweilige Geschlecht geeignet sind.¹¹⁸⁶ In der Praxis werden sie dennoch unzulässigerweise auf solche ungeeigneten Ausgangssituationen angewendet.¹¹⁸⁷ Damit diese unzulässige Anwendung in Zukunft vermieden werden kann, ist es wichtig, dass die sachverständige Person begründet, weshalb das von ihr angewendete Prognoseinstrument im konkreten Fall zulässig und sinnvoll ist. Es kann für juristische Fachpersonen schwierig sein zu beurteilen, ob die Anwendung der gewählten Prognoseinstrumente im Einzelfall zulässig war und die Begründung der sachverständigen Person stichhaltig ist. Personen, welche Gutachten vor einem juristischen Hintergrund beurteilen müssen, kommen aus diesem Grund nicht um eine Lektüre der psychiatrischen Fachliteratur umhin.¹¹⁸⁸

Bei der Anwendung von Prognoseinstrumenten hat die sachverständige Person im Gutachten darzulegen, von welcher Begriffsbestimmung bezüglich eines Items sie ausgeht, an welchen Sachverhalt sie im zu beurteilenden Einzelfall konkret anknüpft und weshalb sie das zu beurteilende Item auf diese Weise bewertet.¹¹⁸⁹ Sofern die sachverständige Person bei der Bewertung der Items an Explorationsinhalte anknüpft, hat sie diese folglich präzise zu beschreiben.¹¹⁹⁰ Dies wird jedoch nicht in allen Gutachten berücksichtigt. Die Subsumtion der Items aufgrund der im Gutachten vorliegenden Angaben ist oft nur schwer nachzuvollziehen. In den analysierten Gutachten wurde im Text oftmals keine Begründung für die Wahl der Punktwerte

¹¹⁸⁴ BGer 6B_828/2018 vom 5. Juli 2019, E. 6.4.

¹¹⁸⁵ CONINX, Habil., S. 479.

¹¹⁸⁶ Ausführlich hierzu DAHLE, in: Handbuch kriminalprognostischer Verfahren, S. 338 f.; zum Alter insbesondere BGE 149 IV 325; WANGMO et al., *Frontiers in Psychiatry* 2021, S. 6; NEDOPIL/ENDRASS/ROSSEGGER/WOLF, *Prognose*, S. 146; mit weiteren Hinweisen HABERMAYER/SASS, *FPPK* 2022, S. 96.

¹¹⁸⁷ Vgl. *Erster Teil, 3. Kapitel, C., II., S. 32 ff.*

¹¹⁸⁸ Für einen verständlichen Überblick über die gängigsten Prognoseinstrumente, ihre Items und ihren Anwendungsbereich vgl. NEDOPIL/ENDRASS/ROSSEGGER/WOLF, *Prognose*, S. 143 f.

¹¹⁸⁹ BGer 6B_424/2015 vom 4. Dezember 2015, E. 3.5; BGer 6B_989/2017 vom 20. Dezember 2017, E. 3.3.6; URWYLER/ENDRASS/HACHTTEL/GRAF, *Handbuch*, S. 383; MOKROS/DRESSING/HABERMAYER, in: *Psychiatrische Begutachtung*, S. 472; BÖHM, *R&P* 2018, S. 136.

¹¹⁹⁰ URWYLER/ENDRASS/HACHTTEL/GRAF, *Handbuch*, S. 383.

bei den einzelnen Items angegeben. Es wurden lediglich die Resultate der Prognoseinstrumente vorgestellt, so beispielsweise in einem Gutachten beim VRAG:

- «1. Bis zum 16. Lebensjahr mit beiden biologischen Elternteilen gelebt (ausser bei Tod eines Elternteils): +3*
- 2. Mangelhafte Anpassung in der Schule bis einschliesslich 8. Klasse: -1*
- 3. Alkoholprobleme in der Vorgeschichte: -1*
- 4. Zivilstand: + 1*
- 5. Punktwert der kriminellen Vorgeschichte für Verurteilungen und Anklagen wegen nichtgewalttätiger Delikte vor dem Anlassdelikt: -2*
- 6. Versagen bei früherer bedingter Entlassung: 0*
- 7. Alter bei Begehung des Index-Delikts: +2*
- 8. Verletzungsgrad des Opfers: 0*
- 9. Irgendein weibliches Opfer (beim Index-Delikt): -1*
- 10. DSM-Kriterien für eine Persönlichkeitsstörung: -2*
- 11. DSM-Kriterien für eine Schizophrenie: -3*
- 12. PCL-R-Score: -3»¹¹⁹¹*

Noch knapper war die Dokumentation der PCL-R in einem anderen analysierten Gutachten. Dort war lediglich aufgeführt:

«Der PCL-R ergab einen Wert von 23 Punkten (0/0/2/1/2/1/0/2/2/1/0/2/2/2/1/1/0/1/2/1).»¹¹⁹²

Mehr Hinweise, weshalb die jeweiligen Punktwerte vergeben worden sind, finden sich in den Gutachten nicht. Wird die Begründungspflicht durch die sachverständige Person vernachlässigt, kann das Gutachten am Schluss durch die Parteien und das Gericht nicht nachvollzogen und nicht überprüft werden. Eine reine Auflistung der bepunkteten Items reicht nicht aus, es braucht eine Begründung, in welcher der zugrunde liegende Sachverhalt für jedes Item erläutert wird. Zudem scheint es, als haben Sachverständige bei der Punktevergabe ein grosses Ermessen.¹¹⁹³ Für die Ver-

¹¹⁹¹ Gutachten über Frau Y. vom 1. Juli 2021, S. 27.

¹¹⁹² Gutachten über Herrn W. vom 31. Oktober 2017, S. 45.

¹¹⁹³ HEER, in: Erkenntnisse von Fachkommissionen – Psychiatrische Gutachten im Fokus des Bundesgerichts, S. 114.

fahrensparteien ist es wichtig, Wertungen, Überschreitungen des Ermessens oder gar Parteilichkeit, seien sie bewusst oder unbewusst erfolgt, durch möglichst umfassende Transparenz erkennen zu können und daraus Konsequenzen zu ziehen.¹¹⁹⁴ Das ist ohne genaue Dokumentation und Begründung der Items nicht möglich.

CONINX hat in ihrer Habilitation anhand einer genauen Analyse eines Gutachtens über Herrn G. zahlreiche Beispiele herausgearbeitet, bei welchen die Dokumentation der Items bei der PCL-R ungenügend war.¹¹⁹⁵ In einem von ihr aufgeführten Beispiel zu Item 7 antwortete der Gutachter auf die Frage, ob bei Herrn G. *oberflächliche Gefühle* vorliegen, ohne Hinweis auf irgendein Ereignis oder eine Aussage von Herrn G. kurzerhand und ausschliesslich mit: *«Die Emotionalität von Herrn G. kann als oberflächlich, wenn auch nicht gänzlich unauthentisch bezeichnet werden.»*¹¹⁹⁶ In einem weiteren von CONINX aufgeführten Beispiel zu der Punktvergabe zu Item 3 soll Herr G. gemäss Gutachten verschiedentlich bereit gewesen sein, *«Grenzen zu übertreten, um etwas zu erleben»*.¹¹⁹⁷ Im Gutachten wird jedoch nicht näher ausgeführt, auf welche vergangenen legalen oder illegalen Verhaltensweisen sich diese Aussage bezieht.¹¹⁹⁸

Durch diese mangelnde Dokumentation kann bei den Prognoseinstrumenten durch die Parteien, insbesondere die Verteidigung, nicht überprüft werden, wie die Risikoeinschätzung zustande gekommen ist. Wie hiervor bereits mehrfach erwähnt, liegt daher der Schluss nahe, dass diese mangelhafte oder fehlende Dokumentation gegen Art. 6 EMRK verstossen könnte.

Nachfolgend werden zwei Beispiele aus den analysierten Gutachten aufgelistet, wie eine genügende Begründung bezüglich Items bereits im Text und nicht erst im Anhang vorgenommen werden könnte. Bei beiden Gutachten handelt es sich um Items aus der PCL-R.

«2. übersteigertes Selbstwertgefühl: Das Item wurde mit 0 Punkten bewertet. Es finden sich kaum Hinweise darauf, dass Herr C. sich in spezieller Weise überhöht darstellt oder seine Erlebnisse als besonders charakteri-

¹¹⁹⁴ HEER, in: Erkenntnisse von Fachkommissionen – Psychiatrische Gutachten im Fokus des Bundesgerichts, S. 115.

¹¹⁹⁵ CONINX, Habil., S. 380 ff.

¹¹⁹⁶ Mit weiteren Hinweisen CONINX, Habil., S. 381.

¹¹⁹⁷ CONINX, Habil., S. 382.

¹¹⁹⁸ CONINX, Habil., S. 382.

siert. Er kann eigene Unzulänglichkeiten einräumen. Er zeigt im Gespräch keine Dominanztendenzen.»¹¹⁹⁹

«Item 12 – Frühe Verhaltensauffälligkeiten: Zwar werden – v.a. im Gutachten von Dr. V von 1988 – neben einer Sprachstörung Verhaltensauffälligkeiten in der Kindheit mit Bockigkeit, Verslossenheit und ein grosses motorisches Bedürfnis beschrieben, die auch zu einer kurzen Heimunterbringung geführt hatten. Es sind jedoch keine schwerwiegenden frühen Verhaltensauffälligkeiten (Lügen, Betrügen, delinquentes Verhalten, Schule-schwänzen etc.) vor dem 12. Lj. bei Herrn R. bekannt. Das Item ist somit nicht erfüllt (0 Punkte).»¹²⁰⁰

Durch die Aufführung der Begründung im Lauftext des Gutachtens – und nicht erst im Anhang – ist die Punktevergabe und damit auch die Risikoeinschätzung für die Parteien besser nachvollziehbar.

Verbessert werden könnte bei diesen Beispielen die Erklärung zu den Items, eine Begriffsbestimmung fehlt jeweils. Die Begriffsbestimmung ist für die Überprüfbarkeit des Gutachtens nicht zu vernachlässigen. Das Bundesgericht hat hierzu festgehalten, dass Items der PCL-R wie *Impulsivität, Verantwortungslosigkeit, parasitärer Lebensstil, pathologisches Lügen* oder *oberflächlicher Charme* kaum greifbar seien, was Raum für eine nicht überprüfbare Einschätzung des Risikos schaffe.¹²⁰¹ Die sachverständige Person habe daher im Gutachten darzulegen, von welcher Begriffsbestimmung sie bei den Items ausgehe, an welchen Sachverhalt sie im zu beurteilenden Einzelfall diesbezüglich konkret anknüpfe und weshalb sie das zu beurteilende Item wie bewerte.¹²⁰² Nur unter diesen Voraussetzungen sei die Anwendung und das Ergebnis eines Prognoseinstruments nachvollzieh- und überprüfbar.¹²⁰³ Die sachverständige Person muss somit im Gutachten selbst eine kurze Definition der Items vornehmen, bevor sie zur Subsumtion schreitet.

Wie CONINX festhält, ist es jedoch sehr schwierig, rechtliche Leitplanken für psychiatrische Einschätzungen aufzustellen.¹²⁰⁴ Selbst wenn die sachverständige Person kurz umschreibt, was sie unter dem Item *oberflächlicher Charme* versteht,

¹¹⁹⁹ Gutachten über Herrn C. vom 23. Januar 2018, S. 26 f.

¹²⁰⁰ Gutachten über Herrn R. vom 10. August 2022, S. 94.

¹²⁰¹ BGer 6B_424/2015 vom 4. Dezember 2015, E. 3.5.

¹²⁰² BGer 6B_424/2015 vom 4. Dezember 2015, E. 3.5.

¹²⁰³ BGer 6B_424/2015 vom 4. Dezember 2015, E. 3.5.

¹²⁰⁴ CONINX, Habil., S. 337.

bleibt dies aus einer juristischen Perspektive sehr vage.¹²⁰⁵ In der deutschen Übersetzung der PCL-R steht zu Item 1 *oberflächlicher Charme* beispielsweise:

«Item 1 beschreibt einen wortgewandten, redseligen, sprachlich geschickten Menschen, der einen unaufrichtigen und oberflächlichen Charme ausstrahlt. Er ist oftmals ein amüsanter und unterhaltsamer Gesprächspartner, hat immer eine schnelle und clevere Antwort parat und kann unglaubliche, aber überzeugend wirkende Geschichten erzählen, die ihn in ein gutes Licht rücken. Er kann sich möglicherweise mit Erfolg gut darstellen und sogar sympathisch sein. Im Allgemeinen wirkt er jedoch zu glatt und geschmeidig, um gänzlich glaubwürdig zu sein. Er scheint über Kenntnisse in vielen Bereichen zu verfügen und kann hin und wieder Fachbegriffe und Jargon wirksam genug einsetzen, um die meisten Leute zu beeindrucken. Sorgfältiges Nachfragen wird üblicherweise zutage fördern, dass seine Kenntnisse lediglich oberflächlicher Natur sind.»¹²⁰⁶

Für Fachpersonen aus der Rechtswissenschaft verhilft diese Erklärung kaum dazu, beurteilen zu können, ob eine Person diese Beschreibung sicherlich oder zumindest teilweise im Sinne der PCL-R erfüllt. Es ist mangels Fachwissens der Strafbehörden die Aufgabe der Sachverständigen, die Prognoseinstrumente anzuwenden. Dennoch müssen sich die Strafbehörden um eine genaue Überprüfung des Gutachtens und der verwendeten Prognoseinstrumente bemühen. Dazu gehört auch, die Dokumentation, die Methoden und die Begründung im Gutachten kritisch zu hinterfragen. Wie die Ergebnisse der Prognoseinstrumente zustande kommen, sollte deshalb unter juristischen Gesichtspunkten sowohl hinsichtlich der Auswahl des Prognoseinstruments als auch bei der Erklärung und Begründung der einzelnen Items im Einzelfall durch die Strafbehörden gewissenhaft betrachtet werden.¹²⁰⁷

Die Strafbehörden müssen sich des Themas annehmen und die relevanten rechtlichen Standards im Hinblick auf Argumentationsdichte, Belastbarkeit der Begründungen und Subsumtion sowie Dokumentation nicht nur theoretisch, sondern auch in der Praxis einfordern.¹²⁰⁸ Dadurch kann sichergestellt werden, dass die Verfahrensrechte von beschuldigten Personen durch die Auslagerung der Sachverhaltsermittlung an Sachverständige bei der Dokumentation nicht unterlaufen werden.

¹²⁰⁵ CONINX, Habil., S. 337.

¹²⁰⁶ MOKROS/HOLLERBACH/NITSCHKE/HABERMEYER, PCL-R, S. 45.

¹²⁰⁷ Vgl. CONINX, Habil., S. 339.

¹²⁰⁸ CONINX, Habil., S. 388.

3. Kapitel: Dokumentation von Befragungen im Speziellen

Grundsätzlich gilt bei der sachverständigen Sachverhaltsermittlung der hiervor aufgestellte Dokumentationsstandard. Es gibt jedoch bei gewissen Beweiserhebungen durch Sachverständige spezifische Anforderungen, wie beispielsweise bei ihren Befragungen, damit die Verfahrensrechte von beschuldigten Personen durch die Auslagerung nicht gefährdet werden. Diese strafprozessualen Anforderungen an die Dokumentation der Exploration und der Fremdanamnesen werden nachfolgend untersucht.

A. Dokumentation der Exploration

Nach dem Grundsatz der Dokumentationspflicht müssen sämtliche entscheidungswesentlichen Tatsachen in geeigneter Form festgehalten und in die Akten überführt werden, dazu gehören auch die Informationen aus der Exploration.¹²⁰⁹ Die Rechtsprechung und die Praxis sprechen sich trotz dieser Dokumentationspflicht gegen eine umfassende Protokollierung der Exploration aus.¹²¹⁰ Allerdings hat das Bundesgericht festgelegt, dass die Ausgestaltung der Dokumentationspflicht sich nach den Massstäben der Nachvollziehbarkeit und der Transparenz von Gutachten zu richten hat.¹²¹¹ Dass dieser Standpunkt der Rechtsprechung und der Praxis, wonach die Exploration nicht umfassend aufgezeichnet werden muss, nicht geteilt werden kann, wird nachfolgend verdeutlicht.

I. Gegenwärtig ungenügende Dokumentation

Gemäss Bundesgericht ist es nicht zwingend, dass die sachverständige Person jede Frage und jede Antwort dokumentiert.¹²¹² Ein detailliertes Exposé oder eine Zusammenfassung der Exploration reiche aus, damit das Gutachten von den Behörden gewürdigt werden könne.¹²¹³

¹²⁰⁹ GARLAND, Diss., S. 274.

¹²¹⁰ URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 383; GARLAND, Diss., S. 275.

¹²¹¹ Urteil 6B_92/2010 des BGer vom 30. März 2010, E. 3.3; vgl. implizit auch BGE 144 I 253, E. 3.7; URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 383.

¹²¹² BGer 6B_156/2019 vom 27. Juni 2019, E. 2.5.2; URWYLER, AJP 2019, S. 1366.

¹²¹³ BGer 6B_156/2019 vom 27. Juni 2019, E. 2.5.2; URWYLER, AJP 2019, S. 1366.

Unter diesen vom Bundesgericht aufgestellten milden Dokumentationsvorschriften ergeben sich zahlreiche Probleme für Personen, die das Gutachten beziehungsweise die Exploration im Detail nachvollziehen möchten.¹²¹⁴ In zahlreichen analysierten Gutachten fällt auf, dass teilweise sprunghaft dokumentiert wird und dadurch Themenwechsel im Gespräch nicht nachvollzogen werden können. Teilweise wird auch nur spärlich dokumentiert beziehungsweise werden die Äusserungen der untersuchten Person grob zusammenfasst, wie das nachfolgende Beispiel zeigt. Unter der Überschrift *erste Äusserungen* wurden die Explorationen der Beschuldigten für die nachfolgend genannten zwei Daten nur kursorisch wiedergegeben.

«18.05.2021: Das Gutachten sei auch für sie selbst und für alle ihre Mitbürger, dass sie sich im Klaren seien, wie es zu dem Unfall gekommen sei. Sie habe den Willen, die Realität wahrzunehmen wie die meisten in der Gesellschaft. Sie habe aktiv Autosuggestion gemacht, dass alles gut ist und sie keine Angst haben muss. Sie könne aber ihre Stärke noch nicht richtig einschätzen – das sei normal, wenn man jung ist.

14.06.2021: Es gehe ihr besser. (?) [sic] Das merke sie zum Beispiel daran, dass die Fragen und Antworten in ihrem Tagebuch anders formuliert seien. Sie sei gelassener und habe nicht mehr dieses Bedrückende auf ihren Schultern.»¹²¹⁵

Es kann aus der spärlichen Dokumentation nicht herausgelesen werden, welche Informationen der begutachteten Person vorgehalten wurden und mit welchen Fragen sie genau konfrontiert war. So kann nicht überprüft werden, ob die Exploration mit den strafprozessualen Beweiserhebungsregeln konform ist. Daher kann auch nicht bestimmt werden, ob durch die Auslagerung der Sachverhaltsermittlung an Sachverständige Verfahrensrechte gefährdet oder verletzt worden sind.

Es ist insbesondere durch die Verfahrensleitung zu überprüfen, ob verbotene Suggestivfragen gestellt wurden und die Informationen in der Exploration rechtskonform, vor allem im Sinne von Art. 140 StPO, erhoben worden sind.¹²¹⁶ Es kann durchaus sein, dass sich Sachverständige nicht sämtlicher strafprozessualer

¹²¹⁴ So beispielsweise bei der Erstellung eines Parteigutachtens GARLAND, Diss., S. 275; URWYLER/ENDRASS/HACHTTEL/GRAF, Handbuch, S. 385; URWYLER, AJP 2019, S. 1366.

¹²¹⁵ Gutachten über Frau Y. vom 1. Juli 2021, S. 15.

¹²¹⁶ Vgl. *Dritter Teil, 2. Kapitel, S. 115 ff.*; vgl. URWYLER, AJP 2019, S. 1366; URWYLER, Diss., S. 102 ff.

Anforderungen zur Beweiserhebung bewusst sind.¹²¹⁷ Zudem kann unter dem derzeitigen Dokumentationsstandard des Bundesgerichts nicht sichergestellt werden, ob die in der Zusammenfassung festgehaltenen Aussagen oder Verhaltensweisen der begutachteten Person effektiv zutreffen.¹²¹⁸ Es ist nicht einsehbar, warum die für das Gutachten zentrale Exploration einem so milden Dokumentationsstandard untersteht.¹²¹⁹ Die vom Bundesgericht als genügend bezeichnete Zusammenfassung der wesentlichen Inhalte erlaubt den Personen, welche ein Gutachten beurteilen müssen, keine effektive Überprüfung des Explorationsgesprächs.¹²²⁰ Daraus ergibt sich eine erhebliche Schlechterstellung von beschuldigten Personen durch die Auslagerung der Sachverhaltsermittlung an Sachverständige.

URWYLER/ENDRASS/HACHTTEL/GRAF beschreiben zutreffend, wie für die beschuldigte Person die Ausgangslage besonders problematisch ist: Erhebt sie Einwände gegen den im Gutachten geschilderten Explorationssachverhalt – beispielsweise sie habe dieses und jenes nicht gesagt – kann sie dies nicht auf eine Aufnahme oder die Aussage der Verteidigung stützen.¹²²¹ Der beschuldigten Person steht lediglich die Aussage der sachverständigen Person zur Verfügung. Es steht in solchen Fällen folglich regelmässig Aussage gegen Aussage. Vorgebracht wird auch, dass bei der Aussagenwürdigung durch das Gericht ein Glaubhaftigkeits-Bias zugunsten der Schilderungen der sachverständigen Person bestehe.¹²²² Die Zusammenfassung des Explorationssachverhalts ist nachweislich regelmässig fehlerhaft.¹²²³ Die Dokumentation dient deshalb auch dazu, die Kommunikation zwischen den Sachverständigen und den Verfahrensbeteiligten zu verbessern sowie fachlich korrektes Handeln bei Vorwürfen und Haftungsfragen zu belegen.¹²²⁴

Die Probleme bei dieser unzureichenden Dokumentation der Exploration beschränken sich jedoch nicht nur auf das Frage- und Antwortverhalten der beteiligten Personen. Die unzureichende Dokumentation erschwert es den Parteien auch, die Schlussfolgerungen der sachverständigen Person aus der Exploration zu verstehen.

¹²¹⁷ URWYLER, Diss., S. 102; BERNARD, Jusletter 13. Februar 2012, N 41; HELFENSTEIN, Diss., S. 187.

¹²¹⁸ URWYLER, AJP 2019, S. 1366; vgl. BERNARD/BINDER, Anwaltsrevue 2011, S. 13.

¹²¹⁹ URWYLER, AJP 2019, S. 1366; vgl. BERNARD/BINDER, Anwaltsrevue 2011, S. 13.

¹²²⁰ URWYLER, AJP 2019, S. 1366; URWYLER/ENDRASS/HACHTTEL/GRAF, Handbuch, S. 385; BERNARD/BINDER, Anwaltsrevue 2011, S. 12 f.

¹²²¹ URWYLER/ENDRASS/HACHTTEL/GRAF, Handbuch, S. 385.

¹²²² URWYLER/ENDRASS/HACHTTEL/GRAF, Handbuch, S. 385; URWYLER, Diss., S. 124 ff.

¹²²³ URWYLER, Diss., S. 101.

¹²²⁴ NEDOPIL, FPPK 2012, S. 221.

Weder die beschuldigte Person und ihre Verteidigung noch die Verfahrensleitung können ohne Dokumentation überprüfen, was anlässlich der Exploration zwischen der sachverständigen Person und der beschuldigten Person gesagt worden ist und welche Grundlagen für das Gutachten in der Exploration gelegt worden sind. Es ist URWYLER zuzustimmen, dass mit diesen Ausgangsbedingungen eine effektive Überprüfung des Gutachtens nicht möglich ist.¹²²⁵

Strafprozesse und deren Ergebnisse greifen regelmässig tief in die Persönlichkeitsrechte von betroffenen Personen ein, weswegen hohe Anforderungen an den Prüfungsmassstab von Beweisen – insbesondere von Gutachten – zu gelten haben.¹²²⁶ BERNARD hält zu Recht fest, dass wenn sich das Urteil im Strafverfahren auf ein Gutachten stützt, obwohl dessen Genese aufgrund fehlender Protokollierung für die Verteidigung nicht nachvollzogen werden kann, dies den Schutzbereich des Rechts auf ein faires Verfahren tangiert.¹²²⁷

Auch URWYLER ist zuzustimmen, der nach einer Gesamtwürdigung der Verfahrensfairness zum Schluss kommt, dass das Gutachten unter den geschilderten Bedingungen nicht auf seine inhaltliche Richtigkeit überprüft werden kann und der geltende Dokumentationsstandard eine Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren nach Art. 6 Ziff. 1 EMRK begründet.¹²²⁸

Ohne Dokumentation der Exploration ist das Gutachten auf allen Seiten des Gerichtssaals nicht überprüfbar.¹²²⁹ Auf der einen Seite bedingt der Grundsatz des fairen Verfahrens, dass die zuständige Behörde ihre Prüfungsbefugnis bezüglich des Gutachtens tatsächlich wahrnimmt.¹²³⁰ Auf der anderen Seite muss es der beschuldigten Person und der Verteidigung möglich sein, das Gutachten der Sachverständigen tatsächlich auf die Probe stellen zu können, damit das Verfahren mit Art. 6 EMRK vereinbar ist.¹²³¹ Nur so kann eine Schlechterstellung der beschuldigten Person aufgrund der Sachverhaltsauslagerung verhindert werden.

¹²²⁵ URWYLER, Diss., S. 107; URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 385.

¹²²⁶ BERNARD, Jusletter 13. Februar 2012, N 33.

¹²²⁷ BERNARD, Jusletter 13. Februar 2012, 33.

¹²²⁸ URWYLER, Diss., S. 132.

¹²²⁹ Vgl. ausführlich dazu BERNARD/STUDER, ZStrR 2015, S. 80 ff.

¹²³⁰ BGE 118 Ia 35, E. 2e; SGK BV-STEINMANN/SCHINDLER/WYSS, Art. 29 N 42; BERNARD, Jusletter 13. Februar 2012, N 33.

¹²³¹ BERNARD/STUDER, ZStrR 2015, S. 92; URWYLER, Diss., S. 100.

II. Audio- oder audiovisuelle Aufzeichnung

Wie die Dokumentation durch Sachverständige strafprozessrechtskonform auszugestalten ist, damit Betroffene durch die Auslagerung der Sachverhaltsermittlung keine Rechte verlieren, wird verschieden beurteilt.

URWYLER sowie URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF sprechen sich für eine audiovisuelle Aufzeichnung aus.¹²³² Sie sind der Ansicht, dass nur eine audiovisuelle Aufzeichnung den Beweiserhebungsvorgang im Explorationsgespräch sinnvoll dokumentieren und die Exploration überprüfbar machen könne, denn in der audiovisuellen Aufzeichnung gebe es die Möglichkeit der Beobachtung von Gestik, Mimik und Interaktion, was in der reinen Audioaufnahme fehle.¹²³³ Als wenig sinnvoll erachten sie ein reines Protokollierungserfordernis, da dieses den Explorationsablauf durch das konstante Mitschreiben stören könne und selbst mit einer vollständigen Protokollierung der tatsächliche Explorationssachverhalt und die Vorgänge in der Exploration nur fragmentarisch abgebildet werden könnten.¹²³⁴

Die Videoaufnahme bringt viele Vorteile gegenüber einem schriftlichen Protokoll und ist gemäss Stand der Technik diejenige Aufnahmemöglichkeit, die am meisten Informationen erfasst. Somit ist eine detailgetreue Nachvollziehbarkeit der Exploration möglich.

Ebenfalls für eine audiovisuelle Aufzeichnung sprechen sich HEER/COVACI, HEER, SANER sowie GARLAND aus.¹²³⁵

Demgegenüber sprechen sich andere Stimmen aus der Lehre wie beispielsweise CAPUS und ALIOTTA für eine Audioaufzeichnung von Einvernahmen aus.¹²³⁶ Die Argumente für die Audioaufzeichnung von Einvernahmen können auf die Audioaufzeichnung der Exploration übertragen werden.¹²³⁷ Aufgeführt wird vor allem,

¹²³² URWYLER, AJP 2019, S. 1366; URWYLER, Diss., S. 150 ff.; URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 384 ff.

¹²³³ URWYLER, Diss., S. 150 ff.; URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 386.

¹²³⁴ URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 385 f.; URWYLER, Diss., S. 145 ff.

¹²³⁵ HEER/COVACI, AJP 2019, S. 450; BSK StPO-HEER, Art. 185 N 35b; SANER, ZStrR 2014, S. 138; GARLAND, Diss., S. 281; für eine Dokumentation mittels audiovisueller Aufzeichnung bei Einvernahmen vgl. auch MELUNOVIC, AJP 2016, S. 596 ff.; KOTTMANN, ZStrR 2023, S. 114 ff.

¹²³⁶ CAPUS, in: Die revidierte Strafprozessordnung, S. 280; betreffend Begutachtungen im Sozialversicherungsrecht ALIOTTA, Diss., S. 403 f.

¹²³⁷ Für den Vergleich von Einvernahme und Exploration vgl. *Erster Teil, 3. Kapitel, B., I., S. 25 ff.*

dass die Wahrnehmung in audiovisuellen Aufzeichnungen sehr von der Kameraeinstellung abhängt und es zu einem *camera bias* komme.¹²³⁸ Es kommt beispielsweise sehr darauf an, ob die Kamera nur auf die beschuldigte Person oder nur auf die befragende Person oder beide Personen gerichtet sei.¹²³⁹ Gemäss diesem *camera bias* schätzten Personen das Aussageverhalten von einer beschuldigten Person besser ein, wenn diese von der Kamera nicht gezeigt werde und dahingegen als negativer, wenn die Person auf der Aufnahme zu sehen sei.¹²⁴⁰ Hinzu komme, dass bei Videoaufzeichnungen das nonverbale Verhalten wahrgenommen werde, was eben keinen Vorteil darstelle.¹²⁴¹ Es sei eine stereotype Vorstellung, dass sich Lügen anhand des Verhaltens der beschuldigten Person, wie beispielsweise schwitzen oder blinzeln oder gestikulieren, erkennen liessen.¹²⁴² Aus diesen Gründen sei die audiovisuelle Aufnahme insgesamt weniger vorteilhaft als die Audioaufnahme.¹²⁴³ Ebenfalls ungeeignet sei gemäss diesen Stimmen aus der Lehre ein reines Schriftprotokoll.¹²⁴⁴ Diese Möglichkeit wird wie hiervor aufgeführt auch von den Befürwortenden der audiovisuellen Aufnahme verworfen und in der Folge nicht weiter in Betracht gezogen.

Die Möglichkeit, dem Gutachten eine Audioaufnahme zwecks Nachvollziehbarkeit und Dokumentation beizulegen, ist in der Weisung des Kantons Luzern über psychiatrische Gutachten explizit vorgesehen.¹²⁴⁵ Weiter gilt seit 2022 im Sozialversicherungsrecht die Regelung, wonach ein Interview der sachverständigen Person in der Form von Tonaufnahmen aufzuzeichnen ist.¹²⁴⁶ Mitunter werden Explorationsgespräche zwecks eigener Dokumentation durch Sachverständige ohnehin bereits auf einem Tonaufnahmegerät aufgezeichnet.¹²⁴⁷ Die Audioauf-

¹²³⁸ Auch *camera perspective bias* genannt; mit weiteren Hinweisen CAPUS, in: Die revidierte Strafprozessordnung, S. 277; LANDSTRÖM/ROOS AF HJELMSÄTER/ANDERS GRANHAG, Journal of Investigative Psychology and Offender Profiling 2007, S. 199 ff.

¹²³⁹ LANDSTRÖM/ROOS AF HJELMSÄTER/ANDERS GRANHAG, Journal of Investigative Psychology and Offender Profiling 2007, S. 200.

¹²⁴⁰ CAPUS, in: Die revidierte Strafprozessordnung, S. 277; LANDSTRÖM/ROOS AF HJELMSÄTER/ANDERS GRANHAG, Journal of Investigative Psychology and Offender Profiling 2007, S. 199 ff.

¹²⁴¹ CAPUS, in: Die revidierte Strafprozessordnung, S. 277.

¹²⁴² Mit weiteren Hinweisen CAPUS, in: Die revidierte Strafprozessordnung, S. 278.

¹²⁴³ CAPUS, in: Die revidierte Strafprozessordnung, S. 280.

¹²⁴⁴ Vgl. CAPUS, in: Die revidierte Strafprozessordnung, S. 266 f.

¹²⁴⁵ § 17 Abs. 4 Weisung-LU.

¹²⁴⁶ Art. 44 Abs. 6 ATSG i. V.m. Art. 7k ATSV; BSK StPO-HEER, Art. 185 N 35b.

¹²⁴⁷ Vgl. ALIOTTA, Diss., S. 402; vgl. HAUG, Psychiatrische Untersuchung, S. 136.

zeichnungen könnten sodann von einer Hilfsperson oder mithilfe von Computerprogrammen in Text umgewandelt werden. Die Aufzeichnung und die Niederschrift sollten dann gemeinsam zu den Akten genommen werden.

Ein Nachteil der Audioaufnahme ist, dass nicht hörbare Vorgänge nicht aufgezeichnet werden. Es wäre bei dieser Aufzeichnungsform die Aufgabe der Verteidigung, während der Exploration Zweifel an einer korrekten Durchführung der Exploration hörbar zu machen. Ein gewisser Mehraufwand für die Sachverständigen und die Strafbehörden ist bei der Audio- oder audiovisuellen Aufzeichnung sicherlich vorhanden. Ein gewisser zusätzlicher Aufwand ist aber im Interesse der Überprüfbarkeit des Gutachtens und damit der Verfahrensfairness für die beschuldigte Person in Kauf zu nehmen,¹²⁴⁸ zumal eine Aufzeichnung der Begutachtung relativ einfach umsetzbar ist, unzulässige Fragen sowie Beeinflussungsversuche aufgedeckt werden können und auch die sachverständige Person einen Beleg für die rechtmässig durchgeführte Exploration hat.¹²⁴⁹

Die Audio- oder audiovisuelle Aufzeichnung wäre lediglich ein Dokumentationszusatz und würde die schriftliche Dokumentation der wesentlichen Explorationsinhalte im Gutachten nicht ersetzen.¹²⁵⁰ Bei Zweifeln oder Unklarheiten kann dann von allen Verfahrensbeteiligten auf die Ton- oder Videoaufzeichnungen zurückgegriffen werden. Die Frage, welches Mittel am besten geeignet ist, um die Exploration aufzuzeichnen, kann nicht eindeutig beantwortet werden. Beide Aufzeichnungsformen wären ein Fortschritt zum Status quo. Gleichzeitig haben beide Aufzeichnungsmethoden ihre Vor- und ihre Nachteile. Wie hiervoor begründet, gibt es ein Teilnahmerecht der Verteidigung an der Einvernahme.¹²⁵¹ Wird eine solche Teilnahme der Verteidigung an der Exploration zur Praxis, dann ist die Audioaufzeichnung vorzuziehen. Die Verteidigung könnte damit nicht hörbare Vorgänge für die Aufnahme sichtbar machen, wenn sie dazu Anlass sieht. Damit werden die aufgeführten Verzerrungseffekte von Kameras minimiert. Zudem wird eine Lösung gefunden, die sich vermutlich sofort in der Praxis umsetzen lassen würde und die Verfahrensrechte von betroffenen Personen trotz Auslagerung der Sachverhaltsermittlung an Sachverständige wahrt.

¹²⁴⁸ Vgl. ALIOTTA, in: Mehrspuriger Schadenausgleich – Des différentes voies menant à la réparation du dommage, S. 1049.

¹²⁴⁹ HUBER, Diss., S. 273; vgl. BERNARD/BINDER, Anwaltsrevue 2011, S. 13.

¹²⁵⁰ BGE 143 IV 408, E. 8.3; BGer 6B_98/2018 vom 18. April 2019, E. 2.3.1; URWYLER, Diss., S. 150; HEER/COVACI, AJP 2019, S. 451.

¹²⁵¹ Vgl. *Dritter Teil, 5. Kapitel, B., I., S. 166 ff.*

III. Dokumentation der Belehrung der beschuldigten Person

Die Belehrung der beschuldigten Person wurde im Dritten Teil als zentrale Voraussetzung für die effektive Wahrung von Rechten der beschuldigten Person vorgestellt.¹²⁵² Wegen der besonderen Wichtigkeit dieser Aufklärung ist diese genau zu dokumentieren.¹²⁵³ Die Belehrung der beschuldigten Person vor der Exploration ist im Gutachten festzuhalten.¹²⁵⁴ Dieser Protokollierungspflicht kann durch eine Bestätigung der beschuldigten Person nachgekommen werden. Nach der erfolgten Belehrung anlässlich der Exploration hat die beschuldigte Person die Kenntnisnahme der Belehrung schriftlich zu bestätigen.¹²⁵⁵ Dieser Forderung wird in der Praxis teilweise nicht nachgekommen.¹²⁵⁶

Die unterzeichnete Bestätigung ist dem Gutachten beizulegen. Bei Zweifeln über den korrekten Ablauf der Belehrung kann zusätzlich zur schriftlichen Bestätigung die Audio- oder audiovisuelle Aufzeichnung im Nachhinein ausgewertet werden. Es ist Aufgabe der Strafverfolgungsbehörden, jeweils eine entsprechende Belehrung nachweisen zu können.¹²⁵⁷ Nimmt die sachverständige Person die Belehrung nicht korrekt vor oder fehlt die Dokumentation, ist prozessual davon auszugehen, dass die Belehrung nicht erfolgt ist.¹²⁵⁸ Die Folgen der Unverwertbarkeit einer fehlenden Belehrung wurden im Dritten Teil bereits beschrieben.¹²⁵⁹

B. Dokumentation der Fremdanamnesen

Die Dokumentation der Fremdanamnese ist weder in der Rechtsprechung noch in der Lehre einheitlich gefordert. Das Gesetz äussert sich nicht dazu. Daher ist bisher ungeklärt, in welcher Form die Dokumentation der Fremdanamnesen zu erfolgen hat, damit betroffene Personen trotz Auslagerung der Sachverhaltsermittlung nicht schlechtergestellt werden.

¹²⁵² Vgl. *Dritter Teil, 6. Kapitel, A., S. 178 ff.*

¹²⁵³ Vgl. BRUNNER, in: *Gericht und Expertise*, S. 195.

¹²⁵⁴ BGer 6B_166/2020 vom 9. April 2020, E. 2.6; URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, *Handbuch*, S. 351; ALKAN-MEWES, *AJP* 2015, S. 1703.

¹²⁵⁵ BRUNNER, in: *Gericht und Expertise*, S. 195.

¹²⁵⁶ BSK StPO-HEER, Art. 185 N 32.

¹²⁵⁷ BGer 6B_1390/2019 vom 23. April 2020, E. 2.4.3.

¹²⁵⁸ BGer 6B_1390/2019 vom 23. April 2020, E. 2.4.3.

¹²⁵⁹ Vgl. *Dritter Teil, 6. Kapitel, C., S. 190 ff.*

I. Unklarer Dokumentationsstandard

Bei Fremdanamnesen differenziert das Bundesgericht zwischen informatorischen Befragungen und weitergehenden Fremdanamnesen und gibt dabei unterschiedliche Dokumentationsvorschriften vor.¹²⁶⁰ Soweit eine weitergehende Fremdanamnese als zulässig erachtet wird, müssten gemäss Bundesgericht verschiedene Formvorschriften beachtet werden, so die Orientierung der befragten Person über den Stellenwert und die Funktion des Gutachtens, der Hinweis, dass die Aussagen in das Gutachten einfließen können, sowie die Belehrung über das Aussage- und Zeugnisverweigerungsrecht.¹²⁶¹ Die Einhaltung dieser Formvorschriften sei gemäss Bundesgericht im Gutachten zu protokollieren und es sei sicherzustellen, dass die fraglichen Aussagen detailliert dokumentiert werden.¹²⁶² Es wurde im Dritten Teil hergeleitet, dass Fremdanamnesen nur in sehr geringem Umfang zulässig sind, wenn informatorische, leicht überprüfbare Informationen durch Sachverständige eingeholt werden.¹²⁶³ Die im vorgenannten Entscheid aufgeführten weitergehenden Befragungen durch eine sachverständige Person sollten daher ohnehin nicht zulässig sein und werden deswegen im Hinblick auf ihre Dokumentation nicht weiter diskutiert.

In einem weiteren Urteil hat das Bundesgericht festgehalten, dass die sachverständige Person zu einer umfassenden Dokumentation der eigenen Erhebungen unter genauer Angabe der entsprechenden Vorkehren sowie der Quellen verpflichtet sei.¹²⁶⁴ Soweit Auskünfte Dritter ins Gutachten einfließen, seien sie genau wiederzugeben.¹²⁶⁵ In einem weiteren neueren Entscheid hat das Bundesgericht dem entgegenstehend eine kurze Zusammenfassung einer telefonisch geführten Fremdanamnese nicht beanstandet.¹²⁶⁶ Bei Fremdanamnesen bleibt aufgrund der bundesgerichtlichen Rechtsprechung unklar, welcher Dokumentationsmassstab für die zulässigen rein informatorischen Fremdanamnesen einzuhalten ist.¹²⁶⁷ Es ist insbesondere nicht ersichtlich, wieso kleinere informatorische Auskünfte weni-

¹²⁶⁰ URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 383; vgl. HUBER, Diss., S. 272.

¹²⁶¹ BGer 6B_1090/2009 vom 20. Mai 2010, E. 1.5.4.

¹²⁶² BGer 6B_1090/2009 vom 20. Mai 2010, E. 1.5.4.

¹²⁶³ Vgl. *Dritter Teil, 4. Kapitel, B., II., S. 153 ff.*

¹²⁶⁴ BGE 141 IV 34, nicht publizierte E. 4.2.

¹²⁶⁵ BGE 141 IV 34, nicht publizierte E. 4.2.

¹²⁶⁶ BGer 6B_989/2017 vom 20. Dezember 2017, E. 3.3.2; zur Entwicklung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung s. ebenfalls URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 383; BSK StPO-HEER, Art. 185 N 23e.

¹²⁶⁷ URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 384.

ger streng dokumentiert werden sollten, sofern sie für die Begutachtung relevant sind.¹²⁶⁸ Die Lehre geht soweit ersichtlich von einem umfassenden Dokumentationsstandard bei den Fremdanamnesen aus.¹²⁶⁹ Soweit Aussagen von Dritten eingeholt werden, sind diese detailliert zu dokumentieren.¹²⁷⁰ Die Weisung des Kantons Luzern über psychiatrische Gutachten geht ebenfalls von einer schriftlichen Dokumentationspflicht bei Fremdanamnesen aus.¹²⁷¹

Doch selbst die Pflicht der detaillierten beziehungsweise schriftlichen Wiedergabe der Drittaussagen bietet Interpretationsspielraum.¹²⁷² Hält man am Erfordernis der Schriftdokumentation fest und sollen – wie es das Bundesgericht vorgibt – nur gutachtensrelevante Aussagen dokumentiert werden, droht eine fragmentarische Dokumentation.¹²⁷³ Eine unvollständige Dokumentation zieht aufgrund der Auslagerung der Sachverhaltsermittlung auf Sachverständige Nachteile für die Parteien, insbesondere die beschuldigte Person, mit sich. Den Parteien muss anlässlich von Fremdanamnese mindestens das Recht auf Konfrontation der sachverständig befragten Dritten nach Art. 6 EMRK eingeräumt werden, damit allfällige Dokumentationsfehler aufgedeckt und im Verfahren geltend gemacht werden können.¹²⁷⁴ Eine solche Konfrontation und Überprüfung der Inhalte der Fremdanamnese ist bei einer fragmentarischen Dokumentation nicht möglich, das wurde bereits bei der Exploration aufgeführt.¹²⁷⁵

Dieses Problem der fragmentarischen Dokumentation zeigt sich auch in der Praxis. Die Dokumentation von Drittaussagen entspricht teilweise dem Stand einer kurzen Aktennotiz, wie das nachfolgende Beispiel verdeutlicht. Das folgende Zitat bildet die gesamte Dokumentation einer 30-minütigen telefonischen Fremdanamnese mit der Psychotherapeutin Frau L. des Beschuldigten Herr R. ab:

«Die bisherige Psychotherapeutin Frau L. berichtet bei einem Telefonat am 12.04.2022 ergänzend zu dem damals schon vorliegenden Auszug aus dem Verlaufsbericht des Massnahmenzentrums St. Johannsen vom Mai

¹²⁶⁸ URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 384.

¹²⁶⁹ BSK StPO-HEER, Art. 185 N 23e; URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 384; BRUNNER, in: Gericht und Expertise, S. 196.

¹²⁷⁰ BSK StPO-HEER, Art. 185 N 23e.

¹²⁷¹ § 23 Abs. 2 Weisung-LU.

¹²⁷² Vgl. URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 384.

¹²⁷³ URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 384.

¹²⁷⁴ URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 384.

¹²⁷⁵ Vgl. *Fünfter Teil, 3. Kapitel, A., S. 236 ff.*

2022, dass im Team die Frage aufgetaucht sei, ob Herr R. Schwierigkeiten in Therapien mit Frauen habe. Er habe sich stets männliche Therapeuten gewünscht (in der Sozio-, Arbeits- und Psychotherapie). Herr R. werde nach der Pausierung von Frau L. aus Kapazitätsgründen erneut eine weibliche Psychotherapeutin bekommen. Auf die Frage nach den Gründen für eine neuropsychologische Zusatzuntersuchung, die vom Massnahmenzentrum St. Johannsen gewünscht worden sei, erklärt Frau L., es sei aufgefallen, dass Herr R. sich viele Notizen und z.T. widersprüchliche Angaben mache sowie z.T. Verständnisprobleme zeige. Allerdings habe sich dabei auch die Frage gestellt, ob er etwas zu kaschieren versuche. Ansonsten habe Frau L. zum ausführlichen jüngsten Therapiebericht nichts Wesentliches zu ergänzen.»¹²⁷⁶

Das Gespräch hat laut Angaben des Sachverständigen 30 Minuten gedauert.¹²⁷⁷ Diese halbe Stunde Gespräch wurde im Gutachten auf einer knappen halben Seite zusammengefasst und dokumentiert.¹²⁷⁸ Erfahrungsgemäss müssten eine halbe Stunde Gespräch eine mehrseitige Dokumentation umfassen, wenn diese detailliert erfolgen soll. Die oben erfolgte summarische Wiedergabe der Fremdanamnese reicht für die notwendige Wahrung der Rechte der beschuldigten Person nicht aus.¹²⁷⁹ Insbesondere kann das Konfrontationsrecht nach Art. 6 EMRK nicht wahrgenommen werden, wenn die beschuldigte Person und ihre Verteidigung gar nicht wissen können, was die befragte Person genau ausgesagt hat.

Die knappe Zusammenfassung von Fremdanamnesen ohne genaue Dokumentation findet sich in mehreren der analysierten Gutachten. In einem weiteren Gutachten hatte der Gutachter folgende umfassende Fremdanamnesen durchgeführt:

- *«Gespräch mit den Eltern des Angeschuldigten, vom 25.03.2011 (2 ¼ Stunden)*
- *Telefongespräche mit Frau M., Mutter des Angeschuldigten, vom 11.03.2011 (20 Minuten), 28.03.2011 (15 Minuten), 13.04.2011 (30 Minuten), 08.07.2011 (90 Minuten) und 27.07.2011 (30 Minuten)*
- *Telefongespräch mit Frau U., Schwester von Frau M., vom 26.07.2011 (60 Minuten)*

¹²⁷⁶ Gutachten über Herrn R. vom 10. August 2022, S. 88.

¹²⁷⁷ Gutachten über Herrn R. vom 10. August 2022, S. 2.

¹²⁷⁸ Vgl. Gutachten über Herrn R. vom 10. August 2022., S. 88.

¹²⁷⁹ Vgl. URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 384.

- *Telefongespräch mit Herrn B., Bruder des Angeschuldigten, vom 27.07 (40 Minuten) und 28.07.2011 (40 Minuten)*
- *Telefongespräch mit Herrn Q., therapeutischer Leiter Rehabilitationszentrum «Meilestei», Maur vom 26.07.2011 (30 Minuten)*
- *Telefongespräch mit Herrn D., Zentralier Gefängnis Pfäffikon, vom 14.07.2011 (10 Minuten)»¹²⁸⁰*

Diese insgesamt über acht Stunden dauernden Gespräche wurden im Gutachten auf zehn Seiten wiedergegeben. Mit dieser knappen Dokumentation können die Fremdanamnesen nicht im Detail nachvollzogen werden. Es ist zu diesem Fall jedoch anzufügen, dass es sich bei diesen umfassenden Erhebungen ohnehin nicht mehr um eine strafprozessual zulässige Fremdanamnese handelt.¹²⁸¹

Es verhält sich bei den Fremdanamnesen damit nicht anders als bei der Exploration. Es braucht eine umfassende und detaillierte Dokumentation der Fremdanamnesen, damit ein faires Verfahren erreicht werden kann und Verfahrensrechte betroffener Personen durch die Sachverhaltsauslagerung nicht gefährdet werden.

II. Audioaufzeichnung als neuer Dokumentationsstandard

Es muss der beschuldigten Person und der Verteidigung wie hiavor aufgeführt möglich sein, das Gutachten tatsächlich auf die Probe stellen zu können, damit das Verfahren mit Art. 6 EMRK vereinbar ist.¹²⁸² Die Auslagerung der Beweiserhebung – hier in Form der Befragung von Dritten – von den Strafbehörden an Sachverständige darf nicht dazu führen, dass die strafprozessualen Garantien umgangen werden.¹²⁸³ Das gilt auch für die Dokumentation der Fremdanamnesen, die in der Sache Beweiserhebungen darstellen. Deshalb braucht es wie bei der Exploration auch bei den Fremdanamnesen eine umfassende und detaillierte Dokumentation, damit die Aussagen der Dritten und die daraus gezogenen Schlüsse im Gutachten überprüft werden können. Es ist insbesondere analog zur Exploration zu überprüfen, ob verbotene Suggestivfragen gestellt wurden und die Informationen in der Fremdanamnese rechtskonform erhoben worden sind.¹²⁸⁴

¹²⁸⁰ Gutachten über Herrn O. vom 7. September 2011, S. 4.

¹²⁸¹ Vgl. *Dritter Teil, 4. Kapitel, B., II., S. 153 ff.*

¹²⁸² BERNARD/STUDER, ZStrR 2015, S. 92; URWYLER, Diss., S. 100.

¹²⁸³ Vgl. *Zweiter Teil, 3. Kapitel, B., S. 80 ff.*

¹²⁸⁴ Vgl. URWYLER, AJP 2019, S. 1366; vgl. URWYLER, Diss., S. 102 ff.

Daher ist es folgerichtig, auch die Fremdanamnese demselben Dokumentationsstandard zu unterstellen wie die Exploration. Die Gespräche mit den Dritten sollen auf einem Tonaufnahmegerät aufgenommen werden und es soll eine Abschrift hiervon in das Gutachten integriert werden. Diese Abschrift dient unter anderem der Kontrolle für die Verteidigung, ob mit der Drittperson eine Konfrontation gemäss Art. 6 EMRK stattfinden sollte. Im Zweifel über getätigte Äusserungen könnte wie bei der Exploration auf die Audioaufnahme zurückgegriffen werden. In der Praxis werden solche Audioaufnahmen von Fremdanamnese teilweise bereits durchgeführt.¹²⁸⁵

Wie bereits aufgeführt, ist dieser Dokumentationsstandard einfach einzuführen, da er tiefe technische Hürden aufweist und sicherstellt, dass betroffene Personen im Verfahren nicht durch die Sachverhaltsauslagerung schlechtergestellt werden.

III. Dokumentation der Belehrung von Dritten

Gemäss Bundesgericht ist die Einhaltung der Formvorschriften bei Fremdanamnesen im Gutachten zu protokollieren, so beispielsweise, dass die befragte Person über ihr Aussage- und Zeugnisverweigerungsrecht aufgeklärt worden ist.¹²⁸⁶ Zudem hat die befragte Person über die Dokumentationsform, also die Audioaufnahme, belehrt zu werden.

Nach der erfolgten Belehrung zu Beginn der Fremdanamnese hat die befragte Person die Kenntnisnahme der Belehrung auf der Audioaufnahme mündlich zu bestätigen. Diese mündliche Bestätigung wird aus der Abschrift der Aufnahme ersichtlich und kann bei Zweifeln nachgehört werden.

Wie auch bei der Exploration ist es die Aufgabe der Strafbehörden, eine entsprechende Belehrung nachzuweisen.¹²⁸⁷ Nimmt die sachverständige Person die Belehrung der Dritten nicht korrekt vor oder fehlt die Dokumentation, ist prozessual davon auszugehen, dass die Belehrung nicht erfolgt ist.¹²⁸⁸ Nur bei dieser Vorgehensweise kann die Aushebelung von Verfahrensrechten verhindert werden.

¹²⁸⁵ Vgl. Gutachten über Herrn K. vom 9. Juni 2020, S. 37 ff.

¹²⁸⁶ BGer 6B_1090/2009 vom 20. Mai 2010, E. 1.5.4.

¹²⁸⁷ Vgl. BGer 6B_1390/2019 vom 23. April 2020, E. 2.4.3.

¹²⁸⁸ Vgl. BGer 6B_1390/2019 vom 23. April 2020, E. 2.4.3.

4. Kapitel: Folgen bei Nichteinhaltung der Dokumentationsvorschriften

Die Lehre und die ständige Rechtsprechung des Bundesgerichts geben vor, dass die Protokollierungspflichten in Strafverfahren (einfache) Gültigkeitsvorschriften sind.¹²⁸⁹ Das gilt auch für die Dokumentationspflicht von Sachverständigen.¹²⁹⁰ Das hat zur Folge, dass eine Verletzung dieser Pflichten zur Unverwertbarkeit eines Beweises führen kann.¹²⁹¹ Die gesetzeskonforme Protokollierung ist zentral, da sie sowohl der beschuldigten Person als auch anderen Verfahrensbeteiligten die Wahrnehmung ihrer Rechte sowie die Wahrheitssuche ermöglicht.¹²⁹² Zudem wird auf diese Weise garantiert, dass ihre Verfahrensrechte nicht durch die Auslagerung der Sachverhaltsermittlung an Sachverständige gefährdet werden.

Eine Verwertung von Beweisen, die unter Verletzung dieser Vorschriften erhoben worden sind, ist allenfalls ausnahmsweise unter Art. 141 Abs. 2 StPO möglich.¹²⁹³ Diesem Artikel zufolge sind Beweise, die unter Verletzung von Gültigkeitsvorschriften erhoben worden sind, verwertbar, wenn ihre Verwertung zur Aufklärung schwerer Straftaten unerlässlich ist.¹²⁹⁴ Wann eine solche schwere Straftat vorliegt, ist umstritten.¹²⁹⁵

Bei der Dokumentation von Gutachten geht es aus zwei Gründen aber nicht um die Aufklärung schwerer Straftaten. Erstens ist die Aufklärung der Straftat primär Aufgabe der Strafbehörden und nicht der sachverständigen Person, auch wenn

¹²⁸⁹ BGE 143 IV 408, E. 8.2; BGer 6B_492/2012 vom 22. Februar 2013, E. 1.4; BGer 6B_344/2013 vom 19. Juli 2013, E. 1.3; BGer 6B_893/2015 vom 14. Juni 2016, E. 1.4.3; CAPUS, in: Die revidierte Strafprozessordnung, S. 269; BSK StPO-NÄPFLI, Art. 76 N 12; ZK StPO-BRÜSCHWEILER/NADIG/SCHNEEBELI, Art. 76 N 2a; BSK StPO-GLESS, Art. 141 N 67a; ZK StPO-WOHLERS, Art. 141 N 32.

¹²⁹⁰ URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 427.

¹²⁹¹ BGE 143 IV 408, E. 8.2; BGer 6B_893/ 2015 vom 14. Juni 2016, E. 1.4.3; BGer 6B_492/2012 vom 22. Februar 2013, E. 1.4; CAPUS, in: Die revidierte Strafprozessordnung, S. 269.

¹²⁹² Vgl. CAPUS, in: Die revidierte Strafprozessordnung, N 12; BSK StPO-GLESS, Art. 141 N 67a.

¹²⁹³ BGE 143 IV 408, E. 8.2; BGer 6B_893/ 2015 vom 14. Juni 2016, E. 1.4.3; BGer 6B_492/2012 vom 22. Februar 2013, E. 1.4; BSK StPO-NÄPFLI, Art. 76 N 12; ZK StPO-WOHLERS, Art. 141 N 28.

¹²⁹⁴ Art. 141 Abs. 2 StPO.

¹²⁹⁵ Mit weiteren Hinweisen BSK StPO-GLESS, Art. 141 N 70; vgl. ZK StPO-WOHLERS, Art. 141 N 29.

sie mit ihren Erhebungen dazu beitragen kann. Zweitens werden Gutachten oftmals in nachträglichen Massnahmenverfahren angeordnet, wenn es ohnehin nicht mehr um die Aufklärung der begangenen Tat geht. Die begangene Tat wurde zu diesem Zeitpunkt bereits in einem vorangehenden Verfahren abgeurteilt. Unter diesen Voraussetzungen wird eine Missachtung der Protokollierungsvorschriften durch Sachverständige regelmässig zur Unverwertbarkeit der dadurch erstellten Beweise führen. Allerdings kann auch an dieser Stelle eine Korrektur des Gutachtens über Art. 189 StPO in Betracht gezogen werden, falls die Dokumentation nach dem geforderten Standard nachgeholt werden kann. Nicht immer wird eine Nachreichung der geforderten Dokumentation möglich sein. Ist beispielsweise die Aufzeichnung der Exploration vergessen gegangen und stützt sich das Gutachten vollumfänglich auf die Aussagen in der Exploration ab, kann dieser Mangel nicht über Art. 189 StPO korrigiert werden. Es ist eine Einzelfallbetrachtung erforderlich, wann ein Dokumentationsmangel über Art. 189 StPO korrigiert werden kann und wann eine Unverwertbarkeit die einzige Folge ist, um zu verhindern, dass betroffene Personen durch die Auslagerung der Sachverhaltsermittlung im Verfahren schlechtergestellt werden.

5. Kapitel: Ergebnisse des Fünften Teils

Der Fünfte Teil hat die strafprozessualen Anforderungen an die Dokumentation durch Sachverständige untersucht, damit betroffene Personen durch die Auslagerung von Sachverhaltsermittlung an Sachverständige nicht benachteiligt werden.

Es wurde gezeigt, dass die sachverständige Person keine Parallelakten zu den behördlichen Akten anlegen und für das Gutachten verwenden darf. Ein solches Vorgehen wäre unzulässig, da das Gericht und die Parteien in der Lage sein müssen, das Gutachten auf seine Schlüssigkeit zu überprüfen. Das setzt voraus, dass sie über die gleichen Informationen und Akten verfügen wie die sachverständige Person bei ihrer Begutachtung.¹²⁹⁶

Bezüglich Dokumentationsstandard für die Beweiserhebung, Beweisverwertung sowie Beweisauswertung verlangt das Bundesgericht eine detaillierte, nachvollziehbare und transparente Dokumentation durch Sachverständige.¹²⁹⁷ Um diese Vorgaben einzuhalten, sollten Sachverständige beim Verfassen der Gutachten die Definition der Kriterien, den massgeblichen Sachverhalt, der zu diesen Kriterien passen soll, sowie die Subsumtion des Sachverhalts aufführen. Insbesondere bei der Verwendung von Prognoseinstrumenten hat die sachverständige Person die Wahl der konkreten Instrumente zu begründen. Dabei hat sie anzugeben, welche Kriterien ausschlaggebend für die Wahl der Prognoseinstrumente waren. Zudem hat die sachverständige Person im Gutachten darzulegen, von welcher Begriffsbestimmung bezüglich eines Items sie ausgeht, an welchen Sachverhalt sie im zu beurteilenden Einzelfall anknüpft und weshalb sie das zu beurteilende Item wie bewertet.¹²⁹⁸

Nebst diesem grundsätzlichen Dokumentationsstandard gibt es spezielle Anforderungen an die Dokumentation von sachverständigen Befragungen. Zur Dokumentation der Exploration hat sich gezeigt, dass der Dokumentationsstandard in der Praxis aktuell ungenügend ist. Rechtsgenügende Standards sind die Audioaufzeichnung oder audiovisuelle Aufnahmen. Beide Methoden haben ihre Vor- und Nachteile. Wird eine Teilnahme der Verteidigung an der Exploration zur Praxis, dann ist die Audioaufzeichnung vorzuziehen. Die Verteidigung könnte nicht hör-

¹²⁹⁶ Vgl. *Fünfter Teil, 2. Kapitel, B., S. 225 ff.*

¹²⁹⁷ Vgl. *Fünfter Teil, 2. Kapitel, C., I., S. 229 ff.*

¹²⁹⁸ Vgl. *Fünfter Teil, 2. Kapitel, C., II., S. 230 ff.*

bare Vorgänge für die Aufnahme sichtbar machen, damit werden die Nachteile der audiovisuellen Aufnahme vermieden.¹²⁹⁹

Wie bei der Exploration braucht es auch bei den Fremdanamnesen eine umfassende und detaillierte Dokumentation, damit die Aussagen der Dritten und die daraus gezogenen Schlüsse im Gutachten überprüft werden können. Nur so können die Anforderungen von Art. 6 EMRK eingehalten werden. Die Fremdanamnese ist daher demselben Dokumentationsstandard zu unterstellen wie die Exploration. Es muss auch bei Fremdanamnesen eine Audioaufzeichnung der Gespräche mit Dritten erstellt werden.¹³⁰⁰

Auf diese Weise wirken die strafprozessualen Anforderungen an die Dokumentation so, dass Verfahrensrechte betroffener Personen durch die Auslagerung der Sachverhaltsermittlung nicht gefährdet oder verletzt werden.

Wird die Dokumentationspflicht von Sachverständigen dagegen nicht eingehalten, kann das zur Verletzung von Gültigkeitsvorschriften führen. Das hat zur Folge, dass eine Verwertung der unter Missachtung der Dokumentationspflicht erstellten Beweise entweder noch unter Art. 141 Abs. 2 StPO erfolgen oder je nach Konstellation eine Korrektur über Art. 189 StPO vorgenommen werden kann.¹³⁰¹

¹²⁹⁹ Vgl. *Fünfter Teil, 3. Kapitel, A., S. 236 ff.*

¹³⁰⁰ Vgl. *Fünfter Teil, 3. Kapitel, B., S. 243 ff.*

¹³⁰¹ Vgl. *Fünfter Teil, 4. Kapitel, S. 249 ff.*

Schlussbetrachtung

A. Gesamtergebnis

Die Arbeit hat die Grundproblematik herausgearbeitet, dass gewichtige Teile der Sachverhaltsermittlung für Massnahmenentscheide an forensisch-psychiatrische Sachverständige ausgelagert werden und aus diesem Grund eine Vorwirkung strafprozessualer Anforderungen auf die Ebene der Sachverständigen zwingend ist. Auf dieser Basis konnten strafprozessuale Einzelfragen zu Beweiserhebung, Beweisverwertung, Beweisauswertung und Dokumentation durch Sachverständige in ein neues Licht gerückt und dogmatisch konsistent vermessen werden.

I. Auslagerung der Sachverhaltsermittlung und Vorwirkung der strafprozessualen Anforderungen

Die forensisch-psychiatrischen Sachverständigen ermitteln bei der Erstellung von Gutachten umfassend und selbstständig Sachverhalt. Der Auftrag zu dieser Sachverhaltsermittlung wird ihnen durch die Verfahrensleitung erteilt. Strafbehörden lagern somit die Sachverhaltsermittlung in Strafverfahren teilweise auf Dritte aus und die Sachverständigen nehmen dadurch Staatsaufgaben wahr.¹³⁰²

Die Sachverhaltsermittlung durch forensisch-psychiatrische Sachverständige ist vielfältig, so befragen sie beispielsweise beschuldigte Personen sowie Dritte. Zudem nehmen sie selbstständig weitere Erhebungen und Untersuchungen vor und wenden Prognoseinstrumente an. Weiter geben sie in den Gutachten ihre Beurteilung über die beschuldigte Person ab, welche massgeblichen Einfluss auf das Gerichtsurteil haben kann. Das Gutachten bildet die wesentliche Grundlage für die vom Gericht zu berücksichtigenden Umstände wie Tatmotiv und Tatumstände, Nachtatverhalten, Vorleben und persönliche Verhältnisse. Die Sachverständigen sind im Massnahmenrecht daher massgeblich an der Sachverhaltsermittlung für die Sanktionierung beteiligt und erheben regelmässig auch Sachverhalt zum Tatvorwurf.¹³⁰³

¹³⁰² Vgl. *Erster Teil, 2. Kapitel, S. 14 ff.*

¹³⁰³ Vgl. *Erster Teil, 3. Kapitel, S. 19 ff.*

Die sachverständige Sachverhaltsermittlung wurde in den strafprozessualen Kontext übersetzt, um die Folgen der Auslagerung besser beurteilen zu können.¹³⁰⁴ Die Handlungen der sachverständigen Person lassen sich strafprozessual einteilen in:

- Beweiserhebungen, worunter eigene Erhebungen und Untersuchungen sowie Befunde durch Sachverständige fallen;
- Beweisverwertungen, worunter die Verwertung bestehender Informationen, beispielsweise aus früheren Gutachten, fällt;
- Beweisauswertungen, worunter die Auswertung aller erhobenen und verwerteten Informationen, beispielsweise für die Erstellung der Beurteilungen, fällt;
- Dokumentation, worunter die Aufzeichnung der hiervoor genannten Bereiche fällt.

Für diese Prozesshandlungen ist bei Strafbehörden klar, dass sie an umfassende strafprozessuale Anforderungen gebunden sind, welche die Strafprozessordnung detailliert festhält. Bei Sachverständigen geht die Rechtsprechung bisher davon aus, dass lediglich rudimentäre Anforderungen zur Sachverhaltsermittlung anwendbar sind.¹³⁰⁵

In der Praxis des Massnahmenrechts erfolgt damit eine zweigleisige Sachverhaltsermittlung zwischen Sachverständigen und Strafbehörden. Auf der einen Schiene ermitteln die Strafbehörden Sachverhalt für das Urteil. Sie sind strikt an die strafprozessualen Anforderungen gebunden. Auf der anderen Schiene ermitteln die Sachverständigen den Sachverhalt für das Gutachten. Für sie ist die strikte Einhaltung der strafprozessualen Anforderungen derzeit nicht anerkannt, die Rechtsprechung überlässt ihnen weitgehend das Feld.¹³⁰⁶

Es wurde aufgezeigt, dass diese Zweigleisigkeit zu unterschiedlichen und teilweise sogar sich im Kern widersprechenden Tatsachenfundamenten und damit zu strafprozessualen Fairnessproblemen führt.¹³⁰⁷ Durch die Auslagerung der Sachverhaltsermittlung an Sachverständige gerät die Gutachtenserstellung ausserhalb der schützenden Formen des Strafprozesses und es werden wichtige Verfahrensrechte von betroffenen Personen umgangen. Diese aktuell herrschende Gefährdung der strafprozessualen Anforderungen durch die Auslagerung der Sachverhaltsermittlung an forensisch-psychiatrische Sachverständige ist ein grundlegendes, struktu-

¹³⁰⁴ Vgl. *Erster Teil*, 3. Kapitel, S. 19 ff.

¹³⁰⁵ Vgl. *Zweiter Teil*, 3. Kapitel, A., I., S. 75 ff.

¹³⁰⁶ Vgl. *Zweiter Teil*, 3. Kapitel, A., II., S. 76 ff.

¹³⁰⁷ Vgl. *Zweiter Teil*, 3. Kapitel, B., S. 80 ff.

relles Problem der Ausgestaltung des Sachverständigenbeweises. Die Verfahrensleitung gibt der sachverständigen Person den Gutachtensauftrag, sie erstellt das Gutachten und es wird anschliessend vor Gericht gewürdigt. Tatsachen, die unter Missachtung der Verfahrensrechte in das Gutachten eingeflossen sind, können im Prozess nur schwer wieder korrigiert werden, wenn das Gutachten bereits in das Verfahren eingebracht worden ist. Die strafprozessualen Anforderungen stehen bei der sachverständigen Sachverhaltsermittlung aufgrund der einschränkenden Auslegung durch die Rechtsprechung aktuell im Hintergrund, die Verteidigung hat nur wenig effektive Einwirkungsmöglichkeiten auf die Gutachtenserstellung. Insbesondere die nachträgliche gerichtliche Heilung der allenfalls verletzten Verfahrensrechte ist ungeeignet, die Verfahrensfairness herzustellen. Wegen fehlenden Fachwissens kann ein bereits erstelltes Gutachten vor Gericht nicht mehr korrigiert werden. Den Gerichten ist es schlecht möglich zu eruieren, ob sämtliche Fakten durch die Sachverständigen rechtskonform erhoben worden sind. Dennoch finden diese Fakten Eingang in den Strafprozess und wirken auf den Massnahmenentscheid, möglicherweise auch zulasten der beschuldigten Person. Auf Stufe Gericht ist es demnach zu spät, die Verfahrensrechte umfassend zu berücksichtigen.¹³⁰⁸

Es darf im Strafprozess hinsichtlich der Einhaltung von strafprozessualen Schutzrechten aber grundsätzlich keinen Unterschied machen, ob Sachverständige oder Strafbehörden den Sachverhalt ermitteln. Die rechtsstaatlichen Garantien dürfen nicht durch die Sachverhaltsermittlung durch forensisch-psychiatrische Sachverständige ausgehebelt werden. Deswegen muss es eine Vorwirkung der strafprozessualen Garantien auf die Sachverhaltsermittlung der sachverständigen Person geben.¹³⁰⁹ Nur so können die strafprozessualen Grundsätze effektiv wirken und kann die Verfahrensfairness gesichert werden. Diese Vorwirkung erstreckt sich auch auf Vollzugsgutachten, welche in Strafverfahren als Beweismittel gewürdigt werden.¹³¹⁰

¹³⁰⁸ Vgl. Zweiter Teil, 4. Kapitel, A., II., S. 90 ff.

¹³⁰⁹ Vgl. Zweiter Teil, 4. Kapitel, B., I., S. 94 ff.

¹³¹⁰ Vgl. Zweiter Teil, 4. Kapitel, B., II., S. 99 ff.

II. Konkrete strafprozessuale Anforderungen an die Sachverhaltsermittlung durch forensisch-psychiatrische Sachverständige

Die strafprozessualen Anforderungen entfalten damit Vorwirkung auf sämtliche Sachverhaltsermittlung der Sachverständigen, welche sich strafprozessual in die Bereiche der Beweiserhebung, Beweisverwertung, Beweisauswertung und Dokumentation auftrennen lässt. Der dabei geltende Massstab zeichnet sich dadurch aus, dass die Rechte der betroffenen Personen durch die Auslagerung der Sachverhaltsermittlung an Sachverständige nicht ausgehöhlt werden dürfen. Gestützt auf diese Erkenntnis konnten die strafprozessualen Einzelfragen, welche im rechtswissenschaftlichen Diskurs bisher in erster Linie bei sich stellenden Praxisproblemen abgehandelt wurden, in einem neuen Licht dogmatisch konsistent untersucht werden.

1. Anforderungen an die Beweiserhebung und Beweisverwertung

Im Dritten Teil wurden die strafprozessualen Anforderungen an die Beweiserhebungen und Beweisverwertungen durch Sachverständige untersucht. Es wurde aufgezeigt, dass bei den verbotenen Beweiserhebungsmethoden im Zusammenhang mit der sachverständigen Sachverhaltsermittlung vor allem die Fallgruppen von Drohungen und Versprechungen sowie Täuschungen relevant sind. Versprechungen, deren Erfüllung nicht in der Zuständigkeit der sachverständigen Person liegt, sind in jedem Fall unzulässig. Eine Täuschung der beschuldigten Person während der Exploration kann auch ohne Absicht der sachverständigen Person vorkommen. Es ist daher wichtig, Suggestivfragen zu vermeiden und eine eindeutige und klare Belehrung vorzunehmen.¹³¹¹

Die Selbstbelastungsfreiheit kollidiert mit gewissen Arbeitsweisen der forensischen Psychiatrie, beispielsweise bei der Erstellung von Aktengutachten und bei der Anwendung von gewissen Prognoseinstrumenten. Reine Aktengutachten weisen aufgrund des Aussagedilemmas der beschuldigten Person Konfliktpotenzial mit Art. 6 Ziff. 1 EMRK auf. Weiter wurde herausgearbeitet, dass die PCL-R und der HCR-20 und allenfalls weitere Prognoseinstrumente, welche mit ihren Items gegen die Selbstbelastungsfreiheit verstossen, bei nicht vollumfänglich geständigen beschuldigten Personen im Strafprozess nur eingeschränkt verwendet werden dürfen.¹³¹²

¹³¹¹ Vgl. *Dritter Teil, 2. Kapitel, S. 115 ff.*

¹³¹² Vgl. *Dritter Teil, 3. Kapitel, S. 125 ff.*

Weiter wurde zu den Beweiserhebungen und Beweisverwertungen festgestellt, dass eine Verletzung von Art. 6 EMRK droht, wenn sich die sachverständige Person auf unkontrollierte und belastende Angaben aus früheren Gutachten stützt. Zulässig ist seit Inkrafttreten des Strafregistergesetzes, dass sowohl die sachverständige Person als auch die Gerichte aus dem Strafregister entfernte Vortaten berücksichtigen. Als Fremdanamnesen einzig zulässig sind einfache Fremdauskünfte, welche durch Sachverständige zur Erhebung von einfachen, leicht überprüfbaren Informationen durchgeführt werden. Die Grenzen der zulässigen Fremdanamnesen durch Sachverständige sind somit sehr eng.¹³¹³

Bezüglich der Teilnahme der Verteidigung an Erhebungen der sachverständigen Person ist von einem Teilnahmerecht der Verteidigung an der Exploration gemäss Art. 147 StPO auszugehen. Bezüglich des Teilnahmerechts der Verteidigung an Fremdanamnesen wurde ein neues, indirektes Teilnahmerecht begründet.¹³¹⁴

Bei der Belehrung müssen Sachverständige die beschuldigte Person in einer verständlichen Art und Weise über ihre Rolle, den Anlass der Begutachtung und die Faktoren, welche die Beurteilungen beeinflussen, aufklären. Zudem muss ihr mitgeteilt werden, dass sie ein Recht auf Verteidigung und ein Recht auf Übersetzung hat. Dritte müssen ebenfalls über die Rolle der sachverständigen Person, den Zweck der Begutachtung sowie ihr allfälliges Aussage- und Zeugnisverweigerungsrecht belehrt werden. Weiter ist eine Entbindung von ihren allfälligen Geheimhaltungspflichten notwendig. Zu den Belehrungen von Beschuldigten und Dritten wurden Musterbelehrungen präsentiert.¹³¹⁵

Nur eine auf diese Weise durchgeführte Beweiserhebung und Beweisverwertung kann insgesamt sicherstellen, dass die Rechte von Betroffenen durch die Auslagerungen der Sachverhaltsermittlung an Sachverständige nicht unterlaufen werden.

2. Anforderungen an die Beweisauswertung

Der Vierte Teil hat die strafprozessualen Anforderungen an die Beweisauswertung durch Sachverständige untersucht. Im Vordergrund stand dabei der Grundsatz in dubio pro reo. Die sachverständige Person muss Tatsachen, welche sich in den Beurteilungen über die beschuldigte Person für diese negativ auswirken können, jenseits eines vernünftigen Zweifels feststellen.¹³¹⁶

¹³¹³ Vgl. *Dritter Teil, 4. Kapitel, S. 146 ff.*

¹³¹⁴ Vgl. *Dritter Teil, 5. Kapitel, S. 162 ff.*

¹³¹⁵ Vgl. *Dritter Teil, 6. Kapitel, S. 178 ff.*

¹³¹⁶ Vgl. *Vierter Teil, 2. Kapitel, S. 199 ff.*

Die Tatsachen sind für die Anwendung von in dubio pro reo in drei unterschiedlich zu behandelnde Kategorien einzuteilen: gerichtlich bereits festgestellte Tatsachen über die begangene Tat, sonstige Tatsachen aus rechtskräftigen Urteilen und gerichtlich nicht beurteilte Tatsachen. Von einem rechtskräftigen Dispositiv und den damit gerichtlich bereits festgestellten Tatsachen muss die sachverständige Person bei ihren Beurteilungen ausgehen, diese Tatsachen unterstehen keiner Beweisauswertung mehr und damit auch nicht in dubio pro reo. Für sonstige Tatsachen aus rechtskräftigen Urteilen, die in der Urteilsbegründung, aber nicht im Dispositiv festgehalten sind, gibt es dagegen keine Bindungswirkung. Diese Tatsachen müssen neu festgestellt werden, in dubio pro reo ist dabei anwendbar. Ebenfalls sind neue Feststellungen für Tatsachen erforderlich, die gerichtlich noch nicht beurteilt worden sind, auch ihre Feststellungen unterstehen in dubio pro reo.¹³¹⁷

Weiter wurde bei den Beweisauswertungen bezüglich Prognoseinstrumente festgestellt, dass sowohl bei der PCL-R als auch beim HCR-20 in der Version 2 ein Konflikt mit in dubio pro reo bei unsicherer Tatsachengrundlage bestehen kann, wenn die Instrumente gemäss Manual angewendet werden.¹³¹⁸

Es gibt damit auch bei der Beweisauswertung durch Sachverständige zahlreiche strafprozessuale Anforderungen zu beachten, um zu verhindern, dass Rechte betroffener Personen durch die Auslagerung der Sachverhaltsermittlung an Sachverständige ausgehöhlt werden.

3. Anforderungen an die Dokumentation

Der Fünfte Teil hat die Dokumentation der Beweiserhebungen, Beweisverwertungen sowie der Beweisauswertungen untersucht. Bei den Grundsätzen zur Dokumentation wurde gezeigt, dass die sachverständige Person keine Parallelakten zu den behördlichen Akten anlegen und für das Gutachten verwenden darf.¹³¹⁹

Als grundsätzlicher Dokumentationsstandard ist eine detaillierte, nachvollziehbare und transparente Dokumentation durch Sachverständige notwendig. Sie sollen beim Verfassen der Gutachten die Definition der verwendeten Kriterien, den massgeblichen Sachverhalt, der zu diesen Kriterien passen soll, sowie die Subsumtion des Sachverhalts unter diese Kriterien im Gutachten aufführen. Dieser Standard ist insbesondere auch bei Prognoseinstrumenten zu beachten. Die sach-

¹³¹⁷ Vgl. *Vierter Teil, 3. Kapitel, A., S. 206 ff.*

¹³¹⁸ Vgl. *Vierter Teil, 3. Kapitel, B., S. 209 ff.*

¹³¹⁹ Vgl. *Fünfter Teil, 2. Kapitel, B., S. 225 ff.*

verständige Person hat die Wahl der konkreten Instrumente zu begründen und sie hat darzulegen, von welcher Begriffsbestimmung bezüglich eines Items sie ausgeht, an welchen Sachverhalt sie im zu beurteilenden Einzelfall konkret anknüpft und weshalb sie das zu beurteilende Item wie bewertet. Zudem ist zwecks Nachvollziehbarkeit ein Inhaltsverzeichnis des Gutachtens zu erstellen.¹³²⁰

Über diesen grundsätzlichen Dokumentationsstandard hinaus gibt es bei den Beweiserhebungen spezielle Anforderungen an die Dokumentation der Befragungen durch Sachverständige zu beachten. Von Interesse sind dabei insbesondere die Exploration und Fremdanamnesen.¹³²¹ Zur Dokumentation der Exploration hat sich herausgestellt, dass der Dokumentationsstandard in der Praxis aktuell ungenügend ist. Rechtsgenügende Standards sind die Audioaufzeichnung oder die Videoaufnahme. Wie bei der Exploration braucht es auch bei den Fremdanamnesen eine umfassende und detaillierte Dokumentation, nur so können die Anforderungen von Art. 6 EMRK erfüllt werden. Schliesslich muss bei Fremdanamnesen eine Audioaufzeichnung der Gespräche mit Dritten erstellt werden.

Diese Dokumentationsweisen können verhindern, dass die Rechte betroffener Personen durch die Auslagerung von Sachverhaltsermittlung an Sachverständige umgangen werden.

B. Ausblick

Sämtliche aufgeführten Anforderungen an die sachverständige Sachverhaltsermittlung sind bereits de lege lata im Gesetz vorhanden. Um die derzeitigen Defizite in der Praxis überwinden zu können, sind die strafprozessualen Anforderungen im aufgezeigten Sinn auch gegenüber den Sachverständigen zur Geltung zu bringen. Darüber hinaus gibt es bereits heute weitere Möglichkeiten, wie die Verfahrensleitung die Einhaltung der strafprozessualen Anforderungen bei der Sachverhaltsermittlung durch forensisch-psychiatrische Sachverständige sicherstellen kann.

I. Verbesserungsmöglichkeiten durch die Strafbehörden

Im Gegensatz zu der Abhandlung über die Vorwirkung der strafprozessualen Anforderungen geht es an dieser Stelle nicht um die Anforderungen, welche Sachverständige selbst einzuhalten haben. Die vorgeschlagenen Massnahmen sind

¹³²⁰ Vgl. *Fünfter Teil, 2. Kapitel, C., S. 228 ff.*

¹³²¹ Vgl. *Fünfter Teil, 3. Kapitel, S. 236 ff.*

vielmehr durch die Strafbehörden vorzunehmen. Sie sind ebenfalls de lege lata umsetzbar und werden nachfolgend kursorisch vorgestellt.

1. Selektive Aktenübergabe

Sind unverwertbare Informationen erst einmal in Gutachten eingearbeitet, sind sie durch die Strafbehörden nur schwer wieder aus dem Verfahren zu entfernen.¹³²² Deswegen wäre es zentral, dass von Beginn an nur verwertbare Informationen Eingang in das Gutachten finden.

Daher wird in der Lehre diskutiert, ob Sachverständigen nur bestimmte Akten übergeben werden sollten. Grundsätzlich hat die Verfahrensleitung den Sachverständigen nur diejenigen Akten zu übergeben, die für die Erstellung des Gutachtens zwingend notwendig sind.¹³²³ Es scheint, als dürften Sachverständigen aus mehreren Gründen nicht sämtliche Akten übergeben werden: Zum einen wären sie unverhältnismässig mit Aktenstudium überlastet und die Kosten des Gutachtens würden in die Höhe getrieben.¹³²⁴ Zum anderen wird durch eine Übergabe aller Akten riskiert, dass Sachverständige ihrem Gutachten Akten zugrunde legen, die nicht verwertet werden dürfen.¹³²⁵ Akten, die keinen Beweiswert haben, wie beispielsweise informelle oder sonst unverwertbare Befragungsprotokolle sowie Polizeirapporte oder Aktennotizen, dürfen den Sachverständigen nicht herausgegeben werden.¹³²⁶ Sonst droht die Gefahr, dass sie für Strafbehörden unverwertbare Informationen im Gutachten verarbeiten und damit unterschiedliche oder sich sogar im Kern widersprechende Tatsachenfundamente für das Gutachten und das Urteil entstehen.¹³²⁷

Das Bundesgericht ist bei der Herausgabe von Akten an Sachverständige aber eher unkritisch. In einem neueren Entscheid hatte sich das Bundesgericht damit zu befassen, ob dem Sachverständigen ein *Roundtable-Protokoll*, welches ein Mitbe-

¹³²² Vgl. Zweiter Teil, 4. Kapitel, A., II., S. 90 ff.

¹³²³ Art. 184 Abs. 4 StPO; Kommentar StPO ZH-DONATSCH, § 115 N 6; URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 315; vgl. BRUNNER, in: Gericht und Expertise, S. 194.

¹³²⁴ URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 315.

¹³²⁵ URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 315; BRUNNER, in: Gericht und Expertise, S. 194.

¹³²⁶ BRUNNER, in: Gericht und Expertise, S. 194.

¹³²⁷ Vgl. GRAF, in: Strafverfolgung – Individuum – Öffentlichkeit im Spannungsfeld der Wahrnehmungen, S. 98.

schuldiger verfasst hat, herausgegeben werden soll oder nicht.¹³²⁸ Die Vorinstanz hat entschieden, das Protokoll auszuhändigen, mit der Argumentation, es handle sich nicht um ein Aktenstück ohne jeglichen Beweiswert.¹³²⁹ Wenn erst das Sachgericht über die definitive Verwertbarkeit eines bestimmten Aktenstücks zu befinden habe, sei dieses dem Sachverständigen zu übergeben.¹³³⁰ Das Bundesgericht schliesst sich dieser Argumentation an.¹³³¹

Der Beschwerdeführer rügte, es seien nur diejenigen Akten zu übermitteln, die einen rechtsgenügenden Nachweis der Grundlagen erlauben, auf welche sich die sachverständigen Feststellungen abstützen haben.¹³³² Da die Staatsanwaltschaft den massgebenden Sachverhalt nicht selbst abgeklärt habe, führe die Herausgabe des *Roundtable-Protokolls* dazu, dass dieses zur massgebenden Grundlage des neuen Gutachtens würde.¹³³³ Das *Roundtable-Protokoll* sei jedoch von einem Mitbeschuldigten verfasst worden und habe keinen Beweiswert, die enthaltenen Aussagen seien nicht justizkonform erhoben worden.¹³³⁴ Stütze sich das Gutachten (einzig) auf dieses von einem Mitbeschuldigten verfassten *Roundtable-Protokoll*, würden dadurch Verfahrensrechte ausgehebelt, was Art. 6 EMRK verbiete.¹³³⁵

Die vom Beschwerdeführer bemängelte Aushebelung der Verfahrensrechte nach Art. 6 EMRK durch die Auslagerung der Sachverhaltsermittlung an Sachverständige wurde in dieser Arbeit eingehend aufgezeigt.¹³³⁶ Es ist demnach naheliegend, den Ausführungen der Lehre und des Beschwerdeführers zu folgen. Entsprechend wären der sachverständigen Person nur diejenigen Akten zu übergeben, welche verwertbar sind und für den Begutachtungsprozess relevant sein können.¹³³⁷

Die Lehre und Rechtsprechung diskutieren zudem kontrovers, ob den Sachverständigen frühere Gutachten übergeben werden sollten.¹³³⁸ Ein Teil der Lehre argumentiert, dass frühere Gutachten nur dann zur Verfügung gestellt werden soll-

¹³²⁸ BGer 1B_203/2023 vom 8. Juni 2023.

¹³²⁹ BGer 1B_203/2023 vom 8. Juni 2023, E. 3.1.

¹³³⁰ BGer 1B_203/2023 vom 8. Juni 2023, E. 3.1.

¹³³¹ BGer 1B_203/2023 vom 8. Juni 2023, E. 3.4.

¹³³² BGer 1B_203/2023 vom 8. Juni 2023, E. 3.2.

¹³³³ BGer 1B_203/2023 vom 8. Juni 2023, E. 3.2.

¹³³⁴ BGer 1B_203/2023 vom 8. Juni 2023, E. 3.2.

¹³³⁵ BGer 1B_203/2023 vom 8. Juni 2023, E. 3.2.

¹³³⁶ Vgl. *Zweiter Teil, 3. Kapitel, B., S. 80 ff.*

¹³³⁷ URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 315.

¹³³⁸ URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 315.

ten, wenn der Auftrag der sachverständigen Person darin bestünde, Stellung zu früheren Gutachten zu nehmen.¹³³⁹ Dadurch soll eine Beeinflussung der sachverständigen Person durch bereits vorhandene Untersuchungsergebnisse minimiert werden.¹³⁴⁰ Bei Prognosegutachten sei die Gefahr einer Fortschreibung des einmal attestierten Rückfallrisikos besonders gross.¹³⁴¹ In der Praxis besteht nicht selten der Eindruck, eine frühere Einschätzung werde relativ unbesehen übernommen.¹³⁴² Andere Stimmen aus der Lehre zählen frühere Gutachten zu den notwendigen Akten, die zu übergeben sind.¹³⁴³ Beispielsweise kann es zu einer umfassenden Abklärung dazugehören, auch frühere Phänomene und gutachterliche Einschätzungen oder eine Entwicklung mit in die neuen Überlegungen einzubeziehen.¹³⁴⁴ Mindestens im Zweifelsfall sei für die Aktenherausgabe zu entscheiden.¹³⁴⁵

Wegen der Gefahr der Fortschreibung der Inhalte aus früheren Gutachten, welche zudem nicht effektiv überprüft werden können, ist teilweise anzuzweifeln, ob noch von einem fairen Verfahren gesprochen werden kann, wenn Sachverständigen frühere Gutachten zur Verfügung stehen. Falls es nicht um Zweitmeinungen zu einem Gutachten geht, sollte gründlich untersucht werden, ob frühere Gutachten vor der Erstattung des Gutachtens ausgehändigt werden sollten.

Es liegt daher nahe, dass die Akten den Sachverständigen selektiv übergeben werden sollten. Die Strafbehörden sind demzufolge zu einer Triage verpflichtet.¹³⁴⁶ Es muss durch die Strafbehörden eine sorgfältige Selektion der Akten erfolgen, sodass keine Informationen aus unverwertbaren Akten in das Gutachten einfließen. Damit kann die Verfahrensleitung die Einhaltung der strafprozessualen Anforderungen bei der sachverständigen Sachverhaltsermittlung bereits bei der Aktenübergabe steuern.

¹³³⁹ BRUNNER, in: Gericht und Expertise, S. 194; CONINX, Habil., S. 503; ZK StPO-DONATSCH, Art. 184 N 45; bezüglich Doppelbegutachtung BERNARD/STUDER, ZStrR 2015, S. 95 f.

¹³⁴⁰ Kommentar StPO ZH-DONATSCH, § 115 N 6; BSK StPO-HEER, Art. 184 N 32.

¹³⁴¹ BRUNNER, in: Gericht und Expertise, S. 194; vgl. BSK StPO-HEER, Art. 184 N 32.

¹³⁴² BRUNNER, in: Gericht und Expertise, S. 194; BSK StPO-HEER, Art. 184 N 32.

¹³⁴³ URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 315; BABIC, Diss., S. 233 f.; MAIER/MÖLLER, Das gerichtopsychiatrische Gutachten, S. 127.

¹³⁴⁴ BSK StPO-HEER, Art. 184 N 32; URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 316.

¹³⁴⁵ Kommentar StPO ZH-DONATSCH, § 115 N 6; URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 315; BSK StPO-HEER, Art. 184 N 32.

¹³⁴⁶ URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 315.

2. Vorgabe des Gutachtenssachverhalts durch Behörden

Die Verfahrensleitung muss der sachverständigen Person die notwendigen Unterlagen für die Gutachtenserstellung vorgeben.¹³⁴⁷ Dabei ist angesichts der Unschuldsvermutung klar, dass es sich bei den Tatsachen in den Akten immer erst um vorläufige Untersuchungsergebnisse handelt.¹³⁴⁸

In der Lehre und Rechtsprechung werden die strafprozessualen Leitplanken bei der Kommunikation dieser Tatsachengrundlagen für das Gutachten an die sachverständige Person regelmässig nicht mit der notwendigen Strenge hervorgehoben.¹³⁴⁹ Die Verfahrensleitung darf sich nicht darauf beschränken, der sachverständigen Person lediglich die Akten ohne weitere Hinweise zu übermitteln.¹³⁵⁰ Die sachverständige Person sollte sich den relevanten Sachverhalt für das Verfahren – und somit auch die Begutachtung – nicht aus den Akten zusammensuchen müssen.¹³⁵¹ Die Verfahrensleitung hat der sachverständigen Person zusätzlich zur Aktenübergabe mitzuteilen, von welchem hypothetischen Sachverhalt sie auszugehen hat, am besten mittels Zusammenfassung des vorläufigen rechtsrelevanten Sachverhalts ohne rechtliche Qualifikation.¹³⁵² Die sachverständige Person soll nicht selbstständig von Sachverhaltshypothesen ausgehen müssen.¹³⁵³ Der vorgegebene Sachverhalt ist seitens der Strafbehörden aufgrund neuer Beweise oder neuer Sachverhaltsannahmen zu aktualisieren, sofern der fragliche Sachverhaltsaspekt für die Begutachtung relevant ist.¹³⁵⁴ Nimmt die Verfahrensleitung diese Aktualisierungen nicht vor, gefährdet sie die Verwertbarkeit des Gutachtens.¹³⁵⁵

¹³⁴⁷ WOHLERS, in: Feststellung des Sachverhalts im Zusammenhang mit der Begutachtung, S. 78 f.; BSK StPO-HEER, Art. 185 N 17; ZK StPO-DONATSCH, Art. 185 N 14.

¹³⁴⁸ URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 309.

¹³⁴⁹ Detailliert dazu URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 310.

¹³⁵⁰ URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 311; BSK StPO-HEER, Art. 184 N 17.

¹³⁵¹ MAIER/MÖLLER, Das gerichtspsychiatrische Gutachten, S. 128; HELFENSTEIN, Diss., S. 177; mit weiteren Hinweisen URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 311; vgl. FURGER, ZStrR 1988, S. 393.

¹³⁵² BGer 1B_409/2018 vom 18. Februar 2019, E. 4.3; MAIER/MÖLLER, Das gerichtspsychiatrische Gutachten, S. 128; BSK StPO-HEER, Art. 184 N 17; URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 311; FURGER, ZStrR 1988, S. 393.

¹³⁵³ Vgl. *Erster Teil, 3. Kapitel, A., II., S. 22 ff.*

¹³⁵⁴ URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 311; BSK StPO-HEER, Art. 184 N 17; Kommentar StPO ZH-DONATSCH, § 115 N 14.

¹³⁵⁵ URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 311.

Meist ist es auch in einem frühen Verfahrensstadium unumgänglich, dass die Verfahrensleitung mehrere Sachverhaltsvarianten vorgibt.¹³⁵⁶

Damit ist die Vorgabe alternativer Hypothesen bei bestrittenem Sachverhalt ein elementares Steuerungselement der Verfahrensleitung.¹³⁵⁷ Durch eine Vorgabe von hypothetischem Sachverhalt kann sie die Gutachtenserstellung massgeblich beeinflussen und verhindern, dass die sachverständige Person von unverwertbaren Tatsachengrundlagen ausgeht.

3. Schuld- und Tatinterlokut

Einen Gutachtensauftrag in einem frühen Verfahrensstadium zu vergeben, kann in einem Spannungsverhältnis zur Unschuldsvermutung stehen.¹³⁵⁸ Es kann sein, dass sich der rechtserhebliche Sachverhalt seit der Gutachtensvergabe bis zum Urteil noch massgeblich verändert, weil beispielsweise neue Untersuchungsergebnisse ans Licht kommen oder das Gericht unter der freien gerichtlichen Beweiswürdigung zu einem anderen Schluss kommt. Weiter besteht die Möglichkeit eines Freispruchs der beschuldigten Person. Ein Lösungsansatz, um diese Spannung aufzulösen, kann die Zweiteilung des Verfahrens sein.¹³⁵⁹ Es gibt zwei Möglichkeiten, wie diese Zweiteilung des Verfahrens erfolgen kann. Das Schuldinterlokut gemäss Art. 342 Abs. 1 lit. a StPO gibt dem Gericht die Möglichkeit, in einem ersten Verfahrensteil nur die Tat- und die Schuldfrage und erst in einem zweiten Verfahrensteil die Folgen eines Schuld- oder Freispruchs zu behandeln.¹³⁶⁰ Beim Tatinterlokut nach Art. 342 Abs. 1 lit. b StPO wird vorerst nur die Tatfrage und erst anschliessend die Schuldfrage und deren Folgen behandelt.¹³⁶¹

Ein Schuld- oder Tatinterlokut durchzuführen könnte zudem die Spannungen mit *nemo tenetur* abmildern.¹³⁶² Es könnte der bei der Anordnung von Massnahmen

¹³⁵⁶ URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 312.

¹³⁵⁷ URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 311.

¹³⁵⁸ Dazu ausführlich BERNARD/STUDER, in: Feststellung des Sachverhalts im Zusammenhang mit der Begutachtung, S. 9 ff.; BERNARD, in: Strafverfolgung – Individuum – Öffentlichkeit im Spannungsfeld der Wahrnehmungen, S. 147.

¹³⁵⁹ BERNARD/STUDER, in: Feststellung des Sachverhalts im Zusammenhang mit der Begutachtung, S. 6 ff.

¹³⁶⁰ RIEDO/FIOLKA/NIGGLI, Strafprozessrecht, S. 397; JOSITSCH/SCHMID, Handbuch, S. 614.

¹³⁶¹ RIEDO/FIOLKA/NIGGLI, Strafprozessrecht, S. 397; JOSITSCH/SCHMID, Handbuch, S. 614.

¹³⁶² CONINX, Habil., S. 466; BERNARD/STUDER, in: Feststellung des Sachverhalts im Zusammenhang mit der Begutachtung, S. 17 ff.

herrschende Konflikt zwischen den Verteidigungsstrategien von Aussageverweigerung, Leugnen oder Abstreiten und den Prognoseinstrumenten, welche dieses verfassungsmässig geschützte Verhalten negativ bewerten, verhindert werden.¹³⁶³

Zudem könnten Spannungen bei der Erhebung und Verwertung von Beweisen und insbesondere im Zusammenhang mit in dubio pro reo minimiert werden. Steht der Sachverhalt im Zeitpunkt der Begutachtung bereits gerichtlich fest, sind Unsicherheiten rund um das Tatsachenfundament minimiert.

Es ist an dieser Stelle zu betonen, dass jedoch auch die Zweiteilung kein Allheilmittel gegen die Umgehung von Verfahrensrechten ist. Zum einen betrifft eine allfällige Zweiteilung nur die Tatsachengrundlage der Tat- und Schuldfrage und damit nicht den gesamten für ein Gutachten relevanten Sachverhalt. Zum anderen ist ein solches Vorgehen bei Vollzugsgutachten nicht möglich.¹³⁶⁴ Bei der Erstellung eines Vollzugsgutachtens hat eine Zweiteilung in der Regel keine Wirkung mehr, da die Tat- und Schuldfrage bereits in einem vorangegangenen Strafverfahren geklärt worden ist. Schliesslich ist vorausgesetzt, dass die Zweiteilung auch tatsächlich angeordnet wird, was heute bei Verfahren mit Begutachtung im Gesetz nicht zwingend vorgesehen und selten der Fall ist.

Bis zum Inkrafttreten der revidierten Strafprozessordnung am 1. Januar 2024 konnte die Zweiteilung der Hauptverhandlung erst im Rahmen der Hauptverhandlung durch das Gericht entschieden werden. Dieser späte Zeitpunkt des Entscheids wurde in der Lehre als ineffizient und unpraktikabel kritisiert.¹³⁶⁵ Nun ist für die Entscheidung bis zur Eröffnung der Hauptverhandlung die Verfahrensleitung zuständig.¹³⁶⁶ Ob diese neue gesetzliche Regelung zu einer vermehrten Anwendung der Zweiteilung führen wird, wird die Praxis weisen müssen.

Die hiervor getätigten Ausführungen zur Vorwirkung sind deshalb zur Einhaltung der Verfahrensfairness, auch wenn zahlreiche Probleme durch die Zweiteilung verbessert werden könnten, immer noch notwendig. Nur durch die Vorwirkung, welche zwingend bereits heute gilt, kann die Verfahrensfairness effektiv eingehalten werden. Die fakultative Zweiteilung des Verfahrens bietet jedoch zweifelsfrei eine Verbesserung der Situation, auch mit geltender Vorwirkung.

¹³⁶³ Vgl. *Dritter Teil, 3. Kapitel, B., S. 129 ff.*; CONINX, *Habil.*, S. 466.

¹³⁶⁴ Vgl. *Zweiter Teil, 4. Kapitel, A., II., S. 90 ff.* sowie *Zweiter Teil, 4. Kapitel, B., II., S. 99 ff.*

¹³⁶⁵ Botschaft StPO-Revision, 6760.

¹³⁶⁶ Art. 342 Abs. 1^{bis} lit. a StPO.

4. Notwendige Verteidigung bei Begutachtungen

Es drängt sich nach dem Gesamtergebnis dieser Arbeit, insbesondere unter Art. 6 EMRK, die Frage auf, ob eine Begutachtung eine notwendige Verteidigung im Sinne von Art. 130 StPO auslösen sollte. Gemäss Art. 130 lit. b StPO muss die beschuldigte Person verteidigt werden, wenn eine freiheitsentziehende Massnahme droht. Bei der erstmaligen Anordnung einer freiheitsentziehenden Massnahme und damit auch bei der Begutachtung ist die notwendige Verteidigung also gesetzlich vorgesehen.¹³⁶⁷ Nicht gesetzlich vorgesehen ist die notwendige Verteidigung, wenn es nicht um eine freiheitsentziehende Massnahme geht. Das ist kritisch zu betrachten, da Massnahmen nach ihrer Anordnung praktisch durchwegs austauschbar sind.¹³⁶⁸ Damit besteht die Möglichkeit, dass eine Begutachtung ohne notwendige Verteidigung zu einer ambulanten Massnahme führt, welche später durch eine freiheitsentziehende Massnahme ersetzt wird.¹³⁶⁹ Damit werden Schutzrechte für begutachtete Personen umgangen, wenn die notwendige Verteidigung nicht wegen einer allfälligen ebenfalls angeordneten Strafe gewährt ist.¹³⁷⁰

Im Stadium des Massnahmenvollzugs ist die Anwendbarkeit des Instituts der notwendigen Verteidigung umstritten.¹³⁷¹ Im Vollzugsverfahren hat die beschuldigte Person oftmals keine notwendige amtliche Verteidigung, da im kantonalen, nicht-streitigen Verwaltungsverfahren eine unentgeltliche anwaltliche Verbeiständung meist im Ermessen der Fallbearbeitenden der Vollzugsbehörden steht und oftmals nicht bewilligt wird.¹³⁷² In jüngerer Zeit stellen Vollzugsbehörden inhaftierten Personen zumindest mit Blick auf ein bevorstehendes gerichtliches Strafverfahren einen unentgeltlichen Rechtsbeistand zur Seite.¹³⁷³ Es ist aber nicht klar geregelt, ob einer Person in einem nachträglichen Massnahmenverfahren bei einer erneuten Begutachtung eine notwendige Verteidigung zukommt.

¹³⁶⁷ Art. 130 lit. b StPO.

¹³⁶⁸ Vgl. *Erster Teil, 2. Kapitel, A., II., S. 16 ff.*; HEER, ZStrR 2003, S. 414; vgl. BSK StPO-HEER/BERNARD/STUDER, Art. 363 N 1; BSK StGB-HEER, Art. 65 N 5; CONINX, recht 2016, S. 171; GETH, AJP 2011, S. 314.

¹³⁶⁹ Art. 63b Abs. 5 StGB; BGer 6B_253/2015 vom 23. Juli 2015, E. 2.2.2 f.

¹³⁷⁰ Vgl. Art. 130 lit. b StPO.

¹³⁷¹ URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 417.

¹³⁷² Mit weiteren Hinweisen JOSET, in: Feststellung des Sachverhalts im Zusammenhang mit der Begutachtung, S. 135.

¹³⁷³ HEER, in: Wege und Irrwege stationärer Massnahmen nach Rechtskraft des Strafurteils, S. 78; HEER, AJP 2017, S. 595.

BIRO hat sich mit dieser Frage in ihrer Dissertation ausführlich beschäftigt.¹³⁷⁴ Sie kommt zum Schluss, dass jegliche gerichtliche Nachverfahren im Massnahmenvollzug einer notwendigen Verteidigung bedürfen.¹³⁷⁵ Sofern sich die Verteidigung nicht schon aufgrund des defizitären Zustands der betroffenen Person oder angesichts der Tatsache, dass sie sich im Vollzug befindet, ergäbe, sei sie jedenfalls mit Blick auf die mögliche Tragweite der nachträglichen Gerichtsentscheide anzunehmen.¹³⁷⁶ Jeder infrage kommende gerichtliche Nachentscheid weise eine Eingriffsschwere auf, die eine Verteidigung mit Blick auf Art. 130 lit. b StPO als notwendig erscheinen lasse.¹³⁷⁷

Die Begründungen von BIRO scheinen vor dem Hintergrund der festgestellten Marginalisierung von Verfahrensrechten durch die sachverständige Sachverhaltsermittlung einleuchtend. Es sollte daher eingehend untersucht werden, ob jede Begutachtung eine notwendige Verteidigung für die betroffene Person im Sinne von Art. 130 lit. b StPO auslösen müsste. Im Massnahmenrecht kann aufgrund nachträglicher Verfahren jederzeit eine freiheitsentziehende Massnahme drohen. Deswegen liegt es nahe, dass das Recht auf eine notwendige Verteidigung bei Begutachtungen für ursprünglich nicht freiheitsentziehende Massnahmen in einem Vor- und Hauptverfahren sowie für Begutachtungen im Vollzug und nachträglichen Massnahmenverfahren gelten müsste. Die Verfahrensleitung könnte durch die Anordnung der notwendigen Verteidigung die Begutachtung stark beeinflussen und ein faires Verfahren nach Art. 6 EMRK ermöglichen.

5. Überprüfung des Gutachtens durch Beschwerde

Wie hiervor aufgezeigt, können die Missachtungen der strafprozessualen Anforderungen bei der sachverständigen Sachverhaltsermittlung eine (teilweise) Unverwertbarkeit des Gutachtens nach sich ziehen. Es ist verfahrensökonomisch nicht günstig, wenn erst das Sachgericht über die Verwertbarkeit des Gutachtens entscheiden kann. Daher ist es naheliegend, dass den Verfahrensparteien eine Überprüfungsmöglichkeit des Gutachtens vor der Hauptverhandlung zukommen müsste. Das zuständige Rechtsmittel gegen Handlungen, Verfügungen und Beschlüsse der

¹³⁷⁴ BIRO, Diss., S. 1 ff.

¹³⁷⁵ BIRO, Diss., S. 186.

¹³⁷⁶ BIRO, Diss., S. 186.

¹³⁷⁷ BIRO, Diss., S. 186.

Strafbehörden ist die Beschwerde.¹³⁷⁸ Es ist fraglich, ob die Beschwerde gegen das Gutachten oder einzelne Bestandteile davon zulässig ist.

Das Gesetz nennt die Handlungen von Sachverständigen oder das Gutachten selbst bei der Beschwerde nicht ausdrücklich. Zu den potenziell beschwerdefähigen Verfahrenshandlungen gehören jedoch auch jene rund um die sachverständige Begutachtung.¹³⁷⁹ Das Bundesgericht legt grossen Wert darauf, dass die Verwertbarkeit von Gutachten so zeitnah wie möglich und nicht erst vor dem Sachgericht entschieden wird.¹³⁸⁰ Das Bundesgericht hält gleichzeitig aber auch fest, dass sich zu Fragen der beweisrechtlichen Verwertbarkeit von psychiatrischen Gutachten auch noch das Sachgericht äussern könne.¹³⁸¹ Der materielle Grundrechtsschutz im Vorverfahren könne aber nicht ausschliesslich erst nachträglich im Hauptverfahren vollständig gewährleistet werden.¹³⁸² Dies gelte nach Art. 32 Abs. 2 BV sowie Art. 6 Ziff. 3 lit. c EMRK namentlich für die Teilnahmerechte der Parteien und die ausreichende Verteidigung bei wichtigen Untersuchungshandlungen.¹³⁸³

So kann eine beschuldigte Person beispielsweise im Vorverfahren mit Beschwerde rügen, dass ihre Verteidigungsrechte während der Begutachtung beziehungsweise während der Exploration nicht ausreichend gewährt worden seien.¹³⁸⁴ Dabei steht der beschuldigten Person auch die Beschwerde nach Art. 78 ff. BGG ans Bundesgericht offen.¹³⁸⁵

Von dieser Möglichkeit sollten betroffene Personen Gebrauch zu machen versuchen. So könnten Gutachten möglichst früh auf die Einhaltung der strafprozessualen Anforderungen geprüft und die Missachtung dieser mittels Beschwerde gerügt werden. Das wäre nicht nur unter verfahrensökonomischen Gesichtspunkten begrüssenswert, sondern auch im Hinblick auf die Verfahrensfairness. Wie aufgezeigt, kann einmal durch Sachverständige in das Gutachten eingeflossener

¹³⁷⁸ Art. 393 ff. StPO.

¹³⁷⁹ URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 45.

¹³⁸⁰ URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 45; vgl. BGer 1B_520/2017 vom 4. Juli 2018, E. 1.2.

¹³⁸¹ BGer 1B_520/2017 vom 4. Juli 2018, E. 1.2.

¹³⁸² BGer 1B_520/2017 vom 4. Juli 2018, E. 1.2.

¹³⁸³ BGer 1B_520/2017 vom 4. Juli 2018, E. 1.2.

¹³⁸⁴ BGer 1B_520/2017 vom 4. Juli 2018, E. 1.2; URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 45.

¹³⁸⁵ BGer 1B_520/2017 vom 4. Juli 2018, E. 1.2; URWYLER/ENDRASS/HACHTEL/GRAF, Handbuch, S. 45.

Sachverhalt, der unter Missachtung der strafprozessualen Anforderungen zustande gekommen ist, vor Gericht nur schwer wieder korrigiert werden.¹³⁸⁶ Ein frühes Eingreifen in die Gutachtenserstellung und eine Korrektur der allenfalls unverwertbaren Informationen sollten daher noch vor der Übergabe des Gutachtens an das entscheidende Sachgericht geschehen.

II. Gesetzesanpassungen de lege ferenda

Auf der Grundlage der gewonnenen Ergebnisse lassen sich mehrere Ansätze für den künftigen Umgang mit der Sachverhaltsermittlung durch forensisch-psychiatrische Sachverständige ableiten. Unvermeidbar ist, dass sich die Strafbehörden in Zukunft intensiver mit den geltenden strafprozessualen Anforderungen an die sachverständige Sachverhaltsermittlung auseinandersetzen müssen und diese durch eine entsprechende Auslegung zur Geltung bringen sollten. Weiter sollten sie Sachverständige im korrekten Umgang mit den strafprozessualen Anforderungen bei ihrer Sachverhaltsermittlung schulen und die Einhaltung der strafprozessualen Anforderungen kontrollieren. Zudem sollten die Strafbehörden die hiervoor vorgeschlagenen weitergehenden Verbesserungsmöglichkeiten umsetzen.

Sowohl die Anwendung der strafprozessualen Anforderungen als auch die Anwendung der Verbesserungsmöglichkeiten ist de lege lata möglich. Für eine einheitliche und tatsächliche Umsetzung der Anforderungen und der Verbesserungsmöglichkeiten in der Praxis könnte sich jedoch eine Gesetzesänderung zum Sachverständigenbeweis in den Art. 182 ff. StPO anbieten, was auch Rechtssicherheit schaffen würde. Es müsste im Gesetz explizit festgehalten werden, an welche strafprozessualen Anforderungen die sachverständige Person bei der Beweiserhebung, Beweisverwertung, Beweisauswertung und Dokumentation gebunden ist. Dabei könnten beispielsweise Art. 184 und Art. 185 StPO überarbeitet und mit konkreten Anforderungen angereichert werden. Eine solche Klarstellung im Gesetz könnte zu einer einheitlichen Anwendung der strafprozessualen Anforderungen und einfacher einklagbaren Verletzungen führen.

Weiter ist vorstellbar, dass eine Harmonisierung der Verfahrensrechte im Vollzug und im Strafprozess eine Verbesserung der derzeitigen Situation herbeiführen könnte. Die strafprozessualen Anforderungen gelten, wie hiervoor aufgeführt, auch für die Vollzugsgutachten, wenn sie in Strafverfahren gewürdigt werden.¹³⁸⁷ Eine Vereinheitlichung der Verfahrensrechte könnte die Einhaltung der strafprozessua-

¹³⁸⁶ Vgl. Zweiter Teil, 4. Kapitel, A., II., S. 90 ff.

¹³⁸⁷ Vgl. Zweiter Teil, 4. Kapitel, B., II., S. 99 ff.

len Anforderungen in beiden Verfahrenstypen erleichtern. Eine solche Harmonisierung, beispielsweise durch ein Gesetz zu einem einheitlichen Massnahmenverfahrensrecht, wird in Teilen der Lehre bereits seit längerer Zeit gefordert.¹³⁸⁸

Ob die Anwendung der strafprozessualen Anforderungen explizit in einem Gesetz normiert wird oder nicht, sollte im Endeffekt aber zweitrangig sein. Ohnehin muss die Anwendung der strafprozessualen Anforderungen bei der sachverständigen Sachverhaltsermittlung bereits heute sichergestellt werden, damit die Schutzrechte für betroffene Personen effektiv wirken können. Die Verantwortung dafür liegt in den Händen der Strafbehörden. Ein kontinuierlicher und nachhaltiger Austausch zwischen Sachverständigen und Strafbehörden wird langfristig unerlässlich bleiben, um die Anforderungen des Strafprozessrechts bei der sachverständigen Sachverhaltsermittlung umzusetzen und zu gewährleisten, dass rechtsstaatliche Schutzrechte von Betroffenen durch die Auslagerung der Sachverhaltsermittlung nicht beeinträchtigt werden.

¹³⁸⁸ JOSET, in: Feststellung des Sachverhalts im Zusammenhang mit der Begutachtung, S. 150; BERNARD/STUDER, in: Wege und Irrwege stationärer Massnahmen nach Rechtskraft des Strafurteils, S. 131; BSK StGB-HEER, Art. 56 N 14c.

Strafbehörden lagern für die forensisch-psychiatrische Begutachtung gewichtige Teile der Sachverhaltsermittlung an Sachverständige aus. Die Rechtsprechung hat sachverständige Personen bisher nicht an die für Strafbehörden geltenden Anforderungen zur Sachverhaltsermittlung gebunden. Die sachverständige Sachverhaltsermittlung gefährdet dadurch die Verfahrensrechte von Betroffenen.

Um Gutachten in einem fairen Verfahren zu erstellen, müssen sämtliche strafprozessualen Anforderungen zur Sachverhaltsermittlung auf Sachverständige vorwirken. Betroffen von dieser Vorwirkung sind die sachverständige Beweiserhebung, Beweisverwertung, Beweisauswertung und Dokumentation. Die Dissertation zeigt für jeden dieser Bereiche auf, wie der Sachverhalt künftig zu ermitteln ist. Sachverständigen dient sie damit als Richtschnur zur Erstellung und der Praxis als Massstab zur Überprüfung von Gutachten.

