

4 Art. 147 Abs. 1 und Art. 185 StPO

- **Recht der beschuldigten Person auf Teilnahme ihrer Verteidigung bei der Untersuchung durch eine sachverständige Person.**
- **Eine beschuldigte Person hat während der Untersuchung durch eine sachverständige Person kein Recht auf Teilnahme ihrer Verteidigung.**

Aus dem Entscheid des Obergerichts, Beschwerdekammer in Strafsachen, vom 16. Januar 2014 i.S. Y.Ü. gegen Staatsanwaltschaft Zofingen-Kulm (SBK.2013.373).

Sachverhalt

Y.Ü., beschuldigte Person, ersuchte durch ihre Rechtsvertretung bei der Staatsanwaltschaft Zofingen-Kulm um Teilnahmemöglichkeit der Verteidigung bei der Untersuchung durch die sachverständige Person. Die Staatsanwaltschaft Zofingen-Kulm verfügte die Abweisung des Ersuchens. Y.Ü. erhebt dagegen Beschwerde.

*Aus den Erwägungen***2.1.**

Zu beurteilen ist die Frage, ob ein Beschuldigter während der Untersuchung durch einen sachverständigen Psychiater das Recht auf Anwesenheit seines Verteidigers hat.

2.3.**2.3.1.**

Gemäss Art. 182 StPO ziehen Staatsanwaltschaft und Gerichte eine oder mehrere sachverständige Personen bei, wenn sie nicht über die besonderen Kenntnisse und Fähigkeiten verfügen, die zur Feststellung oder Beurteilung eines Sachverhalts erforderlich sind.

Die Staatsanwaltschaft Zofingen-Kulm führt gegen den Beschwerdeführer ein Strafverfahren wegen Drohung und Nötigung. Um abzuklären, ob er für Dritte eine Gefahr darstellen könnte oder

zum Tatzeitpunkt unter Umständen vermindert zurechnungsfähig war, hat die Staatsanwaltschaft Frau Dr. T., Fachärztin für Psychiatrie, als Sachverständige mit der Erstellung eines Kurzgutachtens beauftragt.

2.3.2.

2.3.2.1.

Das Gespräch mit einer zu begutachtenden Person durch den Sachverständigen wird gemäss Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005 (BBl 2005 1212) von Art. 185 Abs. 4 StPO erfasst, wonach der Sachverständige einfache Erhebungen, die mit dem Auftrag in engem Zusammenhang stehen, selbst vornehmen kann. Eine Beteiligung der Justizorgane ist bei solchen Gesprächen nicht sinnvoll möglich, der Sachverständige muss deshalb zu selbständigen Erhebungen befugt sein (MARIANNE HEER, in: Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2011, N. 29 zu Art. 185).

2.3.2.2.

Fraglich ist, ob die Teilnahmerechte nach Art. 147 Abs. 1 StPO auch für selbständige Erhebungen der Sachverständigen nach Art. 185 StPO gelten.

Gemäss der herrschenden Lehre erstreckt sich das Teilnahmerecht nach Art. 147 Abs. 1 StPO nur auf die Beweisabnahme als solche, nicht auf deren Vorbereitung. Konkret gilt als Beweisabnahme nur das Erstellen des Gutachtens, nicht aber die Erstellung. Bei ersterem gelten die Teilnahmerechte, bei letzterem nicht (WOLFGANG WOHLERS, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), 2010, N. 1 zu Art. 147 StPO). Art. 185 StPO gilt als *lex specialis* zu Art. 147 StPO (JOËLLE VUILLE, in: *Commentaire romand, Code de procédure pénale suisse*, 2011, N. 15 zu Art. 185 StPO). Dem Beschuldigten oder seinem Verteidiger muss bei der Befragung durch den Sachverständigen (oder allenfalls später im Rahmen einer weiteren Befragung durch die Strafbehörde) nur Gelegenheit zur Anwesenheit und zum Stellen von Ergänzungsfragen geboten werden, wenn es sich bei der befragten Person um einen Belastungszeugen gemäss Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK handelt (ANDREAS DONATSCH, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), 2010,

N. 40 zu Art. 185 StPO). Es kann demnach selbst bei Sachverständigen als Belastungszeugen genügen, wenn der Betroffene später Gelegenheit zu Ergänzungsfragen erhält. Teilweise wird der fehlende Anspruch auf Teilnahme durch die parlamentarische Diskussion begründet, dort wurde der Antrag auf Schaffung solcher Rechte zurückgezogen (NIKLAUS SCHMID, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxis-kommentar, 2. Auflage 2013, N. 10 zu Art. 185; zum Ganzen siehe auch Beschluss der 1. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Bern vom 30. März 2011, SK-Nr. 10 387 und Beschluss der III. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 11. Mai 2011, publiziert in ZR 110/2011 Nr. 41).

2.3.2.3.

Das Bundesgericht hat sich in BGE 132 V 443 mit einer ähnlichen Frage befasst. Es hatte zu beurteilen, ob der Rechtsvertreter einer Versicherten bei einer polydisziplinären Begutachtung im Auftrag der IV-Stelle seine Klientin begleiten könne. Im Urteil differenziert das Bundesgericht zwischen der Verhandlung vor einem Gericht oder einer Behörde und einer Begutachtung durch einen Experten, wenn die Partei in einem Verfahren selbst Gegenstand der Beweisabnahme ist, bspw. wenn es darum geht, den Gesundheitszustand der betroffenen Person abzuklären. Diese Person ist dabei nicht in erster Linie als Verfahrenspartei beteiligt, die sich zum Begutachtungsobjekt äussert, sondern sie wird selbst begutachtet. Es geht darum, dem medizinischen Begutachter eine möglichst objektive Beurteilung zu ermöglichen, was bedingt, dass diejenigen Rahmenbedingungen zu schaffen sind, die aus wissenschaftlicher Sicht am ehesten geeignet sind, eine solche Beurteilung zu ermöglichen. Es muss eine Interaktion zwischen der begutachtenden und der zu begutachtenden Person stattfinden. Die Begutachtung soll möglichst ohne äussere Einflussnahme vorgenommen werden. Die Anwesenheit eines Rechtsbeistandes wäre diesem Zweck nicht dienlich: Dessen Aufgabe ist es, die Interessen seiner Klientschaft zu wahren. Er kann zu diesem Zweck auch einseitige Ansichten vertreten und entsprechend im Verfahren intervenieren. Eine solche Intervention verträgt sich indessen nicht mit der wissenschaftlichen Begutachtung, wo es - ähnlich wie bei einer Zeugeneinvernahme, bei welcher sich der Zeuge auch nicht

verbeiständen lassen kann - darum geht, dem Gutachter ein möglichst unverfälschtes und wahrheitsgetreues Bild zu verschaffen (BGE 132 V 443 E. 3.5).

Das Bundesgericht weist weiter darauf hin, dass das Zugestehen der Parteirechte der zu begutachtenden Person zur Folge hätte, dass aus Gründen der Waffengleichheit dieses Recht auch allfällig weiteren Parteien zugestanden werden müsste. Damit würden sich neue Problemfelder öffnen und die Begutachtung als sinnlos erscheinen lassen (vgl. BGE 132 V 443 E. 3.6).

In diesem Sinn ist eine sozialversicherungsrechtlich relevante Untersuchung durchaus mit derjenigen des Beschuldigten im Strafprozess zu vergleichen: Der Sachverständige ist nicht als Handlanger des Staats und damit als Gegner des Beschuldigten anzusehen, sondern als aussenstehender, neutraler Beobachter. Er hat unter anderem durch persönliche Untersuchung des Betroffenen dessen Persönlichkeit und allenfalls dessen Geisteszustand zum Tatzeitpunkt zu erforschen. Um zu einem möglichst objektiven Eindruck zu kommen, muss diese Untersuchung in einer neutralen Umgebung und ohne äussere Einflussnahme stattfinden können. Dass bei einer solchen Begutachtung keine weiteren Parteien wie Mitbeschuldigte oder Privatkläger zugelassen werden können, erscheint unbestreitbar. Der Beschuldigte hätte vor Publikum Hemmungen, sein Innerstes preiszugeben oder würde ihn allenfalls belastende, für das Gesamtbild jedoch wesentliche Aussagen nicht mehr machen. Für einen vollständigen Einblick in seine Persönlichkeit sind solche Auskünfte jedoch unerlässlich.

Wird aber der Sachverständige nicht als Gegner angesehen und werden keine weiteren Parteien zur Begutachtung zugelassen, besteht auch kein Anlass, den Verteidiger des Beschuldigten beizuziehen.

Ohnehin wäre der Nutzen dieser Teilnahme als höchst fraglich anzusehen. Das Gespräch mit dem Beschuldigten dient dazu, das Bild des Sachverständigen abzurunden, um gestützt auf das psychiatrische Fachwissen ein Gutachten erstellen zu können. Ergänzungsfragen des Verteidigers machen in diesem Rahmen im Gegensatz zu einer Einvernahme durch die Behörden wenig Sinn.

2.3.2.4.

Die ablehnende Haltung der Staatsanwaltschaft Zofingen-Kulm findet sich demnach im Einklang mit der herrschenden Lehre und Rechtsprechung. Es ist davon auszugehen, dass die schweizerische Strafprozessordnung tatsächlich kein Teilnahmerecht des Verteidigers bei einer psychiatrischen Untersuchung vorsieht.

2.3.3.

2.3.3.1.

Offen ist noch die Frage, ob möglicherweise das übergeordnete Recht Teilnahmerechte vorsieht und die Argumentation des Beschwerdeführers unterstützt.

Gemäss Praxis zum übergeordneten Recht hat ein Beschuldigter, der durch ein Gutachten belastet wird, Anspruch auf eine Konfrontation mit dem Sachverständigen. In einem solchen Fall kann der Sachverständige als Belastungszeuge gelten (FRANK MEYER, in: EMRK, Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, Kommentar, 2012, N. 199 zu Art. 6 EMRK). Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK garantiert einem Beschuldigten das Recht auf mindestens einmalige, angemessene und hinreichende Gelegenheit, das Gutachten in Zweifel zu ziehen und Fragen an den Sachverständigen zu stellen (MARIANNE HEER, in: Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2011, N. 5 zu Art. 187 StPO). Hintergrund dieser Rechtsprechung ist das Urteil EGMR Bönisch gegen Österreich vom 6. Mai 1985, in dem es um die Frage ging, ob ein Experte, dessen Bericht auch für die Anhebung der Strafuntersuchung ursächlich war, als neutraler Sachverständiger gelten kann (Ziff. 32). Der Gerichtshof kam zum Schluss, der betreffende Experte sei eher als Belastungszeuge anzusehen. Diese Konstellation ist aber nicht mit der vorliegenden zu vergleichen. Die Sachverständige hatte keinen Einfluss auf die Anhebung des Strafverfahrens, sondern wurde nachträglich hinzugezogen. In einem solchen Fall wie im erwähnten Urteil EGMR würden in der Schweiz tatsächlich die Schutzmechanismen der StPO greifen, weil der betreffende Beschuldigte sich bei der Auswahl des Sachverständigen äussern und seine Bedenken mitteilen könnte (vgl. Art. 184 Abs. 3 StPO). Die Garantien von Art. 6 Ziff. 1 EMRK beziehen sich auf das gerichtliche Verfahren und haben nur

ausnahmsweise Auswirkungen auf Ermittlungen durch Sachverständige. Als Grundsatz gilt, dass Beteiligte kein Recht haben, bei Anhörungen durch den Sachverständigen anwesend zu sein (JENS MEYER-LADEWIG, EMRK, Europäische Menschenrechtskonvention, Handkommentar, 3. Auflage 2011, N. 155 f. zu Art. 6 EMRK). Anderer Meinung ist Carolina Isabel Marques Lopes, die davon ausgeht, der EGMR statuiere ein Recht auf Teilnahme des Beschuldigten und seines Vertreters an Erhebungen durch Sachverständige (CAROLINA ISABEL MARQUES LOPES, *La participation de la défense aux expertises pénales*, in: Jusletter vom 6. Januar 2014, S. 6 f.). Die von ihr angeführten Entscheide behandeln jedoch die Gespräche von Sachverständigen mit Dritten, nicht die Untersuchung des Beschuldigten persönlich. Sie sind mithin nicht vergleichbar.

Die Rechtsprechung des EGMR bietet folglich keinen Grund, die Sachverständige im zu beurteilenden Fall als Belastungszeugin anzusehen, und begründet demnach auch kein Teilnahmerecht des Verteidigers an den Untersuchungsgesprächen mit dem Beschwerdeführer. Anders zu beurteilen wäre allenfalls der Fall von Befragungen von Dritten durch den Sachverständigen, dieses Problem stellt sich aber in casu nicht.

2.3.3.2.

Die vom Beschwerdeführer eingebrachten Entscheide und Literatur vermögen dieses Resultat nicht zu ändern. Im Urteil Barbera, Messegué und Jabardo gegen Spanien vom 6. Dezember 1988 hielt der EGMR fest, dass Beweise prinzipiell in öffentlicher Verhandlung vor dem Beschuldigten erhoben werden müssen, damit eine kontradiktorische Verhandlung stattfinden kann (Ziff. 78). Das Urteil A.M. gegen Italien vom 14. Dezember 1999 behandelt die Einvernahme von (einzigen) Zeugen der Anklage in Übersee ohne Beisein der Verteidigung. Damit behandeln beide Urteile Einvernahmen von Belastungszeugen und sind nach dem oben gesagten nicht einschlägig. Wolfgang Peukert schliesslich beleuchtet verschiedene Besonderheiten im Strafverfahren, ohne dass eine auf den vorliegenden Fall anzuwenden wäre (WOLFGANG PEUKERT, in: Europäische MenschenrechtsKonvention, EMRK-Kommentar, 3. Auflage 2009, N. 167 ff. zu Art. 6 EMRK).

2.3.4.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass weder die StPO noch das übergeordnete Recht ein Teilnahmerecht des Verteidigers des Beschwerdeführers bei der Untersuchung durch die Sachverständige begründen. Die Beschwerde ist demnach abzuweisen.

(...)