Band 1

# Forum Justiz & Psychiatrie

## Feststellung des Sachverhalts im Zusammenhang mit der Begutachtung

Marianne Heer
Elmar Habermeyer
Stephan Bernard

Stämpfli Verlag

2011 wurde das Forum Justiz und Psychiatrie ins Leben gerufen. An jährlichen Tagungen soll Gelegenheit bestehen, sich unter den verschiedenen beruflichen Akteure des Massnahmenrechts auszutauschen und ein verbessertes Verständnis für die jeweils unterschiedliche Arbeitstätigkeit zu gewinnen. Nachdem sich diese Tagungen in der Praxis inzwischen gut etabliert haben, werden 2015 erstmals auch die interessanten Referate publiziert. Die wertvollen Erkenntnisse sollen nachgelesen und einem weiteren Publikum zugänglich gemacht werden.
Eine zielführende Anwendung des Massnahmenrechts lässt sich nicht denken ohne eine interdisziplinäre Zusammenarbeit zwischen Justiz und Psychiatrie. Der Inhalt des Massnahmenrechts ist überdies entscheidend geprägt durch den Vollzug. Schliesslich verlangen die zunehmend schwierigen Rechtsfragen einen Einbezug von Rechtsanwälten und Rechtsanwältinnen. Schnittstellen zwischen den verschiedenen Disziplinen sind unverkennbar. Dies gilt nicht zuletzt auch für Fragen der psychiatrischen Begutachtung, die Gegenstand des ersten Tagungsbands ist.

**Band 1** **Forum Justiz & Psychiatrie**

# Feststellung des Sachverhalts im Zusammenhang mit der Begutachtung

Beiträge von
Stephan Bernard/Rafael Studer
Marc Graf
Elmar Habermeyer
Marianne Heer
Alain Joset
Hans-Ludwig Kröber
Steffen Lau
Niklaus Oberholzer
Wolfgang Wohlers

Stämpfli Verlag

Dieses Buch ist urheberrechtlich geschützt. Jede Form der Weitergabe an Dritte (entgeltlich oder unentgeltlich) ist untersagt. Die Datei enthält ein verstecktes Wasserzeichen, in dem die Daten des Downloads hinterlegt sind.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über http://dnb.d-nb.de abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten, insbesondere das Recht der Vervielfältigung, der Verbreitung und der Übersetzung. Das Werk oder Teile davon dürfen ausser in den gesetzlich vorgesehenen Fällen ohne schriftliche Genehmigung des Verlags weder in irgendeiner Form reproduziert (z.B. fotokopiert) noch elektronisch gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

© Stämpfli Verlag AG Bern · 2016

Dieses Werk ist in unserem Buchshop unter
www.staempfliverlag.com erhältlich.

ISBN E-Book 978-3-7272-5956-2
ISBN Print 978-3-7272-3223-7
ISBN Judocu 978-3-0354-1346-5

# Inhaltsübersicht

STEPHAN BERNARD, RAFAEL STUDER

**Prekäre Unschuld bei Begutachtungen ohne Tat- oder Schuldinterlokut ..... 1**

HANS-LUDWIG KRÖBER

**Der psychiatrische Gutachter und der schweigende Angeklagte..... 31**

NIKLAUS OBERHOLZER

**Feststellung des Sachverhalts im Zusammenhang mit der Begutachtung aus der Perspektive der Justiz ..... 43**

MARC GRAF

**Fremdanamnese: Die Sicht des forensisch-psychiatrischen Sachverständigen..... 57**

ELMAR HABERMEYER

**Parteigutachten: Die Sicht des forensisch-psychiatrischen Sachverständigen..... 67**

WOLFGANG WOHLERS

**Das Instrument der Fremdanamnese aus der Sicht des Strafprozessrechts ..... 77**

WOLFGANG WOHLERS

**Die Rolle und Funktion des Parteigutachtens aus der Sicht des Strafprozessrechts ..... 87**

MARIANNE HEER

**Zur Relevanz des Strafprozessrechts für aussagepsychologische Gutachten..... 97**



© Stämpfli Verlag AG – Urheberrechtlich geschütztes Material – Jede Weitergabe an Dritte ist untersagt.
Forum Justiz & Psychiatrie: Feststellung des Sachverhalts im Zusammenhang mit der Begutachtung, 2016

MARIANNE HEER

**Zum Problem des unvollständigen Sachverhalts im Zusammenhang mit aussagepsychologischen Gutachten..... 101**

WOLFGANG WOHLERS

**Die Fragestellung bei aussagepsychologischen Gutachten als Instrument zur Abgrenzung der Aufgabenbereiche von Strafjustiz und Sachverständigen ..... 109**

STEFFEN LAU

**Stellenwert von Therapieberichten aus Sicht des forensischen Psychiaters..... 119**

ALAIN JOSET

**Kritische Bemerkungen zu den Entscheidgrundlagen im Nachverfahren ..... 131**



© Stämpfli Verlag AG – Urheberrechtlich geschütztes Material – Jede Weitergabe an Dritte ist untersagt.
Forum Justiz & Psychiatrie: Feststellung des Sachverhalts im Zusammenhang mit der Begutachtung, 2016

# Vorwort

Nicht selten sehen sich Auftraggeber und Sachverständige mit der Frage konfrontiert, wie mit dem Sachverhalt umzugehen ist, der dem Strafverfahren zugrunde liegt. Sind psychiatrische Gutachten möglichst früh oder erst nach weitgehend abgeschlossenem Vorverfahren in Auftrag zu geben? Von welchen Fakten ist mit Blick auf die Unschuldsvermutung in einem frühen Stadium der Ermittlungen auszugehen? Wie geht der psychiatrische Sachverständige mit einem unklaren Sachverhalt um? Wäre im Gerichtsverfahren nicht vermehrt der sog. Schuldinterlokut vorzunehmen? Generell lässt sich die Frage diskutieren, welches Gewicht Bestreitungen des Exploranden bei der psychiatrischen Begutachtung zukommt. Strafprozessual ist der Betroffene nicht der Wahrheit verpflichtet, das Leugnen kann aber für den Psychiater durchaus eine Bedeutung haben.

Die Frage nach dem Sachverhalt ist auch verbunden mit dem Problem, welche Erhebungen die sachverständige Person selbst vornehmen soll oder darf. Sind Fremdanamnesen aus psychiatrischer Sicht notwendig? Wenn ja, unter welchen Bedingungen sind sie rechtlich zulässig?

Im Zusammenhang mit aussagepsychologischen Gutachten lässt sich das Problem erkennen, wie genau der Auftrag der sachverständigen Person lautet und welche Ermittlungen die sachverständige Person selbst vornehmen soll und darf. Die massgebende Literatur thematisiert diese Fragen kaum oder stützt sich auf die Rechtsprechung aus einer Zeit, zu welcher man auf die damit verbundenen strafprozessualen Probleme noch nicht so sensibel reagiert hatte.

Schliesslich lässt sich in der Praxis eine deutliche Zunahme von gerichtlichen Nachverfahren erkennen. Welche Tatsachen liegen solchen Entscheiden zugrunde? Welcher Stellenwert kommt dabei Therapieberichten zu? Hier lohnt sich nochmals ein Blick auf das Therapiegeheimnis, das an der letzten Tagung behandelt wurde. Wie sind von Vollzugsbehörden in Auftrag gegebene Gutachten, bei deren Zustandekommen der Betroffene zumeist nicht verteidigt ist, einzuordnen? Sind allgemein Gutachten, die nicht von Gerichten in Auftrag gegeben werden, vermehrt als Parteigutachten zu werten und was sind die Konsequenzen einer solchen Haltung? Oder sind Parteigutachten generell aufzuwerten?

Marianne Heer und Elmar Habermeyer, April 2016



© Stämpfli Verlag AG – Urheberrechtlich geschütztes Material – Jede Weitergabe an Dritte ist untersagt.
Forum Justiz & Psychiatrie: Feststellung des Sachverhalts im Zusammenhang mit der Begutachtung, 2016

© Stämpfli Verlag AG – Urheberrechtlich geschütztes Material – Jede Weitergabe an Dritte ist untersagt.
Forum Justiz & Psychiatrie: Feststellung des Sachverhalts im Zusammenhang mit der Begutachtung, 2016

# Prekäre Unschuld bei Begutachtungen ohne Tat- oder Schuldinterlokut[1]

STEPHAN BERNARD, RAFAEL STUDER

## Inhaltsverzeichnis

I. Einleitung ..... 2
A. Ausgangsfall – Richterliches Moraldilemma ..... 2
B. Anknüpfungspunkt und These ..... 4
II. Prekäre Unschuld im Status quo ..... 6
A. Unschuldsvermutung bei der Begutachtung ..... 6
B. Fallstricke der Unschuldsvermutung ..... 9
1. Belastungs-Zirkelschluss ..... 9
2. Moraldilemma ..... 10
3. Beweiswürdigung ..... 12
C. Spezialfall: Geständnis beim Gutachter ..... 13
III. Begutachtung mit Tat- oder Schuldinterlokut ..... 17
A. Wurzeln der Zweiteilung ..... 17
B. Schuldinterlokut ..... 18
C. Tatinterlokut ..... 20
D. Einwände gegen die Zweiteilung ..... 22
E. Darüber hinausgehende Vorzüge ..... 24
IV. Bilanzierender Ausblick ..... 27

[1] Am 16.9.2015 hielt STEPHAN BERNARD an der interdisziplinären Tagung «Feststellung des Sachverhalts im Zusammenhang mit der Begutachtung» des «Forum Justiz und Psychiatrie» den Eröffnungsvortrag, der im Wesentlichen diesem Aufsatz entspricht. Die aufgeworfene Idee der Zweiteilung des Verfahrens wurde verschiedentlich wieder aufgegriffen und schien sich wie ein roter Faden durch die Tagung zu ziehen. In der Diskussionsrunde war unseres Ermessens eine grundsätzliche Tendenz zur Bejahung der Nützlichkeit einer Zweiteilung heraus zu hören. Zumindest unter den anwesenden Juristen schien auch ein Konsens auszumachen, dass die Parteirechte der beschuldigten Person anlässlich einer Begutachtung uneingeschränkt garantiert werden sollten. Einige Meinungsäusserungen in der Diskussion oder den Vorträgen, die mit dem Thema dieses Aufsatzes zusammenhängen, konnten vorliegend Berücksichtigung finden und sind am der thematisch passenden Stelle in die Fussnoten eingewoben (Fn. 61, 62, 91, 100, 109 und 126).



© Stämpfli Verlag AG – Urheberrechtlich geschütztes Material – Jede Weitergabe an Dritte ist untersagt.
Forum Justiz & Psychiatrie: Feststellung des Sachverhalts im Zusammenhang mit der Begutachtung, 2016

# I. Einleitung[2]

## A. Ausgangsfall – Richterliches Moraldilemma

HERR K. steht im Verdacht, eine Frau mit Down-Syndrom vergewaltigt zu haben. Zudem hat er bei seiner Verhaftung «Gewalt und Drohung gegen Beamte» ausgeübt. Zu letzterem steht er; ersteres bestreitet er. Weil HERR K. bereits vor mehreren Jahren zwei Frauen vergewaltigt und sexuell genötigt hatte und dafür zu einer mehrjährigen Freiheitsstrafe verurteilt worden war, gibt der untersuchungsführende Staatsanwalt im Vorverfahren ein psychiatrisches Gutachten in Auftrag. Dieses soll sich u.a. zur Rückfallgefahr und zur Notwendigkeit einer Massnahme äussern. Wie üblich wird dem Gutachter der ganze, zur Untersuchung stehende Verdacht unterbreitet und dient ihm als Sachverhaltshypothese. In seiner Expertise diagnostiziert der psychiatrische Sachverständige eine sehr hohe Rückfallgefahr für Sexualdelikte, der einzig mit einer stationären Massnahme begegnet werden könne. Es kommt zur Anklage. Diese stützt sich bezüglich der Vergewaltigung ausschliesslich auf die belastenden Aussagen der Privatklägerin. Bei der Lektüre der Protokolle hat man den diffusen Eindruck, dass die Privatklägerin tatsächlich Opfer eines sexuellen Übergriffs wurde. Die Aussagen sind aber, mutmasslich auch wegen der geistigen Behinderung der Geschädigten, gemessen an den gerichtsüblichen Realkennzeichen sehr vage und auch im Kerngeschehen sehr unpräzis, teils auch widersprüchlich.[3]

Wie das Gericht am Ende entscheidet, kann offen bleiben. Aber es ist durchaus denkbar, dass der Fall dem einen Richter oder der anderen Richterin der zuständigen Kammer den Schlaf raubt. Denn die Konstellation ist ein Lehr-

[2] Für eine grundlegende Einleitung in die Thematik und eine rechtspolitische Verortung sei auf eine frühere Publikation von uns hingewiesen: S. BERNARD/R. STUDER, Psychiatrische Gutachter ohne strafprozessuale Kontrolle?, ZStrR 2015, S. 76, insbesondere S. 77 ff. und S. 97 ff.; zum Anderen stützen wir uns hier auf frühere Veröffentlichungen von STEPHAN BERNARD, namentlich: S. BERNARD, Sicherheitsgesellschaft und psychiatrische Begutachtungspraxis im Strafverfahren, in: Jusletter vom 13.2.2012 und S. BERNARD/A. M. BINDER, Neue StPO: Nach wie vor keine Kontrolle der sogenannten Erhebung bei psychiatrischen Begutachtungen?, Anwaltsrevue 2011, S. 9-15. Bereits vor ca. 10 Jahren hat indessen MATTHIAS BRUNNER die fehlende Kontrolle der Psychiater in Strafverfahren erkannt und aus anwaltlicher Sicht publizistisch aufgenommen: M. BRUNNER, Psychiatrische Begutachtung – Aspekte der Verteidigung, in: Gericht und Expertise, hrsg. von M. Heer/C. Schöbi, Bern 2005, S. 185-203; sowie DERS., Die Verlässlichkeit von psychiatrischen Gutachten, in: Strafjustiz zwischen Anspruch und Wirklichkeit, hrsg. von N. Capus/J.-L. Bacher, Bern 2010, S. 303-314.

[3] Der Fall ist erfunden, aber durch STEPHAN BERNARDS Praxis inspiriert und lehnt sich nur so nahe an reale Fälle an, dass dem Anwaltsgeheimnis Genüge getan wird.



© Stämpfli Verlag AG – Urheberrechtlich geschütztes Material – Jede Weitergabe an Dritte ist untersagt.
Forum Justiz & Psychiatrie: Feststellung des Sachverhalts im Zusammenhang mit der Begutachtung, 2016

buchbeispiel für ein richterliches Moraldilemma[4]: Hält das Gericht den Grundsatz «in dubio pro reo» hoch und spricht es HERRN K. frei, folgt es der verfassungsrechtlichen Vorgabe und hält sich ans Recht; es wird aber, glaubt man dem schlüssigen Gutachten, wahrscheinlich ein weiteres oder gar mehrere weitere Sexualopfer geben. Schützt das Gericht dagegen potentielle, künftige Opfer und schickt es HERRN K. in eine stationäre Massnahme, so verletzt es ein zentrales Verfassungsprinzip. Der Grundsatz im Zweifel für den Angeklagten droht in einer rechtstatsächlichen Betrachtung ohnehin stetig unterlaufen zu werden, gerade bei Sexualdelikten.[5] Überzeugend auf den Punkt brachte dies der ehemalige Solothurner Oberrichter URS BANNWART: Er führte in einem Vortrag aus, der Grundsatz im Zweifel für die Beschuldigte bedeute spiegelbildlich im Zweifel gegen das Opfer; bei Sexual- und Gewaltdelikten mache uns dies besonders Mühe, seien wir doch gleichsam im emotionalen Impuls näher beim leidenden Menschen. Deshalb seien wir in solchen Fällen aus Empathie für das (mutmassliche) Opfer geneigt, vom Grundsatz «in dubio pro reo» abzuweichen.[6] In Konstellationen wie der eingangs geschilderten akzentuiert sich dies ganz besonders und gleich in doppelter Hinsicht: Die gutachterliche Einschätzung verstärkt die richterliche Vermutung, dass tatsächlich etwas vorgefallen sein muss. Gleichzeitig kann der diagnostizierten dringenden Massnahmeindikation nur im Falle eines Schuldspruchs wegen des Sexualdeliktes Folge geleistet werden. Fest steht: Die Unschuldsvermutung hat hier sicher in einer rechtstatsächlichen Betrachtung keinen allzu leichten Stand.

---

4 Weiterführend R. LUDEWIG-KEDMI, Moraldilemmata von Richtern, SZK 1/2004, S. 9, 9 ff. sowie Moraldilemmata von Richtern und Rechtsanwälten, hrsg. von B. Ehrenzeller/R. Ludewig-Kedmi, St. Gallen 2006.

5 S. BERNARD, In dubio pro reo?, forumpoenale 2013, S. 112, 112 ff. mit Verweisen.

6 U. BANNWART, «Zwischen Wahrheit und Lüge», Vortrag an einem aussagepsychologischen Seminar der Universität St. Gallen vom 12.2.2008, S. 8, soweit ersichtlich nicht publiziert; pointierte Stimmen wie der Kachelmann-Verteidiger JOHANN SCHWENN halten (für Deutschland) sogar fest, in solchen Fällen habe faktisch schon längst eine Beweislastumkehr stattgefunden, was wir mindestens für die Schweiz in der Absolutheit für übertrieben halten, J. SCHWENN, Fehlurteile und ihre Ursache – die Wiederaufnahme im Verfahren wegen sexuellen Missbrauchs, StV 2010, S. 705, 705 ff.; einher gehen wir aber mit dem führenden Aussagepsychologen MAX STELLER, dass in der Beurteilung von Sexualdelikten zumindest ein eigentlicher Paradigmenwechsel statt gefunden hat und diese Delikte heute sehr ernst genommen werden, so dass mindestens manchmal der Eindruck entsteht, dass in dem Bereich die Beweislast umgedreht werde: M. STELLER, Nichts als die Wahrheit?, München 2015, S. 18 f. Eine US-amerikanische Untersuchung führte überdies empirisch belegt zutage, dass bei Vergewaltigungsvorwürfen eine Verurteilung Unschuldiger besonders häufig vorkomme, P. BOSSHARD, Die Verurteilung Unschuldiger, 2012, S. 184, 184, mit entsprechendem Verweis.



© Stämpfli Verlag AG – Urheberrechtlich geschütztes Material – Jede Weitergabe an Dritte ist untersagt.
Forum Justiz & Psychiatrie: Feststellung des Sachverhalts im Zusammenhang mit der Begutachtung, 2016

## B. Anknüpfungspunkt und These

Wir haben in einer früheren Publikation bereits darauf hingewiesen, dass die Auftragsvergabe durch den verfahrensleitenden Staatsanwalt im Lichte der EMRK und der Strassburger Rechtsprechung bedenklich ist.[7] Es besteht die Gefahr, dass die Staatsanwaltschaft den Sachverständigen ergebnisorientiert auswählt, und gleichzeitig droht der einzelne Gutachter in Versuchung zu geraten, die Begutachtungen im Sinne des Auftraggebers zu erstellen, um bei weiteren Aufträgen berücksichtigt zu werden, was unseres Erachtens Art. 6 EMRK zuwider läuft.[8] Aus diesem Grund haben wir dafür plädiert, dass Sachverständige nicht mehr direkt vom verfahrensleitenden Staatsanwalt eingesetzt werden.[9] Eine vergleichbare Situation besteht auch in Österreich,[10] wo kürzlich ein wegweisender Entscheid des Verfassungsgerichtshofs[11] die Problematik aufgezeigt hat.[12] Das Erkenntnis[13] erklärte eine Wortfolge der Straf-

7 BERNARD/STUDER (Fn. 2), S. 84 ff.

8 Detailliert unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des EGMR siehe BERNARD/STUDER (Fn. 2), S. 84 ff.

9 Vgl. inklusive diverser Änderungsvorschläge de lege lata und de lege ferenda BERNARD/STUDER (Fn. 2), S. 90-92.

10 Aufgrund einer Strafprozessreform entfiel ab 1.1.2008 in Österreich das Institut des Untersuchungsrichters und nunmehr bestellt – von wenigen Ausnahmen abgesehen – die Staatsanwaltschaft die Sachverständigen im Vorverfahren vgl. H. HINTERHOFER, Sachverständigenbeweis, Bestellung, Auswahl, Rechte und Pflichten des Sachverständigen, Österreichische Juristen-Zeitung (ÖJZ) 2008, S. 397, 397 f.

11 Der österreichische Verfassungsgerichtshof gilt als ältestes Verfassungsgericht, das zu einer Normenkontrolle ermächtigt ist; zu der überragenden Bedeutung einer seiner Gründerväter HANS KELSEN auf das (österreichische) Verfassungsrecht, T. ÖHLINGER, Die Bedeutung Hans Kelsens im Wandel, Überarbeitete Fassung eines Vortrages, gehalten im Österreichischen Parlament im Frühjahr 2003, abrufbar unter: <http://www.demokratiezentrum.org/fileadmin/media/pdf/oehlinger_kelsen.pdf>, zuletzt besucht am 14.4.2016.

12 Erkenntnis des österreichischen Verfassungsgerichtshofs vom 10.3.2015, G 180/2014-30 u.a., bemerkenswert insbesondere die sich im Ergebnis als zutreffend erwiesenen (siehe N. 30 ff. des Urteils) Bedenken des antragstellenden Obersten Gerichtshofs (N. 7 ff. und N. 25 ff.), prägnant N. 7: «Zwar werden Staatsanwälte […] als Organe der Gerichtsbarkeit bezeichnet und sind […] zur Objektivität verpflichtet. In der Hauptverhandlung sind sie als Anklagevertreter jedoch Beteiligte des Verfahrens […] und nehmen strukturell eine Gegenposition zum Angeklagten ein. Aufgrund dieses Rollenwechsels ist auch der von der Staatsanwaltschaft (im Ermittlungsverfahren) bestellte und geführte Sachverständige, soweit sich die Anklage begründend auf dessen Expertise stützt und ihn das Gericht für das Hauptverfahren neuerlich bestellt […], als 'Zeuge der Anklage' im Sinn eines – nach dem gebotenen strengen Maßstab – von einer Verfahrenspartei nicht unabhängigen Sachverständigen zu sehen; auch die spätere gerichtliche Bestellung ändert an dem bereits entstandenen Anschein einen Naheverhältnisses zur Gegenpartei des Angeklagten nichts mehr […].» abrufbar unter: <https://www.vfgh.gv.at/cms/vfgh-site/attachments/0/0/9/CH0006/CMS1427957614712/sachvwerstaendigeentscheidung.pdf>, zuletzt besucht am 14.4.2016.

13 «Das Erkenntnis» bedeutet in Österreich Gerichtsurteil.



© Stämpfli Verlag AG – Urheberrechtlich geschütztes Material – Jede Weitergabe an Dritte ist untersagt.
Forum Justiz & Psychiatrie: Feststellung des Sachverhalts im Zusammenhang mit der Begutachtung, 2016

prozessordnung, die im Zusammenhang mit der Bestellung von Sachverständigen stand, für verfassungswidrig, da sie der EMRK widerspreche.[14]

Nachfolgend wird im Lichte der Unschuldsvermutung ein weiterer Aspekt der psychiatrischen Begutachtung im Strafverfahren unter die Lupe genommen: Der Zeitpunkt, in dem psychiatrische Gutachten in Auftrag gegeben und in den Prozess eingeführt werden. Das Spannungsverhältnis zwischen diesem Zeitpunkt und der Unschuldsvermutung wurde in der Schweiz bisher nicht ausführlich ausgeleuchtet.[15] Unsere These dazu lautet: Der frühe Zeitpunkt, in dem die psychiatrischen Expertisen im schweizerischen Strafverfahren in Auftrag gegeben und in den Prozess eingeführt werden, droht den Grundsatz der Unschuldsvermutung faktisch zu unterlaufen. Der Aufsatz zeigt indes nicht bloss die Problematik in der bisherigen Praxis auf, sondern leitet als Lösungsvorschlag die Zweiteilung der Hauptverhandlung im Sinne eines Tat- oder Schuldinterlokuts her.

---

[14] Es wurde eine Bestimmung (resp. Wortfolge) der österreichischen Strafprozessordnung für verfassungswidrig erklärt, die vorsah, dass ein Strafgericht einen Gutachter, der bereits im strafprozessualen Vorverfahren für die Staatsanwaltschaft tätig wurde, auch für das gerichtliche Hauptverfahren bestellen konnte, ohne dass der Angeklagte eine effektive Möglichkeit hatte, sich dagegen zu wehren; der Verfassungsgerichtshof stellte fest, dass dies der Waffengleichheit widerspreche, wie sie in Art. 6 Ziff. 1 und Ziff. 3 lit. d EMRK garantiert werde (siehe N. 24 ff. des Urteils [Fn. 12]).

[15] Folgende Schweizer Autorinnen und Autoren lassen das Spannungsverhältnis der Unschuldsvermutung und der psychiatrischen Begutachtung anklingen: vgl. E. TOPHINKE, Das Grundrecht der Unschuldsvermutung, Diss. Bern, Bern 2000, S. 294 ff. insbesondere S. 296 f.; vgl. M. HAURI/P. VENETZ, in: Basler Kommentar Strafprozessordnung, hrsg. von M. A. Niggli/M. Heer/H. Wiprächtiger, 2. Aufl., Basel 2014, Art. 342 N. 3; T. MAURER, Das bernische Strafverfahren, 2. Aufl., Bern 2003, S. 445; vgl. B. BILAND-ZIMMERMANN, Das Schuldinterlokut in der Hauptverhandlung, Diss. Zürich, Zürich 1975, S. 46 f.; vgl. S. TRECHSEL, Die Entwicklung der Mittel und Methoden des Strafrechts, ZStrR 1974, S. 286 f.; aktuell aus der forensischen Psychiatrie vgl. E. HABERMEYER/J. SACHS, Aufgaben und Rolle der forensischen Psychiatrie, in: Jusletter vom 27.4.2015, N. 6, die eine Beeinflussung des Gerichts befürchten; dagegen nicht explizit auf psychiatrische Gutachten bezogen, jedoch auf die Gefährdung der unvoreingenommenen Beweiswürdigung durch eine detaillierte Erörterung der Persönlichkeit hinweisend: M. SCHUBARTH, Zur Tragweite des Grundsatzes der Unschuldsvermutung, Basel 1978, S. 20 f. und H. SCHÖCH, Neuere Entwicklungen in der Strafverfahrensforschung, ZStrR 1981, S. 293, 304; weitere Autoren gehen auf die Problematik des zum Zeitpunkt der Beauftragung nicht fixierten Sachverhalts ein, behandeln aber nicht explizit die Wirkung des auf dieser Grundlage erstellten psychiatrischen Gutachtens auf die Beweiswürdigung: M. HEER, Basler Kommentar Strafrecht I, hrsg. von M. A. Niggli/H. Wiprächtiger, 3. Aufl., Basel 2013, Art. 56 N. 64a f. und BSK StPO-DIES. (Fn. 15), Art. 184 N. 29 ff.; vgl. auch M. BRUNNER, Psychiatrische Gutachter agieren im rechtsfreien Raum, Plädoyer 3/2005, S. 36, 40.



© Stämpfli Verlag AG – Urheberrechtlich geschütztes Material – Jede Weitergabe an Dritte ist untersagt.
Forum Justiz & Psychiatrie: Feststellung des Sachverhalts im Zusammenhang mit der Begutachtung, 2016

# II. Prekäre Unschuld im Status quo

## A. Unschuldsvermutung bei der Begutachtung

Die Unschuldsvermutung wird als Grundsatz in Art. 10 Abs. 1 und 3 StPO festgehalten und auch verschiedentlich durch das überordnetet Recht garantiert (Art. 6 Abs. 2 EMRK und Art. 32 Abs. 1 BV).[16] Der Grundsatz «in dubio pro reo» gilt als Teilgehalt der Unschuldsvermutung.[17] Das Bundesgericht führt konstant aus, «der Grundsatz ‹in dubio pro reo› betreffe sowohl die Verteilung der Beweislast als auch die Würdigung der Beweise. Als Beweislastregel bedeute er, dass der Richter den Angeklagten freisprechen müsse, wenn er nicht sämtliche schuld- und strafbegründenden Tatsachen für nachgewiesen erachte. Als Beweiswürdigungsregel besage die Maxime, dass sich der Richter nicht von einem Sachverhalt überzeugt erklären dürfe, wenn bei objektiver Betrachtung erhebliche und unüberwindliche Zweifel bestehen blieben, ob sich der Sachverhalt verwirklicht habe.»[18] Die Wirkung der Unschuldsvermutung beschränkt sich nun aber nicht auf den Imperativ «in dubio pro reo!».[19] Sie entfaltet sich vielmehr bereits im Vorfeld der Entscheidung, dann, wenn die Bedingungen für ein unvoreingenommenes Urteil geschaffen werden; Bedingungen, deren Erfüllung leichter zu kontrollieren ist als der Vorgang der Überzeugungsbildung selber.[20] Das Prinzip der Unschuldsvermutung verlangt also Strafverfahren auch strukturell so einzurichten, dass diesem Grundsatz tatsächlich nachgelebt wird und werden kann.[21]

---

16 Statt vieler N. SCHMID, Schweizerische Strafprozessordnung (StPO), Praxiskommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2013, Art. 10 N. 1, der ausserdem auf den deckungsgleichen Art. 14 Abs. 2 IPBPR verweist.

17 W. WOHLERS, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), hrsg. von A. Donatsch/T. Hansjakob/V. Lieber, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, Art. 10 N. 1; die Terminologie differiert leicht, SCHMID Praxiskommentar (Fn. 16), Art. 10 N. 1 bezeichnet «in dubio pro reo» als einen «daraus abgeleiteter Grundsatz».

18 Statt vieler BGE 120 Ia 33, E. 2 a).

19 S. TRECHSEL, Struktur und Funktion der Vermutung der Schuldlosigkeit, SJZ 1981, S. 317, 322; der Autor weist auf S. 317, 319 ausserdem konzis auf die verschieden Facetten der Unschuldsvermutung hin und unterscheidet zwischen dem relativen und dem absoluten Charakter der Garantie.

20 TRECHSEL SJZ (Fn. 19), S. 322, spricht von «Vorwirkungen der Vermutung der Schuldlosigkeit».

21 SCHUBARTH (Fn. 15), S. 18; TRECHSEL SJZ (Fn. 19), S. 317, 319, 322; vgl. auch D. KRAUSS, Der Grundsatz der Unschuldsvermutung im Strafverfahren, in: Wer bekommt Schuld? Wer gibt Schuld?, Gesammelte Schriften von Detlef Krauss, hrsg. von G. Heine/M. Pieth/K. Seelmann, Zürich/Berlin 2011, S. 143, 149 ff.; ebenso K. MEYER, Grenzen der Unschuldsvermutung, Festschrift für Herbert Tröndle, hrsg. von H.-H. Jescheck/T. Vogler, Berlin 1989, S. 61, 64, der im Widerspruch zu MARTIN SCHUBARTH und DETLEF KRAUSS jedoch verneint, dass die Unschuldsvermutung eine



© Stämpfli Verlag AG – Urheberrechtlich geschütztes Material – Jede Weitergabe an Dritte ist untersagt.
Forum Justiz & Psychiatrie: Feststellung des Sachverhalts im Zusammenhang mit der Begutachtung, 2016

Kontrastiert man diese menschenrechtliche Vorgabe der Unschuldsvermutung mit der Begutachtungspraxis im schweizerischen Strafverfahren ergibt sich folgendes: Gemäss Art. 184 Abs. 1 StPO ernennt die Verfahrensleitung die sachverständige Person. Die damit beauftragten Gutachter werden in der Schweiz aufgrund der gegenwärtigen Praxis zu Art. 308 Abs. 1 und 3 StPO regelmässig nicht durch das Gericht, sondern bereits im Vorverfahren durch die Staatsanwaltschaft ausgewählt und beauftragt. Dabei wird meist nur dann ein weiteres Gutachten angeordnet, wenn das Gericht das bestehende amtliche Gutachten für klar unzureichend und kaum verwertbar erachtet.[22] Liegen keine für das Gericht erkennbaren Mängel vor,[23] bleibt es in aller Regel bei einem einzelnen amtlichen Gutachten.[24] Diese psychiatrischen Gutachten zur Schuldfähigkeit, aber auch zu Rückfallprognose und Massnahmeindikation werden in der gegenwärtigen Praxis spätestens mit der Anklage und somit vor der sachgerichtlichen Beurteilung des strafrechtlich relevanten Sachverhalts in die Akten gelegt.[25] Dazu wird dem Sachverständigen vom Verfahrensleiter der Sachverhalt vorgegeben, den er seiner Expertise zugrunde zu legen hat. Diese vorgegebenen Tatsachen werden als Anknüpfungstatsachen bezeichnet.[26] Von diesen klaren Vorgaben ausgehend sollte der Experte seine Begutachtung ausarbeiten – soweit die Theorie.

Oftmals stehen die Dinge aber komplizierter. Ganz grundsätzlich als Ausfluss der Unschuldsvermutung, aber auch rechtstatsächlich steht im Vorverfahren noch nicht fest, ob ein Beschuldigter verurteilt wird und wenn ja, wegen welchen Delikten. Gerade wenn die beschuldigte Person die Tat (glaubwürdig) bestreitet oder wenn ein begründeter Anlass besteht, dass ein Geständnis nicht überzeugend ist, können die Anknüpfungstatsachen nicht als zuverlässiges Fundament gelten.[27] Es macht einen fundamentalen Unterschied für die juris-

---

solch tiefgreifende Veränderung des Strafprozesses wie die Einführung des Schuldinterlokuts verlange.

22 H. WIPRÄCHTIGER, Immer mehr, immer aufwändigere und teurere forensisch psychiatrische Gutachten: Welcher Aufwand ist wirklich notwendig? Die Sicht des Richters, in: Strafjustiz zwischen Anspruch und Wirklichkeit, hrsg. von N. Capus/J.-L. Bacher, Bern 2010, S. 315, 319 f.

23 Siehe Art. 189 StPO.

24 Vgl. aus der Praxis BERNARD Begutachtungspraxis (Fn. 2), N. 4, der aufzeigt, dass Zweitgutachten eine Rarität sind.

25 BSK StPO-HEER (Fn. 15), Art. 184 N. 1.

26 A. DONATSCH/C. SCHWARZENEGGER/W. WOHLERS, Strafprozessrecht, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, S. 165.

27 Zu falschen Geständnissen siehe N. DONGOIS/J. VUILLE, Quelques aspects criminologiques de l'erreur judiciaire, Le problème des faux aveux, in: Strafjustiz zwischen Anspruch und Wirklichkeit, hrsg. von N. Capus/J.-L. Bacher, Bern 2010, S. 247, 247 ff.; R. VOLBERT, Falsche Geständnisse bei Kapitaldelikten: Grundlagen, in: Festschrift für Ulrich Eisenberg zum 70. Geburtstag, hrsg. von H. E. Müller/G. M. Sander/H. Válková, München 2009, S. 205, 205 ff.; M. STELLER, Falsche



© Stämpfli Verlag AG – Urheberrechtlich geschütztes Material – Jede Weitergabe an Dritte ist untersagt.
Forum Justiz & Psychiatrie: Feststellung des Sachverhalts im Zusammenhang mit der Begutachtung, 2016

tische und psychiatrische Beurteilung, ob ein Beschuldigter freigesprochen wird, wegen sämtlicher zur Untersuchung stehender Sachverhalte schuldig gesprochen oder bloss wegen eines Teils der angeklagten Delikte verurteilt wird. Um dieser erkannten Problematik zu entkommen, wird vorgeschlagen, es müsse für den Experten ersichtlich sein, welche Tatsachen als erstellt gelten können und welche dem Gutachten bloss als Annahmen zugrunde zu legen seien. Bei unklaren Verhältnissen könne dem Sachverständigen aufgetragen werden, von Sachverhaltshypothesen auszugehen.[28] Der Lösungsvorschlag bleibt allerdings auf halber Strecke stehen. Der bekannte deutsche Psychiater NORBERT LEYGRAF stellt dazu pointiert, aber in der Sache völlig richtig fest: «Nur gibt es leider in den Fällen, in denen die Tat gänzlich bestritten wird, gutachterlich keine eigentliche Alternativmöglichkeit. Der Gutachter kann sinnvoll nur zur einen Alternative, nämlich der Täterschaft, etwas sagen, weil bei der anderen – also der Nicht-Täterschaft – sein Gutachten gegenstandlos wäre.»[29] Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) hat in der Entscheidung *Bernard v. France* dennoch festgehalten, dass es an sich nicht zu beanstanden sei, dass der Sachverständige von der Hypothese ausgegangen war, der Angeschuldigte habe die Tat begangen, die erst Gegenstand der Strafuntersuchung war.[30] Diese Haltung hängt wohl auch stark mit der Zurückhaltung des EGMR zu Fragen der Beweiserhebung zusammen;[31] ob damit der Unschuldsvermutung genüge getan wurde, wird zu-

Geständnisse bei Kapitaldelikten: Praxis – Der Fall Pascal, in: Festschrift für Ulrich Eisenberg zum 70. Geburtstag, hrsg. von H. E. Müller/G. M. Sander/H. Válková, München 2009, S. 213, 213 ff.; E. WESCHKE, Prävention und Kriminalpolitik, in: Festschrift für Ulrich Eisenberg zum 70. Geburtstag, hrsg. von H. E. Müller/G. M. Sander/H. Válková, München 2009, S. 219, 219 ff.; B. BENEKE, Das falsche Geständnis als Fehlerquelle im Strafverfahren unter kriminologischen, speziell kriminalpsychologischen Aspekten, Frankfurt a. M./Bern/New York/Paris 1990, S. 121 ff.; S. STERN, Der Geständniswiderruf in der Strafverteidigerpraxis, Bielefeld 1986, S. 35 ff. und geradezu klassisch K. PETERS, Fehlerquellen im Strafprozess, Eine Untersuchung zum Wiederaufnahmeverfahren in der Bundesrepublik Deutschland, I. Band, Karlsruhe 1970, S. 521-570.

28 A. DONATSCH/S. ZUBERBÜHLER, Die Nutzung von Expertenwissen im Strafverfahren – am Beispiel des Kantons Zürich sowie des Entwurfs für eine eidgenössische Strafprozessordnung, in: Festschrift für Franz Riklin, hrsg. von J. H. Pozo/M. A. Niggli/N. Queloz, Zürich 2007, S. 337, 348.

29 N. LEYGRAF, Probleme der psychiatrischen Begutachtung bei nichtgeständigen Beschuldigten, in: Die Sprache des Verbrechens – Wege zu einer klinischen Kriminologie, hrsg. von N. Leygraf/R. Volbert/H. Horstkotte/S. Fried, Stuttgart/Berlin/Köln 1993, S. 78, 83.

30 EGMR vom 26.9.2006, *Bernard v. France*, §§ 38-39; eine Besprechung auf Deutsch bei TOPHINKE (Fn. 15), S. 294 ff.

31 Vgl. R. ESSER, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht, Diss. Trier, Berlin 2002, S. 705 f.



© Stämpfli Verlag AG – Urheberrechtlich geschütztes Material – Jede Weitergabe an Dritte ist untersagt.
Forum Justiz & Psychiatrie: Feststellung des Sachverhalts im Zusammenhang mit der Begutachtung, 2016