

# **BE\_ZIVILSTRAF BK 2015 201 vom 17. August 2015**

BE Obergericht, 2015-08-17, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be\\_zivilstraf\\_BK\\_2015\\_201](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be_zivilstraf_BK_2015_201)

FR: BE\_ZIVILSTRAF BK 2015 201 du 17 août 2015

IT: BE\_ZIVILSTRAF BK 2015 201 del 17 agosto 2015

## **Regeste**

Delegation gutachterlicher Aufgaben (Leitentscheid) | Andere Verfügungen StA, Polizei (393-a)

## **Erwägungen**

### **E. 4.1**

Der Beschwerdeführer macht ferner geltend, das von Dr. med. C. verfasste Gutachten sei unverwertbar, weil der Gutachtauftrag der Staatsanwaltschaft an Dr. med. D. gegangen und dieser höchstpersönlich sei. Eine Delegation sei demzufolge unzulässig.

### **E. 4.2**

Die Staatsanwaltschaft hat in der angefochtenen Verfügung erwogen, gestützt auf Art. 183 StPO i.V.m. Art. 36 Abs. 3 EG ZSJ sowie gemäss Praxis und getreu der Abmachung mit dem forensisch-psychiatrischen Dienst (nachfolgend FPD) sei der Gutachtauftrag an die Direktion bzw. [...] Dr. med. D. zwecks eventueller Zuweisung an einen Facharzt gerichtet worden. Dieser Auftrag sei in der Folge intern an Dr. med. C. zugewiesen worden. Eine vor der Begutachtung schriftliche Bekanntgabe durch den FPD, wer der zuständige Facharzt sei, habe im Zeitpunkt der Begutachtung nicht der Praxis entsprochen. Dass Dr. med. C. für die Begutachtung verantwortlich gewesen sei, sei den Parteien indes spätestens mit der Eröffnung der Vorabstellungnahme bekannt gewesen. Die Verteidigung habe hinsichtlich der Vorabstellungnahme wie auch später keine Anträge gestellt oder sonstige Einwände angebracht. Vor diesem Hintergrund erscheine der nun gestellte Antrag auf Neubegutachtung durch Dr. med. D. als rechtsmissbräuchlich.

### **E. 4.3**

Der Beschwerdeführer bringt dagegen vor, ihm sei keinesfalls rechtzeitig die Gelegenheit eingeräumt worden, sich zur Person des Gutachters zu äussern. Er habe hierzu nie vorab Stellung nehmen können. Wenn er erst bei Vorliegen des (Teil-)Gutachtens erfahre, wer der Gutachter sei, sei dies viel zu spät. Unter diesen Umständen könne sicher nicht davon ausgegangen werden, dass der Antrag auf Neubegutachtung zu spät und daher rechtsmissbräuchlich sei. Im Weiteren sei die Feststellung, der Auftrag sei zwecks Zuweisung an einen Facharzt erfolgt, schlicht falsch. Gemäss Gutachtauftrag hätte Dr. med. D. höchstens Hilfspersonen beiziehen, nicht aber gänzlich der Begutachtung fernbleiben können. Art. 184 und Art. 185 Abs. 1 StPO würden eindeutig bestimmen, dass eine sachverständige Person – und nicht ein Institut – zu ernennen und diese für das Gutachten persönlich verantwortlich sei.

### **E. 5.1**

Entgegen der Auffassung der Staatsanwaltschaft kann die Rüge des Beschwerdeführers, das Gutachten sei unverwertbar, nicht als verspätet oder rechtsmissbräuchlich bezeichnet werden. Die beschuldigte Person ist nicht verpflichtet, die behauptete Unverwertbarkeit eines Beweismittels unverzüglich geltend zu machen (im Gegensatz etwa zu Ausstandsgründen, vgl. Art. 58 Abs. 1 StPO). Ein (unbewusstes) Verstreichenlassen der Möglichkeit der Rüge stellt weder einen Verzicht dar noch ist es einem solchen gleichzustellen (GLESS, in: Basler Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 2014, Art. 141 N 18a). Das Vorbringen des Beschwerdeführers ist somit im Nachfolgenden materiell zu behandeln.

### **E. 5.2**

Als Sachverständige können natürliche Personen ernannt werden, die auf dem betreffenden Fachgebiet die erforderlichen besonderen Kenntnisse und Fähigkeiten besitzen (Art. 183 Abs. 1 StPO). Bund und Kantone können für bestimmte Gebiete dauernd bestellte oder amtliche Sachverständige vorsehen (Art. 183 Abs. 2 StPO). Die von der Verfahrensleitung eingesetzte sachverständige Person hat das Gutachten selbst zu erstellen und ist dafür persönlich verantwortlich (vgl. Art. 185 Abs. 1 StPO; HEER, in: Basler Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 2014, Art. 183 N 9; DONATSCH, 3 in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 2014, Art. 183 N 1). Eine (vollständige) Delegation der gutachterlichen Aufgaben durch die ernannte sachverständige Person an Dritte ist unzulässig (HEER, a.a.O., Art. 183 N 9 und Art. 185 N 14; DONATSCH, a.a.O., Art. 185 N 1).

### **E. 5.3**

Den Akten lässt sich entnehmen, dass die Staatsanwaltschaft am 20. Oktober 2014 beim FPD ein psychiatrisches Gutachten in Auftrag gab. Der Auftrag war an Dr. med. D. adressiert und darin wurde ausdrücklich festgehalten, dass sie zur sachverständigen Person ernannt werde (vgl. S. 1 der Verfügung: „Ich ernenne Sie hiermit zur sachverständigen Person“). Am 23. Oktober 2014 teilte die Staatsanwaltschaft zudem dem damaligen Verteidiger des Beschwerdeführers, Rechtsanwalt Z., auf dessen Nachfrage hin mit, dass es sich bei der beauftragten Gutachterin um Dr. med. D. handle (vgl. handschriftliche Notiz der Staatsanwaltschaft auf der Eingabe von Rechtsanwalt Z. vom 22. Oktober 2014). Schliesslich geht auch aus der Verfügung der Staatsanwaltschaft vom 20. November 2014 betreffend Ablehnung von Dr. med. D. durch den Beschwerdeführer hervor, dass die Staatsanwaltschaft – jedenfalls zu diesem Zeitpunkt – davon ausging, dass die Begutachtung durch Dr. med. D. erfolgen wird. Unter diesen Umständen macht der Beschwerdeführer zu Recht geltend, die Staatsanwaltschaft habe formell Dr. med. D. als sachverständige Person eingesetzt. Demgegenüber findet die Auffassung der Staatsanwaltschaft, der Gutachterauftrag sei an die Direktion bzw. an Dr. med. D. zwecks eventueller Zuweisung an einen Facharzt gerichtet worden, in den Akten keine Stütze. Abgesehen davon können gemäss Art. 183 Abs. 1 StPO nur natürliche Personen als Sachverständige eingesetzt werden. Die Ernennung einer juristischen Person bzw. einer Institution ist ausgeschlossen (Botschaft zur StPO S. 1211; HEER, a.a.O., Art. 183 N 8).

### **E. 5.4**

Nach dem Gesagten wurde Dr. med. D. formell als sachverständige Person ernannt. Sie hätte folglich das Gutachten selber in eigener Verantwortung erstellen müssen. Die vollständige interne Delegation an Dr. med. C. war unzulässig (vgl. Ziff. 5.2 hievore). Dar-

an vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass gemäss Art. 36 Abs. 3 EG ZSJ die wissenschaftlichen Mitarbeiter des FPD als amtliche Sachverständige gelten. Zum einen ist bei forensisch-psychiatrischen Gutachten eine Delegation auch im EG ZSJ nicht vorgesehen, zum anderen vermag diese kantonrechtliche Bestimmung die Vorgaben der Strafprozessordnung nicht zu derogieren. Im Weiteren müssen die Parteien auch bei amtlichen Sachverständigen die Gelegenheit erhalten, sich vorgängig zur sachverständigen Person äussern zu können (Art. 184 Abs. 3 StPO; DONATSCH, a.a.O., Art. 184 N 35), was nicht möglich ist, wenn wie vorliegend zum Zeitpunkt der Auftragserteilung noch nicht feststeht, wer die Begutachtung durchführen wird. Insofern stellt die interne Delegation an Dr. med. C. auch eine Verletzung von Art. 184 Abs. 3 StPO dar. Zu prüfen bleibt im Nachfolgenden, ob dies zur Unverwertbarkeit des Gutachtens führt.

### **E. 5.5**

Gemäss Art. 141 Abs. 2 StPO dürfen Beweise, die Strafbehörden unter Verletzung von Gültigkeitsvorschriften erhoben haben, nicht verwertet werden, es sei denn, ihre Verwertung sei zur Aufklärung schwerer Straftaten unerlässlich. Beweise, bei deren Erhebung Ordnungsvorschriften verletzt worden sind, sind hingegen verwertbar (Art. 141 Abs. 3 StPO). Ob im Einzelfall eine Gültigkeits- oder eine Ordnungsvorschrift vorliegt, bestimmt sich (sofern das Gesetz die Norm nicht selber als Gültigkeitsvorschrift bezeichnet) primär nach dem Schutzzweck der Norm: Hat die Verfahrensvorschrift für die Wahrung der zu schützenden Interessen der betreffenden Person eine derart erhebliche Bedeu-

4 tung, dass sie ihr Ziel nur erreichen kann, wenn bei Nichtbeachtung die Verfahrenshandlung ungültig ist, liegt eine Gültigkeitsvorschrift vor (BGE 139 IV 128 E. 1.6; Urteil des Bundesgerichts 6B\_56/2014 vom 16. Dezember 2014 E. 3.2).

### **E. 5.6**

Als wissenschaftlicher Mitarbeiter des FPD gilt Dr. med. C. als amtlicher Sachverständiger im Sinne von Art. 183 Abs. 2 StPO (Art. 36 Abs. 3 EG ZSJ). Er ist Facharzt für Psychiatrie und Psychotherapie und verfügt somit über die erforderlichen fachlichen Kenntnisse und Fähigkeiten zur Erstellung eines forensisch-psychiatrischen Gutachtens (vgl. BGE 140 IV 49 E. 2), was vom Beschwerdeführer ausdrücklich anerkannt wird (Replik Ziff. 2). Hätte die Staatsanwaltschaft von Beginn weg Dr. med. C. als sachverständige Person ernannt, wäre dies folglich nicht zu beanstanden gewesen. Ebenso wäre es zulässig gewesen, wenn die Staatsanwaltschaft nach Kenntnis der innerhalb des FPD erfolgten Zuteilung des Falles an Dr. med. C. den Gutachtenauftrag auf diesen übertragen (vgl. Art. 184 Abs. 5 StPO) und den Parteien Gelegenheit gegeben hätte, hierzu im Sinne von Art. 183 Abs. 3 StPO Stellung zu nehmen. Die Unzulässigkeit der internen Delegation an Dr. med. C. beruht somit auf einem rein formellen Mangel, der die Qualität und den Inhalt des Gutachtens nicht beeinflusste und der – vorbehaltlich die nachfolgend zu prüfenden Frage des rechtlichen Gehörs – die Rechte des Beschwerdeführers nicht beeinträchtigte. Vor diesem Hintergrund stellt das Erfordernis, dass das Gutachten vom ernannten Sachverständigen persönlich erstellt werden muss, in der vorliegenden Konstellation eine blosser Ordnungsvorschrift dar, deren Verletzung nicht zur Unverwertbarkeit des Gutachtens führt.

### **E. 5.7**

Gemäss Art. 184 Abs. 3 StPO gibt die Verfahrensleitung den Parteien vor der Auftragserteilung Gelegenheit, sich zur sachverständigen Person zu äussern. Diese Bestimmung ist

Ausfluss des Anspruchs auf rechtliches Gehör und bezweckt, dass die Parteien – auch aus prozessökonomischen Gründen – bereits frühzeitig Ausstandsgründe geltend machen können (vgl. HEER, a.a.O., Art. 184 N 21; SCHMID, Schweizerischen Strafprozessordnung, Praxiskommentar, 2013, Art. 184 N 13). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist es jedoch zur Wahrung des rechtlichen Gehörs ausreichend, wenn die betroffene Person zumindest nachträglich zur Person des Gutachters Stellung nehmen kann (Urteil des Bundesgerichts 6B\_298/2012 vom 16. Juli 2012 E.3.3; BGE 125 V 332 E. 4b). Die schutzwürdigen Interessen der betroffenen Person werden mit anderen Worten auch durch die nachträglich eingeräumte Möglichkeit, sich zur Person des Gutachters zu äussern, ausreichend gewahrt, zumal bei Bestehen von Ausstandsgründen auch deren nachträgliche Geltendmachung zur Unbeachtlichkeit des Gutachtens führt. Bei Art. 184 Abs. 3 StPO handelt es sich somit um eine Ordnungsvorschrift im Sinne von Art. 141 Abs. 3 StPO (so auch SCHMID, a.a.O., Art. 184 N 13). Dies gilt auch für den vorliegenden Fall: Es trifft zwar zu, dass sich der Beschwerdeführer nicht vor dem Erstellen der Vorabstellungnahme zur Rückfallgefahr zur Person des Gutachters äussern konnte, jedoch hatte er spätestens nach der Zustellung dieser Vorabstellungnahme Kenntnis von der Person des Gutachters und konnte entsprechende Einwände erheben, worauf er indessen verzichtete. Somit wurde ihm das rechtliche Gehör jedenfalls nachträglich und vor dem Hauptgutachten gewährt. Dass dem Beschwerdeführer nicht bereits vor der Auftragserteilung die Gelegenheit gegeben wurde, sich zur Person des Sachverständigen zu äussern, ist somit und mit Blick auf die hievorigen theoretischen Ausführungen als Verletzung einer blossen Ordnungsvorschrift zu werten.

#### **E. 5.8**

Die Rüge des Beschwerdeführers, das Gutachten sei nicht verwertbar, ist nach dem Gesagten unbegründet. [...]

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.