

BGE 144 IV 302

Bundesgericht (BGE), 2018-08-02, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_144 IV 302](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_144_IV_302)

FR: ATF 144 IV 302

IT: DTF 144 IV 302

Regeste

Regeste Art. 3 Abs. 2 lit. c, Art. 107 Abs. 1 lit. a, Art. 141 Abs. 3 und Art. 185 Abs. 3 StPO, Art. 29 Abs. 2 BV; selbstständiger Aktenbeizug durch die sachverständige Person, rechtliches Gehör. 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. Da es sich bei letztgenannter Bestimmung aufgrund der konkreten Umstände um eine Ordnungsvorschrift handelt, hat das Vorgehen der sachverständigen Person keine Folgen hinsichtlich der Verwertbarkeit ihres Gutachtens. Jedoch verletzt der Entscheid der Vorinstanz, die betreffenden Akten nicht zu edieren, den Anspruch des Beschwerdeführers auf rechtliches Gehör (E. 3.3-3.5).

Erwägungen

E. 3.1

Vorab ist die Rüge des Beschwerdeführers im Zusammenhang mit den vom Sachverständigen beigezogenen Akten des PPDs zu prüfen. Er sieht diesbezüglich unter anderem seinen Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt. Dieser ist formeller Natur. Seine Verletzung führt ungeachtet der materiellen Begründetheit des Rechtsmittels zur Gutheissung der Beschwerde und zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids (BGE 144 I 11 E. 5.3 S. 17; BGE 137 I 195 E. 2.2 S. 197 mit Hinweis). Der Beschwerdeführer bringt vor, der Sachverständige nenne für die unzureichende Therapiefähigkeit insbesondere zwei Aspekte: die in den bisherigen Behandlungen gemachten Erfahrungen mit dem Beschwerdeführer und die Abklärungen beziehungsweise Vorabklärungen des PPDs. In diesem Zusammenhang habe der Sachverständige mehrfach seine Pflicht zur Offenlegung seiner Informationsquellen, zur objektiven und wahrhaftigen Gutachtenserstellung sowie zur Dokumentation verletzt. Betreffend den Eintrag im Vitomed des PPDs vom 13. Februar 2015 habe sich die Vorinstanz nicht mit seiner Kritik auseinandergesetzt und damit seinen Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt. Dass die Vorinstanz seinen Antrag auf Beizug der Akten der Justizvollzugsanstalt Pöschwies und des PPDs ablehne, könne nur bedeuten, dass sie kein Interesse habe, die Verlässlichkeit des Gutachtens zu überprüfen. Nicht nachvollziehbar bleibe die BGE 144 IV 302 S. 305 Behauptung des Gutachters, den Einschätzungen der Verfasser des ROS-Berichts, des Berichts der Einstiegsgruppe und von Dr. D. stünden eine Vielzahl von Fachpersonen, insbesondere des PPD-Kaders gegenüber, die über Jahre hinweg gestützt auf qualitativ hochstehende Abklärungen die Therapiefähigkeit des Beschwerdeführers verneinen würden. Dieser Standpunkt sei nicht nur ansatzweise, sondern aufgrund der Aktenlage überhaupt nicht nachvollziehbar.

E. 3.2

Hinsichtlich der Verlaufsdocumentation des PPDs führt die Vorinstanz aus, der Sachverständige habe an der Berufungsverhandlung angegeben, er habe während der Erstellung des Gutachtens schriftlichen Kontakt mit dem PPD gehabt. Er habe im Gutachten nicht wie üblich geschrieben, dass sich das Gutachten auch auf die Verlaufsdocumentation des PPDs stütze, was ein Fehler von ihm sei, jedoch aus dem Kapitel 1.8 des Gutachtens hervorgehe. Deshalb sei es auch ein eigenständiges Kapitel. Zuvor habe er vom Beschwerdeführer die Schweigepflichtentbindung gegenüber dem PPD unterschreiben lassen, um beim PPD die Verlaufsdocumentation anzufordern. Die Dokumentation des PPDs zu einem Abklärungsgespräch vom 13. Februar 2014 [recte: 2015] gemäss Ziff. 1.8 auf S. 46 des Gutachtens habe er vom PPD. Normalerweise dürfe man die Unterlagen, die man bei einer Klinik eingeholt habe, nicht an den Auftraggeber abgeben. Wenn jemand die Akten haben wolle, müsse er sich direkt an die Klinik, in diesem Fall den PPD wenden. Es sei also gängig, dass er das nicht zum Gutachten gelegt habe. Die Vorinstanz erwägt weiter, der massgebende Auszug aus der Verlaufsdocumentation zu diesem Abklärungsgespräch vom 13. Februar 2014 [recte: 2015] sei an der Berufungsverhandlung zu den Akten gegeben worden. Der formale Einwand des Beschwerdeführers, der Gutachter habe auf geheime Akten abgestellt, was gegen die Strafprozessordnung verstosse, und es sei ein Informationsfluss hinter dem Rücken des Gerichts, der Staatsanwaltschaft und der Verteidigung erfolgt, da der Gutachter sich habe mit Akten des PPDs beliefern lassen, die nicht bekannt seien, sei angesichts der nachgelieferten Erläuterungen des Gutachters entkräftet. Die für den Gutachter wesentlichen Grundlagen seiner Beurteilung lägen vor und die gutachterliche Einschätzung sei nachvollziehbar. Worauf sich der Gutachter bei seiner Beurteilung stütze, sei klar und nachvollziehbar, nämlich auf seine eigenen Erhebungen und die zitierten Quellen. Zum Antrag des Beschwerdeführers, es seien die ihn betreffenden Akten des PPDs einzuholen, erwägt die Vorinstanz, vor und anlässlich der BGE 144 IV 302 S. 306 Berufungsverhandlung seien durch das Gericht den Beschwerdeführer betreffende Vollzugsakten vom PPD beigezogen und den Parteien sowie dem Gericht zur Einsicht überlassen worden. An der Berufungsverhandlung habe sich der Gutachter dazu und ergänzend zu seinem Gutachten geäußert; die Parteien hätten Gelegenheit gehabt, Ergänzungsfragen zu stellen. Sodann habe der Sachverständige den fehlenden Auszug aus der Verlaufsdocumentation eingereicht. Die PPD-Akten seien aktenkundig, soweit sie zur Nachvollziehbarkeit des Gutachtens notwendig seien.

E. 3.3.1

Das vorinstanzliche Urteil verletzt in diesem Punkt in mehrfacher Hinsicht Bundesrecht. Einerseits übersieht die Vorinstanz, dass sie und auch die Parteien die dem Gutachten zu Grunde liegenden Akten für dessen Überprüfung kennen müssen. Andererseits verkennt sie, dass sich auch der Sachverständige an die Vorgaben der Strafprozessordnung zu halten hat.

E. 3.3.2

Den vorinstanzlichen Akten und dem angefochtenen Urteil ist zu entnehmen, dass die Vorinstanz am 18. Juni 2015 beim Amt für Justizvollzug des Kantons Zürich, Bewährungs- und Vollzugsdienste (nachfolgend: JUV), die den Beschwerdeführer betreffenden Massnahmeakten zwecks Erstellung eines Gutachtens edierte. Die eingegangenen Akten leitete sie am 22. Juni 2015 an den Sachverständigen weiter. Auf Gesuch der Staatsanwaltschaft zog sie diese Akten, die sie zwischenzeitlich retourniert hatte, am 9. August 2016 erneut bei. Diese bilden nun Bestandteil der kantonalen Akten. Zusätzlich

forderte der Sachverständige im Juni 2015 die Verlaufsdocumentation des PPDs selbstständig direkt bei diesem an. Hierfür liess er den Beschwerdeführer den PPD von dessen Schweigepflicht entbinden. Dieses Vorgehen sowie den Umstand, dass sich sein Gutachten auch auf die Verlaufsdocumentation des PPDs stützt, legte er erst an der Berufungsverhandlung offen. Der Verteidiger des Beschwerdeführers ersuchte bereits im April 2018 beim PPD um Akteneinsicht und erhielt von diesem 143 Seiten der Krankengeschichtsdokumentation des Beschwerdeführers. Soweit ersichtlich, forderte die Vorinstanz ihrerseits den PPD nie auf, ihr diejenigen Akten herauszugeben, die dieser dem Sachverständigen übergeben hatte und die damit dem Gutachten zu Grunde liegen. Sie begnügte sich vielmehr damit, dass der Sachverständige den Auszug aus der Verlaufsdocumentation zum Abklärungsgespräch vom 13. Februar 2014 [recte: 2015], das er in seinem BGE 144 IV 302 S. 307 Gutachten erwähnt und das ihn gemäss eigenen Angaben durchaus relevant beeinflusste, zu den Akten gab. Diesbezüglich fällt auf, dass der Verteidiger nach Durchsicht der Dokumentation anlässlich der Berufungsverhandlung angab, die Akten nur teilweise zu kennen. Seinerseits reichte er bereits mit seiner Stellungnahme vom 30. November 2015 diverse Dokumente des PPDs zu den Akten, die im Gutachten nicht erwähnt werden. Hierauf angesprochen gab der Gutachter an der Berufungsverhandlung an, es gebe so viel Material, dass er sich lediglich auf das Wesentliche beschränkt habe. Ihn interessiere am Ende, was der PPD nach aussen und gegenüber dem Klienten deklariere und nicht die Zwischenstadien. Wenn zehn verschiedene Leute vom PPD über die Jahre hinweg daran arbeiten würden, könne man sich nicht einen herauspicken und behaupten, man habe den Gegenbeweis. Später gab er an, es gebe vieles, was das Gericht nicht kenne.

E. 3.3.3

Grundsätzlich ist nicht zu beanstanden, wenn der Gutachter nach Durchsicht und Würdigung aller ihm zur Verfügung stehenden Akten nur jene erwähnt, die für ihn relevant sind. Jedoch müssen das Gericht und die Parteien in der Lage sein, das Gutachten auf seine Schlüssigkeit zu überprüfen. Sie müssen beurteilen können, ob der Sachverständige bei seiner Beurteilung alle relevanten Akten berücksichtigte. Dies setzt zwangsläufig voraus, dass sie über die gleichen Informationen und Akten verfügen wie der Sachverständige bei der Begutachtung. Durch sein eigenmächtiges Vorgehen (hierzu auch E. 3.4 nachfolgend) hat der Gutachter dem Gericht und den Parteien letztlich die sachgemässe Überprüfung des Gutachtens verunmöglicht. Die Vorinstanz ihrerseits hat es versäumt, die dem Gutachten zu Grunde liegenden Akten beim PPD anzufordern. Angesichts der unvollständigen Akten konnte der Beschwerdeführer sein Akteneinsichtsrecht nicht wirksam ausüben. Daran ändert nichts, dass auch er beziehungsweise sein Verteidiger Akten des PPDs in Kopie erhielt, da ungewiss ist, ob er die gleichen Akten erhalten hat wie der Gutachter. Indem sie die Akten nicht von Amtes wegen vervollständigt und auch noch den Antrag des Beschwerdeführers auf Einholung dieser Akten abweist, verletzt die Vorinstanz seinen Anspruch auf rechtliches Gehör.

E. 3.4.1

Hinzu kommt, dass das Vorgehen des Sachverständigen die strafprozessualen Vorgaben verletzt. Hierzu äussert sich die BGE 144 IV 302 S. 308 Vorinstanz nicht, sondern führt in anderem Zusammenhang aus, der Gutachter sei im Gutachtensauftrag ausdrücklich zur Informationsbeschaffung legitimiert worden. Vorliegend hat der Sachverständige ohne Rücksprache mit der Verfahrensleitung beziehungsweise seiner Auftraggeberin die

Krankengeschichte des Beschwerdeführers beim PPD beigezogen. Ein solches selbstständiges Vorgehen scheint in der Praxis aus pragmatischen Gründen bisher geduldet worden zu sein (vgl. MARIANNE HEER, in: Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2014, N. 27 zu Art. 185 StPO ; Urteil 6B_989/2017 vom 20. Dezember 2017 E. 3.3.2). Dies ist aus folgenden Gründen zu überdenken:

E. 3.4.2

Gemäss Art. 184 Abs. 4 StPO übergibt die Verfahrensleitung der sachverständigen Person zusammen mit dem Auftrag die zur Erstellung des Gutachtens notwendigen Akten und Gegenstände. Hält die sachverständige Person Ergänzungen der Akten für notwendig, so stellt sie der Verfahrensleitung einen entsprechenden Antrag (Art. 185 Abs. 3 StPO). Die sachverständige Person kann einfache Erhebungen, die mit dem Auftrag in engem Zusammenhang stehen, selber vornehmen und zu diesem Zweck Personen aufbieten (Art. 185 Abs. 4 Satz 1 StPO). Der Bundesrat führte in seiner Botschaft aus, grundsätzlich dürfe die sachverständige Person selbst keine Untersuchungshandlungen vornehmen, sondern habe sich für ihr Gutachten auf die ihr zur Verfügung gestellten Akten und Gegenstände zu stützen. Dieser Grundsatz werde für die folgenden zwei Fälle relativiert: Einmal habe die sachverständige Person das Recht, der Verfahrensleitung "Ergänzungen der Akten" zu beantragen. Dabei gehe es nicht nur darum, die Verfahrensakten durch bereits vorhandene, aber noch nicht in das Dossier aufgenommene Unterlagen zu ergänzen; die sachverständige Person könne vielmehr die Durchführung weiterer Beweismassnahmen beantragen. Zum anderen könne die sachverständige Person der einzuvernehmenden Person mit Ermächtigung der Verfahrensleitung direkt Fragen stellen (Abs. 2). Absatz 4 erlaube es sogar, dass die sachverständige Person selber Erhebungen durchführe. Dafür bestehe vor allem bei der Erstellung psychiatrischer Gutachten ein praktisches Bedürfnis. Die Verfahrensleitung wäre in fachlicher Hinsicht bald einmal überfordert, wenn sie Befragungen von zu untersuchenden Personen selber durchführen müsste, und auch zeitliche Aspekte seien zu berücksichtigen. Deshalb soll die BGE 144 IV 302 S. 309 sachverständige Person selbst Erhebungen durchführen können, allerdings in engen Grenzen: Zum einen dürften sachverständige Personen nur fachspezifische Erhebungen vornehmen, die für die Erfüllung des Gutachtauftrags notwendig seien. Im Weiteren brauche die sachverständige Person die Ermächtigung der Verfahrensleitung zur selbstständigen Vornahme weiterer Erhebungen (Botschaft vom 21. Dezember 2005 zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts, BBl 2006 1212 Ziff. 2.4.5). Daraus ergibt sich, dass Sachverständige unter Vorbehalt von Art. 185 Abs. 4 StPO nicht selbst Beweise erheben oder Akten beiziehen dürfen. Die Ausnahme zu dieser Regel übernimmt die frühere Lehre und Praxis, die dem psychiatrischen Gutachter zugestanden, den Exploranden wie auch Personen aus dessen Umfeld selbst zu befragen, wozu der Sachverständige meist besser befähigt ist (vgl. SCHMID/JOSITSCH, Schweizerische Strafprozessordnung [StPO], Praxiskommentar, 3. Aufl. 2018, N. 5 ff. zu Art. 185 StPO ; JOËLLE VUILLE, in: Commentaire romand, Code de procédure pénale, 2011, N. 5 zu Art. 185 StPO ; HEER, a.a.O., N. 29 zu Art. 185 StPO). Im Hinblick auf den Beizug von Akten besteht weder in fachlicher noch in zeitlicher Hinsicht ein Grund, vom Grundsatz von Art. 185 Abs. 3 StPO abzuweichen. Auch in der Lehre wird die Ansicht vertreten, dass im Zusammenhang mit psychiatrischen Gutachten die sachverständige Person Auskünfte oder Berichte von Therapeuten über eine laufende Behandlung, Austrittsberichte von Kliniken, umfassende Gutachten aus einem früheren beziehungsweise anderen Verfahren oder andere wichtige Akten, durch die Verfahrensleitung formell edieren zu lassen habe (HEER, a.a.O., N. 27 zu

Art. 185 StPO ; unklar: ANDREAS DONATSCH, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung [StPO], Donatsch/Hansjakob/Lieber [Hrsg.], 2. Aufl. 2014, N. 14 f., 24 ff. zu Art. 185 StPO ; anders für das deutsche Recht: SCHREIBER/ROSENAU, Der Sachverständige im Verfahren und in der Verhandlung, in: Psychiatrische Begutachtung, Venzlaff/Foerster/Dreissing/Habermeyer [Hrsg.], 6. Aufl., München 2015, S. 161, wonach der Sachverständige Krankengeschichten und Behördenakten von sich aus heranziehen darf, soweit es für das Gutachten erforderlich ist). Unbesehen allfälliger pragmatischer Überlegungen ist vorliegend festzuhalten, dass es sich beim Beizug von Akten einer Behörde oder einer Klinik um keine einfache Erhebung handelt, die der Sachverständige gemäss Art. 185 Abs. 4 StPO selbst vornehmen kann, BGE 144 IV 302 S. 310 sondern um eine Ergänzung der Akten im Sinne von Art. 185 Abs. 3 StPO , die in einem justizförmigen Verfahren zu erfolgen hat (zu einer anderen Einschätzung kam das Bundesgericht im Urteil 6B_989/2017 vom 20. Dezember 2017 E. 3.3.2, wobei es jedoch einzig um die Einholung eines Berichts des PPDs über die Haftzeit des Beschwerdeführers und ein Telefonat ging). Wie der vorliegend zu beurteilende Fall beispielhaft zeigt, birgt eine selbstständige Akteneinholung der sachverständigen Person die Gefahr in sich, dass strafprozessuale Rechte, wie der Anspruch auf rechtliches Gehör, verletzt werden. Da Ergänzungen der Akten im Sinne von Art. 185 Abs. 3 StPO von der Strafbehörde nicht an den Sachverständigen delegiert werden können (SCHMID/JOSITSCH, a.a.O., N. 6 zu Art. 185 StPO ; HEER, a.a.O., N. 18 zu Art. 185 StPO), braucht vorliegend nicht geprüft zu werden, ob die Vorinstanz zutreffend davon ausgeht, sie habe den Gutachter zur Informationsbeschaffung legitimiert.

E. 3.4.3

Die Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweise ist in Art. 141 StPO geregelt. Für Beweise, die durch verbotene Beweiserhebungsmethoden erlangt werden, sieht Art. 141 Abs. 1 Satz 1 StPO ein absolutes Beweisverwertungsverbot vor. Dasselbe gilt, wenn das Gesetz einen Beweis als unverwertbar bezeichnet (Art. 141 Abs. 1 Satz 2 StPO). Beweise, die Strafbehörden in strafbarer Weise oder unter Verletzung von Gültigkeitsvorschriften erhoben haben, dürfen nach Art. 141 Abs. 2 StPO grundsätzlich nicht verwertet werden, es sei denn, ihre Verwertung sei zur Aufklärung schwerer Straftaten unerlässlich. Beweise, bei deren Erhebung lediglich Ordnungsvorschriften verletzt wurden, sind dagegen gemäss Art. 141 Abs. 3 StPO verwertbar. Ob im Einzelfall eine Gültigkeits- oder eine Ordnungsvorschrift vorliegt, bestimmt sich (sofern das Gesetz die Norm nicht selbst 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 Bedeutung, 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 S. 134; Urteile 6B_998/2017 vom 20. April 2018 E. 2.2.1; 6B_56/2014 vom 16. Dezember 2014 E. 3.2, nicht publ. in: BGE 141 IV 39 ; je mit Hinweisen). Nach dem oben Gesagten dient Art. 185 Abs. 3 StPO in erster Linie dazu, dass die Ergänzung der Akten unter Wahrung der BGE 144 IV 302 S. 311 Verfahrensrechte der Parteien, insbesondere des Anspruchs auf rechtliches Gehör, erfolgt. Die Verletzung der Verfahrensrechte kann in der vorliegenden Konstellation auch nachträglich geheilt werden. Wie aufgezeigt, wird die Vorinstanz die vom Sachverständigen beigezogenen Akten nachträglich beim PPD edieren und den Parteien darin Einsicht geben müssen. Auch war der Beizug der Verlaufsdocumentation beim PPD grundsätzlich nicht rechtswidrig, zumal der Beschwerdeführer den PPD von dessen Schweigepflicht entband. Anhaltspunkte dafür,

dass sich der Sachverständige vorsätzlich und rechtsmissbräuchlich über die gesetzliche Zuständigkeitsordnung gemäss Art. 185 Abs. 3 StPO hinweggesetzt beziehungsweise die Vorinstanz bewusst nicht um Einholung der Verlaufsdocumentation ersucht hat, bestehen nicht. Das gilt umso mehr, als ein solches Vorgehen in der Praxis anscheinend geduldet wird und die Zuständigkeiten gemäss Abs. 3 und 4 von Art. 185 StPO "fliessend" sind. Vor diesem Hintergrund und unter Berücksichtigung der konkreten Umstände stellt die Pflicht, die Ergänzung der Akten bei der Verfahrensleitung zu beantragen, im vorliegenden Fall eine blosser Ordnungsvorschrift im Sinne von Art. 141 Abs. 3 StPO dar, womit das Gutachten nicht per se unverwertbar ist.

E. 3.5

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Sachverständige Art. 185 Abs. 3 StPO verletzt, indem er die Verlaufsdocumentation - im Gegensatz zu den Akten des JUV - selbstständig beim PPD anforderte. Da es sich dabei um eine Ordnungsvorschrift handelt, hat das bundesrechtswidrige Vorgehen des Gutachters keine Folgen hinsichtlich der Verwertbarkeit seines Gutachtens. Jedoch verletzt sein Verhalten wie auch der Entscheid der Vorinstanz, die Verlaufsdocumentation des PPDs nicht zu edieren, den Anspruch des Beschwerdeführers auf rechtliches Gehör. Damit die Vorinstanz und die Parteien das Gutachten des Sachverständigen auf dessen Nachvollziehbarkeit und Schlüssigkeit überprüfen können, müssen sie über jene Akten verfügen, die dem Gutachter bei der Begutachtung vorlagen und auf welche sich diese stützt. Die Vorinstanz wird die dem Gutachter im Juni 2015 vom PPD zur Verfügung gestellten Akten beiziehen und den Parteien das rechtliche Gehör gewähren müssen. Anhand der vollständigen Akten wird sie prüfen müssen, ob der Gutachter die wesentlichen Unterlagen berücksichtigt und sein Gutachten im Ergebnis schlüssig ist. Dabei wird sie sich auch mit der Kritik des Beschwerdeführers BGE 144 IV 302 S. 312 hinsichtlich der Berücksichtigung verschiedener Einschätzungen des PPDs im Gutachten auseinandersetzen müssen. Wie der Beschwerdeführer zutreffend vorbringt, hat sie dies im vorliegenden Urteil nur sehr rudimentär gemacht. Ebenso wird sie die Beweisanträge des Beschwerdeführers auf Einholung eines Obergutachtens sowie Befragung, eventuell Einholung eines Therapieberichts von Dr. D. erneut prüfen müssen. Daher erübrigt es sich, auf die in diesem Zusammenhang erhobenen Rügen einzugehen.

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