

Beschluss der 1. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Bern

Besetzung

Oberrichter Andreas Weber (Präsident i.V.), Oberrichter Philippe Guéra, Oberrichterin Annemarie Hubschmid Volz
Gerichtsschreiberin Anja Walker

vom 30. März 2011

Verfahrensbeteiligte

A.

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt Z.

Angeschuldigter/Appellant

Gegenstand

Anträge der Verteidigung vom 10. Februar 2011

Regeste

Der Verteidigung (den Parteien) steht bei der psychiatrischen Exploration der beschuldigten Person kein Teilnahmerecht zu. Es besteht kein Anspruch auf vollständige Protokollierung und Videoaufzeichnung der Exploration (Einschätzung der Rückfallgefahr und der zweckmässigen Massnahme).

Die 1. Strafkammer hat beschlossen:

1. [...]
2. [...]
3. Der Antrag, es sei der Verteidigung zu gestatten, an den anstehenden Erhebungen der Gutachterin teilzunehmen, wird abgewiesen.
4. Der Antrag, es sei eine Videoaufnahme und eine vollständigen Protokollierung der gutachterlichen Erhebungen anzuordnen, wird abgewiesen.
5. Zu eröffnen:
 - dem Appellanten, amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt Z.
 - der Generalstaatsanwaltschaft

Begründung:

ad 1 [...]

ad 2 [...]

ad 3. & 4.:

Die Verteidigung stützt sich bei diesen Anträgen auf die Publikation in der Anwaltsrevue Nr. 1/2011, Seiten 9-15. Der Aufsatz von BERNARD und BINDER (fortan „die Autoren“) geht davon aus, dass die Justiz ihre Verantwortung zur Abklärung des Sachverhaltes teilweise auf die (psychiatrischen) Experten übertrage, weshalb letztere Schlüsselrollen einnehmen. Bei reinen Klassifikationen der Schuldfähigkeit resp. des Masses ihrer Verminderung sowie bei der Einschätzung der Massnahmebedürftigkeit resp. der Wahl der erforderlichen Massnahme geht es aber nach Ansicht der Kammer primär gerade nicht um die Abklärung des Sachverhaltes im Sinne von Vornahme von Untersuchungshandlungen; soweit diesbezüglich nach Absatz 4 und 5 von Art. 185 StPO *einfache* Erhebungen vorgenommen werden, ist wesentlich, dass die Bedingungen und Belehrungen gemäss Art. 185 Abs. 5 StPO korrekt erfüllt sind. Für notwendig erscheinende Aktenergänzungen muss die sachverständige Person zudem laut Art. 185 Abs. 3 StPO der Verfahrensleitung ausdrücklich Antrag stellen, so dass kaum Raum für eingeständige Sachverhaltsermittlungen bleibt. Letztlich ist seit längerem in Literatur und Praxis unumstritten, dass die Parteirechte insofern zu wahren sind, dass einerseits bereits bei der Fragestellung an die Experten mitgewirkt werden darf (Ausfluss von Art. 133 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 245 resp. 296 StrV, jetzt eben gesetzlich verankert in Art. 184 Abs. 3 StPO) und andererseits bei der Gutachtenserstattung mindestens einmal das Recht zur Anwesenheit und zur Stellung von Ergänzungsfragen gewährt wird; mit Anwesenheit gemeint ist aber nicht die Teilnahme an der eigentlichen Exploration, sondern bei der mündlichen Erläuterung oder Ergänzung des schriftlich zu erstattenden Gutachtens im Sinne von Art. 187 Abs. 2 StPO (entspricht dem bisherigen Art. 133 Abs. 2 StrV).

Die Autoren zitieren HEER, welche laut ihnen in BSK StPO, N 36 zu Art. 185 StPO, anerkenne, dass ein Anwesenheitsrecht der Verteidigerin beim psychiatrischen Explorationsgespräch gefordert werde. Die Kammer interpretiert diese Stelle im Kommentar anders, nämlich, dass HEER ohne Quellenangabe nur den geäusserten Anspruch nach Ausbau der Teilnahmerechte wiedergibt; bei HEER weitergelesen erhellt nämlich, dass auch HEER davon ausgeht, dass der Gesetzgeber bewusst kein solches Anwesenheitsrecht ins neue Gesetz aufgenommen und das Bundesgericht einen solchen Anspruch verneint hat. Bei ihrer abschliessenden Forderung, dem Beschuldigten resp. dessen Verteidiger müsse zumindest einmal Gelegenheit geboten werden, anwesend zu sein und Ergänzungsfragen zu stellen, geht es abermals nur um das Konfrontationsrecht bei der Befragung des Experten als Belastungszeuge gemäss Art. 187 Abs. 2 StPO (resp. Art. 133 Abs. 2 StrV).

Weiter wird von den Autoren, auf die sich der Antragsteller stützt, behauptet, die einschlägige grundrechtliche Literatur setze sich mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht auseinander, die das Anwesenheitsrecht eines Rechtsbeistandes bei der psychiatrischen Erhebung bisher verneint habe. Die Kammer braucht das nicht nachzuvollziehen, weil ihr die einhellige Kommentierung im strafprozessualen Schrifttum genügt; so weist neben HEER (a.a.0) auch SCHMID (Praxis-Kommentar zur StPO, N. 10 zu Art. 185 StPO) ausdrücklich darauf hin, dass ein entsprechender Antrag bei den parlamentarischen Beratungen zurückgezogen wurde — angesichts des bewussten

Weglassens durch den Gesetzgeber handelt es sich also mitnichten um eine Gesetzeslücke, welche es so kurz nach Inkrafttreten der neuen Strafprozessordnung zu schliessen gälte.

Bei DONATSCH (Kommentar zur StPO, N 40 zu Art. 185 StPO) findet sich — nur für den Fall der Befragung von Personen durch den Sachverständigen gemäss Art. 185 Abs. 5 StPO - der Hinweis, es müsse für die Verwertbarkeit von solchen Aussagen dem Beschuldigten sowie seinem allfälligen Verteidiger Gelegenheit geboten werden, bei der Befragung durch den Sachverständigen — oder später im Rahmen einer weiteren Befragung durch die Strafbehörde — anwesend zu sein sowie Ergänzungsfragen zu stellen, jedenfalls sofern es sich bei diesen der Sache nach um Belastungszeugen handeln würde. Die Kammer geht davon aus, dass in Art. 185 Abs. 5 StPO eben genau unterschieden werden muss zwischen der beschuldigten Person selbst und allfälligen Belastungszeugen; für die Verwertbarkeit von Angaben letzterer sind durchaus die Teilnahmerechte von Art. 147 StPO (entsprechend Art. 244 ff. StrV) zu wahren; wofür sich eine weitere Befragung durch die Strafbehörde aufdrängt. So oder so findet sich in der sehr aktuellen Literatur zum neuen Strafprozessrecht keine einzige Befürwortung der Parteiöffentlichkeit von psychiatrischen Expertisen, was auch der Auffassung der Kammer entspricht.

Von den von der Generalstaatsanwaltschaft zu Recht vorgebrachten anderen Einschränkungen der Teilnahmerechte im Sinn von Art. 147 StPO verweist die Kammer explizit auf HAENNI in BSK StPO N 28 zu Art. 251 StPO, wonach die Frage nach dem Anwesenheitsrecht der Verteidigung bei der Durchführung von Personenuntersuchungen zwar teilweise kontrovers beantwortet, mehrheitlich jedoch verneint wird. Auch für HAENNI erscheinen die Parteirechte und die Verteidigungsrechte im Besonderen genügend gewahrt durch die Rechte, sich zur sachverständigen Person und zu den Fragen zu äussern sowie dazu eigene Anträge zu stellen, zum schriftlich erstatteten Gutachten Stellung zu nehmen sowie Ergänzungen und Verbesserungen des Gutachtens zu beantragen. Dabei umfasst diese Meinung HAENNIS ausdrücklich auch beweisbildende Explorationsgespräche psychiatrischer Gutachter und steht in keinerlei Widerspruch zu den für Sachverständigen-Gutachten nach Art. 182 ff. StPO (entsprechend Art. 128 ff. StrV) geäusserten Lehrmeinungen.

Kein anderes Ergebnis zeitigt der Blick aus der Sicht der fachärztlichen Literatur; so verweist JÖRG JEGER (Die Mitwirkung Dritter bei der Begutachtung aus der Sicht des medizinischen Gutachters, in Jusletter, 3. September 2007) auf die Heisenberg'sche Unschärferelation, wonach die Versuchsanordnung das Versuchsergebnis beeinflusst. Darauf habe das Bundesgericht in 1651/05 Rücksicht genommen und entschieden, dass sich ein Versicherter bei der medizinischen Begutachtung nicht von seinem Rechtsvertreter begleiten lassen dürfe. Der Beizug von Drittpersonen berge nebst gewissen Chancen vor allem die Risiken, dass die Expertise im Kampfgebiet zwischen Rechtsvertretern angefertigt werden müsste, mit unberechenbaren Folgen auf das Untersuchungsergebnis (N 13, a.a.O.). JEGER unterscheidet bei der Mitwirkung des Rechtsvertreters zwischen den Anwältinnen und Anwälten, welche in einer für den Gutachter unterstützenden Weise arbeiten würden, aber weniger offensichtlich Spuren hinterliessen als diejenigen, die auch mit unlauteren Mitteln versuchten, ihre und ihres Mandanten Ziele zu erreichen (N 41, a.a.O.). Dabei spricht JEGER nicht einmal von einer persönlichen Anwesenheit dieser Rechtsvertreter, sondern erläutert die Erfahrungen von Gutachtern mit zielgerichtet instruierten Exploranden.

Auch aus dem praktischen Handbuch für Ärzte und Juristen zur Psychiatrischen Begutachtung von VENZLAFF UND FOERSTER geht hervor, dass das forensisch-psychiatrische Interview keine Vernehmung ist, sondern ein ärztliches Gespräch bleibt. Für die seltenen Fälle, in welchen Verteidiger aus

Misstrauen bei der Begutachtungsuntersuchung anwesend zu sein wünschen, gelinge es meist, durch ein aufklärendes Gespräch den Interessenten von seinem Anliegen abzubringen; sei das Misstrauen gegenüber dem Gutachter nicht zu beseitigen, sollte das Gericht gebeten werden, einen anderen Gutachter zu beauftragen (ILSE BARBEY, S. 119 und 121).

Auch wenn sich die fachärztliche Literatur vorwiegend mit Begutachtungen aus dem Zivil-/Haftrecht befasst, erscheint sie der Kammer auch für Fälle aus dem Strafrecht signifikant. Zusammengefasst gibt es für die Kammer sowohl nach dem hier anwendbaren bisherigen als auch nach neuem Verfahrensrecht keinen Grund, vorliegend der Verteidigung zu gestatten, an den anstehenden Erhebungen des psychiatrischen Experten/der psychiatrischen Expertin teilzunehmen, zumal es ausschliesslich um die Fragen der aktuellen Einschätzung der Rückfallgefahr und der zweckmässigen Massnahme geht.

Damit und angesichts des Fragerechts bei einer allfälligen mündlichen Erläuterung und Ergänzung des schriftlich zu erstattenden Gutachtens (Art. 187 Abs. 2 StPO resp. Art. 133 Abs. 2 StrV) erübrigt sich auch die Anordnung einer Videoaufnahme und vollständigen Protokollierung der gutachterlichen Erhebungen. Beides ist vom neu formulierten, Praxis und Lehre angepassten Strafprozessgesetz bei der Gutachtenserstattung ausdrücklich nicht vorgesehen und lässt sich auch nicht ableiten von den Sonderfällen von Videoaufnahmen bei der Befragung kindlicher Opfer gemäss Art. 154 Abs. 4 lit. d StPO oder der Videokonferenz gemäss Art. 144 StPO. Letztlich liegt auch kein Fall von Art. 76 Abs. 4 StPO (entspricht Art. 78 Abs. 2 StrV) vor, wonach die Verfahrensleitung anordnen kann, dass Verfahrenshandlungen *zusätzlich* zur schriftlichen Protokollierung ganz oder teilweise in Ton oder Bild festgehalten werden müssen.

Deshalb wird auch der Antrag, es sei eine Videoaufnahme und eine vollständige Protokollierung der gutachterlichen Erhebungen anzuordnen, von der Kammer abgewiesen.

Bern, 30. März 2011

Im Namen der 1. Strafkammer

Der Präsident i.V.:

Oberrichter

Andreas Weber

Die Gerichtsschreiberin:

Anja Walker