



ex / ante

Zeitschrift der juristischen Nachwuchsforscher
Revue des jeunes chercheurs en droit
Journal for young legal academics

Ausgabe – numéro – issue 2/2019

**Digitalisierung
digitalisation
digitalisation**

STEFAN SCHLEGEL / BENEDIKT SCHUPPLI

**Die Rolle des Staates als Transaktionskostenfunktion –
wie verändert die Digitalisierung
den Wirkungsbereich des öffentlichen Rechts?**

MANUEL STUTZ

**Haftungsfragen beim Robo Advice aus Sicht
des Anlegers**

PASCAL FAVROD-COUNE

**The Patent-Eligibility of Blockchains in Europe
and the United States**

SOPHIE MARTIN

**L'assemblée générale de la communauté
des propriétaires d'étages : organisation,
prise de décisions et contestations judiciaires**

THIERRY URWYLER

**Das Teilnahmerecht der Verteidigung
am Explorationsgespräch des psychiatrischen
Sachverständigen mit der beschuldigten Person
im Lichte der EMRK**

DIKE 

Inhaltsübersicht / Sommaire / Contents

Die Rolle des Staates als Transaktionskostenfunktion – wie verändert die Digitalisierung den Wirkungsbereich des öffentlichen Rechts?

Skizze einer Forschungsagenda jenseits von technologischem Determinismus und der Sehnsucht nach dem Primat der Politik

STEFAN SCHLEGEL / BENEDIKT SCHUPPLI

3

Haftungsfragen beim Robo Advice aus Sicht des Anlegers

MANUEL STUTZ

17

The Patent-Eligibility of Blockchains in Europe and the United States

PASCAL FAVROD-COUNE

32

L'assemblée générale de la communauté des propriétaires d'étages : organisation, prise de décisions et contestations judiciaires

Résumé de thèse de doctorat

SOPHIE MARTIN

45

Das Teilnahmerecht der Verteidigung am Explorationsgespräch des psychiatrischen Sachverständigen mit der beschuldigten Person im Lichte der EMRK

Mit Fokus auf das Gutachten zur Schuldfähigkeit und Massnahmenindikation – Dissertationsbesprechung

THIERRY URWYLER

49

Das Teilnahmerecht der Verteidigung am Explorationsgespräch des psychiatrischen Sachverständigen mit der beschuldigten Person im Lichte der EMRK

Mit Fokus auf das Gutachten zur Schuldfähigkeit und Massnahmenindikation –
Dissertationsbesprechung

THIERRY URWYLER*

SCHLAGWÖRTER	Strafverteidigung – Verfahrensrechte – Sachverständige – Exploration – EMRK – Teilnahmerechte
ZUSAMMENFASSUNG	Das Explorationsgespräch des Sachverständigen mit der beschuldigten Person ist ein zentraler Baustein der psychiatrischen Begutachtung im Strafverfahren. Der Autor legt in seiner Dissertation dar, dass ein faires Verfahren i.S.v. Art. 6 EMRK nur dann stattfindet, wenn die Exploration audiovisuell aufgezeichnet wird und wenn die Verteidigung der beschuldigten Person an der Exploration teilnehmen darf.
RÉSUMÉ	L'entretien du psychiatre avec le prévenu est un élément central de l'évaluation psychiatrique dans la procédure pénale. L'auteur explique dans sa thèse qu'un procès équitable (Art. 6 CEDH) n'a lieu que si l'entretien est enregistré par vidéo et la défense de l'accusé est autorisée à participer à l'entretien entre le psychiatre et le prévenu.
ABSTRACT	The interview with the accused is a central component of a psychiatric examination in criminal proceedings. The author shows in his PhD thesis that a fair trial (Art. 6 ECHR) requires an audio-visual recording of the psychiatric interview. Additionally, the accused must have the right to let his defence counsel attend the psychiatric interview. .

I. Einleitung

Die nachfolgenden Ausführungen stellen die Quintessenz meiner Dissertation dar, die im September 2019 beim Schulthess-Verlag erschienen ist.¹ Zur Vereinfachung werden in dieser Zusammenfassung keine Literatur und Rechtsprechung zitiert, sondern es wird jeweils auf die relevanten Passagen der Dissertation verwiesen, in welcher die entsprechenden Quellen umfassend aufgeführt sind.

Entsprechend kann diese Zusammenfassung die umfassende Lektüre der 255 Seiten nicht ersetzen.²

In medias res: In meiner Dissertation analysierte ich, ob sich aus der EMRK die Notwendigkeit eines Teilnahmerechts der Verteidigung am Explorationsgespräch des psychiatrischen Sachverständigen mit der beschuldigten Person ergibt. Der Fokus lag dabei auf den Gutachten zur Schuldfähigkeit (Art. 19 f. StGB) und Massnahmenindikation (Art. 56 ff. StGB). Die Ausgangsbedingungen der juristischen Problemstellung sind schnell umrissen: Hegt die Verfahrensleitung Zweifel an der Schuldfähigkeit einer beschuldigten Person und bestehen Anhaltspunkte für eine qualifizierte Rückfallgefahr, wird sie regelmässig eine Begutachtung der Schuldfähigkeit (Art. 19 StGB) und Massnahmenindikation (Art. 56 ff. StGB) in die Wege

* Dr. iur., akademischer Mitarbeiter in der Abteilung «Forschung & Entwicklung» im Amt für Justizvollzug des Kantons Zürich, Lehrbeauftragter an der Universität Luzern (Kontakt: thierry_urwyler@hotmail.com).

¹ THIERRY URWYLER, Das Teilnahmerecht der Verteidigung am Explorationsgespräch des psychiatrischen Sachverständigen mit der beschuldigten Person im Lichte der EMRK. Mit Fokus auf das Gutachten zur Schuldfähigkeit und Massnahmenindikation, Diss. Luzern, Zürich 2019.

² <https://www.schulthess.com/verlag/detail/ISBN-9783725580415/Urwyler-Thierry/Das-Teilnahmerecht-der-Verteidigung-am-Explorationsgesprach-des-psychiatrischen-Sachverstaendigen-mit-der-beschuldigten-Person-im-Lichte-der-EMRK> (abgerufen am 18. August 2019).

leiten und zu diesem Zweck einen psychiatrischen Sachverständigen mandatieren (Art. 184 Abs. 1 StPO). Dessen Beurteilung fusst einerseits auf den strafbehördlichen Erhebungen und andererseits auf den Ergebnissen seiner eigenen Untersuchungen, die er im Rahmen von Art. 185 Abs. 4 StPO selbstständig durchführen darf. Das Explorationsgespräch mit der beschuldigten Person ist eine der vom Sachverständigen zu erschliessenden Informationsquellen. Es stellt ein zentrales Untersuchungsmittel des psychiatrischen Sachverständigen dar. In ihm erhebt die sachverständige Person die Anamnese und den psychischen Befund, thematisiert sie das Tatgeschehen und klärt Zukunftsszenarien des Exploranden ab. Sind sämtliche Untersuchungen abgeschlossen, wird die sachverständige Person zum Verfassen des schriftlichen Gutachtens schreiten (Art. 187 Abs. 1 StPO), das sie zu einem späteren Zeitpunkt allenfalls in einer mündlichen Befragung weiter ausführt (Art. 187 Abs. 2 StPO). So wichtig das Gutachten für die Ermittlung der materiellen Wahrheit ist (Art. 6 StPO), so gross sind die Herausforderungen, welche sich für die Verteidigung der beschuldigten Person nach Erstellung des Gutachtens stellen. Nach geltendem Recht ist die sachverständige Person weder verpflichtet, das Explorationsgespräch audiovisuell aufzuzeichnen, noch muss sie die Verteidigung der beschuldigten Person am Explorationsgespräch teilnehmen lassen, selbst wenn sich dies die beschuldigte Person wünscht. So will es die konstante Rechtsprechung des Bundesgerichts, die der kantonalen Gerichtsinstanzen und ein Teil der Literatur. Diese Ausgangslage trifft in der strafprozessualen Literatur mehr und mehr auf Opposition: Es wird geltend gemacht, die Verteidigung könne unter diesen Bedingungen nicht effektiv überprüfen, ob die sachverständige Person ihre Beweise justizförmig gesammelt habe (Art. 140 StPO, psychiatrischer Methodenstandard, Ausstandsgründe). Ebenso sei es ihr unmöglich, die Rechte des Exploranden während der Exploration (insb. *nemo tenetur*; Art. 185 Abs. 5 StPO) effektiv zu wahren. Ein faires Verfahren erfordere, dass die Verteidigung ein Teilnahmerecht am Explorationsgespräch erhalte und/oder dass die Exploration audiovisuell aufgezeichnet werde.³

In meiner Dissertation habe ich geprüft, ob sich diese Forderungen im Rahmen von Art. 6 EMRK legitimieren lassen. Zu diesem Zweck mussten zwei unterschiedliche Rechtsprechungslinien betrachtet werden. So enthält Art. 6 Ziff. 1 i.V.m. Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK das Recht der beschuldigten Person, den Sachverständigenbeweis (d.h. das Gutachten) effektiv überprüfen zu können (*ex-post*-Schutzdimension; nachfolgend II.), andererseits

fliesst aus Art. 6 Ziff. 1 i.V.m. Art. 6 Ziff. 3 lit. c EMRK das Recht der beschuldigten Person, auf jeder Stufe des Strafverfahrens eine Verteidigung beizuziehen, woraus sich u.a. ein Teilnahmerecht der Verteidigung ab der ersten Einvernahme im Strafverfahren ergibt (dynamische Schutzdimension; nachfolgend III.). Den konkreten Schutzgehalt dieser zwei Garantien galt es im Rahmen der Dissertation für das psychiatrische Explorationsgespräch zu analysieren.⁴ Nachfolgend soll zuerst die *ex-post*-Schutzdimension betrachtet werden, bevor ich mich der *dynamischen* Schutzdimension widme.

II. Ex-post-Schutzdimension: Überprüfbarkeit des Gutachtens

Wie bereits erwähnt wurde, fliesst aus Art. 6 Ziff. 1 i.V.m. Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK das Recht der beschuldigten Person, das Gutachten effektiv überprüfen zu können. Ob ein nationales Verfahren diesen Anforderungen gerecht wurde, überprüft der EGMR jeweils im Rahmen einer Gesamtwürdigung. Dabei trägt er einerseits der Position und Rolle des Sachverständigen (Wie wichtig war seine Stellungnahme für das gerichtliche Urteil? Wie neutral war die sachverständige Person?) und andererseits den konkreten Verteidigungsrechten im Verfahren Rechnung.⁵ Diese Prüfungspunkte galt es auf ein idealtypisches Verfahren nach der StPO anzuwenden.

A. Herausragende Position und Rolle des Sachverständigen im Strafverfahren

Die Betrachtung der Position und Rolle des Sachverständigen zeigte, dass das dogmatische Modell des Sachverständigenrechts und die prozessuale Wirklichkeit auseinanderklaffen. Theoretisch wird der Sachverständige als neutraler Gehilfe des Gerichts bezeichnet, der einen strafbehördlich vorgegebenen Sachverhalt beurteilt und der die Beweiswürdigung und Rechtsanwendung durch das Gericht unberührt lässt. Faktisch gestaltet sich das Bild jedoch anders: Im Rahmen des psychiatrischen Explorationsgesprächs ermittelt der Sachverständige wesentliche Teile des Sachverhalts für sein Gutachten selbst und durch sein überlegenes Fachwissen bindet er die richterliche Beweiswürdigung über weite Strecken. Sodann sind die gutachterlichen Empfehlungen zur Schuldfähigkeit und Massnahmenindikation sogar geeignet, die Rechtsanwendung zu tangieren. Dies alles fällt mit der Tatsache

³ Für den gesamten Abschnitt: URWYLER (Fn. 1), N 1–32.

⁴ Für den gesamten Abschnitt: URWYLER (Fn. 1), N 33–42.

⁵ Für den gesamten Abschnitt: URWYLER (Fn. 1), N 96–109.

zusammen, dass der Sachverständige systemischen Neutralitätszweifeln ausgesetzt ist: Erstens vereint er für die Fragen der Schuldfähigkeit und Massnahmenindikation partiell die Funktion des (faktischen) Ermittlers mit jener des (faktischen) Richters, was einer ausstandsrechtlich verpönten Personalunion qua Vorbefassung nahekommt. Zweitens wird er i.d.R. durch die Staatsanwaltschaft mandatiert, woraus sich die Gefahren einer parteilichen Sachverständigenselektion durch die Verfahrensleitung sowie von (un-)bewussten Allianzgedanken beim Sachverständigen (*adversarial allegiance bias*) ergeben. Drittens ist er bei der Beurteilung der Schuldfähigkeit und Massnahmenindikation regelmässig politisch-medialem Druck ausgesetzt, was sich negativ auf die Objektivität seiner Wahrnehmungen und Beurteilungen auswirken kann. Diese systematischen Neutralitätsdefizite sind darum so problematisch, weil die psychiatrische Beurteilung im Rahmen der Schuldfähigkeit und Massnahmenindikation mit erheblichen Ermessensspielräumen einhergeht. In der Summe ergibt sich, dass der Sachverständige herausragende Wichtigkeit für die Beurteilung der Schuldfähigkeit und Massnahmenindikation hat und gleichzeitig systemische Neutralitätsdefizite aufweist. Vor diesem Hintergrund war zu fordern, dass die Verteidigungsrechte der StPO so effektiv sind, dass sie diese Position und Rolle des Sachverständigen ausbalancieren können.⁶

B. Inadäquate Verteidigungsrechte

Will die Verteidigung für die beschuldigte Person prüfen, ob der im Gutachten geschilderte Explorationssachverhalt zutrifft, stehen ihr im Status quo prinzipiell zwei Wege zur Verfügung: (a) die sachverständige Person (-> Dokumentationspflicht der sachverständigen Person bezüglich Exploration, nachfolgend Akteneinsicht durch die Verteidigung und evtl. zusätzlich Antrag auf Befragung des Sachverständigen) und ihre Mandantin selbst (die Verteidigung kann sie fragen, ob das vom Sachverständigen Geschilderte zutrifft). Beide dieser Informationsbrücken sind jedoch brüchig. So ist die Wahrnehmung der sachverständigen Person zahlreichen Verzerrungseffekten ausgesetzt, die sich bestenfalls partiell (Selbstreflexion) kontrollieren lassen. Es erfolgen zahlreiche bewusste und unbewusste Filterungsprozesse, wenn die sachverständige Person Explorationsinhalte wahrnimmt und dokumentiert. Sodann ist zu beachten, dass der Dokumentationsfokus darauf gerichtet ist, was der Explorand tat oder sagte, nicht aber, was der Sachverständige während der Exploration tat oder unterliess, obwohl gerade auch

hier ein entsprechendes Überprüfungsbedürfnis (Einhaltung von Beweiserhebungsregeln wie z.B. Art. 140 StPO, Ausschluss von Suggestivfragen, Indizien für einen Auszustand des Sachverständigen nach Art. 183 Abs. 3 i.V.m. Art. 56 ff. StPO) besteht.⁷ Dieses Informationsdefizit kann die Verteidigung durch die Befragung ihrer Mandantin nicht beheben, denn auch die Wahrnehmung der explorationsanwesenden beschuldigten Person untersteht Verzerrungs- und Filterungseffekten. Erschwerend tritt hinzu, dass die Schilderungen der beschuldigten Person mangels Beobachterstellung (sie selbst wird ja begutachtet) per se nicht objektiv ausfallen können und dass die beschuldigte Person aufgrund einer besonders hohen Verletzlichkeit (Last des Strafverfahrens, psychische Störungen etc.) i.d.R. erhöhte Schwierigkeiten haben wird, das Geschehene adäquat zu rekonstruieren. Schliesslich ist zu bedenken, dass die beschuldigte Person mangels juristischer und psychiatrischer Fachkenntnisse nur bedingt fähig ist, Verfehlungen des Sachverständigen zu rapportieren.⁸

Damit liegen Bedingungen vor, welche es nur sehr limitiert ermöglichen, Fehler der sachverständigen Person in der Exploration aufzudecken. Doch selbst wenn die beschuldigte Person einmal in der Lage wäre, stichhaltige Einwände vorzubringen, kann sie diese nicht beweisen, da niemand ausser ihr und dem Sachverständigen bei der Exploration anwesend war. Entsprechend wird das Gericht bei strittigem Explorationssachverhalt zu einer Aussagewürdigung schreiten müssen und dabei dürfte es kaum überraschen, welche Aussage dem Gericht i.d.R. glaubhafter erscheint. Auf der einen Seite steht der Sachverständige, welcher unter Wahrheitspflicht aussagt (Art. 307 StGB). Auf der anderen Seite agiert die beschuldigte Person, welche in beschränktem Rahmen sogar lügen kann. Damit besteht ein systematisches Glaubhaftigkeitsbias zugunsten der Sachverständigenschilderung. Aus diesen Gesamtbedingungen ist zu schliessen, dass der beschuldigten Person im Status quo keine effektiven Mittel zur Verfügung stehen, den Explorationssachverhalt effektiv auf die Probe stellen zu können, auch nicht unter voller Ausschöpfung sonstiger Verteidigungsrechte (Privatgutachten, Anträge im Rahmen von Art. 189 StPO etc.). Unter diesen Bedingungen kam ich zur Feststellung, dass der geltende Rechtszustand Art. 6 Ziff. 1 i.V.m. Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK verletzt.⁹

⁶ Für den gesamten Abschnitt: URWYLER (Fn. 1), N 110–163.

⁷ Für den gesamten Abschnitt: URWYLER (Fn. 1), N 164–197.

⁸ Für den gesamten Abschnitt: URWYLER (Fn. 1), N 198–204.

⁹ Für den gesamten Abschnitt: URWYLER (Fn. 1), N 205–221.

C. Konventionskompatibler Lösungsmechanismus: audiovisuelle Aufzeichnung

Ausgehend von der Annahme einer Konventionsverletzung galt es zu eruieren, welche neuen Strukturen ein mit Art. 6 Ziff. 1 i.V.m. Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK kompatibles Verfahren herbeiführen können. Schnell zeigte sich, dass sämtliche auf die Optimierung der Position und Rolle des Sachverständigen bezogenen Massnahmen (neutrale Gutachtensvergabe, Doppelbegutachtung) untauglich sind, um eine effektive Überprüfbarkeit mit Blick auf die Exploration zu gewährleisten. Auch ein Teilnahmerecht der Verteidigung vermochte als Mittel zur effektiven Überprüfbarkeit des Explorations Sachverhalts nicht zu überzeugen. Zwar würde die Verteidigung durch dieses Modell einen unmittelbaren Einblick in die Exploration erhalten. Wenn aber trotz ihrer Anwesenheit Uneinigkeiten über den Explorations Sachverhalt entstehen, wäre das Gericht nach wie vor zur Aussagewürdigung verpflichtet, in der es wegen der systemischen Position der Verteidigung (Interessenwahrerin der beschuldigten Person) und deren Mangel an psychiatrischem Fachwissen wohl regelmässig den Darstellungen des Sachverständigen Glauben schenken würde. Sodann wäre zu bedenken, dass nicht nur die beschuldigte Person, sondern auch andere Parteien und/oder Behörden (Privatklägerschaft, StA im gerichtlichen Verfahren, Gerichte) ein Interesse an der Überprüfbarkeit der Exploration haben. Die Lösung sollte bei dieser Ausgangslage aber nicht darin gesucht werden, all diesen Personen/Behörden die Teilnahme an der Exploration zu ermöglichen. Nicht nur wäre dies ein kostenintensives Unterfangen. Vielmehr wäre unter diesen Bedingungen eine sachdienliche Exploration kaum mehr durchzuführen. Zielführend ist daher einzig die audiovisuelle Aufzeichnung der Exploration: Sie sichert eine objektive Dokumentation dieses Untersuchungsvorgangs für alle Beteiligten. Mit ihrer Implementierung im Explorationskontext wird das Gutachten des Sachverständigen mit Blick auf den Explorations Sachverhalt einer effektiven Überprüfung zugänglich, wie es kraft Art. 6 Ziff. 1 i.V.m. Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK erforderlich ist.¹⁰

III. Dynamische Schutzdimension: Schutz der Verfahrensrechte während der Exploration

Die konventionsrechtlichen Garantien finden ihr Ende nicht bereits in der gewährleisteten Überprüfbarkeit des Gutachtens. Vielmehr fliesst aus Art. 6 Ziff. 1 i.V.m. Art. 6 Ziff. 3 lit. c EMRK auch das Recht der beschuldigten Person, auf jeder Stufe des Verfahrens eine Verteidigung beizuziehen, was sowohl ein Konsultationsrecht vor als auch ein Teilnahmerecht an strafbehördlichen Beweiserhebungen enthält. Dieses Recht gilt ab der ersten Einvernahme im Vorverfahren (sog. «Anwalt der ersten Stunde») und dient u.a. dazu, dass die beschuldigte Person vor ungesetzlichem Verhalten der Strafbehörden geschützt wird und sie ihr Aussage- und Mitwirkungsverweigerungsrecht (*nemo tenetur*) effektiv nutzen kann. Verkürzt ausgedrückt soll durch die Verteidigung die systemische Machtasymmetrie zur staatlichen Strafverfolgung ausgeglichen werden (Waffengleichheit). Kann die beschuldigte Person dieses Recht nicht oder nicht in vollem Umfang ausüben, prüft der EGMR anhand einer Gesamtwürdigung, ob trotzdem ein faires Verfahren stattfand. Die Übertragbarkeit dieser Rechtsprechungslinie sah sich nun einer Herausforderung gegenüber. In Teilen des Schrifttums wird nämlich vorgebracht, die Exploration sei keine Einvernahme, sondern ein besonderes Untersuchungssetting, das psychiatrisch-psychologischen Methodenvorgaben folgen müsse, und gerade diese Vorgaben stünden einem Teilnahmerecht im Explorationsgespräch entgegen.¹¹

A. Analogie zwischen psychiatrischer Exploration und Einvernahme

Das zuvor erwähnte Dogma (Exploration ist keine Einvernahme) galt es nun auf seine Stabilität hin zu überprüfen. Der Stabilitätstest misslang. Es bedurfte nur weniger Etappen, um darzulegen, dass das Explorationsgespräch analoge verteidigungsrechtliche Herausforderungen wie eine strafbehördliche Einvernahme im Vorverfahren mit sich bringt. Wie bei strafbehördlichen Einvernahmen hat die beschuldigte Person in der Exploration das Recht zu schweigen und nicht mitzuwirken (*nemo tenetur*; Art. 185 Abs. 5 StPO). Entsprechend gross ist das Bedürfnis des Exploranden, von der anwesenden Verteidigung über die optimale Aussagestrategie beraten zu werden, denn in der Exploration werden Aussagen der begutachteten beschuldigten Person erhoben, welche (sofern eine Belehrung nach Art. 185 Abs. 5 StPO stattfand) vom Gericht ver-

¹⁰ Für den gesamten Abschnitt: URWYLER (Fn. 1), N 222–282.

¹¹ Für den gesamten Abschnitt: URWYLER (Fn. 1), N 283–299.

wertet werden dürfen. Folglich kann sich die beschuldigte Person durch ihre Aussagen selbst belasten – sei es bei den Gutachtensfragen zur Schuldfähigkeit und Massnahmenindikation oder sei es, weil die Explorationsaussagen auch gutachtensüberschiessend für den Tatnachweis oder die Strafzumessung beigezogen werden. Gleich wie in der strafbehördlichen Einvernahme steht die beschuldigte Person während der Exploration unter heftigem Druck. In aller Regel wegen der Last des Strafverfahrens und allfälliger psychischer Beeinträchtigungen besonders verletzlich, trifft die beschuldigte Person auf einen in Gesprächsführungstechnik geschulten psychiatrischen Sachverständigen, der für seine Gutachtensfragen an ein möglichst umfassendes Sachverhaltsfundament gelangen will. Bereits dadurch wird es für die beschuldigte Person schwierig zu entscheiden, wann eine Kooperation mit dem Sachverständigen opportun ist. Das Ganze verkompliziert sich durch die Tatsache, dass die beschuldigte Person zwar über die Funktion des Sachverständigen (insb. die fehlende Schweigepflicht gegenüber der Verfahrensleitung) aufgeklärt wird, diese Tatsache aber im Verlaufe des Gesprächs vergessen und die Rolle des Sachverständigen verkennen kann und im fragstellenden Gegenüber den Arzt und nicht den gegenüber der Strafbehörde mitteilungsverpflichteten Sachverständigen sieht. Damit steht die durch *nemo tenetur* garantierte freiwillige (d.h. im Wissen um die Konsequenzen einer Einlassung erfolgende) Kooperation der beschuldigten Person unter latentem Druck. Betrachtet man schliesslich die Tatsache, dass die beschuldigte Person wie auch bei einer Einvernahme sofort durch ihre Verteidigung vor ungesetzlichem Verhalten seitens des Sachverständigen geschützt werden möchte und dass die sachverständigen Erhebungen potenziell determinierende Wirkung für das spätere Verfahren aufweisen, kann die materielle Kongruenz von Exploration und Einvernahme nicht ernsthaft in Abrede gestellt werden. Damit gelten die nach Art. 6 Ziff. 3 lit. c EMRK aufgestellten Leitlinien auch im Kontext der psychiatrischen Exploration: Grundsätzlich steht der beschuldigten Person das Recht zu, dass ihre Verteidigung am Explorationsgespräch teilnehmen kann (Teilnahmerecht der Verteidigung).¹²

B. Nichtvorliegen von legitimen Einschränkungsgründen

Ausgehend von der Prämisse eines grundsätzlich einzuräumenden Teilnahmerechts galt es zu prüfen, ob zwingende Gründe einem Teilnahmerecht der Verteidigung

entgegenstehen. Infrage kam dabei insbesondere der Methodenstandard der (forensischen) Psychiatrie: Die Exploration soll nach herrschender Auffassung in der forensisch-psychiatrischen Literatur (sehr komprimiert ausgedrückt) ohne störende Ausseneinflüsse durch Drittpersonen stattfinden (Optimierung der Wahrheitssuche), was im Regelfall zum Ausschluss der Verteidigung führt. Dieser Methodenstandard bildet jedoch unter konventionsrechtlichen Gesichtspunkten keinen zwingenden Einschränkungsground. Zwar anerkennt der EGMR die Möglichkeit, das Recht auf Beizug der Verteidigung aus zwingenden Gründen temporär auszusetzen, wenn unmittelbare Gefahren für Leib, Leben und die Freiheit von Dritten drohen. Nun werden durch den psychiatrischen Methodenstandard weder solch hochrangigen Rechtsgüter geschützt noch vermag der Schutz des psychiatrischen Methodenstandards inhaltlich als Einschränkungsground zu überzeugen. Bereits grundsätzlich besteht kein schützenswertes Vertrauensverhältnis, da die sachverständige Person gegenüber den Strafbehörden einschlägige Informationen offenbaren muss. Sodann ist auch die Störungsprämisse angreifbar. Ob die beschuldigte Person aufgrund der Anwesenheit ihres Beistandes wirklich per se zurückhaltender wäre, bedarf der empirischen Überprüfung. Doch selbst wenn die Verteidigung aktiv in der Exploration interveniert und insofern «stört», könnte kaum von einer Störung im Rechtssinne gesprochen werden. Rät die Verteidigung der beschuldigten Person zum Schweigen, hilft sie ihr bei der Wahrung eines ihr ohnehin zustehenden Rechts (*nemo tenetur*; Art. 185 Abs. 5 StPO). Rügt sie ungesetzliches Verhalten seitens des Sachverständigen, kommt sie ihrer angedachten Schutzpflicht nach. Vor diesem Hintergrund ergab sich, dass der Methodenstandard der Psychiatrie keinen zwingenden Grund für den Ausschluss der Verteidigung darzustellen vermag.¹³

C. Fairnessverletzung qua Gesamtwürdigung

Da sich der Ausschluss der Verteidigung nicht auf zwingende Gründe stützt, muss anhand einer strengen Gesamtwürdigung beurteilt werden, ob im Einzelfall trotzdem ein faires Verfahren stattfinden kann. Bei dieser Betrachtung überwogen die Faktoren für die Annahme eines unfairen Verfahrens. In der Exploration werden verwertbare Beweise in einem bis dato intransparenten Setting (vgl. II.B.) gesammelt, welche von grosser Signifikanz für die Gutachtensfragen und potenziell von partieller Relevanz für den Tatnachweis und die Strafzumessung sind. Die Erhebungen in der Exploration geschehen mit

¹² Für den gesamten Abschnitt: URWYLER (Fn. 1), N 300–343.

¹³ Für den gesamten Abschnitt: URWYLER (Fn. 1), N 344–357.

einer beschuldigten Person, die im Regelfall besonders verletzlich ist und zu keinem Zeitpunkt auf die schützende Anwesenheit ihrer Verteidigung gültig verzichtet hat. Dass die beschuldigte Person vor der Exploration über ihr Aussage- und Mitwirkungsverweigerungsrecht aufgeklärt wird, sie vor der Exploration mit der Verteidigung verkehren und nach der Exploration ihre Explorationsangaben zurückziehen oder modifizieren kann, öffentliche Interessen an der Bestrafung bestehen und eine Würdigung durch ein professionelles Gericht (d.h. keine Laienjury) stattfindet, vermag diese Defizite nicht zu beheben. Folgerichtig musste eine Konventionsverletzung festgestellt werden. Unter den geltenden Rahmenbedingungen wird Art. 6 Ziff. 3 lit. c EMRK nicht entsprochen.¹⁴

D. Konventionskompatibler Lösungsmechanismus: Teilnahmerecht der Verteidigung

In einem letzten Schritt galt es zu diskutieren, welche Lösungsmechanismen ein konventionskompatibles Verfahren herstellen können. Teilnahmerechtslose Lösungsansätze (Verwertungsverbote, Tatinterlokut etc.) mussten jedoch aufgrund ihres fragmentarischen Schutzgehalts und praktischer Schwierigkeiten verworfen werden. Durch sie wäre es gerade nicht möglich, dass die Verteidigung die beschuldigte Person unmittelbar vor ungesetzlichem Verhalten der sachverständigen Person in der Exploration schützen und sie über die Aussagestrategie beraten kann. Das Teilnahmerecht der Verteidigung am Explorationsgespräch ist der einzige adäquate Lösungsmechanismus, um den konventionswidrigen Status quo zu beheben. Die damit verbundenen praktischen Herausforderungen (Schulungen von Sachverständigen, Kosten etc.) wären überwindbar und erscheinen als angemessener Preis, um ein faires Verfahren i.S.v. Art. 6 Ziff. 1 i.V.m. Art. 6 Ziff. 3 lit. c EMRK zu garantieren.¹⁵

IV. Abschliessende Bemerkungen

Aus den verdichteten Ausführungen der Erkenntnisse meiner Dissertation ergibt sich, dass ein faires Verfahren im Kontext der psychiatrischen Exploration im Strafverfahren sowohl eine audiovisuelle Aufzeichnung als auch ein Teilnahmerecht der Verteidigung erfordert. Nur so wird die beschuldigte Person in die Lage versetzt, die explorationsbezogenen Schilderungen im Gutachten ef-

fektiv auf die Probe zu stellen und nur so kann die Verteidigung die beschuldigte Person vor ungesetzlichem Verhalten seitens des Sachverständigen schützen und das Aussage- und Mitwirkungsverweigerungsrecht effektiv absichern. Eine Praxisänderung durch das Bundesgericht oder – aus demokratietheoretischen Überlegungen noch wünschenswerter – eine Änderung der StPO drängt sich auf, um dieser Erkenntnis Rechnung zu tragen. Diese Modifikation mag forensisch-psychiatrischen Sachverständigen wie eine systemwidrige Einmischung in ihre Methodenfreiheit vorkommen. Sie ist aber nichts dergleichen, sondern simple Folge des Umstandes, dass die psychiatrische Begutachtung auf dem Boden des Strafprozesses stattfindet und folglich den verfahrensrechtlichen Mindestanforderungen der EMRK zu entsprechen hat.

¹⁴ Für den gesamten Abschnitt: URWYLER (Fn. 1), N 360–382.

¹⁵ Für den gesamten Abschnitt: URWYLER (Fn. 1), N 383–423.