



Marc Thommen

*Prof. Dr. iur., LL.M. (Cantab), Professor für Strafrecht und Strafprozessrecht,
Universität Zürich*

¹

Nur noch Psychiater als Gutachter (BGE 140 IV 49)

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Kantonales Verfahren
- III. Verfahren vor Bundesgericht
 1. Die öffentliche Urteilsberatung vom 13.2.2014
 2. Die schriftliche Begründung
 3. Bestätigungsentscheid
- IV. Bemerkungen
 1. Ärzte als Gutachter
 2. Ausnahmen von der Regel
 3. Praktische Auswirkungen

I. Einleitung

Am 13.2.2014 hat das Bundesgericht in öffentlicher Urteilsberatung mit drei zu zwei Stimmen entschieden, dass Gutachten zur Schuldfähigkeit (Art. 20 StGB) und zu Massnahmen (Art. 56 Abs. 3 StGB) künftig nur noch von Psychiatern erstattet werden können.² Psychologen sollen solche Gutachten nicht länger in eigener Verantwortung erstellen dürfen. Damit hat das Bundesgericht eine in der Literatur seit längerem umstrittene Frage³ im Sinne der Schulmedizin entschieden und zugleich der von den Psychologen geforderten Gleichbehandlung bei der Schuldfähigkeits- und Prognosebegutachtung⁴ eine Absage erteilt. Wie ist das Bundesgericht zu diesem apodiktischen Positionsbezug gelangt?

II. Kantonales Verfahren

X. wurde vorgeworfen, am Abend des 1.9.2011 in die Wohnung seines Nachbarn eingedrungen zu sein, diesen im Würgegriff in dessen Küche gezerrt, dort gegen die Wand gedrückt und verbal mit dem Tode bedroht zu haben. Ferner habe er am 24.9.2011 in alkoholisiertem Zustand eine Frau, die nicht auf seine Avancen eingegangen war, sowie deren Freund beschimpft und mit einem Küchenmesser von 25–30 cm Klingenlänge bedroht. X. wurde erstinstanzlich wegen mehrfacher Drohung, Hausfriedensbruchs, mehrfacher Beschimpfung und Tätlichkeiten verurteilt.⁵

Am 13.2.2013 bestätigte das Kantonsgericht St. Gallen die Schuldsprüche gegen X. und verurteilte ihn unter anderem zu einer Freiheitsstrafe von neun Monaten. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wurde aufgeschoben zugunsten einer stationären Massnahme im Sinne von Art. 59 Abs. 1 StGB.⁶

Bereits vor dem Kantonsgericht machte X. geltend, dass kein rechtsgenügendes Gutachten vorliege für die Anordnung einer stationären therapeutischen Massnahme. Er sei von Dr. P., einer Psychologin, untersucht worden. Es hätte jedoch eine Begutachtung durch eine Ärztin bzw. Psychiaterin erfolgen müssen.⁷

Das Kantonsgericht St. Gallen stützte sich auf Art. 56 Abs. 3 StGB. Diese Bestimmung verlange eine «sachverständige Begutachtung». Aus dem Wortlaut ergebe sich keine ausdrückliche Einschränkung der Person des Gutachters auf einen Facharzt. Nach dem Recht des Kantons St. Gallen sei die Erstellung von forensischen Gutachten nicht alleine Psychiatern vorbehalten. Entscheidend sei vielmehr, dass der Gutachter über die notwendige fachliche Qualifikation verfüge. In casu handle es sich bei der Gutachterin Dr. P. um eine forensisch-psychologische Sachverständige mit Zulassung und praktischen Erfahrungen als klinische Psychologin und Psychotherapeutin. Diese Fachgebiete beschäftigen sich mit der Diagnostik und Behandlung von psychischen Stö-

forumpoenale 2015 - S. 15

rungen. Es sei somit davon auszugehen, dass sie über die notwendige fachliche Qualifikation verfügt, um selbstständig ein Gutachten über X. zu erstellen, das sich zu dessen Persönlichkeit, zur Diagnosestellung, Schuldfähigkeit, Rückfallgefahr und zur Massnahmenindikation äussert. Der Beweisantrag, eine weitere Begutachtung in Auftrag zu geben, sei entsprechend abzuweisen. Da das Gutachten auch inhaltlich genügend sei, könne darauf abgestellt werden.⁸

III. Verfahren vor Bundesgericht

Gegen den kantonsgerichtlichen Entscheid erhob X. Beschwerde in Strafsachen beim Bundesgericht. In der Sache wiederholte er seine Argumente aus dem kantonalen Verfahren. Das Kantonsgericht verletze Bundesrecht, indem es den Begriff «sachverständige Begutachtung» so auslege, dass auch Psychologinnen als Sachverständige gelten. Seine Schuldfähigkeit sei damit ungenügend abgeklärt worden; die Anordnung der stationären Massnahme sei bundesrechtswidrig.

Ist es mit Bundesrecht vereinbar, in Strafurteilen bezüglich Schuldfähigkeit (Art. 20 StGB) sowie Massnahmen (Art. 56 Abs. 3 StGB) ausschliesslich auf das Gutachten eines Psychologen abzustellen? Am 13.2.2014 – exakt ein Jahr nach dem kantonsgerichtlichen Entscheid – hatte das Bundesgericht in Fünferbesetzung über diese Frage in einer öffentlichen Urteilsberatung zu entscheiden.

1. Die öffentliche Urteilsberatung vom 13.2.2014

Der Referent beantragte die Abweisung der Beschwerde und damit die Bestätigung des Entscheids der Vorinstanz. Seiner Auffassung nach sollten hinreichend qualifizierte Psychologen Gutachten erstatten dürfen. Das Gesetz verlange einzig eine sachverständige Begutachtung. Zwar seien Gutachten gemäss der Botschaft «*in aller Regel von einem Psychiater*» zu erstatten, doch bleibe mit dieser Formulierung Raum für andere kompetente Gutachter. Es sei nicht ersichtlich, weshalb die Berufsgattung der Psychiater derjenigen der Psychologen kategorisch vorgezogen werden soll. Auch der Facharztstitel des Psychiaters könne einwandfreie Gutachten nicht in jedem Fall garantieren. Hinzu komme, dass in der schweizerischen Gerichtspraxis ein notorischer Gutachtermangel herrsche. Dieser Mangel würde durch den Ausschluss von Psychologen akzentuiert. Rechtsvergleichend seien in Deutschland Psychiater und Psychologen zur Gutachtertätigkeit zugelassen. Der Kanton St. Gallen habe Dr. P., welche über eine 14-jährige Ausbildung und langjährige Praxiserfahrung verfüge, als hinreichend sachverständige Person eingestuft. Es bestehe kein Anlass, dieser Einschätzung zu widersprechen.

Gegen die Auffassung des Referenten wurde vorgebracht, dass Psychiater über ein abgeschlossenes Medizinstudium verfügen. Gemäss dem Gegenreferenten sei das Medizinstudium mit dem Staatsexamen seit Langem gesamtschweizerisch vereinheitlicht. Auch die Facharztstitel der schweizerischen Ärzteverbindung FMH setzen einheitliche Qualitätsstandards. Für die Psychologen gelte zwar seit Kurzem das Bundesgesetz über die Psychologieberufe,⁹ welches die Berufsausübung gesamtschweizerisch vereinheitlichen soll. Ein mit dem Medizinstudium vergleichbarer Ausbildungs- und Qualitätsstandard fehle jedoch bislang. Daher sei auch der Vergleich mit Deutschland unzulässig, weil der Psychologenberuf dort seit Langem etabliert und staatlich anerkannt sei. Bei Gutachten bezüglich Schuldfähigkeit und Massnahmenindikation müsse von Anfang an feststehen, ob ein Gutachter qualifiziert sei. In Bezug auf die Formulierung in der Botschaft anerkannte der Gegenreferent, dass diese Ausnahmen zulasse. Diese seien zu begründen, konkrete Beispiele indes kaum denkbar. Die Ausnahmen können jedenfalls nicht in der Person der Gutachterin selbst liegen. Vielmehr seien Fälle zu umschreiben, in denen ausnahmsweise ein psychologisches Gutachten genüge. Auf das Argument, dass der Facharztstitel nicht in jedem Fall genügende Gutachten verbürgen könnte, entgegnete der Gegenreferent, dass es auch schlechte Anwälte gäbe, trotzdem zweifle niemand am anwaltlichen Vertretungsmonopol in Strafsachen. Gutachten seien deshalb einstweilen nur durch Psychiater zu erstatten und die Beschwerde gutzuheissen.

Der Antrag des Gegenreferenten auf Gutheissung der Beschwerde fand in der Folge Unterstützung durch zwei weitere Bundesrichter. Diese führten aus, dass der Facharztstitel ein formelles und damit ein in der Praxis einfach zu handhabendes Kriterium sei. Die Qualifizierung der Gutachterin im konkreten Fall sei ebenso unbestritten wie irrelevant. Es gehe um die grundsätzliche Frage, ob Psychologen Gutachter sein können. Die Gutachterkompetenz in jedem Fall individuell zu erheben, sei nicht praktikabel. Es müssen hohe Anforderungen gestellt werden, weil es um Gutachten zur

Schuldfähigkeit, zu Massnahmen und zur Gefährlichkeit gehe, mit gravierenden Konsequenzen für die Betroffenen. Nach ständiger Praxis sei immer zuerst über die medizinische Frage zu entscheiden, ob eine krankhafte Störung bestehe. Psychologen seien mit dieser medizinischen Frage entweder überfordert oder erkennen sie gar nicht. Der «Lead» müsse deshalb bei einem Arzt liegen. Die Gutachtenserstattung könne nicht bloss einstweilen, sondern müsse generell auf Ärzte eingeschränkt bleiben. Spezifische Fragestellungen, die sich im Rahmen einer Begutachtung ergeben, können indes an Psychologen delegiert werden. Die Verantwortung für das Gutachten als Ganzes bleibe davon unberührt und liege

forumpoenale 2015 - S. 16

auch in diesen Fällen beim Arzt. Auch in Deutschland gelte, dass Psychologen einen Arzt beiziehen müssen, sobald eine medizinische Ursache vermutet werden muss.

Der Antrag des Referenten wurde von einem weiteren Gerichtsmitglied unterstützt: Hierzu wurden der Gesetzestext und die Materialien, föderalistische Überlegungen sowie die Wichtigkeit der Disziplinenvielfalt («pluridisciplinarité») angeführt. Aus dem Gesetzestext ergäben sich keine Hinweise, welche die Gutachtertätigkeit von einer bestimmten beruflichen Qualifikation abhängig machen. Die Passage in der Botschaft, wonach Gutachten «*in aller Regel*» von einem Psychiater erstellt werden müssen, bedeute, dass es auch Ausnahmen von dieser Regel geben müsse. Die Kantone sollten Art. 20 und Art. 56 Abs. 3 StGB so auslegen dürfen, dass auch Psychologen zur Begutachtung zugelassen sind. Gegenwärtig liessen gewisse Kantone Psychologen zu. Folgte man dem Gegenantrag, müssten die entsprechenden kantonalen Gesetze für bundesrechtswidrig erklärt werden. Dazu bestehe weder Anlass noch würde dies den oftmals komplexen interdisziplinären Fragestellungen gerecht. Entgegen der Auffassung des Gegenreferenten, wonach im Strafverfahren von Anfang an feststehen müsse, wer als Gutachter in Frage komme, verpflichte Art. 183 StPO die Gerichte, die Qualifikation im konkreten Fall zu prüfen. Es sei daher auch irrelevant, dass das erst kürzlich in Kraft getretene Psychologieberufegesetz keine Festlegung abstrakter Qualitätserfordernisse zulasse. Das einzig Relevante sei, dass weder dieses neue noch andere Bundesgesetze Psychologen von der Erstattung von Gutachten ausschliessen.

In der zweiten und dritten Beratungsrunde wurde zunächst auf den Zweck von Art. 20 und 56 Abs. 3 StGB verwiesen. Es gehe um Qualitätssicherung. Am besten könne ein Qualitätsstandard mit einem Facharztstitel gewährleistet werden. Dagegen wurde eingewendet, dass Gutachten in acht Kantonen auch von Psychologen erstellt werden dürfen. Sodann wurde hauptsächlich darüber debattiert, wie die Formulierung des Bundesrates zu interpretieren sei, wonach Gutachten «*in aller Regel*» durch einen Psychiater zu erstellen seien. Soweit Psychologen Gutachten erstellen sollen, sei dies zu begründen. Konkrete Kriterien für Ausnahmen wurden nicht genannt. Ein Befürworter der Guttheissung stellte sich sogar auf den Standpunkt, die Formulierung «*in der Regel*» würde als gesetzgeberischer Kunstgriff jeweils nur benutzt, um Hintertüren für allfällige, bei Erlass eines Gesetzes nicht bedachte Sonderkonstellationen zu schaffen. Vorliegend sei eine solche Sonderkonstellation indes nur schwer vorstellbar und könne jedenfalls nicht in der Person der Gutachterin liegen. Gegen dieses enge Verständnis der Ausnahmeregelung wurde eingewendet, dass es Psychiater den Psychologen per se

vorziehe und letztere faktisch von der Begutachtung ausschliesse. Hinzu komme, dass der Kanton St. Gallen die Gutachterin als genügend qualifiziert eingestuft habe.

In der öffentlichen Schlussabstimmung hielten alle Mitglieder der strafrechtlichen Abteilung an ihren eingangs gestellten Anträgen fest, sodass die Beschwerde – entgegen dem Antrag des Referenten – mit drei zu zwei Stimmen gutgeheissen wurde.¹⁰

2. Die schriftliche Begründung

In der schriftlichen Urteilsbegründung äussert sich das Bundesgericht zunächst zu den Schwierigkeiten, mit denen sich Gutachter konfrontiert sehen: «Obwohl nichtärztliche Sachverständige nicht krankhafte Störungen diagnostizieren können, ist für die Gutachtenerstellung eine medizinische Ausbildung der sachverständigen Person vorauszusetzen. Nur diese gewährleistet, dass eine körperliche oder organische Ursache einer allfälligen psychischen Störung oder Krankheit festgestellt oder ausgeschlossen werden kann. Im Gegensatz zum nichtärztlichen Psychologen verfügt ein Facharzt für Psychiatrie und Psychologie [recte wohl: Psychotherapie¹¹] über ein Medizinstudium sowie eine Ausbildung zum Facharzt.»¹²

Nach der Auseinandersetzung mit seiner früheren Rechtsprechung und der einschlägigen Literatur hält das Bundesgericht schliesslich fest: «Während die Aus- und Weiterbildung der Psychiater einen gewissen Qualitätsstandard gewährleistet, müsste bei nichtärztlichen Sachverständigen stets überprüft werden, ob sie im konkreten Fall die Anforderungen an die Sachkunde erfüllen. Angesichts der erheblichen praktischen Bedeutung der Gutachten im Sinne von Art. 20 und 56 Abs. 3 StGB ist an der bisherigen Praxis festzuhalten und als sachverständige Person in aller Regel nur ein Facharzt für Psychiatrie und Psychotherapie zuzulassen. Ausnahmen sind schwer vorstellbar. Sie müssen mit der fachlichen Ausgangslage gerechtfertigt werden und lassen sich nicht mit der Person des Sachverständigen begründen. Angesichts der interdisziplinären Fragestellung ist es jedoch zulässig und erstrebenswert, dass psychiatrische Gutachter einzelne Fragen einem Psychologen (oder Psychotherapeuten) stellen oder diesen mit (testpsychologischen) Untersuchungen beauftragen [...]. Dabei bleibt jedoch stets der Psychiater für die Gutachtenserstattung verantwortlich.»¹³

3. Bestätigungsentscheid

Rund zwei Monate später, am 24.4.2014, hat das Bundesgericht den hier referierten Entscheid bereits bestätigt und präzisiert. Es hat entschieden, dass der Grundsatz der fachärztlichen Begutachtung nicht nur im Rahmen von Art. 20

und Art. 56 Abs. 3 StGB gilt, sondern auch bei Gutachten über die Notwendigkeit der Verlängerung einer Massnahme nach Art. 59 Abs. 4 StGB: «Die Massnahmenverlängerung zählt folglich nicht zu den vom Bundesgericht vorbehaltenen Ausnahmen vom Grundsatz, wonach die Begutachtung in aller Regel durch einen Psychiater zu erfolgen hat.»¹⁴

IV. Bemerkungen

BGE 140 IV 49 wirft im Wesentlichen drei Fragen auf, die auch durch den Bestätigungsentscheid nicht beantwortet werden: 1. Weshalb dürfen in der Regel nur Ärzte Gutachten erstellen? 2. Gibt es Ausnahmen von dieser Regel? 3. Welche Auswirkungen hat der Bundesgerichtsentscheid in der Praxis?

1. Ärzte als Gutachter

Es geht dem Bundesgericht um die Frage, «*ob das Bundesrecht ärztliche Gutachter vorschreibt oder ob auch nichtärztliche Psychologen (mit Weiterbildungstiteln) zugelassen werden*». ¹⁵ Inhaltlich begründet es die Beschränkung der Gutachtenstätigkeit auf Ärzte damit, dass Gutachten wegen ihrer grossen Tragweite Sachkunde voraussetzen. Nur ärztliche Sachverständige seien in der Lage, körperliche oder organische Ursachen einer allfälligen psychischen Störung oder Krankheit festzustellen oder auszuschliessen. Psychologen und nichtärztlichen Psychotherapeuten werden diese Fähigkeiten somit abgesprochen. Der Entscheid ist insofern zu begrüssen, als er den weitreichenden Folgen von Gutachten Rechnung trägt und die Anforderungen an die Person des Gutachters entsprechend hoch ansetzt. Die vom Bundesgericht gewählte Mindestschranke liegt in der Ausbildung zum Arzt. Damit ist ein für die Praxis einfach zu handhabender formeller Standard festgelegt. Die Ausführungen zeugen von einem grossen Vertrauen in die Schulmedizin. ¹⁶ Während Psychiatern zugetraut wird, alle Störungen zu erkennen, können nichtärztliche Sachverständige nach Auffassung des Bundesgerichts nur «*nicht krankhafte Störungen diagnostizieren*». ¹⁷ Dieser Befund erstaunt, führt doch das Bundesgericht in der vorangehenden Erwägung unter Bezugnahme auf die deutsche Fachliteratur aus, dass «*ein medizinischer Sachverständiger beizuziehen*» ist, wenn «*eine krankhafte seelische Störung eine körperliche Ursache*» hat. ¹⁸ Damit impliziert es, dass auch ein einschlägig erfahrener Psychologe medizinische Ursachen erkennen kann. ¹⁹ Weshalb dies nunmehr kategorisch ausgeschlossen sein soll, bleibt unbeantwortet.

Nicht eindeutig beurteilt das Bundesgericht die Frage, *welche* Ärzte zum Gutachten zugelassen sind. Unklar bleibt damit, ob Gutachten durch alle Ärzte, nur durch Fachärzte oder gar nur durch spezialisierte Fachärzte erstattet werden dürfen. Für eine Zulassung aller Ärzte spricht, dass am Ende des Entscheides ohne Hinweis auf eine Spezialisierung ausgeführt wird: «*Das Bundesgericht hat einzig zu prüfen, ob das Bundesrecht einen ärztlichen Sachverständigen vorschreibt, was der Fall ist.*» ²⁰ In Bezug auf den konkreten Fall erwägt das Bundesgericht dann jedoch: «*Das Gutachten [...] hätte von einem psychiatrischen Facharzt erstellt werden müssen.*» ²¹ Immerhin geht aus dem Entscheid hervor, dass «*über die formellen Anforderungen (z.B. forensische Weiterbildung) an einen Facharzt für Psychiatrie und Psychotherapie [...] vorliegend nicht zu befinden*» war. ²² Damit ist klar, dass von Bundesrechts wegen nicht Fachärzte mit Zusatzausbildung verlangt werden.

Dr. P., die Gutachterin im vorliegenden Fall, hat in klinischer Psychologie promoviert und verfügt neben ihrer psychotherapeutischen Fachausbildung und langjährigen Praxiserfahrung auch über einen Weiterbildungstitel in Rechtspsychologie. Wenn derart erfahrene Psychotherapeutinnen keine rechtsgenügenden Gutachten erstatten können, so kann als Mindestvoraussetzung vernünftigerweise nur ein Facharztstitel für Psychiatrie und Psychotherapie genügen. Das Studium der Medizin reicht als Qualitätsstandard nicht aus. Andernfalls würden auch Fachärzte für Radiologie oder Chirurgie alleine aufgrund ihres Medizinstudiums die formellen Gutachtensvoraussetzungen erfüllen, was mit dem Ziel

der Qualitätssicherung nicht zu vereinbaren wäre. Über den Mindeststandard einer Ausbildung zum Facharzt für Psychiatrie und Psychotherapie hinaus fordert etwa der Kanton Zürich bei Gutachten mit komplexen Problemstellungen bereits heute zusätzliche forensische Weiterbildungen.²³ Zusammenfassend erfüllen nach dem Entscheid vom 13.2.2014 nur Fachärzte für Psychiatrie und Psychotherapie die fachlichen Qualitätsanforderungen für Gutachten nach Art. 20 und 56 Abs. 3 StGB. Dass Gutachten nur durch einen «*psychiatrischen Facharzt*» erstattet werden können, hält nunmehr auch der Bestätigungsentscheid explizit fest.²⁴

forumpoenale 2015 - S. 18

2. Ausnahmen von der Regel

Gilt die Beschränkung auf Fachärzte ausnahmslos oder bloss als Regel? Auf den ersten Blick mag diese Frage erstaunen. Nach der Regeste scheint zunächst klar, dass die «*sachverständige Person [...] in aller Regel Facharzt [...] sein*» muss. Allerdings machten die in der Urteilsberatung obsiegenden Bundesrichter deutlich, dass Ausnahmen von der fachärztlichen Begutachtung künftig praktisch ausgeschlossen sein werden. Die schriftliche Urteilsbegründung ist in dieser Hinsicht ambivalent. Das Bundesgericht folgt zunächst der materialientreuen Auslegung, wonach Gutachten bloss «in aller Regel» durch Ärzte zu erstatten sind, um in der Folgerewägung sodann apodiktisch festzuhalten, dass das Bundesrecht ärztliche Sachverständige vorschreibe.²⁵ Die aus der öffentlichen Urteilsberatung übernommene Formulierung, wonach Ausnahmen nur «*schwer vorstellbar*» sind, stiftet weitere Verwirrung, bedeutet sie doch gerade, dass es zumindest theoretisch weiterhin Ausnahmen gibt.

Wie sind diese zweideutigen Erwägungen zustande gekommen? Eine Erklärung hierfür könnte die gerichtsinterne Praxis sein, wonach die Endredaktion der Urteilsbegründung auch dann beim Referenten und seinen Gerichtsschreibern verbleibt, wenn dieser in der öffentlichen Urteilsberatung mit seinem Antrag unterliegt.²⁶ Diese Praxis schafft die Gefahr, dass das ursprüngliche Referat lediglich um die in der Sitzung geäusserten Gegenargumente ergänzt und kein von Grund auf neues Urteil verfasst wird. Richtigerweise müsste das ganze Dossier dem obsiegenden Gegenreferenten übergeben werden, damit dieser das Urteil neu verfasst. Das Bundesgerichtsgesetz stünde einer solchen Regelung nicht entgegen. Die Bestimmungen über die Bildung des Spruchkörpers (Art. 20 und Art. 22 BGG) machen dem Bundesgericht keine Vorschriften in Bezug auf die Referenten.²⁷ Ebenso wenig stellt das Bundesgerichtsreglement Vorschriften über die schriftliche Begründung von Urteilen auf, die in öffentlicher Beratung gefällt wurden. Art. 45 BGerR bestimmt hierzu lediglich, dass die Begründung den mitwirkenden Richtern und Richterinnen zur Genehmigung zu unterbreiten ist, wenn das Urteil in einer Beratung gefällt wurde. Damit könnte die hier vorgeschlagene Lösung einer Urteilsredaktion durch den obsiegenden Gegenreferenten bereits unter geltendem Recht umgesetzt werden.

Gibt es Ausnahmen von der Regel fachärztlicher Begutachtung? Der Gesetzestext von Art. 20 und Art. 56 Abs. 3 StGB verlangt eine «*sachverständige Begutachtung*». Von einer fachärztlichen Begutachtung ist nicht die Rede. Den Materialien lässt sich keine *kategorische* Beschränkung auf Fachärzte entnehmen. Gemäss der Urteilsbegründung sei man in der parlamentarischen Beratung

«davon ausgegangen, dass es sich beim Sachverständigen um einen Psychiater handelt»²⁸. Bei näherem Hinsehen lassen die parlamentarischen Voten eine solch eindeutige Interpretation nicht zu. Es ging in der ständerätlichen Sitzung vom 14.12.1999 nicht darum, ob die Begutachtung durch einen Facharzt zu erfolgen hat, sondern um die nötige Anzahl von Gutachtern. Ausserdem äusserte sich Ständerat Hans-Rudolf Merz durchaus kritisch zur Psychiatrie.²⁹ In der Botschaft wird postuliert, dass Gutachten «in aller Regel»³⁰ («en règle générale»; «généralement»³¹; «di regola»; «normalmente»³²) von einem Psychiater erstellt werden müssen. Dass die Begutachtung in aller Regel nur durch Fachärzte erfolgen soll, stellt bereits eine enge Auslegung des Gesetzestextes («sachverständige Begutachtung») dar: Weshalb sollen grundsätzlich nur Fachärzte als sachverständig gelten? Keine Grundlage bietet der Gesetzestext jedenfalls für ein eigentliches Gutachtenmonopol für Fachärzte. Im Gegenteil wird gemäss der Botschaft «die Person des Gutachters [...] nicht näher bestimmt und bewusst nicht auf Psychiater eingeschränkt»³³. Deutlicher kann man das Regel-Ausnahme-Verhältnis nicht zum Ausdruck bringen. Dies räumt auch das Bundesgericht ein.³⁴ Zusammenfassend besteht de lege lata keine Handhabe, nichtärztliche Gutachter bei Expertisen nach Art. 20 und Art. 56 Abs. 3 StGB kategorisch auszuschliessen. Es muss somit weiterhin Ausnahmen von der Regel fachärztlicher Begutachtung geben.

3. Praktische Auswirkungen

Zuletzt stellt sich die Frage, was nun in der Praxis gilt. Wie soeben ausgeführt, besteht weiterhin Raum für Ausnahmen. Zunächst einmal müssen Gutachten nicht zwingend von Fachärzten *alleine* verfasst werden. Es reicht, wenn sie in in-

forumpoenale 2015 - S. 19

terdisziplinärer Kooperation unter fachärztlicher Verantwortung erstattet werden. In der Sitzung war die Rede vom «Lead» des fachärztlichen Gutachters.³⁵ Weiter sollen Ausnahmen «mit der fachlichen Ausgangslage gerechtfertigt werden und lassen sich nicht mit der Person des Sachverständigen begründen»³⁶. Diese Erwägung geht auf das Votum des Gegenreferenten zurück, der an der Sitzung gefordert hatte, Fälle zu umschreiben, in denen ausnahmsweise ein psychologisches Gutachten genüge. Indem das Bundesgericht auf allgemeine Konstellationen und nicht die konkrete Qualifikation des Gutachters abstellt, konnte es den Umstand ausser Acht lassen, dass die Gutachterin im vorliegenden Fall unbestrittenermassen hoch qualifiziert war. Überzeugend ist diese Argumentation gleichwohl nicht. Wie in der Urteilsberatung zu Recht hervorgehoben wurde, verpflichtet Art. 183 StPO die Strafbehörden in jedem Fall zu prüfen, ob ein Gutachter die nötigen Qualifikationen aufweist. Zu den Anforderungen an die sachverständige Person bestimmt Art. 183 Abs. 1 StPO, dass als Sachverständige natürliche Personen ernannt werden können, die auf dem betreffenden Fachgebiet die erforderlichen besonderen Kenntnisse und Fähigkeiten besitzen. Das Bundesgericht macht es sich zu einfach, wenn es ohne weitere Begründung erklärt, dass Art. 20 und 56 Abs. 3 StGB als lex specialis vorgehen.³⁷ Diese Bestimmungen regeln die *Gutachtensnotwendigkeit*, während Art. 183 StPO die Modalitäten der *Gutachtereinsetzung* umschreibt. Im Ergebnis kommt es somit sehr wohl auf die Person der Gutachterin an.³⁸

All diese Einwände ändern nichts daran, dass Schuldfähigkeits- und Massnahmengutachten künftig wohl nur noch bei Fachärzten für Psychiatrie und Psychotherapie in Auftrag gegeben werden. Selbst wenn man davon ausginge, dass es auf die Person der Gutachterin nicht ankomme, hat es das Bundesgericht unterlassen, abstrakt Fälle zu umschreiben, in denen es gerechtfertigt sein könnte, nichtärztliche Gutachter einzusetzen. Auch im Bestätigungsentscheid hat das Bundesgericht nur negativ festgehalten, dass die Massnahmenverlängerung nicht zu den Ausnahmen von der Regel fachärztlicher Begutachtung zählt.³⁹ Unklar bleibt auch, ob die Begutachtung – wie an der Sitzung gefordert – bloss «einstweilen» Psychiatern vorbehalten ist und nach der Etablierung von Qualitätsstandards durch das Psychologieberufegesetz neu entschieden wird. Einen entsprechenden Vorbehalt findet man in der Begründung des publizierten Entscheides nicht, wohl aber im Bestätigungsentscheid: «Zumindest gegenwärtig» könnten die Anforderungen an die erforderliche Sachkunde nur mit einer psychiatrischen Gutachtensverantwortung sichergestellt werden.⁴⁰

De facto wird sich deshalb keine Strafbehörde dem Risiko einer späteren bundesgerichtlichen Kassation aussetzen und einen Psychologen als Gutachter einsetzen. Die Vorrangstellung der Psychiater wird so in die Zukunft hinaus zementiert. Damit ist aber auch absehbar, dass sich der jetzt schon beklagte Gutachtermangel noch weiter akzentuieren wird.⁴¹

Stichwörter: Gutachten zur Schuldfähigkeit (Art. 20 StGB), Gutachten bei Massnahmen (Art. 56 Abs. 3 StGB), Einsetzung von Gutachtern (Art. 183 Abs. 1 StPO)

Mots-clés: expertise sur la responsabilité (art. 20 CP), expertise en prévision de mesures (art. 56 al. 3 CP), désignation des experts (art. 183 al. 1 CPP).

Zusammenfassung: Gutachten zur Schuldfähigkeit (Art. 20 StGB) sowie zur Massnahmenindikation (Art. 56 Abs. 3 StGB) dürfen künftig nur noch unter Leitung von Fachärzten für Psychiatrie und Psychotherapie erstattet werden. Psychologen sind von der selbständigen Begutachtung ausgeschlossen. Dieser Grundsatz gilt de facto absolut.

Résumé: Les expertises relatives à la responsabilité du prévenu (art. 20 CP) et à l'indication des mesures (art. 56 al. 3 CP) ne peuvent dorénavant plus être établies que sous la direction de médecins spécialisés en psychiatrie et psychothérapie. Les psychologues sont exclus du cercle des personnes habilitées à rendre de manière indépendante un tel rapport. De facto, ce principe vaut de façon absolue.

1 Ich danke meinem wissenschaftlichen Mitarbeiter, MLaw Moritz Oehen, für seine Hilfe bei der Endredaktion des Textes sowie für seine zahlreichen Verbesserungsvorschläge.

2 BGE 140 IV 49.

3 Eingehend HEER, in: NIGGLI/WIPRÄCHTIGER (Hrsg.); BSK StGB I, 3. Aufl., Basel 2013, Art. 56 N 55 ff.

4 FRISCHKNECHT/SCHNEIDER/SCHMALBACH, Welcher Psy-Experte darf's denn sein? Kritische Überlegungen zur Auswahl von psychiatrischen und psychologischen Sachverständigen im Strafverfahren, Jusletter vom 21. Mai 2013, N 27.

- 5 Von der Strafkammer des Kantonsgerichts St. Gallen für den Besuch der Urteilsberatung am Bundesgericht sowie die vorliegende Urteilsbesprechung freundlicherweise zur Verfügung gestellter Entscheid KG SG, Urteil v. 13.2.2013, ST.2012.133-SK3, E. 1 und 2.
- 6 KG SG, Urteil v. 13.2.2013, ST.2012.133-SK3, Dispositivziffer 1 und 2.
- 7 KG SG, Urteil v. 13.2.2013, ST.2012.133-SK3, E. V.2.a.
- 8 KG SG, Urteil v. 13.2.2013, ST.2012.133-SK3, E. V.2.b und E. V.3.
- 9 Bundesgesetz vom 18.3.2011 über die Psychologieberufe (Psychologieberufegesetz, PsyG; [SR 935.81](#)), in Kraft seit 1.4.2013 (Art. 36 und 37 PsyG seit 1.5.2012).
- 10 Josi, Bundesgericht: Monopol für Psychiater – Gerichtliche Begutachtung verlangt ärztliches Fachwissen, NZZ Nr. 37, 14.2.2014, 12.
- 11 Vgl. Verordnung vom 27. Juni 2007 über Diplome, Ausbildung, Weiterbildung und Berufsausübung in den universitären Medizinalberufen (Medizinalberufeverordnung, MedBV; [SR 811.112.0](#)), Anhang 1, Ziff. 1; s.a. Liste der Facharzttitel auf [fmh.ch](#), Stand: 22.9.2014.
- 12 [BGE 140 IV 49](#), 54.
- 13 [BGE 140 IV 49](#), 56.
- 14 BGer, Urteil v. 24.4.2014, [6B_850/2013](#), E. 2.3.3.
- 15 [BGE 140 IV 49](#), 51.
- 16 Kritischer noch Ständerat MERZ in der Sitzung vom 14.12.1999, AB 1999, 1112 («*Die Psychiatrie wird der Medizin zugeordnet, sie ist also keine exakte Wissenschaft, und das Feld in der forensischen Psychiatrie ist ausserdem sehr gross*»).
- 17 [BGE 140 IV 49](#), 54; anders noch (allerdings in abgaberechtlichem Kontext) BGer, Urteil v. 26.7.2001, [2A.25/2000](#), E. 2c.
- 18 [BGE 140 IV 49](#), 54.
- 19 So bereits FRISCHKNECHT/SCHNEIDER/SCHMALBACH (Fn. 4), N 27.
- 20 [BGE 140 IV 49](#), 56.
- 21 [BGE 140 IV 49](#), 57; ebenso die Regeste: «*Die sachverständige Person, die gestützt auf Art. 20 und 56 Abs. 3 StGB Gutachten erstellt, muss in aller Regel Facharzt für Psychiatrie und Psychotherapie sein (E. 2).*»
- 22 [BGE 140 IV 49](#), 56; vgl. auch die Regeste: «*Das kantonale Recht kann weitergehende Bestimmungen vorsehen (z.B. forensische Weiterbildung) (E. 2.8).*»
- 23 Vgl. § 10 Abs. 2 lit. a und § 12 Verordnung des Kantons Zürich über psychiatrische und psychologische Gutachten in Straf- und Zivilverfahren vom 1.9.2010 (PPGV; LS 321.4); dazu bereits BGer, Urteil v. 9.8.2011, [2C_121/2011](#), E. 4.4 f.

- 24 BGer, Urteil v. 24.4.2014, 6B_850/2013, E. 2.3.3.
- 25 BGE 140 IV 49, 56.
- 26 S.a. HEIMGARTNER/WIPRÄCHTIGER, in: NIGGLI/UEBERSAX/WIPRÄCHTIGER (Hrsg.), BSK BGG, 2. Aufl., Basel 2011, Art. 58 N 21.
- 27 Dass die Rechtsprechung in einem Referentensystem erfolgt, ergibt sich implizit aus Art. 58 Abs. 2 BGG, wonach das Bundesgericht normalerweise auf dem Weg der Aktenzirkulation entscheidet. Ein Zirkulationsverfahren setzt voraus, dass ein Urteilsvorschlag (Referat) eines Richters vorliegt. Aus Art. 40 Abs. 2 lit. b BGerR geht überdies hervor, dass der Präsident bei der Bildung des Spruchkörpers auch einen Referenten bestimmt.
- 28 BGE 140 IV 49, 52.
- 29 Votum von Ständerat MERZ in der Sitzung vom 14.12.1999, AB 1999, 1112 (*«Zudem darf sich der Gesetzgeber nicht allzu sehr von der derzeit fast etwas kartellähnlichen Situation in der Gerichtspsychiatrie beeindrucken lassen und diese zementieren»*); ferner Fn. 16.
- 30 Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches (Allgemeine Bestimmungen, Einführung und Anwendung des Gesetzes) und des Militärstrafgesetzes sowie zu einem Bundesgesetz über das Jugendstrafrecht vom 21.9.1998, BBI 1999, 1979, 2007 und 2072.
- 31 Message concernant la modification du code pénal suisse (dispositions générales, entrée en vigueur et application du code pénal) et du code pénal militaire ainsi qu'une loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs du 21 septembre 1998, FF 1999, 1787, 1813 et 1878.
- 32 Messaggio concernente la modifica del Codice penale svizzero (Disposizioni generali, introduzione e applicazione della legge) e del Codice penale militare nonché una legge federale sul diritto penale minore del 21 settembre 1998, FF 1999, 1667, 1694 e 1756.
- 33 Botschaft (Fn. 30), 2072.
- 34 BGE 140 IV 49, 52 i.f.
- 35 Vgl. auch Josi (Fn. 10), 12.
- 36 BGE 140 IV 49, 56.
- 37 BGE 140 IV 49, 51.
- 38 Gleich bereits die Vorinstanz, KG SG, Urteil v. 13.2.2013, ST.2012.133-KG3, E. V.2.b/bb.; ferner HEER, in: NIGGLI/HEER/WIPRÄCHTIGER (Hrsg.), BSK StPO, 2. Aufl., Basel 2014, Art. 183 N 4 und 8.
- 39 BGer, Urteil v. 24.4.2014, 6B_850/2013, E. 2.3.3.
- 40 BGer, Urteil v. 24.4.2014, 6B_850/2013, E. 2.2 i.f.
- 41 Gleich Ständerat MERZ in der Sitzung vom 14.12.1999, AB 1999, 1112.