

Prof. A. Donatsch
Rechtswissenschaftliches Seminar
Freiestrasse 36
8032 Zürich

Zur Unabhängigkeit und Unbefangenheit des Sachverständigen¹

(auf der Grundlage der StPO ZH)

I. Bedeutung der Unabhängigkeit und Unbefangenheit des Sachverständigen

¹ Meinem Assistenten, lic.iur. Mark Cummins, danke ich für die Unterstützung beim Verfassen dieses Beitrages.

Die Bedeutung eines Gutachtens, mithin des Ergebnisses der Tätigkeit des vom Richter beigezogenen Sachverständigen bei der Erarbeitung der Beweisgrundlage - und damit dessen direkter Einfluss auf den Ausgang des Strafverfahrens -, kann kaum unterschätzt werden². Zu erklären ist dies damit, dass der Sachverständige als Entscheidungsgehilfe des Richters tätig wird. In dieser Funktion teilt er aus seinem Sachgebiet Erfahrungs- bzw. Wissenssätze mit, erforscht er gestützt auf seine Spezialkenntnisse den prozessrelevanten Sachverhalt oder zieht er aus feststehenden Tatsachen Schlussfolgerungen³. Schon der Umstand, dass die an der Feststellung der tatsächlichen Entscheidungsgrundlagen Interessierten auf die Spezialkenntnisse des Gutachters angewiesen sind, mithin in gewissem Umfang - der Richter hat das Gutachten auf seine Überzeugungskraft hin selbständig zu überprüfen - auf dessen Expertenwissen abstellen *müssen*, rechtfertigt das Prinzip, dass der Sachverständige seine Feststellungen allein gestützt auf sein Fachwissen, mithin völlig unabhängig von den im Verfahren involvierten Interessen und beteiligten Personen zu treffen hat. Da der Experte in dem Sinne im Auftrag des Richters tätig wird, dass er mit seinem Spezialwissen gewissermassen als Hilfsperson⁴ das eigene Wissen des Richters ergänzt, ist seine Unabhängigkeit nicht weniger wichtig als diejenige des Richters. Entsprechend rechtfertigt es sich, den Gutachter grundsätzlich denselben Bestimmungen über die Unabhängigkeit zu unterstellen, wie sie für den Richter Geltung haben.

Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass die Möglichkeit einer Einflussnahme der Prozessbeteiligten auf die Auswahl des Sachverständigen nach zürcherischem Strafverfahrensrecht im Zusammenhang mit der Bestellung desselben nicht notwendigerweise vorgesehen ist⁵. Auch aus diesem Grunde ist es unerlässlich, dass der bestellte Experte eine unabhängige und unbefangene Begutachtung zu garantieren vermag⁶.

Somit sind Regelungen wie diejenige der zürcherischen StPO in § 111, wonach niemand als Sachverständiger zugezogen werden darf, «der als Richter abgelehnt werden könnte» an sich durchaus folgerichtig⁷.

II. Rechtliche Grundlagen des Anspruchs auf Unabhängigkeit und Unbefangenheit

Grundsätzlich ist die Organisation der Rechtspflege und des gerichtlichen Verfahrens Sache des kantonalen Prozess- und Gerichtsverfassungsrechts⁸. Dazu gehört unter anderem die Regelung der Ausstands- und Ablehnungsgründe⁹ für Sachverständige. Solche lassen sich indes auch aus

² GÉRARD PIQUEREZ, Précis de procédure pénale suisse, 2. Aufl., Lausanne 1994, N 1308; BGE 118 Ia 146 m.Nw.; NIKLAUS SCHMID, Strafprozessrecht, Eine Einführung auf der Grundlage des Strafprozessrechtes des Kantons Zürich und des Bundes, 2. Aufl., Zürich 1993, N 664. Vgl. auch HARALD KAMMER, Die «Allmacht» des Sachverständigen - Überlegungen zur Unabhängigkeit und Kontrolle der Sachverständigentätigkeit, Schriftenreihe Niederösterreichische Juristische Gesellschaft, Heft 54, Wien 1990, 9 ff.

³ Vgl. MARC HELFENSTEIN, Der Sachverständigenbeweis im schweizerischen Strafprozess, Diss. Zürich 1978, 1 ff.; PIQUEREZ (Fn. 2) N 1322; SCHMID (Fn. 2) N 661; BGE 118 Ia 145 m.Nw.

⁴ BGE 100 Ia 31.

⁵ Vgl. dazu nachstehend bei Fn. 18.

⁶ HELFENSTEIN (Fn. 3) 108.

⁷ Vgl. z.B. auch § 74 Abs. 1 DSiPO: «Ein Sachverständiger kann aus denselben Gründen, die zur Ablehnung eines Richters berechnigen, abgelehnt werden (...)».

⁸ Art. 64 Abs. 3 und Art. 64^{bis} Abs. 2 BV.

⁹ BGE 105 Ia 159.

dem Verfassungsrecht ableiten, wobei allerdings aufgrund der bisherigen Rechtsprechung unklar geblieben ist, welches die einschlägige verfassungsrechtliche Norm sein soll. So ist zunächst festgehalten worden, in bezug auf einen Sachverständigen könne nicht Art. 58 Abs. 1 BV angerufen werden, sondern ausschliesslich die willkürliche Anwendung einer Norm des kantonalen Rechts sowie die aus Art. 4 BV fliessende Minimalgarantie betreffend Unabhängigkeit und Unvoreingenommenheit¹⁰. Diese Praxis hat in der Folge inhaltlich insofern eine Modifikation erfahren, als im Ergebnis nunmehr für Sachverständige jedenfalls die gleichen Ausstands- und Ablehnungsgründe gelten wie sie für Richter gestützt auf Art. 58 Abs. 1 BV entwickelt worden sind¹¹. Vorläufig geht das Bundesgericht somit von einem verfassungsmässigen Anspruch auf einen unabhängigen und unparteilichen Sachverständigen aus, ohne die genaue verfassungsrechtliche Grundlage dieses Rechts zu bezeichnen¹². Nur am Rande sei erwähnt, dass die Bezugnahme einzig auf Art. 4 Abs. 1 BV, welcher - anders als Art. 58 Abs. 1 BV - die Unvoreingenommenheit von Verwaltungsbehörden garantiert, an sich nicht folgerichtig wäre, da für Sachverständige eben - wie vorstehend ausgeführt - richtigerweise dieselben Ablehnungsgründe gelten müssen wie für Richter. Neben dem Verfassungs- gewährt das Konventionsrecht, nämlich Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 14 Ziff. 1 IPBPR gewisse Minimalansprüche mit Bezug auf die Unabhängigkeit von Experten¹³.

Da die verfassungsmässige Garantie der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Richters im Ergebnis auch für Gutachter Geltung hat, kann aus der Rechtsprechung zu Art. 58 Abs. 1 BV auf den diesbezüglichen grundrechtlichen Mindestanspruch geschlossen werden. Im Bereich des kantonalen Strafverfahrens ist § 111 StPO massgebend. Weil Verfassungsrecht kantonalem Verfahrensrecht vorgeht und das Bundesgericht frei prüft, ob das Ergebnis einer willkürfreien Auslegung des kantonalen Rechts den Anforderungen von Art. 58 Abs. 1 BV entspricht¹⁴, muss immerhin abgeklärt werden, ob die kantonale Norm die grundrechtlichen Minimalansprüche abzudecken vermag. Sollte dies in einem einzelnen Teilbereich nicht der Fall sein, ist vom verfassungsrechtlichen Mindeststandard auszugehen.

Nach § 111 StPO sind die Regeln betreffend die Ablehnung von Richtern auch bei Sachverständigen anwendbar. Die Bestimmung verweist somit auf den III. Abschnitt des GVG unter dem Titel «Ausstand von Justizbeamten». Dort regelt § 96 GVG die Konstellationen, in denen Richter abgelehnt werden oder selbst den Ausstand verlangen können. Dabei bleibt es den Beteiligten überlassen, ob der Justizbeamte nicht trotz des Ablehnungsgrundes am Verfahren mitwirken soll. Demgegenüber handelt § 95 GVG ausschliesslich vom Ausstand, dem Fall also, in welchem der Justizbeamte absolut von der Ausübung seines Amtes ausgeschlossen ist¹⁵. Obschon nun in § 111 StPO ausschliesslich von «Ablehnung» die Rede ist, mithin auf § 96 GVG Bezug genommen wird, wird in Lehre und Rechtsprechung doch ohne weiteres die Auffassung vertreten, § 111 StPO (bzw. eine vergleichbar Norm) beziehe sich nicht nur auf die Ablehnungs-, sondern auch auf die Ausstandsgründe¹⁶.

¹⁰ BGE 116 Ia 137 f.

¹¹ BGE 120 V 364 f.; 120 Ib 341.

¹² BGer vom 25.3.1996, 1P.587/1995.

¹³ BGE 118 Ia 146; 105 Ia 159; EGMR vom 28.8.1991, Brandstetter c. Österreich, Série A Nr. 211, Ziff. 42 ff.

¹⁴ BGE 108 Ia 50; 105 Ia 159 f.; 100 Ia 31.

¹⁵ Vgl. dazu ROBERT HAUSER/ERHARD SCHWERTI, Schweizerisches Strafprozessrecht, 3. Aufl., Basel 1997, 97.

¹⁶ SCHMID (Fn. 2) N 666; HAUSER/SCHWERTI (Fn. 15) 257; HELFENSTEIN (Fn. 3) 109 f.; Kass.-Ger. ZH vom 7.9.1995, Nr. 94/475 m.Nw.

Anders als beim Justizbeamten macht es § 111 StPO im Falle von Ablehnungsgründen i.S.v. § 96 GVG nicht von den Beteiligten abhängig, ob eine bestimmte Person als Gutachter ausgeschlossen werden soll. Vielmehr darf der Experte sowohl im Falle eines Ausstandsgrundes gemäss § 95 GVG wie auch eines Ablehnungsgrundes nach § 96 GVG von Amtes wegen nicht bestellt werden. Auch nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung verletzt es das Fairnessgebot und den Grundsatz der Waffengleichheit i.S. von Art. 4 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK - ebenso übrigens nach Art. 14 Ziff. 1 IPBPR -, wenn «die Regeln über die Unparteilichkeit von Sachverständigen vom Gericht nicht beachtet bzw. (...) die Parteilichkeit eines Experten vom Gericht nicht wahrgenommen» wird¹⁷. Dem entspricht, dass die Wahl des Sachverständigen nach § 110 Abs. 1 StPO dem Justizbeamten zusteht, wobei den Prozessbeteiligten - anders als gestützt auf § 172 Abs. 2 ZPO - vor der Bestellung desselben nicht notwendigerweise Gelegenheit zur Stellungnahme einzuräumen ist¹⁸. Da das zuständige Justizorgan die Frage allfälliger Ausstands- und Ablehnungsgründe in aller Regel höchstens teilweise, mithin nicht in allen Punkten abschliessend beurteilen kann, empfiehlt es sich immerhin, den Beteiligten Gelegenheit zu geben, zur Person des Gutachters Stellung zu nehmen¹⁹. Dieser kann zwar nicht abgelehnt, wohl aber kann der Justizbeamte auf eine allfällig bestehende Befangenheit hingewiesen werden²⁰. Es stünde regelmässig im Widerspruch zum Grundsatz prozessökonomischen Verhaltens, ein Gutachten einzuholen, welches schliesslich unverwertbar ist²¹, weil - was der Justizbeamte ohne Anhörung des Betroffenen unter Umständen gar nicht wissen konnte - zwischen diesem und dem Experten beispielsweise ein Feindschafts- oder Freundschaftsverhältnis besteht. Wird dem Betroffenen vorgängig keine Gelegenheit zur Stellungnahme eingeräumt, so besteht gestützt auf Art. 4 Abs. 1 BV das Recht, zumindest nachträglich Einwände zur Person des Gutachters zu erheben²².

Da die Unabhängigkeit des Experten im Verfahren von zentraler Bedeutung ist, steht die Nichtersetzbarkeit des Sachverständigen im konkreten Einzelfall (z.B. weil die Untersuchung aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen nicht wiederholt werden kann) dem Ausschluss zufolge Befangenheit grundsätzlich nicht entgegen²³.

III. Umfang des Anspruchs auf Unabhängigkeit und Unparteilichkeit

1. Institutionelle Aspekte und organisatorische Gegebenheiten genereller Natur

Wie erwähnt, wendet die Rechtsprechung die Verfahrensgarantie von Art. 58 Abs. 1 BV

¹⁷ BGE 120 V 364, m.Nw., welche Zitate sich allerdings, entgegen dem Anschein, nicht durchwegs auf die erwähnte Wahrnehmungspflicht des Richters, sondern teilweise ausschliesslich auf die Voraussetzungen der Unabhängigkeit und Unbefangenheit i.S. von Art. 4 Abs. 1 BV sowie Art. 6 Ziff. 1 EMRK beziehen.

¹⁸ SCHMID (Fn. 2) N 666; Kass.-Ger. ZH vom 29.6.1991, Nr. 90/319.

¹⁹ SCHMID (Fn. 2) N 666; RO 1976 Nr. 36.

²⁰ JÜRIG AESCHLIMANN, Einführung in das Strafprozessrecht, Die neuen bernischen Gesetze, Bern/Stuttgart/Wien 1996, N 925.

²¹ Vgl. NIKLAUS SCHMID, Kommentar zur Strafprozessordnung des Kantons Zürich, hrsg. von ANDREAS DONATSCH und NIKLAUS SCHMID, Zürich 1996, § 430 N 9 m.Nw.; a.M. noch ZR 34 (1935) Nr. 98.

²² BGE 120 V 362.

²³ Vgl. für das deutsche Recht: ULRICH EISENBERG, Beweisrecht der StPO, Spezialkommentar, München 1996, N 1549.

betreffend Unabhängigkeit des Richters sinngemäss auch beim Sachverständigen an²⁴. Geht man vom institutionellen Aspekt der Unabhängigkeit aus, so können die für Gerichte bzw. Richter diesbezüglich entwickelten Kriterien nur in beschränktem Umfang bei Sachverständigen zur Anwendung gelangen.

Schon im Ansatzpunkt sind die formellen Garantien, welche den Richter einerseits und den Sachverständigen andererseits gegen Einflussnahme von aussen schützen sollen²⁵, völlig verschieden. Beim ersteren sind es institutionelle Garantien und die Gerichtsorganisation, beim gerichtlichen Experten demgegenüber in erster Linie die Strafdrohung nach Art. 307 StGB. So wird in diesem Zusammenhang richtigerweise nicht verlangt, dass Sachverständige - wie Richter²⁶ - generell im Voraus als solche bestimmt sind. Sie müssen auch nicht für eine genau festgelegte Amtszeit bestellt und während dieser von Gesetzes wegen oder faktisch unabsetzbar sein, wie dies die richterliche Unabhängigkeit gebietet²⁷. Experten können ad hoc bestellt werden²⁸, und zwar durch eine Verwaltungsbehörde, beispielsweise den Bezirksanwalt, was beim Richter unzweifelhaft verfassungs-²⁹ und konventionswidrig³⁰ wäre. Sodann setzt die Tätigkeit als Sachverständiger, anders als diejenige des Richters³¹, keineswegs eine im Sinne des Gewaltenteilungsprinzips verstandene Unabhängigkeit im Verhältnis zu den Staatsorganen, namentlich der Verwaltung, voraus. Dies ist beispielsweise für die ärztlichen Direktoren und Oberärzte der kantonalen Spitäler und psychiatrischen Kliniken sowie des Instituts für Rechtsmedizin, welche den Direktionen des Gesundheits- und des Erziehungswesens unterstehen, in § 110 Abs. 1 StPO denn auch ausdrücklich vorgesehen³². Nach Lehre und Praxis ist es denn auch grundsätzlich möglich, Polizeibeamte als Sachverständige zu bestellen³³. In Anwendung von § 111 StPO i.V.m. § 96 Ziff. 1 GVG könnten Sachverständigengutachten im Prinzip sogar von Beamten und Angestellten desjenigen Gemeinwesens eingeholt werden, welches am Verfahren beteiligt ist. Entsprechend kann die Tatsache, dass ein Sachverständiger für dieselbe Anstalt oder dasselbe Laboratorium arbeitet, wie ein Kollege, dessen Gutachten die Grundlage der Anklage bildet, zwar Bedenken auslösen, jedoch berechtigt dieser Umstand für sich allein nicht zur Annahme, er sei deshalb unfähig, mit der notwendigen Neutralität zu handeln³⁴.

Demgegenüber muss der Sachverständige m.E. insoweit im Sinne der Verfahrensgarantie von

²⁴ BGE 120 V 364 f.

²⁵ Vgl. z.B. EGMR vom 28.6.1984, Campbell und Fell c. Vereinigtes Königreich, Série A Nr. 80, Ziff. 78 m.Nw.; EGMR vom 1.10.1982, Piersack c. Belgien, Série A Nr. 53, Ziff. 27.

²⁶ Z.B. ALFRED KÖLZ, in: Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, hrsg. von JEAN-FRANÇOIS AUBERT u.a., Basel/Zürich/Bern 1987 ff., Art. 58 N 67 ff.; BGE 105 Ia 161 m.Nw.

²⁷ Für den Richter: JOCHEN ABR. FROWEIN/WOLFGANG PEUKERT, Europäische MenschenrechtsKonvention, EMRK-Kommentar, 2. Aufl., Kehl/Strassburg/Arlington 1996, Art. 6 N 126; EGMR vom 22.10.1984, Sramek c. Österreich, Série A Nr. 84 Ziff. 38; EGMR vom 28.6.1984, Campbell und Fell c. Vereinigtes Königreich, Série A Nr. 80, Ziff. 80.

²⁸ Zu den Ausnahmen § 110 StPO; vgl. auch SCHMID (Fn. 2) N 666.

²⁹ BGE 105 Ia 161.

³⁰ MARK E. VILLIGER, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), Zürich 1993, N 409.

³¹ FROWEIN/PEUKERT (Fn. 27) Art. 6 N 124; KÖLZ (Fn. 26) Art. 58 N 47; VILLIGER (Fn. 30) N 413; EGMR vom 22.10.1984, Sramek c. Österreich, Série A Nr. 84 Ziff. 42; EGMR vom 28.6.1984, Campbell und Fell c. Vereinigtes Königreich, Série A Nr. 80, Ziff. 79.

³² Vgl. auch ZR 49 (1950) Nr. 155.

³³ HELFENSTEIN (Fn. 3) 126; OGZ I. StrK vom 3.2.1993, unter Hinweis auf ZR 60 (1961) Nr. 38; RO 1979 Nr. 34. In ähnlichem Sinne ist in BGHSt 18, 214, entschieden worden, wenn als Gutachter in Staatsschutzsachen ein Beamter des BKA berufen werde, sei die Besorgnis der Befangenheit unbegründet.

³⁴ EGMR vom 28.8.1991, Brandstetter c. Österreich, Série A, Nr. 211, Ziff. 44; vgl. auch OGZ I. StrK vom 3.2.1993.

Art. 58 Abs. 1 BV unabhängig sein, als er für seine spezifische Sachverständigentätigkeit weder weisungsgebunden sein darf noch einer übergeordneten Instanz Rechenschaft abzulegen hat³⁵. Das entspricht der hierarchischen Unabhängigkeit des Richters innerhalb der Gerichtsbarkeit.

2. Gesetzlich erfasste Anwendungsfälle von Befangenheit bzw. Parteilichkeit

2.1. Vorbefassung

Nach der bundesgerichtlichen Praxis zu Art. 58 Abs. 1 BV kann eine «gewisse Besorgnis der Voreingenommenheit (...)» dann entstehen, wenn der Richter sich bereits in einem früheren Zeitpunkt mit der Angelegenheit befasste (...)»³⁶. Strenger ist das kantonale Recht. In Anwendung von § 95 Abs. 1 Ziff. 3 sowie § 95 Abs. 2 GVG, auf welche Bestimmungen § 111 StPO verweist, darf u.a. nicht als Experte bestellt bzw. tätig werden, «wer in der Sache selbst an einem Entscheid unterer Instanzen teilgenommen hat». Unvereinbar ist auch die Mitwirkung am Entscheid des Geschworenen- und Obergerichts nach vorgängiger Tätigkeit in der Anklagekammer in gleicher Angelegenheit. Derartige Konstellationen sind zwar theoretisch vorstellbar (der Laienrichter, der als solcher am erstinstanzlichen Verfahren mitgewirkt hat, soll im Auftrag des Obergerichts ein Gutachten erstellen), dürften jedoch kaum von praktischer Relevanz sein. Ebenso ist von Befangenheit auszugehen, wenn ein Polizeibeamter als Sachverständiger bestellt werden soll, welcher zuvor an den Ermittlungshandlungen teilgenommen hat³⁷.

Als Selbstverständlichkeit gilt im übrigen, dass der Sachverständige, welcher im erstinstanzlichen Verfahren bestellt worden ist, auch im Rechtsmittelverfahren als Experte tätig werden³⁸, beispielsweise sein Gutachten ergänzen kann. Er hat weder am Entscheid der unteren Instanz mitgewirkt noch i.S. von § 95 Abs. 1 Ziff. 3 GVG als Bevollmächtigter gehandelt oder zu gerichtlichen Handlungen Auftrag gegeben. Ebenso verhält es sich im übrigen beim Experten, der im Auftrag der Untersuchungsbehörde tätig geworden ist und nunmehr im erstinstanzlichen Verfahren als Sachverständiger bestellt werden soll³⁹.

Befangenheit kann sodann nicht allein aus dem Umstand abgeleitet werden, dass der Sachverständige schon in einem früheren Verfahren gegen denselben Beschuldigten als Experte tätig war⁴⁰.

Wird ein Sachverständiger vom Geschädigten beigezogen und nachträglich durch das Gericht zum Gutachter bestellt, bestehen gewichtige Gründe für die Annahme von Befangenheit⁴¹, jedoch muss diese nicht notwendigerweise in jeder derartigen Konstellation tatsächlich auch

³⁵ Vgl. für den Richter: FROWEIN/PEUKERT (Fn. 27) Art. 6 N 124, 126.

³⁶ BGE 120 Ia 187; 119 Ia 226.

³⁷ Ähnlich BGHSt 18, 214.

³⁸ HELFENSTEIN (Fn. 2) 132 f.

³⁹ HELFENSTEIN (Fn. 2) 124, 131; OGZ I StrK vom 3.2.1993.

⁴⁰ BGHSt 8, 235. Für den Richter vgl. WILLY HAUSER/ROBERT HAUSER, Gerichtsverfassungsgesetz vom 29. Januar 1911 mit den seitherigen Änderungen, 3. Aufl., Zürich 1978, § 113 N 7.

⁴¹ Vgl. BGHSt 20, 245.

bejaht werden⁴².

Nicht als vorbefasst gelten Sachverständige, welche sich - selbstverständlich ohne Bezugnahme auf den konkret zu beurteilenden Fall - beispielsweise in wissenschaftlichen Publikationen oder Diskussionen für eine wissenschaftliche Methode ausgesprochen oder zu Lehrmeinungen in bestimmter Weise Stellung genommen haben, selbst wenn die in diesen Aussagen enthaltenen Ansichten bei der Begutachtung des konkreten Falles von Bedeutung sein können. Wäre man in diesem Punkte anderer Auffassung, könnten Wissenschaftler zur Beantwortung solcher Fragen nicht als Experten beigezogen werden, zu welchen sie Forschungen betrieben und gegebenenfalls Publikationen veröffentlicht haben. Somit bewirkt richtigerweise keine Befangenheit, dass der Experte als Anhänger einer umstrittenen wissenschaftlichen Theorie⁴³ oder als «therapeutischer Pessimist» gilt⁴⁴. Auf derartige Gesichtspunkte - wie auch mangelnde Sachkunde ganz allgemein⁴⁵ - kann de lege lata einzig bei der Stellungnahme zum Ergebnis des Gutachtens hingewiesen werden. Angesichts der bereits erwähnten Bedeutung von Gutachten für den Ausgang des Prozesses wäre diesbezüglich de lege ferenda die Möglichkeit einer vermehrten Mitwirkung der Prozessbeteiligten bei der *Auswahl* des Experten zu prüfen.

2.2. Weitere Gründe generell fehlender Unabhängigkeit bzw. Unparteilichkeit nach § 95 f. GVG

Generell ist als Gutachter ausgeschlossen, wer in eigener Sache⁴⁶ oder in Angelegenheiten von Verwandten im einzelnen umschriebener Grade (§ 95 Abs. 1 Ziff. 1 GVG), in Sachen seines Mündels, Verbeiständeten oder Pflegekindes (§ 95 Abs. 1 Ziff. 2 GVG) oder in Angelegenheiten einer juristischen Person als Experte tätig wird, deren Mitglied er ist (§ 96 Ziff. 1 GVG). Im weiteren begründen die Annahme oder das Sich-Versprechenlassen von Geschenken bzw. Vorteilen im Zusammenhang mit dem betreffenden Verfahren (§ 95 Abs. 1 Ziff. 4 GVG) sowie Feindschaft und Freundschaft (§ 96 Ziff. 3 GVG) Ausschlussgründe für Sachverständige. Als Experte darf sodann nicht bestellt werden, wer in der zu beurteilenden Angelegenheit Rat erteilt sowie als Vermittler oder Zeuge⁴⁷ gehandelt hat oder noch wird handeln müssen (§ 96 Ziff. 2

⁴² HELFENSTEIN (Fn. 3) 122 f.

⁴³ HELFENSTEIN (Fn. 3) 120; RO 1976 Nr. 36.

⁴⁴ Kass.-Ger. ZH vom 29.6.1991, Nr. 90/319.

⁴⁵ HELFENSTEIN (Fn. 3) 120.

⁴⁶ Vgl. BGE 94 I 424 f.

⁴⁷ Aufgrund des Wortlautes von § 111 StPO i.V.m. § 96 Ziff. 2 GVG ist somit als Sachverständiger ausgeschlossen, wer als «Zeuge gehandelt hat oder noch zu handeln hat». Diese Regelung ist für Justizbeamte sinnvoll, weil es in jedem Fall den Anschein von Befangenheit erwecken müsste, wenn diese ihre eigene Zeugenaussage kritisch zu würdigen hätten. Beim Gutachter, der vor oder nach seiner Expertentätigkeit als Zeuge einvernommen wird bzw. einvernommen werden soll, ist die Sachlage diesbezüglich eine andere. Er beantwortet einerseits die ihm gestellten Fragen aufgrund seines Fachwissens und teilt dem Gericht andererseits seine tatbestandsrelevanten Wahrnehmungen mit. Beide Beweise werden durch den Richter einer kritischen Würdigung unterzogen. Richtigerweise lassen sich Zeugen- und Sachverständigenfunktion durchaus miteinander vereinbaren. Im Falle des Experten, der gleichzeitig sachverständiger Zeuge ist, erweist sich die Trennung zwischen Gutachter- und Zeugenaussage nicht selten als schwierig, so beispielsweise im Falle eines gerichtsmedizinischen Gutachtens betreffend eine

GVG). Schliesslich gilt i.S. von § 96 Ziff. 3 GVG als befangen, wer sich sowohl im Hinblick auf seine Pflichten als auch auf die Organisation seines Amtes bzw. Betriebes zu einer der Parteien in einer untergeordneten Stellung befindet⁴⁸. Beispielsweise dürfte aus diesem Grund ein Polizeibeamter nicht als Sachverständiger in einem Verfahren bestellt werden, welches gegen einen seiner Vorgesetzten aus dem Korps geführt wird. Im folgenden soll nun nicht auf diese im einzelnen konkret umschriebenen Ausschlussgründe, sondern auf die Generalklausel gemäss § 96 Ziff. 4 GVG näher eingegangen werden.

3. Zur Generalklausel i.S. von § 96 Ziff. 4 GVG

3.1 Grundsatz

Nach § 96 Ziff. 4 GVG ist die Bestellung eines Sachverständigen nicht nur in den gesetzlich im einzelnen geregelten Anwendungsfällen ausgeschlossen. Ein Ausschlussgrund kann nach § 96 Ziff. 4 GVG auch dann vorliegen, «wenn andere als die gesetzlich geregelten «Umstände vorliegen, die ihn als befangen erscheinen lassen». Wie vorstehend erwähnt ist aufgrund der derogatorischen Wirkung des Bundesrechts im Rahmen dieser Generalklausel minimal den Anforderungen Rechnung zu tragen, wie sie durch die Rechtsprechung zu Art. 58 Abs. 1 BV und Art. 6 EMRK entwickelt worden sind. Danach besteht ein Anspruch auf eine unparteiische und unvoreingenommene Entscheidung bzw. Beurteilung ohne Einwirkung sachfremder Umstände⁴⁹. Von solchen ist nach der § 96 Ziff. 4 GVG sehr ähnlichen Formel des Bundesgerichts auszugehen, «wenn Umstände vorliegen, die geeignet sind, Misstrauen in die Unparteilichkeit eines Richters zu erwecken»⁵⁰. Das Bestehen von Befangenheit kann auf zweierlei Weise festgestellt werden. Zum einen kann von einem subjektiven Ansatz ausgehend abgeklärt werden, wie die betreffende Person über die fragliche Angelegenheit denkt. Die zweite Möglichkeit besteht darin, aufgrund objektiver Gesichtspunkte zu untersuchen, ob diese Person hinreichend Gewähr dafür bietet, um jeden berechtigten Zweifel an seiner Unparteilichkeit auszuschliessen⁵¹. Somit setzt die erfolgreiche Ablehnung eines Sachverständigen nicht den Nachweis tatsächlicher Befangenheit voraus, sondern es reicht, wenn Anhaltspunkte vorliegen, welche den Anschein der Befangenheit und die Gefahr von Voreingenommenheit begründen⁵². Entsprechend einem englischen Sprichwort «muss Recht nicht nur gesprochen werden, es muss auch sichtbar sein, dass es gesprochen wird» («justice must not only be done; it must also be seen to be done»)⁵³. Massgebend ist allerdings nicht das subjektive Empfinden des Betroffenen,

Obduktion. Hier kann auf diese spezielle Problematik nicht weiter eingegangen werden. Hingewiesen sei immerhin auf die Regelung gemäss § 74 Abs. 1 DStPO, wonach zwar ein Sachverständiger aus denselben Gründen abgelehnt werden kann wie ein Richter. Unmittelbar im Anschluss daran wird aber ausdrücklich festgehalten: «Ein Ablehnungsgrund kann jedoch nicht daraus entnommen werden, dass der Sachverständige als Zeuge vernommen worden ist.»

⁴⁸ Mutatis mutandis EGMR vom 22.10.1984, Sramek c. Österreich, Série A Nr. 84, Ziff. 42.

⁴⁹ BGE 120 Ia 187; 119 Ia 226 m.w.Nw.

⁵⁰ BGE 120 V 365; vgl. auch BGE 119 Ia 226.

⁵¹ EGMR vom 24.2.1993, Fey c. Österreich, Série A Nr. 255-A, Ziff. 28; EGMR vom 22.6.1989, Langborger c. Schweden, Série A Nr. 155, Ziff. 32; EGMR vom 26.10.1984, De Cubber c. Belgien, Série A Nr. 86, Ziff. 24; EGMR vom 1.10.1982, Piersack c. Belgien, Série A Nr. 53, Ziff. 30 m.Nw.

⁵² BGE 120 Ia 187; 120 V 365; 105 Ia 160.

⁵³ EGMR vom 26.10.1984, De Cubber c. Belgien, Série A Nr. 86, Ziff. 26.

sondern ein in objektiver Weise nachvollziehbares Misstrauen gegenüber der jeweiligen Person⁵⁴. Wann Befangenheit vorliegt, lässt sich somit nicht in generell-abstrakter Weise ausdrücken.

3.2. Anwendungsfälle

a) Abschätzige bzw. beleidigende Äusserungen des Experten

Ein Sachverständiger kann durch den Inhalt bzw. die Art seiner Äusserungen den Anschein der Befangenheit erwecken. Das ist beispielsweise der Fall, wenn er einem Prozessbeteiligten in einer Expertise nach einer einmaligen Untersuchung ohne nähere Begründung und ohne konkrete Anhaltspunkte «reduzierte Wahrheitsliebe» vorwirft und diese Bewertung zu einer entscheidenden Grundlage seiner Beurteilung macht, nicht aber, wenn er den zu Begutachtenden deshalb rügt, weil dieser zur verabredeten Untersuchungshandlung unentschuldig zu spät erschienen ist⁵⁵. Anders verhält es sich, wenn sich der Experte über die Verspätung derart ärgert, dass dies in seiner Gutachtertätigkeit zum Ausdruck kommt⁵⁶. Auch auffälliges Minenspiel und Gesten, welche das Missfallen des Gutachters über das Verhalten einer Partei erkennbar werden lassen, oder unsachliche Randbemerkungen auf Akten können den Anschein der Befangenheit erwecken.

b) Äusserungen des Experten bzw. aus dessen Umkreis führen zur Aufnahme oder Weiterführung des Strafverfahrens

Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass ein Gutachter, auf dessen Betreiben bzw. Anzeige das Strafverfahren eingeleitet worden ist⁵⁷ oder der die Ergreifung eines Rechtsmittels empfiehlt⁵⁸, zwar deshalb tatsächlich keineswegs notwendigerweise befangen sein muss, aus der objektiv nachvollziehbaren Sicht des betroffenen Prozessbeteiligten aber grundsätzlich trotzdem nicht als unbefangen gelten kann⁵⁹. Davon zu unterscheiden ist die Sachlage, in der das Gutachten ohne weiteres Zutun des Experten Anlass zur Einleitung der Strafverfolgung gegeben hat.

Demgegenüber vermag die Zugehörigkeit eines Sachverständigen zu einer Behörde, einer Verwaltungseinheit, einem Institut oder einer Gesellschaft etc., welche(s) durch eine andere Person die Strafverfolgung eingeleitet oder gefördert hat, für sich allein den Anschein der Befangenheit nicht zu erwecken. Dem entspricht die Praxis des EGMR zu Art. 6 EMRK. Wie bereits vorstehend erwähnt, kann nach dessen Rechtsprechung die Tatsache, dass ein Sachverständiger für dieselbe Anstalt oder dasselbe Laboratorium arbeitet, wie ein Kollege, dessen Gutachten die Grundlage der Anklage bildet, zwar Bedenken auslösen. Dieser Umstand

⁵⁴ BGE 120 Ia 187; 120 V 365; 115 V 263; 114 Ia 55 m.Nw.; EGMR vom 28.8.1991, Brandstetter c. Österreich, Série A Nr. 211, Ziff. 44 m.Nw.

⁵⁵ BGE 120 V 365 ff.

⁵⁶ BGE 120 V 367.

⁵⁷ Vgl. dazu EGMR vom 6.5.1985, Bönisch c. Österreich, Série A Nr. 92, Ziff. 31 ff.

⁵⁸ Vgl. RO 1990 Nr. 31.

⁵⁹ Diesbezüglich unklar BGE 118 Ia 146.

berechtigt jedoch für sich allein nicht zur Annahme, er sei deshalb unfähig, mit der notwendigen Neutralität zu handeln. Massgebend ist in einer derartigen Fallkonstellation ausschliesslich, ob die auf dem Anschein beruhenden Befürchtungen auch objektiv begründet sind⁶⁰. Im Fall Brandstetter kam der EGMR zum Schluss, ein Experte sei in einer derartigen Sachlage ohne weiteres in der Lage, mit der nötigen Unparteilichkeit zu handeln. Gestützt wird die Ablehnung der Befangenheit in diesem Entscheid interessanterweise darüber hinaus mit der Überlegung, eine andere Beurteilung würde die Möglichkeit der Gerichte, Sachverständigengutachten einzuholen, in unannehmbare Weise einschränken⁶¹.

c) Angriffe oder Strafanzeige von Prozessbeteiligten gegen den Sachverständigen

Übt ein Prozessbeteiligter scharfe Kritik an der Gutachtertätigkeit oder greift er mit seinen Äusserungen gar den Sachverständigen persönlich an, so kann allein aus diesem Verhalten nicht auf Befangenheit des Experten geschlossen werden. Eine solche könnte dann angenommen werden, wenn sich der Experte dadurch zu unsachlicher Polemik gegen den Angreifer verleiten lässt. Aus ähnlichen Gründen spricht der Umstand, dass ein Prozessbeteiligter gegen den Experten eine Strafanzeige erstattet, für sich allein nicht für die Annahme von Befangenheit. Wäre man diesbezüglich anderer Auffassung, würde es dem Prozessbeteiligten dadurch generell und ohne Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalles faktisch ermöglicht, nicht genehme Gutachter zu ersetzen, ohne dass einer der gesetzlichen Ausschlussgründe vorliegen würde⁶².

d) Zugehörigkeit zum Kreis der potentiell Verletzten i.w.S. bzw. Interessierten

Soll der Experte das Verhalten bzw. die Zurechnungsfähigkeit eines Tatverdächtigen beurteilen, welcher einen Dritten in einer Schmähchrift als rechtsextrem dargestellt hat, und gehören sowohl der tatverdächtige Autor wie auch der Sachverständige zum aktiven Kern derselben politisch linksstehenden Partei, so können berechtigte Zweifel an der Unbefangenheit entstehen⁶³. Ebenso wäre der Anschein der Befangenheit zu bejahen, wenn ein Experte, der sich selbst als Rassisten bezeichnet, ein Gutachten über eine Person verfassen soll, welche einer anderen Ethnie angehört⁶⁴. Ob der Anschein der Befangenheit bei einem Polizeibeamten besteht, der in einem Verfahren als Experte bestellt wird, in welchem Angehörige seines Korps beteiligt sind, hängt von den konkreten Umständen an⁶⁵. Massgebend kann in einer derartigen Sachlage etwa sein, ob der als Gutachter bestellte Experte gegenüber seinem verfahrensbeteiligten Kollegen tatsächlich in einem Unterordnungsverhältnis steht oder ob die Gefahr sachfremder Erwägungen zufolge seiner beruflichen Stellung als Polizeibeamter nicht auszuschliessen ist. Letzteres ist in einem Verfahren wegen Hinderung einer Amtshandlung angenommen worden⁶⁶.

⁶⁰ EGMR vom 28.8.1991, Brandstetter c. Österreich, Série A, Nr. 211, Ziff. 44.

⁶¹ A.a.O.

⁶² Vgl. Kass.-Ger. ZH vom 29.6.1991, Nr. 90/319.

⁶³ Vgl. mutafis mutandis EGMR vom 25.11.1993, Holm c. Schweden, Série A Nr. 279-A, Ziff. 32.

⁶⁴ Mutafis mutandis EGMR vom 23.4.1996, Remli c. Frankreich.

⁶⁵ RO 1982 Nr. 10.

⁶⁶ RO 1970 Nr. 42.

e) **Geschäftliche Beziehungen bzw. Konkurrenzverhältnis**

Es ist denkbar, dass der Experte oder eine diesem nahestehende Person, beispielsweise dessen Sohn⁶⁷, mit dem Tatverdächtigen oder dem Geschädigten in enger geschäftlicher Beziehung oder in einem Konkurrenzverhältnis steht. In derartigen Konstellationen ist aufgrund einer gesamthaften Analyse von Art und Intensität dieses Geschäfts- bzw. Konkurrenzverhältnisses und unter Berücksichtigung des Verfahrensgegenstands zu prüfen, ob der Anschein der Befangenheit objektiv tatsächlich bewirkt wird⁶⁸.

f) **Besonderheiten im Falle mehrerer Gutachter**

Erscheint ein bestellter Experte als befangen und bespricht der neu ernannte Sachverständige die zu beantwortenden Fragen mit diesem oder stützt er sich auf die Expertise seines befangenen Kollegen, so vermag dies den Anschein der Befangenheit zu erwecken⁶⁹. Gleiches gilt, wenn der Sachverständige sich mit einem befangenen Kollegen über die Gutachteraufgabe nicht nur ganz allgemein, sondern fallbezogen und bis ins Detail unterhält⁷⁰. Demgegenüber ist es selbstverständlich unproblematisch, wenn sich ein Experte auf Befunde eines verwertbaren gerichtlichen Gutachtens oder eines Privatgutachtens⁷¹ bezieht, welche zu einem früheren Zeitpunkt erstellt worden sind⁷².

g) **Beurteilung von Mitangeklagten durch denselben Experten**

Problematisch erscheint die Konstellation, in der zwei Mitangeklagte durch einen einzigen Gutachter psychiatrisch beurteilt werden. Richtigerweise muss nämlich dann der Anschein der Befangenheit entstehen, wenn aufgrund der Fragestellung an den Experten die Wahrscheinlichkeit besteht, dass sich dieser im Hinblick auf die Beziehung zwischen den beiden Angeklagten nicht frei, sondern nur unter Mitberücksichtigung des anderen Exploranden äussern könnte⁷³.

⁶⁷ BGE 119 V 466.

⁶⁸ HELFENSTEIN (Fn. 3) 122 m.Nw.; vgl. auch BGE 97 I 4 f., in welchem Entscheid der Anspruch auf einen Ausschluss allerdings allzu leichtthin verneint worden ist.

⁶⁹ OGZ I StrK vom 3.2.1993; vgl. auch ZR 34 (1935) Nr. 98.

⁷⁰ BGE 97 I 328.

⁷¹ BGE 97 I 325.

⁷² Vgl. dazu BGer. vom 25.3.1996, 1P.587/1995; vgl. auch ZR 40 (1941) Nr. 8.

⁷³ Kass.-Ger. ZH vom 7.9.1995, Nr. 94/475.