

# **Der amtliche Sachverständige und der Privatgutachter im Zürcher Strafprozess<sup>1</sup>**

## **I. Einleitung**

Das zürcherische Strafprozessrecht kennt weder eine Definition des Sachverständigen<sup>2</sup> noch eine solche des amtlichen oder privaten Gutachters. In den §§ 109 ff. StPO werden die Voraussetzungen für die Bestellung von amtlichen Sachverständigen sowie für die Erstattung des Gutachtens geregelt. Vom Privatgutachter ist in diesem Zusammenhang nicht ausdrücklich die Rede. Er wird - soweit ersichtlich - einzig in § 237 StPO erwähnt.

In der Praxis spielen Privatgutachter bzw. ihre Expertisen im Strafverfahren trotz dieser Rechtslage eine nicht zu unterschätzende Rolle. Privatgutachten werden von Verfahrensbeteiligten etwa in Auftrag gegeben, wenn die Strafverfolgungsbehörden aus ihrer Sicht zu Unrecht auf die Bestellung eines amtlichen Gutachters verzichten oder wenn vermutet wird, die vom amtlichen Gutachter erstellte Expertise sei im Sinne von § 127 StPO unvollständig, ungenau oder unzutreffend. Damit kann u.a. bewirkt werden, dass das amtliche Gutachten ergänzt oder ein weiteres amtliches Gutachten eingeholt wird. Nicht selten wird ein Privatgutachten in Auftrag gegeben, bevor das amtliche vorliegt, weil von vornherein befürchtet wird, der bestellte Gutachter werde aufgrund seiner bekannten Stellungnahmen in wissenschaftlichen Abhandlungen oder in bisherigen Gutachten voraussichtlich zu einem für den Verfahrensbeteiligten ungünstigen Ergebnis gelangen. Der Angeschuldigte und sein Verteidiger hegen nicht selten den Verdacht, dass die Justizorgane, beispielsweise zur Abklärung der Zurechnungsfähigkeit, Gutachter zu bevorzugen, die eine aus ihrer Sicht «sachgerechte» Beurteilung erwarten lassen.

Bei dieser Sachlage rechtfertigt es sich, die Stellung von amtlichem und Privatgutachter sowie das Verhältnis zwischen amtlicher und privater Expertise zu untersuchen und insbesondere der Frage nachzugehen, wie der Privatgutachter sein Expertenwissen ins Strafverfahren einbringen kann.

## **II. Unterschiede zwischen amtlichem Sachverständigen und Privatgutachter**

### **1. Die Funktion der Sachverständigen im Strafverfahren**

Der amtliche Sachverständige wird durch ein Justizorgan bestellt, um diesem mit seinem Fachwissen bei der Beurteilung des prozessrelevanten Sachverhalts behilflich zu sein. Gestützt auf das Gebot des fairen Verfahrens und den Grundsatz der Waffengleichheit (Art. 29 Abs. 1 BV [4 Abs. 1 aBV], Art. 6 Ziff. 1 EMRK, Art. 14 Ziff. 1 IPBPR) sowie sinngemäss nach Art. 30 Abs. 1 BV (Art. 58 Abs. 1 aBV) und direkt in Anwendung von § 111 StPO müssen solche Sachverständige ausscheiden, welche – wären sie Richter – als solche gemäss §§ 95 f. GVG in Ausstand treten müssten oder abgelehnt werden könnten.

Der Umstand, dass nach der Praxis des Bundesgerichts sowie nach § 111 StPO die Verfahrensgarantien betreffend Ausstands- und Ablehnungsgründe für Sachverständige dieselben

---

<sup>1</sup> Meinem Assistenten, lic.iur. Stephan Kesselbach, danke ich für die Unterstützung beim Verfassen dieses Beitrages.

<sup>2</sup> Anstelle von «Sachverständigem» werden in der vorliegenden Abhandlung die Ausdrücke «Gutachter» oder «Experte» mit gleicher Bedeutung verwendet.

sind wie für Richter<sup>3</sup>, und dass die Bestellung durch das Justizorgan ohne vorgängiges parteiöffentliches Verfahren erfolgen kann, dürfte damit zusammenhängen, dass der Sachverständige zumindest sinngemäss als Gehilfe des Richters<sup>4</sup> erachtet wird. Seine Aufgabe besteht darin, das Wissen des Richters durch Spezialkenntnisse aus seinem Fachgebiet zu ergänzen<sup>5</sup>. Er ist somit nach sicherlich herrschender schweizerischer Lehre und Rechtsprechung nicht Gutachter einer Partei, namentlich auch nicht des Untersuchungsrichters oder des Anklägers<sup>6</sup>.

Unausgesprochen liegt dieser gesetzlichen Regelung sowie der daraus abgeleiteten Funktionsumschreibung wohl die Annahme zugrunde, dass der Experte sein Sonderwissen sowie insbesondere auch die Anwendung desselben dem Richter bei Beachtung der erforderlichen Sorgfalt in einer Weise vermitteln kann, die als objektiv richtig zu qualifizieren ist. Diese Auffassung ist nicht ganz unproblematisch. Zu berücksichtigen ist nämlich, dass letztlich jegliches Fachwissen auf Wertungen beruht und im Falle seiner Anwendung Wertungen voraussetzt, und dass aus diesem Grunde zu sehr vielen Fragestellungen, neben der allenfalls herrschenden bzw. der eigenen, abweichende Auffassungen vertreten werden bzw. werden können<sup>7</sup>. Zwar ist das Ausmass der Wertungen im einen Bereich (beispielsweise bei Berechnung der Statik eines Gebäudeteils oder der DNA-Analyse) erfahrungsgemäss geringer als im anderen (beispielsweise bei der Beurteilung der Zurechnungsfähigkeit oder der Hafterstehungsfähigkeit), jedoch vermag dies an der Tatsache der Wertung an sich nichts zu ändern. Für das Konzept des Sachverständigen als Gehilfen des Richters muss dies bedeuten, dass an einen Gutachter sehr hohe Anforderungen in dem Sinne zu stellen sind, dass er dem Richter sein Wissen unter Bekanntgabe der seiner Beurteilung zugrunde liegenden Ausgangslage sowie unter Mitberücksichtigung allenfalls abweichender Meinungen vermittelt. Er ist gehalten, sein Wissen diskursiv und gewissermassen kontradiktorisch zu vermitteln.

Kommt er dieser Anforderung nach, so besteht unter dem Aspekt der Funktion des Sachverständigen im Strafverfahren keine Notwendigkeit, die mangelnde Sachkenntnis des Richters durch ein Gutachten des Anklägers einerseits und des Angeschuldigten bzw. Geschädigten, andererseits zu ergänzen. Der Umstand, dass im letzteren Falle nicht nur das Justizorgan, sondern auch der Angeschuldigte oder Geschädigte dem Experten die aus seiner Sicht wichtigen Fragen stellen kann, vermag daran nichts zu ändern. Denn auch im Falle eines vom Richter in Auftrag gegebenen Gutachtens haben diese das Recht, zu den Gutachterfragen Stellung zu nehmen bzw. dem Experten mindestens Ergänzungsfragen zu stellen<sup>8</sup>.

---

<sup>3</sup> Z.B. BGE 124 I 38; vgl. auch ANDREAS DONATSCH, Zur Unabhängigkeit und Unbefangenheit des Sachverständigen, in: Festschrift zum 70. Geburtstag von GUIDO VON CASTELBERG, Zürich 1997, 39 f.

<sup>4</sup> JÜRIG AESCHLIMANN, Einführung in das Strafprozessrecht, Die neuen bernischen Gesetze, Bern u.a. 1996, N 918; HANS DUBS, Zur Stellung und Aufgabe des Psychiaters im Strafverfahren, ZStrR 106 (1989) 338; ROBERT HAUSER/ERHARD SCHWERI, Schweizerisches Strafprozessrecht, 4. Aufl., Basel 1999, § 64 N 3; WILLY PADRUTT, Kommentar zur Strafprozessordnung des Kantons Graubünden (StPO), 2. Aufl., Chur 1996, Art. 92 N 2; NIKLAUS OBERHOLZER, Grundzüge des Strafprozessrechts, Bern 1994, 287, 288; NIKLAUS SCHMID, Strafprozessrecht, Eine Einführung auf der Grundlage des Strafprozessrechtes des Kantons Zürich und des Bundes, 3. Aufl., Zürich 1997, N 662; ähnlich BGE 118 Ia 145; 97 I 3.

<sup>5</sup> HAUSER/SCHWERI (Fn. 4) § 64 N 3; OBERHOLZER (Fn. 4) 287; GÉRARD PIQUEREZ, Précis de procédure pénale suisse, 2. Aufl., Lausanne 1994, N 1322 («éclairer le juge»); SCHMID (Fn. 4) N 660.

<sup>6</sup> Ebenso verhält es sich im deutschen Recht, vgl. z.B. KLAUS DETTER, Der Sachverständige im Strafverfahren – eine Bestandsaufnahme, NStZ 18 (1998) 59.

<sup>7</sup> Vgl. MARTIN KIESEWETTER, Anforderungen an das psychiatrische Gutachten, Kriminalistik 49 (1995) 601.

<sup>8</sup> Vgl. ANDREAS DONATSCH, in DONATSCH/SCHMID, Kommentar zur Strafprozessordnung des Kantons Zürich, Zürich 1999, § 115 N 23, mit Hinweisen.

Das Ergebnis dieser Schlussfolgerungen ist mit dem Konventionsrecht vereinbar. Zwar haben die Strassburger Organe im Zusammenhang mit der Konkretisierung des Rechts auf Ergänzungsfragen festgehalten, der Ausdruck «Zeuge» sei nicht rechtstechnisch i.S. des Landesrechts zu verstehen. Als solcher gelte jede Person, deren Aussage vor Gericht als Beweismittel verwendet werden kann, mithin also auch der Sachverständige<sup>9</sup>. Da nun der Angeschuldigte das Recht hat, die Ladung und Befragung von Entlastungszeugen nach denselben Bedingungen zu erwirken, wie sie für Belastungszeugen gelten (Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK, Art. 14 Ziff. 3 lit. e IPBPR), könnte geschlossen werden, dass der Sachverständige gemäss Konventionsrecht notwendigerweise ein Parteisachverständiger sei.

Dem ist jedoch nicht so. In zwei Entscheidungen hat der Gerichtshof festgehalten, Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK beziehe sich auf Zeugen, nicht auf Sachverständige («[...] pris à lettre, l'alinéa d) [...] vise les témoins et non les experts»<sup>10</sup>). Es sei jedoch zu beachten, dass die Garantien gemäss Ziff. 3 Teilaspekte des Fairnessprinzips seien, welches in Ziff. 1 garantiert ist. Angesichts der geschilderten Praxis betreffend das Recht auf Ergänzungsfragen an Sachverständige ist dies überraschend. Die Bemerkung könnte zunächst so verstanden werden, dass der Begriff des Zeugen im Zusammenhang Ergänzungsfragen weiter ausgelegt wird als beim Recht auf Ladung von Entlastungszeugen. Dem steht jedoch entgegen, dass anschliessend in der Sache untersucht wird, ob der Sachverständige als Belastungszeuge zu erachten ist. Im Fall Bönisch wurden diese Frage und in der Folge eine Verletzung von Art. 6 Ziff. 1 EMRK bejaht. Begründet wurde dies vor allem damit, dass der äussere Anschein den Sachverständigen (Direktor einer Bundesanstalt) wegen seiner speziellen Stellung im gesamten Verfahren in die Nähe eines Belastungszeugen gerückt habe («[...] les apparences rapprochaient plutôt de directeur d'un témoin à charge»; [...] «appearances suggested that the Director was more like a witness against the accused»<sup>11</sup>). Im zweiten Entscheid wurde nach einer Überprüfung der Stellung des Sachverständigen im gesamten Verfahren sowie der Art und Weise, wie er seine Aufgabe erfüllte («[...] il échet de prendre en compte la place de l'expert durant toute la procédure et la manière dont il s'acquitta de sa tâche [...]»; «[...] it will take into consideration the position occupied by the expert throughout the proceedings and the manner in which he performed his functions [...]»)<sup>12</sup> erkannt, der Experte habe mit der notwendigen Neutralität gehandelt. Im Übrigen habe der Angeschuldigte diesen vorerst nicht abgelehnt, sondern erst, als das für ihn ungünstige Gutachten vorgelegen habe. Entsprechend sei es nicht gerechtfertigt, den Gutachter als Belastungszeugen anzusehen, weshalb die Weigerung des Gerichts, auf Antrag der Verteidigung einen weiteren Sachverständigen zu ernennen, nicht gegen das Gebot der Waffengleichheit verstosse<sup>13</sup>. Daraus lässt sich schliessen, dass die Strassburger Organe neben dem Parteisachverständigen auch den in seiner Funktion unabhängigen Sachverständigen kennen, welcher dem Richter als unabhängiger und neutraler Helfer die für den Entscheid massgebenden Kenntnisse vermittelt.

---

<sup>9</sup> WALTER GOLLWITZER, in: LÖWE-ROSENBERG, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Grosskommentar, Bd. 6/2, 24. Aufl., Berlin/New York 1996, Art. 6 MRK/14 IPBPR N 214; ARTHUR HAEFLIGER, Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz, Bern 1993, 195; WOLFGANG PEUKERT, Die Garantie des «fair trial» in der Strassburger Rechtsprechung, EuGRZ 7 (1980) 266; THEO VOGLER, in: Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention, Köln u.a. 1995, Art. 6 N 550.

<sup>10</sup> EGMR vom 28.8.1991, Brandstetter c. Österreich, Nr. 211, Ziff. 42; EGMR vom 6.5.1985, Bönisch c. Österreich, Nr. 92, Ziff. 29.

<sup>11</sup> EGMR Bönisch (Fn. 10) Ziff. 32.

<sup>12</sup> EGMR Brandstetter (Fn. 10) Ziff. 42.

<sup>13</sup> EGMR Brandstetter (Fn. 10) Ziff. 45.

## 2. Die Bestellung der Sachverständigen

Gemäss § 110 Abs. 1 StPO wird der amtliche Sachverständige durch den Untersuchungsbeamten, nach Erhebung der Anklage durch den Richter bezeichnet<sup>14</sup>. Da die Auswahl des Gutachters nicht parteiöffentlich erfolgt, sind die Möglichkeiten der nichtbehördlichen Verfahrensbeteiligten zu einem frühen Zeitpunkt auf die Person des Gutachters Einfluss zu nehmen, gering. Gemäss bundesgerichtlicher Praxis zu Art. 4 Abs. 1 aBV ist es jedenfalls nicht unzulässig, wenn sich diese erst im Nachhinein dazu äussern können<sup>15</sup>.

Soweit ersichtlich, ist bisher nicht ausdrücklich entschieden worden, ob und gegebenenfalls unter welchen Umständen die Bestellung des Sachverständigen allein durch Justizorgane mit Art. 6 EMRK bzw. Art. 14 IPBPR vereinbar ist. Wie bereits erwähnt, könnte aus dem Recht auf Ergänzungsfragen an den Sachverständigen, bei dessen Herleitung dieser dem Belastungszeugen gleichgestellt wird, gefolgert werden, der Angeschuldigte könne Sachverständige unter denselben Bedingungen laden und befragen lassen wie der Untersuchungsbeamte und der Richter, sofern einer von diesen den Experten beigezogen hat.

Die Frage scheint nicht abschliessend geklärt. In den beiden einschlägigen Fällen Bönisch und Brandstetter hat der Gerichtshof die Problematik grundsätzlich unter Art. 6 Ziff. 1 EMRK geprüft, dabei jedoch die speziellen Anforderungen gemäss Ziff. 3 mitberücksichtigt<sup>16</sup>.

Im zuerst entschiedenen Fall Bönisch hat der Gerichtshof festgestellt, dass der Sachverständige, welcher durch seine Expertise die Anzeige mitverursacht und im Verfahren als Gutachter trotz Ablehnung durch den Angeschuldigten eine zentrale Rolle gespielt hat, jedenfalls aufgrund des äusseren Anscheins in die Nähe eines Belastungszeugen gerückt werde<sup>17</sup>. Da seine Neutralität und Unparteilichkeit unter den konkreten Umständen als bedenklich erscheinen konnten<sup>18</sup> und seinen Aussagen als Helfer des Gerichts mehr Gewicht zukommen musste als den privaten Sachverständigen des Angeschuldigten, da er in seiner Eigenschaft als Sachverständiger – anders als die Privatgutachter – den gesamten Verhandlungen beiwohnen sowie mit Ermächtigung des Gerichts dem Angeklagten und Zeugen gar Fragen stellen konnte, und weil schliesslich die Möglichkeiten des Angeklagten gering waren, die Bestellung eines weiteren amtlichen Sachverständigen zu erreichen, erkannte der EGMR auf eine Verletzung von Art. 6 Ziff. 1 EMRK.

Im zweiten Entscheid, in welchem es ebenfalls um Fragen der Unabhängigkeit sowie darum ging, ob der Sachverständige im konkreten Fall als Belastungszeuge erachtet werden könne, wurde letzteres verneint. Entsprechend wurde gefolgert, in der Weigerung des Gerichts, auf Antrag der Verteidigung einen weiteren Sachverständigen beizuziehen, könne kein Verstoss gegen Art. 6 EMRK gesehen werden. In der Begründung fällt zunächst die Aussage auf, Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK beziehe sich auf Zeugen, nicht auf Sachverständige («[...] pris à lettre, l'alinéa d) [...] vise les témoins et non les experts. Au demeurant, les garanties du paragraphe 3 constituent des aspects particuliers de la notion de procès équitable contenue dans le paragraphe 1»; «[...] read literally, sub-paragraph (d) of paragraph 3 relates to witnesses and not experts. It points out that in any event the guarantees contained in paragraph 3 are constituent elements, amongst others, of

---

<sup>14</sup> Z.B. HAUSER/SCHWERI (Fn. 4) § 64 N 9; PIQUEREZ (Fn. 5) N 1316; OBERHOLZER (Fn. 4) 290; SCHMID (Fn. 4) N 666.

<sup>15</sup> BGE 120 V 362.

<sup>16</sup> EGMR Bönisch (Fn. 10) Ziff. 29; EGMR Brandstetter (Fn. 10) Ziff. 42.

<sup>17</sup> EGMR Bönisch (Fn. 10) Ziff. 32.

<sup>18</sup> EGMR Bönisch (Fn. 10) Ziff. 33.

the concept of a fair trial set forth in paragraph 1»<sup>19</sup>. Angesichts der geschilderten Praxis betreffend das Recht auf Ergänzungsfragen an Sachverständige ist dies überraschend. Die Bemerkung könnte zunächst so verstanden werden, dass der Begriff des Zeugen im Zusammenhang Ergänzungsfragen weiter ausgelegt wird als beim Recht auf Ladung von Entlastungszeugen. Dem steht jedoch entgegen, dass anschliessend in der Sache festgehalten wird, der Sachverständige müsse deshalb nicht als Belastungszeuge erachtet werden, weil er vor Bekanntwerden der Expertise nicht abgelehnt worden sei und auch im Übrigen nicht als befangen gelten könne. Daraus wiederum wurde gefolgert, die Weigerung des Gerichts, bei dieser Sachlage einen weiteren Experten beizuziehen, könne nicht als Verstoß gegen den Grundsatz der Waffengleichheit angesehen werden<sup>20</sup>.

Zusammenfassend kann den Erwägungen des Gerichtshofs entnommen werden, dass bei Sachverständigen zu prüfen ist, ob diesen im Verfahren der Status von Belastungszeugen zukommt. Dies ist regelmässig dann der Fall, wenn der Sachverständige unter Berücksichtigung der gesamten Umstände, insbesondere seiner Stellung im Verfahren sowie der Art der Ausführung seiner Gutachtertätigkeit, nicht als unparteiisch und unbefangen erachtet werden kann.

Für das zürcherische Verfahren ergibt sich, dass der Gerichtshof die Aussagen eines Gutachters, welcher entsprechend den Anforderungen von §§ 109 ff. StPO ernannt und tätig geworden ist, nicht als solche eines Belastungszeugen gemäss Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK qualifiziert worden sind. Dem steht nicht entgegen, dass gemäss zürcherischem Recht nicht nur der Richter, sondern auch der Untersuchungsbeamte Gutachten einholen kann. Da und soweit Untersuchungs- und Gerichtsverfahren als Einheit betrachtet werden, müssen sie insgesamt betrachtet konventionskonform sein. Dies gilt insbesondere auch mit Blick auf die Garantie des «fair trial» gemäss Art. 6 Ziff. 1 sowie speziell Art. 6 Ziff. 3 EMRK<sup>21</sup> (Art. 14 Ziff. 1 und 3 IPBPR). Diese Sichtweise dürfte sich mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung vereinbaren lassen. In einem neueren Entscheid hat das Bundesgericht festgehalten, den vom eidgenössischen Untersuchungsrichter beigezogenen Sachverständigen komme die gesetzlich geforderte Unabhängigkeit zu<sup>22</sup>. Demgegenüber hätten von der Bundesanwaltschaft beigezogene Experten den Status «von Organen bzw. Hilfsorganen der gerichtlichen Polizei und unterstehen wenn nicht in administrativer, so doch zumindest in fachlicher Hinsicht der Leitung bzw. Aufsicht der Bundesanwaltschaft (...)»<sup>23</sup>. Entsprechend könnten sie – anders als die vom eidgenössischen Untersuchungsrichter und vom Richter ernannten Sachverständigen – unter dem Gesichtspunkt des blossen Anscheins nicht als unabhängige Sachverständige erachtet und folglich im nachfolgenden Untersuchungs- und Gerichtsverfahren nicht mehr als gerichtliche Sachverständige beigezogen werden<sup>24</sup>. Zusammenfassend ergibt sich daraus, dass der Angeschuldigte keinen Anspruch darauf hat, Privatgutachter seiner Wahl durch den Richter laden und vernehmen zu lassen<sup>25</sup>.

Was den Beizug von Experten durch den Angeschuldigten oder einen anderen nichtbehördlichen Verfahrensbeteiligten betrifft, so steht es diesen selbstverständlich frei, Expertisen in Auftrag zu

---

<sup>19</sup> EGMR Brandstetter (Fn. 10) Ziff. 42; ähnlich EGMR Bönisch (Fn. 10) Ziff. 29.

<sup>20</sup> A.a.O., Ziff. 44 f.

<sup>21</sup> STEFAN TRECHSEL, Die Verteidigungsrechte in der Praxis zur Europäischen Menschenrechtskonvention, ZStrR 96 (1979) 391; VOGLER (Fn. 9) Art. 6 N 206.

<sup>22</sup> BGE 123 IV 239.

<sup>23</sup> BGE 122 IV 239.

<sup>24</sup> BGE 122 IV 239.

<sup>25</sup> Entscheid des Kass.-Ger. vom 28.10.1997.

geben. Zu prüfen bleibt, ob der Privatgutachter, der seine Expertise für einen der Verfahrensbeteiligten erstellt hat, nachträglich durch den Richter als amtlicher Gutachter beigezogen werden kann. Dies erscheint gemäss § 111 StPO i.V.m. § 96 Ziff. 2 und 4 GVG sowie wohl auch gestützt auf Art. 30 Abs. 1 BV (58 Abs. 1 aBV) und Art. 6 Ziff. 1 EMRK bzw. Art. 14 Ziff. 1 IPBPR grundsätzlich nicht zulässig, weil der Sachverständige bereits als Parteigutachter tätig ist bzw. gewesen ist und weil jedenfalls aus diesem Grunde der Anschein der Befangenheit besteht. Unabhängig davon, ob Befangenheit tatsächlich vorliegt oder nicht, muss vom Anschein einer solchen deshalb regelmässig ausgegangen werden<sup>26</sup>, weil der Gutachter vom betreffenden Verfahrensbeteiligten nach dessen Kriterien ausgewählt worden ist, weil er zu ihm in einem Vertrags- und Treueverhältnis steht und weil er von diesem bezahlt wird. Gemäss § 111 StPO ist nun ein derartiger Ablehnungsgrund von Amtes wegen zu beachten<sup>27</sup>. Richtigerweise können jedoch die Verfahrensbeteiligten auf ihr Recht auf einen unabhängigen und unbefangenen Sachverständigen i.S. der erwähnten Bestimmungen verzichten. Damit der Bestellung des Privatgutachters zum amtlichen Sachverständigen nichts im Wege steht, muss insbesondere auch derjenige Verfahrensbeteiligte auf entsprechende Einwände verzichten, der ihm den privaten Gutachtensauftrag erteilt hat. Ist es beispielsweise zwischen den beiden Vertragsparteien im Zusammenhang mit der Erstellung der Expertise zu einem Zerwürfnis gekommen und hat der Verfahrensbeteiligte das Gutachten in der Folge dem Gericht nicht eingereicht, so kann er die Bestellung des betreffenden Experten zum amtlichen Sachverständigen gestützt auf § 111 StPO i.V.m. § 96 Ziff. 3 GVG verhindern.

Ganz generell setzt ein wirksamer Verzicht auf das Geltendmachen von Ausstands- und Ablehnungsgründen in jedem Fall voraus, dass die Berechtigten über die Rechtslage orientiert werden, dass sie in der Lage sind, diese sowie die weiteren für ihren Entscheid massgeblichen Umstände in sprachlicher sowie in intellektueller Weise zu verstehen und dass der Verzicht freiwillig, insbesondere nicht unter zeitlichem oder anderem Druck erfolgt<sup>28</sup>.

### **3. Das Einbringen des Gutachtens in den Strafprozess**

Wird das Gutachten im Auftrag eines Justizorgans erstellt, so bestimmt dieses in Anwendung von § 110 Abs. 1 StPO den Sachverständigen. Er kann durch das Gericht in dieser Funktion befragt werden. Sein Gutachten wird zu den Akten genommen.

Demgegenüber ist, soweit ersichtlich, nicht geklärt, wie die Vorlage eines Privatgutachtens prozessual einzuordnen ist. Als gesichert gelten kann zunächst, dass dieser Vorgang nicht als Sachverständigenbeweis gemäss §§ 109 ff. StPO erachtet werden kann, mithin also nicht als Sachverständigenbeweis im prozessualen Sinn<sup>29</sup>. Im Weiteren ist unbestritten, dass das auf Initiative eines Verfahrensbeteiligten erstellte Gutachten – genau gleich wie das amtliche – zu den Akten zu nehmen ist. Geht man sodann davon aus, die möglichen Verfahrensbeteiligten seien in der StPO abschliessend umschrieben, so kann das Privatgutachten ausschliesslich als

---

<sup>26</sup> DONATSCH, Unabhängigkeit (Fn. 3) 44; MARC HELFENSTEIN, Der Sachverständigenbeweis im schweizerischen Strafprozess, Zürcher Studien zum Verfahrensrecht, Bd. 25, Zürich 1978, 122 f.; HANS DAHS, in: LÖWE-ROSENBERG, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Grosskommentar, Bd. 1, 24. Aufl., Berlin/New York 1987, § 74 N 13; KLAUS MÜLLER, Der Sachverständige im gerichtlichen Verfahren, Handbuch des Sachverständigenbeweises, 3. Aufl., Heidelberg 1988, 139; mutatis mutandis BGE 122 IV 239; vorbehaltlos a.M. PHILIPP MAIER/ARNULF MÖLLER, Das gerichtspsychiatrische Gutachten gemäss Art. 13 StGB, Zürich 1999, 239.

<sup>27</sup> DONATSCH, in: DONATSCH/SCHMID (Fn. 8) § 111 N 5; DERS., Unabhängigkeit (Fn. 3) 40 f.; BGE 124 I 38 f.

<sup>28</sup> DONATSCH, in: DONATSCH/SCHMID (Fn. 8) § 111 N 7.

<sup>29</sup> Vgl. HELFENSTEIN (Fn. 26) 257.

Behauptung desjenigen erachtet werden, der dieses einreicht<sup>30</sup>. Er bringt den Inhalt der Expertise vor oder verweist zumindest darauf. Dem entspricht, dass der Privatgutachter als solcher nicht mündlich angehört wird<sup>31</sup>. Unproblematisch erscheint dies mit Blick auf das Konventionsrecht, wenn der amtliche Sachverständige zu seinem Gutachten lediglich auf Antrag der Verfahrensbeteiligten und nicht auf alleinige Initiative des Gerichts ergänzend befragt wird.

Unter dem Aspekt des Fairnessgrundsatzes gemäss Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 14 Ziff. 1 IPBPR scheint hingegen nicht ganz unbedenklich, wenn der amtliche Gutachter durch das Gericht ohne entsprechende Anträge der Verfahrensbeteiligten ergänzend befragt wird, gleichzeitig jedoch die allenfalls abweichenden Auffassungen des Privatgutachters im Rahmen der Befragung dem Gericht lediglich in Stellungnahmen des sich auf ihn berufenden nichtbehördlichen Verfahrensbeteiligten zur Kenntnis gebracht werden können. Erachtet man dies als noch konventionskonform, so dürfte das Fairnessprinzip gemäss Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 14 Ziff. 1 IPBPR wohl dann verletzt sein, wenn dem amtlichen Gutachter die Möglichkeit eingeräumt wird, sich zur Expertise des Privatgutachters mündlich zu äussern, umgekehrt aber dem Privatgutachter eine solche Stellungnahme zum amtlichen Gutachten nicht gestattet wird. Folglich ist § 237 StPO so auszulegen, dass dem Verfahrensbeteiligten, welcher einen Privatgutachter beigezogen hat, wenigstens Gelegenheit geboten werden muss, nach Rücksprache mit seinem Experten seinerseits nicht nur zum amtlichen Gutachten, sondern auch zu den Äusserungen des amtlichen Sachverständigen betreffend das Privatgutachten mündlich Stellung zu nehmen. Eine weitere Möglichkeit bestünde darin, dem sich auf ein Privatgutachten berufenden Verfahrensbeteiligten die Gelegenheit einzuräumen, eine schriftliche Stellungnahme des von ihm beigezogenen Experten einzureichen.

Da das Privatgutachten als Aussage Verfahrensbeteiligter zu erachten ist, muss das Gericht zufolge des Anspruchs auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 BV (Art. 4 Abs. 1 aBV) vom Inhalt desselben Kenntnis nehmen und sich damit auseinandersetzen. Daraus folgt, dass die Verfahrensbeteiligten das Gericht auf diese Weise bei der Auswahl der Person des Sachverständigen einschränken. Sie bewirken durch die Vorlage der Expertise, dass ein bestimmter, von ihnen ausgewählter Gutachter in den Prozess eingeführt wird.

#### **4. Die Würdigung von amtlichen Gutachten und Privatgutachten**

Sowohl das amtliche Gutachten wie auch das Privatgutachten unterliegen der freien Beweiswürdigung durch das Gericht<sup>32</sup>. Gemäss Praxis zu Art. 13 StGB genügt es, wenn ein nicht amtlicher Sachverständiger den Angeschuldigten mit Blick auf dessen Zurechnungsfähigkeit untersucht<sup>33</sup>. Von Bundesrechts wegen ist dem Richter demgemäss nicht geboten, einen Sachverständigen zu ernennen, wenn ihm die zur Beurteilung des Sachverhalts notwendigen Fachkenntnisse fehlen. Er kann danach auf das von einem Verfahrensbeteiligten eingereichte Privatgutachten abstellen, ohne deshalb bundesrechtliche Bestimmungen zu verletzen. Im

---

<sup>30</sup> Vgl. dazu HAUSER/SCHWERI (Fn. 4) § 65 N 18; HELFENSTEIN (Fn. 26) 258; MARC PIETH, Der Beweisantrag des Beschuldigten im Schweizer Strafprozessrecht, Basel/Frankfurt a.M. 1984, 236; ROLF P. STEINEGGER, Zur Beweismittelqualität von Parteigutachten, ZBJV 123 (1987) 497 f.; BGE 97 I 325; ZR 88 (1989) Nr. 134 und 68 (1969) Nr. 112 (mit Bezug auf den Zivilprozess); vgl. auch BGH vom 22.4.1997, MDR 51 (1997) 881 («kein Beweismittel (...), sondern lediglich urkundlich belegter Parteivortrag»).

<sup>31</sup> Vgl. HAUSER/SCHWERI (Fn. 4) § 65 N 17; RB Kass.-Ger. 1997 Nr. 3.

<sup>32</sup> DONATSCH, in: DONATSCH/SCHMID (Fn. 8) § 109 N 13; OBERHOLZER (Fn. 4) 290; PIETH (Fn. 30) 236; STEINEGGER (Fn. 30) 498; mutatis mutandis BGE 123 V 334; 122 V 161.

<sup>33</sup> BGE 113 IV 2 f.

Weiteren ist das Gericht generell an die Ergebnisse von Gutachten nicht gebunden<sup>34</sup>. Im Abstellen auf eine nicht schlüssige Expertise kann gar ein Verstoß gegen Art. 29 Abs. 2 BV (Art. 4 Abs. 1 aBV) gesehen werden<sup>35</sup>. Entsprechend ist der Richter nicht gehalten, das Privatgutachten seinem Entscheid zugrunde zu legen<sup>36</sup>. Dasselbe gilt jedoch auch für amtliche Gutachten. Massgebend erscheint, dass sich der Richter sowohl mit dem amtlichen wie mit dem privaten Gutachten in gleicher Weise auseinander zu setzen hat<sup>37</sup>. Das bedeutet jedoch nicht, dass er den Aussagen des Privatgutachters notwendigerweise denselben Wert beimessen muss wie denjenigen seines amtlich bestellten Kollegen. Vielmehr ist die Gesamtheit der konkreten Umstände bei der Würdigung der Gutachten in Betracht zu ziehen. Entsprechend ist die Erwägung des EGMR, wonach den Aussagen des amtlichen Sachverständigen generell grösseres Gewicht zukommen müsse als denjenigen des Privatgutachters<sup>38</sup>, abzulehnen, sofern sie als Beweisregel zu verstehen ist. Eine solche widerspricht dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung, wie er für die Kantone in verbindlicher Weise in Art. 249 BStP sowie im kantonalen Recht in § 284 StPO festgehalten ist. Überholt ist aus demselben Grund auch die Ansicht, in § 127 StPO sei ausschliesslich von gerichtlichen Sachverständigen die Rede, weshalb generell kein zusätzliches Gutachten einzuholen sei, wenn der Privatexperte eine andere Auffassung vertrete als der amtliche Sachverständige<sup>39</sup>. Ein Privatgutachten, welches beim Richter Zweifel an der Richtigkeit des von ihm eingeholten Gutachtens zu bewirken vermag, verpflichtet den Richter gerade - jedenfalls wenn ihn die Privatexpertise nicht restlos überzeugt - das amtliche Gutachten ergänzen zu lassen oder ein weiteres Gutachten einzuholen<sup>40</sup>.

Generell betrachtet hängt die Qualität des Gutachtens nicht davon ab, ob dieses von einem amtlich bestellten Sachverständigen oder aber von einem Privatgutachter erstellt worden ist<sup>41</sup>. Massgebend sind vielmehr in erster Linie die Fachkompetenz und die Integrität des Sachverständigen, aber auch die Formulierung der Gutachterfragen sowie der Umfang der Orientierung über den gutachtens- und prozessrelevanten Sachverhalt. Bei einem integeren Sachverständigen wird das Gutachtensergebnis nicht davon abhängen, ob er von einem Justizbeamten auf seine Wahrheitspflicht aufmerksam und gegebenenfalls für wahrheitswidrige Aussagen in Anwendung von Art. 307 StGB strafrechtlich haftbar gemacht wird oder nicht. Zu beachten ist im Übrigen, dass sich der amtlich bestellte Sachverständige bei der Haftung für durch sein Gutachten entstandenen Schaden aufgrund seiner Haftung nach dem Haftungsgesetz<sup>42</sup> in einer besseren Ausgangslage befindet als der Privatgutachter.

In Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalls kann bei der Würdigung des Privatgutachtens jedoch von Bedeutung sein, dass der Gutachter nicht vom Justizbeamten,

---

<sup>34</sup> HAUSER/SCHWERI (Fn. 4) § 65 N 17; PIQUEREZ (Fn. 5) N 1328; SCHMID (Fn. 4) N 671; BGE 102 IV 226.

<sup>35</sup> BGE 118 Ia 146.

<sup>36</sup> RO 1981 Nr. 41.

<sup>37</sup> Vgl. HELFENSTEIN (Fn. 26) 259.

<sup>38</sup> EGMR Bönisch (Fn. 10) Ziff. 33; vgl. auch RStrS 1996 Nr. 108.

<sup>39</sup> ZR 49 (1950) Nr. 155.

<sup>40</sup> BGer vom 25.3.1996, 1P.587/1995 i.S. M. c. S; vgl. auch BGH vom 28.4.1998, MDR 52 (1998) 841; BGH vom 9.1.1996, MDR 50 (1996) 1180.

<sup>41</sup> KLAUS ULSENHEIMER, Stellung und Aufgaben des Sachverständigen im Strafverfahren, in: Der Sachverständige im Strafrecht – Kriminalitätsverhütung, hrsg. von CHRISTEL FRANK u. GERHART HARRER, Berlin 1990, 5; a.M. I.D. LIFSCHITZ, Wandlungen des Expertenbegriffs, SJZ 55 (1959) 51.

<sup>42</sup> Gesetz über die Haftung des Staates und der Gemeinden sowie ihrer Behörden und Beamten (Haftungsgesetz) vom 14. September 1969 (LS 170.1).



sondern von einer am Ausgang des Prozesses interessierten Person instruiert wird<sup>43</sup>. Das kann – muss aber nicht – sich insofern auf das Gutachten auswirken, dass dessen Ersteller nicht vollumfängliche Akteneinsicht gewährt oder dass er vollständig, jedoch ausschliesslich aus der Sicht seines Auftraggebers über den zu beurteilenden Sachverhalt orientiert wird. Sodann ist es der Auftraggeber, welcher die Expertenfragen stellt. Es ist durchaus denkbar, dass er dabei Fragestellungen vermeidet, deren Beantwortung zu einem für ihn ungünstigen Ergebnis führen könnte und umgekehrt mit der Formulierung des Auftrages danach trachtet, gutachterliche Stellungnahmen zu erwirken, welche seine Position unterstützen. Sodann kann sich der Umstand auf den Inhalt der Expertise auswirken, dass der Gutachter von seinem Auftraggeber entschädigt wird. Im Gutachten könnte sich dies etwa dahingehend auswirken, dass für den Auftraggeber sich ungünstig auswirkende Stellungnahmen vage formuliert oder dass auf abweichende (Minder)Meinungen, welche gegen das Gutachtensergebnis sprechen und der Position des Verfahrensbeteiligten nicht förderlich sind, nicht hingewiesen wird<sup>44</sup>. Ein solches Vorgehen des Experten führt keineswegs notwendigerweise zu einer Verletzung seiner Wahrheitspflicht. Es liegt am Richter, das Privatgutachten daraufhin zu prüfen, ob Anhaltspunkte für einen oder mehrere der umschriebenen Umstände vorliegen und dies gegebenenfalls im Rahmen seiner Beweiswürdigung in angemessener Weise zu berücksichtigen.

Zwar dürfte es zutreffen, dass ein Privatgutachten, dessen Ergebnis sich für den auftraggebenden Verfahrensbeteiligten insgesamt ungünstig auswirkt, in der Regel dem Gericht nicht eingereicht wird. Allein daraus darf bei der Würdigung von Privatgutachten jedoch weder eine negative noch eine positive Schlussfolgerung gezogen werden. Daran vermag nichts zu ändern, dass dem Experten der Prozesstandpunkt des Auftraggebers häufig bekannt und ihm klar ist, dass sein Gutachten nicht eingereicht wird, falls es sich für diesen ungünstig auswirken könnte<sup>45</sup>. Die Aufgabe des Experten liegt darin, bestimmte Fragen zu beantworten. Es kann nicht sein Ziel sein, ein Gutachten zu erstellen, welches möglichst in einem bestimmten Verfahren verwendet wird.

Wird der Privatgutachter nachträglich zum amtlichen Gutachter ernannt, so ist bei der Beweiswürdigung – streng genommen – zwischen dem Ergebnis der Tätigkeit als Privatgutachter und derjenigen als amtlicher Sachverständiger zu unterscheiden. Diese Differenzierung ist deshalb nicht unnötig, weil es die betroffenen nichtbehördlichen Verfahrensbeteiligten in der Hand hätten, die Bestellung des Parteigutachters als amtlichen Gutachter zu verhindern.

### **III. Schlussbemerkungen**

Sowohl der Angeklagte wie der Verteidiger, andere nicht behördliche Verfahrensbeteiligte, der Untersuchungsbeamte, der Ankläger und der Richter müssen sich damit abfinden, dass die Vermittlung und Anwendung von Fachwissen notwendigerweise mit Wertungen verbunden ist. Entsprechend kann man von einem Gutachten im Wesentlichen nur verlangen, dass es von einem unabhängigen Experten stammt, dass die vorhandenen Spezialkenntnisse unter Einbezug abweichender Meinungen in angemessener Weise berücksichtigt und die gestellten Fragen vollständig beantwortet werden sowie dass es im Aufbau sowie sprachlich nachvollziehbar ist.

---

<sup>43</sup> Vgl. HELFENSTEIN (Fn. 26) 258 f.; von einer geringeren Beeinflussung des amtlichen als des privaten Sachverständigen sprechen FELIX BÄNZIGER/AUGUST W. STOLZ/WALTER KOBLER, Kommentar zur Strafprozessordnung des Kantons Appenzell A.Rh., 2. Aufl., Herisau 1992, Art. 86 N 2.

<sup>44</sup> Vgl. HELFENSTEIN (Fn. 26) 258 f.

<sup>45</sup> A.M. ZR 61 (1962) Nr. 87.

Eine Regelung, gemäss welcher dem Richter das für seinen Entscheid erforderliche Fachwissen generell durch Gutachten des Anklägers einerseits und des Angeklagten andererseits vermittelt würde, ist nicht anzustreben. An der Qualität der Gutachten könnte dadurch nichts geändert werden. Hingegen würden Unklarheiten dadurch geschaffen, dass die Vergleichbarkeit der gutachterlichen Aussagen und Schlussfolgerungen zufolge der Möglichkeit unterschiedlicher Fragestellungen schwierig sein könnte und dass gerade diejenigen Fragen, welche der Richter aufgrund seiner Beurteilung der sich stellenden Probleme gelöst haben möchte, nicht bzw. nicht ausreichend beantwortet werden.

De lege ferenda sollte sichergestellt werden, dass dem nichtbehördlichen Verfahrensbeteiligten bei der Ernennung des zu bestellenden Experten von Anfang an ein Mitspracherecht eingeräumt wird. Zwar kann er den vom Justizorgan ernannten Sachverständigen ablehnen, mit Erfolg jedoch nur, wenn tatsächlich ein Ausstands- oder Ablehnungsgrund vorliegt. Ist dies der Fall und wird der Name des Sachverständigen erst nach dessen Ernennung oder gar nach Fertigstellung des Gutachtens bekannt, so sind zufolge der nicht parteiöffentlichen Ernennung unnötigerweise Zeit und Mittel verschwendet worden. Richtigerweise sollte der betroffene Verfahrensbeteiligte im Übrigen auch andere Einwände, beispielsweise solche fachlicher Art etc. gegen den vorgesehenen Sachverständigen vorbringen können.

Weiter wäre eine gesetzliche Regelung wünschenswert, welche es dem sich auf einen privaten Gutachter berufenden Verfahrensbeteiligten ermöglicht, diesen als solchen – wie einen Zeugen – durch das Gericht zur Einvernahme laden und befragen zu lassen.

Schliesslich ist die Frage der Entschädigung für den Fall zu überdenken, dass ein Verfahrensbeteiligter ein Privatgutachten einreicht. Zumindest wenn sich erweist, dass das amtliche Gutachten nicht nachvollziehbar ist oder an einem Mangel i.S.v. § 127 StPO leidet und das Justizorgan das amtliche Gutachten nicht von sich aus ergänzen lässt oder ein weiteres Gutachten einholt, liegt die Privatexpertise im Interesse des Verfahrens. Sie bildet in solchen Fällen nämlich die Grundlage dafür, dass nicht nur die nichtbehördlichen Verfahrensbeteiligten, sondern auch der Richter nach Vorkehrung der erforderlichen Massnahmen über das nötige Wissen verfügen, um ihre Rechte geltend machen bzw. ein sachgerechtes Urteil fällen zu können. Da der nichtbehördliche Verfahrensbeteiligte richtigerweise nicht für die Tätigkeit von Sachverständigen aufzukommen hat, die eigentlich der Justizbeamte hätte in Anspruch nehmen müssen, sollten ihm in einem derartigen Fall Kosten der Privatexpertise auch dann erstattet werden, wenn er verurteilt wird bzw. mit seinen Begehren nicht durchdringt. Sodann besteht die Möglichkeit, dass der Ersteller eines derartigen mangelhaften amtlichen Gutachtens als Belastungszeuge i.S.v. Art. 6 Ziff. 1 i.V.m. Ziff. 3 lit. d EMRK (Art. 14 Ziff. 1 i.V.m. Ziff. 3 lit. e IPBPR) erachtet wird. Ist dem so, so könnte durch die Übernahme der Kosten des vom Angeschuldigten beigezogenen Experten dem Gebot der Waffengleichheit zumindest weitgehend Rechnung getragen werden.

Was den Angeschuldigten betrifft, so wäre § 188 Abs. 1 StPO mit einer derartigen Lösung an sich vereinbar, indem danach die Kosten des Verfahrens zwar in der Regel dem verurteilten Angeklagten aufzuerlegen sind, wobei aber Ausnahmen möglich sind. Zuzufolge der Besonderheit des Regelungsgegenstandes, in Anbetracht der Tatsache, dass sich § 109 Abs. 2 StPO bereits mit Kosten befasst, welche durch Gutachtertätigkeit entstehen, sowie mit Blick darauf, dass die vorgeschlagene Regelung grundsätzlich für alle nichtbehördlichen Verfahrensbeteiligten gelten soll, sollte sie im Zusammenhang mit den Vorschriften über die Gutachten Sachverständiger (§§ 109 ff. StPO) getroffen werden.