

# Obergericht des Kantons Zürich

III. Strafkammer



---

Geschäfts-Nr.: UH110068-O/U/br

Mitwirkend: die Oberrichter lic. iur. K. Balmer, Präsident, lic. iur. W. Meyer und  
Ersatzoberrichter lic. iur. A. Schärer sowie die Gerichtsschreiberin  
lic. iur. S. Borer

## **Beschluss vom 11. Mai 2011**

in Sachen

X.,

Beschwerdeführer

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt A.

gegen

**Staatsanwaltschaft Zürich - Limmat**, Stauffacherstr. 55, 8004 Zürich,

Beschwerdegegnerin

betreffend **Teilnahmerecht**

**Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich - Limmat vom 3. März 2011, C-  
4/2010/7510**

## Erwägungen:

### I.

1. Die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat (nachfolgend: Staatsanwaltschaft) führt derzeit eine Strafuntersuchung gegen X. (nachfolgend: Beschwerdeführer) betreffend Drohung etc. Dabei ist noch nicht abschliessend geklärt, unter welchen Straftatbestand das Verhalten des Beschwerdeführers zu subsumieren ist. Namentlich ergaben sich erst im Laufe der Untersuchung Anhaltspunkte dafür, dass allenfalls der Tatbestand der versuchten sexuellen Nötigung erfüllt sein könnte (vgl. Urk. 7/6/3 S. 9; vgl. Urk. 7/14/11). Nachdem im Rahmen dieser Untersuchung im Auftrag der Staatsanwaltschaft bereits am 26. Januar 2011 von Dr. med. Y. ein Gefährlichkeitsgutachten erstellt worden war, beauftragte die Staatsanwaltschaft nunmehr mit Schreiben vom 28. Februar 2011 Dr. med. Z. mit einer vollständigen psychiatrischen Begutachtung (vgl. Urk. 7/18/14) zur Klärung von Unklarheiten hinsichtlich dem Vorliegen psychischer Störungen sowie bezüglich Schuldfähigkeit, Rückfallgefahr und allfälligen Massnahmen (vgl. Urk. 7/13/1). Mit Schreiben vom 2. März 2011 beantragte der amtliche Verteidiger des Beschwerdeführers bei der Staatsanwaltschaft, bei den Explorationsgesprächen von Dr. med. Z. mit dem Beschwerdeführer anwesend sein zu können (Urk. 7/18/25). Dieser Antrag wurde von der Staatsanwaltschaft mit Schreiben vom 3. März 2011 abgelehnt (Urk. 5 = Urk. 3/3 = Urk. 7/18/26). Gegen diesen ablehnenden Entscheid erhob der amtliche Verteidiger mit Eingabe vom 14. März 2011 innert Frist beim hiesigen Gericht Beschwerde mit dem Antrag, es sei ihm zu gestatten, bei den Explorationsgesprächen des Gutachters Dr. med. Z. anwesend zu sein (Urk. 2).

2. Mit Verfügung vom 28. März 2011 wurde die Beschwerdeschrift der Staatsanwaltschaft zur Stellungnahme innert Frist übermittelt (Urk. 8 = Prot. S. 2). Am 6. April 2011 verzichtete die Staatsanwaltschaft auf eine Stellungnahme (Urk. 10).

## II.

1. Die Staatsanwaltschaft begründet die Abweisung des Antrags auf Anwesenheit des Verteidigers bei den psychiatrischen Explorationsgesprächen im Wesentlichen zusammengefasst wie folgt: Zunächst sei es dem Gutachter nicht erlaubt, eigentliche Untersuchungshandlungen wie namentlich Einvernahmen durchzuführen, um den Sachverhalt festzustellen. Vielmehr gehe es bei explorativen Untersuchungsgesprächen um die Feststellung der psychischen Beschaffenheit und die Abklärung von geistigen und seelischen Eigenschaften einer Person. Zwar sei bei Vorliegen von stichhaltigen Gründen die Anwesenheit des Verteidigers möglich. Davon sei jedoch grundsätzlich abzuraten, da dadurch die Gefahr bestehe, dass das Gespräch den Charakter einer strafprozessualen Einvernahme annehme. Dadurch litte der fachspezifische Informationsgewinn und damit auch die Qualität der gutachterlichen Arbeit. Zudem lägen hier keine solchen stichhaltigen Gründe vor. Vielmehr würde den Bedenken der Verteidigung dadurch genügend Rechnung getragen, dass der Beschwerdeführer auf sein Aussage- bzw. Mitwirkungsverweigerungsrecht hingewiesen werde und die Verteidigung nach Vorliegen des schriftlichen Gutachtens Gelegenheit zur Stellungnahme erhalte (Urk. 5).

2. In der Beschwerdeschrift bringt der Verteidiger im Wesentlichen zusammengefasst sinngemäss Folgendes vor: Im Zweifel sei die Anwesenheit des Verteidigers bei den Explorationsgesprächen zuzulassen. Ein stichhaltiger Grund dafür könne namentlich in der ablehnenden Haltung des Exploranden liegen. So habe dieser auch bei Explorationsgesprächen ein Aussageverweigerungsrecht und es sei niemandem gedient, wenn er die Aussage aus Misstrauen oder mangelndem Verständnis für die Notwendigkeit einer (erneuten) Begutachtung verweigere. Zudem hätten die Aussagen, soweit sie in das Gutachten einfliessen, eine Bedeutung für den Gang der Untersuchung sowie die spätere Urteilsfindung. Indessen entscheide der Psychiater selbst, welche vom Exploranden berichteten Tatbestandselemente er in seinem Gutachten nenne. Anders als bei Einvernahmen, sei bei Explorationsgesprächen daher nicht garantiert, dass alle Aussagen und allenfalls das Aussageverhalten des Betreffenden vollständig protokolliert würden. Zudem erhalte die Verteidigung erst nach Fertigstellung des Gutachtens Gelegen-

heit, Ergänzungsfragen zu stellen, also nur mit erheblicher zeitlicher Verzögerung und nicht unter dem unmittelbaren Eindruck der Aussagen. Daher sei nicht auszuschliessen, dass für die Urteilsfindung wichtige Aspekte keinen Eingang in das Protokoll fänden. Die Anwesenheit des Verteidigers bei den Explorationsgesprächen sei daher erforderlich, um zu vermeiden, dass Aussagen zu von der Staatsanwaltschaft rechtlich noch nicht qualifizierten Sachverhalten verfälscht würden, und um sicherzustellen, dass entscheidende Aussagen und Fragen im Gutachten vermerkt würden. Ferner sei eine Vermischung von tatsächlichen und rechtlichen Erwägungen im psychiatrischen Gutachten zu verhindern (Urk. 2).

3. Gemäss Art. 185 Abs. 4 StPO hat der Sachverständige das Recht, einfache Erhebungen, die mit dem Auftrag in engem Zusammenhang stehen, selber vorzunehmen und zu diesem Zweck, Personen aufzubieten. Typischer Anwendungsfall von Art. 185 Abs. 4 StPO ist die Exploration einer beschuldigten Person im Rahmen einer psychiatrischen Begutachtung (Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts 2005 S. 1212; Heer, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger [Hrsg.], BSK StPO, 2011 Basel, N 29 zu Art. 185; Schmid, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, Zürich/St. Gallen 2009, N 946). Indessen ist es allein Aufgabe der Strafbehörde, die die Basis des Gutachtens bildenden sachverhaltsmässigen Grundlagen zusammenzutragen und dabei namentlich die erforderlichen Beweise zu erheben. Beweiserhebende Behörde ist somit allein die Strafbehörde, nicht der Sachverständige. Stellt der Sachverständige fest, dass die Akten in einem für die Ausarbeitung des Gutachtens relevanten Punkt unvollständig sind, hat er nach Art. 185 Abs. 3 StPO vorzugehen und der Verfahrensleitung einen entsprechenden Antrag zu stellen. Er ist nicht dazu berufen, selber Verfahrenshandlungen wie Aktenergänzungen und eigentliche Beweiserhebungen vorzunehmen. Einfache Erhebungen im Sinne von Art. 185 Abs. 4 StPO sind beschränkt auf fachspezifische Erhebungen. Im Vordergrund steht die Beschaffung jener Informationen und Hilfstatsachen, die unmittelbar der Erstellung des Gutachtens und der Beantwortung der Gutachterfragen dienen und die der Sachverständige nur aufgrund eigener Sachkunde gewinnen kann (sog. Befundtatsachen). Der Fokus liegt somit nicht auf einer umfassenden Abklärung des Sachverhalts und der – den Strafbehörden vorbehaltenen – Ermittlung des objektiven und subjektiven Tatbestands

(AJP 2010 S. 827 f.; Heer, BSK, a.a.O., N 3 zu Art. 182; Donatsch, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen StPO, Zürich/Basel/Genf 2010, N 11 zu Art. 185). Handelt es sich indessen bei solchen informellen Erhebungen nicht um eigentliche Beweiserhebungen, ist der Sachverständige auch nicht zu einem formalisierten Vorgehen wie etwa die Durchführung eigentlicher Einvernahmen mit entsprechender Protokollierung nach Art. 76 ff. StPO verpflichtet, wie es für Beweiserhebungen vorgesehen ist (BGE 6B\_92/2010 Erw. 3.3; AJP 2010 S. 826 ff.; Schmid, Handbuch, a.a.O., N 947 Fn 365). Ebenfalls nicht anwendbar ist Art. 147 Abs. 1 StPO, wonach die Parteien das Recht haben, bei Beweiserhebungen durch die Staatsanwaltschaft und die Gerichte anwesend zu sein und einvernommenen Personen Fragen zu stellen. So erstreckt sich dieses Anwesenheitsrecht lediglich auf die Beweisabnahme als solche, nicht aber auf deren Vorbereitung. Nachdem es sich wie gesagt bei der gutachterlichen Exploration um eine einfache Erhebung im Sinne von Art. 185 Abs. 4 StPO handelt und damit nicht um eine eigentliche – den Strafbehörden vorbehaltene – Beweiserhebung, ist das Teilnahmerecht lediglich auf die Erstattung eines Gutachtens anwendbar, nicht aber auf dessen Erstellung, namentlich die gutachterliche Exploration (Wohlers, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen StPO, Zürich/Basel/Genf 2010, N 1 zu Art. 147; Schmid, Handbuch, a.a.O., N 822; Schmid, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, Zürich/St. Gallen 2009, N 10 zu Art. 185, N 2 zu Art. 147; Goldschmid/Maurer/Sollberger [Hrsg.], Kommentierte Textausgabe zur Schweizerischen StPO, Bern 2008, S. 135). Ein Anwesenheitsrecht des Verteidigers bei gutachterlichen Explorationsgesprächen ist somit in der neuen, eidgenössischen Strafprozessordnung (StPO) nicht vorgesehen (Wohlers, ZK, a.a.O., N 1 zu Art. 147; Schmid, Handbuch, a.a.O., N 822, N 946 Fn 364; Schmid, Praxiskommentar, a.a.O., N 10 zu Art. 185, N 2 zu Art. 147; recht 2010 S. 197; AJP 2010 S. 826, 830). Ein entsprechender Antrag auf ein solches Anwesenheitsrecht wurde bei den parlamentarischen Beratungen zur neuen StPO denn auch verworfen (vgl. RK-N 22./23.2.2007 S. 50 f. und RK-S 21.8.2006 S. 11, zitiert in: Schmid, Handbuch, a.a.O., N 946 Fn 364). Im Übrigen entspricht das Fehlen eines Anwesenheitsrecht des Verteidigers bei gutachterlichen Explorationsgesprächen der

bisherigen bundesgerichtlichen (BGE 132 V 443 Erw. 3.4 f.; Pra 83 [1994] Nr. 192; BGE I.42/06 Erw. 4.3 f.; BGE I.991/06 Erw. 3; BGE 119 Ia 260 Erw. 6) und kantonalen Rechtsprechung. Namentlich liess sich ein solches Anwesenheitsrecht im Kanton Zürich nicht mittels Analogieschluss aus § 17 Abs. 2 der kantonalen zürcherischen Strafprozessordnung (StPO/ZH) herleiten (KassGer., Beschluss vom 18.12.2009, Kass.-Nr. AC080021 Erw. II. 1.7.1. c) dd)).

Indessen ist die Anwesenheit des Verteidigers bei Explorationsgesprächen nicht von vornherein ausgeschlossen oder unzulässig. Sie ist möglich bei Vorliegen stichhaltiger Gründe, namentlich wenn sich Bedenken, eine misstrauische Einstellung oder ablehnende Haltung des Exploranden nicht anders abwenden lassen (KassGer., Beschluss vom 18.12.2009, Kass.-Nr. AC080021 Erw. II. 1.7.1. c) dd); Maier/Möller, Das gerichtspsychiatrische Gutachten gemäss Art. 13 StGB, Zürich 1999, S. 193).

4.1 Aus der Beschwerdeschrift geht hervor, dass der Verteidiger des Beschwerdeführers mit seiner Anwesenheit sicherstellen will, dass sämtliche für die Untersuchung und die spätere Urteilsfindung relevanten Aussagen des Beschwerdeführers im Gutachten vermerkt werden. Wie vorstehend unter Absatz II. Ziffer 3 dargelegt, handelt es sich beim explorativen Untersuchungsgespräch nicht um eine staatsanwaltliche Einvernahme und damit eine eigentliche Beweiserhebung. Im Vordergrund steht nicht die umfassende Abklärung des Sachverhalts, namentlich die Ermittlung von das Tatgeschehen betreffenden Tatsachen und die Klärung des objektiven und subjektiven Tatbestands. Vielmehr geht es um die Beschaffung jener Informationen, die die Grundlagen für die Beantwortung der Sachverständigenfragen liefern und die der Sachverständige kraft seiner Sachkenntnis ersichtlich macht (Befundtatsachen). Ziel ist die Feststellung der psychischen Beschaffenheit sowie die Abklärung von geistigen und seelischen Eigenschaften einer Person. Es sollen die mit Blick auf die Anlasstat und die klassischen Fragestellungen der Zurechnungsfähigkeit und Massnahmebedürftigkeit sachdienlichen Informationen gewonnen werden. Am geeignetsten hierfür erscheint eine vertrauensbildende Gesprächsatmosphäre, die es dem Exploranden erlaubt, sich dem ihm unbekanntem Gutachter zu öffnen. Ein formalisiertes Vorge-

hen wie bei einer eigentlichen Einvernahme mit entsprechender Protokollierung und Anwesenheit des Verteidigers wäre hierbei erfahrungsgemäss hinderlich. So hätte solches zur Folge, dass das Explorationsgespräch den Charakter einer strafprozessualen Einvernahme annimmt. Dadurch litte der fachspezifische Informationsgewinn und damit letztlich die Qualität der gutachterlichen Arbeit (Kass.Ger., Beschluss vom 18.12.2009, Kass.-Nr. AC080021 Erw. II. 1.7.1. c) dd); Mayer/Möller, a.a.O., S. 193). Dementsprechend ist weder der Sachverständige zur Führung eigentlicher Protokolle nach Art. 76 ff. StPO oder zur vollständigen Dokumentation des gutachterlichen Explorationsgesprächs im Gutachten selber bzw. im Anhang verpflichtet (AJP 2010 S. 826, 829, 831; BGE 6B\_92/2010 Erw. 3.3) noch ist in der StPO ein Anwesenheitsrecht des Verteidigers bei gutachterlichen Explorationsgesprächen vorgesehen (vgl. dazu Ausführungen unter vorstehend Abschnitt II. Ziffer 3). Zudem geht es bei gutachterlichen Explorationsgesprächen wie gesagt um die Gewinnung von Befundtatsachen, mithin Tatsachen, welche der Sachverständige gerade kraft seines Fachwissens ersichtlich macht. Dem Verteidiger indessen fehlt dieses Fachwissen. Er ist somit gar nicht in der Lage zu beurteilen, welche Aussagen des Exploranden für die Erstellung des Gutachtens relevant sind, und entsprechende zielführende Fragen zu stellen. Im Übrigen hatte der Verteidiger vor der Ernennung von Dr. med. Z. zum Gutachter die Möglichkeit, sich zur Person des Sachverständigen und zu den Gutachtensfragen zu äussern sowie eigene Anträge zu stellen (Art. 184 Abs. 3 StPO; Urk. 7/18/20). Auch wird ihm nach Vorliegen des schriftlichen Gutachtens Gelegenheit zur Stellungnahme einzuräumen sein (Art. 188 StPO).

4.2 Zwar können die Aussagen des Exploranden im Rahmen des gutachterlichen Explorationsgesprächs neben Befundtatsachen durchaus auch Tatsachen betreffen, für deren Ermittlung es nicht eines besonderen Fachwissens bedurft hätte, wie namentlich das Tatgeschehen betreffende Tatsachen (sog. Zusatztatsachen). Solche Zusatztatsachen betreffende Aussagen des Exploranden gegenüber dem Gutachter können im Strafverfahren als Beweismittel verwendet werden, wenn dieser vor der Begutachtung über sein Aussageverweigerungsrecht bzw. darüber, dass seine Aussagen gegenüber dem Gutachter als Beweismittel gegen ihn verwendet werden könnten, belehrt wurde (Kass.Ger., Beschluss vom

18.12.2009, Kass.-Nr. AC080021, Erw. 1.7.1. c) aa)). Sofern die Zusatztatsachen im Gutachten nicht erwähnt werden, können sie durch Befragung des Sachverständigen als Zeugen in den Prozess eingebracht werden (Heer, BSK, a.a.O., N 3 zu Art. 182; Donatsch, ZK, a.a.O., N 13 zu Art. 182; ZR 102 [2003] Nr. 30 S. 153; Hauser/Schweri/Hartmann, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. Aufl., Basel 2005, S. 312; Donatsch/Schmid, Kommentar zur Strafprozessordnung des Kantons Zürich, Zürich 1996 ff., N 11 f. zu § 109 StPO/ZH; Maier/Möller, a.a.O., S. 166). Indessen ist zu berücksichtigen, dass das gutachterliche Explorationsgespräch primär der Beschaffung von Befundtatsachen und nicht von Zusatztatsachen dient. Das Streben nach einer vollständigen Dokumentation der Aussagen des Exploranden hat daher gegenüber dem Anliegen, die für die Beschaffung von Befundtatsachen idealsten Voraussetzungen zu schaffen, in den Hintergrund zu treten. Dies umso mehr, als Zusatztatsachen primär im Rahmen staatsanwaltschaftlicher Einvernahmen und unter Einhaltung der entsprechenden Formvorschriften zu ermitteln sind.

4.3 Sodann nennt der Verteidiger des Beschwerdeführers als stichhaltigen Grund für die Anwesenheit des Verteidigers bei den Explorationsgesprächen die ablehnende Haltung des Exploranden. So sei niemandem geholfen, wenn der Explorand die Aussage aus Misstrauen oder mangelndem Verständnis für die Notwendigkeit einer (erneuten) Begutachtung verweigere (Urk. 2 S. 2, 3). Die diesbezüglichen Ausführungen des Verteidigers sind indessen nur allgemein gehalten und es wird nicht dargelegt, ob und inwiefern einer oder mehrere dieser Gründe vorliegend konkret gegeben sind. Aus den Akten ergibt sich lediglich, dass der Beschwerdeführer zwar zunächst eine weitere psychiatrische Begutachtung ablehnte (vgl. Urk. 7/18/19), in der Folge mit einer solchen aber dennoch einverstanden war (vgl. Urk. 7/18/23). Konkrete Hinweise auf eine ablehnende Haltung, Misstrauen oder mangelndes Verständnis für die Notwendigkeit einer zweiten Begutachtung des Beschwerdeführers bestehen somit keine. Selbst wenn solche Bedenken seitens des Beschwerdeführers beständen, wäre es im Hinblick auf die vorstehend aufgezeigten nachteiligen Auswirkungen der Anwesenheit des Verteidigers auf das Explorationsgespräch sinnvoller, diese Bedenken vorgängig mit dem Beschwerdeführer zu besprechen und sachbezogen auszuräumen oder



abzuschwächen (vgl. Maier/Möller, a.a.O., S. 193). Andere Gründe, welche die Anwesenheit des Verteidigers bei den Explorationsgesprächen mit dem Beschwerdeführer nahelegen würden, werden weder geltend gemacht noch ergeben sich solche aus den Akten.

5. Angesichts dieser Sach- und Rechtslage erweist sich die Ablehnung des Antrags auf Anwesenheit des Verteidigers bei den psychiatrischen Explorationsgesprächen als angemessen. Die Beschwerde ist somit unbegründet und damit abzuweisen.

### III.

Entsprechend dem Ausgang des Verfahrens trägt der Beschwerdeführer die Kosten des Beschwerdeverfahrens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Die Entschädigung des amtlichen Verteidigers für seine im Beschwerdeverfahren getätigten Aufwendungen wird durch die Staatsanwaltschaft oder das urteilende Gericht bei Abschluss des Strafverfahrens festzusetzen sein (Art. 135 Abs. 2 StPO).

#### **Es wird beschlossen:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr für das Beschwerdeverfahren wird auf Fr. 800.– festgesetzt und dem Beschwerdeführer auferlegt.
3. Schriftliche Mitteilung (...)
4. Rechtsmittel:  
Gegen diesen Entscheid kann unter den einschränkenden Voraussetzungen von Art. 93 des Bundesgerichtsgesetzes **Beschwerde in Strafsachen** erhoben werden.  
Die Beschwerde ist innert **30 Tagen**, vom Empfang an gerechnet, bei der Ersten öffentlich-rechtlichen Abteilung des Bundesgerichtes (1000 Lausanne

14) in der in Art. 42 des Bundesgerichtsgesetzes vorgeschriebenen Weise schriftlich einzureichen.

Die Beschwerdelegitimation und die weiteren Beschwerdevoraussetzungen richten sich nach den massgeblichen Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes.

---

OBERGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

III. Strafkammer

Zürich, den 11. Mai 2011

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Balmer

lic. iur. S. Borer