



**COMPETENCE CENTER
FORENSIK UND
WIRTSCHAFTSKRIMINALISTIK**

Lucerne University of
Applied Sciences and Arts

**HOCHSCHULE
LUZERN**

Wirtschaft

Master of Advanced Studies in Forensics (MAS Forensics)

Gedächtnisprotokoll und Aussageverweigerungsrecht

Eingereicht von Géraldine Sarah Kipfer

Klasse MAS Forensics 2

am 8. Mai 2009

betreut von Jürg Beat Ackermann, Prof. Dr. iur., Professor für Strafrecht und Strafprozessrecht, Universität Luzern

Inhaltsübersicht

Inhaltsverzeichnis.....	II
Literaturverzeichnis.....	IV
Abkürzungsverzeichnis.....	VI
Kurzfassung	VIII

Inhaltsverzeichnis

I. Einleitung	1
1. Ziel der Arbeit	1
2. Gedächtnisprotokoll	1
II. Ermittlungshandlungen bei Verdacht auf Behandlungsfehler	3
1. Was ist ein Behandlungsfehler?	3
2. Beweismässige Fragestellung	5
3. Zur Verfügung stehende Beweismittel	6
4. Erhebung von Gedächtnisprotokollen	8
III. Formelle Voraussetzungen für die Verwertbarkeit der Gedächtnisprotokolle	9
1. Aussage- und Mitwirkungsverweigerungsrecht der angeschuldigten Person	9
1.1 Ursprung	9
1.2 Ausgestaltung	9
1.2.1 Schweigerecht und Selbstbegünstigung	9
1.2.2 Keine Mitwirkungspflicht	10
1.3 Gesetzliche Verankerung des Aussageverweigerungsrechts	11
1.3.1 Geltendes Recht	11
1.3.2 StPO	12
2. Belehrung über das Aussage- und Mitwirkungsverweigerungsrecht	13
2.1 Belehrungspflicht	13
2.1.1 Geltendes Recht	13
2.1.2 StPO	14
2.2 Ausnahmen von der Belehrungspflicht	15
2.3 Umfang der Belehrung	15
2.4 Zeitpunkt der Belehrung	15
2.4.1 Geltendes Recht	15
2.4.2 StPO	16
2.5 Dokumentation der Belehrung	17
2.6 Verzicht auf Belehrung?	17
IV. Folgen unterlassener oder mangelhafter Belehrung	18
1. Verfahrensmangel	18
2. Direktes Verwertungsverbot	18
3. Indirektes Verwertungsverbot	20

4. Verwertungsverbot nach StPO	20
5. Heilung von Verfahrensmängeln	22
V. Stolpersteine bei der Erhebung von Gedächtnisprotokollen und Lösungsansatz....	22
1. Wer erhebt wann und in welcher Form Gedächtnisprotokolle	22
1.1 Verdacht auf einen allfälligen Behandlungsfehler	22
1.2 Wer erhebt Gedächtnisprotokolle?	23
1.3 Wann sind Gedächtnisprotokolle zu erheben?	25
1.4 In welcher Form sind Gedächtnisprotokolle zu erheben?	26
2. Unaufgeforderte Beibringung von Gedächtnisprotokollen	27
3. Triage als Lösungsansatz	27
3.1 Dringender Tatverdacht	27
3.2 Hinreichender Tatverdacht	28
3.3 Anfangsverdacht	28
3.4 Kein Verdacht	28
VI. Schlussbetrachtung	29

Literaturverzeichnis

ASELMANN, Maiko: Die Selbstbelastungs- und Verteidigungsfreiheit, Schriften zum Strafrecht und Prozessrecht, Frankfurt am Main 2004

BOTSCHAFT zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts, BBl 2006, 05.092

DONATSCH, Andreas/CAVEGN, Claudine: Auserwählte Fragen zum Beweisrecht nach der schweizerischen Strafprozessordnung, ZStrR 126, 2008, 158

FLACHSMANN, Stefan/WEHRENBURG, Stefan: Aussageverweigerung und Informationspflicht, SJZ 97 (2001), 313

HAUSER, Robert/SCHWERI, Erhard/HARTMANN, Karl: Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. Aufl., Basel/Genf/München 2005

ILL, Christoph: Konfrontationsanspruch im Strafverfahren, Skriptum MAS Forensics vom 29./30.01.2009

ILL, Christoph zu Art. 181 StPO in: GOLDSCHMID, Peter/MAURER, Thomas/SOLLBERGER, Jürg (Hrsg.): Kommentierte Textausgabe zur schweizerischen Strafprozessordnung, Bern 2008,

JÄGER, Peter/SCHWEITER Angela: Der Hindsight Bias (Rückschaufehler) – ein grundsätzliches Problem bei der Beurteilung ärztlichen Handelns in Arzthaftpflicht- und Arztstrafprozessen, Saez 2005; 86: Nr. 32/33, 1940

KUHN, Erich, FMH-Gutachterstelle - Berichtsperiode 1999, Saez 2008; 81: Nr. 36, 2002

LIPPS-AMSLER, Barbara zu Art. 264 StPO, in: GOLDSCHMID, Peter/MAURER, Thomas/SOLLBERGER, Jürg (Hrsg.): Kommentierte Textausgabe zur schweizerischen Strafprozessordnung, Bern 2008

LUTZ, Louise: Die Verteidigung und das Verbot, den Angeschuldigten zu seiner Selbstbelastung zu verpflichten, ZStrR 120, 2002

MAURER Thomas, Das bernische Strafverfahren, 2. Aufl., Bern 2003, 226.

MUND, Michael T./BÄR, Walter: Rechtsmedizinische Aspekte beim plötzlichen Todesfall, Schweiz Med Forum 2005;5: 129

SCHLAURI, Regula: Das Verbot des Selbstbelastungszwangs im Strafverfahren, Zürich 2003, Zürcher Studien zum Strafrecht

SOLLBERGER, Jürg zu Art. 141 StPO in: GOLDSCHMID, Peter/MAURER, Thomas/SOLLBERGER, Jürg (Hrsg.): Kommentierte Textausgabe zur schweizerischen Strafprozessordnung, Bern 2008

VEST, Hans/EICKER Andreas: Aussageverweigerungsrecht und Beweisverbot, AJP 2005, 883

VEST, Hans/HÖHENER, Andrea: Beweisverwertungsverbote – Quo vadis Bundesgericht, ZStR 127, 2009, 95

WIPRÄCHTIGER, Hans: Strafbarkeit des Arztfehlers in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, in: DONATSCH, Andreas/BLOCHER, Felix/HUBSCHMID VOLZ, Annemarie (Hrsg.): Strafrecht und Medizin, Bern 2007

ZIMMERLIN, Sven: Miranda-Warning und andere Unterrichtungen nach Art. 31 Abs. 2 BV, ZStrR 121/2003, 311

ZOLLINGER, Ulrich: Medizinischer Behandlungsfehler - Wo liegen die Probleme? Skriptum MAS Forensics vom 7./8.12.2008

ZOLLINGER, Ulrich/ PLATTNER, Thomas: Sicherer oder möglicher letaler Behandlungsfehler – was ist danach zu tun? Pra 2005/95, 1023

ZUBER Thomas, Beweismittel, in: ALBERTINI, Gianfranco/FEHR, Bruno/VOSER, Beat (Hrsg.): Polizeiliche Ermittlung, Basel/Genf 2008

Abkürzungsverzeichnis

A

Abs.	Absatz
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage

B

BAV	Verordnung über Bau- und Ausrüstung der Strassenfahrzeuge (SR 741.41)
BB1	Bundesblatt
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BÜPF	Bundesgesetz betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs vom 6. Oktober 2000 (SR 780.1)
BSG	Bernische Systematische Gesetzessammlung (abrufbar unter www.sta.be.ch/belex/d/default.asp)
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)

C

CT	Computertomographie
----	---------------------

E

E.	Erwägung
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EMRK	(Europäische) Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grund- freiheiten (SR 0.101)
EKG	Elektrokardiogramm
etc.	et cetera

F

f.	folgende
ff.	fortfolgende
FMH	Foederatio Medicorum Helveticorum
Fn.	Fussnote

G

GesG	Gesundheitsgesetz des Kantons Bern (BSG 811.01)
------	---

H

Hrsg.	Herausgeber
-------	-------------

I

IPBPR	Internationaler Pakt für bürgerliche und politische Rechte vom 16. De- zember 1966 (SR 0.103.2)
-------	--

L

lit.	Litera
------	--------

M	
MRI	Magnetresonanztomographie
MAS Forensics	Master of Advanced Studies in Forensics
P	
Pra	Die Praxis
R	
resp.	respektive
S	
Saez	Schweizerische Ärztezeitung
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts (abrufbar unter www.admin.ch/ch/d/sr/sr.html)
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0)
StrV	Gesetz über das Strafverfahren des Kantons Bern vom 15. März 1995 (BSG 321.1)
StPO	Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007
SVG	Strassenverkehrsgesetz vom 19. Dezember 1958 (SR 741.01)
U	
UNO	Vereinte Nationen
V	
vgl.	vergleiche
Z	
z.B.	zum Beispiel
Ziff.	Ziffer
ZStrR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung

Kurzfassung

Bei einem medizinischen Zwischenfall, beispielsweise anlässlich einer Operation, verfassen die daran beteiligten Medizinalpersonen oft auf eigene Initiative, auf Anraten der Verbindung Schweizer Ärzte FMH oder, wenn Meldung an die Untersuchungsbehörde erfolgte, auf Anforderung der Untersuchungsbehörde ein Gedächtnisprotokoll.

Ein Gedächtnisprotokoll muss unmittelbar nach dem Ereignis verfasst werden, damit die Details unverfälscht wiedergegeben werden können. Darin werden Ort, Datum, Zeit und Ablauf des Ereignisses, die daran beteiligten Personen, getroffene und unterlassene Massnahmen etc. festgehalten. Das Gedächtnisprotokoll dient primär dem Verfasser als Erinnerungsstütze. Gleichzeitig ist es zentral für die Rekonstruktion der Geschehnisse und liefert so der Untersuchungsbehörde und später dem Gutachter wichtige Hinweise. Gedächtnisprotokolle stehen deshalb im Spannungsfeld zwischen den Rechten, die der einer Straftat verdächtigten Person zustehen und dem Interesse der Untersuchungsbehörden an der Gewinnung von Ermittlungsansätzen.

Besteht der Verdacht auf Vorliegen eines für die Körperverletzung oder den Tod des Patienten kausalen Behandlungsfehlers, führt dies in der Regel zum Vorwurf der fahrlässigen (schweren) Körperverletzung oder der fahrlässigen Tötung. Beweismässig stellen sich in solchen Fällen vorab Fragen nach dem eingetretenen Erfolg, der dafür verantwortlichen Medizinalperson und dem Vorliegen einer ärztlichen Sorgfaltspflichtverletzung. Gedächtnisprotokolle geben Hinweise auf die Prozessrollen der an einer medizinischen Behandlung beteiligten Medizinalpersonen. Zudem sind die in Gedächtnisprotokollen gemachten schriftlichen Aussagen die zeitlich am nächsten zum Vorfall gemachten Aussagen, so dass ihnen ein besonderer Beweiswert zukommt. Weiter dienen Gedächtnisprotokolle neben den medizinischen Akten als Grundlage für das medizinische Gutachten. Weil ihnen bereits zu Beginn des Verfahrens eine zentrale Funktion zukommt, ist es wichtig, dass die Gedächtnisprotokolle formell richtig erhoben werden, um deren Verwertbarkeit nicht zu gefährden. Das bedeutet, dass die Aussage- und Mitwirkungsverweigerungsrechte der angeschuldigten Person resp. der Auskunftsperson beachtet werden müssen.

Die in einem Strafverfahren angeschuldigte Person kann sich frei entscheiden, ob sie schweigen oder reden will, sie muss sich nicht selber belasten. Neben dem Aussageverweigerungsrecht hat die angeschuldigte Person ein Mitwirkungsverweigerungsrecht, was bedeutet, dass sie weder direkt noch indirekt gezwungen werden darf, aktiv an der Herstellung von Beweismitteln mitzuwirken. Sie kann auch nicht zur Edition von Gegenständen oder belastenden Akten angehalten werden. Das Aussageverweigerungsrecht ist heute ein universal anerkanntes Prinzip und unabdingbarer Bestandteil eines fairen und rechtsstaatlichen Verfahrens. Dennoch ist es weder im Internationalen Pakt für bürgerliche Rechte (IPBPR) noch in der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) oder der Bundesverfassung (BV) ausdrücklich geregelt. Eine explizite Verankerung findet der nemo-tenetur-Grundsatz hingegen in den meisten kantonalen Prozessordnungen sowie in der schweizerischen Strafprozessordnung (StPO). Das Aussageverweigerungsrecht gilt in jedem schweizerischen Strafprozess in jedem Verfahrensstadium und unabhängig davon, ob sich die angeschuldigte Person in Haft befindet oder nicht. Auch eine Pflicht der Behörden, die angeschuldigte Person über das Aussageverweigerungsrecht zu orientieren, ist weder in der IPBPR noch in der EMRK oder der BV explizit verankert. Der Informationsanspruch einer festgenommenen Person stützt sich auf Art. 31 Abs. 2 BV, wonach Personen, denen die Freiheit entzogen wurde, über den Grund des Freiheitsentzuges sowie über ihre Rechte zu informieren sind. Diesem Anspruch steht eine Belehrungspflicht der Behörde gegenüber. Ob auch Nicht-

inhaftierte einen Anspruch auf Belehrung haben, ist umstritten. Mit Blick auf den Grundsatz des fairen Verfahrens sind der Informationsanspruch und die daraus resultierende Belehrungspflicht auch für nichtinhaftierte Angeschuldigte zu bejahen. Dies lässt sich auf Art. 31 Abs. 2 BV stützen, wonach die angeschuldigte Person die Möglichkeit haben muss, die ihr zustehenden Verteidigungsrechte, wozu auch das Aussageverweigerungsrecht gehört, geltend zu machen. Nur wer seine Rechte kennt, kann sie ausüben. Die meisten kantonalen Strafprozessordnungen statuieren eine Belehrungspflicht unabhängig davon, ob sich die angeschuldigte Person in Haft oder in Freiheit befindet. Gleich macht es die eidgenössische Strafprozessordnung, welche in Art. 158 Abs. 1 lit. b StPO eine Belehrungspflicht der Polizei und der Staatsanwaltschaft für sämtliche angeschuldigte Personen statuiert. Die Belehrung umfasst die Information über das Aussage- und das Mitwirkungsverweigerungsrecht und muss erfolgen, sobald die befragte Person als angeschuldigte Person behandelt wird.

Aussagen, welche die angeschuldigte Person in Unkenntnis des Aussageverweigerungsrechts gemacht hat, sind zwar grundsätzlich nicht verwertbar, doch besteht nach geltendem Recht bei schweren Straftaten kein absolutes Verwertungsverbot. Vielmehr ist in solchen Fällen eine Interessenabwägung vorzunehmen. Mit zu berücksichtigen ist, ob das rechtswidrig erlangte Beweismittel an sich zulässig und auf gesetzmässigem Weg erreichbar gewesen wäre. Kein Raum für eine solche Interessenabwägung besteht da, wo das Gesetz explizit von einer Unverwertbarkeit der Beweismittel ausgeht. Indirekte Beweise, welche auf solchen Aussagen basieren, unterstehen dann einem Verwertungsverbot, wenn sie ohne die vorhergehende Aussage nicht möglich gewesen wären. Bei der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Verwertbarkeit kann somit unter geltendem Recht davon ausgegangen werden, dass die Verwertung unrechtmässig erhobener Gedächtnisprotokolle bei den aus Behandlungsfehlern resultierenden Tatbeständen der fahrlässigen Tötung und der fahrlässigen schweren Körperverletzung grundsätzlich möglich ist. Die derzeitige Haltung des Bundesgerichts entbindet die Untersuchungsbehörde jedoch nicht von der Pflicht, formelle Regeln einzuhalten und auch nicht von der Verantwortung, für ein faires und rechtsstaatliches Verfahren zu sorgen. Nach Art. 158 Abs. 2 StPO sind Einvernahmen ohne Belehrung auch bei schweren Straftaten und Unerlässlichkeit des Beweismittels nicht verwertbar. Beweise, welche einem absoluten Verwertungsverbot unterstellt sind wie dies bei Aussagen, welche in Unkenntnis des Aussageverweigerungsrechts erfolgten der Fall ist, entfalten auch Fernwirkung. Damit dürfen indirekte Beweise, welche aufgrund unverwertbarer Beweise erlangt wurden, ebenfalls nicht verwertet werden.

Die Erhebung der Gedächtnisprotokolle erfolgt in der Regel durch die Untersuchungsbehörde. Die angeschuldigte Person resp. die Auskunftsperson ist vorgängig auf das Aussage- und Mitwirkungsverweigerungsrecht hinzuweisen. Kommt der Auftrag vom Institut für Rechtsmedizin ist darauf zu achten, dass dies im Rahmen der gutachterlichen Tätigkeit passiert und dass die Belehrung, wenn nicht bereits durch Polizei oder Untersuchungsbehörde erfolgt, durch das Institut für Rechtsmedizin vorgenommen wird. Die Belehrung ist zu protokollieren.

Im Umgang mit Gedächtnisprotokollen bietet sich folgender Lösungsansatz an: Bei Vorliegen eines dringenden Tatverdachts auf einen Behandlungsfehler kann dann auf die Erhebung eines Gedächtnisprotokolls verzichtet werden, wenn klar ist, wer als angeschuldigte Person in Frage kommt. Diesfalls ist eine Voruntersuchung gegen diese Person zu eröffnen und sie ist innert 36 Stunden nach dem Vorfall unter Wahrung ihrer Parteirechte zu befragen. Ist eine Befragung innert dieser Frist nicht möglich, ist die angeschuldigte Person über ihr Aussageverweigerungsrecht in Kenntnis zu setzen und anschliessend aufzufordern, ein Gedächtnisprotokoll einzureichen. Wo mutmasslicherweise ein Behandlungsfehler und damit ein für die Eröffnung der Voruntersuchung hinreichender Tatverdacht vorliegt, aber nicht klar ist, gegen wen sich

der Vorwurf richtet, ist die Voruntersuchung gegen unbekannte Täterschaft zu eröffnen. Sämtliche Personen sind als Auskunftspersonen auf ihre Rechte hinzuweisen und aufzufordern, ein Gedächtnisprotokoll einzureichen. Konkretisiert sich der Tatverdacht gegen bestimmte Personen, ist die Voruntersuchung auf diese auszudehnen. Ist jedoch völlig unklar, was geschehen und wer wie beteiligt ist, kommt dem Gedächtnisprotokoll eine ähnliche Funktion zu wie eine rein informatorische Befragung. Kristallisiert sich aus den Gedächtnisprotokollen ein den Anfangsverdacht übersteigender Verdacht gegen eine bestimmte Person heraus, muss diese Person belehrt und nach erfolgter Belehrung zum Verfassen eines neuen Gedächtnisprotokolls aufgefordert werden.

Strafverfahren, die Behandlungsfehler untersuchen, sind komplizierte, komplexe und langwierige Verfahren, welche die Untersuchungsbehörde fordern. Der Ruf nach spezialisierten Untersuchungsrichtern¹ ist deshalb legitim. Die Einführung und Förderung entsprechender interdisziplinärer Weiterbildungsangebote für interessierte Untersuchungsrichter ist wünschens- und hinsichtlich Verfahrenseffizienz erstrebenswert.

¹ Die Terminologie bezieht sich auf die Strafprozessordnung des Kantons Bern (StrV), BSG 321.1.

I. Einleitung

1. Ziel der Arbeit

Verfahren, welche medizinische Behandlungsfehler zum Gegenstand haben, stellen für die Untersuchungsbehörden eine grosse Herausforderung dar. Die Vielzahl komplexer Fragen in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht, mangelnder medizinischer Sachverstand, der Umstand, dass die Ermittlungen in komplexen Betrieben wie Spitälern, Kliniken und Heimen getätigt werden müssen und die nicht zuletzt durch die Notwendigkeit interdisziplinärer medizinischer Gutachten bedingte lange Verfahrensdauer sind einige der Gründe dafür. In solchen Verfahren ist von Anfang an eine konsequente, klare und – um die Verwertbarkeit der Beweise nicht zu gefährden – rechtlich korrekte Verfahrensführung erforderlich. Die Untersuchungsbehörde muss sich deshalb bereits in einem frühen Verfahrensstadium im Klaren darüber sein, welcher Vorwurf im Raum steht und wem im Strafverfahren welche Rolle zukommt. Bei diesem Entscheid sind Gedächtnisprotokolle hilfreich, denn aus ihnen sind nicht nur die Abläufe, sondern auch die an einer medizinischen Intervention beteiligten Medizinalpersonen ersichtlich.

Gedächtnisprotokolle stehen im Spannungsfeld zwischen den Rechten, die der einer Straftat verdächtigten Person zustehen und dem Interesse der Untersuchungsbehörden an der Gewinnung von Ermittlungsansätzen. Ziel der vorliegenden Arbeit ist es, die Untersuchungsbehörden darauf zu sensibilisieren, dass das Aussage- und Mitwirkungsverweigerungsrecht auch bei der Erhebung der Gedächtnisprotokolle Gültigkeit hat und darzustellen, welches die Folgen der Nichtbeachtung nach geltendem und nach künftigem Recht sind. Weiter werden Probleme im Zusammenhang mit der Erhebung von Gedächtnisprotokollen aufgezeigt und Lösungsansätze geliefert.^{2, 3}

2. Gedächtnisprotokoll

Eine 38-jährige Patientin litt seit mehreren Jahren unter Bluthochdruck, welcher medikamentös schwer einstellbar war. Im November 1998 wurde ein gutartiger Nebennierenrindentumor als mögliche Ursache des Bluthochdrucks festgestellt. Zwei Tage nach der operativen Entfernung dieses Tumors im Regionalspital verschlechterte sich der Zustand der Patientin und sie musste erneut operiert werden. Bei dieser Operation stellte sich heraus, dass der Schwanz der Bauchspeicheldrüse abgestorben war. Nach dieser zweiten Operation wurde die Patientin auf der Intensivstation weiterbehandelt, wo sie während mehreren Wochen künstlich beatmet werden musste. Ende Dezember 1998 musste die Patientin erneut operiert werden, weil sich in der Bauchhöhle ein Eiterherd gebildet hatte. Anfangs Januar 1999 verbesserte sich ihr Zustand, so dass der Beatmungsschlauch entfernt werden konnte. Die Atmung verschlechterte sich jedoch am Abend desselben Tages erneut. Deshalb wurde der Patientin am Tag darauf operativ ein Luftröhrenschnitt angelegt. Diese Operation verlief problemlos. Die Patientin wurde anschliessend mit dem in die Luftröhrenöffnung eingelegten Beatmungsschlauch auf die Intensivstation verlegt.

Gegen Mittag stellten die Pfleger fest, dass der Beatmungsschlauch nicht dicht an der Luftröhre lag, was dazu führte, dass Luft durch die nicht korrekt abgedichtete Luftröhre ins Unterhautfettgewebe austrat. Dies hatte eine Dunsung der Weichteile des Gesichts (Hauptem-

² Diese Ausführungen werden anhand der bernischen StrV gemacht.

³ Allein aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird in dieser Arbeit die männliche Form für beide Geschlechter verwendet.

physem) zur Folge. Der herbeigerufene Arzt Dr. A versuchte zuerst, die Lage des Beatmungsschlauches von Hand zu verändern und in die richtige Position zu bringen, was nicht funktionierte. Die Situation der Patientin verschlechterte sich rasant, sie lief blau an und das Hautemphysem nahm zu. Beim Eintreffen von Frau Dr. B kurze Zeit später war der Zustand der Patientin bereits kritisch. Dr. B informierte sofort Dr. C und Dr. D, ersterer kam umgehend hinzu. Die Patientin wurde von Dr. A und Dr. B untubiert und mit dem Ambubeutel beatmet. Die nachfolgende Kontrolle mittels Fiberoptik zeigte, dass der neue Tubus korrekt platziert war. Trotz dieser Massnahme wurde die Beatmung zunehmend schwieriger und auch das Hautemphysem nahm weiter zu. Da die Luft nicht nur ins Unterhautfettgewebe, sondern auch ins Mittelfell und von dort in die Brusthöhle austrat, was wiederum die Lunge am Entfalten behinderte, kam es zusätzlich zu einem Spannungspneumothorax. Infolge dieses Spannungspneumothoraxes und der dadurch bedingten ungenügenden Atmung kam es zu einer ungenügenden Versorgung des Körpers mit Sauerstoff, was wiederum zu einem Herz-Kreislaufstillstand führte. Die Ärzte begannen sofort mit der Reanimation. Dr. C punktierte beide Brusthöhlen, um Luft entweichen zu lassen, was aber nicht funktionierte. Der mittlerweile eingetroffene Dr. D forderte Dr. E an, welcher die Herzmassage übernahm, während Dr. D doppelseitige Thorax-Drainagen legte. Daraufhin verbesserte sich die Atmung der Patientin leicht und es stellten sich Kreislaufzeichen ein. Weil die Sauerstoffzufuhr weiterhin ungenügend war, führte Dr. D mit Hilfe von Dr. C einen langen Tubus in die Luftröhre ein. Die Sauerstoffversorgung verbesserte sich und nach intensiven Wiederbelebungsversuchen konnte die Kreislauffunktion wiederhergestellt werden. Die Patientin, welche nicht mehr ansprechbar war, wurde gleichentags ins Inselspital Bern verlegt. Dort wurde der Hirntod festgestellt.

Der Ehemann der Verstorbenen reichte Strafanzeige gegen unbekannte Täterschaft wegen fahrlässiger Tötung zum Nachteil seiner Ehefrau ein. Im Beispielfall waren zwei Pfleger und fünf Ärzte in einer überaus hektischen Situation mit der Patientin befasst. Bis zur Befragung dieser Personen können Monate, unter Umständen Jahre vergehen. Deshalb ist es sinnvoll, dass das Geschehene in einem Gedächtnisprotokoll festgehalten wird.

Ein Gedächtnisprotokoll wird nachträglich und möglichst unmittelbar nach einem bestimmten Vorfall – beispielsweise nach der Durchführung einer ärztlichen Behandlung, einer Operation oder beim Auftreten von Komplikationen in der postoperativen Phase – gestützt auf die Erinnerung und persönliche Wahrnehmung des Verfassers erstellt. Der Verfasser hält darin Ort, Datum und Zeit des Vorfalls sowie die daran beteiligten Personen fest und schildert seine persönliche Sicht hinsichtlich Ablauf, Umstände, getroffene und unterlassene Massnahmen, zeitlicher Verlauf etc. Gedächtnisprotokolle verhindern, dass Erlebtes mit Erzähltem vermischt wird. Sie sollten wahrheitsgemäss erstellt werden, nur Fakten erwähnen und keine Beurteilungen oder Wertungen enthalten.⁴ Wichtig ist, dass von allen am Vorfall beteiligten Personen ein Gedächtnisprotokoll verfasst wird und dass daraus hervorgeht, wer der Verfasser ist und wann das Gedächtnisprotokoll verfasst wurde. Die FMH-Gutachterstelle empfiehlt betroffenen Ärzten, möglichst bald aus dem Gedächtnis ein möglichst vollständiges Protokoll der entscheidenden Untersuchungs- oder Behandlungsphasen zu diktieren oder aufzuschreiben, „den Film noch einmal ablaufen lassen“.⁵

Ein Gedächtnisprotokoll dient primär dem Verfasser als Erinnerungsstütze, sei dies für seinen Eigengebrauch oder im Hinblick auf eine Einvernahme. Zwischen dem Vorfall und einer all-

⁴ ZOLLINGER, Ulrich/PLATTNER, Thomas: Sicherer oder möglicher letaler Behandlungsfehler – was ist danach zu tun? Pra 2005/95, 1024.

⁵ KUHN, Erich: FMH-Gutachterstelle - Berichtsperiode 1999, Schweizerische Ärztezeitung 2008; 81: Nr. 36, 2002.

fälligen Einvernahme verstreicht oftmals sehr viel Zeit, so dass die Details ohne diese Erinnerungstütze vergessen gehen. Ein Gedächtnisprotokoll ist jedoch nicht nur Erinnerungstütze für den Verfasser. Diese Protokolle sind auch für die Untersuchungsbehörden nützlich, indem sie bei Verdacht auf ärztliche Behandlungsfehler wesentliche Ermittlungsansätze liefern. Sie dienen einerseits der Klärung der Prozessrollen der beteiligten Medizinalpersonen, indem sie Auskunft darüber geben, wer in welcher Funktion am Vorfall beteiligt war. Andererseits sind Gedächtnisprotokolle hilfreich für die Beurteilung der Frage, ob das Medizinalpersonal im Rahmen seiner Tätigkeit die nach den Erkenntnissen der medizinischen Wissenschaft und Praxis unter den jeweiligen Umständen objektiv gebotene Sorgfalt beachtet hat. Gedächtnisprotokolle sind ausserordentlich wertvoll für die Rekonstruktion der Geschehnisse⁶ und können sowohl be- als auch entlastend wirken. Weil ihnen bereits zu Beginn des Verfahrens eine zentrale Funktion zukommt, ist es wichtig, dass die Gedächtnisprotokolle formell richtig erhoben werden, um deren Verwertbarkeit nicht zu gefährden. Das bedeutet, dass die Aussage- und Mitwirkungsverweigerungsrechte der angeschuldigten Person (nemo-tenetur-Grundsatz) resp. der Auskunftsperson beachtet werden müssen. Auskunftspersonen sind Personen, die aus verschiedenen Gründen weder als Zeugen noch als Beschuldigte in Frage kommen.⁷

II. Ermittlungshandlungen bei Verdacht auf Behandlungsfehler

1. Was ist ein Behandlungsfehler?

Nicht jede Diagnose stellt sich im Nachhinein als richtig heraus und nicht jede ärztliche Behandlung führt zum gewünschten Erfolg. Bei der Beurteilung des ärztlichen Handelns laufen die Untersuchungsbehörden, die Gutachter sowie die Gerichte Gefahr, sich vom schlechten Ausgang leiten zu lassen.⁸ Es wäre jedoch verfehlt, jeden ärztlichen Misserfolg als Behandlungs- oder Diagnosefehler zu qualifizieren. Vielmehr muss unterschieden werden zwischen unvermeidbaren Behandlungsrisiken und Behandlungskomplikationen resp. ex ante nachvollziehbaren Diagnoseirrtümern auf der einen und vermeidbaren Behandlungs- und Diagnosefehlern auf der anderen Seite. Während Behandlungs- und Diagnosefehler durch einen Verstoß gegen die Regeln der ärztlichen Kunst bedingt sind, sind gewisse Behandlungskomplikationen unvermeidbar, weil sie der Behandlung immanent sind. Genauso sind gewisse Behandlungsrisiken unvermeidbar, weil die Risiken krankheitsimmanent sind. Kommt es zu solchen behandlungsimmanenten Komplikationen oder realisiert sich ein krankheitsimmanentes Risiko, ist dies gleich wie auch ein ex ante nachvollziehbarer Diagnoseirrtum kein Behandlungsfehler, weil die Komplikation, das Risiko oder der Irrtum nicht auf einen Regelverstoß zurückzuführen ist.⁹

Ärztliche Sorgfaltspflichtverletzungen lassen sich grob in drei Kategorien aufteilen. Sie sind auf Fehler zurückzuführen, welche in der Behandlung (Voruntersuchung, Diagnose, Indikationsstellung, Wahl und Durchführung der ärztlichen Massnahme, postoperative Nachsorge), der Patientenaufklärung (Aufklärungsmängel vorab in der präoperativen Phase) sowie der Organisation des Behandlungsablaufs (Kommunikations-, Koordinations-, Qualifikations-

⁶ ZOLLINGER/ PLATTNER, (Fn. 4), 1024.

⁷ MAURER Thomas, Das bernische Strafverfahren, 2. Aufl., Bern 2003, 226.

⁸ JÄGER, Peter/SCHWEITER Angela: Der Hindsight Bias (Rückschaufehler) – ein grundsätzliches Problem bei der Beurteilung ärztlichen Handelns in Arzthaftpflicht- und Arztstrafprozessen, Saez 2005; 86: Nr. 32/33, 1940.

⁹ ZOLLINGER, Ulrich: Medizinischer Behandlungsfehler - Wo liegen die Probleme? Skriptum Master of Advanced Studies in Forensics, Teilkurs Gewalt vom 7./8.12.2008, 1.

und Kompetenzabgrenzungsmängel) begründet liegen.¹⁰ Ein für die Körperverletzung oder den Tod des Patienten kausaler Behandlungsfehler führt in der Regel zum Vorwurf der fahrlässigen Körperverletzung oder Tötung. Seltener kommt es zum Vorwurf der (eventual-)vorsätzlichen Körperverletzung. Dieser beschränkt sich auf Fälle, in denen ein medizinisch indizierter und kunstgerecht durchgeführter ärztlicher Heileingriff, welcher in die Körpersubstanz eingreift (z.B. bei Amputationen) oder die körperliche Leistungsfähigkeit resp. das körperliche Wohlbefinden des Patienten mindestens vorübergehend nicht unerheblich beeinträchtigt oder verschlechtert, ohne Einwilligung des Patienten erfolgte.¹¹ Die nachfolgende Darstellung beschränkt sich auf Fahrlässigkeitsdelikte, bei denen die Sorgfaltspflichtverletzung im Rahmen der eigentlichen Krankenbehandlung erfolgte.

Fahrlässig handelt gemäss Art. 12 Abs. 3 StGB¹², wer die Folge seines Verhaltens aus pflichtwidriger Unvorsichtigkeit nicht bedenkt oder darauf nicht Rücksicht nimmt. Pflichtwidrig ist die Unvorsichtigkeit, wenn der Täter die Vorsicht nicht beachtet, zu der er nach den Umständen und nach seinen persönlichen Verhältnissen verpflichtet ist. Die Sorgfaltspflicht wird somit einerseits nach der konkreten Situation und andererseits nach dem individuellen Verhältnissen bemessen.

Ausgangspunkt für das Mass der vom Arzt anzuwendenden Sorgfalt stellt die ihn treffende allgemeine Pflicht dar, die Heilkunst nach anerkannten Grundsätzen der ärztlichen Wissenschaft und Humanität auszuüben; alles zu unternehmen, um den Patienten zu heilen, und alles zu vermeiden, was ihm schaden könnte. Nach der Rechtsprechung liegt die Besonderheit der ärztlichen Kunst darin, dass der Arzt mit seinem Wissen und Können auf den Erfolg hinzuwirken hat, diesen aber nicht herbeiführen oder gar garantieren muss.¹⁴ Die Anforderungen an die dem Arzt zuzumutende Sorgfaltspflicht richten sich nach den Umständen des Einzelfalls, namentlich nach der Art des Eingriffs oder der Behandlung, den damit verbundenen Risiken, dem Beurteilungs- und Bewertungsspielraum, der dem Arzt zusteht, sowie den Mitteln und der Dringlichkeit der medizinischen Massnahme.¹⁵ Das Bundesgericht will den Begriff der Sorgfaltspflichtverletzung nicht so verstanden haben, dass darunter jede Massnahme oder Unterlassung fällt, welche aus nachträglicher Betrachtungsweise den Schaden bewirkt oder vermieden hätte. Der Arzt hat im Allgemeinen nicht für jene Gefahren und Risiken einzustehen, die immanent mit jeder ärztlichen Behandlung und auch mit der Krankheit an sich verbunden sind. Zudem steht dem Arzt sowohl in der Diagnose wie auch in der Bestimmung therapeutischer oder anderer Massnahmen nach dem objektiven Wissensstand oftmals ein Entscheidungsspielraum zu, welcher eine Auswahl unter verschiedenen in Betracht fallenden Möglichkeiten zulässt.¹⁶ Der Arzt verletzt seine Pflichten, wenn eine Diagnose, eine Therapie oder ein sonstiges ärztliches Vorgehen nach dem allgemeinen fachlichen Wissensstand nicht mehr als vertretbar erscheint. Die Prüfung, ob dem Arzt eine Ermessensüberschreitung zur Last gelegt werden kann, beurteilt sich somit nicht nach dem Sachverhalt, wie er sich nachträglich dem Experten oder dem Richter darstellt; massgebend ist vielmehr, was der Arzt im Zeitpunkt, in dem er sich für eine Massnahme entschied oder eine solche unterliess, von der Sachlage halten musste. Soweit die Möglichkeit negativer Auswirkungen der Behandlung

¹⁰ WIPRÄCHTIGER, Hans: Strafbarkeit des Arztfehlers in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, in: DONATSCH, Andreas/BLOCHER, Felix/HUBSCHMID VOLZ, Annemarie (Hrsg.), Strafrecht und Medizin, Bern 2007, 75 f.

¹¹ BGE 124 IV 258, E.2.

¹² Strafgesetzbuch, SR 311.0.

¹⁴ BGE 130 IV 7, E. 3.3.

¹⁵ BGE 134 IV 175, E. 3.2.

¹⁶ BGE 130 IV 7, E. 3.3.

erkennbar ist, muss der Arzt alle Vorkehrungen treffen, um deren Eintritt zu verhindern.¹⁷ Die Beurteilung der Sorgfaltspflichtverletzung und der Kausalität hat somit ex ante zu erfolgen; später bekannt gewordene Umstände und wissenschaftliche Erkenntnisse dürfen somit nicht berücksichtigt werden.¹⁸ Ist der ärztliche Misserfolg auf einen ex ante nachvollziehbaren Diagnoseirrtum, eine durch behandlungsimmanente Faktoren bedingte unvermeidbare Behandlungskomplikation oder die Realisierung eines durch krankheitsimmanente Faktoren bedingten unvermeidbaren Behandlungsrisikos zurückzuführen, liegt kein Regelverstoss vor.¹⁹

Zu prüfen ist weiter, ob die Möglichkeit der unerwünschten Folgen für den Arzt erkenn- bzw. voraussehbar war (Erkenn- resp. Voraussehbarkeit), zweitens ob ein Verhalten, das die unerwünschten Folgen vermeidet oder die Risiken auf ein tragbares Mass herabsetzt, objektiv möglich war (Vermeidbarkeit) und drittens ob sich im Erfolg gerade jenes Risiko verwirklicht hat, dessentwegen das Verhalten als pflichtwidrig gilt (Risikozusammenhang).²⁰

2. Beweismässige Fragestellung

Beweismässig stellen sich bei Körperverletzungen oder Todesfällen, welche (möglicherweise) im Zusammenhang mit einer ärztlichen Intervention stehen, vorab die Fragen nach dem eingetretenen Erfolg, der dafür verantwortlichen Medizinalperson und dem Vorliegen einer Sorgfaltspflichtverletzung. Wer hat wann was warum und wie getan oder eben nicht getan? Diese Fragen sind Beweisthema für das Fahrlässigkeitsdelikt und Arbeitsthese zugleich. Die Arbeitsthese umfasst weiter wie die spätere Anklage die Punkte Voraussehbarkeit, Vermeidbarkeit und Risikozusammenhang sowie die Schuldfrage. Zudem können sich beispielsweise Fragen zur Zumutbarkeit des pflichtgemässen Handelns oder Fragen im Zusammenhang mit dem Übernahmeverschulden stellen.

Die Ermittlungen sind mit Blick auf eine allfällige spätere Anklage zu tätigen. Es ist hilfreich, die Anklage bereits zu Beginn der Strafuntersuchung als Arbeitsthese zu formulieren. Dies zwingt den Untersuchungsbehörde zu einer zielgerichteten Untersuchungsführung, was wiederum der Abkürzung des Verfahrens und damit der Verfahrenseffizienz dient. Deshalb muss sich die Untersuchungsbehörde von Anfang an über das Beweisthema im Klaren sein. Gerade in Verfahren, welche die Untersuchung ärztlicher Sorgfalt zum Thema haben, ist dies angesichts der regelmässig sehr langen Verfahrensdauer besonders wichtig. Ansonsten besteht die Gefahr, sich in den Ermittlungen zu verlieren und das Verfahren dadurch zusätzlich zu verlängern.

Im Beispielfall standen folgende Fragen im Zentrum der Ermittlungen: Zeitpunkt der Erkennbarkeit von Anzeichen einer lebensbedrohlichen Situation, Zeitpunkt der Erkennbarkeit des Spannungspneumothoraxes sowie ob die notwendigen medizinischen Massnahmen ergriffen resp. veranlasst worden waren. Weiter war zu prüfen, ob die entstandenen Komplikationen voraussehbar waren, ob und wenn ja wie den Komplikationen hätte begegnet werden können, ob die getroffenen Massnahmen fachgerecht erfolgten, welches die Ursache für den Sauerstoffmangel war, der letztlich zum Tod der Patientin geführt hatte und ob diese Ursache erkenn- resp. vermeidbar gewesen wäre.

¹⁷ BGE 130 I 337, E. 5.3.

¹⁸ JÄGER/SCHWEITER, (Fn. 8) 1940.

¹⁹ ZOLLINGER, (Fn. 9), 1.

²⁰ BGE 134 IV 193, E. 9.5.

3. Zur Verfügung stehende Beweismittel

Im Strafprozess gibt es – anders als im Zivilprozess – keinen *numerus clausus* an Beweismitteln. Ein wesentliches Beweismittel in Fällen, bei denen eine ärztliche Sorgfaltspflichtverletzung nicht ausgeschlossen werden kann, sind die Gedächtnisprotokolle. Oft verfassen die an einem medizinischen Zwischenfall beteiligten Medizinalpersonen gemäss krankenhauses- oder praxisinternen Richtlinien von sich aus ein Gedächtnisprotokoll oder sie werden auf Aufforderung des Untersuchungsrichters erstellt. Dieses Beweismittel wird regelmässig am Anfang der Ermittlungen erhoben.

Daneben stehen die Erhebung der Krankengeschichte (bei einem Zwischenfall im Spital sind auch die Unterlagen des Hausarztes zu erheben), der Kardex, der Operationsberichte und Rapporte sowie der Dienstpläne, Organigramme, internen Richtlinien und Pflichtenhefte, die Sicherstellung des medizinischen Gebrauchs- und Verbrauchsmaterials (Infusionen, Spritzen, Medikamente, Ampullen, Intubationstubi, Katheter etc.) der Geräte, Maschinen und Apparate (Narkosegerät, Herz-Lungenmaschine, Beatmungsmaschine, etc.), sämtlicher Aufzeichnungen (EKG, Videoaufzeichnungen der Operation, CT- und MRI-Aufzeichnungen, Röntgenaufnahmen etc.), sowie, bei einem medizinischen Zwischenfall mit letalem Ausgang, die vom Untersuchungsrichter angeordnete Obduktion im Vordergrund. Die Obduktion ist zur Klärung und Objektivierung der Todesursache zwingend vorzunehmen. Obwohl eine Spitalobduktion durch den Pathologen nahe liegend wäre, ist die Obduktion durch ein rechtsmedizinisches Institut vorzunehmen. Einerseits versetzen Obduktionsaufträge, die nach möglichen Behandlungsfehlern erfolgen, den Spitalpathologen in eine unangenehme Situation, da er in den Konflikt zwischen der Meldepflicht und der Rücksichtnahme auf kollegiale Standesinteressen kommt. Andererseits stellt sich auch aus strafprozessualer Sicht die Frage, ob die Befunde bei einer Spitalobduktion rechtsgenügend protokolliert und dokumentiert und für die späteren Untersuchungen notwendigen Gewebe und Körperflüssigkeiten wie Blut und Urin etc. unter den geltenden Qualitätsnormen entnommen und asserviert wurden.²¹

Die Beweisaufnahme resp. -sicherung ist, wenn dies möglich ist (was in der Praxis eher selten der Fall ist) sofort vorzunehmen und erfolgt in Zusammenarbeit Polizei – Institut für Rechtsmedizin – Untersuchungsbehörde. Gerade in Spitälern ist das Risiko gross, dass der Operationsaal beim Eintreffen der Polizei resp. der Untersuchungsbehörde und des Institutes für Rechtsmedizin bereits aufgeräumt und für die nächste Operation vorbereitet ist, die verwendeten Operationsinstrumente gereinigt und allfällige Aufzeichnungen gelöscht sind. Der Untersuchungsrichter hat daher anlässlich der ersten Meldung noch vor dem Ausrücken zu verfügen, dass alles unverändert zu belassen ist. Bei Behandlungsfehlern mit letalem Ausgang ist wichtig, dass am Leichnam selber keine Veränderungen vorgenommen werden. Infusionen, Tubi, Drains und Katheter sind so zu belassen, wie sie gelegt wurden. Das Pflegepersonal ist dahingehend zu instruieren, auf eine „Leichtoilette“ zu verzichten.²² Wie an einen anderen Tatort auch, muss der Kriminaltechnische Dienst ausrücken und Fotos der Örtlichkeiten, der vorgefundenen Situation, der Verletzungen und der verwendeten Apparaturen und Maschinen machen. Das verwendete Gebrauchs- und Verbrauchsmaterial sowie die verwendeten Geräte, Maschinen und Apparate sind, wenn immer möglich, fotografisch festzuhalten und sicherzustellen. Eine Sicherstellung beispielsweise einer Herz-Lungenmaschine kann problematisch oder unmöglich sein, wenn das Spital nicht für längere Zeit darauf verzichten kann. In diesem Fall ist es besonders wichtig, dass der Kriminaltechnische Dienst die Maschine zusammen mit dem Institut für Rechtsmedizin, welches den Kriminaltechnischen Dienst auf die relevanten Details hinweist, detailliert fotografiert und dokumentiert.

²¹ ZOLLINGER/PLATTNER, (Fn. 4), 1024 f.

²² ZOLLINGER/PLATTNER, (Fn. 4), 1024.

Häufig erfolgt aber die Meldung an die Untersuchungsbehörde zu einem Zeitpunkt, in dem alles verändert ist. In solchen Fällen ist – nach Rücksprache mit dem Institut für Rechtsmedizin – ein Ausrücken meistens nicht mehr sinnvoll.

Zentrales Beweismittel ist weiter die protokollarische Befragung der beteiligten Medizinalpersonen. Es ist jedoch nicht empfehlenswert, diese durch die Uniformpolizei vor Ort befragen zu lassen. Vielmehr sollte die Befragung durch den Untersuchungsrichter im Beisein einer medizinisch sachverständigen Person durchgeführt werden. Mit diesem Vorgehen wird sichergestellt, dass sowohl die aus rechtlicher als auch die aus medizinischer Sicht relevanten Fragen gestellt werden. Wo eine Befragung im Beisein einer Fachperson nicht möglich ist, hat sich die Untersuchungsbehörde vorgängig der Befragung über den medizinischen Hintergrund zu informieren. Die Einvernahmen der angeschuldigten Person bilden zusammen mit den Gedächtnisprotokollen, den medizinischen Unterlagen und der Krankengeschichte des Patienten die Grundlage für das medizinische Gutachten. Es ist daher evidentermassen wichtig, dass bereits in der ersten Einvernahme die richtigen Fragen gestellt werden.

Grundlage für die Beurteilung der ärztlichen Sorgfaltspflichtverletzung, der Erkennbar-, Voraussehbar- und Vermeidbarkeit sowie der Relevanz bildet sodann das medizinische Gutachten, welches vom Untersuchungsrichter oder vom urteilenden Gericht in Auftrag gegeben wird. Das medizinische Gutachten ist ein wesentliches Beweismittel, weil es den Entscheid des in medizinischen Belangen nicht sachverständigen Gerichts bezüglich Vorliegen einer ärztlichen Sorgfaltspflichtverletzung massgeblich präjudiziert. Der Auswahl des Gutachters kommt erhebliche Bedeutung zu. Regelmässig wird das Institut für Rechtsmedizin und/oder ein Facharzt als Gutachter ernannt. Bei der Auswahl des Facharztes ist darauf zu achten, dass die berufliche Stellung des Gutachters derjenigen der angeschuldigten Person entspricht. Nur so ist sichergestellt, dass die individuelle Erkenn-, Voraussehbar- und Vermeidbarkeit der angeschuldigten Person gerecht beurteilt wird. Für die Untersuchungsbehörde empfiehlt sich, die Gutachtensfragen zusammen mit einer Fachperson zu formulieren. Wird der Gutachtensauftrag einem Facharzt erteilt, können die Gutachterfragen beispielsweise zusammen mit dem Institut für Rechtsmedizin erarbeitet werden. Mit diesem Vorgehen wird vermieden, dass sich der Gutachter zu irrelevanten Fragen äussern muss und das Wesentliche unerwähnt bleibt. Die Fragen sollten vor Erteilung des Gutachtensauftrags den Parteien zugestellt werden, zugleich ist ihnen Gelegenheit zur Stellung von Ergänzungsfragen zu geben. Anschliessend wird der Fragenkatalog zusammen mit der Auftragserteilung dem Gutachter vorgelegt. Ergeben sich aus dem Beweisverfahren neue Erkenntnisse, ist ein Ergänzungsgutachten einzuholen. Allenfalls drängt sich die Einholung eines Obergutachtens auf, sei dies, weil das Erstgutachten nicht schlüssig ist oder weil die Parteien einen entsprechenden Beweisantrag gestellt haben. Reichen die Parteien ein Privatgutachten ein, ist dieses als Parteibehauptung zu werten und entsprechend zu berücksichtigen.²³

Im Beispielfall wurden die Pfleger und sämtliche Ärzte einvernommen. Mit Ausnahme des späteren Angeschuldigten waren alle Befragten bereit, ihre Notizen und Gedächtnisprotokolle – sofern noch vorhanden – zu den Akten zu geben. Auch der Ehemann der Verstorbenen, welcher anfänglich noch dabei war und die Bemühungen der Pfleger und von Dr. A mitverfolgte, wurde einvernommen, auch er gab ein Gedächtnisprotokoll zu den Akten. Neben dem Obduktionsbericht und dem Obduktionsprotokoll erstelle das Rechtsmedizinische Institut ein Gutachten und ein Zusatzgutachten zur Frage des Vorliegens eines Behandlungsfehlers seitens der behandelnden Ärzte, ein ausserkantonales Institut für Rechtsmedizin erstellte ein Obergutachten dazu. Sämtliche Unterlagen wie Krankengeschichte, Operationsbericht und Rönt-

²³ BGE 127 I 73, E. 3 f/bb.

genbilder wurden ediert. Bezüglich der vorhandenen Röntgenbilder wurde ein Gutachten zur Frage der Erkennbarkeit des Spannungspneumothorax eingeholt.

4. Erhebung von Gedächtnisprotokollen

Entweder haben die beteiligten Personen von sich aus oder auf Empfehlung der FMH-Gutachterstelle bereits ein Gedächtnisprotokoll erstellt oder sie werden vom Untersuchungsrichter dazu aufgefordert. Der Untersuchungsrichter hat möglichst rasch abzuklären, ob bereits Gedächtnisprotokolle bestehen und diese andernfalls zu veranlassen. Wochen oder Monate nach dem Vorfall noch Gedächtnisprotokolle zu verlangen, macht wenig Sinn. Ein Gedächtnisprotokoll muss möglichst unmittelbar nach dem Vorfall verfasst werden, damit die Abläufe noch präsent sind und unverfälscht wiedergegeben werden können. Die Beteiligten sprechen sich sehr schnell ab und einigen sich auf einen Ablauf, sei dies unbewusst oder bewusst im Sinne eines Kolludierens.

Es ist nicht auszuschliessen, dass der Verfasser das eigene Verhalten zu positiv darstellt, Handlungen beschönigt, gewisse Dinge bewusst auslässt oder Fehler verdrängt. Bekanntermassen sind jedoch die unmittelbar nach einem Vorfall gemachten Aussagen die ehrlichsten. Zudem können Gedächtnisprotokolle anhand der Krankengeschichte auf Unstimmigkeiten überprüft werden. Nicht zuletzt deshalb ist es wichtig, dass die Krankengeschichte umgehend durch die Polizei sichergestellt oder vom Untersuchungsrichter ediert und im Verweigerungsfall beschlagnahmt wird, um das Risiko nachträglicher Manipulation zu verringern. Während eine zu positive Darstellung des eigenen Verhaltens in Gedächtnisprotokoll als nicht strafbare Selbstbegünstigung zu werten ist (vgl. dazu unten Ziff. III/1.2.1), kann die Manipulation der Krankengeschichte strafrechtliche Folgen sowie den Verlust des Haftpflichtversicherungsschutzes nach sich ziehen.²⁴

Im Beispielfall gaben die Befragten anlässlich ihrer Einvernahme zu Protokoll, seinerzeit Gedächtnisprotokolle verfasst zu haben. So hatten die Pfleger am Tag des Vorfalls von sich aus einen „Bericht zum Ablauf der Reanimation“ verfasst. Darin hielten sie Zeit, Ablauf, die beteiligten Personen und spezielle Vorfälle fest. Frau Dr. B hielt in ihren Notizen, welche sie anlässlich dieses Vorfalls gemacht hatte, Ereignis, Massnahmen und beteiligte Personen fest, zusätzlich skizzierte sie die Sicht, welche sich bei der mehrmaligen Kontrolle des Tubus unter Fiberoptik ergab. Dr. C verfasste eine Woche nach dem Vorfall eine Aktennotiz, in welcher er den Verlauf ab seinem Eintreffen im Zimmer der Patientin schilderte. Dr. D verfasste zwei Tage nach dem Vorfall ebenfalls eine Aktennotiz, in der er Gleiches schilderte und zusätzlich Fragen formulierte, welche sich ihm im Zusammenhang mit diesem Vorfall stellten. Die Befragten gaben anlässlich ihrer Einvernahme an, diese Gedächtnisprotokolle auf eigene Initiative verfasst zu haben. Auf Nachfrage hin erklärten sich diese Personen bereit, ihre Gedächtnisprotokolle zu den Akten zu geben. Nicht bereit war hingegen der angeschuldigte Arzt Dr. A. Das erstinstanzliche Gericht attestierte den Gedächtnisprotokollen in Anbetracht dessen, dass die Einvernahmen des Angeschuldigten, des Ehemannes der Verstorbenen und der Zeugen erst lange nach dem Vorfall erfolgten, eine erhöhte Beweiskraft.

²⁴ MUND, Michael T./BÄR Walter: Rechtsmedizinische Aspekte beim plötzlichen Todesfall, Schweiz Med Forum 2005; 5: 132.

III. Formelle Voraussetzungen für die Verwertbarkeit der Gedächtnisprotokolle

1. Aussage- und Mitwirkungsverweigerungsrecht der angeschuldigten Person

1.1 Ursprung

Dass niemand gehalten ist, zu seiner Belastung beizutragen („nemo tenetur se ipsum accusare“), ist in der Schweiz als allgemeiner Grundsatz des Strafprozessrechts anerkannt. In diesem Verbot enthalten ist das Recht der angeschuldigten Person, sich nicht zur Sache äussern und an der eigenen Überführung nicht aktiv mitwirken zu müssen. Die in einem Strafverfahren angeschuldigte Person ist nicht zur Aussage verpflichtet und kann von ihrem Aussageverweigerungsrecht Gebrauch machen, ohne dass ihr daraus Nachteile erwachsen dürfen.²⁵

Die Nemo-tenetur-Idee ist bereits in talmudischen und in altchristlichen Quellen anzutreffen. Beide Traditionen standen der Selbstanklage skeptisch gegenüber. Abgesehen von verfahrensrechtlichen Gründen zweifelte man am Beweiswert einer selbstbeachtigenden Aussage.²⁶ Der Ursprung für das heutige Verständnis der Maxime liegt jedoch in England. Dort regte sich ab dem 16. Jahrhundert der Widerstand gegen die inquisitorischen und ungerechten Methoden im Strafprozess, insbesondere gegen den Offizialeid, welcher vor der Sternkammer – einem königlichen Strafsondergericht, welches sich hauptsächlich mit Staatsschutzdelikten befasste – zu leisten war. Mit dem Offizialeid musste der Verdächtige vor seiner Einvernahme beeidigen, alle Fragen wahrheitsgemäss zu beantworten. Einige der im Rahmen der Religionsverfolgungen unter den Tudors und Stuarts Angeschuldigten weigerten sich, diesen Eid zu leisten. Sie beriefen sich darauf, dass es dem Naturrecht und dem göttlichen Recht widerspreche, sich selbst anzuklagen und zur Verurteilung zu bringen. Der Anstoss für die Abschaffung des Offizialeides gab der Prozess gegen John Lilburne im Jahr 1637. John Lilburne, der wegen Druckens und Einführens ketzerischer Bücher angeklagt war, verweigerte vor Gericht nicht nur die Leistung des Eides, sondern überhaupt jegliche Antwort. Dafür wurde er öffentlich ausgepeitscht und an den Pranger gestellt. John Lilburne verfasste im Gefängnis zahlreiche Pamphlete und mobilisierte die Massen. In der Folge entwickelte er sich zu einem Volkshelden und gab so unmittelbar den Anstoss nicht nur zur Abschaffung des Offizialeides, sondern auch der Sternkammer im Jahr 1641 durch das Parlament. Damit war der nemo-tenetur-Grundsatz bereits im 17. Jahrhundert anerkannt, wenn ihm damals auch noch nicht die heute anerkannten umfassenden Garantiewirkungen beigelegt wurden.²⁷

1.2 Ausgestaltung

1.2.1 Schweigerecht und Selbstbegünstigung

Die in einem Strafverfahren angeschuldigte Person ist nicht zu Aussagen verpflichtet, sondern kann sich frei entscheiden, ob sie schweigen oder reden will. Der eigentliche Sinn des Aussageverweigerungsrechts besteht darin, dass sich die angeschuldigte Person durch ihre Aussagen nicht selber belasten muss. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung kann auch aber diejenige angeschuldigte Person nicht zum Reden verpflichtet werden, die möglicherweise entlastende Tatsachen angeben könnte, ansonsten die Verweigerung der Aussage von vornherein zu einem belastenden Indiz würde; grundsätzlich kann es nicht darauf ankommen, aus

²⁵ Urteil des Bundesgerichts 6B_503/2007 vom 21.1.2008, E. 3.3.

²⁶ SCHLAURI, Regula: Das Verbot des Selbstbelastungszwangs im Strafverfahren, Zürich 2003, Zürcher Studien zum Strafrecht, 43.

²⁷ ASELMANN, Maïke: Die Selbstbelastungs- und Verteidigungsfreiheit, Schriften zum Strafrecht und Prozessrecht, Frankfurt am Main 2004, 26.

welchen Gründen die angeschuldigte Person die Aussage verweigert.²⁸ Das Aussageverweigerungsrecht bedeutet nicht, dass der angeschuldigten Person im Rahmen ihrer Befragung als erstes die ihr zur Last gelegten gesetzlichen Straftatbestände vorzuhalten sind und sie sich dann entscheiden muss, ob sie Aussagen machen will oder nicht. Ob sie von ihrem Aussageverweigerungsrecht Gebrauch machen will, muss sie erst aufgrund der ihr zum Sachverhalt gestellten Fragen entscheiden.²⁹ Es bedeutet auch nicht, dass sich die angeschuldigte Person grundsätzlich für oder gegen Aussagen entscheiden muss. Vielmehr steht ihr bei jeder Frage frei zu entscheiden, ob sie diese Frage beantworten will oder nicht.

Nach Art. 305 StGB wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wer jemanden der Strafverfolgung, dem Strafvollzug oder einer im Gesetz vorgesehenen Massnahme entzieht. Aus dem Wortlaut der Bestimmung wird deutlich, dass der Täter jemand anderen als sich selbst begünstigen muss. Die angeschuldigte Person darf sich straflos selber begünstigen, sie darf aber nicht zu strafbaren Mitteln wie zur Anstiftung eines anderen zu falschen Zeugenaussagen, zu falscher Anschuldigung oder zur Hinderung der Polizei greifen.³⁰ Ist mit der Selbstbegünstigung ein allfälliges weiteres Delikt verbunden, so bleibt dieses nach der Rechtsprechung strafbar.³¹ Eine zu positive Darstellung des eigenen Verhaltens im Gedächtnisprotokoll ist als Selbstbegünstigung zu werten, wogegen die nachträgliche Abänderung der Krankengeschichte oder das Verschwinden lassen von Teilen davon sowie das Unterdrücken von Aufzeichnungen etc. straf- und in der Regel auch disziplinarrechtliche Folgen hat.

1.2.2 Keine Mitwirkungspflicht

Die angeschuldigte Person ist im Strafverfahren sowohl Prozessobjekt als auch -subjekt. Sie ist Trägerin prozessualer Rechte, die Ausfluss des rechtlichen Gehörs sind und kann dadurch auf die Gestaltung des Verfahrens einwirken. Auf der anderen Seite kommen ihr gewisse Pflichten zu.³²

Die angeschuldigte Person muss nicht aktiv an ihrer Überführung mitwirken. Sie darf weder direkt noch indirekt gezwungen werden, aktiv an der Herstellung und Beibringung von Beweismitteln mitzuwirken. „Was der Mund nicht zu offenbaren braucht, muss auch die Hand nicht preisgeben“.³³ Die angeschuldigte Person, die grundsätzlich nicht verpflichtet ist, die Untersuchung durch aktives Tun zu fördern, kann daher nicht zu einer Edition von Gegenständen oder belastenden Akten angehalten werden. Hingegen kann die angeschuldigte Person um Herausgabe dieser Akten ersucht werden. Das Ersuchen darf jedoch nicht mit einer Busse im Verweigerungsfall verbunden werden, da dies wiederum dem Nemo-tenetur-Grundsatz zuwider laufen würde. Weigert sich die angeschuldigte Person die Gegenstände herauszugeben, steht einer Beschlagnahme dieser Akten nichts im Weg, es sei denn, das Gesetz sehe ein Beschlagnahmeverbot vor, was beispielsweise bei der Korrespondenz der angeschuldigten Person mit ihrer Verteidigung der Fall ist.³⁴ Die Beschlagnahme verstösst nicht gegen den

²⁸ BGE 109 Ia 167, E. 2b.

²⁹ HAUSER, Robert/SCHWERI, Erhard/HARTMANN, Karl: Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. Aufl. 2005, § 39 N 15c.

³⁰ HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, (Fn. 29) § 39 N 14.

³¹ BGE 124 IV 127, E. 3b) aa.

³² HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, (Fn. 29) § 39 N 13.

³³ LUTZ, Louise: Die Verteidigung und das Verbot, den Angeschuldigten zu seiner Selbstbelastung zu verpflichten, ZStr 120, 2002, 428.

³⁴ Art. 141 Abs. 1 Ziff. 3 StrV, Art. 264 Abs. 1 lit. a StPO.

Nemo-tenetur-Grundsatz, weil die Beschlagnahme für die angeschuldigte Person ein blosses Dulden und kein aktives Tun darstellt.³⁵

Der Grundsatz „nemo tenetur se ipsum prodere“ gilt da eingeschränkt, wo das Gesetz für den Angeklagten Mitwirkungspflichten statuiert. Es gibt im materiellen Recht und insbesondere im Verwaltungsrecht eine grosse Zahl von Verhaltenspflichten, die unter anderem dazu dienen, einen Straftäter zu überführen. Diesen Pflichten kann sich der Betroffene nicht mit dem Hinweis entziehen, dass er sich allenfalls selbst einer strafrechtlichen Handlung bezichtigen müsste. Gerade im Strassenverkehr gibt es verschiedene Beispiele. Gemäss Art. 33 Abs. 3 der Verordnung über Bau- und Ausrüstung der Strassenfahrzeuge (BAV)³⁶ müssen gewisse Fahrzeuge mit einem Fahrtenschreiber ausgerüstet sein. Obwohl diese Pflicht gegebenenfalls dazu dient, den Fahrer einer Verletzung der Vorschriften über die Arbeits- und Ruhezeit sowie allenfalls derjenigen betreffend die Höchstgeschwindigkeit zu überführen, darf ein Chauffeur gebüsst werden, wenn er den Fahrtenschreiber nicht in Betrieb hält. Er kann bei einem Unfall die Herausgabe des Fahrtenschreibers nicht mit dem Hinweis verweigern, dass er sich damit möglicherweise selbst belaste. Gleich verhält es sich mit den vielfältigen Pflichten, die den Automobilisten bei einem Unfall treffen. Auch wenn diese Pflichten dazu dienen, bei einem Unfall den strafrechtlich Verantwortlichen festzustellen (vgl. Art. 51 SVG³⁷), besteht kein Zweifel daran, dass pflichtwidriges Verhalten bei Unfall im Sinne von Art. 92 SVG strafbar ist. Besonders deutlich zeigt sich dies beim Delikt der Vereitelung der Blutprobe im Sinne von Art. 91 Abs. 3 SVG. Die Pflicht, sich einer Blutprobe zu unterziehen, hat zum vornherein den einzigen Zweck, sicherzustellen, dass der Täter, der in angetrunkenem Zustand gefahren ist, überführt und bestraft werden kann. Trotzdem ist die Vereitelung der Blutprobe strafbar. Weiter gibt es im Umweltschutzrecht verschiedene Bestimmungen, welche die Betreiber von Anlagen verpflichten, Störfälle zu melden. Obschon die Verursachung einer Umweltverschmutzung zur Einleitung eines Strafverfahrens führen kann, ist klar, dass der Staat zum Schutz des ökologischen Gleichgewichts die Verletzung der Meldepflichten unter Strafe stellen kann und muss. In gleicher Weise kann der Steuerpflichtige unter Strafdrohung angehalten werden, über seine finanziellen Verhältnisse Auskunft zu geben, auch wenn er damit allenfalls eine Steuerhinterziehung eingestehen müsste.³⁸

Eingriffe, welche einer objektiven Beweisbarkeit zugänglich sind und die durch den subjektiven Willen des Beschuldigten nicht beeinflussbar sind, also Beweise, welche unabhängig vom Willen der angeschuldigten Person bestehen, verletzen nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) den nemo-tenetur-Grundsatz nicht.³⁹

1.3 Gesetzliche Verankerung des Aussageverweigerungsrechts

1.3.1 *Geltendes Recht*

Das Selbstbeichtigungsprivileg wurde 1966 in Art. 14 Abs. 3 lit. g des Internationalen Pakts für bürgerliche und politische Rechte (IPBPR)⁴⁰ aufgenommen. Danach darf eine angeschuldigte Person nicht gezwungen werden, gegen sich selbst als Zeuge auszusagen oder sich schuldig zu bekennen. Das Aussageverweigerungsrecht, welches in Art. 14 Abs. 3 lit. g

³⁵ LIPPS-AMSLER, Barbara zu Art. 264 StPO, in: GOLDSCHMID, Peter/MAURER, Thomas/SOLLBERGER, Jürg (Hrsg.): Kommentierte Textausgabe zur schweizerischen Strafprozessordnung, Bern 2008, 249.

³⁶ SR 741.41.

³⁷ Strassenverkehrsgesetz, SR 741.01.

³⁸ BGE 121 II 273, E. 3 c/cc.

³⁹ Urteil des EGMR vom 17.12.1996 i.S. Saunders c. Grossbritannien, Recueil 1996-VI, § 69.

⁴⁰ SR 0.103.2.

IPBPR nicht explizit genannt wird, wird aus dem in dieser Bestimmung statuierten Verbot des Zwangs zur Aussage abgeleitet.⁴¹

In der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK)⁴² ist das Verbot des Selbstbelastungszwangs ebenfalls nicht explizit statuiert. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte stellte jedoch im Jahr 1993 fest, dass das Prinzip in Art. 6 EMRK enthalten und damit Bestandteil des Rechts auf ein faires Verfahren sei.⁴³

Obwohl es sich beim Aussageverweigerungsrecht um ein Grundrecht der angeschuldigten Person handelt, wurde das Aussageverweigerungsrecht auch in der Bundesverfassung nicht ausdrücklich verankert. Das Aussageverweigerungsrecht der angeschuldigten Person kann, wie dies in der Praxis des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte der Fall ist, auf den Grundsatz des fairen Verfahrens gestützt werden. Auf Verfassungsebene garantiert Art. 32 BV der angeschuldigten Person ein faires Verfahren, indem in Abs. 1 und 2 sowohl die Unschuldsvermutung als auch die allgemeinen Verfahrensrechte statuiert sind. Art. 32 i.V.m. Art. 29 – 31 BV gewährleistet der angeschuldigten Person einen Schutz im Sinne eines fairen Verfahrens nach Art. 6 EMRK.⁴⁴ Hinzuweisen ist ausserdem darauf, dass die Anerkennung des Aussageverweigerungsrechts der Achtung der Menschenwürde entspricht, welche in Art. 7 BV als tragender Grundwert verankert ist. Die Achtung der Menschenwürde ist damit notwendiger Bestandteil eines fairen, rechtsstaatlichen Verfahrens.⁴⁵

Im Kanton Bern ist das Aussageverweigerungsrecht der angeschuldigten Person in Art. 45 des Gesetzes über das Strafverfahren (StrV)⁴⁶ explizit verankert. Demnach ist die angeschuldigte Person berechtigt, die Aussage zu verweigern und ist nicht gehalten, sich selber zu belasten. Sie hat sich aber den vom Gesetz vorgesehenen Eingriffen in ihre persönlichen Rechte zu unterziehen. Verweigert sie ihre Mitwirkung, ist das Verfahren ohne Rücksicht darauf weiterzuführen.

Das Verbot des Selbstbelastungszwangs ist heute ein universal anerkanntes Prinzip und unabdingbarer Bestandteil eines fairen, rechtsstaatlichen Verfahrens. Aufgrund des höherrangigen Rechts gilt das Recht auf Verweigerung der Aussage in jedem schweizerischen Strafprozess in jedem Verfahrensstadium unabhängig von der konkret anwendbaren Strafprozessordnung und unabhängig davon, ob sich die angeschuldigte Person in Haft befindet oder nicht.⁴⁷

1.3.2 StPO

Die schweizerische Strafprozessordnung (StPO) statuiert das Aussage- und Mitwirkungsverweigerungsrecht der angeschuldigten Person nun explizit und setzt damit das in Art. 14 Ziff. 3 lit. g IPBPR und, Art. 6 Ziff. 3 lit. a und Art. 32 Abs. 2 BV enthaltene Grundrecht um. Das in Art. 158 Abs. 1 lit. b StPO festgehaltene Aussage- und Mitwirkungsverweigerungsrecht gilt unabhängig davon, ob der angeschuldigten Person die Freiheit entzogen wurde oder nicht. Als beschuldigte Person gilt nach Art. 111 Abs. 1 StPO, wer in einer Strafanzeige oder von einer Strafbehörde in einer Verfahrenshandlung einer Straftat verdächtigt, beschuldigt oder angeklagt wird.

⁴¹ FLACHSMANN, Stefan/WEHRENBURG, Stefan: Aussageverweigerung und Informationspflicht, SJZ 97 (2001), 316.

⁴² SR 0.101.

⁴³ Funke c. Frankreich, Urteil des EGMR vom 25. Februar 1993, Serie A Nr. 256-A.

⁴⁴ LUTZ, (Fn. 33), 420.

⁴⁵ FLACHSMANN/WEHRENBURG, (Fn. 41), 315.

⁴⁶ BSG 321.1.

⁴⁷ FLACHSMANN/WEHRENBURG, (Fn. 41), 316.

2. Belehrung über das Aussage- und Mitwirkungsverweigerungsrecht

2.1 Belehrungspflicht

2.1.1 *Geltendes Recht*

Weder in der IPBPR noch in der EMRK oder der BV ist eine Pflicht verankert, die angeschuldigte Person über das Aussageverweigerungsrecht zu belehren.

Art. 6 Abs. 3 lit. a EMRK und Art. 32 Abs. 2 BV geben jeder angeschuldigten Person den Anspruch auf möglichst rasche und umfassende Unterrichtung der gegen sie erhobenen Beschuldigungen. Personen, denen die Freiheit entzogen wurde, sind gemäss Art. 5 Abs. 2 EMRK und Art. 31 Abs. 2 BV zudem über den Grund des Freiheitsentzugs in Kenntnis zu setzen. Die BV geht hier noch einen Schritt weiter als die EMRK: Gemäss Art. 31 Abs. 2 BV sind Personen, denen die Freiheit entzogen wurde, ausserdem über ihre Rechte, also auch über das Aussageverweigerungsrecht,⁴⁸ zu unterrichten. Das Bundesgericht hat den Informationsanspruch der festgenommenen Person über das Aussageverweigerungsrecht im Wesentlichen damit begründet, dass in der besonderen Drucksituation des Freiheitsentzugs eine erhöhte Gefahr bestehe, dass der Betroffene seine Rechte nicht oder nur unzureichend wahrnehmen könne.⁴⁹ Die sich in Haft befindende angeschuldigte Person hat somit einen Anspruch auf Belehrung über das Aussageverweigerungsrecht. Diesem Anspruch steht die Pflicht gegenüber, die angeschuldigte Person über das Aussageverweigerungsrecht zu belehren.

Es stellt sich nun die Frage, ob auch Personen, denen die Freiheit nicht entzogen wurde, einen Anspruch auf Belehrung über das Aussageverweigerungsrecht haben.

Die herrschende Lehre befürwortet den Informationsanspruch auch bei Nichtinhaftierten.⁵⁰ FLACHSMANN/WEHRENBURG beispielsweise begründen dies damit, dass auch bei einer auf Befolgung einer auf Vorladung hin durchgeführten Einvernahme eine gewisse Drucksituation besteht. Weil sich die angeschuldigte Person bei unentschuldigtem Nichterscheinen mit einer Ordnungsbusse oder polizeilicher Vorführung konfrontiert sehe, stehe sie unter dem Eindruck der Zwangsmöglichkeit bzw. des Zwangs staatlicher Organe und glaube, aussagen zu müssen. In dieser Situation müsse die angeschuldigte Person über ihr Aussage- und Mitwirkungsverweigerungsrecht informiert werden, damit durch die Vorladung keine falsche Vorstellung über die Aussagefreiheit entstehe. In der Nichtinformation der angeschuldigten Person sehen FLACHSMANN/WEHRENBURG einen Verstoss gegen das Zwangs- resp. Täuschungsverbot, jedenfalls ein unzulässiges Einwirken auf die angeschuldigte Person.⁵¹ Die Autoren vertreten die Auffassung, dass die Informationspflicht für die Behörden wie das Aussageverweigerungsrecht auch, als allgemeiner Grundsatz des Strafprozessrechts anzuerkennen sei und zwar mit Wirkung für sämtliche schweizerischen Strafverfahren. Ihrer Ansicht nach würde es dem Fairnessprinzip bzw. der Garantie des rechtsstaatlichen Verfahrens widersprechen, zwar das Recht der angeschuldigten Person anzuerkennen, sich nicht selbst belasten zu müssen und die Aussage verweigern zu können, sie aber über dieses Recht im Unklaren zu lassen, wenn sie es nicht kennt.⁵²

⁴⁸ FLACHSMANN/WEHRENBURG, (Fn. 41), 317.

⁴⁹ Urteil des Bundesgerichts 8G.55/2000, E.3b/bb vom 14. März 2001.

⁵⁰ FLACHSMANN/WEHRENBURG, (Fn. 41), 318; HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, (Fn. 29), § 39 N 15a; VEST, Hans/EICKER Andreas: Aussageverweigerungsrecht und Beweisverbot, AJP 2005, 886.

⁵¹ FLACHSMANN/WEHRENBURG, (Fn. 41), 318.

⁵² FLACHSMANN/WEHRENBURG, (Fn. 41), 319.

Die angeschuldigte Person mag sich durch eine Vorladung gegenüber der Polizei zum Erscheinen und bei der Durchführung der polizeilichen Einvernahme zur Aussagedeponierung verpflichtet fühlen. Aber erreicht dieses Gefühl der Verpflichtung aussagen zu müssen das Mass verbotenen Zwangs? Gemäss ZIMMERLIN kann nur massgebend sein, ob ein strafprozessuales Vorgehen gegenüber der betroffenen Person eine solche Intensität an hoheitlichem Zwang erreicht, dass diese zu unbedachtem Verhalten, namentlich zu selbstbelastenden Aussagen, gedrängt werden könnte. Der Wortlaut von Art. 31 Abs. 2 BV lege nahe, solches nur in Fällen von Freiheitsentzug anzunehmen. Mit Blick auf die Rechtsprechung von Lausanne und Strassburg zum Begriff des Freiheitsentzuges müsse festgehalten werden, dass nur qualifizierte Fälle der Aufhebung der Bewegungsfreiheit diesen Tatbestand erfüllen würden. Deswegen aber die Schwelle gleich derart tief anzusetzen, dass bei jeder Befragung Warnungen erfolgen müssen, schießt seiner Meinung nach über das Ziel hinaus und ist vom Wortlaut des Art. 31 Abs. 2 BV nicht mehr gedeckt. Er will Art. 31 Abs. 2 BV als Minimalgarantie verstanden haben, über welche die Kantone in ihren Strafprozessordnungen hinaus gehen können.⁵³

Unter dem Aspekt des hoheitlichen Zwangs haben diese Ausführungen durchaus ihre Berechtigung. Unter dem Aspekt des fairen Verfahrens ist es jedoch sachgerecht, die Informationspflicht auch gegenüber Nichtinhaftierten zu bejahen. Ähnlich wie Art. 31 Abs. 2 BV hält Art. 32 Abs. 2 Satz 2 BV fest, dass die angeklagte Person die Möglichkeit haben muss, die ihr zustehenden Verteidigungsrechte, zu denen auch das Aussageverweigerungsrecht zählt, geltend zu machen. Der Begriff der Anklage ist hier nicht technisch im Sinne der strafprozessualen Bedeutung zu verstehen. Mit angeklagter Person ist auch der Beschuldigte gemeint.⁵⁴ Wenn das Aussageverweigerungsrecht schon als allgemeiner Grundsatz des Strafprozessrechts, ja als fundamentales Prinzip des rechtsstaatlichen Strafverfahrens anerkannt wird, geht es nicht an, die angeschuldigte Person über dieses Recht im Dunkeln zu lassen. Auch Ehrlichkeit und Fairness verbieten es, die angeschuldigte Person nicht über die ihr zustehenden Rechte, insbesondere das Aussageverweigerungsrecht, zu unterrichten. Nur wer seine Rechte kennt, kann sie auch ausüben.⁵⁵ Dabei kann es keine Rolle spielen, ob sich die angeschuldigte Person in Freiheit befindet oder nicht.

Die meisten kantonalen Strafprozessordnungen statuieren eine Belehrungspflicht unabhängig davon, ob sich die angeschuldigte Person in Freiheit oder in Haft befindet. Für den Kanton Bern ergibt sich die Belehrungspflicht bei der ersten Einvernahme, sei dies nun bei der Polizei oder auf dem Untersuchungsrichteramt, aus den Art. 45, 105 Abs. 1 Ziff. 2 und 208 Abs. 2 StrV.

2.1.2 StPO

Art. 158 Abs. 1 lit. b StPO verpflichtet Polizei oder Staatsanwaltschaft, die angeschuldigte Person zu Beginn der ersten Einvernahme in einer ihr verständlichen Sprache darauf hinzuweisen, dass sie die Aussage und die Mitwirkung verweigern kann und unterscheidet dabei nicht, ob sich die angeschuldigte Person in Haft oder in Freiheit befindet.

Die Orientierungspflicht beschränkt sich auf die erste Einvernahme, was bedeutet, dass eine durch die Polizei vorgenommene Orientierung später von der Staatsanwaltschaft nicht wiederholt zu werden braucht.⁵⁶

⁵³ ZIMMERLIN, Sven: Miranda-Warning und andere Unterrichtungen nach Art. 31 Abs. 2 BV, ZStrR 121/2003, 327 f.

⁵⁴ ZIMMERLIN, (Fn. 53), 324.

⁵⁵ FLACHSMANN/WEHRENBURG, (Fn. 41), 319.

⁵⁶ BOTSCHAFT zur Vereinheitlichung des Strafprozessrecht, BBl 2006, 05.092, 1192.

2.2 Ausnahmen von der Belehrungspflicht

Muss auch derjenige belehrt werden, der seine Rechte bereits kennt? Das Aussageverweigerungsrecht ist wohl das der breiten Öffentlichkeit bekannteste Verfahrensrecht. Daraus darf aber nicht von vornherein geschlossen werden, dass dieses Recht der angeschuldigten Person bekannt war und sie sich in Kenntnis dieses Rechts zur Aussage entschlossen hat. Von einer Kenntnis des Aussageverweigerungsrechts kann ausgegangen werden, wenn diese im konkreten Fall hinweisend erwiesen ist. Davon ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung beispielsweise auszugehen, wenn die angeschuldigte Person in Anwesenheit ihres Verteidigers befragt wurde.⁵⁷

Eine weitere Ausnahme von der Belehrungspflicht besteht da, wo nach den konkreten Umständen noch kein Anlass bestand, die befragte Person als angeschuldigte Person zu behandeln (vgl. unten Ziff. 2.4).⁵⁸

2.3 Umfang der Belehrung

Die angeschuldigte Person ist darüber in Kenntnis zu setzen, dass sämtliche ihrer mündlichen wie auch schriftlichen Aussagen, welche sie gegenüber der Polizei, der Untersuchungsbehörde und den von dieser eingesetzten Sachverständigen (zu denken ist hier beispielsweise an die Exploration einer angeschuldigten Person durch einen psychiatrischen Gutachter) macht, gegen sie verwendet werden können. Das Recht, sich nicht selber zu belasten, umfasst – wie oben in Ziff. 1.2.2 dargestellt – nicht nur ein Aussage- sondern auch ein Mitwirkungsverweigerungsrecht. Die Belehrung darf sich also nicht im Hinweis auf das Aussageverweigerungsrecht erschöpfen. Vielmehr muss zwingend auch auf das Mitwirkungsverweigerungsrecht hingewiesen werden, was in der Praxis oftmals unterbleibt.

Die Belehrung hat in einer für die angeschuldigte Person verständlichen Sprache zu erfolgen. Dies bedeutet allerdings nicht, dass ein Anspruch auf Belehrung in der Muttersprache besteht. Es genügt, dass die Mitteilung in einer der angeschuldigten Person geläufigen Sprache erfolgt.⁵⁹ Eine einmalige Belehrung über die Verfahrensrechte genügt, damit dem Anspruch nachgekommen wird. Eine Wiederholung ist nicht nötig.⁶⁰

2.4 Zeitpunkt der Belehrung

2.4.1 *Geltendes Recht*

Belehrungspflichten stellen sicher, dass die angeschuldigte Person frei entscheiden kann, ob sie sich im weiteren Verfahrensablauf zu den ihr vorgeworfenen Taten äussern will oder nicht. Über seine Rechte frei entscheiden kann jedoch nur, wer um seine Rechte weiss. Deshalb hat die Belehrung nicht nur umfassend, sondern auch möglichst rasch zu erfolgen. Bei inhaftierten resp. bei angeschuldigten Personen, also bei Personen, gegen die ein Strafverfahren eröffnet wurde, definiert die Bundesverfassung den Belehrungszeitpunkt. Gemäss Art. 31 Abs. 2 BV muss eine Person, der die Freiheit entzogen wird, unverzüglich über ihre Rechte unterrichtet werden. Nichtinhaftierte angeschuldigte Personen müssen gemäss Art. 32 Abs. 2 BV möglichst rasch und umfassend über die gegen sie erhobenen Beschuldigungen unterrichtet zu werden. Ausserdem muss sie die Möglichkeit haben, die ihr zustehenden Verteidigungsrechte geltend zu machen.

⁵⁷ BGE 130 I 126, E. 3.2 mit Verweis auf 6P.164/2001 vom 09.01.2001 E. 3e.

⁵⁸ HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, (Fn. 29), § 39 N 15b.

⁵⁹ ZIMMERLIN, (Fn. 53), 321.

⁶⁰ ZIMMERLIN, (Fn. 53), 323.

Eine Belehrung über das Schweigerecht ist vorzunehmen, sobald die befragte Person als angeschuldigte Person behandelt wird.⁶¹ In den meisten Fällen ist die materielle Angeschuldigteneigenschaft ausschlaggebend, ob eine Person zu belehren ist oder nicht. Wo ein Anfangsverdacht besteht, dass die betroffene Person eine Straftat begangen hat, die Untersuchungsbehörde gegenüber der verdächtigen Person Massnahmen ergreift und von aussen erkennbar ist, dass gegen diese Person ein Strafverfahren angestrengt wird (beispielsweise durch erkennungsdienstliche Behandlung, Anordnung einer körperlichen Untersuchung, vorläufige Festnahme), gilt die Person als angeschuldigt und ist stets zu belehren.⁶²

Im kantonbernischen Strafverfahren ist der angeschuldigten Person nach Art. 105 Abs. 1 Ziff. 2 i.V.m. Art. 45 StrV zu Beginn ihrer ersten Einvernahme durch die Verfahrensleitung mitzuteilen, dass sie die Aussage verweigern kann. Erfolgt die Befragung durch die Polizei, ist die Person, die einer strafbaren Handlung verdächtigt wird, gemäss Art. 208 Abs. 2 StrV auf ihr Aussageverweigerungsrecht aufmerksam zu machen und zwar selbst dann, wenn lediglich ein Anfangsverdacht besteht, der sich erst in der Einvernahme bestätigt.

Mit Blick auf den Grundsatz des fair trial ist zu fordern, dass eine verdächtige oder angeschuldigte Person umgehend über ihre Rechte informiert wird. Es kommt nicht selten vor, dass die angeschuldigte Person bereits vor der ersten Einvernahme zur Mitwirkung bei der Beweisaufnahme aufgefordert wird. Gerade bei medizinischen Zwischenfällen werden die beteiligten Personen teilweise lange vor der ersten Einvernahme aufgefordert, ein Gedächtnisprotokoll zu erstellen. Tun sie dies in Unkenntnis ihrer Rechte und werden sie in einem späteren Verfahrenszeitpunkt zu Angeschuldigten, stellt sich die Frage nach der Verwertbarkeit dieser Protokolle. Die Belehrung sollte demnach so früh als möglich, spätestens jedoch in der ersten Einvernahme erfolgen.

Schwieriger gestaltet sich die Lage zu Beginn der Ermittlungen, wo Polizei und Untersuchungsbehörden noch keine Kenntnis über den Ablauf eines Vorfalles oder lediglich einen vagen Verdacht haben und erste Abklärungen treffen. Polizei und Untersuchungsbehörden kommt hier ein gewisser Spielraum zu. Der Polizist, welcher sich durch Befragung am Tat- oder Unfallort einen ersten Überblick verschaffen und die Parteirollen klären muss, macht keine Beschuldigten-Einvernahme, auch wenn sich die spätere angeschuldigte Person unter den Befragten befindet.⁶³ Eine Pflicht, alle Anwesenden auf ein allfälliges Aussageverweigerungsrecht aufmerksam zu machen, besteht nicht. Diese Abklärungsphase darf jedoch nicht überstrapaziert werden. Wo ein hinreichender Anfangs- oder gar ein dringender Tatverdacht vorliegt, muss die Strafverfolgung eröffnet und die angeschuldigte Person unter Einhaltung ihrer Parteirechte befragt werden.

2.4.2 StPO

Art. 158 Abs. 1 lit. b StPO statuiert eine Pflicht von Polizei und Staatsanwaltschaft, die beschuldigte Person zu Beginn der ersten Einvernahme in einer ihr verständlichen Sprache darauf hinweisen müssen, dass sie die Aussage und die Mitwirkung verweigern kann.

Hinsichtlich des Zeitpunkts gilt, dass bereits die Polizei die Orientierungspflicht zu beachten hat. Dabei geht es nicht nur um Einvernahmen, welche die Staatsanwaltschaft der Polizei gemäss Artikel 312 Absatz 2 StPO nach Eröffnung der Untersuchung in Auftrag gegeben hat. Aus dem Wortlaut von Art. 158 Abs. 1 lit. a („... *ein Vorverfahren eingeleitet* ...“) ergibt sich vielmehr, dass die Hinweise bereits in der ersten Einvernahme im Rahmen der selbständigen

⁶¹ HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, (Fn. 29), § 39 N 15b.

⁶² SCHLAURI, (Fn. 26), 238 f.

⁶³ HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, (Fn. 29), § 39 N 6.

Ermittlungstätigkeit der Polizei zu machen sind. Allerdings gilt die Orientierungspflicht nur für Einvernahmen, d.h. für protokollarisch vorzunehmende Befragungen. Nicht der Orientierungspflicht unterliegen damit Fälle, in denen sich die Polizei beispielsweise bei Verkehrsunfällen versucht, durch erste Fragen ein Bild von der Situation zu verschaffen (vgl. oben Ziff. 2.4.3).⁶⁴

2.5 Dokumentation der Belehrung

Bestreitet die angeschuldigte Person, über ihre Rechte in Kenntnis gesetzt worden zu sein, muss darüber Beweis geführt werden. Es ist Sache der Untersuchungsbehörde nachzuweisen, dass sie die Belehrung korrekt vorgenommen hat. Besehen Zweifel, dürfen diese nicht zu Lasten der angeschuldigten Person gehen. Aus den Akten muss deshalb ersichtlich sein, dass, wie und zu welchem Zeitpunkt die Belehrung erfolgt ist. In der Praxis wird dies regelmässig im Einvernahmeprotokoll mittels Formulierungen wie „*Der Angeschuldigte gibt nach erfolgter Belehrung zu Protokoll*“ oder „*Der Angeschuldigte wurde auf sein Aussageverweigerungsrecht aufmerksam gemacht*“ festgehalten. Obwohl die angeschuldigte Person das Einvernahmeprotokoll unterzeichnet, ist damit nicht garantiert, dass die Belehrung auch tatsächlich erfolgt ist und noch weniger, dass die angeschuldigte Person diese inhaltlich verstanden hat. Erfolgt die Belehrung insbesondere des Mitwirkungsverweigerungsrechts beispielsweise im Rahmen einer Hausdurchsuchung, ist dies ins Hausdurchsuchungsprotokoll aufzunehmen oder in einer separaten Aktennotiz festzuhalten und von der angeschuldigten Person unterschrieben bestätigen zu lassen.

Im Kanton Bern wird der angeschuldigten Person anlässlich der ersten untersuchungsrichterlichen Einvernahme in einer Voruntersuchung zusätzlich zur mündlichen Belehrung ein Merkblatt für Angeschuldigte in ihrer Muttersprache oder, falls nicht vorhanden, in einer anderen ihr verständlichen Sprache ausgehändigt. In diesem Merkblatt wird die angeschuldigte Person explizit noch einmal darauf hingewiesen, dass sie berechtigt ist, die Aussage zu verweigern und nicht gehalten ist, sich selber zu belasten. Weiter kann die angeschuldigte Person dem Merkblatt u.a. die ihr zustehenden Rechte und Informationen über den Gang des Verfahrens, zum Beizug einer Verteidigung, zur Verhaftung und Haftentlassung entnehmen. Es empfiehlt sich, auch die Aushändigung dieses Merkblattes zu protokollieren.

2.6 Verzicht auf Belehrung?

Ein Verzicht auf Belehrung ist zwar grundsätzlich möglich, aber aus praktischen Gründen eher schwer vorstellbar. Der Verzicht auf die Belehrung über dieses Recht ist nicht zu verwechseln mit dem Verzicht auf dessen Ausübung.

Auf ein Recht kann nur verzichtet werden, wenn die verzichtende Person genau weiss, worauf sie verzichtet. Ein gültiger Verzicht setzt damit voraus, dass die angeschuldigte Person umfassend über die ihr zustehenden Rechte informiert ist. Rechtswirksam kann nur auf Bekanntes verzichtet werden.⁶⁵ Das bedeutet, dass die angeschuldigte Person entweder bereits Kenntnis des Aussageverweigerungsrechts hat oder dass ihr das Aussageverweigerungsrecht erläutert wurde. Im ersten Fall besteht keine Belehrungspflicht (vgl. oben Ziff. III/2.2) und im zweiten Fall kommt die Erläuterung einer Belehrung gleich. Verweigert sich die angeschuldigte Person jedoch kategorisch, die Belehrung entgegen zu nehmen, kann darin ein Verzicht auf Be-

⁶⁴ BOTSCHAFT, (Fn. 56), 1192.

⁶⁵ ILL, Christoph: Konfrontationsanspruch im Strafverfahren, Skriptum MAS Forensics 2 vom 29./30.01.2009, 19.

lehrung gesehen werden; die Unterlassung der Belehrung stellt diesfalls keine Verletzung seines Belehrungsanspruchs dar.⁶⁶

IV. Folgen unterlassener oder mangelhafter Belehrung

1. Verfahrensmangel

Wird der angeschuldigten Person ein Anspruch auf Belehrung über das Aussage- und Mitwirkungsverweigerungsrecht zugestanden, stellt sich die Frage nach der Folge der Verletzung dieses Anspruchs. Vorauszuschicken ist, dass Beweisverwertungsverbote nur zu Gunsten der angeschuldigten Person, nie aber zu ihren Ungunsten gelten. Entlastende Aussagen, welche die angeschuldigte Person in Unkenntnis des Aussageverweigerungsrechts gemacht hat, sind also ohne weiteres verwertbar.⁶⁷ Was also passiert mit Aussagen, welche die angeschuldigte Person in Unkenntnis ihres Aussageverweigerungsrechts gemacht hat?

Verantwortlich für die prozessrechtskonforme Beweismittelerhebung ist die Untersuchungsbehörde. Sie hat dafür zu sorgen, dass die Beweismittel so erhoben werden, dass sie verwertbar sind. Die unterlassene Belehrung stellt einen formellen Verfahrensmangel dar, der Auswirkungen auf die Verwertbarkeit der Aussage hat. Jedoch darf nicht jedes vorschriftswidrige Beweismittel zu einem Verbot der Verwertung führen, weil sonst eine Überspitzung der Formvorschriften auf Kosten der Verbrechensaufklärung vorläge.⁶⁸

Bei den Verfahrensvorschriften wird zwischen Ordnungsvorschriften und Gültigkeitsvorschriften unterschieden. Deren Verletzung hat unterschiedliche Konsequenzen. Dient eine Beweisregel nicht oder nicht primär dem Schutz der Rechte der angeschuldigten Person, handelt es sich um eine Ordnungsvorschrift. Die Einhaltung von Ordnungsvorschriften ist zwar erwünscht, aber für die Gewährleistung eines fairen Prozesses nicht zwingend, da deren Verletzung keinen Einfluss auf die Richtigkeit des Urteils hat.⁶⁹ Schützt eine Bestimmung hingegen grundlegende Verfahrensvorschriften und Rechte der angeschuldigten Person, wie beispielsweise das Aussageverweigerungsrecht, ist die Beachtung der Beweisvorschrift Gültigkeitserfordernis.

2. Direktes Verwertungsverbot

Wegen des formellrechtlichen Charakters der Aufklärungspflicht sind Aussagen bei unterlassener Unterrichtung über das Aussageverweigerungsrecht grundsätzlich nicht bzw. in Abwägung der entgegenstehenden Interessen lediglich ausnahmsweise verwertbar.⁷⁰

Die Verletzung einer reinen Ordnungsvorschrift löst kein Verwertungsverbot aus.⁷¹ Der Beweis ist trotz Missachtung der Ordnungsvorschrift gültig, weil nur untergeordnete, nicht wesentliche Verfahrensvorschriften verletzt wurden. Zu denken ist hier beispielsweise an eine

⁶⁶ ZIMMERLIN, (Fn. 53), 329.

⁶⁷ ZR 73, 1974, Nr. 44 = SJZ 71, 1975, Nr. 28, 62.

⁶⁸ HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, (Fn. 29), § 60 N 6.

⁶⁹ ZUBER Thomas, Beweismittel, in: ALBERTINI, Gianfranco/FEHR, Bruno/VOSER, Beat (Hrsg.): Polizeiliche Ermittlung, Basel/Genf 2008, 231.

⁷⁰ BGE 130 I 126, E. 3.3, 132.

⁷¹ VEST/EICKER, (Fn. 50), 890.

Blutprobe, welche nicht von einem Arzt abgenommen wurde oder an eine Hausdurchsuchung, welche nicht im Beisein der angeschuldigten Person oder einer Drittperson stattfand. Die Verletzung eines Gültigkeitserfordernisses führt hingegen grundsätzlich zu einem Verwertungsverbot. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist in diesen Fällen eine Interessenabwägung vorzunehmen: Das Interesse des Staates an der Verbrechensaufklärung steht dem Schutz der Persönlichkeit der angeschuldigten Person gegenüber.⁷² Je schwerer die zu beurteilende Straftat ist, desto eher überwiegt das öffentliche Interesse an der Wahrheitsfindung das private Interesse der angeschuldigten Person daran, dass der fragliche Beweis unverwertet bleibt. Mit zu berücksichtigen ist, ob das rechtswidrig erlangte Beweismittel an sich zulässig und auf gesetzmässigem Weg erreichbar gewesen wäre.⁷³ War der Beweis rechtmässig nicht zu erlangen, liegt in jedem Fall Unverwertbarkeit vor.⁷⁴ Das Bundesgericht hat also kein absolutes Verwertungsverbot statuiert für Aussagen, welche die angeschuldigte Person in Unkenntnis des Aussageverweigerungsrechts gemacht hat. Ergibt die Abwägung der zu beachtenden Interessen, dass die Aussagen, welche in Unkenntnis des Aussageverweigerungsrechts erfolgt sind, nicht verwertet werden dürfen, darf für die Entscheidungsfindung nicht darauf abgestellt werden. Die entsprechenden Einvernahmeprotokolle sind aus den Akten zu entfernen.

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung⁷⁵ besteht kein Raum für eine solche Interessenabwägung, wenn das Gesetz explizit von einer Unverwertbarkeit der Beweismittel ausgeht, wie dies beispielsweise in Art. 9 Abs. 3 BÜPF⁷⁶ bezüglich nichtgenehmigter Zufallsfunde der Fall ist. Von der Unverwertbarkeit solcher rechtswidrig erlangter Beweismittel geht auch die herrschende Lehre aus.⁷⁷

„Wenn nur der Verdacht auf ein genügend schweres Verbrechen infrage steht, kann man darauf bauen, dass die Gerichte schon mal eines oder beide Augen zudrücken, wenn lästige Formvorschriften nicht eingehalten werden.“⁷⁸ Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Interessenabwägung hat in der Lehre zu Kritik geführt. Einerseits wird kritisiert, dem staatlichen Verfolgungsinteresse würden lediglich allfällige Individualinteressen des Beschuldigten gegenübergestellt und andere gewichtige Interessen wie das Interesse an einem fairen Verfahren, an dessen Justizförmigkeit oder am Grundrechtsschutz würden nicht in die Interessenabwägung einbezogen. Auch kritisiert wird das rein formale Argument, dass das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung und Wahrheitsfindung um so eher überwiegt, je schwerer die Straftat ist. Gerade in solchen Fällen – so VEST/HÖHENER – sei aufgrund der Folgen für die angeschuldigte Person davon auszugehen, dass auch deren private Interessen zunähmen. Zudem dürfe sich gerade bei schwerwiegenden Straftaten das öffentliche Interesse an einem fairen und rechtstaatlichen Verfahren vergrössern. Es sei jedenfalls nicht anzunehmen, dass die Vorschriften der Strafprozessordnung heute nur mehr bei der Aufklärung von Bagatell- und mittleren Straftaten gelten würden. VEST/HÖHENER fordern deshalb eine transparente Interessenabwägung, bei der die verschiedenen sich gegenüber stehenden Interessen vollständig erfasst, offengelegt und im Detail gegenüber abgewogen werden. Sie sehen in der derzeit von Bundesgericht vorgenommenen Interessenabwägung nichts anderes als „die höchststrichterliche Absegnung einer largen prozessordnungswidrigen Beweiserhebung“. Zu Recht führen sie aus, dass das Ergebnis – abgesehen von Fällen absoluter Verwertungsverbote wie beispielsweise Folter oder Einsatz von Drogen nach sich ziehen – in der Regel bereits feststeht, weil das Bundesgericht das öffentliche Interesse an der Wahrheitsfindung grundsätzlich höher ge-

⁷² BGE 101 Ia 10, E. 5b.

⁷³ BGE 130 I 126, E. 3.2; 6B_901/2008 vom 23.02.2009, E. 2.3.

⁷⁴ BGE 99 V 10, E. c; 120 V 435, E. 3b.

⁷⁵ BGE 133 IV 329, E. 4.4; 6B_72/2008 vom 20.06.2008, E. 2.1.

⁷⁶ Bundesgesetz betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs, SR 780.1.

⁷⁷ BGE 133 IV 329, E. 4.4.

⁷⁸ VEST, Hans/HÖHENER, Andrea: Beweisverwertungsverbote – Quo vadis Bundesgericht, ZStR 127, 2009, 103.

wichtet als die entgegenstehenden privaten Interessen und sich die Interessenabwägung so gesehen auf eine nachträgliche Bestätigung des aus Sicht der Strafverfolgungsbehörden längst kalkulierbaren Resultates reduziert.⁷⁹ Auch wenn die Untersuchungsbehörde mit Blick auf die derzeitige Haltung des Bundesgerichts versucht sein könnte, die Formalien der Beweiserhebung lockerer zu handhaben, ist sie von der Pflicht formelle Regeln einzuhalten und für ein faires und rechtsstaatliches Verfahren zu sorgen nicht entbunden. Dies muss sich die beweis-erhebende Behörde bei jedem Verfahrensschritt bewusst sein und entsprechend handeln.

3. Indirektes Verwertungsverbot

Nun stellt sich die Frage, ob sich ein Beweisverwertungsverbot alleine auf das rechtswidrig beschaffte primäre Rechtsmittel bezieht oder ob es sich auch auf alle anderen Beweismittel erstreckt, welche gestützt auf die illegalen Primärbeweismittel erhoben wurden, so dass im Ergebnis sämtliche an sich legal beschafften Folgebeweise weder direkt noch indirekt verwertbar wären (sog. Fernwirkung unrechtmässig erhobener Beweismittel).

Nach der „fruit of the poisonous tree“ Doktrin des amerikanischen Strafprozessrechts sind auch die Früchte des vergifteten Baums ungeniessbar.⁸⁰ Das bedeutet, dass indirekte Ermittlungsergebnisse, welche auf unrechtmässig erhobenen Beweisen basieren, einem Verwertungsverbot unterliegen und nicht verwendet werden dürfen.

In der Schweiz ist die Frage umstritten. Während verschiedene Autoren eine Fernwirkung des Verwertungsverbotess befürworten, sind andere gegen eine umfassende Unverwertbarkeit von Folgebeweisen.⁸¹ Für eine Fernwirkung sprechen die Folgerichtigkeit und die Befürchtung, dass das Verwertungsverbot andernfalls ausgehöhlt wird.⁸² Dagegen spricht, dass indirekte Beweisverbote der Ermittlung der materiellen Wahrheit hinderlich sein können.⁸³ Das Bundesgericht ist in BGE 133 IV 329, E. 4.5 SCHMID Niklaus gefolgt und geht einzig da von einer Unverwertbarkeit von Folgebeweisen aus, wo der ursprüngliche, ungültige Beweis *conditio sine qua non* des mittelbar erlangten Beweises ist. Einer Verwertung der Folgebeweise steht also dann nichts entgegen, wenn die rechtswidrig erlangten Beweise für die Folgebeweise nicht ursächlich gewesen sind. Ohne die Beweisverwertungsverbote ihres wesentlichen Inhalts zu entleeren kann so verhindert werden, dass es im Ergebnis zu stossenden Freisprüchen offenkundig schuldiger Personen kommt.⁸⁴

4. Verwertungsverbot nach StPO

Art. 141 StPO äussert sich zur Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweise. Dabei wird unterschieden zwischen Beweisen, welche durch verbotene Methoden (Zwangsmittel, Gewaltanwendung, Drohungen, Versprechungen, Täuschungen und Mittel, welche die Denkfähigkeit oder die Willensfreiheit einer Person beeinträchtigen können) erhoben wurden resp. für welche die StPO ein Verwertungsverbot statuiert (Abs. 1), Beweisen, welche in strafbarer Weise oder unter Verletzung von Gültigkeitsvorschriften erhoben wurden (Abs. 2) und solchen, bei deren Erhebung eine Ordnungsvorschrift verletzt wurde (Abs. 3).

⁷⁹ VEST/HÖHENER, (Fn. 78), 103 f.

⁸⁰ HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, (Fn. 29), § 60 N 18.

⁸¹ Urteil des Bundesgerichts 6B.170/2007 vom 09.10.2007 E. 4.5 mit Hinweisen auf die Literatur.

⁸² HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, (Fn. 29), § 60 N 17.

⁸³ BOTSCHAFT, (Fn. 56) 1184.

⁸⁴ BGE 133 IV 329, E. 4.5.

Die Folgen mangelhafter Beweiserhebung gestalten sich unterschiedlich. Während Beweise nach Art. 141 Abs. 1 StPO in keinem Fall, auch nicht zugunsten der beschuldigten Person,⁸⁵ verwertet werden dürfen und damit einem absoluten Verwertungsverbot unterliegen, unterliegen Beweise nach Art. 141 Abs. 2 StPO einem relativen Verwertungsverbot. Sie dürfen grundsätzlich nicht verwertet werden; die Verwertung ist jedoch ausnahmsweise zulässig, wenn sie zur Aufklärung schwerer Straftaten unerlässlich ist und das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung das private Interesse der angeschuldigten Person an der Nichtverwertung des unrechtmässig erhobenen Beweises überwiegt.⁸⁶ Bei Verletzungen von Ordnungsvorschriften ist die Verwertung der Beweise gemäss Art. 141 Abs. 3 StPO zulässig. Soweit das Gesetz eine Bestimmung nicht selber als Gültigkeitsvorschrift bezeichnet, hat die Praxis die Unterscheidung vorzunehmen, wobei primär auf den Schutzzweck der Norm abzustellen ist.⁸⁷

Gemäss Art. 158 Abs. 1 lit. b StPO weisen Polizei oder Staatsanwaltschaft die beschuldigte Person zu Beginn der ersten Einvernahme in einer ihr verständlichen Sprache darauf hin, dass sie die Aussage und die Mitwirkung verweigern kann. Nach Art. 158 Abs. 2 StPO sind Einvernahmen ohne diese Belehrung nicht verwertbar. Durch die gesetzliche Statuierung der Unverwertbarkeit solcher Einvernahmen wird klargestellt, dass es sich bei der Orientierung über das Aussageverweigerungsrecht nicht um eine blosser Gültigkeitsvorschrift handelt, bei deren Verletzung eine Verwertung nicht gänzlich ausgeschlossen ist, sondern nach Massgabe von Artikel 139 Absatz 2 möglich bliebe. Vielmehr ist die Verwertbarkeit auch bei schweren Straftaten und Unerlässlichkeit des Beweismittels in jedem Falle ausgeschlossen.⁸⁸ Die betreffenden Aktenstücke sind in Anwendung von Art. 141 Abs. 4 StPO aus den Strafakten zu entfernen, bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens unter separatem Verschluss zu halten und danach zu vernichten.

Die Fernwirkung von Beweisverboten ist nun in Art. 141 Abs. 4 StPO explizit geregelt. Ermöglichte ein Primärbeweis, welcher unter das relative Verwertungsverbot fällt, die Erhebung eines Folgebeweises, so ist dieser Folgebeweis nicht verwertbar, wenn er ohne die vorhergehende Beweiserhebung nicht möglich gewesen wäre. Es besteht also eine grundsätzliche Fernwirkung: Folgebeweise, welche aufgrund unverwertbarer Beweise erlangt wurden, dürfen nicht verwertet werden. Eine Verwertung solcher Folgebeweise ist ausnahmsweise zulässig, wenn der Folgebeweis rechtskonform, d.h. auch ohne den Primärbeweis hätte erhoben werden können.⁸⁹ Beweise, welche einem absoluten Verwertungsverbot unterstellt sind wie dies bei Aussagen, welche in Unkenntnis des Aussageverweigerungsrechts erfolgten der Fall ist, entfalten Fernwirkung und Folgebeweise, welche aufgrund unverwertbarer Beweise erlangt wurden, dürfen ebenfalls nicht verwertet werden. Damit ist für eine Interessenabwägung, wie sie das Bundesgericht unter geltendem Recht vornimmt und so eine Verwertung solcher Aussagen möglich macht, unter künftigem Recht kein Platz mehr.

⁸⁵ DONATSCH Andreas/CAVEGN Claudine: Auserwählte Fragen zum Beweisrecht nach der schweizerischen Strafprozessordnung, ZStrR 126, 2008, 166.

⁸⁶ ZUBER, (Fn. 69), 233.

⁸⁷ BOTSCHAFT, (Fn. 56), 1183.

⁸⁸ BOTSCHAFT, (Fn. 56), 1193.

⁸⁹ SOLLBERGER, Jürg zu Art. 141 StPO in: GOLDSCHMID, Peter/MAURER, Thomas/SOLLBERGER, Jürg (Hrsg.): Kommentierte Textausgabe zur schweizerischen Strafprozessordnung, Bern 2008, 126; ZUBER, (Fn. 69), 233.

5. Heilung von Verfahrensmängeln

Die Behebung eines Mangels bei der Beweiserhebung kann nur durch eine formgerechte Wiederholung der Beweiserhebung erfolgen. Unverwertbare Beweise sind nachträglich in rechtlich zulässiger Weise zu erheben.⁹⁰

Für eine Aussage, welche in Unkenntnis des Aussageverweigerungsrechts erfolgt ist, bedeutet dies, dass die Einvernahme nach erfolgter Belehrung zu wiederholen ist. Natürlich besteht das Risiko, dass die angeschuldigte Person, welche nunmehr um ihr Aussageverweigerungsrecht weiss, nicht mehr bereit ist, die gleichen (belastenden) Aussagen zu machen. Dennoch darf auf die vorherige Einvernahme grundsätzlich nicht resp. nur in den oben Ziff. IV/2 dargestellten Ausnahmen abgestellt werden.

Eine andere Möglichkeit ist, die angeschuldigte Person nach der Belehrung zu fragen, ob sie die davor gemachten Aussagen bestätigt. Wird so verfahren, müssen der angeschuldigten Person ihre bisher gemachten Aussagen vorgehalten werden, damit sie diese Aussagen wieder präsent hat. Ausserdem muss die angeschuldigte Person detailliert darüber aufgeklärt werden, dass dies eine Verwertbarkeit dieser Aussagen auch zu ihren Ungunsten zur Folge hat. Unter den gleichen Bedingungen ist es auch möglich, die Zustimmung der angeschuldigten Person für die Verwertung von Aussagen, welche sie in Unkenntnis des Aussageverweigerungsrechts gemacht hat, einzuholen.

Die StPO regelt nun explizit, wie in solchen Fällen vorzugehen ist. Gemäss Art. 343 Abs. 2 StPO erhebt das Gericht im Vorverfahren nicht ordnungsgemäss erhobene Beweise nochmals. Beweise, welche unter Verletzung von Verfahrensvorschriften zustande gekommen sind, können in diesem Verfahrensstadium erneut und unter Einhaltung der Verfahrensvorschriften abgenommen und verwertbar gemacht werden.

V. Stolpersteine bei der Erhebung von Gedächtnisprotokollen und Lösungsansatz

1. Wer erhebt wann und in welcher Form Gedächtnisprotokolle

1.1 Verdacht auf einen allfälligen Behandlungsfehler

Die Erhebung eines Gedächtnisprotokolls setzt zunächst den Verdacht auf einen allfälligen Behandlungsfehler resp. die Kenntnis über einen medizinischen Zwischenfall voraus.

Die Meldung eines möglichen Behandlungsfehlers erfolgt entweder durch die behandelnden Ärzte, durch die betroffenen Patienten selber oder durch dessen Angehörigen. Bei letalen Behandlungsfehlern erfolgt die Meldung unter Umständen auch durch den Arzt, welcher die Leichenschau durchführt. Alle Schweizer Kantone kennen eine Meldepflicht der Ärzte für aussergewöhnliche Todesfälle, etliche Kantone kennen ein ärztliches Melderecht für Wahrnehmungen, welche auf ein Verbrechen oder Vergehen gegen Leib und Leben schliessen lassen. Die Meldung, die gestützt auf die Meldepflicht resp. das Melderecht gemacht wird, verletzt die ärztliche Schweigepflicht nicht.

⁹⁰ HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, (Fn. 29), § 60 N 12.

Die Fachperson, welche im Rahmen ihrer Berufsausübungspflicht einen aussergewöhnlichen Todesfall feststellt, hat diesen gemäss Art. 28 Abs. 1 des Gesundheitsgesetzes des Kantons Bern (GesG)⁹¹ unverzüglich den zuständigen Strafverfolgungsbehörden anzuzeigen. Unter einem aussergewöhnlichen Todesfall werden alle nicht-natürlichen bzw. gewaltsamen Todesfälle wie Unfälle, Selbstmorde und Delikte inkl. Spätfolgen davon sowie alle unklaren Todesfälle verstanden. Bei letzteren ist eine nicht-natürliche Ursache möglich, aber ohne weitere Abklärungen nicht beweisbar. Nicht meldepflichtig ist der offensichtlich natürliche Todesfall, also eine letal verlaufende Krankheit, bei der keine Hinweise auf Behandlungsfehler vorliegen. Gibt es jedoch konkrete Hinweise auf einen letalen Behandlungsfehler, so liegt ein nicht-natürlicher Tod vor, während dort, wo ein Behandlungsfehler nicht ausgeschlossen werden kann, von einem unklaren Todesfall auszugehen ist. Letale Behandlungskomplikationen sind nicht meldepflichtig, wenn es sich um bekannte und unvermeidbare Komplikationen handelt, das Management nach dem Eintreten der Komplikation korrekt war und der Patient über diese Komplikation aufgeklärt worden war. In der rechtswissenschaftlichen Literatur wird der Tod bei oder nach Behandlungen in aller Regel nur dann als nicht natürlich angesehen, wenn wenigstens entfernte konkrete Anhaltspunkte für einen Behandlungsfehler vorliegen. Beim sogenannten „mors in tabula“, dem Tod während der Behandlung, ist die Meldung grundsätzlich empfehlenswert, um die Ursache abzuklären.⁹² Alle Kantone verfügen über eine ärztliche Todesbescheinigung (Totenschein). Diese ist vom Arzt, welcher die Leichenschau vornimmt (Hausarzt, Notfallarzt, Spitalarzt etc.), auszufüllen. Kommt dieser zum Schluss, dass es sich vorliegend um einen nicht-natürlichen oder einen unklaren Todesfall handelt, muss zwingend eine Meldung an die Polizei oder den Untersuchungsrichter erfolgen. Durch die Qualifikation eines Todesfalles als natürlich resp. nicht-natürlich oder unklar hat der die Todesbescheinigung ausfüllende Arzt das weitere Schicksal des Falles in der Hand und entscheidet darüber, ob die Untersuchungsbehörden von einem allfälligen Behandlungsfehler Kenntnis bekommen oder nicht.

Hingegen sind Fachpersonen gemäss Art. 28 Abs. 2 GesG ohne Rücksicht auf das Berufsgeheimnis ermächtigt, den zuständigen Behörden Wahrnehmungen zu melden, die auf ein Verbrechen oder Vergehen gegen Leib und Leben, die öffentliche Gesundheit oder die sexuelle Integrität schliessen lassen. Eine gesetzliche Pflicht, einen selbst verschuldeten, nicht zum Tode führenden Behandlungsfehler den Strafverfolgungsbehörden zu melden, gibt es im Kanton Bern – unabhängig vom Grad der Schädigung – nicht.⁹³ Bei nicht letalen Behandlungsfehlern erfolgt die Meldung deshalb meistens durch den betroffenen Patienten selber, indem die sich als geschädigt betrachtende Person eine Anzeige gegen den behandelnden Arzt wegen fahrlässiger Körperverletzung einreicht.

1.2 Wer erhebt Gedächtnisprotokolle?

Der Auftrag zum Verfassen von Gedächtnisprotokollen kommt von der Untersuchungsbehörde. Es ist auch die Untersuchungsbehörde, welche die Gedächtnisprotokolle erhebt, allenfalls die Polizei in deren Auftrag.

In der Praxis erfolgt die Meldung eines ärztlichen Behandlungsfehlers durch den behandelnden Arzt oftmals nach Rücksprache mit dem Institut für Rechtsmedizin, welches seine klinisch tätigen Kollegen in Zweifelsfällen über das weitere Prozedere bzw. die Notwendigkeit des Einbezugs der Untersuchungsbehörden unverbindlich berät. Dabei wird den Ratsuchenden vom Institut für Rechtsmedizin regelmässig nahe gelegt, ein Gedächtnisprotokoll zu

⁹¹ BSG 811.01.

⁹² ZOLLINGER/PLATTNER, (Fn. 4), 1025 f.

⁹³ ZOLLINGER/PLATTNER, (Fn. 4), 1027.

erstellen. Kommt es schlussendlich zu einer Untersuchung, fordert entweder der Untersuchungsrichter oder das Institut für Rechtsmedizin dieses Gedächtnisprotokoll ein.⁹⁴ Der Rat des Institutes für Rechtsmedizin ein Gedächtnisprotokoll zu erstellen, ist zu diesem Zeitpunkt, wo die Meldung noch nicht erfolgt ist und die Strafverfolgung noch nicht eröffnet wurde, unbedenklich. Problematisch wird es da, wo das Institut für Rechtsmedizin in einem laufenden Ermittlungsverfahren die mit einem Behandlungsfehlervorwurf konfrontierten Personen von sich aus auffordert, ein Gedächtnisprotokoll zu verfassen und dieses im Hinblick auf ein allenfalls später zu erstellendes Gutachten auch gleich einfordert. Dies aus zweierlei Gründen: Zum Einen ist die Beweiserhebung grundsätzlich Sache der Untersuchungsbehörde und der Polizeiorgane. Zum Anderen setzt die Verwertbarkeit der Gedächtnisprotokolle deren formellrechtlich saubere Erhebung voraus.

Gemäss Art. 132 Abs. 2 StrV kann die sachverständige Person zu Beweismassnahmen beigezogen und ermächtigt werden, Fragen an die Parteien und andere Beteiligte zu stellen. Damit kann die Verfahrensleitung die sachverständige Person ermächtigen, der einzuvernehmenden Person anlässlich ihrer Befragung direkt Fragen stellen. Weiter kann die Verfahrensleitung gemäss Art. 132 Abs. 2 Ziff. 3 StrV die sachverständige Person ermächtigen, fachspezifische Erhebungen selber vorzunehmen oder vornehmen zu lassen. Die sachverständige Person kann damit nach erfolgter Ermächtigung eigenständig Erhebungen tätigen, welche zur Erstellung des Gutachtens nötig sind. Gleiches sieht Art. 185 Abs. 2 und Abs. 4 StPO vor, wobei Abs. 4 nur fachspezifische Erhebungen zulässt, die mit dem Gutachtensauftrag in engem Zusammenhang stehen. Sachverständigen Personen ist es nach künftigem Recht also verwehrt, selbständig umfassende Sachverhaltsabklärungen vorzunehmen.⁹⁵ Die Verwertung der von der sachverständigen Person selbständig vorgenommenen Beweismassnahmen setzt deren formellrechtlich korrekte Erhebung voraus. Das bedeutet, dass die angeschuldigte Person auch gegenüber der sachverständigen Person ihr Aussage- und Mitwirkungsverweigerungsrecht geltend machen können muss. Die selbständige Erhebung von Beweismitteln durch die sachverständige Person ist gemäss Art. 132 Abs. 2 Ziff. 3 StrV resp. Art. 185 Abs. 4 StPO nur im Rahmen der Erstellung des Gutachtens zulässig, also nach erfolgter Ernennung zur sachverständigen Person durch die Verfahrensleitung. An diesem Punkt des Verfahrens wurde die angeschuldigte Person regelmässig bereits durch Polizei und Untersuchungsbehörde einvernommen, so dass sie durch diese Organe über ihr Aussage- und Mitwirkungsverweigerungsrecht orientiert wurde. Gerade in Behandlungsfehlerfällen ist es jedoch durchaus denkbar, dass das Gutachten vorgängig zur Befragung der beispielsweise an einer Operation beteiligten Personen erstellt wird, um abzuklären, ob überhaupt ein Behandlungsfehler vorliegt und ob überhaupt eine Voruntersuchung zu eröffnen ist. Das Institut für Rechtsmedizin muss das Gutachten diesfalls allein gestützt auf die medizinischen Akten machen. Beauftragt das Institut für Rechtsmedizin das beteiligte Medizinalpersonal ein Gedächtnisprotokoll zu verfassen oder erhebt es die bereits bestehenden Gedächtnisprotokolle, um weitere Grundlagen für das Gutachten zu erhalten, müssen diese Personen durch das Institut für Rechtsmedizin auf ihr Aussageverweigerungsrecht, welches sie auch als Auskunftsperson haben, aufmerksam gemacht werden. Damit ergibt sich eine Orientierungspflicht nicht nur für Polizei und Untersuchungsbehörden, sondern im Rahmen der von ihr selbständig getätigten Erhebungen auch für die sachverständige Person. Diese Pflicht der sachverständigen Person ist in Art. 185 Abs. 5 StPO nun explizit geregelt.

Für die Veranlassung und Erhebung von Gedächtnisprotokollen durch das Institut für Rechtsmedizin bedeutet dies zusammengefasst, dass das unverbindliche Erteilen eines Rates vorgängig einer Meldung unproblematisch ist. Erfolgt die Veranlassung und Erhebung der

⁹⁴ ZOLLINGER/PLATTNER, (Fn. 4), 1025.

⁹⁵ SOLLBERGER, (Fn. 89), 126.

Gedächtnisprotokolle durch das Institut für Rechtsmedizin in einem laufenden Ermittlungsverfahren oder einer laufenden Voruntersuchung bevor die Verfahrensleitung einen Gutachtensauftrag erteilt hat, ist die Erhebung unrechtmässig erfolgt und zwar selbst wenn das Institut für Rechtsmedizin die angeschuldigte Person oder die Auskunftsperson auf ihr Aussage- und Mitwirkungsverweigerungsrecht hingewiesen hat. Eine Belehrung ist nur dann rechtsgültig erfolgt, wenn sie von einer Person vorgenommen wurde, der eine Belehrungspflicht obliegt, also Polizei und Untersuchungsbehörde. Hat jedoch die Untersuchungsbehörde dem Institut für Rechtsmedizin einen Gutachtensauftrag erteilt, hat auch das Institut eine Belehrungspflicht und kann die Belehrung folglich rechtsgültig vornehmen. In aller Regel erfolgt die Gutachtenserstellung zu einem Zeitpunkt, in dem die angeschuldigte Person oder die Auskunftspersonen bereits durch Polizei oder Untersuchungsbehörde über ihre Rechte in Kenntnis gesetzt wurde, so dass sich eine erneute Belehrung durch das Institut für Rechtsmedizin erübrigt. Wurden die Medizinalpersonen jedoch noch nicht einvernommen, hat das Institut für Rechtsmedizin diese Personen vorgängig zur Veranlassung oder Erhebung auf ihre Aussage- und Mitwirkungsverweigerungsrechte hinzuweisen. Es ist sinnvoll, das Vorgehen vorgängig mit der Untersuchungsbehörde zu besprechen, um Unklarheiten aus dem Weg zu räumen.

1.3 Wann sind Gedächtnisprotokolle zu erheben?

Gedächtnisprotokolle sind in jeden Fall, in welchem ein Behandlungsfehler nicht ausgeschlossen werden kann, zu veranlassen resp. zu erheben und zwar von sämtlichen Medizinalpersonen, die am Vorfall in irgend einer Weise beteiligt oder auch nur anwesend waren. Auch der betroffene Patient und/oder dessen Angehörige sind aufzufordern, ein Gedächtnisprotokoll zu verfassen, wenn sie dies nicht schon getan haben.

In zeitlicher Hinsicht gilt, dass Gedächtnisprotokolle, wie bereits oben in Ziff. 4 dargestellt, möglichst unmittelbar nach dem Vorfall erstellt werden müssen, so lange die Details noch in Erinnerung sind und richtig wiedergegeben werden können, Abläufe noch präsent sind und unverfälscht wiedergegeben werden können. Es empfiehlt sich daher, die Erstellung von Gedächtnisprotokollen in Ärztefällen standardmässig als eine der ersten Massnahmen anzuordnen um zu vermeiden, dass wichtige Informationen verloren gehen.

Wo die Meldung eines ärztlichen Behandlungsfehlers zeitnah erfolgt, ist deren umgehende Erhebung ohne weiteres möglich. Es kommt jedoch auch vor, dass der Untersuchungsrichter nach der Meldung eines aussergewöhnlichen Todesfalles oder nach Eingang einer Anzeige wegen eines nicht letalen Behandlungsfehlers nach durchgeführtem Ermittlungsverfahren zum Schluss kommt, dass dem behandelnden Arzt kein strafrechtlich relevantes Verhalten vorgeworfen werden kann. Diesfalls beantragt er dem Staatsanwalt nach geltendem bernischen Recht, die Strafverfolgung sei nicht zu eröffnen resp. auf die Anzeige sei nicht einzutreten (Art. 227 f. StrV). Stimmt der Staatsanwalt dem Antrag zu, ist dieser zum Beschluss erhoben (Art. 229 StrV). Den Angehörigen der verstorbenen Person resp. dem betroffenen Patienten steht ein Rekursrecht gegen diesen Beschluss zu (Art. 322 Ziff. 1 i.V.m. Art. 323 Abs. 2 StrV). Kommt nun die für die Beurteilung des Rekurses zuständige Anklagekammer zum Schluss, dass das Vorliegen einer strafrechtlich verfolgbaren Tat nicht mit der notwendigen Sicherheit ausgeschlossen werden kann, muss der Untersuchungsrichter eine Voruntersuchung eröffnen. Das Verfahren gemäss StPO gestaltet sich ähnlich: Verfügt die Staatsanwaltschaft die Einstellung des Verfahrens, weil sich beispielsweise kein Tatverdacht erhärtet, der eine Anklage rechtfertigt oder kein Straftatbestand erfüllt ist, können die Parteien die Einstellungsverfügung mittels Beschwerde anfechten (Art. 319 Abs. 1 i.V.m. Art. 322 Abs. 2 StPO). Heisst die Beschwerdeinstanz die Beschwerde gegen den Einstellungsbeschluss gut, so hebt sie diese auf und weist die Untersuchung an die Staatsanwaltschaft zurück. Dabei kann sie der

Staatsanwaltschaft für den weiteren Gang des Verfahrens Weisungen erteilen (Art. 397 Abs. 3 StPO). Erfolgt die Eröffnung der Voruntersuchung erst auf ein Rechtsmittel hin, liegen zwischen dem medizinischen Vorfall und der Eröffnung der Voruntersuchung oftmals Monate, wenn nicht Jahre. Nach dieser Zeit noch Gedächtnisprotokolle der beteiligten Medizinalpersonen einzufordern, hat keinen Sinn mehr.

1.4 In welcher Form sind Gedächtnisprotokolle zu erheben?

Damit die Gedächtnisprotokolle problemlos verwertet werden können, ist der Verfasser des Protokolls auf sein Aussageverweigerungsrecht hinzuweisen. Dies gilt immer dann, wenn der Verfasser als angeschuldigte Person in Frage kommt oder bereits angeschuldigt ist. Da die Untersuchungsbehörde für die rechtmässige Beweismittelerhebung beweispflichtig ist (vgl. oben Ziff. III/2.5), empfiehlt es sich, den Auftrag zur Erstellung der Gedächtnisprotokolle zusammen mit der Belehrung schriftlich zu verfügen. Wo eine schriftliche Verfügung umständehalber nicht möglich ist, ist die Anordnung zusammen mit der Belehrung mündlich zu verfügen und im Nachhinein schriftlich festzuhalten.

Die Strafprozessordnung des Kantons Bern kennt die Rechtsfigur der Auskunftsperson. Eine Person, die als Täter beziehungsweise als Teilnehmer einer strafbaren Handlung in Frage kommt und nicht angeschuldigt ist, kann als Auskunftsperson einvernommen werden. Als Auskunftsperson wird sie zur Wahrheit ermahnt, ist aber nicht verpflichtet, auszusagen. Diesbezüglich ist sie vor der Einvernahme zu belehren (Art. 46 i.V.m. Art. 125 StrV). Gerade wenn die Belastungssituation unklar ist, und das ist zu Beginn des Verfahrens oftmals der Fall, empfiehlt es sich, eine Person als Auskunftsperson einzuvernehmen. So muss nicht unnötig ein Verfahren gegen Personen eröffnet werden, denen schlussendlich kein strafrechtlich relevanter Vorwurf gemacht werden kann. Mit der Befragung als Auskunftsperson wird ebenfalls vermieden, dass jemand als Zeuge einvernommen wird, gegen den zu einem späteren Zeitpunkt die Voruntersuchung eröffnet werden muss. Die als Zeuge gemachten Aussagen wären diesfalls wegen des Verbots des Selbstbelastungszwangs grundsätzlich nicht verwertbar.

Auch die StPO kennt die Rechtsfigur der Auskunftsperson. Als Auskunftsperson wird unter anderem einvernommen, wer ohne selber beschuldigt zu sein als Täter oder Teilnehmer der abzuklärenden Straftat oder einer anderen damit zusammenhängenden Straftat nicht ausgeschlossen werden kann (Art. 178 lit. d StPO). Die Auskunftsperson nach lit. d ist nicht zur Aussage verpflichtet, die Bestimmungen über die Einvernahme der beschuldigten Person gelten sinngemäss (Art. 180 Abs. 1 StPO). Polizei und Staatsanwaltschaft haben daher die Auskunftsperson zu Beginn der Einvernahme auf ihr Aussageverweigerungsrecht aufmerksam zu machen (Art. 181 Abs. 1 und 158 Abs. 1 lit. b StPO). Die Auskunftsperson ist weiter über den Gegenstand des Verfahrens und die Eigenschaft, in der sie einvernommen wird, zu informieren (Art. 143 Abs. 1 lit. b StPO). Die Informationen müssen es der angeschuldigten Person erlauben zu entscheiden, ob sie aussagen will oder nicht. Sie muss daher darüber in Kenntnis gesetzt werden, gegen wen sich das Verfahren richtet und um welchen Sachverhalt es sich handelt. Macht die Auskunftsperson Aussagen, ohne über ihr Aussageverweigerungsrecht in Kenntnis gesetzt worden zu sein, sind die Aussagen nicht verwertbar (Art. 158 Abs. 2 i.V.m. Art. 141 Abs. 1 StPO).⁹⁶ Um sämtlichen Diskussionen über die Verwertbarkeit der Gedächtnisprotokolle aus dem Weg zu gehen, sollten Personen, welche zum Verfassen von Gedächtnisprotokollen aufgefordert werden, als Auskunftspersonen behandelt und über ihre Rechte in

⁹⁶ ILL, Christoph zu Art. 181 StPO in: GOLDSCHMID, Peter/MAURER, Thomas/SOLLBERGER, Jürg (Hrsg.): Kommentierte Textausgabe zur schweizerischen Strafprozessordnung, Bern 2008, 172.

Kenntnis gesetzt werden. Belehrung über das Aussageverweigerungsrecht ist in jedem Fall zu protokollieren.

2. Unaufgeforderte Beibringung von Gedächtnisprotokollen

Nicht selten reichen Ärzte der Untersuchungsbehörde gestützt auf spital- oder praxisinterne Regelungen oder auf Empfehlung des Instituts für Rechtsmedizin bereits vor Einleitung eines Strafverfahrens gegen sie Gedächtnisprotokolle ein, die sie erstellt haben, ohne dass sie über ihr Aussageverweigerungsrecht belehrt worden wären. Wie ist mit diesen Gedächtnisprotokollen zu verfahren? Können sie in einem späteren Strafverfahren verwertet werden?

Der Untersuchungsrichter hat die Möglichkeit, die Person, welche das Gedächtnisprotokoll unaufgefordert einreicht, darauf hinzuweisen, dass sie als Auskunftsperson oder als angebeschuldigte Person das Recht hätte, die Aussage zu verweigern. Zwar ist zu diesem Zeitpunkt noch nicht klar, ob die Person, welche das Gedächtnisprotokoll einreicht, überhaupt als angebeschuldigte Person in Frage kommt. Aber immerhin hat sie so die Möglichkeit zu entscheiden, ob sie das Gedächtnisprotokoll einreichen will oder nicht.

Ist das Gedächtnisprotokoll bereits bei den Akten und wird die Person, welche das Gedächtnisprotokoll unaufgefordert eingereicht hat angeschuldigt, muss sie über das Aussageverweigerungsrecht in Kenntnis gesetzt werden. Der Untersuchungsrichter kann die angeschuldigte Person nach der Belehrung über ihre Rechte fragen, ob das Gedächtnisprotokoll in dieser Form im Strafverfahren gegen sie verwendet werden darf. Stimmt die angeschuldigte Person zu, steht der Verwertung nichts entgegen. Stimmt die angeschuldigte Person der Verwertung nicht zu, muss das ursprüngliche Gedächtnisprotokoll aus den Akten gewiesen werden. Der Untersuchungsrichter kann die angeschuldigte Person dazu anhalten, ein neues Gedächtnisprotokoll zu verfassen. Die angeschuldigte Person kann dafür das ursprüngliche Gedächtnisprotokoll beiziehen, das ihr als Gedächtnisstütze dient, sie kann das ursprüngliche Gedächtnisprotokoll auch als Gedächtnisstütze für Befragungen nutzen. Aber der Untersuchungsbehörde bleibt die Verwertung des ursprünglichen Gedächtnisprotokolls nach geltendem Recht grundsätzlich und nach künftigem Recht ausnahmslos verwehrt.

3. Triage als Lösungsansatz

Dieser Abschnitt liefert, unterschieden nach Intensität des Tatverdachts, Ideen, wie mit der Erhebung von Gedächtnisprotokollen zu verfahren ist, um deren Verwertbarkeit nicht zu gefährden.

3.1 Dringender Tatverdacht

Auf die Erhebung eines Gedächtnisprotokolls des mit einem Behandlungsfehlervorwurfs konfrontierten Arztes kann verzichtet werden, wenn ein dringender Tatverdacht auf Vorliegen eines Behandlungsfehlers vorliegt, klar ist, wer als angeschuldigte Person in Frage kommt und diese zeitnah zum Vorfall befragt werden kann. Die angeschuldigte Person muss ohnehin in einem formell korrekten Rahmen einvernommen werden. Die Voruntersuchung ist zu eröffnen und die nunmehr angeschuldigte Person ist unter Wahrung der ihr zustehenden Rechte zu befragen. Ausschlaggebend für die Qualität der Aussagen ist, dass die angeschuldigte Person spätestens 36 Stunden nach dem Vorfall befragt wird. Die Befragung hat nicht durch die

Uniformpolizei, sondern durch die Untersuchungsbehörde im Beisein einer medizinisch sachverständigen Person zu erfolgen.

Wo eine Befragung innert dieser Frist nicht möglich ist, ist ein Gedächtnisprotokoll hilfreich. Damit wird vermieden, dass wichtige Informationen vergessen gehen. Das Gedächtnisprotokoll muss, damit dessen Verwertung im Strafverfahren problemlos möglich ist, formell korrekt erhoben werden. Die angeschuldigte Person ist von der Untersuchungsbehörde über die Eröffnung der Strafverfolgung gegen sie sowie über ihre Rechte, also auch über das Aussage- und Mitwirkungsverweigerungsrecht, in Kenntnis zu setzen. Die Belehrung ist schriftlich festzuhalten und von der angeschuldigten Person unterschrieben zu bestätigen. Anschliessend ist die angeschuldigte Person von der Untersuchungsbehörde aufzufordern, ein Gedächtnisprotokoll einzureichen.

3.2 Hinreichender Tatverdacht

Wo ein hinreichender Tatverdacht besteht, d.h. wo mutmasslich von einem Behandlungsfehler ausgegangen werden muss, aber unklar ist, gegen wen sich ein allfälliger Behandlungsfehlerwurf richtet, ist die Voruntersuchung gegen unbekannte Täterschaft zu eröffnen. Sämtliche beteiligten Personen sind als Auskunftspersonen zu behandeln und unter Wahrung ihrer Parteirechte zu befragen resp. aufzufordern, ein Gedächtnisprotokoll zu verfassen.

Konkretisiert sich der Tatverdacht im Verlaufe der Ermittlungen gegen bestimmte Personen, ist die Voruntersuchung auf diese auszudehnen.

3.3 Anfangsverdacht

Wo noch völlig unklar ist, was geschehen und wer wie beteiligt ist, wo also lediglich ein Anfangsverdacht auf Vorliegen eines Behandlungsfehlers besteht, kann ein Gedächtnisprotokoll wichtige Anhaltspunkte liefern.

Dem Gedächtnisprotokoll kommt hier eine ähnliche Funktion zu wie eine rein informatorische Befragung durch die Polizei der am Unfallplatz anwesenden Personen anlässlich eines Verkehrsunfalls. Kristallisiert sich aus den Gedächtnisprotokollen ein den Anfangsverdacht übersteigender Verdacht gegen einzelne Person heraus oder ergreifen die Untersuchungsbehörden gegenüber einer verdächtigen Person Massnahmen, muss die betreffende Person als Auskunftsperson oder angeschuldigte Person belehrt und nach erfolgter Belehrung zum Verfassen eines neuen Gedächtnisprotokolls aufgefordert werden. Es steht der zum Verfassen eines Gedächtnisprotokolls aufgeforderten Person frei, sich auf das erste Gedächtnisprotokoll zu stützen, welches sie in Unkenntnis ihrer prozessualen Rolle und des Aussageverweigerungsrechts verfasst hat. Es steht ihr auch frei, der Verwendung des ersten Gedächtnisprotokolls zuzustimmen. Hingegen können die Untersuchungsbehörden nicht von sich aus auf das erste Gedächtnisprotokoll abstellen, ohne zu riskieren, dass dieses nicht verwertet werden darf.

3.4 Kein Verdacht

Wurde eine Meldung vorgenommen, sei dies nun eines aussergewöhnlichen Todesfalles oder einer schweren Körperverletzung, verfasst die Polizei einen Bericht zu Handen der Untersuchungsbehörde. Besteht kein Verdacht auf Vorliegen eines Behandlungsfehlers, hat der Untersuchungsrichter der Staatsanwaltschaft einen Nichteröffnungsantrag gemäss Art. 227 StrV zu unterbreiten. Stimmt der Staatsanwalt dem Antrag zu, ist dieser zum Beschluss erhoben

(Art. 229 StrV). Unter Umständen haben die Angehörigen der verstorbenen Person resp. der betroffene Patient ein Interesse an der Abklärung des Sachverhaltes und damit an der Eröffnung der Strafverfolgung. Ihnen steht ein Rekursrecht gegen diesen Beschluss zu (Art. 322 Ziff. 1 i.V.m. Art. 323 Abs. 2 StrV).

VI. Schlussbetrachtung

Die Obduktion im Beispielfall ergab, dass die Ursache für den sauerstoffbedingten Hirntod der Patientin in einem fast kompletten Verschluss des oberen Abschnittes der Luftröhre durch ein Blutgerinnsel lag. Das Gutachten des Institutes für Rechtsmedizin wurde fast ein Jahr nach dem Vorfall erstellt und stützte sich auf den Obduktionsbericht, die Krankengeschichte des Regionalspitals und das Gedächtnisprotokoll der Pfleger. Einvernahmen der beteiligten Medizinalpersonen lagen zu diesem Zeitpunkt keine vor, weitere Gedächtnisprotokolle ebenfalls nicht. Der Gutachter führte aus, dass das Blutgerinnsel nicht nur die Sauerstoffzufuhr in die Lunge, sondern auch die intensivmedizinischen Massnahmen im Rahmen des Einlegens des Beatmungsschlauches durch den Luftröhreneinschnitt erschwert hatte. Der Grund für das Blutgerinnsel wurde in der länger dauernden künstlichen Beatmung gesehen. Der Gutachter kam zum Schluss, dass der Tod der Patientin Folge von schicksalhaft aufgetretenen Komplikationen der ersten Operation sowie der durch diese Komplikation aufgetretenen länger dauernden künstlichen Beatmung der Patientin sei. Behandlungsfehler seitens der Ärzte bestünden keine. Das Obergutachten, welches drei Jahre später erstellt wurde, stützte sich unter anderem auf die Krankenakten, das erste Gutachten, die angefertigten Röntgenbilder, diverse Fallbesprechungen sowie auf das Gedächtnisprotokoll des Ehemannes der Verstorbenen. Das Obergutachten kam anders als das Erstgutachten zum Schluss, dass sich das Blutgerinnsel nach den akuten Komplikationen mit der Beatmung gebildet haben dürfte. Ebenfalls kam das Obergutachten zum Schluss, dass spätestens zum Zeitpunkt des Erkennens des Hautemphysems im Gesicht an weitere Komplikationen wie beispielsweise an einen Spannungspneumothorax hätte gedacht werden müssen und dass die Massnahmen zur Behebung der Komplikation zwar richtig, aber zu spät getroffen worden seien. Gestützt darauf wurde Dr. A dem urteilenden Gericht überwiesen. Ihm wurde unter anderem vorgeworfen, die die Anzeichen der lebensbedrohlichen Situation nicht erkannt und die notwendigen medizinischen Massnahmen nicht ergriffen oder veranlasst zu haben. Dr. A wurde mangels hypothetischer Kausalität (aufgrund der konstitutionellen Prädisposition der Patientin konnte nicht gesagt werden, dass sie durch das frühzeitige Einführen eines lagekorrekten Tubus und das Einlegen der Thorax-Drainagen mit höchster Wahrscheinlichkeit hätte gerettet werden können) und mangels Sorgfaltspflichtverletzung (die missglückten Handlungen – der Repositionsversuch des Tubus und die Umintubation – waren gemäss Beweisverfahren auf die Existenz eines Blutgerinnsels zurückzuführen, welches eine nicht voraussehbare Komplikation war, ausserdem ergab das Beweisverfahren, dass Frau Dr. B. den Spannungspneumothorax zum frühestmöglichen Zeitpunkt erkannt hatte und Dr. A. deshalb nicht zur Last gelegt werden konnte, keine Thoraxdrainage gelegt oder veranlasst zu haben) sowohl erst- wie auch oberinstanzlich vom Vorwurf der fahrlässigen Tötung freigesprochen. Die erstinstanzliche Hauptverhandlung fand fast sechs, die oberinstanzliche sechseinhalb Jahre nach dem Tod der Patientin statt.

Der Beispielfall ist hinsichtlich der Verfahrensdauer kein Ausnahmefall und illustriert, dass solche Strafverfahren sehr lange dauern. Die beteiligten Medizinalpersonen werden anlässlich der erst- und oberinstanzlichen Hauptverhandlung erst nach Jahren befragt. Es ist daher nicht erstaunlich, dass Erinnerungen an die Details des Vorfalls kaum noch vorhanden sind, zumal während der Zeit zwischen Vorfall und Befragung viele Behandlungen, Operationen etc.

durchgeführt wurden. Der Beispielfall zeigt weiter, dass Gedächtnisprotokolle wichtige Beweismittel sind, denen bei der Befragung der beteiligten Medizinalpersonen sowie beim Verfassen des medizinischen Gutachtens eine zentrale Rolle und im Rahmen der Beweiswürdigung aufgrund ihrer zeitlichen Nähe zum Vorfall eine besondere Beweiskraft zukommt. Es ist daher evidentermassen wichtig, dass Gedächtnisprotokolle in der richtigen Form, also nach Belehrung des Verfassers über das Aussage- und Mitwirkungsverweigerungsrecht, erhoben werden, um deren Verwertbarkeit und die Verwertbarkeit der auf den Gedächtnisprotokollen basierenden weiteren Beweismittel wie beispielsweise des medizinischen Gutachtens nicht zu gefährden.

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung zum geltenden Recht besteht bei schweren Straftaten kein absolutes Verwertungsverbot. Vielmehr unterstehen Aussagen, welche unter Verletzung des Aussageverweigerungsrechts zustande gekommen sind, einer Interessenabwägung. Indirekte Beweise, welche auf solchen Aussagen basieren, unterstehen nur dann einem Verwertungsverbot, wenn sie ohne die vorhergehende Aussage nicht möglich gewesen wären. Zwar kann in Anwendung dieser Rechtsprechung davon ausgegangen werden, dass die Verwertung unrechtmässig erhobener Gedächtnisprotokolle bei den aus Behandlungsfehlern resultierenden Tatbeständen der fahrlässigen Tötung und der fahrlässigen schweren Körperverletzung grundsätzlich möglich ist (vgl. oben Ziff. IV/2). Die derzeitige Haltung des Bundesgerichts entbindet die Untersuchungsbehörde jedoch nicht von der Pflicht, formelle Regeln einzuhalten und auch nicht von der Verantwortung, für ein faires und rechtsstaatliches Verfahren zu sorgen. Zudem erübrigt sich durch die formellrechtlich saubere Beweismittelerhebung die Auseinandersetzung mit der angeschuldigten Person resp. mit deren Verteidigung über die Verwertbarkeit der Gedächtnisprotokolle. Dies gilt umso mehr, als nach der am 1.1.20011 in Kraft tretenden StPO kein Platz für eine Interessenabwägung mehr bleibt, wie sie das Bundesgericht unter geltendem Recht vornimmt und indirekte Beweise, welche auf „faulen“ Beweisen basieren, ebenfalls nicht verwertet werden dürfen.

Strafverfahren, die Behandlungsfehler untersuchen, sind komplizierte, komplexe und langwierige Verfahren, welche die Untersuchungsbehörde fordern. Der Ruf nach spezialisierten Untersuchungsrichtern ist deshalb legitim. Eine Spezialisierung garantiert qualitativ hoch stehende und zielgerichtet geführte Strafverfahren. Durch die Spezialisierung im medizinischen Bereich verfügen die Untersuchungsrichter über ein medizinisches Grundwissen, vertiefte Kenntnisse und Erfahrung im Bereich der Fahrlässigkeitsdelikte und institutionalisierte Kontakte zu medizinischen und rechtsmedizinischen Fachstellen. Das angeeignete Spezialwissen hilft bei der Gutachterausswahl, der Formulierung der Gutachterfragen, beim Verstehen des Gutachtens und der darin gezogenen Schlüsse. Auch bei der Befragung von Medizinalpersonen hilft das Spezialwissen, die richtigen Fragen zu stellen, die Antworten zu verstehen und die richtigen Folgefragen zu stellen. Mit der Spezialisierung und der Erfahrung kann ein Untersuchungskonzept erarbeitet werden, welche sich mit Anpassungen auf sämtliche Behandlungsfehlerfälle anwenden lässt und so der Verfahrenseffizienz dient.

Die Einführung und Förderung entsprechender interdisziplinärer Weiterbildungsangebote für interessierte Untersuchungsrichter ist wünschens- und hinsichtlich Verfahrenseffizienz erstrebenswert, wenn auch die Fälle, in denen medizinische Behandlungsfehler Gegenstand der Untersuchungen sind, nicht sehr zahlreich sind.

Ich erkläre hiermit, dass ich die vorliegende Arbeit resp. die von mir ausgewiesene Leistung selbständig, ohne Mithilfe Dritter und nur unter Ausnützung der angegebenen Quellen verfasst resp. erbracht habe.

Bern, 8. Mai 2009

Géraldine Kipfer