

## 1. Einleitung

Ziel dieser Arbeit ist es, die Möglichkeiten einer effizienten, verantwortungsbewussten Strafverteidigung bei Auswahl und Leitung von Sachverständigen darzustellen und zu bewerten.

Dazu ist es zunächst einmal nötig, einen allgemeinen Blick auf die Aufgaben des Sachverständigen und die Entwicklung der Bedeutung des Sachverständigenbeweises zu werfen.

Der Sachverständige hilft kraft seiner Sachkunde dem Gericht bei der Beurteilung einer Beweisfrage.<sup>1</sup> Dies kann zunächst in der Mitteilung einfacher, wissenschaftlicher Erfahrungssätze liegen. In der Regel stellt der Sachverständige aber bereits Tatsachen fest, die nur auf Grund besonderer Sachkunde wahrgenommen und beurteilt werden können.. Schließlich zieht er aus diesen Tatsachen nach wissenschaftlichen Regeln Schlussfolgerungen.<sup>2</sup> Im Gegensatz zum Zeugen, der nur Tatsachen feststellt und keine Schlussfolgerungen zieht, ist der Sachverständige austauschbar und ersetzbar.<sup>3</sup>

In der Abgrenzung zu den Aufgaben anderer Prozessbeteiligter ist der Sachverständige lediglich „Gehilfe des Richters“.<sup>4</sup> Daraus folgt, dass der Sachverständige zur Mitteilung von wissenschaftlichen Folgerungen angehalten ist, aber gerade keine rechtliche Würdigung der Tatsachen durchführen darf. Dieses ist ureigenste Aufgabe des Gerichts, das die Überzeugungskraft des Gutachtens überprüfen muss und dessen Ergebnisse nicht unkontrolliert in das Urteil übernehmen darf. Andererseits muss das Gericht, wenn es vom Ergebnis des Sachverständigen abweichen will, seine Auffassung unter Auseinandersetzung mit dessen Gutachten in nachprüfbarer Weise begründen.<sup>5</sup>

Dabei ist nicht zu bestreiten, dass sich die Bedeutung des Sachverständigenbeweises im Kanon der anderen Beweismittel auf Grund gesellschaftlicher Entwicklungen verändert.

---

<sup>1</sup> *Roxin*, Strafverfahrensrecht, 225.

<sup>2</sup> BGH 9, 293, 294 ff..

<sup>3</sup> ausführlich *Roxin*, Strafverfahrensrecht, 226.

<sup>4</sup> BGH 9, 293 f..

<sup>5</sup> BGH NStZ 83, 377, 378; *Roxin*, Strafverfahrensrecht, 225.

Im modernen deutschen Strafprozess ist der Einfluss von Sachverständigen auf die gerichtlichen Entscheidungen in den letzten Jahrzehnten aufgrund von rasanten Fortentwicklungen der Kriminaltechnik und auch der Rechtsmedizin ständig angewachsen. Die Naturwissenschaften verdoppeln ihren Kenntnisstand, gemessen an Patenten und Publikationen, je nach Forschungsrichtung längstens alle 15 Jahre.<sup>6</sup> Vieles, vor Jahren noch undenkbar, gehört mittlerweile zum bekannten kriminaltechnischen Standard: kleinste Tröpfchen von Speichel, Blut oder Sperma ermöglichen die Zuordnung zu einem Individuum; winzige Lacksplitter offenbaren Marke, Farbe und Baujahr des flüchtigen Fahrzeugs, und es ist z.B. möglich geworden, aus sichergestellten Brandschutt unverbrannte Mengen des Brandbeschleunigers herauszudestillieren und die Benzinmarke zu bestimmen.<sup>7</sup>

Die Arbeitsgebiete von forensischen Sachverständigen sind vielfältig geworden, mithin der Umgang aller Verfahrensbeteiligten bei juristischer Einordnung und Kontrolle des Gutachtenergebnisses erschwert, da der Abstand des notwendigen naturwissenschaftlichen und psychologischen Sachverständigen zwischen dem Sachverständigen und den übrigen Verfahrensbeteiligten ständig wächst. Dies gilt in besonderem Maße für den Verteidiger, der ein für den Mandanten ungünstiges Gutachtenergebnis angreifen will und nicht nur bestätigen muss.

Kriminaltechnische Gutachtertätigkeit entfaltet sich an Bodenproben, Brandschutt, Faserspuren, Fingerspuren, an sämtlichen Spuren menschlicher Herkunft (DNA-Merkmale), vergleichenden Haaruntersuchungen, serologischen Untersuchungen von menschlichen Sekreten, vergleichender Lackuntersuchung, Schmauchspuren, Schussentfernungsbestimmungen, Werkzeugspuren, an der Identifikation von Faxgeräten, PC-Druckern, Schreibmaschinen und Fotokopiergeräten, Fotografien, Geruchsspuren, Handschriften, der Identifikation von Kunststoffen, Kleber- bzw. Klebebändern, der Altersbestimmung von Urkunden und Unterschriften, an Stimmerkennung und linguistischen

---

<sup>6</sup> Neuhaus, Strafverteidigung, § 28, Rn.4.

<sup>7</sup> Neuhaus, Strafverteidigung, § 28, Rn.2.

Merkmale, der Rekonstruktion von Verkehrsunfällen und schließlich an Insektenansammlungen am Fundort einer Leiche.<sup>8</sup>

Die Aufgaben des forensisch tätigen, psychiatrischen Gutachters betreffen hingegen die aufgehobene oder verminderte Schuldfähigkeit, die Reifebeurteilung von Jugendlichen und Heranwachsenden, Sozial- und Kriminalprognose bei psychisch kranken Straftäter (Maßregelprognose), die Kriminalprognose bei langjährig untergebrachten Strafgefangenen (Entlassungsprognose) und die Glaubwürdigkeit von Zeugen.

Diese Vielschichtigkeit der von Gerichten zu entscheidenden Fragen führt zu einem Zustand, dass Richter auf Grund von Gutachten entscheiden müssen, die sie zum Teil schlechterdings nicht mehr verstehen.<sup>9</sup> Damit wird die zentrale Frage in der Zusammenarbeit von Richtern, Staatsanwälten und Verteidigern mit Sachverständigen gestellt: Wieviel Naturwissenschaft und Psychologie ist im Gerichtssaal nötig und wieviel ist möglich?<sup>10</sup>

Diese allgemeine „Krise des Sachverständigenbeweises“ kann im Hinblick auf seine Bedeutungserweiterung dazu führen, dass Sachverständigengutachten in Verfahren in vielfacher Hinsicht für den Angeklagten entscheidend werden. Polarisierungen um die Rolle des Sachverständigen als „Gutachter des Gerichts“, „Gutachter der Staatsanwaltschaft“ oder „Gutachter der Verteidigung“ zeigen auf, dass der Gutachter in der Gerichtswirklichkeit wohl mehr darstellt, als die ihm zugeordnete Funktion „Gehilfe des Richters“ ausdrückt.

Diesem Wandel hat die Strafverteidigung bei Auswahl und Leitung von Sachverständigen Rechnung zu tragen.

## **2. Die Auswahl des Sachverständigen**

Die Auswahl des – vor allem psychiatrischen - Sachverständigen gehört daher zu den „heißesten Problemen der ganzen Gutachtenerstattung“.<sup>11</sup> Der Stand des Verfahrens sowie die bereits entfalteten Aktivitäten der

---

<sup>8</sup> vgl. *Neuhaus*, Strafverteidigung, § 28, Rn.114-119.

<sup>9</sup> bereits 1980 *Lange*, NJW 1980, 2729, 2730

<sup>10</sup> *Rasch*, NStZ 1992, 257, 258.

<sup>11</sup> *Rasch*, Forensische Psychiatrie, 1986, 16; *Detter*, der Sachverständige im Spannungsfeld zwischen Staatsanwaltschaft, Verteidigung und Gericht, 283, 285.

Verfahrensbeteiligten bezüglich der Auswahl eines Sachverständigen schaffen verschiedene prozessstrategische Situationen, welche die Verteidigung jeweils vor andere Problemzusammenhänge stellt. Es ist zunächst zu differenzieren, dass die Verteidigung – zumeist schon im Ermittlungsverfahren - die Erstellung eines Sachverständigengutachtens für sinnvoll erachtet, die Staatsanwaltschaft und das erkennende Gericht in dieser Richtung keine Aktivitäten entfalten. Dann ist weiter denkbar, dass die Staatsanwaltschaft bereits im Ermittlungsverfahren einen Sachverständigen beauftragt, wenn der hinreichende Tatverdacht von einer Frage abhängt, deren Beantwortung nur mit Fachkenntnissen möglich ist. Dieses kann in kombinatorischer Verknüpfung mit Bemühungen der Verteidigung einen Sachverständigen zu beauftragen, geschehen. Schließlich ist die alleinige Beauftragung durch das erkennende Gericht im Zwischen- bzw. Hauptverfahren möglich, wenn weder Staatsanwaltschaft noch Verteidigung einen Sachverständigen beauftragt haben.

Um diese verschiedenen Verfahrensabläufe für die Mitwirkungsmöglichkeiten der Verteidigung einordnen zu können, ist zunächst das grundsätzliche, gesetzliche Programm zur Auswahl des Sachverständigen darzustellen.

## **2.1 Die grundsätzliche gesetzliche Systematik**

Die zentrale gesetzliche Regelung zur Auswahl des Sachverständigen ist in § 73 I S.1 StPO zu finden.

Danach erfolgt *„die Auswahl der zuzuziehenden Sachverständigen und die Bestimmung ihrer Anzahl durch den Richter“*. Die erste grammatikalische Auslegung des § 73 I S.1 StPO legt somit ersichtlich einen Richtervorbehalt nahe, welcher die Sachverständigenauswahl dem erkennenden Richter oder im Ermittlungsverfahren dem Ermittlungsrichter zuweist. Auch historisch liegt der Konzeption des § 73 I S.1 StPO dieser Richtervorbehalt zugrunde<sup>12</sup>, der als Garant für die Unabhängigkeit und Neutralität des Sachverständigen verstanden wurde.<sup>13</sup> Nun ergab sich mit der Einführung des § 161 a I S.2 StPO durch das „Erste Gesetz zur Reform

---

<sup>12</sup> Sarstedt, NJW 1968, 177, 178; Bandler, Der psychowissenschaftliche Sachverständige im Strafverfahren, 297, 299; Jessnitzer, StV 1982, 177, 178 j. m. w. N..

<sup>13</sup> Bandler, Der psychowissenschaftliche Sachverständige im Strafverfahren, 297, 299.

des Strafverfahrensrechts vom 09.12.1974“; dass Sachverständige verpflichtet sind, „auf Ladung vor der Staatsanwaltschaft zu erscheinen und zur Sache auszusagen oder ihr Gutachten zu erstatten.“ Die Einführung des § 161 a StPO diene der Konzentration des Ermittlungsverfahrens in der Hand der Staatsanwaltschaft, der Straffung und Beschleunigung des Ermittlungsverfahrens sowie der optimalen Aufklärung des Sachverhalts.<sup>14</sup> Durch diese damals in der Literatur wenig beachtete Novellierung des Sachverständigenrechts ergibt sich nunmehr die alleinige Zuständigkeit der Staatsanwaltschaft für die Bestellung von Sachverständigen im Ermittlungsverfahren.<sup>15</sup> Dadurch muss nun auch der zuständige Ermittlungsrichter den Sachverständigen anhören, dessen Vernehmung die Staatsanwaltschaft beantragt hat.<sup>16</sup>

Im Stadium des § 163 StPO, also bei „allen keinen Aufschub gestattenden Anordnungen, um die Verdunklung zu verhüten“; liegt die Zuständigkeit für die Bestellung eines Sachverständigen gemäß §§ 161 a I S.2, 163 I S.1 StPO sogar bei den Behörden und Beamten des Polizeidienstes. Diese Zuständigkeit dürfte sich in praxi jedoch kaum auf die Bestellung eines psychiatrischen Sachverständigen auswirken, da gemäß § 163 II StPO „die Verhandlungen ohne Verzug der Staatsanwaltschaft zu übersenden sind“.

Im Ergebnis der systematischen Abgrenzung des Normengefüges bezieht sich der § 73 I S.1 StPO daher nach ganz h.M.<sup>17</sup> nur auf das gerichtliche Verfahren ab Eröffnung des Zwischenverfahrens, wobei mit der Kompetenzverschiebung vom Richter auf den Staatsanwalt im Ermittlungsverfahren die Vorteile der Konzentrationsmaxime des § 161 a StPO gewonnen werden, aber auch gleichzeitig die Neutralität des Sachverständigen in bedenkenswerter Weise tangiert wird. Zwar erscheint es zu pointiert, die Wandlung des Sachverständigen vom „Gehilfen des Richters“ zum „Hilfsbeamten der Staatsanwaltschaft“ zu konstatieren<sup>18</sup>, da schon die Eidesformel des § 79 II StPO eine neutrale Rolle des

---

<sup>14</sup> Kleinknecht/ Meyer-Goßner, § 161 a, Rn.1 m. w. N.; Roxin, Strafverfahrensrecht, 228, Rn.11.

<sup>15</sup> Kleinknecht/ Meyer-Goßner, § 73 Rn.1 i. V. m. § 161 a Rn.12.

<sup>16</sup> Kleinknecht/ Meyer-Goßner, § 73 Rn.1, LR- Dahs, Rn.3.

<sup>17</sup> Kleinknecht/ Meyer-Goßner, § 73 Rn.1 m. z. w. N..

<sup>18</sup> Bandler, Der psychowissenschaftliche Sachverständige im Strafverfahren, 297, 299.

Sachverständigen verlangt, dennoch ist die Gefahr für den forensischen Psychiater oder Psychologen, sich den mehr oder weniger versteckt bekundeten Interessen der beauftragenden Staatsanwaltschaft zu beugen, sehr groß.<sup>19</sup> Neben der Erkenntnis, dass die psychiatrische Begutachtung im Strafverfahren – ganz unabhängig von ihrer Qualität – keine objektive von der Person des Gutachters losgelöste Diagnose benutzt und benutzen kann<sup>20</sup>, stehen auch niedergelassene Psychologen, die forensische Gutachten erstellen wollen, in einem harten Konkurrenzkampf.<sup>21</sup> Die Gefahr, dass der Gutachter sich in diesem Spannungsfeld dem Druck ergebnisorientierter Rezeptionen der Staatsanwaltschaft beugt, ist, zumal es offenbar regional sehr unterschiedliche Traditionen und Verhältnisse gibt<sup>22</sup>, durch die beschriebene Kompetenzverschiebung deutlich erhöht. Der erkennende Richter kann jedoch im Rahmen des § 73 I S.1 StPO einen anderen Sachverständigen, als den durch die Staatsanwaltschaft gewählten, bestellen, ist dazu aber nicht verpflichtet.<sup>23</sup> Genau betrachtet, liegt damit eine auf den Verfahrensstand bezogene Doppelkompetenz zur Auswahl des Sachverständigen vor.

In der Praxis ist nun aber festzustellen, dass der im Vorverfahren zugezogene Sachverständige meist der einzige Sachverständige im Verfahren bleibt, mithin wird der in der Hauptverhandlung tätige Sachverständige häufig von der Staatsanwaltschaft vorbestimmt.<sup>24</sup> Diese wählt Sachverständige aus, die ihr aus anderen Verfahren bekannt sind und eine aus ihrer Sicht angemessene Begutachtung des Beschuldigten garantieren. Zwar ist der erkennende Richter im Hauptverfahren nicht daran gehindert, weitere Gutachter im Rahmen des §§ 73, 81 StPO zu bestellen, dennoch impliziert ein solches Vorgehen aus Richtersicht immer weitere Verfahrenskomplikationen: Abweichende Gutachtenergebnisse, Verfahrensverzögerungen und zusätzliche Kosten.<sup>25</sup>

---

<sup>19</sup> Müller-Luckmann, Der Sachverständige im Strafverfahren, 279, 280.

<sup>20</sup> Rode/Legnaro, StV 1995, 496 m. w. N..

<sup>21</sup> Müller-Luckmann, Der Sachverständige im Strafverfahren, 279.

<sup>22</sup> Leygraf, Was ist ein guter Sachverständiger ?, 267, 270.

<sup>23</sup> Ständige Rechtsprechung des BGH, BGH 44, 26, 32 m. w. N..

<sup>24</sup> Rieß, LR, § 161 a, Rn.25; Detter, der Sachverständige im Spannungsfeld zwischen Staatsanwaltschaft, Verteidigung und Gericht, 283, 285.

<sup>25</sup> Bendler, Der psychowissenschaftliche Sachverständige im Strafverfahren, 297, 302.

Neuere statistische Untersuchungen zum Auswahlverhältnis im Bezugssystem § 161 a StPO versus § 73 I S.1 StPO existieren nicht, dennoch erfolgte bereits 1978 in 43 % aller untersuchten Verfahren ( 1568 Verfahren eines Landgerichtsbezirks ) die Auswahl des Sachverständigen bereits im Vorverfahren durch die Staatsanwaltschaft.<sup>26</sup> In Kapitalstrafsachen dürfte die Auswahlhäufigkeit durch die Staatsanwaltschaft mittlerweile bei über 90 % liegen.<sup>27</sup>

Es ist daher im folgenden zu untersuchen, welche Möglichkeiten der Verteidigung bleiben, auf die Auswahl des Sachverständigen Einfluss zu nehmen.

## **2.2 Nr. 70 I RiStBV**

Die Beteiligung des Angeklagten bei der Bestellung eines Sachverständigen im Vorverfahren durch die Staatsanwaltschaft ist in Nr. 70 I RiStBV geregelt. Danach gibt der Staatsanwalt *„dem Verteidiger Gelegenheit, vor Auswahl eines Sachverständigen Stellung zu nehmen, es sei denn, dass Gegenstand der Untersuchung ein häufig wiederkehrender, tatsächlich gleichartiger Sachverhalt ( z.B. Blutalkoholgutachten ) ist oder eine Gefährdung des Untersuchungszwecks ( § 147 II StPO ) oder eine Verzögerung des Verfahrens zu besorgen ist.“*

Es kann danach nicht in Zweifel gezogen werden, dass der Beschuldigte vor der Bestellung eines Sachverständigen dann zu hören ist, wenn es nicht nur um alltägliche Sachverhalte geht, sondern um die Auswahl eines Sachverständigen der den Ausgang des Verfahrens entscheidend mitbestimmt.

Im informellen Verteidigungsprogramm ist damit einerseits angezeigt, dass dem Strafverteidiger gerade im Kapitalbereich bei der Verständigung mit dem der Staatsanwaltschaft ein hohes Maß an Verantwortung zukommt.<sup>28</sup>

Andererseits hat der Beschuldigte über die Anhörung hinaus keinen Einfluss darauf, welchen Sachverständigen die Staatsanwaltschaft auswählt. Es ist somit zuzustimmen, dass vor allem wegen einer fehlenden Sanktion des Nr. 70 RiStBV diese Vorschrift keine besondere Bedeutung

---

<sup>26</sup> Barton, StV 1983, 73, 74.

<sup>27</sup>so Detter im Vortrag „Der Sachverständige“ am 25.03.2002 an der Fernuniversität Hagen.

<sup>28</sup>Bockemühls, Handbuch des Fachanwalts für Strafrecht, Teil E, Rn.25.

im formellen Verteidigungsprogramm für den Angeklagten erlangt hat.<sup>29</sup> Zwar wird neuerdings argumentiert, dass eine Missachtung der Anhörung des Beschuldigten gemäß Nr.70 I RiStBV eine Verletzung des einfachrechtlichen und zugleich verfassungsgemäßen Rechts der § 163 a I StPO, Art. 103 GG darstelle. Wird das rechtliche Gehör also nicht gewährt und beruht die Anklage auf dem von der Staatsanwaltschaft eingeholten Gutachten, so hat der Vorsitzende die Anklageschrift an die Staatsanwaltschaft zurückzugeben und die Mitteilung nach § 201 I StPO zu verweigern.<sup>30</sup> Selbst wenn man hier unterstellt, die Nachholung des rechtlichen Gehörs gemäß § 33 a StPO sei dem Richter verwehrt, so wird doch nur die Anhörung durch die Staatsanwaltschaft nachgeholt. Eine effektive Verteidigungsmöglichkeit bietet dieses Vorgehen nicht.

Zudem bietet der Verweis in Nr. 70 I RiStBV auf § 147 II StPO soweit der Zeitpunkt des § 169 a StPO nicht erreicht ist, der Staatsanwaltschaft die Möglichkeit, die Anhörung der Verteidigung bei der Auswahl des Sachverständigen gänzlich auszuschließen. Dies ist dann der Fall, wenn durch die Beteiligung der Verteidigung *„eine Gefährdung des Untersuchungszwecks zu besorgen ist“*: Eine konkrete Gefahr ist dafür nicht erforderlich<sup>31</sup>, diese kann aber auch nicht darin gesehen werden, dass die Verteidigung dem Beschuldigten möglicherweise rät, von seinem Recht auf Aussageverweigerung gegenüber dem Sachverständigen Gebrauch zu machen.

In der Auslegung und Handhabung des Nr. 70 I RiStBV i. V. m. § 147 II StPO durch die Staatsanwaltschaft bestehen starke regionale Unterschiede, die von einer einvernehmlichen Auswahl bis zur grundsätzlichen Verweigerung der Akteneinsicht bis der von der Staatsanwaltschaft ausgewählte Sachverständige die Untersuchung des Beschuldigten abgeschlossen hat, reichen. Dabei wird teilweise Nr. 70 I RiStBV lediglich als Informationsverpflichtung begriffen und jegliche Einflussnahme der Verteidigung auf die Auswahl des Sachverständigen abgeblockt.<sup>32</sup>

---

<sup>29</sup> Detter, Festschrift für Salger, 231, 232 m. w. N.

<sup>30</sup> Wagner, StV 2000, 544, 545.

<sup>31</sup> Kleinknecht/ Meyer-Goßner, § 147, Rn.25.

<sup>32</sup> So laut Grabow, StV 1999, 465, grundsätzlich z.B. die Staatsanwaltschaft München in Kapitalstrafverfahren.



Ist eine Verständigung mit dem Staatsanwalt hinsichtlich der Auswahl des Sachverständigen gescheitert, so stellt sich die Frage, ob man eine Begutachtung mit dem vom Staatsanwalt gewünschten Sachverständigen erfolgen lässt, oder ob eine derartige Begutachtung im Wege einer Schweigeempfehlung an den Mandanten unterbunden wird.<sup>33</sup> In diesem Fall des Gutachtenverweigerungsrechts – darauf wird noch gesondert einzugehen sein – ist zu beachten, dass das erkennende Gericht nach h.M.<sup>34</sup> gemäß § 244 II, IV S.2 StPO keinen weiteren Gutachter beauftragen muss, sondern der beauftragte Sachverständige ohne Exploration des Beschuldigten eine gutachtliche Stellungnahme in der Hauptverhandlung abgeben kann. Dann wird die Verteidigung vor dem Problem stehen einen weiteren, zweiten Gutachter in den Prozess einführen zu müssen, sofern das Gutachtenergebnis für den Beschuldigten nachteilige Wirkungen zeitigt.

Schließlich ist zu fragen, ob das Normsystem der §§ 73, 161 a I StPO, Nr. 70 I RiStBV Raum für eine Überprüfung durch die Beschwerde gemäß § 304 ff. StPO lässt.

Die verschiedene OLG- Rechtsprechung hat insoweit einhellig entschieden, dass die Entscheidungen der Staatsanwaltschaft oder des Gerichts zur Auswahl des Sachverständigen weder im Ermittlungsverfahren noch nach Anklageerhebung mit der Beschwerde angefochten werden können.<sup>35</sup>

Zwar ist die Beschwerde *„gegen alle von den Gerichten (...) erlassenen Beschlüsse und gegen Verfügungen des Vorsitzenden (...) zulässig, soweit das Gesetz sie nicht ausdrücklich einer Anfechtung entzieht.“* Der gesetzliche Ausschluss einer Beschwerdeanfechtung findet sich in den § 73 ff. StPO zwar nicht, dennoch unterliegen gemäß § 305 I StPO auch *„Entscheidungen der erkennenden Gerichte, die der Urteilsfällung vorausgehen“*; der Beschwerdeanfechtung ebenfalls nicht. Nun wird die Auswahl des Sachverständigen regelmäßig, als eine dem Urteil zeitlich und sachlich vorausgehende und mit diesem in einem inneren Zusammenhang stehende Entscheidung bewertet.<sup>36</sup> Dieses ist auch insoweit vom Wortlaut

---

<sup>33</sup> Bockemühs, Handbuch des Fachanwalts für Strafrecht, Teil E, 527.

<sup>34</sup> grundlegend BGH 44, 26 ff..

<sup>35</sup> zuletzt OLG Schleswig, StV 2000, 543; aber auch OLG Celle MDR 1966, 949; OLG Hamm MDR 1970, 863; OLG Hamburg MDR 1972, 1048; OLG Düsseldorf VRS 80, 353.

<sup>36</sup> Ausdrücklich OLG Schleswig, StV 2000, 543 m. z. w. N..

des § 305 I StPO gedeckt, da die Gutachtenerstellung gerade die Beweisaufnahme zur Urteilsfindung vorbereitet. Es folgt jedoch aus dieser Rechtsprechung, dass die Beschwerde gemäß § 305 I StPO regelmäßig unzulässig ist und der Angeklagte die Auswahl des Sachverständigen allein über die Revision in Verbindung mit §§ 74, 22 StPO rügen kann.

Die Verengung des Rechtsschutzes gegen die Bestellung des Sachverständigen wird auch vor Entscheidung der Eröffnung des Hauptverfahrens unter Berufung auf §§ 202, 304 I StPO fortgeführt. Dort heißt es, *„bevor das Gericht die Eröffnung des Hauptverfahrens entscheidet, kann es zur besseren Aufklärung der Sache einzelne Beweiserhebungen anordnen. Der Beschluss ist nicht anfechtbar.“*

Nichts anderes gilt nun nach h.M.<sup>37</sup> auch, wenn die Staatsanwaltschaft die Auswahl des Gutachters übernimmt. Zwar gelten die §§ 202, 304 I StPO nach ihrer systematischen Stellung gerade nicht für das Ermittlungsverfahren, dennoch werde die Unanfechtbarkeit durch den Grundsatz der freien Gestaltung des Ermittlungsverfahrens und das Legalitätsprinzip nahegelegt ( vgl. § 161 StPO ).<sup>38</sup> Jedes andere Verständnis, etwa die Annahme, der einzelne Ermittlungsschritt und die bis dahin führende jeweilige Entscheidung sei im Wege der Beschwerde anfechtbar, würde zu einer Behinderung bis zur Undurchführbarkeit des einzelnen Ermittlungsverfahrens führen.<sup>39</sup>

Diese Argumentation muss –selbst vor dem Hintergrund der mangelnden Rechtsschutzmöglichkeiten im Rahmen des Nr. 70 RiStBV für die Verteidigung - auf Grund der Ausgestaltung des § 161 StPO und der Kompetenzverschiebung des § 161 a I StPO auf den Staatsanwalt anerkannt werden. Sie entspricht der grammatikalischen und systematischen Auslegung der §§ 73, 161, 161 a, 202, 305 StPO.

Zusammenfassend bleibt festzuhalten, dass die Einwirkungsmöglichkeiten der Verteidigung durch die Vorschrift des Nr. 70 RiStBV weitestgehend in der Möglichkeit des Verteidigers liegen, sein Anhörungsrecht umfassend wahrzunehmen und zu einer einvernehmlichen Entscheidung mit dem

---

<sup>37</sup> Kleinknecht/ Meyer- Goßner, § 74, Rn.18 m. w. N..

<sup>38</sup> vgl. Kleinknecht/ Meyer- Goßner, § 161 a, Rn.7; OLG Schleswig StV 2000, 543.

<sup>39</sup> OLG Schleswig, StV 2000, 543.

Staatsanwalt zu gelangen. In diesem Zusammenhang muss der Verteidiger Sachverständige kennen, die im geeigneten Falle dem Staatsanwalt zum Zwecke der Abstimmung vorgeschlagen werden können.<sup>40</sup> Bei der Zuziehung durch das erkennende Gericht gelten aus der Sicht des Verteidigers die gleichen Grundsätze.

Sonst erlangt Nr.70 RiStBV wegen seiner Sanktionslosigkeit kaum Bedeutung<sup>41</sup>, die durch die Anwendungsmöglichkeit des § 147 II StPO weiter verschlechtert werden. Es ist nach den Umständen des Einzelfalls eine Nachholung des rechtlichen Gehörs anzustreben.

Unter Umständen sieht sich der Beschuldigte unter Verweigerung der völligen Akteneinsicht durch den Staatsanwalt dem oktroyierten Sachverständigen verteidigungslos ausgesetzt. In diesem Fall ist das Aussageverweigerungsrecht bzw. Gutachtenverweigerungsrecht des Beschuldigten zu erwägen; die Gefahr des nach der Rechtsprechung möglichen „Aktenlagegutachten“ droht.<sup>42</sup>

Es ist daher im folgenden zu untersuchen, ob in der Situation, dass der Sachverständige durch Gericht oder Staatsanwaltschaft ausgewählt und vernommen wurde, weitere Verteidigungsmöglichkeiten bestehen, welche die mangelnden Möglichkeiten im Rahmen des Nr. 70 RiStBV auszugleichen vermögen.

Als solche Möglichkeiten der Verteidigung sind der Beweisantrag auf Zuziehung eines weiteren Sachverständigen i. S. d. §§ 219, 244 IV S. 1, 2 StPO, der Beweisantrag auf Vernehmung des präsenten Sachverständigen ( sog. Selbstladungsrecht ) i. S. d. §§ 220, 38, 245 II StPO und schließlich der Ablehnungsantrag wegen Befangenheit des Sachverständigen gemäß §§ 74, 24 StPO zu nennen.

---

<sup>40</sup> *Bockemühls*, Handbuch des Fachanwalts für Strafrecht, Teil E, 526.

<sup>41</sup> So auch *Detter*, NStZ, 1998, 57, 58; Ergebnis der Arbeitsgruppe des 16. Strafverteidigertages, StV 1992, 346.

<sup>42</sup> BGH NStZ 1993, 395, 397; BGH NStZ 1997, 610 j. m. w. N..

### **2.3 Beweisantrag i. S. d. §§ 219, 244 IV S. 1, 2 StPO auf Zuziehung eines weiteren Sachverständigen.**

Ein Beweisantrag in der Hauptverhandlung oder zum Zeitpunkt des § 219 StPO<sup>43</sup> auf Zuziehung eines weiteren Sachverständigen bewegt sich aus Sicht der Verteidigung im Kanon der Ablehnungsmöglichkeiten, die dem Richter insbesondere durch § 244 IV S.1, 2 StPO an die Hand gegeben werden. Dabei ist vorliegend vor dem Hintergrund einer ausgeprägten Kasuistik der Rechtsprechung<sup>44</sup> im Bereich der Ablehnungsgründe beim Sachverständigenbeweis zu fragen, welche Erfolgsaussichten einem solchem Antrag beigegeben sind und welche revisionsrechtlichen Überlegungen die Verteidigung anstellen sollte.

Zunächst ist aber zu berücksichtigen, dass auch die allgemeinen Ablehnungsgründe des § 244 III StPO, nach denen das Gericht einen Beweisantrag zurückweisen kann, auch für den Antrag auf Zuziehung eines weiteren Sachverständigen gelten.<sup>45</sup> Gleichwohl erscheint der Anwendungsbereich des § 244 III StPO in der Konstellation des Antrages auf einen weiteren Sachverständigen nicht entscheidend, da der Ablehnungsgrund der Erwiesenheit in § 244 IV S.2 StPO durch Bezugnahme auf das Erstgutachten spezieller ist, als der in § 244 III StPO. Darüber hinaus sind, sieht man vom speziellen Missbrauchsfall der Prozessverschleppungsabsicht ab, die Ablehnungsgründe der Unnötigkeit des § 244 III StPO ( beweisthemabezogene Offenkundigkeit, Unerheblichkeit, Wahrunterstellung ) selten anwendbar, da die Beweiserhebung mittels des Erstgutachtens ja gerade für nötig erachtet wurde. Im Ergebnis gilt auch nichts anderes für die Ablehnungsgründe der Unmöglichkeit des § 244 III StPO ( beweismittelbezogene Unzulässigkeit, völligen Ungeeignetheit, Unerreichbarkeit ). Zwar ist ein Sachverständiger ein völlig ungeeignetes Beweismittel, wenn keinerlei Anknüpfungstatsachen zur Verfügung stehen oder die Gewinnung von Befundtatsachen unmöglich ist.<sup>46</sup> Dieser Ablehnungsgrund ist zu beachten

---

<sup>43</sup> vgl. zu den Besonderheiten gegenüber Beweisantrag in der HV, Becksches Formularhandbuch, VII.D.6,Nr.6.

<sup>44</sup> vgl. *Kleinknecht/ Meyer- Gofner*, § 244 Rn. 73- 77.

<sup>45</sup> vgl. Becksches Formularhandbuch, VII.D.17, 478 m. z. w. N..

<sup>46</sup> *Kleinknecht/ Meyer- Gofner*, § 244, Rn. 59a.

bei Einführung eines Erstgutachters durch Beweisantrag, denn die Unmöglichkeit Anknüpfungstatsachen oder Befundstatsachen auszumachen, besteht in der Regel nicht, wenn dies dem Erstgutachter möglich war.

Im Anwendungsbereich weit über § 244 III StPO hinausgehende Ablehnungsgründe enthält der § 244 IV, der im Satz 1 vom Fall des Sachverständigen und im Satz 2 vom Fall des weiteren Sachverständigen ausgeht. Beide Sätze sind auf den weiteren Sachverständigen anwendbar.<sup>47</sup>

In Satz 1 heißt es, „ *ein Beweisantrag auf Vernehmung eines Sachverständigen kann, soweit nichts anderes bestimmt ist, auch abgelehnt werden, wenn das Gericht selbst die erforderliche Sachkunde besitzt.* “

Danach ist das Gericht berechtigt, von der Vernehmung weiterer Sachverständiger abzusehen, wenn es selbst eigene Sachkunde besitzt, die bereits gegeben ist, wenn ein erkennender Richter seine Sachkunde den anderen vermittelt.<sup>48</sup>

Dabei reicht es nach BGH- Rechtsprechung aus, wenn dem Gericht die Sachkunde erst durch die Anhörung eines bereits vernommenen Sachverständigen vermittelt wurde, dies auch, wenn das Gericht sich dem Gutachtenergebnis des ersten Sachverständigen nicht anschließt.<sup>49</sup>

Im darauf folgenden Ablehnungsbeschluss muss nicht dargelegt werden, aus welchen Gründen sich das erkennende Gericht die erforderliche Sachkunde zutraut oder gar die eigene Sachkunde dargelegt werden, im Urteil nur, wenn es sich um Fachwissen handelt, welches in der Regel nicht Allgemeingut aller Richter ist.<sup>50</sup> Im psychiatrisch oder psychologischem Bereich kann sich das Gericht bei Beurteilung der Glaubwürdigkeit eigene Sachkunde zutrauen, sofern nicht besondere Umstände vorliegen, die bei kindlichen oder jugendlichen Zeugen über 4 ½ Jahren in der Regel noch nicht vorliegen.<sup>51</sup> Auch die Frage der Schuldfähigkeit kann das Gericht mangels Anzeichen dafür, dass der Angeklagte in geistiger Hinsicht von

---

<sup>47</sup> vgl. zur Normstruktur und zum Verhältnis von § 244 III, § 244 IV S.1, § 244 IV S.2 untereinander: *Gollwitzer*, LR, § 244, Rn. 298.

<sup>48</sup> BGH, 165, 12, 18.

<sup>49</sup> BGH, NSTZ, 467.

<sup>50</sup> *Kleinknecht/ Meyer- Gofner*, § 244, Rn. 73 i.V.m. Rn. 43 ff..

<sup>51</sup> BGH, 8, 130, 133; *Kleinknecht/ Meyer- Gofner*, § 244, Rn.74 m. z. w. N..

der Norm abweicht, aufgrund der Beobachtung in der Hauptverhandlung mit seinem medizinischen Allgemeinwissen beurteilen.<sup>52</sup>

Diese BGH- Rechtsprechung begreift die Glaubwürdigkeits- und Schuldfähigkeitsbeurteilung zunächst als ureigenste Aufgabe des Tatrichters, wobei für den Verteidiger zu beachten ist, dass sich die Sachkunde des Gerichts durch das Erstgutachten erhöht. Dieser Umstand erweitert die Ablehnungsmöglichkeit des Gerichts bereits gemäß § 244 VI S.1 StPO in einer für die Verteidigung schlecht vorauszusehenden Art und Weise, wobei diese erhöhte Sachkunde dann nicht mehr zum allgemeinen Fachwissen des Richters gehört und somit zumindestens im Urteil dargelegt werden muss. Wann nun der Verteidiger davon auszugehen hat, dass das Erstgutachten die Sachkunde des Richters bereits erhöht hat, hängt von der Art des Gutachtens ab, ist aber grundsätzlich schwer kalkulierbar.

Schließlich kann der Beweisantrag aus den Gründen des § 244 VI S.2 StPO abgelehnt werden ( sog. Mängel des Erstgutachtens).

In S.2 heißt es, *„die Anhörung eines weiteren Sachverständigen kann auch dann abgelehnt werden, wenn durch das frühere Gutachten das Gegenteil der behaupteten Tatsache bereits erwiesen ist; dies gilt nicht, wenn die Sachkunde des früheren Gutachters zweifelhaft ist, wenn sein Gutachten von unzutreffenden tatsächlichen Voraussetzungen ausgeht, wenn das Gutachten Widersprüche enthält oder wenn der neue Sachverständige über Forschungsmittel verfügt, die denen eines früheren Gutachters überlegen erscheinen.“*

Das Gericht kann danach selbst einen Beweisantrag, in dem behauptet wird, ein weiterer Sachverständiger komme zu einem anderen Ergebnis als der Erstgutachter, im Wege der hier ausnahmsweise zulässigen Beweisantizipation mit der Begründung zurückweisen, dass das Gegenteil der behaupteten Tatsache bereits erwiesen sei.<sup>53</sup>

Das Verbot der Beweisantizipation, das Gericht darf nicht im Wege der vorweggenommenen Beweiswürdigung oder vorweggenommenen Würdigung des Beweiswertes von Beweismitteln urteilen, ist hier außer Kraft gesetzt. Dem liegt die Wertung zugrunde, dass ein Austausch des

---

<sup>52</sup> Kleinknecht/ Meyer- Gößner, § 244, Rn. 74 a m. w. N..

benannten Beweismittels beim Antrag auf Sachverständige zulässig ist. Sonst gilt der Grundsatz, dass das Gericht ein besseres oder gleichwertiges Beweismittel benutzen muss.<sup>54</sup> Der Gedanke der Austauschbarkeit des Sachverständigenbeweises im Rahmen der Wertung des § 244 IV StPO begegnet Bedenken, da ein naturwissenschaftliches Objektivitätspostulat transportiert wird, welches nicht der „Gutachtenrealität“ vor allem im psychowissenschaftlichen Bereich entspricht. Andererseits ist hier der Grenzbereich zur „Zweigutachtenmethode“ erreicht, gegen die eingewendet wird, sie sollte die Ausnahme bleiben, da sie das Verfahren teurer, länger mache sowie die Entscheidungsfähigkeit des Richters nicht unbedingt fördere. Dies kann jedoch nicht überzeugen, da der Zuwachs an materieller Gerechtigkeit in diesem Bereich der zumeist Kapitalstrafverfahren überwiegt.

Die „Erwiesenheit“ durch das Erstgutachten als bedenkliche Ausnahme des Verbotes der Beweisantizipation wird wiederum durch die Fallgruppen des § 244 IV S.2 StPO eingeschränkt: Zweifelhafte Sachkunde des früheren Sachverständigen, unzutreffende tatsächliche Voraussetzungen bei Gutachtenerstellung, Widersprüche des Erstgutachtens und überlegene Forschungsmittel des neuen Sachverständigen.

§ 244 IV 2 StPO setzt, wenn man einerseits die Kasuistik der Rechtsprechung betrachtet und andererseits die naturgemäßen Schwierigkeiten der Verteidigung bedenkt, im naturwissenschaftlichen oder psychologischen Bereich die Sachkunde des Gutachters anzuzweifeln, dem Beweisbegehren enge Grenzen.<sup>55</sup>

Zweifel an der Sachkunde des Gutachters sind nicht schon berechtigt, weil der Sachverständige bestimmte Untersuchungsmethoden nicht angewendet hat<sup>56</sup>, hingegen muss dem Beweisbegehren der Verteidigung entsprochen

---

<sup>53</sup> Becksches Formularhandbuch, VII.D.17, Nr. 17.

<sup>54</sup> Vgl. *Kleinknecht/ Meyer- Gofner*, § 244, Rn. 46, 47.

<sup>55</sup> so auch *Detter*, NStZ 198, 57, 58, vgl. *Kleinknecht/ Meyer- Gofner*, § 244, Rn.75 – 77.

<sup>56</sup> BGH, GA 61, 241.

werden, wenn die Auffassung des Sachverständigen mit den Erkenntnissen der Wissenschaft nicht in Einklang steht.<sup>57</sup>

In diesem Spielraum erscheint es sehr schwierig, die erforderlichen Zweifel an der Sachkunde des Gutachters zu bilden. Ein in Auftrag gegebenes Methodengutachten – sofern die finanziellen Möglichkeiten gegeben sind – über das Erstgutachten kann eine Hilfestellung geben.

Widersprüche des Erstgutachtens sind noch nicht zu sehen, wenn das mündlich erstattete von dem schriftlichen abweicht, es sei denn, im entscheidenden Punkt besteht ein nicht erklärbarer Widerspruch.<sup>58</sup> Unaufgelöste Widersprüche innerhalb des mündlichen Gutachtens zwingen jedoch zur Anhörung weiterer Gutachter.<sup>59</sup>

Der logische oder sachliche Widerspruch im Sachverständigengutachten wird für die Verteidigung ein seltener Fall bleiben. Bei Widersprüchen von mündlicher und schriftlicher Gutachtenerstattung muss ein entscheidender Punkt betroffen sein, mithin versteht die restriktive BGH- Rechtsprechung nicht jeden Widerspruch als ausreichend, obwohl dieses dem Wortlaut des Gesetzes gerade nicht zu entnehmen ist.

Schließlich ist dem Beweisantrag stattzugeben, wenn der zweite Gutachter über überlegene Forschungsmittel verfügt.

Damit sind nur die Hilfsmittel gemeint, deren sich ein Sachverständiger für seine wissenschaftliche Untersuchungen zu bedienen pflegt, nicht aber persönliche Kenntnisse und Fähigkeiten, größere Berufserfahrung, höheres Lebensalter, größerer Umfang des zur Verfügung stehenden Beobachtungsmaterials und wissenschaftliche Veröffentlichungen.<sup>60</sup>

Nach Ansicht des BGH stellt auch die Exploration des Angeklagten kein überlegenes Forschungsmittel dar.<sup>61</sup>

Daher ist der Versuch der Verteidigung zum Scheitern verurteilt, dem Angeklagten dazu zu raten, beim gerichtlich bestellten Sachverständigen vom Schweigerecht Gebrauch zu machen, um bei einem weiteren

---

<sup>57</sup> BGH, StV 89, 335.

<sup>58</sup> BGH 8, 113, 116; BGH NSTZ 90, 244.

<sup>59</sup> BGH 23, 176, 185.

<sup>60</sup> *Kleinknecht/Meyer-Gößner*, § 244, Rn. 76 m. w. N.; grundlegend BGH 34,355, 358.

<sup>61</sup> BGH 44, 26= StV 1999, 463, 464.



Gutachter des Vertrauens Angaben zu machen. Nicht nur – wie bereits dargelegt- ist eine Begutachtung ohne Exploration durch den gerichtlich bestellten Sachverständigen möglich, sondern der zweite Gutachter verfügt nicht über überlegene Forschungsmittel i. S. d. § 244 IV S.2 StPO.

Durch diese wohl ergebnisorientierte Rechtsprechung verhindert der BGH, dass ein Angeklagter durch Untersuchungsverweigerung einen weiteren Sachverständigen über den Beweisantrag des § 244 IV S.2 StPO mittels der Exploration als überlegenes Forschungsmittel erzwingen kann.

Dabei ist jedoch nicht ernsthaft zu bestreiten, dass in der Psychiatrie und Psychologie die Exploration das zentrale diagnostische Mittel ist. Warum sollte es dann nicht gegenüber anderen Methoden als „Verfügung über ein überlegenes Forschungsmittel“ anzusehen sein ?

Der BGH argumentiert einerseits, die Exploration selbst sei Gegenstand der Forschung, nicht jedoch selbst Forschungsmittel.<sup>62</sup> Dies erscheint fraglich, da die Exploration zentrales Mittel ist, aber auch nur eines von mehreren Untersuchungsmethoden, auf das ja beim Erstgutachter auch verzichtet werden kann.

Andererseits beweise der gescheiterte Versuch der Exploration durch den Erstgutachter eben nicht, dass der Erstgutachter über die Möglichkeit der Exploration nicht abstrakt *verfüge*, sondern dass sie ihm konkret nicht möglich sei.<sup>63</sup> So beherrscht auch der gerichtlich bestellte, vom Angeklagten abgelehnte Sachverständige die Untersuchungsmethode, mithin *verfügt* auch er über das Forschungsmittel. Diese abstrakte Sichtweise kann nicht überzeugen, zwar hält sie sich grammatikalisch im Wortsinn der Norm, letztlich geht es um konkret um den Angeklagten und die abstrakte Sichtweise stellt eine Sanktionierung des vom Angeklagten wahrgenommenen Untersuchungsverweigerungsrechts dar.

Hier wird nochmals deutlich, dass die Zwei-Gutachten-Methode ob ihrer verfahrensökonomischen Probleme zu Lasten des Untersuchungsverweigerungsrechtes abgelehnt wird.

Mit Einschränkungen wird dem BGH jedoch Recht zu geben sein, dass vor dem dargestellten Normsystem der §§ 73, 161 a StPO, Nr. 70 RiStBV der Beweisantrag gemäß § 244 IV S.2 StPO und die

---

<sup>62</sup> BGH StV 1999, 463, 464; ablehnend *Zieschang*, Anmerkung zum Urteil StV 1999, 467, 469.

Untersuchungsverweigerung nicht der Weg einer Neugewichtung der Verteidigungsrechte beim Sachverständigen sein kann: Das Zweitgutachten wäre durch die Verteidigung immer auf diesem Wege erreichbar.

Unabhängig von § 244 IV S.2 StPO könnte dieser Weg auf Heranziehung eines weiteren Sachverständigen jedoch aufgrund der Aufklärungspflicht des § 244 II StPO beschränkt werden.

Der BGH entschied<sup>64</sup>: Die Aufklärungspflicht kann bei besonderer Schwierigkeit der Beweisfrage zur Anhörung weiterer Sachverständiger auch zwingen, wenn ein darauf gerichteter Antrag nach IV S.2 abgelehnt werden könnte. Dabei sollte man jedoch nicht verkennen, dass es sich um Ausnahmefälle handelt. Bei der Prüfung, ob dem Beweisantrag unter den Voraussetzungen nachzugehen ist, hält sich die Rechtsprechung im übrigen streng an die dargelegte BGH- Rechtsprechung.<sup>65</sup>

Zusammenfassend ist festzustellen, dass der Beweisantrag gemäß § 219 StPO vor dem Hintergrund der höchstrichterlichen Rechtsprechung dem Angeklagten kaum nützt, da eine Ablehnung aus den Gründen des § 244 III, IV S.1, 2 StPO regelmäßig zu erwarten ist, wenn bereits ein Sachverständiger durch Gericht oder Staatsanwaltschaft beauftragt ist.<sup>66</sup>

#### **2.4 Das Selbstladungsrecht gemäß §§ 220, 38 i. V. m. § 245 II StPO**

Es bleibt zu untersuchen, ob die Möglichkeiten des Selbstladungsrechts gemäß §§ 220, 38 StPO die Einflussmöglichkeiten der Verteidigung auf die Auswahl des Sachverständigen nunmehr verbessern.

Die Weichen sind – wie dargelegt- oftmals gestellt: die Verteidigung steht unter Umständen vor der Situation, dass sie an der Auswahl des Sachverständigen über Nr.70 RiStBV, § 147 II nicht beteiligt wurde, der Sachverständige zu einem – wohlmöglich zweifelhaften – für den Angeklagten nachteiligem Gutachtenergebnis gelangte und der

---

<sup>63</sup> Vgl. *Zieschang*, StV 1999, 467, 469.

<sup>64</sup> BGH 23, 176, 187, 193 ( extreme Sexualpathologie, Fall Jürgen Bartsch )

<sup>65</sup> hierzu ausführlich, Beck'sches Formularhandbuch, VII.D.17, Nr.17; *Zieschang* StV 1999, 467, 469.

<sup>66</sup> Vgl. auch *Detter*, Festschrift für Salger, 231, 232.

Beweisantrag auf Zuziehung eines weiteren Sachverständigen gemäß § 244 III, IV S. 1, 2 StPO revisionssicher abgelehnt wurde.

Es kann daher entscheidend sein, ob der Angeklagte die Voraussetzungen des Selbstladungsrechts gemäß §§ 220, 38 i.V.m. 245 StPO II StPO erfüllen kann.

In § 220 I StPO heißt es, *„lehnt der Vorsitzende den Antrag auf Ladung einer Person ab, so kann der Angeklagte sie unmittelbar ( zur HV) laden lassen. Hierzu ist er auch ohne vorgängigen Antrag befugt“*.

§ 220 I S.1 StPO stellt somit klar, dass bei Ablehnung des Beweisantrages gemäß § 219 StPO dem Angeklagten das Recht zusteht, den gewünschten Sachverständigen unmittelbar laden zu lassen. Dieses Recht steht dem Angeklagten laut I S.2 auch ohne vorherigen Antrag zu. Der Sachverständige muss dabei – wie auch der von Staatsanwaltschaft oder Gericht ausgewählte Sachverständige- i. S. d. § 75 StPO zum Kreis der zur Erstattung von Gutachten für die Gerichte verpflichteten Personen gehören und darf gemäß 76 StPO kein Gutachtenverweigerungsrecht haben.

Die Ladung selbst hat den Anforderungen des § 38 StPO zu genügen, dass bedeutet, es ist *„mit der Zustellung der Ladung der Gerichtsvollzieher zu beauftragen“*.

Weiter muss dem Sachverständigen gemäß § 220 II StPO *„bei der Ladung die gesetzliche Entschädigung für Reisekosten und Versäumnis bar dargeboten oder deren Hinterlegung bei der Geschäftsstelle nachgewiesen werden.“*

Die Höhe der gesetzlichen Entschädigung für Sachverständige richtet sich nach § 3 ZSEG, wonach der Stundensatz zwischen 25 • und 75 • liegt, die zu berücksichtigende Zeit gemäß § 4 ZSEG ist auch die Zeit, während der Sachverständige seiner gewöhnlichen Beschäftigung nicht nachgehen konnte. Dabei sind besondere Untersuchungsleistungen gesondert abzurechnen<sup>67</sup>, Aufwendungen ( Hilfskräfte, Werkzeug, Material, Umsatzsteuer ) und Reisekosten zu ersetzen, §§ 5, 8, 9 ZSEG.

---

<sup>67</sup> Vgl. Anlage zum ZSEG; teilweise gilt die Anlage zur Gebührenordnung für Ärzte.

Wenn man den großen zeitlichen Aufwand solcher Gutachten bedenkt, wird man einwenden müssen, dass dem Angeklagten das Selbstladungsrecht nichts nützt, wenn ihm die persönlichen, finanziellen Mittel fehlen, dieses Recht auch wahrzunehmen. Dieses mag in Strafverfahren gegen Ärzte oder Straßenverkehrssachen wegen beteiligter Haftpflichtversicherungen keine große Rolle spielen, dennoch wird in Kapitalstrafverfahren bei Gutachten zur Schuldfähigkeit oder der Glaubwürdigkeit von Zeugen die Wahrnehmung des Selbstladungsrechts wegen fehlender finanzieller Mittel des Angeklagten häufig unmöglich sein.<sup>68</sup>

Diese Kostenfrage im Zusammenhang mit der unmittelbaren Ladung des Sachverständigen wird auch nicht durch einen Antrag gemäß § 220 III StPO entschärft.

Gemäß § 220 III StPO hat, sofern die Ladung des Sachverständigen „zur Aufklärung der Sache dienlich war, das Gericht auf Antrag anzuordnen, dass ihm die gesetzliche Entschädigung aus der Staatskasse zu gewähren ist.“ Die Anordnung nach III gibt lediglich dem Sachverständigen einen Anspruch gegen die Staatskasse, berührt aber das Verhältnis zwischen dem Angeklagten und der Staatskasse nicht; insoweit gelten die §§ 465 ff. StPO.<sup>69</sup> Zum einen hat der Angeklagte die finanziellen Mittel bei der Ladung also in jedem Fall aufzubringen, während er im Falle einer Verurteilung die Kosten des Sachverständigen gemäß § 465 StPO auch zu tragen hat, wenn das Gericht die Sachdienlichkeit des § 220 III StPO bejaht und dem Antrag stattgibt.

Zudem wird die Auslegung des § 220 III StPO durch eine restriktive Auslegung geprägt, um einem Missbrauch des Selbstladungsrechts vorzubeugen. Eine Entschädigung der Staatskasse nach III besteht nicht, wenn der Sachverständige bereits von dem Angeklagten voll entschädigt worden ist.<sup>70</sup> Daraus folgt für den Verteidiger, dass er in Abstimmung mit dem Sachverständigen den von ihm selbst nach dem ZSEG zu berechnenden Betrag<sup>71</sup> besser bei der Gerichtskasse hinterlegt.

---

<sup>68</sup> Ausführlich *Detter*, FS für Salger, 231, 242, 243.

<sup>69</sup> *Kleinknecht/ Meyer- Gofner*, § 220, Rn.13 m. w. N..

<sup>70</sup> wohl h.M. *Kleinknecht/ Meyer- Gofner*, § 220, Rn.12 m. z. w. N; ablehnend, *Detter*, FS für Salger, 231, 243; *Widmaier*, StV 85, 526, 528.

<sup>71</sup> *Kleinknecht/ Meyer- Gofner*, § 220, Rn.7.

Das nun das Recht zur Selbstladung eines Sachverständigen vor allen in den problematischen Fällen der Schuldfähigkeitsbeurteilung des Angeklagten immer von dessen finanzieller Lage abhängt, verstößt gegen die Grundsätze der Waffengleichheit und des fairen Verfahrens. Schon an dieser Stelle lässt sich daher festhalten, dass auch die §§ 220, 38 i. V. m. 245 II StPO für die Verteidigung kein ausreichendes Gegengewicht bei der Auswahl und Bestimmung von Sachverständigen bietet. Denn auch die Staatsanwaltschaft ( § 214 III StPO ) und der Nebenkläger können als Verfahrensbeteiligte<sup>72</sup> das Selbstladungsrecht ohne eine vergleichbare finanzielle Beschränkung wahrnehmen.

Diese Feststellung sollte allerdings nicht dazu führen, diese Möglichkeit der Verteidigung gänzlich zu den Akten zu legen, denn die Pflicht des Gerichts zur Erstreckung der Beweisaufnahme auf den selbst geladenen Sachverständigen ist nicht durch den § 244 IV S.2 StPO eingeschränkt, sondern durch den § 245 II StPO.

In § 245 II StPO heißt es, *„Zu einer Erstreckung der Beweisaufnahme auf die vom Angeklagten oder der Staatsanwaltschaft vorgeladenen und auch erschienen Zeugen und Sachverständigen sowie auf die sonstigen herbeigeschafften Beweismittel ist das Gericht nur verpflichtet, wenn ein Beweisantrag gestellt wird. Der Antrag ist abzulehnen, wenn die Beweiserhebung unzulässig ist. Im übrigen darf er nur abgelehnt werden, wenn die Tatsache, die bewiesen werden soll, schon erwiesen oder offenkundig ist, wenn zwischen ihr und dem Gegenstand der Urteilsfindung kein Zusammenhang besteht, wenn das Beweismittel völlig ungeeignet ist oder wenn der Antrag zum Zwecke der Prozessverschleppung gestellt ist.“*

Zunächst ist also ein Beweisantrag erforderlich, der möglichst früh in der Hauptverhandlung zu stellen ist, damit nach der Beschlussfassung des Gerichts dem selbst geladenen Sachverständigen die gleichen Rechte zustehen wie jedem anderen Sachverständigen auch. Im besonderen die Rechte bei den Verhandlungsteilen anwesend zu sein, die der

---

<sup>72</sup> Kleinknecht/ Meyer- Gofner, § 220, Rn.2.

Sachverständige für sein Gutachten als wichtig ansieht und dabei sein Fragerecht auszuüben.<sup>73</sup>

Schon weit vorher muss durch Bemühungen der Verteidigung eine entsprechende Möglichkeit zur Begutachtung geschaffen werden, auf die Gleichwertigkeit des Sachverständigen mit dem bereits tätigen Sachverständigen geachtet werden und die Ladung dem Gericht und der Staatsanwaltschaft rechtzeitig mitgeteilt werden.<sup>74</sup> Das letztere verhindert die Wahrnehmung des Aussetzungsrechts gemäß § 246 II StPO durch die Staatsanwaltschaft, welches die finanziellen Belastungen des Angeklagten nur noch erhöht.

Besonderes Augenmerk aus Verteidigersicht ist aber auf die Ablehnungsgründe des § 245 II S. 2, 3 StPO zu werfen, da eine Ablehnung des Beweisantrages vor dem Hintergrund des Verfahrensstandes und der aufgewendeten finanziellen Mittel bedeutet, dass das Programm einen weiteren Sachverständigen in das Verfahren einzuführen, gescheitert ist.

Bei einem ersten Blick auf die Norm des § 245 II StPO ist ersichtlich, dass der Katalog der Ablehnungsgründe wesentlicher enger ist als bei den §§ 244 III, IV StPO, da das Auswahlrecht des Gerichts gemäß § 73 StPO beim präsenten Beweismittel des § 245 StPO nicht mehr fortwirkt.

Die Ablehnung der Anhörung des Sachverständigen aufgrund eigener, möglicherweise durch das Erstgutachten gebildeten Sachkunde des Gerichts ist nicht möglich<sup>75</sup>. Der geladene Sachverständige kann auch nicht durch einen anderen ersetzt werden.<sup>76</sup> Schließlich darf insbesondere seine Vernehmung nicht wie im Rahmen von § 244 IV S.2 StPO mit der Begründung abgelehnt werden, durch ein anderes Gutachten sei bereits das Gegenteil der behaupteten und durch den Sachverständigen unter Beweis gestellten Tatsache erwiesen.<sup>77</sup> Denn der § 245 II StPO geht von der Tatsache aus, „die bewiesen werden soll“, während § 244 IV S.2 StPO von der „Erwiesenheit“ des Gegenteils der behaupteten Tatsache ausgeht.

---

<sup>73</sup> Vgl. *Detter*, FS für Salger, 231, 240; *Widmaier*, StV 1985, 526 m. w. N..

<sup>74</sup> ausführlich *Bockemühls*, Handbuch des Fachanwalts für Strafrecht, Teil E, 529 f.; *Widmaier*, StV 1985, 526.

<sup>75</sup> BGH StV 1994, 358, 359; *Detter*, FS für Salger, 231, 235.

<sup>76</sup> *Detter*, FS für Salger, 231, 235.

<sup>77</sup> *Detter*, FS für Salger, 231, 235; *Widmaier*, StV 1985, 526.

Es verbleiben im Rahmen des § 245 II StPO die Ablehnungsgründe der Unzulässigkeit der Beweiserhebung, des fehlenden Sachzusammenhangs, der völligen Ungeeignetheit und der Prozessverschleppung.

Die Unzulässigkeit der Beweiserhebung dürfte vor allem bei Beweismittelverboten oder Beweisverwertungsverboten einschlägig sein, wobei wohl insbesondere auf den seltenen Fall der Befangenheit des präsenten Sachverständigen gemäß §§ 74, 24 StPO geachtet werden muss. Die Ablehnung wegen fehlenden Sachzusammenhangs ist nur dann zulässig, wenn jede Sachbezogenheit zwischen Beweistatsache und Gegenstand der Urteilsfindung fehlt, während bloße Unerheblichkeit aus rechtlichen und tatsächlichen Gründen nicht genügt.<sup>78</sup> Eine völlige Ungeeignetheit des Sachverständigen ist wohl nur gegeben, wenn die Verteidigung einen fachfremden Sachverständigen beauftragt.<sup>79</sup> Eine Prozessverschleppung im Sinne eines Scheinbeweisanspruchs vor dem Hintergrund des finanziellen Aufwands des Angeklagten scheint kaum denkbar.

Damit ist die Präsentation des Sachverständigen gemäß §§ 220, 38 i. V. m. 245 II StPO das wohl bedeutsamste Verteidigungsrecht des Angeklagten im Bereich des Sachverständigenrechts, da der Beweisantrag auf Einführung des Zweitgutachters nur unter den sehr engen Voraussetzungen des § 245 II S.2, 3 StPO abgelehnt werden kann. Die soziale Wirklichkeit im Gerichtsalltag wird dann jedoch entscheidend, da der Angeklagte die möglicherweise verfahrensentscheidenden finanziellen Mittel besitzen muss. Es scheint zudem auch noch immer so zu sein, dass sich Sachverständige dagegen wehren durch den Verteidiger geladen zu werden, weil sie einerseits meinen dadurch leide ihr „Renommee“ oder sie kämen in den „Ruf der Parteilichkeit.“<sup>80</sup>

---

<sup>78</sup> Kleinknecht/ Meyer-Goßner, § 245, Rn.25 m. w. N..

<sup>79</sup> Vgl. Kleinknecht/ Meyer-Goßner, § 245, Rn.26 m. w. N..

<sup>80</sup> Detter, FS für Salger, 231, 237 m. z. w. N..

## **2.5 Die Ablehnung des Sachverständigen durch den Verteidiger gemäß §§ 74 I, 22, 24 I StPO.**

Es wird teilweise vertreten, dass auf die Befangenheit von Sachverständigen von Strafverteidigern zu wenig geachtet wird.<sup>81</sup> Neuere statistisches Material zu dieser Frage existiert nicht. Dennoch zeigt sich an der Tatsache, dass bei 204 Gutachten die 1972 erstellt wurden, nur ein Befangenheitsantrag gestellt wurde, obwohl in 63 % der Fälle eine für den Begutachteten negative Tendenz das Gutachtenergebnis prägte,<sup>82</sup> die Seltenheit von Befangenheitsanträgen gegen Sachverständige. Ob nun Befangenheitsanträge gegen Richter statistisch häufiger vorkommen, mag dahingestellt bleiben. Zumindestens bleibt der Befangenheitsantrag ein weiteres Mittel, die Auswahl des Sachverständigen zu beeinflussen, zumal ja gerade das mangelnde Beteiligungsrecht der Verteidigung im Rahmen des Nr. 70 RiStBV mit den Möglichkeiten des § 74 I StPO gerechtfertigt wird.

*In § 74 I StPO heißt es, „ein Sachverständiger kann aus denselben Gründen, die zur Ablehnung eines Richters berechtigen, abgelehnt werden. Ein Ablehnungsrecht kann jedoch nicht daraus entnommen werden, dass der Sachverständige als Zeuge vernommen worden ist.“*

Damit gelten die Ausschließungsgründe des § 22 Nr. 1- 4 StPO im Sinne von zwingenden Ablehnungsgründen auch für den Sachverständigen. Gemäß § 74 I S.2 StPO ist allerdings § 22 Nr.5 StPO unanwendbar, was dazu führt, dass die Zeugeneigenschaft des Sachverständigen nicht zu seiner Ablehnung wegen Befangenheit führt und auch nicht führen kann. Im Umkehrschluss dieser Doppelseigenschaft als Sachverständiger und sachverständiger Zeuge gemäß § 85 StPO ist für die Verteidigung allerdings zu bedenken, dass der abgelehnte Sachverständige als Zeuge vernommen werden kann. Dabei unterliegt ein schon erstattetes Gutachten grundsätzlich einem Verwertungsverbot und der Sachverständige darf das Gutachten demgemäß auch nicht als sachverständiger Zeuge vortragen.<sup>83</sup> Er kann aber als sachverständiger Zeuge über Tatsachen gehört werden, die

---

<sup>81</sup> *Dahs*, Handbuch des Strafverteidigers, 143, Rn.195.

<sup>82</sup> *Barton*, StV 1983, 73, 77.

<sup>83</sup> BGH 20, 222, 224 f.



Gegenstand seiner Wahrnehmung gewesen sind und über Zufallsbeobachtungen und Zusatztatsachen hinausgehen, mithin auch über Befundtatsachen.<sup>84</sup>

Dies scheint bedenklich, da Befundtatsachen die Anknüpfungstatsachen für das Gutachten sind, die der Sachverständige aufgrund seiner Sachkunde selbst festgestellt hat. Die Grenze zur sachkundigen Folgerung dürfte in der Zeugenvernehmung schnell überschritten sein, so dass es Aufgabe der Verteidigung ist, dieses zu unterbinden.<sup>85</sup>

Die praktische Relevanz der §§ 74 i. V. m. 22 Nr.1 bis 4 StPO für die Verteidigung dürfte bis auf eine Ausnahme eher gering sein: Ein Sachverständiger der Kriminalpolizei ist im Sinne des § 22 Nr.4 StPO bereits als ermittelnder Polizeibeamter mit dem betreffenden Verfahren in Berührung gekommen.<sup>86</sup>

Wichtiger als die Ablehnungsgründe des § 22 Nr.1 bis 4 StPO ist im Rahmen des § 74 StPO die Ablehnung wegen Befangenheit i. S. d. § 24 II StPO. Diese liegt vor, wenn vom Standpunkt des Angeklagten verständigerweise ein Misstrauen gegen die Unparteilichkeit des Sachverständigen gerechtfertigt erscheint.<sup>87</sup> Dabei setzt der Begriff der Befangenheit nicht die tatsächliche Befangenheit des Sachverständigen voraus, sondern die subjektiv gefärbte Besorgnis der Befangenheit beim Angeklagten, die durch einen objektiven Grund gegen die Unparteilichkeit getragen wird. Es existiert dazu eine umfangreiche Kasuistik obergerichtlicher Rechtsprechung, die sich aber gemäß dem Wortlaut des § 74 StPO streng am Maßstab des § 24 II StPO ausrichtet. Die StPO stellt somit die Unparteilichkeit des Sachverständigen der des Richters gleich.

Eine Mitwirkung am Vorverfahren im *Auftrag* der Staatsanwaltschaft oder Polizei<sup>88</sup> oder allein die Tätigkeit als Polizeibeamter<sup>89</sup> reicht grundsätzlich nicht. Ebenso wird eine fortgesetzte, ständige Tätigkeit als Gutachter für

---

<sup>84</sup> BGH 20, 222, 224 f.; *Kleinknecht/ Meyer- Gofner*, § 74, Rn.19 m. w. N..

<sup>85</sup> vgl. *Dahs*, Handbuch für den Strafverteidiger, 144, Rn.197.

<sup>86</sup> BGH 18, 214, 216; *Dahs*, Handbuch für den Strafverteidiger, 143, Rn.196.

<sup>87</sup> BGH 8, 144, 145; *Kleinknecht/ Meyer- Gofner*, § 74, Rn.4 m. w. N..

<sup>88</sup> *Kleinknecht/ Meyer- Gofner*, § 74, Rn.5 m. w. N..

<sup>89</sup> *Kleinknecht/ Meyer- Gofner*, § 74, Rn.7 m. w. N..

Polizei und Staatsanwaltschaft nicht ausreichen, wenn nicht weitere Umstände hinzutreten.<sup>90</sup>

Gerade deshalb hat der Verteidiger in diesen Fällen das Verhalten und die Äußerungen des Sachverständigen in allen Verfahrensabschnitten dahingehend zu prüfen, ob sie aus Sicht des Angeklagten Voreingenommenheit signalisieren. Eine Befangenheit aus diesem Grund liegt vor bei Fangfragen an einen Entlastungszeugen, bei unprofessioneller, einseitiger Vorgehensweise oder wenn der Sachverständige, um Angaben zu erlangen, bewusst verschweigt, dass er für die Justizbehörden tätig ist.<sup>91</sup>

Die Ablehnung ist auch nach der mündlichen Erstattung des Gutachtens möglich (vgl. § 83 II StPO „nach“), wobei § 25 II Nr.2 StPO den Verteidiger nicht zwingt, „die Ablehnung unverzüglich geltend zu machen“, da dieser im Rahmen des § 74 StPO keine Geltung<sup>92</sup> erlangt.

Der erfolgreiche Befangenheitsantrag führt zur Anwendung des § 83 II StPO, wonach *„der Richter die Begutachtung durch einen anderen Sachverständigen anordnen kann, wenn ein Sachverständiger nach Erstattung des Gutachtens mit Erfolg abgelehnt ist.“* Zwar spricht der Wortlaut der Norm von einer „kann“ – Regelung, wobei jedoch die angesprochene Unverwertbarkeit des Gutachtens, die Zuziehung eines weiteren Gutachters in aller Regel erforderlich macht.<sup>93</sup>

Ein vor dem Zeitpunkt der Hauptverhandlung zurückgewiesener Antrag ist in der Hauptverhandlung erneut zu stellen, da dies Voraussetzung ist, die fehlerhafte Zurückweisung durch die Revision mittels der Verfahrensrüge anzugreifen. Wenn die fehlerhafte Entscheidung außerhalb der Hauptverhandlung ergeht, besteht die Möglichkeit der Anfechtung mit der einfachen Beschwerde gemäß § 304 StPO.<sup>94</sup>

---

<sup>90</sup> BGH, NJW 1957, 1834 = MDR 1985, 85.

<sup>91</sup> Kleinknecht/ Meyer- Goßner, § 74, Rn.6 m. w. N..

<sup>92</sup> Becksches Formularhandbuch, VII.B.25 Nr.25.

<sup>93</sup> Vgl. zu den Ausnahmen, Kleinknecht/ Meyer- Goßner, § 83, Rn.3.

<sup>94</sup> Kleinknecht/ Meyer- Goßner, § 74, Rn.20.

Zusammenfassend erscheint der Befangenheitsantrag gemäß §§ 74, 24 StPO als unverzichtbares Mittel einem *ersichtlich* voreingenommenen Sachverständigen zu begegnen. Einen Ausgleich für das mangelnde Beteiligungsrecht gemäß Nr. 70 RiStBV kann jedoch auch hierin nicht gesehen werden, da die Auswahlkompetenz trotz der dem Sachverständigenbeweis beigegebenen Austauschbarkeit und naturwissenschaftlichen Objektivität ungleich verfahrensentscheidender erscheint, als die auf wenige Fälle begrenzte Ablehnungskompetenz der Verteidigung.

### **3. Die Leitung des Sachverständigen**

Weiter sind die Möglichkeiten einer verantwortungsbewussten Strafverteidigung bei der Leitung des Sachverständigen zu beleuchten. Es wird schnell deutlich, dass die StPO keine grundsätzlichen, formellen Kontrollrechte für den Strafverteidiger vorsieht, um die Gutachtenstellung durch den Sachverständigen zu überwachen. Daher liegt ein Schwerpunkt in der Wahrnehmung der Kontrollfunktion durch den Verteidiger im informellen Programm. Es wird sich im Einzelfall zeigen, besonders wenn man die Kompetenz des von der Staatsanwaltschaft oder dem Gericht ausgewählten Gutachter als günstig oder ausreichend erachtet, ob die Kräfte der Verteidigung besser an dieser Stelle zur Geltung kommen, als in der Auseinandersetzung um einen zweiten Gutachter.<sup>95</sup>

#### **3.1 Die grundsätzliche gesetzliche Systematik**

§ 78 StPO bestimmt, *„der Richter hat, soweit ihm dies erforderlich erscheint, die Tätigkeit der Sachverständigen zu leiten.“* Die Tätigkeit des Sachverständigen i. S. des § 78 StPO umfasst allerdings nur die Vorbereitung des Gutachtens, während die Leitung der Vernehmung des Sachverständigen durch den Richter in der Hauptverhandlung schon aus § 238 I StPO folgt.<sup>96</sup>

Bei Zuziehung eines Sachverständigen im Vorverfahren durch die Staatsanwaltschaft oder Polizei leiten entsprechend §§ 161 a, 78 StPO diese die Tätigkeit des Sachverständigen bei der Vorbereitung des Gutachtens.

---

<sup>95</sup> Vgl. Barton, StV 1983, 73, 78.

Diese Leitung liegt vor allem in einer eindeutigen Auftragsbeschreibung der von dem Sachverständigen zu beantwortenden Beweisfrage, der Mitteilung der Anknüpfungstatsachen und in Belehrungen über verfahrensrechtliche Vorschriften.<sup>97</sup>

Die Leitungsbefugnis des § 78 StPO wird durch § 80 I StPO ausgeweitet und konkretisiert: *„Dem Sachverständigen kann auf sein Verlangen zur Vorbereitung des Gutachtens durch Vernehmung von Zeugen oder des Beschuldigten weitere Aufklärung verschafft werden.“*

Gemeint sind damit Vernehmungen durch das Gericht, die StA oder die Polizei, da der Sachverständige selbst zu Vernehmungen nicht befugt ist.<sup>98</sup> Dies erklärt sich aus der neutralen Rolle des Sachverständigen, die ihm gerade keine Ermittlungstätigkeit zuweist.

Dem Sachverständigen kann aber gemäß § 80 II StPO gestattet werden, *„die Akten einzusehen, der Vernehmung von Zeugen und Beschuldigten beizuwohnen und an sie unmittelbar Fragen zu stellen.“* Das Akteneinsichtsrecht des Sachverständigen muss nicht stets und immer umfassend gewährleistet werden, wobei das Ermessen der Stelle entscheidend ist, die die Tätigkeit des Sachverständigen zu leiten hat.<sup>99</sup> Maßstab bildet die erforderliche Sachaufklärung zur Gewinnung einer zuverlässigen Tatsachengrundlage für das Gutachten, die dem Verlangen des Sachverständigen im Rahmen der Aufklärungspflicht des § 244 II StPO Rechnung tragen muss.

Über die Verpflichtung des Sachverständigen in der Hauptverhandlung ständig anwesend zu sein, entscheidet der Sachverständige selbst. Dieses wird eingeschränkt durch ein Weisungsrecht des erkennenden Gerichts, welches wiederum durch § 244 II StPO angehalten sein kann, die Anwesenheit des Sachverständigen bei einzelnen Verhandlungsteilen sicher zu stellen. Ebenso gebietet § 244 II StPO den Sachverständigen in der Hauptverhandlung über Verhandlungsteile zu unterrichten, die er wegen

---

<sup>96</sup> Kleinknecht/ Meyer- Goßner, § 78, Rn.1.

<sup>97</sup> Kleinknecht/ Meyer- Goßner, § 78, Rn.3, 4 m .z .w. N..

<sup>98</sup> Kleinknecht/ Meyer- Goßner, § 80, Rn.2.

<sup>99</sup> Kleinknecht/ Meyer- Goßner, § 80, Rn.3; Sarstedt, NJW 1968, 177, 180.

Abwesenheit versäumt hat und die für Erstellung seines Gutachtens von Bedeutung gewesen sein könnten.<sup>100</sup>

Einen Revisionsgrund stellt eine Verletzung des § 78 StPO und des § 80 StPO nur dar, wenn die Verletzung gleichzeitig einen Verstoß gegen andere Normen beinhaltet. Insbesondere kommen dafür eine Verletzung der angesprochenen Aufklärungspflicht des § 244 II StPO und eine Verletzung der freien Beweiswürdigung gemäß § 261 StPO in Betracht.<sup>101</sup>

Es ist darauf hinzuweisen, dass diese Aufgaben im wesentlichen der Verteidigung anheimfallen, wenn sie eigenständig einen Sachverständigen beauftragt oder im Wege des Selbstladungsrechts einen Sachverständigen in das Verfahren einführt.

### **3.2 Vorbereitung des Mandanten auf die Exploration.**

Sollte eine Begutachtung durch einen forensischen Psychologen oder Psychiater anstehen, ist der Mandant sachgemäß auf die Exploration vorzubereiten. Der Mandant ist vor allem über sein Gutachtenverweigerungsrecht aufzuklären und ihm ist deutlich zu machen, dass der gerichtlich bestellte Sachverständige keiner Schweigepflicht unterworfen ist und er vor allem auch nicht therapeutisch tätig wird.<sup>102</sup> Es kann angebracht sein, dem Mandanten zu raten, zur Entlastung geeignete Tatsachen bei der Exploration anzusprechen<sup>103</sup>, die er sonst möglicherweise in der für ungewohnten und auch belastenden Situation vielleicht vergessen würde.

Eine weitere Möglichkeit besteht in der Begleitung des Mandanten zur Exploration, um den Sachverständigen durch die anwaltliche Präsenz zu kontrollieren, denn auch hier besteht ein Anwesenheitsrecht. Vorher ist zu erwägen, den Sachverständigen durch eine schriftliche Darstellung im Wege einer alternativen Wirklichkeitsdarstellung gezielt Informationen über die Tat, den Beschuldigten sowie Therapieansätze mitzuteilen.<sup>104</sup>

---

<sup>100</sup> Vgl. BGH 19, 367, 368; BGH 2, 25, 27, 28.

<sup>101</sup> Kleinknecht/ Meyer- Gofner, § 80, Rn.6 i.V. m. § 78, Rn.7.

<sup>102</sup> Barton, StV 1983, 73, 79.

<sup>103</sup> Barton, StV 1983, 73, 79, 80.

<sup>104</sup> Barton, StV 1983, 73, 79.

In diesem informellen Verteidigungsprogramm ist darauf zu achten, dass einerseits der Sachverständige die Tätigkeiten des Verteidigers nicht als mutwillige Beeinträchtigung seiner Tätigkeit empfindet. Andererseits ist zu vermeiden, dass der Mandant sich – sollte man sich zur Exploration entschlossen haben – der Exploration nicht verschließt.

### **3.3 Akteneinsichtsrecht des Verteidigers gem. § 147 III StPO.**

Damit sich die Verteidigung möglichst schnell in das Gutachten des vom Gericht oder der Staatsanwaltschaft bestellten Sachverständigen einarbeiten kann und seine Strategie darauf abstimmen kann, ist der Antrag auf Akteneinsicht auch auf das Sachverständigengutachten zu erstrecken.<sup>105</sup> Sobald dieses fertiggestellt ist, besteht gemäß § 147 III StPO ein unbeschränktes Einsichtsrecht.

### **3.4 Anwesenheits- Fragerecht des Verteidigers bei der Vernehmung von Sachverständigen.**

Im Hinblick auf die Tatsache das Vernehmungsprotokolle von richterlichen Vernehmungen gemäß § 251 I StPO in der Hauptverhandlung verlesen werden können, sollte der Verteidiger von seinem Anwesenheitsrecht gemäß § 168 c I StPO bei Vernehmungen von Sachverständigen Gebrauch machen. Von diesen Vernehmungen ist der Verteidiger gemäß § 168 c V S.1 StPO zu benachrichtigen. Dies gilt nicht, wenn die Benachrichtigung i. S. d. § 168 c V S.2 StPO *„den Untersuchungserfolg gefährden würde“*. Die unterbliebene Benachrichtigung ist revisionsrechtlich relevant<sup>106</sup>, so dass einer Verlesung des Vernehmungsprotokolls des Sachverständigen in der Hauptverhandlung zu widersprechen ist.

### **3.5 Mittelbare Verletzung des § 261 StPO durch die Akteneinsicht des Sachverständigen.**

Wenn der Sachverständige durch die Leitungsbefugnis des Gerichts und der Staatsanwaltschaft gemäß §§ 78, 80 StPO vollständige Akteneinsicht erlangt hat, ist von der Verteidigung darauf zu achten, welche Aktenbestandteile der Sachverständige dem Gutachten zugrunde legt. Das

---

<sup>105</sup> Becksches Formularhandbuch, III.3, Nr.4.

spätere Urteil darf auch nicht mittelbar durch das Gutachten auf diesen Aktenbestandteilen beruhen, die möglicherweise gar nicht in der Hauptverhandlung zu Sprache kommen, sondern muss ausschließlich „auf dem Inbegriff der Hauptverhandlung beruhen.“

Die Nichtbeachtung der §§ 261 i.V.m. 78, 80 StPO begründet die Revision.<sup>107</sup>

### **3.6 Die Auseinandersetzung des Verteidigers mit dem Sachverständigen in der HV.**

Für die Hauptverhandlung setzt die Auseinandersetzung mit einem für den Angeklagten nachteiligem Gutachtenergebnis voraus, fachliche Unzulänglichkeiten i. S.d. § 83 StPO nachzuweisen.

Dafür ist neben speziellen Fachwissen des Verteidigers eine Plausibilitätsprüfung und Methodenanalyse erforderlich, die mit außergerichtlicher Hilfe eines anderen Sachverständigen gemeistert werden kann. Es ist auf logische Widersprüche, sachfremde Erwägungen und Kompetenzüberschreitungen zu achten.<sup>108</sup>

Dies ist rechtzeitig zu tun, damit auch die Einführung eines zweiten Gutachters vorbereitet werden kann.

#### **3.6.1 Antrag auf Vereidigung gemäß § 79 I S.2 StPO**

Teilweise wird darauf hingewiesen, dass der Verteidiger allzu unbekümmerte Sachverständige mit einem Hinweis auf einen möglichen Antrag auf Vereidigung bremsen kann.<sup>109</sup> Der tatsächliche Antrag auf Vereidigung kann bei fahrlässiger Unrichtigkeit des Gutachtens zu einer Strafbarkeit des Sachverständigen gemäß § 163 I StGB führen. Dieses eröffnet wiederum bei einem entsprechenden Urteil die Revision und den Wiederaufnahmegrund des § 359 Nr.2 StPO.

Auch der Hinweis auf das mögliche zivilrechtliche Haftungsrisiko des Gutachters könne angebracht sein.<sup>110</sup> Dieses Haftungsrisiko besteht durch das „Weigand- Urteil“ des BverfG, welches in einer umstrittenen

---

<sup>106</sup> BGH 34, 140, 142.

<sup>107</sup> Kleinknecht/ Meyer- Gofner, § 78, Rn.7.

<sup>108</sup> ausführlich Barton, StV 1983, 73

<sup>109</sup> Barton, StV 1983, 73, 80.

<sup>110</sup> Barton, StV 1983, 73, 80.

Entscheidung grobe Fahrlässigkeit des Sachverständigen zum Haftungsmaßstab erhob.<sup>111</sup>

Ob diese Hinweise oder gar der Antrag auf Vereidigung getätigt werden sollten, bleibt aber der Einzelfallanalyse vorbehalten.

### **3.6.2 Antrag auf Aufnahme des Gutachtens in die Niederschrift der HV**

Dem Problem ungenauer Gutachtenvorträge sollte durch konsequentes Insistieren auf möglichst eindeutige Feststellungen durch den Verteidiger begegnet werden, wenn insoweit der Richter den § 238 I StPO nicht voll ausschöpft. Vor dem Strafrichter und dem Schöffengericht kann eine Anregung nach § 273 II StPO auf Aufnahme wortwörtlicher Gutachtenpassagen gegeben werden. Entscheidende Aussagen oder revisionsrechtliche Belange können durch einen Antrag nach § 273 III StPO gewahrt werden.

## **4. Ergebnis und Reformvorschläge.**

Nach dem Ergebnis dieser Arbeit kommt der Strafverteidigung bei der *Auswahl* des Sachverständigen insbesondere bei Kapitaldelikten im Bereich der forensischen Psychiatrie eine hohe Verantwortung zu. Die Bedeutung des Sachverständigen im Strafverfahren nimmt vor allem im kriminaltechnischen, aber auch im psychowissenschaftlichen Bereich ständig zu. Der Sachverständige wird in vielen Fallkonstellationen mangels vom Strafrichter zu leistender Sachkunde das entscheidende Beweismittel, wobei das naturwissenschaftliche Objektivitätspostulat nur vordergründig existiert. Der Sachverständige selber, seine Persönlichkeit, seine Erfahrung und seine Untersuchungsmethoden und nicht zuletzt der Stand der sich ständig fortentwickelnden Natur- und Psychowissenschaften bestimmen das Gutachtenergebnis. Dabei sind fehlerhafte Gutachten nicht nur intellektuelle Fehlleistungen, sondern bestimmen irreversibel über das Leben vieler Menschen.

Die wesentlichen Rechte der Verteidigung über Nr.70 RiStBV, §§ 219, 244 III, IV, 220, 38, 245 II und 74, 24 StPO mögen in vielen Fällen bei

---

<sup>111</sup> BverfG NJW 1979, 305 ff.



intensiver Wahrnehmung zur Wahrnehmung der Interessen des Angeklagten ausreichen, gleichwohl ist dieses in manchen Fall- und Verfahrenskonstellationen<sup>112</sup> nicht mehr gewährleistet. Gerade in Kapitalstrafverfahren, in denen die Staatsanwaltschaft gemäß § 147 II StPO die Mitwirkung bei der Auswahl gänzlich verweigert und der Angeklagte nicht über die finanziellen Mittel für die Selbstladung gemäß §§ 220, 38 StPO verfügt, lässt § 244 IV S.2 StPO bei problematischen Gutachten der Verteidigung keinen Raum mehr.

Dies kann genau so wenig richtig sein, wie der blind beschrittene Weg der Verteidigung einen Sachverständigen gemäß §§ 220, 38 StPO zu laden und dabei immer zum Gutachtenverweigerungsrecht gegenüber dem bestellten Sachverständigen zu raten.

Die Folge ist, dass die Polarisierung in „Gutachter der Staatsanwaltschaft“ und „Gutachter der Verteidigung“ entsteht und die neutrale Stellung des Sachverständigen im Strafverfahren in Gefahr gerät.

Es bieten sich bieten sich folgende Veränderungsvorschläge an, die einerseits in der Veränderung der höchstrichterlichen Rechtsprechung und andererseits in einer Gesetzesreform liegen.

#### a.) Änderung der Rechtsprechung zu §§ 244 II StPO

Nach augenblicklicher BGH- Rechtsprechung zwingt – wie bereits dargelegt – die Aufklärungspflicht des § 244 II StPO bei besonderer Schwierigkeit der Beweisfrage zur Anhörung weiterer Sachverständiger, auch wenn ein darauf gerichteter Beweisantrag gemäß § 244 IV S.2 StPO abgelehnt werden könnte. Der Maßstab der „besonderen Schwierigkeit“ der Beweisfrage müsste dahingehend geändert werden, dass Beweisfragen, die über dem durchschnittlichen Schwierigkeitsgrad von Beweisfragen der jeweiligen Gutachtenart hinausgehen, ausreichen.

Der Beweisantrag der Verteidigung hätte somit bei den sachlich geeigneten Fällen größere Aussicht auf Erfolg. In Kapitalstrafverfahren wäre schließlich die Sackgasse der mangelnden finanziellen Möglichkeiten des Angeklagten im Rahmen des §§ 220, 38 StPO weniger schnell erreicht.

---

<sup>112</sup> Vgl. ausführliche Beschreibung der Kapitalstrafverfahren im Landgerichtsbezirk München,

b.) Änderung der Rechtsprechung beim 244 IV S.2 StPO

Weiter wäre eine Änderung der Rechtsprechung zum Merkmal der „Erwiesenheit des Gegenteils“ im § 244 IV S.2 StPO denkbar, die dann nicht mehr vorläge, wenn die Verteidigung durch Beweisantrag ein bereits vorliegendes anderes Gutachten einführt, welches sich in seinen Feststellungen wesentlich vom Erstgutachten unterscheidet.

Diese wäre mit Gesetzeswortlaut und Zweck des § 244 StPO noch vereinbar, wobei zwar ein großer Schritt in Richtung der Zwei-Gutachten-Methode getan wäre, der aber wegen eines Zuwachses an materieller Gerechtigkeit die Nachteile in der Verfahrensökonomie rechtfertigt.

c.) Wiedereinführung des Richtervorbehalts

Durch eine Änderung des § 161 a StPO in Bezug auf den Sachverständigen ist die Auswahlkompetenz im Ermittlungsverfahren wieder grundsätzlich dem erkennenden Richter vorzubehalten.<sup>113</sup> Das der Staatsanwalt zur Erstellung einer Abschlussverfügung und bei der Entscheidung nach § 413 StPO eines Sachverständigen bedarf, kann dabei nicht ernsthaft bezweifelt werden. Bei Auswahl des Sachverständigen durch den Richter ist aber die auch immer wieder von vielen Sachverständigen bemängelte Gefahr, die Auswahl durch den Staatsanwalt lasse bereits Rückschlüsse auf das Gutachtenergebnis zu oder fördere zumindestens den Druck auf den Sachverständigen in Richtung auf eine Pönalisierung des Angeklagten<sup>114</sup>, in der Hand des neutralen Richters. Mögliche Rollenkonflikte des Sachverständigen werden entschärft.

Auch die Möglichkeiten der *Leitung* des Sachverständigen durch den Verteidiger können bei intensiver Wahrnehmung vor allem im informellen Programm geeignet sein, die konflikträchtige Auseinandersetzung um den Zweitgutachter zu vermeiden.

---

Grabow, StV 1999, 465 ff.

<sup>113</sup> vgl. ausführlich Bandler, Der Sachverständige im Bezugssystem Staatsanwaltschaft/Gericht/ Verteidigung – eigene Profession, 297, 309.

<sup>114</sup> Müller-Luckmann, Der Sachverständige im Strafverfahren, 279, 280, 281.

Abschließend sei bemerkt, dass es wohl immer Delikte geben wird, deren kriminaltechnische oder psychische Begleitumstände nicht so rekonstruieren sind, dass eine verlässliche juristische Interpretation möglich ist. Daher wird regelmäßig wohl dem Sachverständigen zu misstrauen sein, der meint auf jede Frage eine Antwort zu wissen<sup>115</sup>.

---

<sup>115</sup> Müller- Luckmann, Der Sachverständige im Strafverfahren, 279, 281.