

**Redaktion:** Prof. Dr. Klaus Lüderssen, Ulrichstraße 22, 60433 Frankfurt/M., Tel.: 0 69 / 52 72 37; Fax: 0 69 / 51 94 26;  
 Rechtsanwalt Prof. Dr. Reinhold Schlothauer, Kleine Waagestr. 1, 28195 Bremen, Tel.: 04 21 / 32 65 55, Fax: 04 21 / 3 35 16 88;  
 Rechtsanwalt Dr. Hans-Joachim Weider, Friedensstraße 11, 60311 Frankfurt/M., Tel.: 0 69 / 7 58 06 90, Fax: 0 69 / 97 36 67 67.  
**Redaktionsanschrift:** Wolters Kluwer Deutschland GmbH, Heike Künnemann, Heddesdorfer Straße 31, 56564 Neuwied,  
 Tel.: 0 26 31 / 8 01-0, Fax: 0 26 31 / 8 01-22 04.

Nr. 10

Oktober 2003

## ENTSCHEIDUNGEN

Leitsätze der mit einem (+) versehenen Entscheidungen sind Leitsätze des Gerichts. Die mit (\*) gekennzeichneten Entscheidungen sind zum Abdruck in der amtlichen Sammlung des jeweiligen Gerichts bestimmt. Soweit nicht anders vermerkt (nr), sind die Entscheidungen rechtskräftig

### Verfahrensrecht

#### StPO §§ 78, 137

(Anwesenheit des Verteidigers bei Exploration durch Sachverständigen)

**Das Recht des Beschuldigten, sich in jeder Lage des Verfahrens anwaltlicher Hilfe zu bedienen, führt nicht zu einem Anwesenheitsrecht des Verteidigers bei der Exploration durch einen Sachverständigen.**

BGH, Beschl. v. 8. 8. 2002 – 3 StR 239/02 (LG Hannover)

◆ **Aus den Gründen:** ... 3. Auf die Rüge, die *StrK* habe ein gegen den Sachverständigen gerichtetes Befangenheitsgesuch zu Unrecht abgelehnt, kommt es nicht mehr an. Sie hätte der Revision auch nicht zum Erfolg verholten, gibt dem *Senat* jedoch Anlaß zu folgender Bemerkung:

Der Sachverständige, ein Facharzt für Psychiatrie und Psychotherapie, war mit der Erstellung eines Gutachtens zur Frage der Schuldfähigkeit sowie der Gefährlichkeit des Besch. beauftragt worden. Die von dem Verteidiger begehrte Anwesenheit bei der Exploration lehnte der Gutachter ab, so daß der Besch. lediglich im Rahmen der Hauptverhandlung begutachtet werden konnte.

Die fachliche Durchführung der Untersuchung ist allein Sache des Sachverständigen; er hat hinsichtlich der Informationsbeschaffung und der Methodenwahl weitgehend freie Hand. Das Gericht darf ihm keine Weisungen darüber erteilen, auf welchem Weg er das Gutachten zu erarbeiten hat (*Kleinknecht/Meyer-Gößner*, StPO, 45. A., § 78 Rdnr. 6 m. w. N.). Wenn es der Sachverständige für erforderlich hielt, die psychiatrische Untersuchung des Besch. in Abwesenheit dritter Personen, insbes. des Verteidigers, vorzunehmen, weil er die Verfälschung des Ergebnisses der Exploration befürchtete, bewegte er sich im Bereich seiner Fachkompetenz. Es gibt keinen wissenschaftlichen Standard, der die Anwesenheit Dritter bei Schuldfähigkeits- und Prognosegutachten vorsieht.

Das Recht des Besch., sich in jeder Lage des Verfahrens anwaltlicher Hilfe zu bedienen, führt entgegen der Ansicht der Revision nicht zu einem Anwesenheitsrecht des Verteidigers bei der Exploration. Die StPO sieht ein solches Anwesenheitsrecht nicht vor. Auch wenn die Exploration unter Umständen

in Abhängigkeit von dem Gutachtauftrag vernehmungähnliche Elemente haben kann, ist sie mit den Vernehmungen bei Polizei, StA und Gericht nicht gleichzusetzen.

Die Anwesenheit des Verteidigers ist auch nicht erforderlich, um sicherzustellen, daß die Begutachtung den medizinischen Standards (vgl. dazu *Nedopil*, Forensische Psychiatrie, 2. A., S. 277 ff.) und der StPO (insbes. der Grenze eigener Aufklärungsmöglichkeiten des Gutachters, vgl. hierzu *Rogall* in SK-StPO, 26. Lfg., § 80 Rdnr. 17) entspricht. Wenn der Besch. sich gleichwohl nur in Anwesenheit seines Verteidigers untersuchen lassen will und damit die Untersuchung in der vom Sachverständigen für erforderlich gehaltenen Art verweigert, muß er in den Fällen, in denen – wie hier – die Untersuchung ihrer Art nach die freiwillige Mitwirkung des Besch. voraussetzt, damit rechnen, daß seine Begutachtung ggf. nur auf einer schmalen Basis von Befunden erfolgen wird (vgl. *Kleinknecht/Meyer-Gößner*, StPO, 45. A., § 246 a Rdnr. 3; *Herdegen* in KK, 4. A., § 246 a Rdnr. 3).

Mitgeteilt von RA *Ulfert Jährgig*, Hannover.

**Anmerkung: I.** So wenig aufsehenerregend die tragenden Gründe der Entscheidung sind, so sehr verdienen die nachgeschobenen obiter dicta zum Sachverständigenbeweis Aufmerksamkeit. Der 3. *Senat* stellt hier in kurzen Worten fest, ein gegen den Sachverständigen gerichteter Befangenheitsantrag sei zu Recht abgelehnt worden. Wie die Ablehnung konkret begründet wurde, wird nicht ausgeführt, sondern nur mitgeteilt, daß der Sachverständige, der mit der Erstellung eines Gutachtens zur Frage der Schuldfähigkeit und Gefährlichkeit beauftragt wurde, die Anwesenheit des Verteidigers bei der Exploration des Beschuldigten abgelehnt habe. Der *Senat* hält dies für fehlerfrei, da es weder einen allgemeinen wissenschaftlichen Standard, der die Anwesenheit Dritter bei Schuldfähigkeits- und Prognosegutachten vorsehe, gebe, noch ein spezielles Anwesenheitsrecht des Verteidigers bei der Exploration des Beschuldigten. Die Anwesenheit des Verteidigers sei auch nicht erforderlich, um die Einhaltung medizinischer und rechtlicher Standards zu gewährleisten; vielmehr müsse der Beschuldigte, der sich nur in Anwesenheit seines Verteidigers untersuchen lassen wolle, in Kauf nehmen, daß seine Begutachtung »auf einer schmalen Basis von Befunden erfolgen« werde.

**II.** Isoliert gesehen kann den knappen Ausführungen des *BGH* zum Anwesenheitsrecht des Verteidigers bei der Exploration nicht widersprochen werden. Der daraus gezogenen Konsequenz, daß der Beschuldigte, der in Anwesenheit seines Verteidigers exploriert werden möchte, eine Begutachtung auf schmalere Basis in Kauf zu nehmen habe, kann dagegen nicht zugestimmt werden. Im einzelnen:

1. Die gesetzgeberische Grundkonzeption geht von einem umfassenden Anwesenheitsrecht des Verteidigers in der Hauptverhandlung aus; im Ermittlungsverfahren wird dies dem Verteidiger jedoch nur bei richterlichen Vernehmungen des Beschuldigten (§ 168 c I StPO), von Zeugen und Sachverständi-

gen (§ 168 c II StPO) sowie bei staatsanwaltlichen Beschuldigtenvernehmungen (§ 163 a III 2 StPO, der auf § 168 c I StPO verweist) garantiert. Das einfache Recht sieht deshalb – wie sich aus dem Umkehrschluß der §§ 168 c I, II, 163 a III 2 StPO ergibt – kein Anwesenheitsrecht des Verteidigers bei der Exploration des Beschuldigten durch den Sachverständigen vor.<sup>1</sup> Auch aus verfassungs- und menschenrechtlicher Sicht läßt sich ein solches Anwesenheitsrecht nicht überzeugend herleiten. Die EMRK und das Verfassungsrecht gehen hinsichtlich des Rechts des Beschuldigten auf Beistand eines Verteidigers (Konsultationsrecht) zwar weiter als die geltende StPO, und begründen im Interesse der effektiven Ausübung der Verteidigerfunktionen bzw. zwecks Verhinderung einer frühzeitigen Festlegung des Verfahrensergebnisses Anwesenheitsrechte des Verteidigers im Ermittlungsverfahren.<sup>2</sup> Auch die BGH-Rechtsprechung hat mit verfassungs- und menschenrechtlicher Begründung eine behutsame Erweiterung des Konsultationsrechts des Beschuldigten bei der polizeilichen Erstvernehmung in die Wege geleitet.<sup>3</sup> Allerdings wird ein solches erweitertes Anwesenheitsrecht nur in bezug auf Handlungen der Justizorgane gefordert, primär also für Vernehmungen.<sup>4</sup> Auch wenn bei der Exploration faktisch – wie wohl kaum sonst – frühe Weichenstellungen erfolgen, widersprüche es doch in mehrfacher Hinsicht der Grundstruktur der StPO, die Exploration des Beschuldigten durch den Sachverständigen als Handlung eines Justizorgans oder als unmittelbare Beweiserhebung zu betrachten, denn beim Sachverständigen handelt es sich nicht um einen Ermittlungsbeamten, er führt deshalb auch keine Vernehmungen durch und das Gutachten selbst wird erst in der Hauptverhandlung als Beweismittel relevant.

Aus der Rechtsprechung des *BVerfG*, die das Recht auf anwaltlichen Beistand über das einfache Recht hinaus erweitert hat, läßt sich nichts Gegenteiliges herleiten, da auch dort nur das Recht auf Anwesenheit eines Rechtsbeistandes bei einer »richterlichen und sonstigen Vernehmung«, nicht jedoch ein generelles oder umfassendes Anwesenheitsrecht des Beistandes gewährleistet wird.

Zweckmäßigkeitserwägungen können an dieser klaren gesetzlichen Lage nichts ändern: Zwar ist die Anwesenheit des Verteidigers während der Exploration des Beschuldigten sicherlich geeignet zu verhindern, daß der Sachverständige verbottene »Jagdeifer« an den Tag legt<sup>6</sup> oder rechtlich unzulässige bzw. fachlich ungeeignete Untersuchungen vornimmt. Es ließe sich so auch verhindern, daß der Beschuldigte – infolge der für ihn belastenden und ungewohnten Situation – unvollständige oder gar unwahre Angaben macht. Auf der anderen Seite kann eine solche Maßnahme vom Sachverständigen jedoch als unangemessen und störend empfunden werden, mit der Konsequenz, daß der Sachverständige sich überwacht und gar eingeschüchtert fühlt, was u. U. die Qualität der Gutachtenerstellung beeinflussen könnte. Insofern ist der Feststellung des 3. *Senats*, daß die Anwesenheit des Verteidigers auch nicht erforderlich sei, um sicherzustellen, daß die Begutachtung den medizinischen Standards und der Strafprozeßordnung entspricht, nicht zu widersprechen.

2. Der *Senat* bewegt sich auf dem Boden der ständigen Rechtsprechung, wenn er ausführt, daß der Richter den Sachverständigen im Rahmen seiner Sachleitungsbefugnis (§ 78 StPO) nicht anweisen könne, auf welchem Weg er sein Gutachten stellt. Ob der Richter, wie der 3. *Senat* meint, dem Sachverständigen dabei allerdings nicht aufgeben kann, die Exploration in Anwesenheit des Verteidigers durchzuführen, sei dahingestellt; jedenfalls ist eine solche Anordnung vorliegend nicht erfolgt und dürfte auch sonst in Fällen eines dem Beschuldigten »aufgedrängten Sachverständigen« (dazu später mehr) nicht zu erwarten sein.

3. Es entspricht in der Konsequenz auch den durch die neuere Rechtsprechung gezogenen Bahnen, wenn der 3. *Senat* ausführt, daß bei einer Weigerung des Beschuldigten, sich ohne

seinen Verteidiger explorieren zu lassen, dieser damit rechnen müsse, daß die Begutachtung dann auf einer schmaleren Basis von Befunden erfolgen könne. Genau in diese Richtung hat schon der 1. *Senat* gewiesen, als er dem Versuch der Verteidigung, einen weiteren Sachverständigen dadurch durchzusetzen, daß der Beschuldigte gegenüber dem staatsanwaltlich ausgewählten Gutachter die Mitwirkung verweigert, sich aber gegenüber einem anderen zur Aussage bereit zeigt, eine deutliche Abfuhr erteilt hat. Der BGH hält einen Sachverständigen, dem gegenüber der Angeklagte im Gegensatz zum bestellten Gutachter zur Mitwirkung bereit ist, nicht für ein überlegenes Forschungsmittel im Sinne des § 244 IV 2 StPO<sup>7</sup> und warnt: »Läßt sich ein Angeklagter vom gerichtlichen Sachverständigen nicht untersuchen, muß er in Kauf nehmen, überhaupt nicht untersucht zu werden.«<sup>8</sup>

Dieser Rechtsprechung ist zu widersprechen. Sie engt nicht nur den Begriff des überlegenen Forschungsmittels zu sehr ein, sie steht auch im Widerspruch zur gerichtlichen Aufklärungspflicht. Die Beurteilung der Schuldfähigkeit ist nämlich – anders als etwa im Bereich des kriminaltechnischen Sachverständigenbeweises – in starkem Maß von der Person des Sachverständigen abhängig: Die spezifische Ausrichtung des Sachverständigen und die dahinterstehenden Beurteilungskonzepte (fachliche »Schulen«<sup>9</sup>), aber auch persönliche Einstellungen und Sichtweisen<sup>10</sup> des Experten lassen in höchst unterschiedlichem Maße Platz für die Berücksichtigung psychodynamischer und lebensgeschichtlicher Aspekte bei der Würdigung der Schuldfähigkeit des zu Begutachtenden. Im Bartsch-Urteil hat der BGH daraus die zutreffende Konsequenz gezogen und eher »zuviel« als »zu wenig« Vielfalt der Expertenmeinungen bei der Schuldfähigkeitsbeurteilung gefordert:

»Das Gebot der Wahrheitserforschung, das zu den grundlegenden, das gesamte Strafverfahren beherrschenden Prinzipien gehört, verpflichtet den Richter, jedes taugliche Mittel im Ringen um die Wahrheit einzusetzen. Der Richter muß die Beweismittel erschöpfen, wenn auch nur die entfernte Möglichkeit einer Änderung der durch die vollzogene Beweisaufnahme begründeten Vorstellung von dem zu beurteilenden Sachverhalt in Betracht kommt. Die Erfahrung lehrt, daß gerade die Beurteilung geistig-seelischer Vorgänge, die auch bei sorgfältiger Prüfung den Anschein voller Zuverlässigkeit bietet, durch die Erhebung eines weiteren Beweises doch wider Erwarten sich wesentlich ändern kann. In Grenzfällen wird der Richter daher eher ein Zuviel als ein Zuwenig tun müssen.«<sup>11</sup>

Die neuere Rechtsprechung bewertet die von BGHSt 23, 176 in Erinnerung gerufene Erfahrung, daß die Erstattung eines weiteren psychowissenschaftlichen Gutachtens wider Erwarten zu einer Änderung der Schuldfähigkeitsbeurteilung führen

1 Vgl. dazu auch *Toepel*, Grundstrukturen des Sachverständigenbeweises im Strafprozeßrecht, 2002, S. 355 (359 f.): Kein Anwesenheitsrecht bei Explorationen, die der Erhebung von Befundtatsachen dienen.

2 Zusammenfassend dazu *Spaniol*, Das Recht auf Verteidigerbeistand im Grundgesetz und in der Europäischen Menschenrechtskonvention, 1990, S. 284 und S. 286.

3 Namentlich BGHSt 38, 214; 42, 15; 46, 93.

4 Daneben für andere »Beweishandlungen«, vgl. *Spaniol*, a. a. O., S. 25 und 286.

5 *BVerfGE* 38, 105 (112).

6 Zum »Jagdeifer« m. w. N.: LR<sup>24</sup>-Dahs, § 74 Rdnr. 12.

7 BGHSt 44, 26 (29 ff.) m. Anm. von *Lemke* NJ 98, 380; *Zieschang* StV 99, 467 sowie einer Prozeßschilderung aus Verteidigersicht durch *Grabow* StV 99, 467; vgl. ferner die ausführliche Stellungnahme von *Tondorf*, Der psychologische und psychiatrische Sachverständige im Strafverfahren, 2002, Rdnr. 155 ff. Das KG hat in StV 1997, 65 dagegen bei einem minderjährigen Zeugen, dessen gesetzlicher Vertreter die Untersuchung bei einem bestimmten Sachverständigen verweigerte, aus dem Gesichtspunkt der Aufklärungspflicht die Zuziehung eines anderen Sachverständigen abgeleitet; vgl. dazu auch die Anm. der Redaktion des Strafverteidigers StV 1997, 66 sowie die ausführliche Stellungnahme von *Zwiehoff*, Das Recht auf den Sachverständigen, 2000, S. 242 ff. (246 f.).

8 BGHSt 44, 26 (32).

9 *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, 4. A. 2002, Rdnr. 1538.

10 Vgl. *Rode/Legnaro* StV 1995, S. 496 ff.

11 BGHSt 23, 176 (187 f.).

kann, zu gering. Sie läßt – um den »Sachverständigen der Verteidigung« zu verhindern – ein »zu wenig« bei der Erhebung des an sich möglichen Beweises zu.

4. Nähere Betrachtung verdient schließlich die Frage, ob gegenüber einem Sachverständigen, der sich gegen die Anwesenheit des Verteidigers bei der Exploration sperrt, die Besorgnis der Befangenheit begründet ist, denn die StPO garantiert dem Verteidiger zwar nicht die Anwesenheit bei der Exploration, sie verbietet sie ihm aber auch nicht. Läßt sich deshalb aus der Weigerung des Sachverständigen, dem Verteidiger die Anwesenheit zu gestatten, berechtigtes Mißtrauen gegen den Sachverständigen herleiten?

Die Praxis zeigt, daß es nicht wenige Sachverständige gibt, die sich dem Wunsch des Verteidigers, bei der Exploration anwesend zu sein, nicht widersetzen. Dazu gäbe es auch wenig Grund: Bei vielen Untersuchungen ist die Anwesenheit einer Bezugsperson des zu Untersuchenden für den Sachverständigen eher von Vor- denn von Nachteil. Der Sachverständige kann so auch unberechtigtem Mißtrauen gegen seine Person souverän begegnen. Es kann aber bei bestimmten Untersuchungen aus fachlichen Gründen ggf. einiges dafür sprechen, die Exploration unter vier Augen durchzuführen. Wenn, wie der BGH dies formuliert, der Sachverständige durch die Anwesenheit des Verteidigers die »Verfälschung des Ergebnisses der Exploration befürchtet«, muß dies nicht zwangsläufig ein Grund sein, der die Befangenheit begründet. Aber umgekehrt kann eine pauschale oder nicht nachvollziehbare Weigerung, dem Verteidiger die Anwesenheit zu gestatten, im Einzelfall durchaus geeignet sein, berechtigtes Mißtrauen gegen den Sachverständigen zu begründen.

Wie es im konkreten Fall war, läßt sich angesichts der äußerst knappen Darstellung in der Entscheidung jedoch nicht abschließend beurteilen.

**III.** Die vorliegende Entscheidung gibt Anlaß, über den konkreten Fall hinaus die Situation der Verteidigung bei der Schuldfähigkeitsbeurteilung zu betrachten:

1. Es ist erfahrungswissenschaftlich belegt, daß vielfach schon durch die Auswahl des Sachverständigen im Strafverfahren die Würfel für die spätere Beurteilung der Schuldfähigkeit des Angeklagten fallen. Es soll – wie der Bundesrichter *Detter* unter Bezugnahme auf *Sarstedt* formuliert – »Sachverständige geben, die das Krankhafte der psychischen Verfassung fast immer bejahen und andere, die es fast niemals tun«. <sup>12</sup> Es kann ebenfalls als erfahrungswissenschaftlich belegt angesehen werden, daß die Strafgerichte den vorliegenden Schuldfähigkeitsgutachten in ausgesprochen hohem Maße folgen. <sup>13</sup> In der Praxis ist immer wieder festzustellen, daß die Auswahl der Person des Sachverständigen durch den Staatsanwalt erfolgt, <sup>14</sup> daß also nicht das Gericht – wie dies § 73 I StPO vorsieht – die Auswahl vornimmt und daß die Verteidigung nicht selten entgegen der klaren Regelung der Nr. 70 I RiStBV und des Anspruchs auf rechtliches Gehör keine Gelegenheit zur Stellungnahme erhält. Die Staatsanwaltschaft wird dabei, wie *Detter* zutreffend feststellt, »eher einen Sachverständigen auswählen, von dem sie weiß oder annimmt, daß er nur in besonderen (Ausnahme-)Fällen Schuldfähigkeit oder erheblich verminderte Schuldfähigkeit bejaht«. <sup>15</sup> Die Gerichte übernehmen die von der Staatsanwaltschaft ausgewählten Sachverständigen fast immer als Gutachter für die Hauptverhandlung.

2. Die Verteidigung hat die Aufgabe, dafür zu sorgen, daß eine qualifizierte und ausgewogene Gutachtenerstattung erfolgt. Sie wird deshalb gegen einseitige Auswahlentscheidungen der Staatsanwaltschaft vorgehen. Die Rechtsprechung räumt der Verteidigung dabei allerdings nur geringe Durchsetzungsmöglichkeiten ein, jedenfalls, wenn es um die nachträgliche Kontrolle geht: Die Hinzuziehung eines weiteren Sachverständigen gelingt nur äußerst selten: Das Beweisantragsrecht (§ 244 IV 2 StPO) gestattet es so gut wie immer, einen entsprechenden

Antrag reversionssicher zurückzuweisen. <sup>16</sup> Verstöße gegen die gerichtliche Aufklärungspflicht (§ 244 II StPO) wegen unterbliebener Hinzuziehung eines weiteren Sachverständigen behandelt die neuere Rechtsprechung – wie gesehen – äußerst restriktiv. Auch die Hinzuziehung eines präsenten Sachverständigen (§ 245 II StPO) dürfte nur in seltenen Ausnahmefällen in Betracht kommen, da nur wenige qualifizierte Sachverständige sich bereithalten, im Auftrag der Verteidigung tätig zu werden, da ferner die Durchführung der Untersuchung für den nicht gerichtlich beauftragten Sachverständigen erschwert ist und schließlich diesen Sachverständigen vom Gericht häufig mit Zurückhaltung und Mißtrauen begegnet wird und die Präsentation des abweichenden Gutachtens deshalb mit der Gefahr erheblicher Kollateralschäden verbunden ist. <sup>17</sup> Die Verteidigung muß – wie gesehen – ferner damit leben, daß der beauftragte Sachverständige auch ohne Mitwirkung des Beschuldigten sein Gutachten erstattet. Dies kann soweit gehen, daß einzelne Sachverständige sich nicht zu schade sind, »Schlüsselloch-Gutachten« zu erstatten, also aufgrund einer Beobachtung des passiv bleibenden Beschuldigten in der Klinik oder in der U-Haft eine Beurteilung unternehmen. Grenzen hat der BGH erst bei einer menschenwürdeverletzenden Totalbeobachtung angenommen. <sup>18</sup> Auch »originellen« <sup>19</sup> Kontrollversuchen, wie sie etwa die Ankündigung darstellen, bei der Begutachtung anwesend sein zu wollen oder die Erklärung, sich der Begutachtung zu verweigern, wird von den Revisionsgerichten – wie gesehen – ein Riegel vorgeschoben.

3. Statt des Versuchs, die Auswahlentscheidung der Staatsanwaltschaft nachträglich zu kontrollieren, erscheint es für die Verteidigung vorzugswürdig, möglichst frühzeitig auf die Staatsanwaltschaft zuzugehen und aktiv Einfluß auf die Auswahl des Sachverständigen zu nehmen. Hierbei kann die Verteidigung einen vom *I. Strafsenat* gewiesenen Weg beschreiten. Der *Senat* hatte in *BGHSt* 44, 26 zutreffend hervorgehoben, daß die Auswahlentscheidung nach § 73 StPO dem Gericht zusteht und daß eine sich allein auf § 161 a StPO stützende Praxis, bei der die Staatsanwaltschaft den Sachverständigen bestimme, faktisch die Befugnisse des Richters einschränke. Der *Senat* betont in diesem Zusammenhang, daß die Staatsanwaltschaft vor einer etwaigen Auswahl eines Sachverständigen der Verteidigung Gelegenheit zur Stellungnahme gibt und faßt – wohl für den Fall, daß keine Einigung erzielt wird – ins Auge, daß die Staatsanwaltschaft sich vor der Beauftragung eines Sachverständigen mit dem zuständigen Richter ins Benehmen setzt oder beim Ermittlungsrichter den Antrag auf Bestellung eines Sachverständigen stellt. <sup>20</sup> Diese Klarstellungen sind zu begrüßen; die vorgeschlagene Vorgehensweise kann – wie vom *Senat* dargelegt wird – »der Besorgnis etwaiger einseitiger Auswahl« des Sachverständigen wirksam begegnen. Man wird einen Schritt weitergehen können und der Verteidigung, sollte die Staatsanwaltschaft diesen Weg nicht gehen wollen, einen verbindlichen Anspruch auf ein formalisiertes »Ins-Benehmen-Setzen« einräumen.

Im übrigen bleibt zu hoffen, daß der Gesetzgeber die im »Eckpunktepapier der Regierungskoalition« <sup>21</sup> vorgesehene Stär-

<sup>12</sup> *Detter* NSTz 1998, S. 57 (59); *Sarstedt* NJW 1968, S. 177.

<sup>13</sup> Konkrete Zahlen und Belege finden sich bei *Eisenberg*, a. a. O., Rdnr. 1538.

<sup>14</sup> *Detter*, a. a. O., S. 58, mit Literaturnachweisen.

<sup>15</sup> *Detter*, a. a. O., S. 59.

<sup>16</sup> So schon *Sarstedt*, a. a. O., S. 178; *Barton* StV 1983, S. 73 (80).

<sup>17</sup> Vgl. den Fall der Sachverständigen Dr. Z. (Fundstellen in Fn. 7; *BGHSt* 44, 26).

<sup>18</sup> *BGH* StV 2002, 581 mit Besprechungsaufsatz *Schumacher/Arndt*, StV 2003, 96; vgl. dazu auch die zeitlich vorangegangene Entscheidung des *BVerfG* in dieser Sache (*BVerfG* StV 2001, 657).

<sup>19</sup> So die Bezeichnung von *Toepel*, a. a. O. (Fn. 1), S. 326 für das Vorgehen der Verteidigung in dem *BGHSt* 44, 26 zugrundeliegenden Fall.

<sup>20</sup> *BGHSt* 44, 36 (31 f.).

<sup>21</sup> »Eckpunkte einer Reform des Strafverfahrens«, Stand vom 6. 4. 2001, abgedruckt in StV 2001, S. 314 ff.

kung der Rechte der Verteidigung im Ermittlungsverfahren umgesetzt. In dem Diskussionspapier wurde ein »Beteiligungsrecht der Verteidigung bei der Auswahl eines Sachverständigen kraft Gesetzes« vorgeschlagen, also die Verankerung des jetzt in Nr. 70 RiStBV geregelten rechtlichen Gehörs in der StPO. Eine solche Reform könnte Fairneß und Ausgewogenheit der Auswahl von Sachverständigen gewährleisten. Entscheidungen – wie die hier besprochene –, die zum Ergebnis führen, daß Gerichte ihre Urteile auf einer »schmaleren Basis von Befunden« fällen, als an sich möglich wäre, würden damit hinfällig.

*Prof. Dr. Stephan Barton, Bielefeld.*

---