

LITERATURVERZEICHNIS

- Alsberg, Max/
Nüse, Karl-Heinz/
Meyer, Karlheinz
Der Beweisantrag im Strafprozeß, 5. Auflage,
Köln/Berlin/Bonn/München 1983
- Arbab-Zadeh, Amir
Des Richters eigene Sachkunde und das Gutachter-
problem im Strafprozeß, NJW 1970, 1214 ff.
- Bockelmann, Paul
Strafrichter und psychologischer Sachverständiger,
GA 1955, 321 ff.
- Brehmer, Heinz
Der Sachverständige, 2. Auflage, Heidelberg 1973
- Dahs, Hans
Handbuch des Strafverteidigers, 5. Auflage, Köln
1983
- Döhring, Erich
Fachliche Kenntnisse des Richters und ihre Verwer-
tung im Prozeß, JZ 1968, 641 ff.
- Fezer, Gerhard
Strafprozeßrecht II, München 1986
- Gössel, Karl Heinz
Strafverfahrensrecht, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz
1977
- Jessnitzer, Kurt/
Frieling, Günther
Der gerichtliche Sachverständige, 10. Auflage, Köln/
Berlin/Bonn/München 1992
- Karlsruher Kommentar
Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum Ge-
richtsverfassungsgesetz, München 1982
(zit.: KK-Bearbeiter)
- Kleinknecht, Theodor/
Meyer-Goßner, Lutz
Strafprozeßordnung, Kurzkommentar, 41. Auflage,
München 1993
- KMR
Kommentar zur Strafprozeßordnung, 11. Auflage,
Neuwied/Kriftel/Berlin 1993

- Köhler, Michael Das präsenste Beweismittel nach dem Strafverfahrensänderungsgesetz 1979, NJW 1979, 348 ff.
- Kohlhaas, Max Änderung des Sachverständigenbeweises im Strafprozeß?, NJW 1962, 1329 ff.
- Löwe-Rosenberg Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Großkommentar, 24. Auflage, Berlin/New York 1987
(zit.: LR-Bearbeiter)
- Marmann, Hans Aufklärungspflicht durch Sachverständigengutachten und freie Beweiswürdigung, GA 1953, 136 ff.
- Marx, Michael Die Verwertung präsenster Beweismittel nach neuem Recht, NJW 1981, 1415 ff.
- Mayer, Hellmuth Der Sachverständige im Strafprozeß, Festschrift für Edmund Mezger zum 70. Geburtstag, München/Berlin 1954, S. 455 ff.
- Meder, Gustav Adolf Die Ablehnbarkeit des Sachverständigenbeweises im Strafprozeß, Diss., Erlangen 1933
- Mezger, Edmund Der psychiatrische Sachverständige im Prozeß, Beilageheft zu AcP 117 (1918), Tübingen 1918
- Mösl, Albert Sachverständigengutachten und freie Beweiswürdigung im Strafprozeß, DRiZ 1970, 110 ff.
- Müller, Klaus Der Sachverständige im gerichtlichen Verfahren, Handbuch des Sachverständigenbeweises, 2. Auflage, Kronberg 1978
- Peters, Karl Strafprozeß, 4. Auflage, Heidelberg 1984
- Pieper, Helmut Richter und Sachverständiger im Zivilprozeßrecht, ZZP 84 (1971), 1 ff.

GLIEDERUNG

| | |
|---|----|
| A. Einleitung | 1 |
| I. Der Beweisantrag (Begriff) | 1 |
| II. Die Beweismittel des Strengbeweises | 1 |
| B. Der Sachverständige (Begriff) | 1 |
| I. Gesetzliche Regelungen des Sachverständigenbeweises in der StPO | 1 |
| II. Aufgaben und Tätigkeiten des Sachverständigen | 2 |
| 1. Vornahme von Verrichtungen | 2 |
| 2. Bekundung von Tatsachen | 2 |
| 3. Vermittlung von Erfahrungswissen | 2 |
| 4. Erstattung von Gutachten | 2 |
| III. Notwendigkeit der Zuziehung von Sachverständigen | 3 |
| 1. Gesetzliche Verpflichtung zur Zuziehung eines Sachverständigen | 3 |
| a) nach § 81 StPO | 3 |
| b) nach § 87 StPO | 3 |
| c) nach § 91 StPO | 3 |
| d) nach § 246 a StPO | 3 |
| 2. Zuziehung eines Sachverständigen nach richterlichem Ermessen im Rahmen der Aufklärungspflicht gem. § 244 II StPO | 3 |
| a) Eigene Sachkunde des Gerichts | 4 |
| b) Begrenzung des richterlichen Ermessens | 5 |
| c) Sachkunde einzelner Mitglieder bei Kollegialgerichten | 5 |
| d) Problem der Beurteilung der Glaubwürdigkeit von Zeugen | 6 |
| IV. Ernennung des Sachverständigen | 6 |
| 1. Bestellung des Sachverständigen durch das Gericht, § 73 I 1 StPO | 6 |
| 2. Einfluß der anderen Prozeßbeteiligten auf die Auswahl des Sachverständigen | 7 |
| V. Ablehnung eines Beweisantrags auf Vernehmung eines Sachverständigen nach § 244 III und IV StPO | 8 |
| 1. Allgemeine Ablehnungsgründe in § 244 III StPO | 8 |
| a) Unzulässigkeit der Beweiserhebung | 8 |
| b) Unerheblichkeit der behaupteten Tatsache | 8 |
| c) Mangel der Beweisbedürftigkeit | 9 |
| d) Unbrauchbarkeit des Beweismittels | 9 |
| e) Prozeßverschleppungsabsicht | 10 |
| 2. Besondere Ablehnungsgründe in § 244 IV StPO | 10 |
| a) § 244 IV 1 StPO | 10 |
| b) § 244 IV 2 StPO | 10 |
| c) Das Obergutachten | 11 |

| | |
|--|----|
| VI. Die Verwertung des Gutachtens | 12 |
| C. Gesetzliche Grundlagen und Praxis des Sachverständigenbeweises | 13 |
| D. Fazit | 14 |

DER SACHVERSTÄNDIGE IM BEWEISANTRAGSRECHT (STRAFPROZEß)

A. Einleitung

I. Der Beweisantrag (Begriff)

Der Beweisantrag wird vom BGH¹ definiert als das Begehren eines Prozeß-beteiligten, über eine bestimmte, die Schuld- oder Straffrage betreffende Tatsache ein nach der Prozeßordnung zulässiges Beweismittel zu verwerfen. In einem förmlichen Beweisverfahren, also im Strengbeweis, wird nur über diese, die Schuld- oder Straffrage betreffenden Tatsachen Beweis erhoben² und wo das Gesetz vom Beweisantrag spricht, sind nur Beweiserhebungen im Strengbeweis gemeint.

II. Die Beweismittel des Strengbeweises

Die Beweismittel, deren Benutzung mit einem Beweisantrag verlangt wird, müssen also in der StPO ausdrücklich vorgesehen sein³. Neben Zeugen (§§ 48-71), Urkunden (§§ 249-256) und Augenschein (§§ 86-93) ist der Sachverständige (§§ 72-85) ein solches im Gesetz vorgesehene Beweismittel.

B. Der Sachverständige (Begriff)

Der Sachverständige ist eine Person, die im Einzelfall als Beweismittel und Helfer des Richters zur Entscheidung eines gerichtlichen Verfahrens herangezogen wird⁴. Er bringt seine Sachkunde kraft eines ihm von einem Strafverfolgungsorgan erteilten Auftrags in das Strafverfahren ein⁵ und unterstützt aufgrund seines besonderen Fachwissens den solche Sachkunde im Einzelfall entbehrenden Richter bei der Tatsachenfeststellung⁶.

I. Gesetzliche Regelungen des Sachverständigenbeweises in der StPO, §§ 72 ff.

Der Sachverständigenbeweis ist in der StPO in den §§ 72 ff. geregelt. Gem. § 73 I 1 wird der

¹ BGHSt 1, 29 (31); 6, 128 (129); NStZ 81, 361 (362); StV 82, 55.

² KK-Herdegen, § 244 Rn. 6.

³ Alsberg/Nüse/Meyer, S. 35; Fezer, 12/Rn. 6.

⁴ Jessnitzer/Frieling, Rn. 2; Jessnitzer, StV 1982, 177.

⁵ Roxin, § 27 A II 2.

⁶ KMR-Paulus, Vorb. § 72 Rn. 16.

Sachverständige vom Richter hinzugezogen. Für ihn gelten gem. § 72 grundsätzlich die Vorschriften über Zeugen. Danach hat er wie der Zeuge gem. §§ 48 ff. grundsätzlich drei Pflichten: Gem. § 51 die Erscheinungspflicht und gem. §§ 60 ff., die Aussage- und Eidespflicht. Die Aussage- und Eidespflicht entfällt, wenn der Sachverständige ein Zeugnisverweigerungsrecht gem. §§ 52 ff. hat.

Zeugnisverweigerungsberechtigte sind danach: nahe Angehörige iSv § 52, Berufsheimlichkeitsträger iSv § 53, ihre Berufshelfer gem. § 53 a und gem. § 54 Beamte und öffentlich Bedienstete, wenn der Dienstherr die Aussagegenehmigung verweigert. Der Sachverständige muß gem. § 75 der Ernennung Folge leisten und das Gutachten erstatten, andernfalls wird gegen ihn gem. § 77 ein Ordnungsgeld verhängt. Eine Ausnahme davon besteht, wenn er gem. § 76 iVm §§ 52 ff. (s.o.) ein Gutachtenverweigerungsrecht hat. Der Sachverständige kann schließlich gem. § 74 aus denselben Gründen wie ein Richter wegen Befangenheit abgelehnt werden, §§ 22 ff.

II. Aufgaben und Tätigkeiten des Sachverständigen

Aufgabe des Sachverständigen ist immer die Übermittlung und/oder Anwendung von Sachkunde⁷.

1. Vornahme von Verrichtungen

Er nimmt dabei zum einen Verrichtungen vor⁸, wie z.B. nach § 81 a I 2 und § 81 c II die Entnahme von Blutproben.

2. Bekundung von Tatsachen

Seine Tätigkeit kann auch in der Bekundung von Tatsachen bestehen, wobei er vom Gericht nur damit beauftragt werden darf, wenn dazu eine besondere Sachkunde erforderlich ist⁹. Dies gilt z.B. für Ärzte, Chemiker, Toxikologen oder Historiker.

3. Vermittlung von Erfahrungswissen

Der Sachverständige kann auch Erfahrungswissen vermitteln, ohne daß er daraus selbst Schlußfolgerungen auf die Beweisfrage zieht, die der Richter entscheiden soll¹⁰. Dies ist z.B. der Fall, wenn ein Pharmakologe die Wirkungsweise bestimmter Medikamente erläutert (im Contergan-Prozeß: der Sachverständige soll das Gericht ganz allgemein bezüglich der Frage unterrichten, ob Thalidomid Nervenschwächen und Mißbildungen verursacht).

4. Erstattung von Gutachten

Der wichtigste Fall der Sachverständigentätigkeit ist die Erstattung von Gutachten. Dabei handelt es sich um die Anwendung von Erfahrungswissen bei der Begutachtung eines bestimmten Sachverhalts¹¹. Der zu

⁷ BGH NJW 1951, 771; OLG Hamm NJW 1954, 1820; KMR-Paulus, Vorb. § 72 Rn. 16; LR-Meyer, Rn. 2 vor § 72; Gössel, S. 225; Mezger, S. 8; Meder, S. 51.

⁸ Alsberg/Nüse/Meyer, S. 210.

⁹ Pieper, ZZZP 84, 1 (11); Alsberg/Nüse/Meyer, S. 210.

¹⁰ KK-Pelchen, Rn. 2 vor § 72; Jessnitzer/Frieling, Rn. 5; Jessnitzer, StV 1982, 177; Roxin, § 27 A I 1; Alsberg/Nüse/Meyer, S. 211.

¹¹ Alsberg/Nüse/Meyer, S. 211.

begutachtende Sachverhalt kann dem Sachverständigen vom Gericht mitgeteilt werden¹², er kann nach § 80 ermittelt werden, indem Zeugen oder der Beschuldigte (vom Gericht) vernommen werden, indem der Sachverständige Akteneinsicht erhält, indem er Zeugen- oder Beschuldigtenvernehmungen beiwohnt oder indem er unmittelbar Fragen an sie stellen darf¹³. Er kann den Sachverhalt auch selbst durch eigene sachkundige Untersuchungen feststellen¹⁴. Ein Bsp. hierfür ist der medizinische Sachverständige, der den Geisteszustand des Beschuldigten zu begutachten hat und ihn untersucht, um die hierfür erforderlichen Tatsachen zu gewinnen.

III. Notwendigkeit der Zuziehung von Sachverständigen

1. Gesetzliche Verpflichtung zur Zuziehung eines Sachverständigen

Fraglich ist nun, wann der Richter einen Sachverständigen hinzuziehen muß. Das Gesetz schreibt die Heranziehung eines Sachverständigen nur in Einzelfällen zwingend vor, u.a.:

a) nach § 81 vor der gerichtlichen Anordnung, daß der Beschuldigte zur Vorbereitung eines Gutachtens über seinen psychischen Zustand in ein psychiatrisches Krankenhaus gebracht und dort beobachtet werden soll;

b) nach § 87 bei der richterlichen Leichenschau und bei der Leichenöffnung;

c) nach § 91 ist eine chemisch-toxikologische Untersuchung vorzunehmen, wenn bei einer Leiche der Verdacht auf Vergiftung besteht;

d) nach § 246 a in der Hauptverhandlung, wenn damit zu rechnen ist, daß die Unterbringung des Angeklagten in einem psychiatrischen Krankenhaus, einer Entziehungsanstalt oder die Sicherungsverwahrung angeordnet wird.

2. Zuziehung eines Sachverständigen nach freiem richterlichem Ermessen im Rahmen der Aufklärungspflicht gem. § 244 II

Im übrigen entscheidet der Richter grundsätzlich nach pflichtgemäßem Ermessen im Rahmen der Aufklärungspflicht gem. § 244 II, inwieweit er der Hilfe eines Sachverständigen bedarf¹⁵.

a) Eigene Sachkunde des Gerichts

Die Notwendigkeit eines Sachverständigengutachtens richtet sich in diesen Fällen danach, ob das Gericht im Einzelfall selbst sachkundig ist oder nicht¹⁶. Bei eigener Sachkunde entfällt die Verpflichtung einen

¹² Jessnitzer, StV 1982, 177.

¹³ Jessnitzer, StV 1982, 177; Alsberg/Nüse/Meyer, S. 211.

¹⁴ LR-Meyer, Rn. 7 vor § 72; Jessnitzer/Frieling, Rn. 9, 274; Jessnitzer, StV 1982, 177; Roxin, § 27 A I 3.

¹⁵ RGSt 76, 349 (350); BGHSt 3, 27 (28); 12, 18 (20); NJW 1951, 120; Arbab-Zadeh, NJW 1970, 1214 (1215); Peters, Strafprozeß § 43 III; Tröndle, JZ 1969, 374; Schorn, GA 1965, 299 (300); Jessnitzer, StV 1982, 177 f.

¹⁶ s. Fn. 13

Sachverständigen beizuziehen, und ein entsprechender Beweisantrag kann gem. § 244 IV 1 abgelehnt werden.

Genügende Sachkunde liegt vor, wenn die Lebenserfahrung und Menschenkenntnis des Richters nach der ganzen Sachlage dazu ausreichen, daß der Richter allein die Wahrheit finden kann¹⁷. Der Richter muß sich also fragen, ob er Kenntnis von den betreffenden Erfahrungssätzen hat und ob er sie auch praktisch anwenden kann, um zu einer Beweisfrage so oder so Stellung zu nehmen.

Es stellt sich hier die Frage, welches die zulässigen Quellen der vom Richter in Anspruch genommenen Sachkunde sind. Das Beweisrecht beruht auf der grundlegenden Unterscheidung zwischen privatem Wissen des Richters und der auf dem Wege des Beweisverfahrens gewonnenen richterlichen Überzeugung¹⁸. Danach ist es die in allen Prozeßordnungen geltende Regel, daß der Richter seine zufällige private Kenntnis von dem beweisbedürftigen Vorgang nicht verwenden darf¹⁹. Aus § 22 Nr. 5 ergibt sich nämlich, daß Richteramt und Zeugentätigkeit nicht vereinbar sind. Demgegenüber darf der Richter privates Erfahrungswissen durchaus verwenden, weil es vor Gericht nicht beweisbedürftig ist. Demnach kann er Fachwissen auf Spezialgebieten privat erwerben²⁰ (z.B. durch Studium von Fachliteratur), er kann Spezialwissen durch seine richterliche Tätigkeit auf bestimmten Gebieten erlangen²¹, wie es z.B. bei Jugend- oder Verkehrsrichtern der Fall ist und er kann Kenntnisse verwerten, die er durch die Anhörung eines Sachverständigen im selben oder einem anderen Verfahren gewonnen hat²². Wenn das Gericht solche Sachkunde in Anspruch nimmt, muß sie aber schon vor einem darauf gerichteten Beweisantrag vorhanden sein, da die Befragung eines Sachverständigen außerhalb der Hauptverhandlung sonst auf einen unzulässigen Freibeweis hinausläuft²³. Aus anderen Quellen kann sich das Gericht aber auch noch nachdem ein Beweisantrag gestellt wurde, also ad hoc, Sachkunde verschaffen²⁴.

b) Begrenzung des richterlichen Ermessens

Wenn die Aufnahme des Sachverständigenbeweises auch im Ermessen des Gerichtes steht, kann die Nichtzuziehung aber eine Verletzung der Aufklärungspflicht gem. § 244 II bedeuten²⁵. Das richterliche Ermessen findet also dort seine Schranken, wo die eigene Sachkunde des Richters nach den Erfahrungen des Lebens nicht mehr ausreicht²⁶. Dies wird durch die Revisionsgerichte geprüft. Wenn der Richter Spezialkenntnisse zugrundelegt, muß er seine Sachkunde in der Urteilsbegründung substantiiert darlegen,

¹⁷ BGHSt 3, 27; OLG Bremen v. 10.4.1963, Ss 6 (63).

¹⁸ Mayer, FS für Mezger, 455 (459).

¹⁹ Döhring, JZ 1968, 641; Stein, S. 1 ff.

²⁰ Mösl, DRiZ 1970, 110 (111).

²¹ BGHSt 12, 18 (19); MDR 1878, 42; OLG Hamm NJW 1978, 1210; KK-Herdegen, § 244 Rn. 26; Bockelmann, GA 1955, 321(324).

²² Döhring, JZ 1968, 641 (642); BGH 1 StR 633/75 vom 18.11.1975.

²³ KK-Herdegen, § 244 Rn. 27; Roxin, § 43 C II 2.a; Schlüchter, Rn. 554.1; LR-Gollwitzer, § 244 Rn. 300; Kl./Meyer-Goßner, § 244 Rn.73; Alsberg/Nüse/Meyer, S. 699.

²⁴ KK-Herdegen, § 244 Rn. 26.

²⁵ st. Rspr. BGHSt 2, 164 (165 f.); 3 169 (174); Roxin, § 27 B I 1; Marmann, GA 1953, 136 ff.

²⁶ Schorn, GA 1965, 299 (300).

da das Revisionsgericht die Entscheidung sonst aufheben kann²⁷.

c) Sachkunde einzelner Mitglieder bei Kollegialgerichten

Nach Rspr.²⁸ und ganz h.M.²⁹ müssen nicht alle Mitglieder eines Kollegialgerichts in gleichem Maße sachkundig sein, vielmehr darf sich das Gericht die besondere Sachkunde eines oder mehrerer zum Spruchkörper gehörender Richter zunutze machen. Von der Gegenmeinung³⁰ wird hingegen angeführt, daß sich dabei eine überragende Stellung des sachverständigen Richters gegenüber den anderen ergebe. Zunächst gilt aber, daß es zum Wesen des aus mehreren Personen bestehenden Gerichts gehört, daß nicht jedes Mitglied die gleiche Sachkenntnis und das gleiche Wissen besitzt. Kollegialgerichtsbarkeit bedeutet schon deshalb gegenseitige Ergänzung in der Beratung. Dem Einwand, die Sachverhaltsfeststellung laufe dann außerhalb der Hauptverhandlung auf einen "Sachverständigenbeweis durch Richter im Beratungszimmer" hinaus, ist dabei entgegenzuhalten, daß ein in der Beratung gewonnenes Urteil aufgrund der Sachkunde eines sachverständigen Richters nur zustandekommt, wenn seine Fachkenntnis überzeugend auf die anderen Mitglieder gewirkt hat, die sich auf diesem Weg die erforderliche Sachkunde verschafft haben. Sie können ebenso den Standpunkt einnehmen, daß ihnen die Sachkunde des sachverständigen Richters nicht genügt. Dann hat "das Gericht" nicht die erforderliche Sachkunde iSd § 244 IV und es kommt zu einem Sachverständigenbeweis im üblichen Sinne. Das Gericht muß die in Anspruch genommene Sachkunde im übrigen grundsätzlich ausweisen. Der Angeklagte hat insoweit Gelegenheit zur Stellungnahme. Der Ansicht der h.M. ist somit zuzustimmen.

d) Problem der Beurteilung der Glaubwürdigkeit von Zeugen

Während mangelnde Sachkunde des Richters bei kontroversen wissenschaftlichen und medizinischen Fragen wohl offensichtlich ist, ist die Situation nicht so eindeutig bei der Beurteilung der Glaubwürdigkeit von Zeugen. Zu diesem Problem hat der BGH³¹ grundlegend wie folgt entschieden:

"Die Beurteilung des Wertes von Zeugenaussagen gehört aber von jeher zum Wesen richterlicher Rechtsfindung. Sie ist daher auch im geltenden deutschen Strafverfahrensrecht dem Tatrichter anvertraut ... Wie der Bundesgerichtshof schon wiederholt hervorgehoben hat, gilt das selbst **bei Aussagen jugendlicher Zeugen**, obwohl diese - je nach Altersstufe - allgemein oder auf bestimmten Gebieten ... weit mehr der Gefahr von Selbsttäuschungen ausgesetzt sind als erwachsene Zeugen. Die Zuziehung sachverständiger Personen mit besonderen psychologischen Kenntnissen ist auch hier nur geboten, wenn ein jugendlicher Zeuge aus dem gewöhnlichen Erscheinungsbild des Kindes- oder Jugendalters

²⁷ BGH NJW 1958, 1596.

²⁸ BGHSt 2, 164 (165); 12, 18 (19 f.); NJW 1958, 1596; BGH 5 StR 322/62 vom 4.9.1962; OLG Hamburg NJW 1964, 559 (560); OLG Köln NJW 1958, 881.

²⁹ LR-Gollwitzer, § 244 Rn. 301; KK-Herdeggen, § 244 Rn. 30; Kl./Meyer-Goßner, § 244 Rn. 73; KMR-Paulus, § 244 Rn. 466; Schorn, GA 1965, 299 (305); Roxin, § 43 C II 2 a; Hanack, JZ 1972, 114 (116); Schmidt, JZ 1961, 585 (586); Kohlhaas, NJW 1962, 1329 (1330); Fezer, 12/Rn. 34; Alsberg/Nüse/Meyer, S. 417.

³⁰ OLG Köln NJW 1958, 881; Peters, § 38 IV 1 i.

³¹ BGHSt 8, 130 (131).

hervorstechende Züge oder Eigentümlichkeiten aufweist. **Bei erwachsenen Zeugen** darf sich der Tatrichter ... die nötige Sachkunde zur Beurteilung der Glaubwürdigkeit nur dann nicht zutrauen, wenn die Beweislage - etwa infolge unaufklärbarer Widersprüche mehrerer Zeugen - *besonders* schwierig ist" (st. Rspr.³²).

IV. Ernennung des Sachverständigen

1. § 73 I 1: Bestellung des Sachverständigen durch das Gericht

Nach der ausdrücklichen Vorschrift des § 73 I 1 erfolgt die Auswahl des Sachverständigen durch das Gericht.

2. Einfluß der anderen Prozeßbeteiligten auf die Auswahl des Sachverständigen

Wenn das Gericht einen Sachverständigen, den die übrigen Prozeßbeteiligten (also die StA, insbesondere aber der Angeklagte bzw. sein Verteidiger) vorgeschlagen haben, nicht von sich aus bestellt, haben die Prozeßbeteiligten im gerichtlichen Verfahren nur die Möglichkeit durch einen Beweisantrag gem. § 245 II die Vernehmung eines bestimmten Sachverständigen zu erzwingen. Der Sachverständige hat nämlich nicht nur der Ladung des Gerichts Folge zu leisten, sondern er muß auch erscheinen, wenn die StA, der Angeklagte oder sein Verteidiger von ihrem Recht zur unmittelbaren Ladung gem. §§ 214 III, 220 Gebrauch machen.

Wenn also der Verteidiger erreichen will, daß ein von ihm selbst ausgewählter Sachverständiger vom Gericht vernommen wird, muß er diesen nach §§ 220, 38 durch den Gerichtsvollzieher unmittelbar laden lassen. Erscheint der vom Verteidiger ordnungsgemäß geladene Sachverständige in der Hauptverhandlung, so muß das Gericht ihn nach § 245 als sog. präsenten Beweismittel vernehmen, sofern ein entsprechender Beweisantrag gestellt wird³³. Beim präsenten Beweismittel sind die Ablehnungsmöglichkeiten im Gegensatz zu denen des § 244 III wesentlich beschränkt. Die "Wahrunterstellung" aus § 244 III ist in § 245 II kein Ablehnungsgrund und die "Bedeutungslosigkeit" ist es nur in engerem Umfang. "Bedeutungslos" iSd § 244 III 2 ist eine Tatsache nämlich sowohl, wenn sie keine Beziehung zum Prozeßgegenstand hat, als auch, wenn sie trotz dieser Beziehung für die zu treffende Entscheidung ohne Bedeutung ist³⁴. Dieser zweite Fall der Bedeutungslosigkeit ist in § 245 II nicht genannt. Nur eine völlige Beziehungslosigkeit berechtigt zur Ablehnung (es heißt dort: "wenn...kein Zusammenhang besteht")³⁵. Außerdem sind die zusätzlichen Ablehnungsgründe des § 244 IV³⁶ und V beim präsenten Sachverständigen nicht anwendbar. Es gilt lediglich

³² BGHSt 3, 52 (53); NJW 1961, 1636; BGH NSTz 1981, 400; 1985, 229, 420; 1987, 182; OLG Hamm NJW 1970, 907.

³³ Dahs, Rn. 384 ff.; Jessnitzer, StV 1982, 177 (178); Schorn, GA 1965, 299 (302); Köhler, NJW 1979, 348 (350).

³⁴ BGH NSTz 1982, 126; NJW 1953, 35 (36); GA 1964, 77; LR-Gollwitzer, § 244 Rn. 192.

³⁵ KK-Herdeggen, § 245 Rn. 15; LR-Gollwitzer, § 245 Rn. 72; Kl./Meyer-Goßner, § 245 Rn. 25; Peters, § 38 V.

³⁶ s. B.V.2.

§ 245 II 2. Durch die wesentliche Einschränkung der Ablehnungsmöglichkeiten beim präsenten Beweismittel soll verhindert werden, daß das rechtsstaatlich bedeutsame Selbstladerecht des Angeklagten ausgehöhlt wird. Er soll die Beweisaufnahme möglichst ungefiltert selbst beeinflussen können. Kritik: Nach der bis 1979 geltenden alten Fassung des § 245 war das Gericht nur bei "Unzulässigkeit" und "Verschleppungsabsicht" zur Ablehnung der Beweisaufnahme beim präsenten Beweismittel berechtigt. Außerdem war die Beweisaufnahme nicht von einem Beweisantrag abhängig. Insofern erscheint die gegenüber § 244 III-V "günstige" Regelung des § 245 n.F. als eine Verschlechterung der Stellung des Angeklagten. Der Beweggrund des Gesetzgebers für die Umgestaltung des § 245 a.F. durch das StVÄG von 1979 war, daß diese Bestimmung das Gericht zu offensichtlich überflüssigen Beweiserhebungen verpflichtete, was zu einem Leerlauf des Verfahrens und einem Mißbrauch des Selbstladerechts geführt hat. Die Neufassung sollte eine sachgerechte Konzentration des Beweisstoffes ermöglichen³⁷. Die Mißbrauchsabwehr ist an sich ein berechtigtes Anliegen des Gesetzgebers im Strafverfahren, aber die Folgen - vor allem für die Verteidigungsmöglichkeit - sind nicht unerheblich. Den Bedenken gegen § 245 n.F. kann dadurch Rechnung getragen werden, daß die Ablehnungsgründe restriktiv ausgelegt werden und daß der Richter gemäß seiner strafprozessualen Fürsorgepflicht dem Angeklagten, der keinen Verteidiger hat, bei der Verwertung von Beweismitteln, insbesondere beim Stellen und Formulieren von Beweisanträgen, Hilfestellung gibt. Im übrigen bleibt § 244 II unberührt, d.h. der Richter muß bei jedem präsenten Beweismittel die Notwendigkeit von Amts wegen, also auch ohne Antrag, prüfen.

V. Ablehnung eines Beweisantrags nach § 244 III und IV

Ein Beweisantrag ist auch nach § 244 III abzulehnen und kann nach § 244 IV abgelehnt werden.

1. Allgemeine Ablehnungsgründe des § 244 III

Die in § 244 III enthaltenen allgemeinen Ablehnungsgründe sind:

a) die Unzulässigkeit der Beweiserhebung (Satz 1), d.h. wenn sie aus Rechtsgründen verboten ist. Ein Hauptbsp. hierfür ist, wenn der Sachverständige dafür benannt ist, Fragen des deutschen Rechts zu erläutern oder zu klären oder auch die Protokollverlesung anstelle einer Vernehmung in der Hauptverhandlung (unter Berücksichtigung der §§ 251 ff.).

b) ferner die Unerheblichkeit der behaupteten Tatsache (Satz 2: "Tatsache für die Entscheidung ohne Bedeutung"). Eine Tatsache ist dann unerheblich, wenn sie keine Beziehung zum Prozeßgegenstand hat oder trotz dieser Beziehung für die zu treffende Entscheidung ohne Bedeutung ist³⁸. Es sollen die Beweiserhebungen unterbleiben dürfen, die die Wahrheitsfindung ohne weiteres nicht fördern können³⁹. Bsp.: Der Angeklagte A soll eine Urkunde mit der Unterschrift seines Bruders gefälscht haben. Ein Beweisantrag, daß der Zeuge Z darüber vernommen werden soll, er habe dem Bruder des A beim Unterschreiben zugesehen, darf nicht mit der Begründung abgelehnt werden, daß das Gericht aufgrund

³⁷ s. auch Marx, NJW 1981, 1415; Köhler, NJW 1979, 348 (349); Kohlhaas, JZ 1972, 114 (116).

³⁸ s. auch Fn. 34.

³⁹ KMR-Paulus, § 244 Rn. 121; Alsberg/Nüse/Meyer, S. 580.

eines Sachverständigengutachtens schon davon überzeugt sei, A habe unterschrieben. Dagegen kann der Antrag abgelehnt werden, daß ein Zeuge gesehen habe, wie A einen Kugelschreiber gekauft hat.

c) Mangel der Beweisbedürftigkeit (Satz 2): Die Beweiserhebung kann wegen Offenkundigkeit überflüssig sein, einmal im Sinne allgemein bekannter Tatsachen (z.B. ist allgemeinkundig, was in Lexika, Landkarten oder Kursbüchern nachgelesen bzw. nachgesehen werden kann), zum anderen im Sinne gerichtskundiger Tatsachen. Gerichtskundigkeit ist z.B. gegeben, wenn das Gericht aus früheren Verfahren gegen nationalsozialistische Gewalttäter besondere Einzelheiten der nationalsozialistischen Machtstruktur kennt. Wenn eine Tatsache schon erwiesen ist, ist eine Beweiserhebung ebenso unnötig. Bei einer Ablehnung mit dieser Begründung darf das Gericht aber nicht gegen das Verbot der Beweisantizipation verstoßen⁴⁰. Ein Beweisantrag kann auch mit der Begründung abgelehnt werden, daß das Gericht die vom Antragsteller behauptete Tatsache so behandelt, "als wäre sie wahr". Nach den strengen Richtlinien des BGH sind die als wahr unterstellten Tatsachen als erwiesen und damit feststehend zu behandeln⁴¹. Dabei muß die Wahrunterstellung dem vollen Inhalt des Antrags gerecht werden⁴² und sie darf in der Beweiswürdigung dann ausschließlich zugunsten des Angeklagten, also nicht zu seiner Überführung verwendet werden⁴³. In der Literatur finden sich zu diesem Ablehnungsgrund kaum Beispiele, weil entweder andere Ablehnungsgründe einschlägig sind, oder weil der Beweisantrag wegen § 244 II nicht abgelehnt werden darf.

d) Unbrauchbarkeit des Beweismittels: Völlig ungeeignet ist ein Beweismittel, wenn sich mit ihm nach sicherer Lebenserfahrung ein Ergebnis, wie es im Beweisantrag in Aussicht gestellt ist, nicht erzielen läßt⁴⁴. Der Sachverständige kann z.B. ein ungeeignetes Beweismittel sein, wenn keine Anknüpfungstatsachen für ein Gutachten vorhanden sind. Die Ablehnung eines Beweisantrags mit der Begründung, das genannte Beweismittel sei unerreichbar (was vor allem beim Zeugen bedeutsam ist), setzt voraus, daß das Gericht - entsprechend seiner Amtsaufklärungspflicht - alle erfolgversprechenden Versuche unternommen hat, das Beweismittel der Verwertung zugänglich zu machen. Ein Fall der Unerreichbarkeit aus dem Bereich des Zeugen liegt z.B. vor, wenn sich die oberste Dienstbehörde endgültig weigert, dem Gericht Namen und Anschrift eines V-Mannes für eine Vernehmung in der Hauptverhandlung zu nennen.

e) Ein Antrag ist mit **Prozeßverschleppungsabsicht** (Satz 2) gestellt, wenn die Beweiserhebung nicht das Ziel hat, die Wahrheit zu fördern, sondern ausschließlich eine Verzögerung des Verfahrensabschlusses auf unbestimmte Zeit bezweckt⁴⁵.

⁴⁰ Fezer, 12/Rn. 119.

⁴¹ BGHSt 1, 137 (139); BGH StV 1981, 511 f.

⁴² BGH StV 1982, 155; OLG Hamburg JR 1982, 36 f.

⁴³ Fezer, 12/Rn. 131.

⁴⁴ BGH StV 1982, 101 f., 1983, 7; 1984, 173 f.; BGHSt 14, 339 (342).

⁴⁵ BGH JR 1983, 35 ff.

2. Besondere Ablehnungsgründe in § 244 IV

Zu den allgemeinen Ablehnungsgründen in Abs. 3 kommen Ablehnungsgründe im Bereich des Sachverständigenbeweises nach dem Opportunitätsprinzip hinzu, § 244 IV ("kann auch abgelehnt werden").

a) Satz 1

Satz 1 bezieht sich dabei auf den Fall, daß für eine bestimmte Beweistatsache noch kein Sachverständiger gehört wurde. Der hier formulierte Ablehnungsgrund ergibt sich aus dem Wesen des Sachverständigenbeweises: Dieses Beweismittel erübrigt sich nämlich, wenn das Gericht selbst die erforderliche Sachkunde besitzt, es sei denn, daß die StPO die Beiziehung eines Sachverständigen zwingend vorschreibt⁴⁶. So gesehen normiert § 244 IV 1 einen Spezialfall der "überflüssigen" Beweisaufnahme iSd § 244 III 2.

b) Satz 2

In Satz 2 geht es demgegenüber um die Frage, in welchen Fällen ein Antrag auf Vernehmung eines weiteren Sachverständigen abgelehnt werden darf. Es wird vorausgesetzt, daß das Gericht zur Entscheidung der Beweisfrage bereits einen Sachverständigen gehört hat. Durch das erste Gutachten kann der Richter von der in Frage stehenden Beweisfrage positiv überzeugt sein⁴⁷, er kann zu einer negativen Überzeugung gekommen sein, obwohl der Sachverständige die Tatsache bejaht und er kann durch das erste Gutachten soviel eigene Sachkunde erlangt haben, daß er zu einem selbständigen Gutachten befähigt ist und keinen weiteren Sachverständigen benötigt⁴⁸. Wenn sich das Gericht jetzt nicht auf seine eigene Sachkunde verlassen kann, sind insbesondere die in Satz 2, 2. HS aufgeführten Gründe, welche das Erstgutachten als unzureichend erscheinen lassen, zu beachten. Der Gesetzgeber geht davon aus, daß die erworbene Sachkunde dem Gericht die Fähigkeit gibt zu beurteilen, ob ein weiterer Sachverständiger ihm andere oder zusätzliche Fachkenntnisse vermitteln kann. Daraus folgt, daß die Ablehnungsmöglichkeit in Satz 2, 1. HS ("Gegenteil bereits erwiesen") zuverlässig vermittelte Sachkunde voraussetzt. Ein Beweisantrag kann also nicht mit dieser Begründung abgelehnt werden, wenn

- die Sachkunde des früheren Gutachters zweifelhaft ist,
- sein Gutachten von unzutreffenden tatsächlichen Voraussetzungen ausgeht oder Widersprüche enthält,
- der neue Sachverständige über sog. "überlegene" Forschungsmittel verfügt, § 244 IV 2 2. HS.

Allen diesen Gründen ist gemeinsam, daß das Gericht auf der Grundlage eines solchen nicht voll verlässlichen Gutachtens selbst nicht zuverlässige Sachkunde erwerben kann. Dann ist es nämlich auch nicht möglich, ohne einen weiteren Sachverständigen vom Gegenteil der zu beweisenden Tatsache

⁴⁶ Fezer, 12/Rn. 143.; s.o.: B.III.1.

⁴⁷ KK-Herdegen, § 244 Rn. 38; Kl./Meyer-Goßner, § 244 Rn. 68; KMR-Paulus, § 244 Rn. 472; LR-Gollwitzer, § 244 Rn. 101; Dahs, Rn 271; Alsberg/Nüse/Meyer, S. 726.

⁴⁸ BGH bei Dallinger MDR 1972, 925; Kl./Meyer-Goßner, § 244 Rn. 68; KMR-Paulus, § 244 Rn. 470; LR-Gollwitzer, § 244 Rn. 254; Gössel, S. 257; Mayer, FS für Mezger, 455 (474); Mösl, DRiZ 1970, 110 (113); Richter, NJW 1958, 1125 (1126); Alsberg/Nüse/Meyer, S. 723.

überzeugt zu sein. Auf der anderen Seite führt einer der in Satz 2, 2. HS genannten Mängel beim Gutachter oder des Gutachtens nicht unbedingt zur Ablehnung, z.B. dann nicht, wenn das Gericht trotz eines Mangels (wie etwa Widersprüchlichkeit oder unzutreffende tatsächliche Grundlage) an der Sachkunde des ersten Gutachters und der Richtigkeit des Gutachtens nicht zweifelt. Die Pflicht zur Wahrheitserforschung kann das Gericht aber zur Anhörung eines weiteren Sachverständigen veranlassen, selbst dann, wenn ein dahingehender Beweisantrag nach Satz 2 ohne Rechtsfehler abgelehnt werden könnte. Es können nämlich besondere Umstände vorliegen, die zur Benutzung eines weiteren Beweismittels Anlaß geben und auch die Ablehnungsrechte geben dem Gericht nicht die Befugnis von seiner Aufklärungspflicht nach § 244 II abzugehen.

c) Das "Obergutachten"

In dem Fall, daß entgegengesetzte Gutachten vorliegen, kann der Richter sich nur dann für oder gegen eines von beiden entscheiden, wenn er in dem umstrittenen Fragenkreis eigene Kenntnisse und Erfahrungen hat. Im Regelfall wird sich das Gericht wegen der durch die Widersprüchlichkeit hervorgerufenen Zweifel noch nicht die für die Entscheidung erforderliche Sachkunde verschafft haben, sodaß ein weiteres Gutachten eingeholt werden muß⁴⁹. Im Gegensatz zu den Prozeßordnungen wird in Literatur und Rspr. der Begriff des Obergutachtens verwendet. Das Obergutachten soll die widersprüchlichen Sachaussagen zwischen zwei oder mehreren bereits erstatteten Gutachten aufklären und dabei auch zu den anderen Gutachten Stellung nehmen⁵⁰. Es ist aber nicht richtig, wenn man das Obergutachten als eine Art "Schiedsrichter" sieht, der den Meinungsstreit abschließend entscheiden soll. Vielmehr muß das Gericht zur Verschaffung der erforderlichen Sachkunde alle Gutachten gleichermaßen heranziehen und prüfen, ob aus diesen Gutachten in ihrer Gesamtheit die erforderliche Sachkunde erlangt werden kann⁵¹. Sie sind gleichrangige Erkenntnisquellen.

VI. Die Verwertung des Gutachtens

Grundsätzlich gilt das Gebot des Verwertungszwangs für jedes in den Prozeß eingeführte Gutachten. Im Gesetz fehlt aber eine ausdrückliche Bestimmung, ob der Richter an das Gutachten des Sachverständigen gebunden ist oder nicht. Sieht man aber insbesondere § 78 der StPO, wonach der Richter, "soweit ihm dies erforderlich erscheint, die Tätigkeit des Sachverständigen zu leiten hat" und zieht man noch hinzu, daß nach Art. 92 und 97 GG die rechtsprechende Gewalt dem Richter anvertraut wurde, der nach § 1 GVG unabhängig und nur dem Gesetz unterworfen ist, kann man nicht daran zweifeln, daß das Gutachten keine rechtliche Bindung für den Richter hat⁵². Gem. § 261 ist das Gutachten dahingehend zu würdigen, ob der Richter von der Feststellung des Gutachters überzeugt ist⁵³. Das Prinzip der freien Beweiswürdigung wird also durch das Gebot des Verwertungszwangs nicht berührt⁵⁴. Wenn sich der

⁴⁹ Jessnitzer/Frieling, Rn. 543; Bremer, S. 130; Alsberg/Nüse/Meyer, S. 726.

⁵⁰ Müller, S. 81.

⁵¹ Müller, S. 82.

⁵² Arbab-Zadeh, NJW 1970, 1214 (1215); Müller, S. 327.

⁵³ BGHZ 53, 245 (256); Müller, S. 329; Mösl, DRiZ 1970, 110 (112); KMR-Paulus, Rn. 18 vor § 72; LR-Gollwitzer, § 261 Rn. 97; Bockelmann, GA 1955, 321 (326 f.); Marmann, GA 1953, 136.

⁵⁴ Müller, S. 327.

Richter einem Gutachten anschließt, muß er die Ausführungen des Sachverständigen zu den wesentlichen Anknüpfungstatsachen und den Darlegungen wiedergeben⁵⁵. Das gleiche gilt, wenn das Urteil von einem Sachverständigengutachten abweicht⁵⁶. Auch dann müssen die Begründungen des Sachverständigen und die Gründe, die das Gericht im einzelnen dagegensetzt dargelegt werden. Ansonsten kann das Urteil gem. § 353 vom Revisionsgericht aufgehoben werden⁵⁷. Entscheidend ist also, daß der Richter die Äußerungen des Sachverständigen nicht "in Bausch und Bogen" übernimmt, sondern daß er sie selbständig auf ihre Begründetheit und Überzeugungskraft hin überprüft und danach nach seinem Ermessen die Bedeutung des Gutachtens für die rechtliche Beurteilung der Tat feststellt⁵⁸.

C. Gesetzliche Grundlagen und Praxis des Sachverständigenbeweises⁵⁹

Nach der StPO ergeben sich für den Sachverständigenbeweis 2 Grundsätze:

Aus § 244 III ergibt sich zum einen, daß der Sachverständige bei der "Erhebung des Beweises" mitwirkt, sofern und soweit dem Gericht selbst die erforderliche Sachkunde fehlt. Auf der anderen Seite ist gem. §§ 73, 78 und 80 eine umfassende richterliche Leitung und Kontrolle des Sachverständigen vorgeschrieben. § 73 wird aber heute nicht mehr beachtet. Der Sachverständige wird vielmehr üblicherweise im Vorverfahren von der StA oder selbst der Polizei bestellt. Wenn der Richter aber die Person des Sachverständigen nicht mehr selbst bestimmt, entfällt auch die richterliche Leitung und der Sachverständige als Beweismittel der StA wird zu einer vorprogrammierten, vom Richter unabhängigen Beweisperson.

- Mit § 73 fällt also § 78.

Der in der StPO vorausgesetzte Kontakt ist damit unterbrochen und kann auch in Hinblick auf seine Notwendigkeit bei weiteren Regelungen kaum wiederhergestellt werden. Entsprechend der Praxis, daß der Sachverständige schon zu Beginn seiner Gutachtertätigkeit umfassende Akteneinsicht hat, er durchaus selbständig weitere Anknüpfungstatsachen ermittelt, einmüchtig den Beschuldigten oder Zeugen befragt und schriftliche Stellungnahmen oder Gutachten vom Arbeitgeber, von Behörden oder Schulen anfordert, kann man dann sagen, daß

- mit § 78 auch § 80 fällt.

Aus diesem Widerspruch der Praxis mit den Zielvorstellungen des Gesetzes ergibt sich zum einen die Gefahr, daß verfahrensrechtliche Freiheitsgarantien verletzt werden, z.B. wenn der Sachverständige eigenmächtig einen Zeugen befragt, der ein Zeugnisverweigerungsrecht geltend machen könnte. Dem kann nur durch eine korrekte richterliche Belehrung vor der Befragung durch den Sachverständigen entgegengewirkt werden.

Eine Mißachtung des § 73 gefährdet die Unparteilichkeit des Gutachters. Die Vorstellung des Gesetzgebers wird in Äußerungen von Mitgliedern der Reichstagskommission deutlich: "Die einseitig von der Partei in ihrem Interesse ausgewählten Sachverständigen sind nur geeignet, das Verfahren zu

⁵⁵ BGHSt 7, 238 (240); 8, 113 (118); 12, 311 (314 f.); NJW 1970, 419; OLG Hamm JMBL.NRW 1965, 58; Schorn, GA 1965, 299 (301); Döhring, JZ 1968, 641 (642).

⁵⁶ Alsberg/Nüse/Meyer, S. 725.

⁵⁷ BGH NJW 1958, 1596.

⁵⁸ Pieper, ZJP 84 (1971), 1 (25); Schorn, GA 1965, 299 (301).

⁵⁹ nach Krauß, ZStW 85 (1973), 320 ff.

verwirren und die Rechtsfindung zu erschweren." Man war der Überzeugung, daß "die von der Partei gewählten Sachverständigen in der Regel kein für den Richter brauchbares Resultat liefern". Der Sachverständige wird auch durch vollständige Akteneinsicht zu Beginn seiner Tätigkeit mit Vorurteilen belastet. Nach dem Gesetz hingegen, § 80, soll der Richter auch zu einer weiteren Aufklärung des Sachverständigen nur einem gezielten Antrag entsprechend und nur insoweit Aktenmaterial zur Verfügung stellen, als das für die Beantwortung bestimmter Fragen unerlässlich erscheint.

Durch die Praxis der Sachverständigentätigkeit werden zudem die Grundsätze der Hauptverhandlung oftmals in Frage gestellt. Die Beurteilung eines Zeugen durch Psychologen findet z.B. oftmals außerhalb des Gerichtssaals statt und schließt die übrigen Beteiligten von einem Kernstück der Wahrheitsfindung aus. Es entsteht dann der Eindruck, daß in der Hauptverhandlung nur nachgespielt wird, was sich woanders schon vollzogen hat. Die Sachverständigentätigkeit widerspricht darüber hinaus oftmals den Grundsätzen der Öffentlichkeit, Mündlichkeit und Unmittelbarkeit. Wenn z.B. ein Historiker für sein Gutachten betroffene Persönlichkeiten befragt und zahlreiche Urkunden auswertet, spricht das gegen den in der StPO festgelegten Unmittelbarkeitsgrundsatz, der besagt, daß Zeugen in der Hauptverhandlung zu vernehmen und Urkunden zu verlesen sind (§§ 250, 249).

D. Fazit

Insgesamt erweist sich die Entwicklung des Sachverständigenbeweises als eine schrittweise Entmachtung des Richters. Die Schwierigkeiten für die Gerichte ergeben sich aus dem Spannungsfeld zwischen der Forderung, alle mögliche besondere Sachkunde in den Prozeß einzuführen, und Art. 92 GG wonach die rechtsprechende Gewalt den Richtern anvertraut ist. Die StPO zumindest wird der zunehmenden Kompliziertheit der Entscheidungssituationen nicht mehr gerecht.