

Wie objektiv darf es sein?

– Skizze einer modifizierten Sachverständigenauswahl im Ermittlungsverfahren –

Leon Kruse

Fast alles, was ich über das Verteidigen weiß, habe ich beim Mittagessen gelernt. An fast jedem Wochentag durfte ich in meinen ersten Berufsjahren mit dem Jubilar über den Strafprozess sprechen. Meist gab es Fisch oder Frikadellen, freitags immer ein Glas Riesling. Sprechen hieß zunächst Zuhören und anschließend Diskutieren. Das ging am besten, wenn man sich gut vorbereitet hatte. Etwa durch das Lesen der drei Leitzordner mit den wichtigsten Plädoyers des Jubilars. Für besonders knifflige Fragen des Strafprozessrechts eigneten sich aber noch besser die schier unzähligen vom Jubilar verfassten Revisionen, die er seit seiner Zulassung 1977 alphabetisch sortiert im inzwischen auf vier Meter Höhe angewachsenen USM Haller Mobiliar aufbewahrt.

Ein in diesen Revisionen gelegentlich gerügter Verfahrensfehler ist, dass sich das Gericht die ihm fehlende Sachkunde in der falschen Beweisart verschafft hat.¹ Wird statt eines Sachverständigen ein sachverständiger Zeuge vernommen, untergräbt das insbesondere das Recht des Beschuldigten auf Gehör bei der Auswahl des Sachverständigen.²

Ich habe mich nach dem Lesen der Rüge gefragt, was das Recht des Beschuldigten auf Gehör bei der Auswahl des Sachverständigen heute noch wert ist und ob die gegenwärtige Praxis im Hinblick auf die zunehmende Spezialisierung von Sachverständigen auf eine forensische Tätigkeit noch zeitgemäß ist.

1 Zuletzt BGH 4 StR 279/23.

2 Eisenberg, Beweisrecht der StPO, 10. Auflage 2017, Rn. 1526 ff.

I. Auswahl und Bestellung des Sachverständigen

Anders als der Zeuge ist der Sachverständige – in den Worten des Jubilars – ein "austauschbares Beweismittel".³ Seine Auswahl erfolgt gemäß § 73 Abs. 1 Satz 1 StPO *durch den Richter*. Im Ermittlungsverfahren wird er allerdings – ohne ausdrückliche Ermächtigungsgrundlage – regelmäßig von der Herrin des Vorverfahrens, der Staatsanwaltschaft, bestimmt. Diese hat nach Nr. 70 Abs. 1 RiStBV dem Verteidiger vor der Auswahl lediglich rechtliches Gehör zu gewähren und *darf* nach herrschender Meinung bei tiefergreifenden Divergenzen über die Person des Sachverständigen beim Ermittlungsrichter einen Antrag auf Bestellung eines Sachverständigen stellen.⁴

Das Gehörsrecht des Beschuldigten läuft leer, wenn Staatsanwaltschaften auch unabhängig vom Vorbringen des Verteidigers auf ihnen bereits bekannte und aus ihrer Sicht bewährte Sachverständige zurückgreifen. Dies geschieht häufig dann, wenn sich zwischen Staatsanwalt und Sachverständigem über die vergangenen Jahre bereits ein Vertrauensverhältnis gebildet hat. In solchen Konstellationen, die ein wenig an den verwaltungsrechtlichen "Klausurklassiker" erinnern, bei dem Fahrgeschäftsinhaber Zugang zum örtlichen Markt begehren, wird der Verteidiger mit dem Einwand mangelnder Sachkunde des Sachverständigen nur selten Gehör finden. Die Auswahl des Sachverständigen durch die Staatsanwaltschaft kann nicht angefochten werden.⁵ Auch ein späterer Befangenheitsantrag hat regelmäßig keine Aussicht auf Erfolg. Denn für ein Vertrauensverhältnis zur Staatsanwaltschaft würde der von der Rechtsprechung als "Maßfigur" gebildete Beobachter,⁶ der den Anlass für das Ablehnungsgesuch vom Standpunkt des Berechtigten beurteilt,⁷ ja sicherlich Verständnis aufbringen können. Geht es dem konkreten Beschuldigten anders als der Maßfigur, wird er den einmal von der Staatsanwaltschaft ausgewählten Sachverständigen dennoch nur selten wieder los. In der Regel wird das Gericht in der Hauptverhandlung den von der Staatsanwaltschaft ausgewählten Sachverständigen selbst

3 Schwenn in Festschrift für Hans-Ludwig Kröber, S. 259 ff. (260).

4 Vgl. BGHSt 44, 26 ff. (32); Erb in Löwe-Rosenberg, StPO, 27. Aufl. 2018, § 161a Rn. 26; a.A. Wohlers/Albrecht in SK-StPO, 5. Auflage 2016, § 161a Rn. 38.

5 OLG Schleswig StV 2000, 543 ff. (543) mit abl. Anm. Wagner.

6 Rudolphi in SK-StPO, 5. Auflage 2018, § 24 Rn. 13.

7 BGHSt 24, 336 ff. (338).

bei vorhersehbar ungeeigneten Gutachten hören, ohne seinerseits einen anderen Sachverständigen zu bestellen.⁸

Einem Beweis Antrag nach § 163a Abs. 2 StPO auf Einholung eines Gutachtens eines anderen Sachverständigen wird die Staatsanwaltschaft, die ihren Sachverständigen kennt und ihm vertraut, regelmäßig nicht nachgehen, zumal kein Rechtsbehelf gegen die Ablehnung zur Verfügung steht.⁹ Dem Verteidiger bleibt also nur die Möglichkeit, einen eigenen Sachverständigen zu beauftragen, dessen Gutachten der Staatsanwaltschaft mitzuteilen und im Falle einer Anklage und Eröffnung des Hauptverfahrens vom Selbstladungsrecht des § 220 StPO Gebrauch zu machen, um die Einvernahme des Sachverständigen als präsenes Beweismittel gemäß § 245 Abs. 2 StPO zu erzwingen. Diese Möglichkeit steht im Ermittlungsverfahren aber nur dem vermögenden Beschuldigten zu, da der Sachverständige für das vor seiner Ladung erstellte schriftliche Gutachten nicht aus der Staatskasse entschädigt werden soll.¹⁰ Auslagen könnte er zudem ohnehin erst als Angeschuldigter geltend machen – eine Verfahrensrolle, vor der ein Verteidiger seinen Mandanten gerade bewahren will. Zudem haftet einem allein von der Verteidigung beauftragen Sachverständigen häufig der mal ausgesprochene mal unausgesprochene Makel eines „Parteigutachters“ an. Die „Waffengleichheit“ mit dem Beschuldigten wird durch das derzeitige *procedere* also empfindlich gestört.¹¹

II. Zunehmede Spezialisierung von Sachverständigen

Die wiederholte Auswahl derselben Sachverständigen kann für den Beschuldigten insbesondere dann Anlass zur Sorge sein, wenn Sachverständige, was immer häufiger der Fall ist, mehr oder weniger ausschließlich mit der Erstattung forensischer Gutachten befasst sind. Zwar kann die mit der Spezialisierung verbundene Professionalisierung einen Sachverständigen auf den ersten Blick besonders geeignet erscheinen lassen. Die Professiona-

8 Eisenberg, Beweisrecht der StPO, 10. Auflage 2017, Rn. 1526a; Erb in Löwe-Rosenberg, StPO, 27. Auflage 2018, § 161a Rn. 25.

9 Erb in Löwe-Rosenberg, StPO, 27. Auflage 2018, § 163a Rn. 124; Wohlers/Albrecht in SK-StPO, 5. Auflage 2016, § 163a Rn. 79; Eisenberg, Beweisrecht der StPO, 10. Auflage 2017, Rn. 561; a.A. Schlothauer StV 1995 158 ff. (164 f.).

10 OLG München NSTz 1981, 450; Schmitt in Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 66. Auflage 2023, § 220 Rn. 10.

11 Kölbl/Ibold in MüKo-StPO, 2. Auflage 2023, § 161a Rn. 8.

lisierung führt aber fast immer dazu, dass sich die Sachverständigen von den Behörden und Gerichten, die in der Regel ihre Auftraggeber sind, finanziell abhängig machen. Will der Gutachter seinem Geschäft nicht schaden, könnte er, kaum von der Hand zu weisen, geneigt sein, im Zweifel eher das von seinem Auftraggeber gewünschte Ergebnis in seinem Gutachten zu präsentieren und einer Konfrontation aus dem Weg zu gehen ("Wes Brot ich ess, des Lied ich sing").¹²

III. Sachverständige mit Jagdneigung

Problematisch sind dabei insbesondere Sachverständige, die, über eine dem Auftraggeber genehme Begutachtung hinausgehend, eigenen Jagdeifer entwickeln. Ein Beispiel:¹³ Mit Beschluss vom 6.1.2015 – 1 Ss 117/14 – hat das *Oberlandesgericht Rostock* ein Berufungsurteil auf die vom Jubilar verfasste Revision mit den Feststellungen aufgehoben, weil die als Sachverständige ausgewählte Diplompsychologin Dr. W das Zeugnisverweigerungsrecht des Kindes missachtet und in einer Weise auf es eingewirkt hatte, in der der Senat verbotene Vernehmungsmethoden nach dem Regelungsgedanken des § 136a StPO erkannt hat. Dass eine Sachverständige, die einmal so vorgegangen ist, aufgrund ihrer dadurch offensichtlich gewordenen Jagdneigung für die Erstattung aussagepsychologischer Gutachten ungeeignet ist, liegt nahe. Gleichwohl wird diese Sachverständige auch weiterhin mit aussagepsychologischen Gutachten betraut. In einer vor dem *Landgericht Schwerin* verhandelten Sache wegen des Vorwurfs sexuellen Missbrauchs von Kindern, in der ich gemeinsam mit dem Jubilar verteidigt habe, kam der zunächst beauftragte Sachverständige zu dem Ergebnis, dass die Nullhypothese nicht zurückgewiesen werden könne. Die mit diesem Ergebnis ersichtlich unzufriedene Staatsanwaltschaft beantragte daraufhin auf Anregung der Nebenklägervorteilerin die oben benannte Diplompsychologin mit einem weiteren Sachverständigengutachten. Diese erkannte offenbar, was die Staatsanwaltschaft von ihr erwartete, und lieferte entsprechend: Unter Missachtung der Nullhypothese hielt sie die Angaben der Nebenklä-

12 Ein entsprechend problematisches *procedere* kennt der Strafprozess bereits von manchen, sich eher als "Verurteilungsbegleiter" verstehenden Pflichtverteidigern, die aus monetären Gründen auf weitere Beordnungen angewiesen sind und sich daher im Zweifel eher um ihre nächste Bestellung als um das Wohl des Beschuldigten sorgen.

13 Siehe *Schwenn* in Festschrift für Hans-Ludwig Kröber, S. 259 ff. (260).

gerin für glaubhaft und das vorangegangene Gutachten ihres Kollegen für mangelhaft. Unter Verstoß gegen § 80 Abs.1 StPO¹⁴ stellte sie obendrein eigene Ermittlungen an. Gestützt auf das Zweitgutachten erhob die Staatsanwaltschaft Anklage. Das Landgericht machte sich die vermeintliche Sachkunde der Diplompsychologin zu eigen und verurteilte den Angeklagten zu einer Freiheitsstrafe von sechs Jahren. Erst der 2. Strafsenat des Bundesgerichtshofs erkannte die Mangelhaftigkeit der auf das Gutachten gestützten Urteilsausführungen, hob es auf die Sachrüge auf und verwies die Sache an eine andere Kammer des Landgerichts Schwerin zurück.¹⁵ Auch diese Entscheidung hält die Staatsanwaltschaften und Gerichte indessen nicht davon ab, die Diplompsychologin Dr. W. weiterhin mit Sachverständigen-gutachten zu betrauen.

IV. Strukturelle Benachteiligung des Beschuldigten bei der Sachverständigenauswahl

Indizien legen nahe, dass auch die Pflicht des Sachverständigen, sein Gutachten unparteiisch und nach bestem Wissen und Gewissen zu erstatten, und das Selbstverständnis der ihn auswählenden Staatsanwaltschaft als "objektivste Behörde der Welt" die strukturelle Benachteiligung des Beschuldigten bei der Sachverständigenauswahl nicht kompensieren. So hat etwa der Zahnmediziner Jordan in einer Untersuchung aus dem Jahr 2013 548 medizinische und psychologische Sachverständige befragt und ist dabei zu folgendem Ergebnis gekommen:

„Bei der Befragung gab nahezu jeder vierte gutachterlich tätige Sachverständige im medizinisch/psychologischen Bereich an, bei einem von einem Gericht in Auftrag gegebenen Gutachten schon einmal 'in Einzelfällen' oder 'häufig' (wenige Nennungen) bei einem Gutachtensauftrag eine Tendenz signalisiert bekommen zu haben. Unter humanmedizinischen Gutachtern gab dies knapp jeder Fünfte, unter psychologischen Gutachtern fast jeder Zweite an. Darüber hinaus teilten 33,6 Prozent mit, aus dem Kollegenkreis schon einmal davon gehört zu haben, dass 'in Einzelfällen' oder 'häufig' bei einem gerichtlichen Gutachtensauftrag eine Tendenz genannt wurde. Zudem zeigte sich, dass unter den Gutach-

14 Vgl. BGH, Urt. v. 14.12.2021 – 1 StR 234/21.

15 BGH, Beschl. v. 29.3.2021 – 2 StR 450/19.

tern, die bei gerichtlich in Auftrag gegebenen Gutachten 'in Einzelfällen' oder 'häufig' eine Tendenz signalisiert bekommen haben, durchschnittlich 40,7 Prozent angaben, mehr als 50 Prozent ihrer Einnahmen aus gutachterlichen Tätigkeiten zu beziehen.¹⁶

Mag sich die Studie auch hinsichtlich ihrer Methodik und der Höhe der Fallzahlen Kritik ausgesetzt sehen,¹⁷ zeigen ihre Ergebnisse doch jedenfalls einen Trend auf.¹⁸ Es liegt zudem auf der Hand, dass die Vorgabe einer Tendenz auch bei der Beauftragung durch eine Staatsanwaltschaft nicht auszuschließen ist und das Problem im Hinblick auf die Wahrnehmung der Staatsanwaltschaft als Partei durch einen Gutachter sogar noch größer sein dürfte.

Angesichts der Bedeutung von Sachverständigen für den Ausgang eines Strafverfahrens¹⁹ und der derzeitigen strukturellen Benachteiligung des Beschuldigten bei deren Auswahl wäre eine Veränderung des Status quo also angezeigt. Die derzeitige Praxis hat der Gesetzgeber der Strafjustiz für das Ermittlungsverfahren nicht vorgegeben. Der Staatsanwaltschaft steht es daher jederzeit frei, die Sachverständigenauswahl im Ermittlungsverfahren zu modifizieren.

V. Mögliche Modifikation des Auswahlrechts

Um dem Problem der Kommerzialisierung von Sachverständigengutachten zu begegnen, erscheint es notwendig, den Beschuldigten so einzubinden, dass dessen mögliche Bedenken sich auch in der späteren Auswahl effektiv niederschlagen können. Sinnvoll und sachgerecht wäre es, wenn die Staatsanwaltschaft dem Beschuldigten mindestens drei Sachverständige vorschlagen würde, von denen der Beschuldigte dann einen benennen dürfte. Damit bliebe die Kontrolle und Auswahl des Sachverständigen auch weiterhin in staatlicher Hand, der Beschuldigte könnte allerdings in relevanter Weise auf den Auswahlprozess Einfluss nehmen und würde nicht zum bloßen

16 *Jordan*, Begutachtungsmethodik in Deutschland am Beispiel Bayern: eine Befragung unter 548 medizinischen und psychologischen Sachverständigen in Bayern 2013, 2016, S. 60.

17 *Eisenberg* R & P 2014, 80–84.

18 Vgl. auch *Böttger/Kury/Mertens/Pelster* in *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, Band 74, S. 369–382.

19 *Detter* *NStZ* 1998, S. 57 ff. (59): „Ist der Gutachter durch Gericht oder Staatsanwaltschaft ausgewählt und vernommen, sind die Weichen meist gestellt.“

Zuschauer mit Äußerungsrecht degradiert. Alternativ dazu ließe sich über ein zumindest einmaliges Vetorecht bei der Auswahl nachdenken.

Eine solche Verfahrensgestaltung hätte den Vorteil, dass auch kommerziell denkende Sachverständige nicht mehr ausschließlich auf Interessen von Staatsanwaltschaften Rücksicht nehmen müssten, sondern auch die berechtigten Interessen des Beschuldigten nicht gänzlich aus dem Blick verlieren dürften. Auf diese Weise würden Sachverständige viel eher eine ihnen von Staatsanwaltschaften signalisierte Tendenz unberücksichtigt lassen und ihr Gutachten wirklich unparteiisch und nach bestem Wissen und Gewissen erstatten. Nicht zu befürchten wäre hingegen, dass die Sachverständigen ihre Gutachten auf Grundlage dieses Auswahlprozederes einseitig zu Gunsten der Beschuldigten erstatten würden. Ein Sachverständiger, der so vorginge, müsste gewärtigen, dass er von der Staatsanwaltschaft künftig nicht mehr vorgeschlagen würde. Zudem könnte ein Gericht auch weiterhin jederzeit korrigierend eingreifen und von seinem nach dem Wortlaut des § 73 StPO nur ihm zustehenden Auswahlrecht Gebrauch machen.

Die berufliche Spezialisierung von Sachverständigen auf die Erstattung forensischer Gutachten wäre für Beschuldigte eines Strafverfahrens dann kein Grund mehr zur Sorge, sondern in erster Linie ein Anzeichen für besondere Expertise und praktische Erfahrung bei der Erstattung von Gutachten. Auch spätere Streitigkeiten in der Hauptverhandlung über die Geeignetheit des Sachverständigen und dessen Sachkunde wären deutlich seltener zu erwarten. Die Modifizierung der Auswahl würde daher auch einen nicht unerheblichen Beitrag zur Beschleunigung des Verfahrens leisten.²⁰

VI. Schluss

Der Jubilar trinkt inzwischen seltener Wein. Ein Freund des gemeinsamen Mittagessens ist er aber zum Glück geblieben. Yves Georg und ich werden also weiterhin die Chance haben, mit ihm über unsere Verteidigungsstrategien zu diskutieren. Vermutlich kann er auch zu dem hier gemachten Vorschlag einer modifizierten Sachverständigenauswahl im Ermittlungsverfahren eine passende Entscheidung aus der amtlichen Sammlung nennen. Ansonsten warten wir gemeinsam auf die nächste Montagspost.

²⁰ Vgl. dazu Krause in Löwe-Rosenberg, StPO, 27. Auflage 2017, § 73 Rn. 26.