

# Gustl Mollath und Klaus Leipziger

## Vorbemerkung

Zum besseren Verständnis lese man zunächst die Anzeige des Strafverteidigers Dr. Gerhard Strate, die von seiner Hamburger Website <http://www.strate.net> als 50seitige PDF-Datei unter dem Titel "*Strafanzeige wegen Verdachts der schweren Freiheitsberaubung vom 4.1.2013*" downloadbar ist:

<http://www.strate.net/de/dokumentation/Mollath-Strafanzeige-2013-01-04.pdf>

In seiner Anzeige wirft Dr. Strate dem Amtsrichter Armin Eberl und dem Psychiater Klaus Leipziger "*Straftaten zum Nachteil des Herrn Gustl Mollath*" vor. Man lese dazu auch das spätere LG-Urteil:

<http://www.gustl-for-help.de/download/2006-08-08-Mollath-Urteil-Landgericht.pdf>

Vorliegendes Dokument betrifft keine strafrechtliche, sondern nur eine betreuungsrechtliche Frage, nämlich die Frage, ob Amtsrichter Armin Eberl und Gutachter Klaus Leipziger die Einsicht haben, daß sie nicht über dem Gesetz stehen, und wenn ja, ob sie nach dieser Einsicht handeln können.

Es geht hier also nicht um die Frage, ob von Armin Eberl und Klaus Leipziger die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesgerichtshofs (abgedruckt unten auf der Seite 4 ff.) **"bewusst ignoriert wurden"**, wie Dr. Strate in seiner Strafanzeige vom 4.1.2013 auf Seite 12 sagt, sondern es geht um die Frage, ob Armin Eberl und Klaus Leipziger die Wahnvorstellung haben, daß sie Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesgerichtshofs **ignorieren dürfen**. In diesem Fall wäre die Anregung der Einrichtung einer rechtlichen Betreuung geboten.

Falls Armin Eberl und Klaus Leipziger jedoch ein Geschäftsfähigkeitsattest vorlegen und beweisen, daß sie höchstrichterliche Entscheidungen nicht aufgrund einer anhaltenden wahnhaften Störung, sondern aufgrund direkten Vorsatzes seit Jahren bewußt ignorieren, erübrigt sich eine Betreuung, doch hätte dies dann für Richter Armin Eberl und Gutachter Klaus Leipziger andere Konsequenzen.

## Nachtrag

Richter Eberl und Psychiater Leipziger, die behaupten, daß Herr Mollath von der psychiatrischen Norm abweicht, konnten nicht beweisen, daß sie selbst der psychiatrischen Norm entsprechen. Herr Eberl und Herr Leipziger konnten auch für sich selbst kein Geschäftsfähigkeitsattest vorlegen.

## Entspricht Psychiater Klaus Leipziger der psychiatrischen Norm?

Ulrich Stiehl, Rainweg 78, 69118 Heidelberg

Klinik für Forensische Psychiatrie  
Bezirkskrankenhaus Bayreuth  
Chefarzt Dr. Klaus Leipziger  
Nordring 2  
95445 Bayreuth

Sehr geehrte Herr Dr. Leipziger,

es besteht der Verdacht, daß Sie seit Jahren die Wahnvorstellung haben, daß Sie über dem Gesetz stehen würden und bindende Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts mißachten dürften.

Ich prüfe daher, ob ich für Sie die Einrichtung einer Betreuung beim Amtsgericht anregen soll. Hierzu erhalten Sie Gelegenheit zur Stellungnahme binnen zwei Wochen.

Ihre eventuelle Betreuungsbedürftigkeit ist zu prüfen. Ich bitte Sie, ein ärztliches Zeugnis einer psychiatrischen Praxis binnen zwei Wochen vorzulegen, auch zur Frage Ihrer Geschäftsfähigkeit.

Herr Eberl wurde ebenfalls gebeten, ein Geschäftsfähigkeitszeugnis für sich selbst vorzulegen.

Mit freundlichen Grüßen

Ulrich Stiehl

An das  
Amtsgericht

### **Anregung zur Einrichtung einer rechtlichen Betreuung**

Sehr geehrte Damen und Herren,

ich rege eine rechtliche Betreuung an für

---

(Name, Vorname, Anschrift)

Als Hausarzt ist mir bekannt:

---

(Name, Vorname, Anschrift)

Als Psychiater ist mir bekannt:

---

(Name, Vorname, Anschrift)

Der Betroffene konnte ein Attest über das Bestehen seiner Geschäftsfähigkeit **NICHT** vorlegen.

---

(Datum und Unterschrift)

### **Hinweis**

Wenn man die Bestellung eines Betreuers (z.B. für einen mutmaßlich urteilsunfähigen Richter oder einen mutmaßlich von der psychiatrischen Norm abweichenden Psychiater) anregen möchte, bieten im Internet herunterladbare Formulare für die "*Anregung zur Einrichtung einer rechtlichen Betreuung*" eine Hilfestellung.

Die Anregung eines Betreuungsverfahrens kann nicht zurückgenommen werden. Das Gericht ist gesetzlich verpflichtet, ein Betreuungsverfahren einzuleiten, wenn ein Geschäftsfähigkeitszeugnis nicht vorgelegt wird (vgl. § 1896 Abs. 1 a BGB i.V.m. § 104 BGB), z.B. wenn Richter Armin Eberl oder Psychiater Klaus Leipziger ein psychiatrisches Attest über das Bestehen der eigenen Geschäftsfähigkeit nicht vorlegen können.

## Beschluss 2 BvR 1523/01 des Bundesverfassungsgerichts vom 09.10.2001

In dem Verfahren über die Verfassungsbeschwerde des Herrn S. gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Karlsruhe vom 28. August 2001 – 3 Ws 154/01 – hat die 3. Kammer des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts durch die Richterin Präsidentin Limbach, die Richter Hassemer und Mellinghoff gemäß § 93c in Verbindung mit § 93a Absatz 2 Buchstabe b BVerfGG in der Fassung der Bekanntmachung vom 11. August 1993 (BGBl I S. 1473) am 9. Oktober 2001 einstimmig beschlossen:

1. Der Beschluss des Oberlandesgerichts Karlsruhe vom 28. August 2001 – 3 Ws 154/01 – verletzt Artikel 2 Absatz 1 in Verbindung mit Artikel 1 Absatz 1 des Grundgesetzes. Die Entscheidung wird aufgehoben. Die Sache wird an das Oberlandesgericht Karlsruhe zurückverwiesen.
2. Das Land Baden-Württemberg hat dem Beschwerdeführer die notwendigen Auslagen zu erstatten.

### Gründe:

Die Verfassungsbeschwerde betrifft Fragen der Verhältnismäßigkeit einer Unterbringung nach § 81 StPO in einem Fall, in dem der Angeklagte die Zusammenarbeit mit dem psychiatrischen Sachverständigen verweigert.

#### I.

Der Beschwerdeführer befand sich seit dem 4. Februar 2000 ununterbrochen für ein Verfahren u. a. wegen des Vorwurfs des gemeinschaftlichen Betruges in 147 Fällen, bandenmäßigen Betruges in 99 Fällen sowie Kapitalanlagebetrugs in Untersuchungshaft in der Justizvollzugsanstalt Mannheim. Auf Grund des angegriffenen Beschlusses des Oberlandesgerichts Karlsruhe wurde er am 29. August 2001 in die Krankenabteilung der Justizvollzugsanstalt Stuttgart verlegt; diese Verlegung ist durch den Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 10. September 2001 im Wege der einstweiligen Anordnung rückgängig gemacht worden. Seit dem 25. September 2001 wird gegen den Beschwerdeführer die mündliche Hauptverhandlung durchgeführt, die zunächst bis zum 28. März 2002 (64 Tage) bestimmt ist.

1. Noch im Ermittlungsverfahren wurde dem psychiatrischen Sachverständigen Prof. Dr. S. von der Staatsanwaltschaft der Auftrag erteilt, den Beschwerdeführer auf seine Schuldfähigkeit und die Voraussetzungen der §§ 63, 66 StGB hin zu untersuchen. In dem Sachverständigengutachten vom 25. Juni 2001 kommt Prof. Dr. S. zu dem Ergebnis, der Beschwerdeführer leide an einer Persönlichkeitsstörung, welche möglicherweise in Verbindung mit von außen kommenden Determinanten eine erhebliche Verminderung seiner Steuerungsfähigkeit zur Tatzeit zur Folge gehabt habe. Das Vorliegen der Voraussetzungen der §§ 63, 66 StGB verneinte der Sachverständige.

Die zuständige Wirtschaftsstrafkammer ordnete mit Beschluss vom 9. Juli 2001 eine Zweitbegutachtung durch Prof. Dr. G. an, da der Erstgutachter seine Kompetenzen überschritten und – die Ergebnisse einer Beweisaufnahme vorwegnehmend – allein die Darstellung des Beschwerdeführers zu Grunde gelegt habe.

**Mit einer Exploration durch diesen Gutachter erklärte sich der Beschwerdeführer jedoch – auch für die Zukunft – nicht einverstanden und verweigerte die Teilnahme an einem Untersuchungsgespräch.**

In seiner auf der Grundlage des Vorgutachtens abgegebenen vorläufigen psychiatrischen Stellungnahme vom 2. August 2001 legte der Zweitgutachter dar, dass durch eine längere Verhaltensbeobachtung des Beschwerdeführers möglicherweise weitere aussagekräftige Erkenntnisse gewonnen werden könnten, die Rückschlüsse auf die "Zwanghaftigkeit" seines Verhaltens zuließen und damit für die Beurteilung des Gutachtauftrags relevant sein könnten.

Die Wirtschaftsstrafkammer ordnete daraufhin zur Vorbereitung dieses Gutachtens durch Beschluss vom 8. August 2001 die Unterbringung des Beschwerdeführers in einer psychiatrischen Klinik nach § 81 StPO für die Dauer von längstens sechs Wochen an.

2. Seine gegen diese Anordnung eingelegte Beschwerde begründete der Beschwerdeführer u. a. damit, dass die Voraussetzungen für eine Anordnung der Unterbringung nach § 81 StPO nicht vorlägen. Der Zweitgutachter habe nicht nachvollziehbar begründet, warum er die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus für erforderlich halte. Die Unterbringung sei auch nicht unerlässlich, sondern unzweckmäßig und unverhältnismäßig. Sie stelle sich als repressive Maßnahme mit dem Ziel dar, auf die Aussage- und Mitwirkungsfreiheit des Beschwerdeführers einzuwirken.

3. Auf Anfrage des Oberlandesgerichts erklärte der Sachverständige Prof. Dr. G., auf die in seiner Stellungnahme dargelegte Beobachtung des Beschwerdeführers unter alltäglichen Bedingungen könne verzichtet werden, wenn der Beschwerdeführer einer ausführlichen Exploration zustimme. Auch sei zur Beobachtung des Verhaltens des Beschwerdeführers nicht zwingend eine Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus notwendig, ausreichend sei dessen zeitweise Verlegung in eine Vollzugsanstalt mit einer ausreichend großen medizinischen Abteilung, in welcher durch Ärzte und Pfleger nach seinen – des Sachverständigen – Anweisungen eine Dokumentation erstellt werden und er selbst den Beschwerdeführer an zumindest zwei Wochenenden beobachten könne.

Mit Beschluss vom 28. August 2001 hob das Oberlandesgericht Karlsruhe die Unterbringungsanordnung auf und ordnete die Verlegung des Beschwerdeführers in die medizinische Abteilung der Justizvollzugsanstalt Stuttgart bis zum 17. September 2001 an. Zur Begründung führte das Gericht aus, die Unterbringung des Beschwerdeführers in einem psychiatrischen Krankenhaus sei unverhältnismäßig, da die Untersuchung innerhalb einer Vollzugsanstalt als milderes Mittel zur Verfügung stünde. Dass der Beschwerdeführer nicht zu einer Zusammenarbeit mit dem Sachverständigen bereit sei, stehe der Rechtmäßigkeit der im Übrigen nicht den engen Voraussetzungen des § 81 StPO unterliegenden Beobachtung nicht entgegen. Die vom Beschwerdeführer zu duldenen Beobachtung seines Verhaltens verspreche nach der Stellungnahme des Sachverständigen einen für die Gutachtenerstellung sachdienlichen Erkenntnisgewinn. Um ein Unterlaufen der Aussagefreiheit des Beschwerdeführers nach § 136 a StPO zu vermeiden, sei jedoch die wörtliche Erfassung von Aussagen des Beschwerdeführers gegenüber Ärzten, Pflegern und Mitgefangenen nur zulässig, wenn deren Freiwilligkeit außer Frage stehe oder der Beschwerdeführer dies nachträglich genehmige.

## II.

1. Gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts richtet sich die Verfassungsbeschwerde, mit der der Beschwerdeführer eine Verletzung seiner Grundrechte und grundrechtsgleichen Rechte aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1, Art. 104 Abs. 1 GG rügt.

Zur Begründung führt er aus, im angefochtenen Beschluss seien die Voraussetzungen des § 81 StPO verneint und sogar als überflüssig bezeichnet, gleichwohl aber die Verlegung zum Zwecke psychiatrischer Beobachtung im Sinne des § 81 StPO angeordnet worden. § 119 StPO könne nicht als Eingriffsgrundlage herangezogen werden, so dass die angeordnete Maßnahme jeglicher gesetzlicher Grundlage entbehre. Die Beobachtung sei weiterhin nicht "unerlässlich" im Sinne von § 81 StPO.

**Dem vom Zweitgutachter angestrebten Beobachtungskonzept sei durch die Weigerung des Beschwerdeführers, sich explorieren zu lassen, und durch die im angefochtenen Beschluss enthaltenen Restriktionen die Grundlage entzogen worden.**

2. Nach Mitteilung der Justizvollzugsanstalt Stuttgart verfügt die Krankenabteilung weder über die erforderlichen Räumlichkeiten noch über das notwendige Personal, um eine Totalüberwachung des Beschwerdeführers zu gewährleisten. Die Beobachtung wurde daher in der Zeit des Aufenthalts des Beschwerdeführers in der Weise durchgeführt, dass das Sanitätspersonal wie auch sonst üblich drei Mal täglich den Haftraum betrat, um das Essen auszuteilen, evtl. Verbände zu wechseln und Medikamente zu verabreichen und bei dieser Gelegenheit auch nach dem Beschwerdeführer zu sehen. Die zuständige Ärztin besuchte den Beschwerdeführer (insoweit abweichend von der Behandlung der übrigen Inhaftierten) zudem jeden Morgen, um nach ihm zu sehen. Das Personal vermerkte in der Krankenakte nur Auffälligkeiten. Traten diese nicht auf, lautete der Vermerk "verhält sich unauffällig" oder "weiterhin unauffällig".

3. Dem Land Baden-Württemberg ist Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden.

## III.

Die Kammer nimmt die Verfassungsbeschwerde zur Entscheidung an, weil dies zur Durchsetzung der Rechte des Beschwerdeführers angezeigt ist. Die Verfassungsbeschwerde ist in einer die Entscheidungszuständigkeit der Kammer ergebenden Weise offensichtlich begründet; die für die Beurteilung maßgeblichen Fragen hat das Bundesverfassungsgericht bereits entschieden (§ 93c Abs. 1 Satz 1 BVerfGG).

**Das Oberlandesgericht hat die Bedeutung und Tragweite des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) des Beschwerdeführers bei der Anordnung seiner Verlegung und Beobachtung verkannt.**

1. Art. 2 Abs. 1 GG gewährleistet in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG das allgemeine Persönlichkeitsrecht. Dieses Recht schützt grundsätzlich vor der Erhebung und Weitergabe von Befunden über den

Gesundheitszustand, die seelische Verfassung und den Charakter eines Menschen (vgl. BVerfGE 32, 373 <378 ff.>; 44, 353 <372 f.>; 65, 1 <41 f.>; 78, 77 <84>; 84, 192 <194 f.>). Der Schutz ist umso intensiver, je näher die Daten der Intimsphäre des Betroffenen stehen, die als unantastbarer Bereich privater Lebensgestaltung gegenüber aller staatlichen Gewalt Achtung und Schutz beansprucht (vgl. BVerfGE 32, 373 <378 f.>; 65, 1 <45 f.>).

Das allgemeine Persönlichkeitsrecht ist allerdings nicht absolut geschützt. Vielmehr muss jeder Bürger staatliche Maßnahmen hinnehmen, die im überwiegenden Interesse der Allgemeinheit auf gesetzlicher Grundlage unter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgebots getroffen werden, soweit sie nicht den unantastbaren Bereich privater Lebensgestaltung beeinträchtigen (vgl. BVerfGE 32, 373 <379>; 65, 1 <44>).

Die Auslegung der – auch einen Eingriff in das Persönlichkeitsrecht ermöglichenden – Gesetze und deren Anwendung auf den einzelnen Fall ist dabei grundsätzlich Sache der Fachgerichte. Ein verfassungsgerichtliches Eingreifen ist jedoch dann geboten, wenn Auslegungsfehler sichtbar werden, die auf einer grundsätzlich unrichtigen Anschauung von der Bedeutung des betroffenen Grundrechts beruhen, oder wenn sich – gemessen am Willkürmaßstab des Art. 3 Abs. 1 GG – der Schluss aufdrängt, die Entscheidung beruhe auf sachfremden Erwägungen (vgl. BVerfGE 18, 85 <92 ff.>).

**2. Die angegriffene Entscheidung des Oberlandesgerichts wird diesem Maßstab nicht gerecht.**

**a)** Die Verlegung des Beschwerdeführers in die Justizvollzugsanstalt Stuttgart diene unzweifelhaft der Beobachtung im Sinne von § 81 StPO. Unabhängig davon, ob diese Vorschrift hier anwendbar ist, müsste auch eine auf § 119 StPO gestützte Maßnahme das Verhältnismäßigkeitsprinzip strikt beachten (vgl. BVerfGE 16, 194 <202>; 17, 108 <117 f.>), insbesondere unerlässlich sein, das heißt, ohne sie müsste die Schuldfähigkeit nicht beurteilt werden können (vgl. Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 7. März 1995 – 2 BvR 1509/94 -, StV 1995, S. 617 <618>; der Forderung nach der Unerlässlichkeit der Maßnahme aus Gründen der Verhältnismäßigkeit sind fachgerichtliche Rechtsprechung und Schrifttum gefolgt, vgl. OLG Frankfurt a. M., StV 1986, S. 51; OLG Hamm, StV 2001, S. 156; LG Zweibrücken, StV 1997, S. 347; NJW 1997, S. 70; Dahn in: Löwe/Rosenberg, StPO, 24. Auflage, § 81, Rn. 13; Kleinkecht/Meyer-Goßner, StPO, 45. Auflage, § 81, Rn. 7 f.; Senge in: Karlsruher Kommentar, 4. Auflage, § 81, Rn. 6). Die Fachgerichte haben die Anforderungen an die Rechtmäßigkeit einer Unterbringungsanordnung, den verfassungsrechtlichen Vorgaben folgend, weiter dahin konkretisiert, dass vor einer Anordnung nach § 81 StPO erst alle anderen Mittel ausgeschöpft sein müssen, um zu einer Beurteilung von Persönlichkeitsstörungen des Beschuldigten zu kommen (vgl. OLG Düsseldorf, JMBl NW 1961, S. 45; OLG Karlsruhe, NJW 1973, S. 573; OLG Saarbrücken, JBISaar 1964, S. 116; LG Berlin, NJW 1960, S. 2256 <2257>; ebenso: Kleinkecht/Meyer-Goßner, a.a.O., Rn. 8; Löffler, NJW 1951, S. 821; Eb. Schmidt, Lehrkommentar zur StPO, Band II <1957>, § 81, Rn. 5), und es eines tauglichen Mittels zur Beurteilung bedarf, das grundsätzlich nur bei der Untersuchung durch einen Psychiater oder Neurologen als Sachverständigen gewährleistet ist (vgl. OLG Karlsruhe, NJW 1973, S. 573; OLG Frankfurt a. M., NJW 1967, S. 689; OLG Saarbrücken, JBISaar 1964, S. 116; ebenso: Löffler, NJW 1951, S. 821 f.; Stenglein, Der Gerichtssaal 62 <1903>, S. 129 <130>). Das konkrete Untersuchungskonzept muss zudem zur Erlangung von Erkenntnissen über eine Persönlichkeitsstörung geeignet sein, und die Geeignetheit muss wiederum in Gutachten und Beschluss dargelegt werden (vgl. OLG Frankfurt a. M., StV 1986, S. 51).

**Eine Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus zur Beobachtung kann danach nicht erfolgen, wenn der Beschuldigte sich weigert, sie zuzulassen bzw. bei ihr mitzuwirken, soweit die Untersuchung nach ihrer Art die freiwillige Mitwirkung des Beschuldigten voraussetzt (vgl. BGH, StV 1994, S. 231 f.). Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn eine Exploration erforderlich wäre, diese aber vom Beschuldigten verweigert wird und ein Erkenntnisgewinn deshalb nur bei Anwendung verbotener Vernehmungsmethoden (§ 136 a StPO) oder einer sonstigen Einflussnahme auf die Aussagefreiheit des Beschuldigten zu erwarten ist (vgl. OLG Celle, StV 1985, S. 224; StV 1991, S. 248).**

**b)** Die angegriffene Entscheidung legt weder dar, dass und warum das Konzept des Zweitgutachters, soweit es rechtlich zulässig ist, geeignet sein könnte, den Untersuchungszweck zu erreichen, noch dass der Erfolg nicht auf anderem Wege, mit milderem Mitteln erreichbar ist.

**(1)** Die vom Gutachter genannten Bedingungen, die die angeordnete Beobachtung sinnvoll und ergiebig machen könnten, lassen sich in zulässiger Weise nicht herstellen. Das Untersuchungskonzept zielt darauf ab, den Beschwerdeführer in seinem Alltagsverhalten, seiner Interaktion mit anderen Personen und seinem Verhalten gegenüber Personen, deren Urteil er nicht befürchten muss oder das er für belanglos hält, zu beobachten. Er soll in seiner eigenverantwortlichen Gestaltung des Tagesablaufs, seiner persönlichen Pflege

oder Vernachlässigung von Interessen und in seiner Integrationsfähigkeit in die jeweilige Umwelt bzw. Gemeinschaft beobachtet werden.

**Die damit angestrebte Totalbeobachtung, die Erkenntnisse über die Persönlichkeit des Beschuldigten erbringen soll, die er von sich aus nicht preisgeben will, von denen aber erhofft wird, dass er sie unter der Einflussnahme Dritter offenbart, ist unzulässig. Denn eine solche Maßnahme liefe auf die Umgehung des verfassungsrechtlich garantierten Schweigerechts des Beschuldigten und einen Verstoß gegen § 136 a StPO hinaus. Verfassungsrechtlich steht einer solchen Totalbeobachtung der unantastbare Kernbereich des Persönlichkeitsrechts des Beschuldigten entgegen, der dadurch zum bloßen Objekt staatlicher Wahrheitsfindung gemacht würde, dass sein Verhalten nicht mehr als Ausdruck seiner Individualität, sondern nur noch als wissenschaftliche Erkenntnisquelle verwertet würde.**

Das Oberlandesgericht hat daher zu Recht ausgeführt, eine wörtliche Erfassung von Aussagen des Beschwerdeführers im Rahmen der Beobachtung sei nur dann zulässig, wenn ihre Freiwilligkeit außer Frage stehe oder der Beschwerdeführer vor einer Befragung auf die beabsichtigte Dokumentation ausdrücklich hingewiesen wurde. Mit einem Einverständnis des anwaltlich beratenen Beschwerdeführers, der von der neuerlichen und gegen seinen Willen angeordneten Untersuchung offensichtlich nur Nachteile erwartet, konnten jedoch das Gericht ebenso wenig wie der Gutachter rechnen. Reduzierte sich die Auswahl der Maßnahmen damit auf die schlichte Beobachtung des Verhaltens des Beschwerdeführers, so ist nicht mehr nachvollziehbar, wie hierdurch der Zweck der Untersuchung hätte erreicht werden können. Dies gilt insbesondere angesichts der beschränkten organisatorischen Möglichkeiten der Krankenabteilung der Justizvollzugsanstalt Stuttgart und der den Beschwerdeführer in besonderem Maße psychisch und physisch beeinträchtigenden Situation kurz vor Beginn der Hauptverhandlung, die Anlass für den Erlass der einstweiligen Anordnung waren. Diese Umstände hätten sowohl vom Gutachter als auch vom Gericht eruiert und in die Entscheidungsfindung einbezogen werden müssen. Die durch die Anordnung der Unterbringung zur Beobachtung geschaffene Situation erfüllt danach die Rahmenbedingungen für eine weitere Erlangung von Erkenntnissen im Konzept des Zweitgutachters nicht.

(2) Weder in der angegriffenen Entscheidung noch in der zugrunde liegenden Stellungnahme des Zweitgutachters wird zudem dargelegt, dass und warum die Unterbringung des Beschwerdeführers für die Beurteilung seiner Schuldfähigkeit unerlässlich im genannten Sinne sein sollte. Die Unerlässlichkeit ergibt sich auch nicht von selbst aus dem angestrebten Zweck der Maßnahme. Der Erstgutachter ist ohne eine Unterbringung zu der von ihm gestellten Diagnose – Persönlichkeitsstörung – gelangt. Entgegen den Ausführungen des Zweitgutachters steht als Ergebnis des Erstgutachtens nicht die Diagnose in Zweifel, sondern die Frage, ob sich aus dieser Diagnose hinreichende Anhaltspunkte für die Voraussetzungen des § 21 StGB ergeben. Die Diagnose zu verifizieren, soll jedoch die Beobachtung des Beschwerdeführers dienen oder zu widerlegen, ohne dass der Zweitgutachter und ihm folgend die Gerichte darlegen, ob auch ohne diese Maßnahme eine Überprüfung der Diagnose möglich ist. Vielmehr hat der Zweitgutachter gegenüber dem Oberlandesgericht eingeräumt, die Unterbringung sei dann nicht erforderlich, wenn der Beschwerdeführer sich einer Exploration stelle. Bei dieser Sachlage hätte es jedoch erörtert werden müssen, warum der weitere Sachverständige nicht auf die Erhebung des ersten Sachverständigen hätte zurückgreifen können; zumindest wäre es erforderlich gewesen darzulegen, dass und warum trotz der bereits erfolgten Exploration eine weitere Untersuchung notwendig ist.

3. Nach alledem kann nicht ausgeschlossen werden, dass das Oberlandesgericht zu einer anderen Beurteilung gelangt wäre, wenn es die Tragweite des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes bei Eingriffen in das allgemeine Persönlichkeitsrecht erkannt und berücksichtigt hätte. Ob in der angeordneten Verlegung und Beobachtung des Beschwerdeführers ein Verstoß gegen die Grundsätze fairen Verfahrens liegt, kann danach dahin stehen.

#### IV.

Wegen der Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Beschwerdeführers ist die angegriffene Entscheidung des Oberlandesgerichts aufzuheben. Die Sache ist an das Oberlandesgericht Karlsruhe zurückzuverweisen (vgl. § 93c Abs. 2 i.V.m. § 95 Abs. 2 BVerfGG), damit erneut über die Beschwerde gegen die Unterbringungsanordnung entschieden werden kann.

Die Entscheidung über die notwendigen Auslagen des Beschwerdeführers beruht auf § 34a Abs. 2 BVerfGG.

Diese Entscheidung ist unanfechtbar.

# Beschluss 1 StR 169/02 des Bundesgerichtshofs vom 10.09.2002

## Tenor

Auf die Revision des Angeklagten S. wird das Urteil des Landgerichts Mannheim vom 18. Dezember 2001, soweit es ihn betrifft, im Strafausspruch mit den Feststellungen aufgehoben.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsmittels, an eine andere Wirtschaftsstrafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

## Gründe

### I.

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Betruges in 145 Fällen, wegen bandenmäßigen Betruges in weiteren 97 Fällen sowie wegen Kapitalanlagebetruges in Tateinheit mit versuchtem bandenmäßigen Betrug zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwölf Jahren verurteilt. Die auf den Strafausspruch beschränkte Revision des Angeklagten hat mit der Rüge einer Verletzung der Vorschriften über die Ablehnung (§ 24 Abs. 1 und 2, § 338 Nr. 3 StPO) Erfolg. Auf die weitere Verfahrensrüge und die Sachrüge kommt es daher nicht an.

1. Das Rechtsmittel ist nach dem eindeutigen Wortlaut des gestellten Antrags und nach dem erkennbaren Willen des Angeklagten auf den Strafausspruch beschränkt. Der Wirksamkeit dieser Beschränkung steht nicht entgegen, daß mit der formellen Rüge beanstandet wird, an dem angefochtenen Urteil hätten mit den drei Berufsrichtern Me., Dr. F. und T. Richter mitgewirkt, die vom Angeklagten S. wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt gewesen seien und bezüglich derer das Ablehnungsgesuch zu Unrecht verworfen worden sei (§ 338 Nr. 3 StPO). Die Revision kann, solange sie dadurch nicht widersprüchlich wird, auch dann auf den Strafausspruch beschränkt werden, wenn, wie in den Fällen einer Rüge nach § 338 Nr. 1 bis 7 StPO, ein Verfahrensfehler beanstandet wird, der auch den Schuldspruch berührt und ohne eine Beschränkung des Rechtsmittels das Urteil insgesamt zu Fall brächte (vgl. BGH NJW 1995, 1910; Kleinknecht/Meyer-Goßner StPO 45. Aufl. § 344 Rdn. 7; Kuckein in KK StPO 4. Aufl. § 338 Rdn. 6, § 344 Rdn. 6; Sarstedt/Hamm, Die Revision in Strafsachen, 6. Aufl., Rdn. 157 m.w.Nachw.).

2. Die Verteidiger des Angeklagten lehnten zu Beginn des ersten Hauptverhandlungstages die drei Berufsrichter wegen Besorgnis der Befangenheit ab. Das Landgericht wies nach Einholung dienstlicher Erklärungen das Ablehnungsgesuch als unbegründet zurück.

Dem Ablehnungsgesuch liegt folgender Verfahrensablauf zugrunde:

Der Angeklagte befand sich seit dem 5. Februar 2000 in Untersuchungshaft. Am 26. September 2000 beauftragte die Staatsanwaltschaft Prof. Dr. Sch. aus G. mit einem psychiatrischen und psychologischen Schuldfähigkeitsgutachten (§§ 20, 21 StGB). Gemäß Beschluß des Landgerichts Mannheim vom 2. Mai 2001 wurde der Gutachtauftrag dahin erweitert, ob infolge seines Zustandes weitere erhebliche rechtswidrige, insbesondere gleichartige Taten zu erwarten seien und deshalb seine Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus nach § 63 StGB oder wegen eines Hanges zur Begehung gleichartiger Betrugstaten eine Unterbringung in der Sicherungsverwahrung (§ 66 Abs. 2 i.V.m. § 66 Abs. 1 Nr. 3 StGB) erforderlich sei. Der Sachverständige erstattete sein schriftliches Gutachten am 25. Juni 2001; er vermochte das Vorliegen der medizinischen Voraussetzungen für eine mögliche Anwendung des § 21 StGB nicht auszuschließen. Mit Beschluß vom 9. Juli 2001 ordnete die Strafkammer ein weiteres psychiatrisches Gutachten an und bestellte Prof. Dr. Gl. aus Ma. zum weiteren Gutachter. Zur Begründung führte die Kammer aus, sie halte eine zusätzliche Begutachtung "unter Anwendung ausschließlich medizinisch-psychiatrischer Maßstäbe für erforderlich". Der Gutachter Prof. Dr. Sch. sei zu seinem Ergebnis unter Unterstellung eines ausschließlich auf den Angaben des Angeklagten beruhenden und lediglich zu dessen Gunsten bewerteten Ergebnisses einer vorweggenommenen Beweisaufnahme gelangt. Die Verteidigung erhob gegen den Beschluß Gegenvorstellung. Sie habe zum Zeitpunkt des Beschlusses weder Kenntnis vom Ergebnis der Begutachtung durch Prof. Dr. Sch. noch von dem Umstand gehabt, daß das Gutachten der Staatsanwaltschaft und dem Gericht überhaupt vorgelegen habe. Sie regte an, Prof. Dr. Sch. zur Klarstellung über das Ergebnis des Gutachtens aufzufordern.

Am 31. Juli 2001 lehnte der Angeklagte ein Gespräch mit Prof. Dr. Gl. ab. Am 2. August 2001 erstellte dieser daraufhin ein auf die schriftlichen Unterlagen gestütztes psychiatrisches Gutachten. Er schlug darin eine mehrwöchige Unterbringung des Angeklagten zur Beobachtung in einem psychiatrischen Krankenhaus vor. Dort könne u.a. das Verhalten des Angeklagten, sein Umgang mit Menschen und Dingen außerhalb der Untersuchungssituation, seine Selbstdarstellung solchen Menschen gegenüber, deren Urteil er entweder



nicht "zu befürchten" habe oder deren Urteil er für belanglos halte, beobachtet werden. Während eines mehrwöchigen Aufenthalts in einem psychiatrischen Krankenhaus sei Sorge für eine sorgfältige Dokumentation des Verhaltens sowohl im Stationsalltag als auch im Gespräch mit Fachvertretern zu tragen. Die so entstehenden Berichte des ärztlichen und nichtärztlichen Personals könnten einen erheblichen Informationsgewinn bedeuten.

Am 6. August 2001 beantragte die Verteidigung, vor einer Entscheidung über die vorgeschlagene Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus das psychiatrische Gutachten des Prof. Dr. Gl. vom 2. August 2001 dem Sachverständigen Prof. Dr. Sch. zuzuleiten und eine Stellungnahme einzuholen. Dieser werde bestätigen, daß eine aktive Mitwirkung des Angeklagten zur Begutachtung unabdingbar sei. Mit Beschluß vom 8. August 2001 ordnete das Landgericht an, daß der Angeklagte in das Zentrum für Psychiatrie W. zu verbringen und dort zu beobachten sei. Im Rahmen einer mündlichen Haftprüfung am gleichen Tag wurde dem Angeklagten der Beschluß der Strafkammer zur Unterbringung gemäß § 81 StPO verkündet. Es wurde erörtert, daß der Beschluß nicht vollzogen würde, wenn der Angeklagte einer Verlegung in das Vollzugskrankenhaus H. und dort einer Untersuchung durch Prof. Dr. Gl. zustimme. Dieses lehnte der Angeklagte nach Rücksprache mit seinem Verteidiger erneut ab, da er nach der langen Untersuchungshaft nicht in der Lage sei, eine weitere Begutachtung durchzustehen.

Gegen den Beschluß vom 8. August 2001 legte der Verteidiger des Angeklagten sofortige Beschwerde mit der Begründung ein, die von Prof. Dr. Gl. beschriebene Beobachtung trage ansatzweise experimentelle Züge und habe mit der von § 81 StPO gemeinten Beobachtung in einem psychiatrischen Krankenhaus wenig gemein.

Durch Beschluß vom 28. August 2001 ordnete der 3. Strafsenat des Oberlandesgerichts Karlsruhe an, die Beobachtung des Angeklagten sei nicht im Zentrum für Psychiatrie in W., sondern in der Krankenabteilung der Justizvollzugsanstalt St. durchzuführen. Am 30. August 2001 wurde der Angeklagte in die Justizvollzugsanstalt St. verlegt und nach einem Gespräch mit der Anstaltsärztin am 31. August 2001 auf Empfehlung von Prof. Dr. Gl. in einer Gemeinschaftszelle (Drei-Mann-Zelle) untergebracht. In einem Schreiben vom 7. September 2001 erläuterte der Gutachter dem Landgericht Mannheim nochmals, was er sich an zusätzlichen Erkenntnissen aus der Beobachtung des ärztlichen, des nichtärztlichen Personals und der Mitgefangenen erwarte.

Auf die Verfassungsbeschwerde des Angeklagten erließ die Dritte Kammer des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts mit Beschluß vom 10. September 2001 eine einstweilige Anordnung, mit der die weitere Vollziehung der Beobachtung einstweilen außer Kraft gesetzt wurde. Mit Beschluß vom 9. Oktober 2001 stellte das Bundesverfassungsgericht fest, der Beschluß des Oberlandesgerichts Karlsruhe vom 28. August 2001 verletze den Angeklagten in seinen Grundrechten aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 des Grundgesetzes (Beschluß der Dritten Kammer des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 9. Oktober 2001 -2 BvR 1523/01 -in NStZ 2002, 98).

## II.

Das Ablehnungsgesuch gegen die drei Berufsrichter ist zu Unrecht verworfen worden.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes rechtfertigen die Mitwirkung des Richters an Zwischenentscheidungen in dem anhängigen Verfahren und die dabei geäußerten Rechtsmeinungen in der Regel nicht die Annahme der Befangenheit (vgl. nur BGHSt 15, 40, 46; NStZ 1985, 492 [Pf/M]). Selbst Verfahrensverstöße, die auf einem Irrtum oder auf einer unrichtigen oder sogar unhaltbaren Rechtsansicht beruhen, stellen grundsätzlich keinen Ablehnungsgrund dar. Dies folgt aus dem Grundsatz, daß sachliche und rechtliche Fehler für sich nicht geeignet sind, die Besorgnis der Befangenheit eines Richters zu begründen. Allerdings gilt dieser Maßstab dann nicht, wenn dessen Entscheidungen abwegig sind oder sogar den Anschein der Willkür erwecken. Auch kann sich die Befangenheit daraus ergeben, daß das Verhalten des Richters vor der Hauptverhandlung besorgen läßt, er werde nicht mehr unvoreingenommen an die Sache herangehen, indem er etwa deutlich zum Ausdruck bringt, er sei bereits vorher von der (vollen) Schuld des Angeklagten endgültig überzeugt (vgl. Kleinknecht/Meyer-Goßner StPO 45. Aufl. § 24 Rdn. 14, 15; Pfeiffer in KK 4. Aufl. § 24 Rdn. 6 jeweils m.w.Nachw.).

Nach diesem Maßstab konnte der Angeklagte aus seiner Sicht die Besorgnis haben, die Strafkammer habe mit dem Beschluß über die weitere Begutachtung (1), dem dafür gewählten Verfahren (2) und ihrem Verhalten bei der Durchführung der Beobachtung (3) allein das Ziel verfolgt, das ihm scheinbar günstige Ergebnis des Erstgutachtens einer möglicherweise eingeschränkten Schuldfähigkeit zu widerlegen.

1. Nach § 73 StPO steht es zwar im Ermessen des Richters, ein weiteres Sachverständigengutachten einzuholen. Jedoch ist die sich aus dem Beschluß vom 9. Juli 2001 ergebende Bewertung des Erstgutachtens schlechthin nicht vertretbar.

a) Der Sachverständige Prof. Dr. Sch. hat den Angeklagten an sechs Tagen in der Justizvollzugsanstalt M. "eingehend" psychiatrisch exploriert und ein testpsychologisches Zusatzgutachten erstatten lassen. Er ist zu dem vorläufigen Ergebnis gelangt, beim Angeklagten liege aus medizinischer Sicht die Diagnose einer charaktergebundenen "Persönlichkeitsstörung im Sinne einer (tiefen) Selbstwertunsicherheit, sozialen Akzeptanzängsten mit Überkompensation in Richtung Erfolgs-, Geltungs- und Darstellungstrebigkeit, teilweise ausufernd in Megalomanie und pseudologischen Verhaltensweisen im Sinne von ICD 10 F 60.8." vor (Gutachten S. 90). Er hat indes im Abschnitt VI. des Gutachtens ausdrücklich ausgeführt, es bleibe die forensisch relevante Frage offen, ob die Persönlichkeitsabweichungen nach ihrem Gewicht und ihren verhaltensbestimmenden Auswirkungen (überhaupt schon) die Schwelle einer schweren anderen seelischen Abartigkeit im Sinne von § 20 StGB erreicht hätten. Dafür sei maßgeblich, ob sich die Bedingungen, die der Angeklagte aus seiner subjektiven Sicht als "Leichtmachen der Betrugshandlungen durch die Banken" empfunden habe ("Die Banken haben mir das Geld förmlich nachgetragen") im Sinne eines "zwanghaften Weitermachen-Müssens" zumindest in einem späten Stadium der Betrugshandlungen als zutreffend erweisen sollten. Nur in diesem Fall seien die Störungen als "schwer" anzusehen. Nur dann könne sich für das Gericht die Rechtsfrage stellen, ob die Steuerungsfähigkeit "bei der Tat" erheblich eingeschränkt gewesen sein könnte. Diese mit der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs vereinbare Prüfungsreihenfolge (vgl. nur BGH NStZ 1999, 630 m.w.Nachw.) hat der Gutachter im schriftlichen Gutachten mehrfach unter den "Hauptverhandlungsvorbehalt" gestellt (S. 105, 108, 109, 110). Er hat zum Vorliegen der medizinischen Voraussetzungen der Rechtsfrage sogar ausdrücklich seine Zweifel geäußert (Gutachten S. 105). Zu der Frage, ob die Maßregel einer Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (§ 63 StGB) in Betracht komme, hat Prof. Dr. Sch. auch dargelegt, daß es aus seiner Sicht allenfalls darum gehe, daß die Voraussetzungen des § 21 StGB nicht ausgeschlossen werden könnten, so daß bereits aus diesem Grund die Anwendung des § 63 StGB entfalle. Allerdings sei die Anwendung einer Maßregel nach § 63 StGB erneut zu erörtern, wenn sich in der Hauptverhandlung herausstelle, daß die Schuldfähigkeitseinschränkungen auch in positiver Form zu bejahen seien (Gutachten S. 110). Eine abschließende Stellungnahme hat der Sachverständige dagegen zu der Frage einer möglichen Sicherungsverwahrung nach § 66 Abs. 2 i.V.m. § 66 Abs. 1 Nr. 3 StGB abgegeben. Er hat ausgeführt, den beim Angeklagten diagnostizierten Persönlichkeitsstörungen sei nicht das prägende Gewicht beizumessen, daß seine Gesamtpersönlichkeit ihn zum "Hangtäter" qualifiziere.

b) Obwohl bei zutreffender Bewertung des vorläufigen schriftlichen Gutachtens eine erhebliche Verminderung der Steuerungsfähigkeit bei den Betrugstaten nach § 21 StGB eher fern lag, wird auch aus den Umständen nachvollziehbar, unter denen der Beschluß vom 9. Juli 2001 zustande gekommen ist, daß beim Angeklagten die Besorgnis entstehen konnte, den Richtern sei es mit dem Beschluß allein darum gegangen, das für den Angeklagten scheinbar günstige Ergebnis des Erstgutachtens zu widerlegen. Allein um die Frage, ob dieser Anschein aus der Sicht eines verständigen Angeklagten ausreicht, die Befangenheit der Richter festzustellen, geht es bei der Entscheidung über das Vorliegen des absoluten Revisionsgrundes des § 338 Nr. 3 StPO.

Die Revision trägt vor, die Verteidigung habe beim Erlaß des Beschlusses vom 9. Juli 2001 weder Kenntnis vom Ergebnis der Begutachtung durch Prof. Dr. Sch. noch von dem Umstand gehabt, daß das Gutachten des Sachverständigen vom 25. Juni 2001 der Staatsanwaltschaft und dem Gericht überhaupt schon vorgelegen habe. Etwas anderes ergibt sich zudem aus der dienstlichen Erklärung des Vorsitzenden Richters Me. vom 25. September 2001 nicht. Sie geht auf die gewählte Verfahrensweise nicht ein. Vielmehr wird ausgeführt, Anlaß für die Einholung eines Zweitgutachtens sei gewesen, daß der weitere Gutachter zur Frage der Diagnose der "Megalomanie" habe Stellung nehmen sollen, "insbesondere weil die Megalomanie medizinisch in dem Bereich der Psychosen anzusiedeln ist, Prof. Dr. Sch. jedoch die Bereiche der krankhaften seelischen Störung, der tiefgreifenden Bewußtseinsstörung und des Schwachsinnns ausdrücklich ausgeschlossen hat". Auch diese Ausführungen zum Erstgutachten sind schlechthin unvertretbar. Zu keinem Zeitpunkt bestanden Zweifel über die Einordnung der Persönlichkeitsstörung "teilweise ausufernd in Megalomanie" in ein anderes als das vierte Merkmal des § 20 StGB.

Schließlich haben die Richter die Verteidigung vor der Bestellung des weiteren Gutachters auch nicht an der Auswahl beteiligt. Entscheidet sich der Richter nach der Einholung eines Gutachtens zur Schuldfähigkeit, wie hier kurz vor Beginn der Hauptverhandlung zur Erhebung eines weiteren Gutachtens, ist er, schon um den

Anspruch auf rechtliches Gehör zu gewährleisten, nach § 73 Abs. 1 StPO (vgl. BGHSt 44, 26, 31 und Nr. 70 Abs. 1 RiStBV) verpflichtet, die Verteidigung an der Auswahl des beizuziehenden Gutachters zu beteiligen.

2. Hinzu kommt, daß die abgelehnten Richter trotz der nachvollziehbaren Erklärung des Angeklagten, er sei nach der langen Untersuchungshaft weder physisch noch psychisch in der Lage, noch einmal an einer Exploration durch einen anderen Gutachter teilzunehmen, im Beschluß vom 8. August 2001 angeordnet haben "daß der Angeklagte in das Zentrum für Psychiatrie W. gebracht und dort – für die Dauer von sechs Wochen – beobachtet wird."

Die zur Vorbereitung des Gutachtens über den psychischen Zustand angeordnete Unterbringung zur Beobachtung in einem öffentlichen psychiatrischen Krankenhaus nach § 81 StPO darf nur angeordnet werden, wenn sie unerlässlich ist und alle anderen (ambulanten) Mittel ausgeschöpft sind, um zu einer Beurteilung der Schuldfähigkeit des Beschuldigten zu kommen. Dies folgt aus dem verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (vgl. BVerfG, Zweite Kammer des Zweiten Senats, Beschl. vom 7. März 1995 - 2 BvR 1509/94 - in StV 1995, 617; OLG Düsseldorf StV 1993, 571; Kleinknecht/Meyer-Goßner StPO 45. Aufl. § 81 Rdn. 8; Eb. Schmidt, Lehrkommentar zur StPO, Band II, 1957, § 81, Rdn. 5). Die Anforderungen an die Darlegungen zur Unerlässlichkeit sind grundsätzlich dann höher, wenn bereits eine Exploration durchgeführt worden ist. Zwar darf generell nicht von einer Untersuchung eines Beschuldigten allein deshalb Abstand genommen werden, weil dieser seine Mitwirkung verweigert. Dies gilt jedoch dann nicht, wenn bei verweigerter Untersuchung ihre zwangsweise Vornahme kein verwertbares Ergebnis erbringen kann (vgl. BGH StV 1994, S. 231 f.).

Zu allem verhält sich der Beschluß der Kammer nicht.

3. Zur Beurteilung des Anscheins der Befangenheit aus Sicht des Angeklagten ist schließlich das Verhalten der Richter bei der Umsetzung des von Prof. Dr. Gl. vorgeschlagenen Konzepts zur Beobachtung des Angeklagten von Bedeutung.

Nachdem der Angeklagte erklärt hatte, an der zweiten Exploration nicht mitzuwirken, und das Oberlandesgericht Karlsruhe in seinem Beschluß vom 28. August 2001 ausgeführt hatte, eine wörtliche Erfassung von Aussagen des Beschwerdeführers im Rahmen der Beobachtung sei nur dann zulässig, wenn ihre Freiwilligkeit außer Frage stehe oder der Beschwerdeführer vor einer Befragung auf die beabsichtigte Dokumentation ausdrücklich hingewiesen werde, reduzierte sich das Konzept von Prof. Dr. Gl. auf die schlichte Beobachtung des Verhaltens des Angeklagten.

Obwohl mit einem Einverständnis des Angeklagten weder der Gutachter noch die Strafkammer rechnen konnten, ließen es die Richter zu, daß der Angeklagte auf Empfehlung des Gutachters am 30. August 2001 auf der Krankenstation der Justizvollzugsanstalt St. in einer Drei-Mann-Zelle untergebracht wurde. Sie nahmen auch hin, daß ihnen Prof. Dr. Gl. im Schreiben vom 7. September 2001 mitteilte, er habe gegenüber der ärztlichen Leiterin angeordnet,

*"sowohl das ärztliche als auch das nichtärztliche Personal dazu anzuhalten, die eigenen Wahrnehmungen im Umgang mit Herrn S. ebenso wie diejenigen schriftlich festzuhalten, die ihnen von Mitgefangenen berichtet werden. Eine gegebenenfalls megalomane Geltungs- und Darstellungsstrebigkeit verwirklicht sich -auch -im Beziehungsverhalten, in verbalen Bekundungen ebenso wie im mimischen und gestischen Verhalten. Die Selbstdarstellung des Herrn S. den Mitgefangenen, dem ärztlichen und nichtärztlichen Personal gegenüber kann ebenso von Bedeutung sein wie die von ihm im Gespräch bevorzugte Thematik. Sollte sich Herr S. jeder Kommunikation verweigern, so kann eine solche Verweigerung gleichfalls eine verwertbare Information darstellen. Sie wäre als ein Indiz für die Fähigkeit des Herrn S. zu registrieren, die angenommene megalomane Geltungs- und Darstellungsstrebigkeit in Abhängigkeit von situativen Bedingungen der Wahrnehmung zu entziehen."*

a) Es ist nicht nachvollziehbar, wie aufgrund dieses Konzeptes der Zweck der Unterbringung überhaupt noch erreicht werden konnte. Dafür ist auch maßgeblich, daß Prof. Dr. Gl. dem ärztlichen und dem nichtärztlichen Personal sowie sogar den Mitgefangenen auf der Krankenstation ohne nähere Vorgaben die Sammlung und Dokumentation von Äußerungen, Verhalten und Reaktionen überlassen wollte. Diese verfügten weder über Erkenntnisse noch über Erfahrungen zu den Lebensverhältnissen, in denen der Angeklagte bisher gelebt hatte und in dem es zu den außergewöhnlich umfangreichen Betrugstaten gekommen war. Nach den Feststellungen beging der Angeklagte seine Taten in einem Umfeld, das durch Reichtum, Umgang mit Prominenten und Anerkennung als erfolgreicher Geschäftsmann geprägt war. Er war deshalb im Umgang mit der Geschäftswelt im allgemeinen und mit den Banken und Leasinggesellschaften im besonderen vertraut. Bei dieser Sachlage erscheint schlechthin undenkbar, daß die auf einer Station – sei es eines psychiatrischen

Krankenhauses, sei es in der Krankenabteilung einer Justizvollzugsanstalt gesammelten Informationen über sein dortiges Verhalten geeignet waren, ohne Kenntnis seines bisherigen Lebens und der Entwicklung zu strafbarem Handeln Rückschlüsse auf sein kriminelles Handeln zu ziehen. Dies gilt insbesondere hinsichtlich der von Prof. Dr. Sch. in seinem Gutachten offen gebliebenen Fragen, ob bei den Betrugstaten gegenüber den Banken und Leasingfirmen beim Angeklagten die inneren Hemmbarrieren herabgesetzt waren. Es ist auszuschließen, daß Informationen, die auf diesem Wege über das Verhalten des Angeklagten gewonnen werden, geeignet sein können, als Grundlage für eine wissenschaftlich begründete Aussage in einem fachpsychiatrischen Gutachten zu dienen.

**b) Diese nach dem Konzept von Prof. Dr. Gl. durchgeführte Beobachtung ohne Mitwirkung des Angeklagten war vor allem rechtlich unzulässig. Mit der angestrebten Totalbeobachtung sollten Erkenntnisse über die Persönlichkeit des Angeklagten erbracht werden, die er von sich aus nicht preisgeben wollte, von denen aber erhofft wurde, daß er sie unter der Einflußnahme Dritter offenbarte. Diese Maßnahme läuft auf die Umgehung des verfassungsrechtlich garantierten Schweigerechts des Angeklagten und einen Verstoß gegen § 136a StPO hinaus. Verfassungsrechtlich steht einer solchen Totalbeobachtung das Persönlichkeitsrecht des Angeklagten entgegen. Dieser würde dadurch zum bloßen Objekt staatlicher Wahrheitsfindung gemacht, daß sein Verhalten nicht mehr als Ausdruck seiner Individualität, sondern nur noch als wissenschaftliche Erkenntnisquelle verwertet würde (vgl. BVerfG (Kammer), NStZ 2002, 98).**

Trotz Kenntnis dieser Umstände unterbanden die Richter die auch durch nichtärztliches Personal und sogar durch Mitgefangene der Gemeinschaftszelle durchgeführte Beobachtung nicht.

Weder unternahm der stellvertretende Vorsitzende etwas, als er am 31. August 2001 zuerst von der Verlegung des Beschwerdeführers in eine Drei-Mann-Zelle zum Zwecke seiner "Beobachtung" auch durch Zellengenossen Kenntnis erhielt, noch beendete die Strafkammer die Beobachtung des Angeklagten, bis das Bundesverfassungsgericht mit Beschluß vom 10. September 2001 die weitere Vollziehung der Beobachtung aussetzte. Daß die Beobachtung des Angeklagten durch Mitgefangene einer Drei-Mann-Zelle auf der Krankenstation einer Justizvollzugsanstalt letztlich durch die Entscheidung des Oberlandesgerichts zustande kam, entlastet die Richter nicht. Aus der Sicht des Angeklagten ist für den Anschein der Befangenheit maßgeblich, daß diese Form der Beobachtung bereits in dem von den Richtern veranlaßten und gebilligten Untersuchungskonzept des Gutachters erkennbar angelegt war.

Schäfer

Wahl

Boetticher

Kolz

Hebenstreit

#### **Hinweis:**

Der BVerfG-Beschluss 2 BvR 1523/01 und der BGH-Beschluss 1 StR 169/02 betrafen den Angeklagten Manfred Schmider in der FlowTex-Affäre (<http://de.wikipedia.org/wiki/FlowTex>; vgl. Spiegel, 36/2001, S. 40). Damals währte der Psychiater Johann Glatzel, daß er über dem Gesetz und der Verfassung stehen würde.

## Beschluss 44 Qs 25/07 des Landgerichts Hagen von 11.02.2008

Auf die Beschwerde des Angeklagten wird festgestellt, dass die richterliche Anordnung der Vorführung des Angeklagten in der I-Klinik vom 7.11.2007 rechtswidrig gewesen ist.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens sowie die notwendigen Auslagen des Angeklagten werden der Landeskasse auferlegt.

### Gründe

Die Beschwerde des Angeklagten vom 6.12.2007 ist zulässig. Auch wenn sich die Beschwerde durch Vollzug der Anordnung am 11.12.2007 erledigt hat, besteht ein besonderes Rechtsschutzinteresse des Angeklagten an der Feststellung der Rechtswidrigkeit der angefochtenen Maßnahme.

Ein solches Interesse wird auch bei Freiheitsentziehungen durch Vorführungen bejaht, weil nach dem typischen Verfahrensablauf dem Betroffenen bis zum Vollzug der den Grundrechtseingriff anordnenden Entscheidung in der Regel kein Rechtsschutz erlangt werden kann (vgl. Meyer-Goßner, vor § 296 Rn. 18a m.w.N.).

Die Anordnung der Vorführung des Angeklagten in die I-Klinik zum Zwecke der Erstellung eines vorläufigen schriftlichen Gutachtens zur Frage der Schuldfähigkeit nach möglicher Alkoholintoxikation war rechtswidrig.

Als Ermächtigungsgrundlage kommen §§ 230 Abs. 2, 236 StPO nicht in Betracht, da es vorliegend nicht um die Frage der Anwesenheit des Angeklagten in der Hauptverhandlung ging. Auch § 81a StPO kommt als Ermächtigungsgrundlage nicht in Betracht, da es bei Klärung der Frage nach der Schuldfähigkeit zum Tatzeitpunkt nicht um eine körperliche, sondern eine psychologische Untersuchung im Rahmen eines Explorationsgesprächs ging.

Denkbar ist dagegen eine Vernehmung des Angeklagten auf der Grundlage von § 80 Abs. 1, Abs. 2 StPO, um dem Sachverständigen den Zugang zu weiteren Anknüpfungstatsachen zu ermöglichen. Dabei muss es sich jedoch um eine Vernehmung des Gerichts, der Staatsanwaltschaft oder der Polizei handeln. Zu einem solchen Termin soll zudem die Möglichkeit bestehen, den Beschuldigten bzw. Angeklagten gem. § 133 StPO vorzuführen (vgl. OLG Celle, NStZ 189, 242, 243). Ferner ist vertreten worden, den zu untersuchenden Beschuldigten auf der Grundlage des § 81 StPO für einen Tag unter Beobachtung nervenärztlich zu untersuchen (vgl. OLG Bamberg, MDR 1984, 602).

Diese Möglichkeiten zur Rechtfertigung der angeordneten Vorführung scheiden jedoch vorliegend aufgrund der Umstände des Einzelfalles aus.

**Angesichts der bereits angekündigten zulässigen Weigerung des Angeklagten, sich im Rahmen eines Explorationsgesprächs zu äußern, hält die Kammer die Maßnahme für unverhältnismäßig und damit rechtswidrig, weil von vornherein klar war, dass aufgrund der Weigerung keine Aussicht auf einen Erkenntnisgewinn – beispielsweise durch bloße Beobachtung – bestand.**

Die Kostenentscheidung beruht auf der entsprechenden Anwendung von § 467 StPO.

## Beschluss 1 Ws 1/06 des Oberlandesgerichts Oldenburg vom 03.01.2006

In dem Strafverfahren gegen Herrn W. wegen Verdachts der versuchten gefährlichen Körperverletzung u.a. hat der 1. Strafsenat des Oberlandesgerichts Oldenburg am 3. Januar 2006 beschlossen:

Auf die sofortige Beschwerde des Angeklagten wird der Beschluss des Landgerichts Aurich vom 15. November 2005 (Az. 11 KLS 37/05), soweit durch diesen die Unterbringung des Angeklagten zur Vorbereitung eines Gutachtens über seinen psychischen Zustand gemäß § 81 StPO angeordnet worden ist, aufgehoben.

### Gründe

Der Angeklagte war früher für einen längeren Zeitraum in einem psychiatrischen Krankenhaus untergebracht worden. Einige spätere Strafverfahren wurden wegen Schuldunfähigkeit eingestellt. Im vorliegenden Verfahren wird dem Angeklagten zur Last gelegt, am 4. Dezember 2003 in D. den Zeugen G. mit einem festen Griff am Hals gepackt und versucht zu haben, ihn mit einem Messer zu verletzen.

Das Landgericht hat nach § 81 StPO zur Beobachtung des Beschuldigten seine befristete Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus angeordnet. Hiergegen wendet sich der Angeklagte mit der sofortigen Beschwerde.

Das zulässige Rechtsmittel ist begründet.

Die Voraussetzungen der Anordnung einer zwangsweisen Unterbringung des Angeklagten zur Beobachtung in einem psychiatrischen Krankenhaus nach § 81 StPO liegen nicht vor.

Eine solche ist nicht verhältnismäßig, weil sie zur Aufklärung des psychischen Zustandes des Angeklagten ungeeignet ist. Der Angeklagte ist von dem Sachverständigen Prof. Dr. T. untersucht worden. Dabei hat der Angeklagte kategorisch die Beantwortung aller für die Aufklärung seines psychischen Zustandes wesentlichen Fragen verweigert. Irgendwelche Anhaltspunkte dafür, dass sich der Angeklagte während eines künftigen erzwungenen Aufenthaltes in einem psychiatrischen Krankenhaus kooperativer zeigen würde, sind nicht erkennbar. Der Angeklagte, der auch bei seiner medizinischen Behandlung seit langem ärztliche Ratschläge missachtet, weiß sich ersichtlich zu behaupten und seine Verweigerungshaltung konsequent durchzuhalten.

Der Sachverständige hat dem Gericht zwar mitgeteilt, es könnte sein, dass im Rahmen einer stationären Aufnahme Beobachtungen gemacht würden, die eine bessere Beurteilung des Geisteszustandes des Angeklagten erlaubten, ganz sicher sei er sich diesbezüglich jedoch nicht; bei weiterer konsequenter Verweigerung des Angeklagten, über sich und sein inneres Erleben Aussagen zu machen, sei die Datenbasis für eine sichere Beurteilung „sehr schmal“; er sei „unsicher“ bezüglich der Notwendigkeit und des Erkenntnisgewinns einer Unterbringung nach § 81 StPO (Bl. 127, 128).

Bei dieser Sachlage verspricht eine Maßnahme nach § 81 StPO nicht in einem Maße Erfolg, dass der Eingriff in die persönliche Freiheit des Angeklagten gerechtfertigt wäre.

**Die Anordnung einer Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus zur Beobachtung muss unerlässlich sein. Sie darf nicht erfolgen, wenn der zu Untersuchende sich weigert bei ihr mitzuwirken, soweit die Untersuchung – wie hier – eine freiwillige Mitwirkung voraussetzt, um erfolgreich sein zu können, vgl. BVerfG NJW 2002, 283 (284). Die nicht auf tatsächliche Anhaltspunkte gestützte vage Möglichkeit, der Angeklagte würde, wenn er erst einmal untergebracht sei, kooperieren, kann den in der Unterbringung liegenden Grundrechtseingriff nicht rechtfertigen.**

Hinsichtlich der Verhältnismäßigkeit der Anordnung einer Unterbringung nach § 81 StPO ist ferner zu beachten, dass keine anderen ausreichenden Erkenntnisquellen vorliegen dürfen, die bereits eine Beurteilung des psychischen Zustandes des Angeklagten erlauben, vgl. MeyerGoßner a.a.O. m.w.N. Vorliegend sind aber bereits wesentliche Erkenntnisse über den psychischen Zustand des Angeklagten verfügbar. Das gilt namentlich für die im vormundschaftsgerichtlichen Betreuungsverfahren eingeholten fachärztlichen Gutachten von Dr. H. und Dr. T. (Landeskrankenhaus W.) und von Dr. W. vom sozialpsychiatrischen Gesundheitsdienst des Gesundheitsamtes der Stadt W. In beiden wird die Diagnose einer seit langem zu Tage getretenen dauerhaften endogenen Psychose des Angeklagten mit Aggressionstendenzen gestellt. Auch aus früher gegen den Angeklagten geführten Strafverfahren und seinen Unterbringungen nach dem PsychKG dürften sich erhebliche Erkenntnisse über seinen psychischen Zustand gewinnen lassen.

## Beschluss III-3 Ws 76 – 78/05 des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 03.03.2005

Der angefochtene Beschluss wird aufgehoben.

### Gründe

#### I.

Das Amtsgericht Wuppertal verurteilte den Angeklagten durch Urteil vom 21. April 2004 wegen gefährlicher Körperverletzung zu einer Freiheitsstrafe von 8 Monaten. Nachdem der Angeklagte gegen dieses Urteil Berufung eingelegt hatte, kündigte der Verteidiger des Angeklagten noch vor Beginn der Berufungshauptverhandlung mit Schriftsatz vom 21. September 2004 einen Antrag auf Einholung eines psychiatrischen Sachverständigengutachtens an, da aufgrund eines in der Kindheit des Angeklagten liegenden Unfalls mit Hirnbeteiligung sowie einer weiteren Kopfverletzung Bedenken bezüglich dessen Schuldfähigkeit bestünden.

Im Hinblick hierauf beschloss die Strafkammer am ersten Hauptverhandlungstag am 22. September 2004 die Einholung eines psychiatrischen Sachverständigengutachtens zur Frage der Schuldfähigkeit und erweiterte am zweiten Hauptverhandlungstag am 06. Oktober 2004, von dem ab der psychiatrische Sachverständige an der Hauptverhandlung teilnahm, den Gutachtenauftrag auf die Frage der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus gem. § 63 StGB.

Nachdem der Angeklagte zu zwei durch den Sachverständigen bestimmten Explorationsterminen nicht erschienen war und in der Berufungshauptverhandlung am 15. Oktober 2004 eine Exploration durch den Sachverständigen ausdrücklich abgelehnt hatte, erklärte der Verteidiger in der Berufungshauptverhandlung vom 05. November 2004 erneut, dass der Angeklagte eine Exploration durch den Sachverständigen ablehne, jedoch etwaigen körperlichen Untersuchungen des Sachverständigen zur Verfügung stünde. Darüber hinaus wurden die Ärzte, die den Angeklagten anlässlich der erlittenen Kopfverletzungen behandelt hatten, gegenüber dem Sachverständigen von ihrer ärztlichen Schweigepflicht entbunden.

Durch den angefochtenen Beschluss vom 05. November 2004 hat die Strafkammer daraufhin in der Hauptverhandlung nach Anhörung des Sachverständigen die Unterbringung des Angeklagten im Rheinischen Landeskrankenhaus Langenfeld gem. § 81 StPO für die Dauer von sechs Wochen und außerdem *"eine körperliche Untersuchung des Angeklagten gem. § 81 a StPO angeordnet, soweit diese zur Feststellung der Schuldfähigkeit des Angeklagten sowie seiner Gefährlichkeit für die Allgemeinheit i.S.d. § 63 StGB erforderlich ist"*. Mit Schreiben vom 24. November 2004 hat der Sachverständige auf Nachfrage der Vorsitzenden seine in der Berufungshauptverhandlung vom 05. November 2004 abgegebene mündliche Stellungnahme schriftlich zusammengefasst.

Die gegen den Beschluss der Strafkammer vom 05. November 2004 gerichteten Rechtsmittel des Angeklagten sind zulässig und begründet.

#### II.

1) Die sofortige Beschwerde gegen die durch das erkennende Gericht getroffene Anordnung der Unterbringung zur Beobachtung ist gem. §§ 81 Abs. 4 Satz 1, 305 Satz 2 StPO zulässig (Meyer-Goßner, StPO, 47. Auflage, § 81 a Rn. 28).

Die sofortige Beschwerde ist begründet, denn weder der angefochtene Beschluss der Strafkammer vom 05. November 2004 noch die Stellungnahme des Sachverständigen vom 24. November 2004 legen dar, dass das konkrete Untersuchungskonzept zur Erlangung von Erkenntnissen über die Frage der Schuldfähigkeit und der Gefährlichkeit des Angeklagten i.S.d. § 63 StGB überhaupt geeignet ist.

**Ob und inwieweit im Hinblick auf die Weigerung des Angeklagten zur Mitwirkung allein die stationäre Beobachtung ohne die Möglichkeit der explorativen Befragung eine Erfolgsaussicht bietet, brauchbare Befunde zur Beurteilung seines psychischen Zustandes zu erheben, ist vorliegend nicht ersichtlich. Die bloße Möglichkeit, aus der Beobachtung des Angeklagten im Rahmen des Klinikaufenthalts Rückschlüsse auf dessen Schuldfähigkeit zu ziehen, reicht hierfür nicht aus (OLG Frankfurt StV 1986, 51).**

Zwar mag bei einem sechs Wochen dauernden stationären Aufenthalt des Angeklagten damit zu rechnen sein, dass er nicht nur schweigt, sondern mit Patienten, Pflägern und vielleicht auch Ärzten redet. Eine derartige Unterbringung des Angeklagten letztlich mit dem Ziel der Einwirkung auf seine Aussagefreiheit wäre jedoch nicht statthaft (OLG Frankfurt, a.a.O.; OLG Celle StV 1985, 224).

Die erfolgte Anordnung der Unterbringung verstößt darüber hinaus auch gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, denn es ist nicht sicher, dass die Schuldfähigkeit und die Gefährlichkeit des Angeklagten i.S.d. § 63 StGB anders nicht beurteilt werden kann. Die Strafkammer führt in dem angefochtenen Beschluss vom 05. November 2004 hierzu lediglich aus, dass insbesondere die Frage der Schuldfähigkeit des Angeklagten zum Tatzeitpunkt nicht in anderer Weise geklärt werden könne, ohne Gründe für diese Überzeugung zu nennen. Solche Gründe, die eine Unterbringung zur Beobachtung "unerlässlich" machen (Meyer-Goßner, StPO, 47. Auflage, § 80 Rn. 8) sind auch der Stellungnahme des Sachverständigen vom 24. November 2004 nicht zu entnehmen. Die "Unerlässlichkeit" ergibt sich vorliegend auch nicht von selbst. Denn nachdem der Angeklagte die Ärzte, die ihn anlässlich der erlittenen Kopfverletzungen behandelt hatten, von ihrer ärztlichen Schweigepflicht entbunden hatte, ist nicht ausgeschlossen, dass die hierdurch zugänglichen medizinischen Informationen eine Unterbringung entbehrlich machen.

**2)** Die Beschwerde gegen die durch das erkennende Gericht getroffene Anordnung der körperlichen Untersuchung ist zulässig. Sie ist nicht gem. § 305 Satz 1 StPO ausgeschlossen. Denn der Inhalt der getroffenen Anordnung kommt vorliegend einem der in § 305 Satz 2 StPO bezeichneten Zwangseingriffen gleich, da hierdurch auch körperliche Eingriffe ermöglicht werden (OLG Koblenz NSTZ 1994, 355; Meyer-Goßner, StPO, 47. Auflage, § 81 a Rn. 30).

Die Beschwerde ist begründet. Die lediglich allgemein gehaltene Anordnung einer körperlichen Untersuchung *"soweit diese zur Feststellung der Schuldfähigkeit des Angeklagten sowie seiner Gefährlichkeit für die Allgemeinheit i.S.d. § 63 StGB erforderlich ist"*, genügt nicht den zu stellenden Bestimmtheitsanforderungen. Denn im Rahmen des § 81 a StPO dürfen nur genau angegebene und hinreichend bestimmt bezeichnete körperliche Eingriffe für zulässig erklärt werden, da der anordnende Richter und nicht der Sachverständige im Einzelfall zu prüfen hat, ob von einem körperlichen Eingriff ein Nachteil für die Gesundheit des Angeschuldigten zu besorgen ist (BayObLG NJW 1957, 272; OLG Hamm JMBINW 1953, 117; Meyer-Goßner, StPO, 47. Auflage, § 81 a Rn 27).



## **Beschluss 5 Ws 26/03 des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 30.06.2003**

### **Tenor**

Auf die sofortige Beschwerde des Angeklagten wird der Beschluss des Landgerichts Stuttgart vom 14. April 2003 aufgehoben.

### **Gründe**

#### **I.**

Das Amtsgericht Waiblingen hat den Angeklagten am 12. Februar 2002 wegen eines Vergehens der exhibitionistischen Handlung zu einer dreimonatigen zur Bewährung ausgesetzten Freiheitsstrafe verurteilt. Nach den Feststellungen des Amtsgerichts ist der Angeklagte am 9. März 2001 gegen 17.45 Uhr im Treppenhaus des Gebäudes in K. der Zeugin W., einer Hausmitbewohnerin – um sich sexuell zu erregen bzw. zu befriedigen – mit entblößtem Glied, die Hose bis zu den Knöcheln heruntergelassen, gegenübergetreten, wobei er über sein Glied ein rotes Kondom gestreift hatte.

Nachdem der Angeklagte bereits im Jahr 2000 in der geöffneten Wohnungstür seiner Wohnung mit heruntergelassener Hose gestanden und sich einer Hausbewohnerin mit einem über sein Glied gezogenen Kondom gezeigt hatte (das insoweit geführte Ermittlungsverfahren wurde am 5. Dezember 2000 nach Zahlung einer Geldbuße gemäß § 153 a StPO eingestellt), ist der Angeklagte im vorliegenden Verfahren auf Veranlassung der Staatsanwaltschaft am 2. November 2001 von einem Facharzt für psychotherapeutische Medizin, dem Leiter des Zentrums für Psychiatrie in W., untersucht worden.

Der Sachverständige kommt zu dem Ergebnis, dass die Exploration und Befunderhebung unter Einbeziehung fremdanamnestischer Angaben und der Tathergangsschilderung eine passiv exhibitionistische Tat zeigt, die im Zusammenhang mit der Persönlichkeitsanalyse trotz der Wiederholung keine aktive Durchsetzung sexueller Impulse am Sexualobjekt erkennen lässt. Nach den sachverständigen Ausführungen lassen sich außerdem keinerlei Anhaltspunkte für eine psychotische Grunderkrankung und für ein epileptisches Leiden finden; darüber hinaus sind affektive Störungen von krankhaftem Ausmaß nicht nachweisbar.

Den Angaben des Sachverständigen folgend, der beim Angeklagten von einer intellektuellen Schwachbegabung ausgeht, kam das Amtsgericht zu der Überzeugung, dass sich der Angeklagte zum Tatzeitpunkt nicht in einem die Schuldfähigkeit einschränkenden oder ausschließenden Zustand befunden hat.

Gegen das vorgenannte Urteil des Amtsgerichts Waiblingen hat der Angeklagte Berufung eingelegt. Nachdem der Angeklagte im Berufungsverfahren – erstmals – das Ergebnis einer testpsychologischen Untersuchung vom 20. November 2001 vorgelegt hat, worin aufgrund der festgestellten deutlichen Einschränkungen im intellektuellen Basisbereich der Verdacht auf eine frühkindliche Hirnleistungsstörung geäußert wurde, hat das Landgericht Stuttgart am 12. August 2002 die Einholung eines – weiteren – Sachverständigengutachtens zur Frage der Schuldfähigkeit des Angeklagten angeordnet und zum Sachverständigen Dr. W., Wi., bestellt. Sollte das Gutachten eine erheblich verminderte Schuldfähigkeit oder Schuldunfähigkeit des Angeklagten bei Begehung der ihm vorgeworfenen Tat feststellen, ist auch zur Frage einer etwaigen Unterbringung gem. § 63 StGB Stellung zu nehmen. Das Landgericht hat in dem Beschluß außerdem darauf hingewiesen, dass eine "einstweilige Unterbringung" in einem psychiatrischen Krankenhaus geprüft werde, wenn der Angeklagte Vorladungen des Sachverständigen freiwillig keine Folge leisten sollte.

Der Sachverständige, dem die Strafakten zur Einsichtnahme übersandt wurden, hat den Angeklagten daraufhin aufgefordert, zum Zwecke der persönlichen Begutachtung am 14. Oktober 2002 in einem Raum im Landgerichtsgebäude zu erscheinen. Nach Eingang der Vorladung teilte der Angeklagte dem Sachverständigen jedoch mit, dass er den Begutachtungstermin nicht wahrnehme, er werde sich keiner psychiatrischen und/oder testpsychologischen Begutachtung mehr unterziehen. Trotz eines weiteren Hinweises auf die mögliche Anordnung der "vorläufigen Unterbringung" kam der Angeklagte der Einladung des Sachverständigen nicht nach.

Das Landgericht hat deshalb dem Sachverständigen am 3.3.2003 die Absicht mitgeteilt, die "einstweilige Unterbringung" des Angeklagten zum Zwecke der Begutachtung anzuordnen und – im Hinblick auf eine nur kurze Unterbringungszeit – angefragt, in welchem Zeitraum dieser zu der anstehenden Untersuchung zur Verfügung stehen könnte. In einem Telefonat vom 11. März 2003 teilte der Sachverständige dem Landgericht daraufhin mit, er könne die Begutachtung ab Ende des Monats März 2003 durchführen, wobei die

Begutachtung "sinnvoll erst nach einer mindestens einwöchigen Unterbringung sei" und er hierfür die Akten benötige.

Nach – telefonischer – Anhörung der Verteidigerin hat das Landgericht durch den angefochtenen Beschluss am 14. April 2003 zur Vorbereitung eines Gutachtens über den psychischen Zustand des Angeklagten dessen Unterbringung zur Beobachtung in einem öffentlichen psychiatrischen Krankenhaus angeordnet.

## II.

Die gegen diesen Beschluss gerichtete, rechtzeitig eingelegte sofortige Beschwerde ist zulässig (§ 81 Abs. 4 Satz 1 StPO) und begründet.

Der angefochtene Beschluss kann keinen Bestand haben, weil die gesetzlichen Voraussetzungen für die Anordnung der Unterbringung gem. § 81 StPO nicht vorliegen.

Der Beschluss des Landgerichts leidet bereits an einem durchgreifenden Verfahrensmangel.

Die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus setzt gemäß § 81 Abs. 1 StPO die vorherige Anhörung eines Sachverständigen über die Unerlässlichkeit der stationären Aufnahme voraus.

a. Den insoweit an die Anhörung eines Sachverständigen zu stellenden Anforderungen ist nur dann genügt, wenn der Sachverständige grundsätzlich nach persönlicher Untersuchung des Betroffenen (aa) ein schriftliches Gutachten erstattet (bb).

aa. Nach dem Wortlaut des § 81 Abs. 1 StPO gebietet die Vorschrift zwar nicht, dass der Anhörung des Sachverständigen eine persönliche Anhörung des Betroffenen durch den Sachverständigen vorausgehen muss. Jedoch besteht in Rechtsprechung und Literatur weitgehend Einigkeit darüber, dass die Stellungnahme nur dann der Vorschrift des § 81 StPO entspricht, wenn sich der Sachverständige zuvor einen persönlichen Eindruck von dem Unterzubringenden verschafft hat (OLG Celle NStZ 91, 599; OLG Karlsruhe StV 84, 369; MDR 84, 72; OLG Düsseldorf StV 98, 638; StV 93, 571; Meyer-Goßner StPO, 46. Aufl., § 81 Rdnr. 11 m.w.N.). Dieser Auffassung folgt auch der Senat. Denn durch die Unterbringung wird das Grundrecht der persönlichen Freiheit des Betroffenen eingeschränkt. Ein solch schwerwiegender Eingriff erfordert neben einer strikten Beachtung des Verhältnismäßigkeitsprinzips auch die Feststellung, dass die Unterbringung unerlässlich ist, d.h. ohne sie die psychische Verfassung des Betroffenen nicht beurteilt werden kann (vgl. BVerfG StV 95, 617, 618). Die für diese Feststellungen notwendigen Erkenntnisse wird der Sachverständige in der Regel nicht durch bloßes Aktenstudium, sondern nur dadurch gewinnen können, dass er sich einen persönlichen Eindruck von dem Betroffenen verschafft.

Sofern nicht eine richterliche Verhandlung in Anwesenheit sämtlicher Beteiligter stattfindet, hat sich der Sachverständige schriftlich zu äußern, wobei er in seinem Gutachten zu dem Erfordernis der Unterbringung und deren voraussichtlicher Dauer Stellung nehmen muss (OLG Düsseldorf StV 93, 571; OLG Frankfurt StV 86, 51). Eine telefonische Äußerung gegenüber dem Gericht reicht keinesfalls aus (OLG Karlsruhe MDR 84, 72; OLG Düsseldorf a.a.O.; KK-Senge StPO, 4. Aufl., § 81 Rdnr. 8; Meyer-Goßner StPO, 46. Aufl., § 81 Rdnr. 12). Telefonische Informationen gegenüber dem Gericht können schon deshalb nicht genügen, weil in diesem Fall der anschließend zu hörende Verteidiger nicht in die Lage versetzt wird, zur Unterbringungsfrage sachgerecht und umfassend Stellung zu nehmen.

b. Die insoweit erforderliche Anhörung wird im vorliegenden Fall nicht dadurch entbehrlich, dass der Angeklagte auch nach Androhung der Unterbringung durch das Gericht der Einladung des vom Gericht bestellten Sachverständigen zur Untersuchung nicht nachkommt. In solchen Fällen besteht grundsätzlich die Möglichkeit, die Vorführung des Angeklagten vor das Gericht zu veranlassen und insoweit den durch § 80 StPO vorgezeichneten Weg zu gehen (vgl. OLG Celle NStZ 1991, 599), um dem Sachverständigen vor der vorgeschriebenen Anhörung die Möglichkeit zu bieten, einen persönlichen Eindruck von der zu begutachtenden Person zu gewinnen. Zwar wird – wenn auch beschränkt auf seltene Ausnahmefälle – die Auffassung vertreten, unter Umständen könne es genügen, wenn sich der Sachverständige seine Meinung aufgrund des Aktenstudiums bilde (vgl. u.a. HansOLG Hamburg MDR 64, 434; OLG Celle NStZ 1989, 242). Diese Frage braucht indes nicht abschließend entschieden zu werden, da aus der Stellungnahme des Sachverständigen – was hier nicht der Fall ist – hervorgehen muss, inwieweit eine derartige Ausnahmesituation vorgelegen hat (OLG Karlsruhe NJW 1973, 573; StV 1984, 369).

Diesen Erfordernissen genügen der Schriftverkehr der Berufungskammer mit dem Sachverständigen und die Äußerung des Sachverständigen im Telefonat mit dem Strafkammervorsitzenden vom 11. März 2003 nicht. Die Formulierung in dem an den Sachverständigen gerichteten Schreiben des Landgerichts vom 3. März

2003, in dem diesem im Hinblick auf die Weigerung des Angeklagten zur Mitwirkung an der Untersuchung die Absicht der Kammer mitgeteilt wurde, die "einstweilige Unterbringung" des Angeklagten zum Zwecke seiner Begutachtung anzuordnen und der Sachverständige vorab um Mitteilung gebeten wurde, in welchem Zeitraum er zu der anstehenden Untersuchung zur Verfügung stehen könnte, legt sogar den Schluss nahe, dass das Landgericht den Sachverständigen zu der eigentlichen Frage über die Unerlässlichkeit der stationären Aufnahme nicht konkret anhören wollte. Ungeachtet dessen liegt jedenfalls keine schriftliche, vielmehr nur eine mündliche Äußerung des Sachverständigen vor, die auf die Notwendigkeit einer Unterbringung des Angeklagten zur Beobachtung und deren voraussichtlicher Dauer nicht detailliert eingeht, nachdem der Sachverständige nur mitteilt, "sinnvoll sei die Begutachtung erst nach einer mindestens einwöchigen Unterbringung".

Mithin sind die an die Anhörung des Sachverständigen zu stellenden Anforderungen nicht erfüllt. Die angefochtene Entscheidung kann deshalb bereits wegen der Nichtbeachtung des vorgeschriebenen Verfahrens keinen Bestand haben.

Die erfolgte Anordnung der Unterbringung erweckt auch im Hinblick auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Bedenken.

**Eine Unterbringung ist nur dann zulässig, wenn diese unerlässlich ist (BVerfG StV 95, 617; StV 2001, 657, 658). Vor einer Anordnung nach § 81 StPO müssen deshalb erst alle anderen Mittel ausgeschöpft sein, um zu einer Beurteilung der Persönlichkeitsstörung des Angeklagten zu kommen (vgl. Meyer-Goßner StPO, 46. Aufl., § 81 Rdnr. 8 m.w.N.). Eine Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus zur Beobachtung kann dann nicht erfolgen, wenn der Betroffene sich weigert, sie zuzulassen bzw. bei ihr mitzuwirken, soweit die Untersuchung nach ihrer Art die freiwillige Mitwirkung des Betroffenen voraussetzt (vgl. BGH StV 1994, 231). Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn eine Exploration erforderlich wäre, diese aber vom Betroffenen verweigert wird und ein Erkenntnisgewinn deshalb nur bei einer Einflussnahme auf die Aussagefreiheit des Betroffenen zu erwarten ist (vgl. OLG Celle StV 1985, 224; StV 1991, 248).**

Weder in der angegriffenen Entscheidung noch in der telefonischen Äußerung des Sachverständigen wird dargelegt, dass und warum die Unterbringung des Angeklagten für die Beurteilung seiner Schuldfähigkeit unerlässlich im genannten Sinn sein sollte.

Die Unerlässlichkeit ergibt sich auch nicht von selbst aus dem angestrebten Zweck der Maßnahme. Das Landgericht hat wegen angenommener unvollständiger sachverständiger Feststellungen des Erstgutachters im Hinblick auf die nachträglich vorgelegte testpsychologische Untersuchung mit dem darin geäußerten Verdacht auf frühkindliche Hirnleistungsstörungen ein Zweitgutachten angeordnet. Diese Entscheidung obliegt dem Landgericht im Rahmen seiner Aufklärungspflicht i.S.v. § 244 Abs. 2 StPO und ist im Grundsatz nicht zu beanstanden. Weigert sich jedoch der Angeklagte, die weitere Begutachtung zuzulassen bzw. an ihr mitzuwirken, ist die Anordnung der Unterbringung zur Begutachtung nur unerlässlich, wenn anders der Zustand des Betroffenen nicht beurteilt werden kann. Dies ist hier jedoch nicht der Fall, nachdem vorliegend bereits Erkenntnisquellen zum psychischen Zustand des Angeklagten durch die – schriftlichen – Ausführungen des in erster Instanz tätigen Sachverständigen sowie das vom Angeklagten selbst im Berufungsverfahren vorgelegte Protokoll über die testpsychologische Untersuchung vom 20. November 2001 zur Verfügung stehen. Nachvollziehbare Gründe dafür, dass die durch den gerichtserfahrenen Erstgutachter gewonnenen Erkenntnisse für die Erhebung des von der Strafkammer eingeschalteten zweiten Sachverständigen nicht verwertet werden können, sind weder dargetan noch ersichtlich.

Ob die angeordnete Unterbringung zu der Bedeutung der Sache und der zu erwartenden Strafe oder Maßregel der Besserung und Sicherung außer Verhältnis steht (§ 81 Abs. 2 Satz 2 StPO), bedarf mithin keiner endgültigen Entscheidung. Die hinsichtlich der Straferwartung gemäß § 331 StPO im vorliegenden Fall maximal möglichen Sanktionen gegen den Angeklagten sind jedoch weit weniger einschneidend als eine zwangsweise Unterbringung zur Beobachtung. Dies muss umso mehr gelten, als die bisherigen Ermittlungen keine nachvollziehbaren Umstände, jedenfalls soweit sie dem Akteninhalt zu entnehmen sind, ergeben, die die Annahme begründen könnten, es bestünden durchgreifende Bedenken gegen die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Angeklagten für die ihm zur Last gelegte Tat. Durch die Hinzuziehung eines weiteren Gutachters kann jedenfalls auch ohne Unterbringung des Angeklagten in der anzuberaumenden Hauptverhandlung in ausreichendem Maße geprüft werden, ob Zweifel an der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Angeklagten begründet sind.

## Beschluss 1 Ws 292/09 des Oberlandesgerichts Nürnberg vom 02.06.2009

### Tenor

1. Auf die sofortige Beschwerde des Verurteilten K H wird der Unterbringungsbeehl des Landgerichts N vom 7. Mai 2009 aufgehoben.
2. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens – einschließlich der notwendigen Auslagen des Beschwerdeführers – trägt die Staatskasse.

### Gründe

#### I.

K H wurde durch Urteil des Landgerichts N vom 19.3.2002 (Az. 13 KLS 253 Js 17246/2000) auf der Grundlage des rechtskräftigen Schuldspruchs gemäß dem Urteil des Landgerichts N vom 1.3.2001 (Az. 7 KLS 253 Js 17246/2000) wegen versuchter sexueller Nötigung in Tatmehrheit mit Vergewaltigung – ausgehend von Einzelstrafen von einem Jahr Freiheitsstrafe (Fall 1) und sieben Jahren und sechs Monaten Freiheitsstrafe (Fall 2) – zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von acht Jahren verurteilt.

In dieser Sache befand sich der Verurteilte vom 29.7.2000 bis 15.3.2001 und vom 12.2.2002 bis 11.6.2002 in Untersuchungshaft und seit dem 12.6.2002 in Strafhaft. Als Entlassungszeitpunkt war der 29.5.2009 vorgesehen. Mit Antragschrift vom 6.3.2009 beantragte die Staatsanwaltschaft N die nachträgliche Unterbringung des Verurteilten in der Sicherungsverwahrung gemäß den §§ 66 b Abs. 2 StGB, 275 a StPO. Mit Beschluss vom 6.5.2009 ordnete die 13. Strafkammer des Landgerichts N die einstweilige Unterbringung des Verurteilten gemäß § 275 a Abs. 5 Satz 1 StPO an.

**Mit Schreiben vom 4.5.2009 teilte der Verurteilte der Strafkammer mit, dass er sich einer Begutachtung generell verweigere; zu einer auf den 5.5.2009 anberaumten Exploration durch den mit der Erstellung des gemäß § 275 a Abs. 4 Satz 2 notwendigen Gutachtens beauftragten Sachverständigen Dr. W ließ er sich nicht vorführen.**

Im Anhörungstermin vom 6.5.2009 führte der Sachverständige Dr. W aus, dass er eine Beobachtung des Verurteilten im Rahmen des § 81 StPO zur Vorbereitung des Gutachtens für erforderlich und sinnvoll halte. In dieser Zeit könnte man auch feststellen, ob eine psychische Störung verhaltensrelevant sei oder nicht. Eine Beobachtung wäre dann nicht erforderlich, wenn sich der Verurteilte freiwillig untersuchen ließe, wofür zwei Tage ausreichen würden.

Die zweite mit der Gutachtenserstellung beauftragte Sachverständige V K führte im Anhörungstermin vom 7.5.2009 aus, dass auch aus ihrer Sicht eine längerfristige Beobachtung des Verurteilten im Rahmen des § 81 StPO zur Vorbereitung des Gutachtens erforderlich und sinnvoll sei. In dieser Beobachtungszeit könnte überprüft werden, wie die emotionale Stabilität des Verurteilten beschaffen sei. Es könnte auch überprüft werden, ob die sich aus den Akten ergebende Persönlichkeitsstörung eventuell stärker ausgeprägt sei als damals festgestellt worden sei, was zur Vorbereitung einer Gefährlichkeitsprognose sinnvoll wäre. Diese Einschätzung gelte auch für den Fall, dass der Verurteilte jegliche Kooperation verweigere. Auch in diesem Fall dürften sich Erkenntnisse ergeben, wie stabil die Persönlichkeitsstruktur ausgebildet sei, wie der Verurteilte mit Frustrationen umgehen werde, die in dieser Zeit zu erwarten seien und ob und gegebenenfalls welche Aggressionen er zeige. Insoweit erwarte sie in jedem Fall durch die bloße Beobachtung weitere Erkenntnisse für die Gutachtensvorbereitung, die über den bloßen Akteninhalt hinausgingen.

Mit Beschluss vom 7.5.2009 hat das Landgericht N sodann "die Unterbringung des Verurteilten zur Beobachtung zur Vorbereitung eines psychiatrischen Gutachtens im K am E, E, bis zu einer Dauer von maximal sechs Wochen gemäß §§ 275 a IV S. 2, II, 246 a S. 3, 81 StPO angeordnet". Die Maßnahme wurde im Wesentlichen damit begründet, dass die kurzzeitige Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus zur Vorbereitung der gemäß § 275 a Abs. 4 Satz 2 StPO erforderlichen Gutachten geeignet sei, einen Erkenntnisgewinn hinsichtlich der Persönlichkeitsstruktur, eventuell vorliegender psychischer Störungen, einer Beurteilung des beim Verurteilten vorhandenen Aggressionspotentials und seiner Fähigkeit zur Impulskontrolle zu erzielen.

Sie sei – da der Verurteilte sich keinesfalls von den Sachverständigen explorieren lassen wolle – auch zur Erstellung der gesetzlich vorgeschriebenen Gutachten erforderlich.

Mit Schriftsatz seines Verteidigers vom 13.5.2009, eingegangen am selben Tage, hat der Verurteilte gegen den Beschluss vom 7.5.2009, der seinem Verteidiger am 12.5.2009 zugestellt wurde, sofortige Beschwerde eingelegt, die mit weiterem Schriftsatz vom 20.5.2009 begründet wurde.

Die Generalstaatsanwaltschaft N beantragt, die Beschwerde als unbegründet zu verwerfen.

## II.

Die gegen den Unterbringungsbefehl vom 7.5.2009 erhobene sofortige Beschwerde ist gemäß § 81 Abs. 4 Satz 1, 305 Satz 2 StPO zulässig und hat auch in der Sache Erfolg.

**Die erfolgte Anordnung der Unterbringung zur Beobachtung verstößt – ungeachtet der Frage, ob § 81 StPO im Verfahren der nachträglichen Unterbringung in der Sicherungsverwahrung gemäß § 275 a StPO überhaupt Anwendung finden kann – gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, weil keine Gründe erkennbar sind, die eine Unterbringung des Verurteilten zur Beobachtung "unerlässlich" machen.**

Das in Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG gewährleistete allgemeine Persönlichkeitsrecht schützt grundsätzlich vor der Erhebung und Weitergabe von Befunden über den Gesundheitszustand, die seelische Verfassung und den Charakter eines Menschen, weshalb nach ständiger Rechtsprechung bei einer Unterbringung zur Beobachtung im Sinne von § 81 StPO der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit strikt zu beachten ist (vgl. BVerfG NJW 2002, 283 m. w. N.). Eine derartige Unterbringung darf deshalb nur dann angeordnet werden, wenn sie "unerlässlich" ist, wenn also der psychische Zustand des Betroffenen anders als durch die vorläufige Unterbringung zur Beobachtung nicht beurteilt werden kann (vgl. BVerfG a. a. O.; Meyer-Goßner, StPO 51 Aufl. § 81 Rdn. 8, jeweils m. w. N.).

Weder aus der angefochtenen Entscheidung noch aus den zu Grunde liegenden Stellungnahmen der Sachverständigen ergibt sich, dass und warum die Unterbringung des Beschwerdeführers zur Beobachtung für die Beurteilung seines psychischen Zustands unerlässlich im genannten Sinne ist.

Insoweit ist nicht erkennbar und wird von den Sachverständigen auch nicht festgestellt, dass ohne die für "erforderlich" gehaltene Beobachtung die Erstellung der gesetzlich vorgeschriebenen Gutachten mangels zureichender Anknüpfungstatsachen unmöglich ist. Die Unerlässlichkeit ergibt sich jedenfalls nicht von selbst aus dem angestrebten Zweck der Maßnahme (BVerfG a. a. O.).

**Die bloße Möglichkeit aus der Beobachtung des Beschwerdeführers im Rahmen des Klinikaufenthalts Rückschlüsse auf seine Persönlichkeitsstruktur bzw. seine Gefährlichkeit zu ziehen, reicht hierfür ebenfalls nicht aus (vgl. OLG Frankfurt StV 1986, 51).**

**Allein der Umstand, dass sich der Beschwerdeführer bislang ernsthaft weigert, an der erforderlichen (freiwilligen) Exploration mitzuwirken, kann die vorläufige Unterbringung zur Beobachtung nicht nur nicht rechtfertigen, er steht ihr vielmehr entgegen (vgl. BVerfG a. a. O. unter Hinweis auf BGH StV 1994, 231).**

Die Kostenentscheidung folgt aus § 473 Abs. 3 StPO, § 467 Abs. 1 StPO analog.