

Rechtsprechung

Gefährdungsbegriff bei länger dauernder betreuungsrechtlicher Unterbringung

§ 1906 BGB

Leitsätze:

1. Der Gefährdungsbegriff des § 1906 Abs. 1 Nr. 1 BGB bleibt auch bei einer bereits länger andauernden Unterbringung unverändert, sodass die (weitere) zivilrechtliche Unterbringung eine – nach wie vor bestehende – ernstliche und konkrete Gefahr für Leib oder Leben des Betroffenen voraussetzt.

2. Besonderheiten können sich bei einer bereits mehrere Jahre währenden Unterbringung allerdings mit Blick auf die Feststellung der von § 1906 Abs. 1 Nr. 1 BGB vorausgesetzten Gefährdung von Leib oder Leben des Betroffenen und die hierfür gebotene Begründungstiefe der gerichtlichen Entscheidung sowie für die Frage der Verhältnismäßigkeit der Freiheitsentziehung ergeben.

BGH

Beschluss vom 14.03.2018 – XII ZB 629/17

Gründe:

I. Für den im Jahre 1965 geborenen Betroffenen besteht seit vielen Jahren eine Betreuung, deren Aufgabenkreis unter anderem die Bereiche Gesundheitsorge, Aufenthaltsbestimmung und Entscheidung über Unterbringung und unterbringungsähnliche Maßnahmen umfasst. Nach der über die Jahre hinweg immer wieder von Sachverständigen bestätigten Diagnose leidet der Betroffene an einem hirnorganischen Psychosyndrom bei Zustand nach einem durch einen Verkehrsunfall bedingten Schädel-Hirn-Trauma sowie einem Abhängigkeitssyndrom vom Alkoholtyp und einer – derzeit erscheinungsfreien – Epilepsie.

Beginnend mit dem Jahr 1993 befand sich der Betroffene bis März 2008 30 Mal in stationärer psychiatrischer Behandlung. Im März 2008 wurde die Unterbringung des Betroffenen bis zum 1. April 2009 betreuungsgerichtlich genehmigt. Nachdem er nach Ablauf dieser Genehmigung kurze Zeit nicht untergebracht war, folgte Mitte Juni 2009 die erneute Unterbringungsgenehmigung,

diesmal für zwei Jahre. Seitdem ist der Betroffene durchgehend mit Genehmigung des Betreuungsgerichts in geschlossenen Einrichtungen untergebracht.

Mit Beschluss vom 14. März 2017 hat das Amtsgericht die (weitere) Unterbringung des Betroffenen in der geschlossenen Abteilung eines psychiatrischen Krankenhauses bzw. der beschützenden Abteilung einer Pflegeeinrichtung bis längstens 22. Februar 2019 genehmigt. Die hiergegen gerichtete Beschwerde des Betroffenen hat das Landgericht zurückgewiesen, wogegen sich der Betroffene mit seiner Rechtsbeschwerde wendet.

II. Die Rechtsbeschwerde hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das Landgericht.

1. Dieses hat zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt, die Voraussetzungen für die Genehmigung der Unterbringung gemäß § 1906 Abs. 1 Nr. 1 BGB lägen vor. Die Unterbringung sei zum Wohl des Betroffenen erforderlich, weil aufgrund einer psychischen Krankheit des Betroffenen die Gefahr bestehe, dass er sich erheblichen gesundheitlichen Schaden zufüge. Das beim Betroffenen vorliegende hirnorganische Psychosyndrom schränke seine Fähigkeit zur Impulskontrolle ebenso ein wie seine Einsichtsfähigkeit und seine Urteils- und Kritikfähigkeit. Daher wäre für den Fall, dass der Betroffene in offenem Rahmen versorgt werde, eine gravierende gesundheitliche Schädigung durch erneuten Alkoholkonsum zu erwarten. Die bei ihm bestehende Epilepsie sei zwar derzeit erscheinungsfrei. Dennoch trage seine depressive Disposition zu einer ganz besonderen gesundheitlichen Selbstgefährdung bei neuerlichem Alkoholkonsum bei, der zudem das Risiko, einen Krampfanfall zu erleiden, beträchtlich erhöhe. Wegen der Vorschädigung des Gehirns wäre eine weitere Gehirnschädigung nicht nur durch die toxische Wirkung des Suchtmittels Alkohol anzunehmen, sondern auch durch die unmittelbaren Folgen eines Krampfanfalls wie einerseits Verletzungen, etwa Schädelprellungen, und andererseits die verminderte Sauerstoffversorgung des Gehirns während eines Anfalls. Schließlich sei ohne Freiheitsentziehende Unterbringung mit einer akuten Selbstschädigung des Betroffenen im Straßenverkehr zu rechnen sowie seine Verwahrlosung zu befürchten.

Der Umstand, dass der Betroffene in der Unterbringung – solange er nicht aus ihr entweiche – keinen Alkohol zu sich

nehmen könne, spreche nicht gegen ein Abhängigkeitssyndrom. Nach den Ausführungen des Sachverständigen sei die Unterbringung auf unabsehbare Zeit notwendig, sodass die vom Amtsgericht ausgesprochene Unterbringungsdauer nicht zu beanstanden sei. Der Betroffene könne seinen Willen auch nicht frei bestimmen, was sich sowohl aus den gutachterlichen Ausführungen als auch aus dem in der Anhörung gewonnenen Eindruck des Gerichts ergebe.

2. Das hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

a) Ohne Erfolg wendet sich die Rechtsbeschwerde allerdings dagegen, dass das Landgericht das Vorliegen der medizinischen Voraussetzungen einer zivilrechtlichen Unterbringung im Sinne des § 1906 Abs. 1 Nr. 1 BGB bejaht hat.

aa) Gemäß § 1906 Abs. 1 Nr. 1 BGB ist eine Unterbringung des Betreuten durch den Betreuer, die mit Freiheitsentziehung verbunden ist, nur zulässig, solange sie zum Wohl des Betreuten erforderlich ist, weil aufgrund einer psychischen Krankheit oder geistigen oder seelischen Behinderung des Betreuten die Gefahr besteht, dass er sich selbst tötet oder erheblichen gesundheitlichen Schaden zufügt.

Alkoholismus für sich gesehen ist keine psychische Krankheit bzw. geistige oder seelische Behinderung in diesem Sinn, sodass allein darauf die Genehmigung der Unterbringung nicht gestützt werden kann. Ebenso wenig vermag die bloße Rückfallgefahr eine Anordnung der zivilrechtlichen Unterbringung zu rechtfertigen. Etwas anderes gilt, wenn der Alkoholismus entweder im ursächlichen Zusammenhang mit einem geistigen Gebrechen steht, insbesondere einer psychischen Erkrankung, oder ein auf den Alkoholmissbrauch zurückzuführender Zustand eingetreten ist, der das Ausmaß eines geistigen Gebrechens erreicht hat (Senatsbeschlüsse vom 25. März 2015 – XII ZA 12/15 – FamRZ 2015, 1017 Rn. 7 mwN und vom 3. Februar 2016 – XII ZB 317/15 – FamRZ 2016, 807 Rn. 3).

bb) Diesen rechtlichen Vorgaben entsprechend hat das Landgericht die psychische Krankheit des Betroffenen nicht (allein) aus der vom Sachverständigen gestellten Diagnose eines Abhängigkeitssyndroms vom Alkoholtyp abgeleitet, sondern insoweit vor allem auf das daneben bestehende hirnorganische Psychosyndrom abgestellt. Es hat sich dabei auf das eingeholte Sachverständigen Gutachten gestützt, das – anders als die Rechts-

beschwerde meint – den Anforderungen des § 321 FamFG (vgl. dazu Senatsbeschluss vom 14. August 2013 – XII ZB 614/11 – FamRZ 2013, 1726 Rn. 15 mwN) genügt und die tatrichterlichen Feststellungen zum Vorliegen einer psychischen Krankheit im Sinne des § 1906 Abs. 1 Nr. 1 BGB trägt.

b) Keinen rechtlichen Bestand hat auf der Grundlage der bislang getroffenen Feststellungen hingegen die Annahme des Landgerichts, bei dem Betroffenen liege eine die zivilrechtliche Unterbringung rechtfertigende Selbstgefährdung im Sinne des § 1906 Abs. 1 Nr. 1 BGB vor.

aa) Die Grundrechte eines psychisch Kranken schließen einen staatlichen Eingriff nicht aus, der ausschließlich den Zweck verfolgt, ihn vor sich selbst in Schutz zu nehmen und ihn zu seinem eigenen Wohl in einer geschlossenen Anstalt unterzubringen. Die zivilrechtliche Unterbringung ist – wie das Betreuungsrecht insgesamt – ein Institut des Erwachsenenschutzes als Ausdruck der staatlichen Wohlfahrtspflege, deren Anlass und Grundlage das öffentliche Interesse an der Fürsorge für den schutzbedürftigen Einzelnen ist. Deshalb kann die geschlossene Unterbringung zur Vermeidung einer das Leben oder die Gesundheit des Betroffenen erheblich bedrohenden Selbstgefährdung auch dann genehmigt werden, wenn eine gezielte Therapiemöglichkeit nicht besteht und der Betroffene seinen Willen nicht frei bestimmen kann (Senatsbeschlüsse vom 25. März 2015 – XII ZA 12/15 – FamRZ 2015, 1017 Rn. 8 f. mwN und vom 3. Februar 2016 – XII ZB 317/15 – FamRZ 2016, 807 Rn. 3).

Die mithin nach § 1906 Abs. 1 Nr. 1 BGB mögliche zivilrechtliche Unterbringung durch einen Betreuer wegen Selbstgefährdung des Betroffenen verlangt keine akute, unmittelbar bevorstehende Gefahr. Notwendig, aber auch ausreichend ist eine ernstliche und konkrete Gefahr für Leib oder Leben des Betreuten. Der Grad der Gefahr ist in Relation zum möglichen Schaden ohne Vornahme der freiheitsentziehenden Maßnahme zu bemessen. Die Gefahr für Leib oder Leben erfordert kein zielgerichtetes Verhalten des Betroffenen, sodass etwa auch eine völlige Verwahrlosung ausreichen kann, wenn damit eine Gesundheitsgefahr durch körperliche Verwahrlosung und Unterversorgung verbunden ist. Das setzt allerdings objektivierbare und konkrete Anhaltspunkte für den Eintritt eines erheblichen Gesundheits-

schadens voraus. Die Prognose einer nicht anders abwendbaren Suizidgefahr oder einer Gefahr erheblicher gesundheitlicher Schäden ist im Wesentlichen Sache des Tatrichters (vgl. Senatsbeschlüsse vom 31. Mai 2017 – XII ZB 342/16 – FamRZ 2017, 1422 Rn. 12 f. mwN und vom 5. Dezember 2012 – XII ZB 665/11 – FamRZ 2013, 289 Rn. 15 mwN).

bb) Für die zivilrechtliche Unterbringungs-genehmigung zur Verhinderung der Selbstgefährdung eines bereits untergebrachten Betroffenen gelten insoweit bei einer (wie im vorliegenden Fall) schon mehrere Jahre andauernden Freiheitsentziehung keine anderen materiell-rechtlichen Anforderungen. Der Gefährdungsbegriff des § 1906 Abs. 1 Nr. 1 BGB bleibt unverändert, sodass die (weitere) Unterbringung eine – ohne die Freiheitsentziehung nach wie vor bestehende – ernstliche und konkrete Gefahr für Leib oder Leben des Betroffenen voraussetzt.

In verfahrensrechtlicher Hinsicht sieht § 329 Abs. 2 Satz 1 FamFG für die Verlängerung der Genehmigung oder Anordnung einer Unterbringungsmaßnahme vor, dass die Vorschriften für die erstmalige Anordnung oder Genehmigung entsprechend gelten. Nach § 329 Abs. 2 Satz 2 FamFG soll das Gericht allerdings bei einer Unterbringung mit einer Gesamtdauer von mehr als vier Jahren keinen Sachverständigen bestellen, der den Betroffenen bisher behandelt oder begutachtet hat oder in der Einrichtung tätig ist, in der der Betroffene untergebracht ist. Damit soll vermieden werden, dass eine Unterbringung über einen Zeitraum von vier Jahren hinaus aufrechterhalten wird, ohne dass ihr das Gutachten eines außenstehenden Sachverständigen zugrunde liegt (vgl. dazu etwa Senatsbeschluss vom 23. November 2016 – XII ZB 458/16 – FamRZ 2017, 227 Rn. 13 ff.).

cc) Darüber hinausgehende Besonderheiten können sich bei einer bereits mehrere Jahre währenden Unterbringung allerdings mit Blick auf die Feststellung der von § 1906 Abs. 1 Nr. 1 BGB vorausgesetzten Gefährdung von Leib oder Leben des Betroffenen und die hierfür gebotene Begründungstiefe der gerichtlichen Entscheidung sowie für die Frage der Verhältnismäßigkeit der Freiheitsentziehung ergeben.

(1) In die gemäß Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG unverletzliche Freiheit der Person darf nach Art. 2 Abs. 2 Satz 3 und Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG nur aufgrund eines förmlichen Gesetzes eingegriffen

werden. Inhalt und Reichweite eines freiheitsbeschränkenden Gesetzes sind von den Gerichten so auszulegen, dass sie eine der Bedeutung des Grundrechts angemessene Wirkung entfalten. Die freiheitssichernde Funktion des Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG setzt dabei zum einen Maßstäbe für die Aufklärung des Sachverhalts und damit für eine hinreichende tatsächliche Grundlage der richterlichen Entscheidungen. Es ist unverzichtbare Voraussetzung eines rechtsstaatlichen Verfahrens, dass Entscheidungen, die den Entzug der persönlichen Freiheit betreffen, auf zureichender richterlicher Sachaufklärung beruhen und eine in tatsächlicher Hinsicht genügende Grundlage haben, die der Bedeutung der Freiheitsgarantie entspricht (BVerfG FamRZ 2015, 1367 Rn. 16 f. mwN und FamRZ 1998, 895, 896).

Zum anderen ist die Freiheit der Person ein so hohes Rechtsgut, dass sie nur aus besonders gewichtigem Grund ange-tastet werden darf. Die Einschränkung dieser Freiheit ist daher stets der strengen Prüfung am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu unterziehen. Sie ist in der Regel nur zulässig, wenn sie der Schutz der Allgemeinheit oder der Rechtsgüter anderer verlangt. Indes kann sie sich auch durch den Schutz des Betroffenen rechtfertigen. Die Fürsorge der staatlichen Gemeinschaft schließt auch die Befugnis ein, den psychisch Kranken, der infolge seines Krankheitszustands und der damit verbundenen fehlenden Einsichtsfähigkeit die Schwere seiner Erkrankung und die sich daraus für ihn ergebenden Gefährdungssituationen nicht zu beurteilen vermag oder sich trotz einer solchen Erkenntnis infolge der Krankheit der Gefährdung nicht entziehen kann, zwangsweise in einer geschlossenen Einrichtung unterzubringen, wenn sich dies als unumgänglich erweist, um eine drohende gewichtige gesundheitliche Schädigung von ihm abzuwenden. Dabei drängt sich auf, dass dies nicht ausnahmslos gilt, weil schon im Hinblick auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz bei weniger gewichtigen Fällen eine derart einschneidende Maßnahme unterbleiben und somit auch dem psychisch Kranken in gewissen Grenzen die »Freiheit zur Krankheit« belassen werden muss (vgl. BVerfG FamRZ 2015, 1367 Rn. 18 mwN und FamRZ 1998, 895, 896).

Die sich aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG ergebende verfassungsrechtliche Pflicht, unter eng begrenzten Voraussetzungen Schutzmaßnahmen für bestimmte unter Betreuung stehende Menschen vorzuse-

hen, folgt aus deren spezifischer Hilfsbedürftigkeit. Wenn sie krankheitsbedingt nicht in der Lage sind, Gefährdungen zu erkennen oder nach einer solchen Erkenntnis zu handeln, sind sie insofern schutzlos und hilfsbedürftig, als sie Gefährdungen von Leib und Leben ausgeliefert sind, ohne selbst für ihren Schutz sorgen zu können. Die staatliche Gemeinschaft darf den hilflosen Menschen jedoch nicht einfach sich selbst überlassen (vgl. BVerfGE 142, 313 = FamRZ 2016, 1738 Rn. 73).

(2) Für die Unterbringung im strafrechtlichen Maßregelvollzug hat das Bundesverfassungsgericht wiederholt entschieden, dass die Voraussetzungen für die Verhältnismäßigkeit des Freiheitsentzugs umso strenger sind, je länger die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus andauert. Danach wirkt sich im Falle von lang dauernden Unterbringungen das zunehmende Gewicht des Freiheitsanspruchs bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung auch auf die an die Begründung einer Entscheidung zu stellenden Anforderungen aus. In diesen Fällen engt sich der Bewertungsrahmen des Richters ein und das Bundesverfassungsgericht prüft mit wachsender Intensität des Freiheitseingriffs auch mit einer zunehmenden Kontrolldichte. Dem lässt sich dadurch Rechnung tragen, dass der Richter seine Würdigung eingehender abfasst, sich also nicht etwa mit knappen, allgemeinen Wendungen begnügt, sondern seine Bewertung anhand der dargestellten einfachrechtlichen Kriterien substantiiert offenlegt. Erst dadurch ist es möglich, im Rahmen einer verfassungsrechtlichen Kontrolle nachzuvollziehen, ob die von dem Täter ausgehende Gefahr seinen Freiheitsanspruch gleichsam aufzuwiegen vermag (vgl. etwa BVerfG R&P 2017, 32, 34 mwN und R&P 2016, 242, 244 mwN).

Bei der zivilrechtlichen Unterbringung als Maßnahme des Erwachsenenschutzes geht es demgegenüber zwar nicht um die Abwägung zwischen verfassungsrechtlich geschützten Rechtspositionen des Unterbrachten und dem Sicherheitsinteresse der Allgemeinheit, sondern um die Frage, ob der (weitere) Eingriff in das Freiheitsgrundrecht des Betroffenen durch den von Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG verfassungsrechtlich geforderten Schutz seines Lebens und seiner körperlichen Unversehrtheit geboten ist. Auch in diesem Zusammenhang gewinnt jedoch der Anspruch auf persönliche Freiheit mit Fortdauer der Unterbringung an Gewicht, weil die Intensität des Grundrechtseingriffs zu-

nimmt. Die Dauer der zivilrechtlichen Unterbringung beeinflusst mithin ebenfalls die Anforderungen an die Begründung der gerichtlichen Entscheidung (vgl. BayObLG BtPrax 2005, 68).

(3) Für die im Rahmen des § 1906 Abs. 1 Nr. 1 BGB zu treffende Prognose, welcher Gefährdung von Leib oder Leben der Betroffene ohne eine freiheitsentziehende Unterbringung ausgesetzt wäre, muss die bereits verstrichene Unterbringungszeit berücksichtigt und geprüft werden, ob angesichts des Zeitablaufs die Selbstgefährdung in der für eine Unterbringung erforderlichen Intensität fortbesteht. Denn die die Gefährdungsprognose ursprünglich tragenden tatsächlichen Umstände werden mit wachsendem zeitlichen Abstand nicht selten an Gewicht verlieren, während die Entwicklung des Betroffenen in der Unterbringung Anhaltspunkte für eine geringere Wahrscheinlichkeit des Eintritts erheblicher Gesundheitsschäden oder gar einer Lebensgefahr außerhalb der Unterbringung liefern kann. Dies kann letztlich dazu führen, dass allein wegen des Zeitraums, in dem der Betroffene untergebracht war, eine hinreichend sichere Gefährdungsprognose nicht mehr möglich und daher die Beendigung der Unterbringung geboten ist.

Zugleich wird sich im Rahmen der Verhältnismäßigkeit bei der Prüfung des Vorliegens milderer Mittel in Fällen einer lang andauernden Unterbringung die Frage aufdrängen, inwieweit es inzwischen vertretbar und praktisch durchführbar ist, dass der Betroffene – etwa in einer betreuten, aber offenen Wohnform mit entsprechend engmaschiger Begleitung – wieder ein Leben außerhalb der Unterbringung führt (vgl. BayObLG BtPrax 2005, 68; DODEGGE/ROTH *Betreuungsrecht* 4. Aufl. S. 543 f.). Dabei ist zu bedenken, dass die dauerhafte Unterbringung eines psychisch Kranken – wie des Betroffenen des hiesigen Verfahrens – ohne die Perspektive auf Wiedererlangung der Freiheit auch unter dem Blickwinkel des Erwachsenenschutzes jedenfalls bei Krankheitsbildern wie dem des Betroffenen nur im Ausnahmefall gerechtfertigt sein wird (vgl. jurisPK-BGB/JASCHINSKI [Stand: 22. November 2017] § 1906 Rn. 83 ff.).

Die tatrichterliche Entscheidung muss im Einzelnen offenlegen, dass der erkennende Richter diese Einflussmöglichkeiten der bereits verstrichenen Unterbringungsdauer auf die Frage des Fortbestehens der Unterbringungsbedingungen erkannt und wie er sie in deren Prüfung hat einfließen lassen.

dd) Diesen rechtlichen Anforderungen wird die angefochtene Entscheidung nicht gerecht.

(1) Zu der Frage, inwiefern die zum Zeitpunkt der landgerichtlichen Beschlussfassung fast achteinhalb Jahre währende Unterbringung die für den im Jahre 1965 geborenen Betroffenen zu treffende Gefährdungsprognose und die Verhältnismäßigkeit seiner weiteren Unterbringung beeinflusst, finden sich in dem angegriffenen Beschluss keine Ausführungen. Im Gegenteil zieht das Landgericht zur Begründung der aus einem neuerlichen Alkoholkonsum folgenden Gefahren ohne Weiteres das zu zahlreichen kurzfristigen Unterbringungen in den Jahren 1993 bis 2008 führende – im Übrigen nicht näher beschriebene – und damit lange Zeit zurückliegende Verhalten des Betroffenen heran. Die Gefahr einer Verwahrlosung wird mit einem Aktenvermerk aus dem März 2004 begründet. Erwägungen dazu, wie sich die lange andauernde Unterbringung auf die von dem inzwischen auch deutlich lebensälteren Betroffenen zu erwartenden Verhaltensweisen auswirkt, hat das Landgericht nicht angestellt.

(2) Davon unabhängig sind die vom Landgericht angeführten Umstände jedenfalls auf der Grundlage der hierzu getroffenen Feststellungen nicht geeignet, die weitere Unterbringung des Betroffenen nach § 1906 Abs. 1 Nr. 1 BGB zu rechtfertigen.

Zu den vom Landgericht erörterten möglichen Alkoholrückfällen fehlt es neben einer konkreten Darlegung, wie wahrscheinlich diese sind, auch an Ausführungen zu der zu befürchtenden Intensität und zu den konkret zu erwartenden, damit verbundenen gesundheitlichen Folgen für den Betroffenen. Inwiefern eine »weitere Gehirnschädigung« zu befürchten sein soll, ist nicht erläutert. Soweit das Landgericht auf die – derzeit erscheinungsfreie – Epilepsie und die damit einhergehende Gefahr von Krampfanfällen verweist, bleibt unklar, wie hoch das hierfür bestehende Risiko nach der inzwischen verstrichenen Zeit einzuschätzen ist. Für die in den Gründen der Beschwerdeentscheidung insoweit ebenfalls angesprochene depressive Disposition des Betroffenen fehlt es an jeglichen Ausführungen zu damit einhergehenden Gefährdungen.

Die weiter angeführte Gefahr einer Verwahrlosung ist als solche nicht geeignet, eine Selbstgefährdung im Sinne des § 1906 Abs. 1 Nr. 1 BGB zu begründen, weil schon nicht aufgezeigt ist, inwieweit

mit ihr die konkrete Gefahr eines erheblichen gesundheitlichen Schadens verbunden sein soll. Dies ergibt sich auch nicht aus den vom Landgericht in Bezug genommenen Aktenbestandteilen.

Soweit das Landgericht schließlich auf Gefahren durch den »Straßenverkehr« abstellt, bleibt unklar, inwiefern solche krankheitsbedingt spezifisch dem Betroffenen drohen sollen. Zur Begründung wird einzig ein Vorfall aus dem Juni 2016 angeführt, als der Betroffene aus der geschlossenen Einrichtung entwichen war und in der Gleisanlage eines Bahnhofs »offensichtlich hilflos angetroffen wurde«. Wie sich diese Hilflosigkeit geäußert hat, ist ebenso wenig dargelegt oder aus den in Bezug genommenen Aktenbestandteilen erkennbar wie es konkrete Umstände dieses Vorfalls sind, etwa der Grad einer eventuellen Alkoholisierung oder auch die Beschreibung einer konkreten Gefahr für Leib und Leben des Betroffenen.

(3) Es ist zudem nicht ersichtlich, dass das Landgericht geprüft hat, ob den für den Betroffenen bestehenden Gefährdungen nicht jedenfalls inzwischen etwa in einer offenen Wohnform bei ggf. engmaschiger Betreuung und Überwachung in vertretbarer Weise begegnet werden kann.

c) Im Übrigen enthält der angefochtene Beschluss keine tragfähige Begründung für das Abweichen von der gemäß § 329 Abs. 1 Satz 1 FamFG regelmäßig ein Jahr betragenden Höchstfrist.

Nach dieser Vorschrift endet die Unterbringung spätestens mit Ablauf eines Jahres, bei offensichtlich langer Unterbringungsbedürftigkeit spätestens mit Ablauf von zwei Jahren, wenn sie nicht vorher verlängert wird. Die Befristung auf längstens ein Jahr stellt damit eine gesetzliche Begrenzung für die Dauer der Unterbringung dar, die nur unter besonderen Voraussetzungen überschritten werden darf. Wird über die regelmäßige Höchstfrist der geschlossenen Unterbringung von einem Jahr hinaus eine Unterbringung von bis zu zwei Jahren genehmigt oder angeordnet, ist diese Abweichung vom Regelfall im Hinblick auf den hohen Rang des Rechts auf Freiheit der Person ausreichend zu begründen. Solche Gründe können sich etwa aus konkreten Feststellungen über die Dauer einer notwendigen Therapie oder aus fehlenden Heilungs- und Besserungsaussichten bei anhaltender Eigengefährdung ergeben. Dabei erfordert das im Gesetz genannte Merkmal der »Offensichtlichkeit«, dass die Gründe für eine über ein Jahr hinaus währende Un-

terbringungsbedürftigkeit für das sachverständig beratene Gericht deutlich und erkennbar hervortreten (Senatsbeschlüsse vom 22. März 2017 – XII ZB 358/16 – FamRZ 2017, 996 Rn. 24 und vom 6. April 2016 – XII ZB 575/15 – FamRZ 2016, 1063 Rn. 14 mwN).

Das Landgericht hat insoweit lediglich darauf verwiesen, die Unterbringung des Betroffenen sei nach den Ausführungen des Sachverständigen »auf unabsehbare Zeit notwendig«. Inwieweit dies eine Offensichtlichkeit im vorgenannten Sinne begründen soll, erschließt sich nicht.

3. Die angegriffene Entscheidung ist daher nach § 74 Abs. 5 FamFG aufzuheben. Die Sache ist gemäß § 74 Abs. 6 Satz 2 FamFG an das Landgericht zurückzuverweisen, das nun die erforderlichen Feststellungen zu treffen haben wird.

Begutachtung in Wohnung des Betroffenen

Art. 13 GG; §§ 283, 317, 322 FamFG

Leitsätze (der Redaktion):

1. Der im Unterbringungsverfahren bestellte Verfahrenspfleger kann die Rechte des Betroffenen im Verfassungsbeschwerdeverfahren geltend machen.

2. Das Unterbringungsverfahren enthält keine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage für die Untersuchung des Betroffenen in der eigenen Wohnung gegen seinen Willen.

BVerfG

Beschluss vom 16.03.2018 – 2 BvR 253/18

Gründe:

Mit der Verfassungsbeschwerde wendet sich die im fachgerichtlichen Verfahren bestellte Verfahrenspflegerin gegen die betreuungsgerichtliche Anordnung, die Betroffene – wenn nötig unter Gewaltanwendung – zur Vorbereitung der Erstellung eines Sachverständigengutachtens zur Unterbringungsbedürftigkeit in ihrem Wohnhaus untersuchen zu lassen.

I. 1. Die Beschwerdeführerin ist die gerichtlich bestellte Verfahrenspflegerin der unter Betreuung stehenden Betroffenen.

2. Mit angegriffenem Beschluss vom 8. Februar 2018 ordnete das Amtsgericht

Soltau im Betreuungsverfahren an, dass nach persönlicher Untersuchung oder Befragung der Betroffenen ein Sachverständigengutachten zu Fragen der Unterbringungsbedürftigkeit zu erstellen sei und bestellte für die Erstattung des Gutachtens eine Sachverständige. Als Termin für die Untersuchung der Betroffenen zur Vorbereitung der Gutachtenerstellung wurde der 21. Februar 2018, 09:30 Uhr, bestimmt. Weiter ordnete das Gericht an, dass die Untersuchung im Haus der Betroffenen stattfinden solle und die Betroffene gegebenenfalls durch die zuständige Betreuungsstelle dorthin vorzuführen sei, um die Untersuchung zu ermöglichen. Bei Widerstand der Betroffenen werde die Betreuungsbehörde ermächtigt, die Wohnung der Betroffenen ohne deren Einwilligung zu betreten und sich gewaltsamen Zugang zu verschaffen.

II. Auf den mit der Verfassungsbeschwerde verbundenen Antrag der Beschwerdeführerin auf Erlass einer einstweiligen Anordnung hat die 2. Kammer des Zweiten Senats mit Beschluss vom 15. Februar 2018 den angegriffenen Beschluss bis zur Entscheidung über die Hauptsache einstweilen ausgesetzt.

III. 1. Mit ihrer Verfassungsbeschwerde rügt die Beschwerdeführerin, die das Verfahren als Verfahrenspflegerin der Betroffenen in eigenem Namen führt, eine Verletzung des Grundrechts der Betroffenen aus Art. 13 Abs. 1 GG. Die Anordnung verstoße gegen die Unverletzlichkeit der Wohnung. Eine Untersuchung der Betroffenen bei ihr zu Hause sei nicht angezeigt. Eine erhebliche Gefahr, die ein gewaltsames Betreten der Wohnung rechtfertige, bestehe nicht.

2. Dem Justizministerium des Landes Niedersachsen ist Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden. Das Ministerium hat mitgeteilt, von einer Stellungnahme abzusehen.

3. Die Akten des Ausgangsverfahrens haben dem Bundesverfassungsgericht vorgelegen.

IV. Die Kammer nimmt die Verfassungsbeschwerde zur Entscheidung an und gibt ihr statt. Dies ist zur Durchsetzung des Grundrechts der Betroffenen aus Art. 13 Abs. 1 GG angezeigt (vgl. § 93 a Abs. 2 Buchstabe b BVerfGG). Die für die Beurteilung der Verfassungsbeschwerde maßgeblichen verfassungsrechtlichen Fragen sind durch das Bundesverfassungsgericht bereits entschieden worden. Demnach ist die zulässige Verfassungsbeschwerde offensichtlich begründet (vgl. § 93 c Abs. 1 Satz 1 BVerfGG).

1. Die Verfassungsbeschwerde ist zulässig.

a) Die Beschwerdeführerin ist bereits aufgrund ihrer einfachrechtlichen Bestellung als Verfahrenspflegerin befugt, Verfassungsbeschwerde einzulegen und mit dieser – ausnahmsweise – Rechte der Betroffenen in eigenem Namen wahrzunehmen.

aa) Zwar sind mit der Verfassungsbeschwerde grundsätzlich eigene Rechte in eigenem Namen geltend zu machen (vgl. BVerfGE 2, 292 <294>; 10, 134 <136>; 56, 296 <297>). Es ist jedoch anerkannt, dass in Ausnahmefällen auch im Verfassungsbeschwerdeverfahren die Verletzung fremder Rechte in eigenem Namen gerügt werden kann (vgl. BVerfGE 10, 229 <230>; 21, 139 <143>; 27, 326 <333>; 51, 405 <409>; 65, 182 <190>). Dies gilt insbesondere, wenn ansonsten die Gefahr bestünde, dass gerichtliche Entscheidungen überhaupt nicht mit der Verfassungsbeschwerde angegriffen werden könnten (vgl. BVerfGE 77, 263 <269>).

bb) Eine solche Gefahr besteht aufgrund der psychischen Erkrankung der Betroffenen auch im vorliegenden Fall. Die einfachrechtlichen Vorschriften über die Verfahrenspflegschaft sind daher dahingehend auszulegen, dass sie das Recht der Beschwerdeführerin umfassen, die Rechte der Betroffenen im Verfassungsbeschwerdeverfahren geltend zu machen (vgl. dazu BVerfGK 20, 304 <305 ff.>; BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 3. Februar 2017 – 1 BvR 2569/16 –, juris, Rn. 35).

(1) Im Unterbringungsverfahren wird dem Betroffenen gemäß § 317 FamFG ein Verfahrenspfleger bestellt, wenn dies zur Wahrnehmung seiner Interessen erforderlich ist. Der Verfahrenspfleger hat die Pflicht, die verfahrensmäßigen Rechte des Betroffenen, insbesondere dessen Anspruch auf rechtliches Gehör, zu wahren, hierfür den tatsächlichen oder mutmaßlichen Willen des Betroffenen zu erkunden und in dessen Interesse einzubringen (BVerfGK 20, 304 <305>; siehe auch MEIER, in: JURGELEIT, Betreuungsrecht, 3. Aufl. 2013, § 317 FamFG Rn. 2 ff.; BUDDE, in: KEIDEL, FamFG, 19. Aufl. 2017, § 317 Rn. 1). Anders als der Betreuer ist der Verfahrenspfleger nicht der Vertreter des Betroffenen; er handelt vielmehr als eigenständiger Verfahrensbeteiligter stets in eigenem Namen (vgl. BVerfGK 20, 304 <306>; BUDDE, in: KEIDEL, FamFG, 19. Aufl. 2017, § 276 Rn. 26). Als solcher kann er allerdings die gleichen Rechte geltend

machen, die auch dem Betroffenen zustehen. So ist er insbesondere auch befugt, eigenständig Rechtsmittel einzulegen (vgl. BUDDE, in: KEIDEL, FamFG, 19. Aufl. 2017, § 276 Rn. 23, 27; GÜNTER, in: HAHNE/SCHLÖGEL/SCHLÜNDER, Beck'scher Online Kommentar FamFG, 25. Edition, § 276 Rn. 5 <Januar 2018>). Beendet ist die Verfahrenspflegschaft nach dem Wortlaut des § 317 Abs. 5 FamFG, »sofern sie nicht vorher aufgehoben wird, mit der Rechtskraft der Endentscheidung oder mit dem sonstigen Abschluss des Verfahrens«.

(2) Jedenfalls in Fällen, in denen im Unterbringungsverfahren unmittelbar bevorstehende Zwangsmaßnahmen Verfahrensgegenstand sind, sind die Vorschriften über die Verfahrenspflegschaft dahingehend auszulegen, dass sie auch das Recht zur Erhebung der Verfassungsbeschwerde einschließen, also dem für das einfachrechtliche Verfahren bestellten Verfahrenspfleger die Befugnis einräumen, im Interesse des Betroffenen über die einfachrechtlichen Rechtsmittel hinaus Verfassungsbeschwerde zu erheben (vgl. BVerfGK 20, 304 <306> zur Beschwerdebefugnis des Verfahrenspflegers in betreuungsrechtlichen Verfahren). Andernfalls bestünde in derartigen Konstellationen entgegen dem Grundgedanken des Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG die Gefahr, dass Grundrechte des Betroffenen von vornherein nicht zeitgerecht und wirkungsvoll im Wege einer Verfassungsbeschwerde geltend gemacht werden könnten, weil der Betroffene selbst aufgrund seiner Erkrankung hierzu nicht in der Lage ist (vgl. BVerfGK 20, 304 <306>).

b) Der Rechtsweg ist erschöpft. Die gerichtliche Anordnung, die Betroffene – wenn nötig – gegen ihren Willen in ihrer Wohnung durch die Sachverständige untersuchen zu lassen, ist eine nicht instanzabschließende Zwischenentscheidung und als solche gemäß § 58 Abs. 1 FamFG nicht selbstständig anfechtbar (vgl. BUDDE, in: KEIDEL, FamFG, 19. Aufl. 2017, § 283 Rn. 7).

2. Der angegriffene Beschluss des Amtsgerichts vom 8. Februar 2018 verletzt die Betroffene in ihrem Grundrecht aus Art. 13 Abs. 1 GG.

a) Die von den Fachgerichten getroffenen tatsächlichen Feststellungen und die von ihnen im Einzelnen vorgenommene Abwägung hat das Bundesverfassungsgericht nicht nachzuprüfen (BVerfGK 16, 142 <145>). Ebenso ist es grundsätzlich den Fachgerichten überlassen, welchen verfahrensrechtlichen Weg sie wählen, um

zu den für ihre Entscheidung notwendigen Erkenntnissen zu gelangen (vgl. BVerfGE 79, 51 <62>). Der verfassungsgerichtlichen Prüfung unterliegt jedoch, ob fachgerichtliche Entscheidungen auf einer grundsätzlich unrichtigen Anschauung von der Bedeutung und Tragweite eines Grundrechts beruhen (vgl. BVerfGE 18, 85 <92 f.>).

b) Die Unverletzlichkeit der Wohnung hat einen engen Bezug zur Menschenwürde und steht zugleich im nahen Zusammenhang mit dem verfassungsrechtlichen Gebot unbedingter Achtung einer Sphäre des Bürgers für eine ausschließlich private – eine »höchstpersönliche« – Entfaltung. Dem Einzelnen soll das Recht, in Ruhe gelassen zu werden, gerade in seinen Wohnräumen gesichert sein (vgl. BVerfGE 75, 318 <328>; 109, 279 <313>; siehe auch BVerfGE 51, 97 <110>). Art. 13 Abs. 1 GG schützt die räumliche Privatsphäre insbesondere in Gestalt eines Abwehrrechts (vgl. BVerfGE 7, 230 <238>; 65, 1 <40>). Die Norm enthält das an Träger der öffentlichen Gewalt gerichtete grundsätzliche Verbot, gegen den Willen des Wohnungsinhabers in die Wohnung einzudringen und darin zu verweilen (vgl. BVerfGE 76, 83 <89 f.>). Schon im Zeitpunkt der Schaffung des Grundgesetzes diente das Grundrecht des Art. 13 Abs. 1 GG dem Schutz des Wohnungsinhabers vor unerwünschter physischer Anwesenheit eines Vertreters der Staatsgewalt (vgl. BVerfGE 109, 279 <309>).

Der Begriff der Wohnung im Sinne des Art. 13 GG ist dabei weit zu verstehen (vgl. BVerfGE 32, 54 <68 ff.>). Das Grundrecht normiert für die öffentliche Gewalt ein grundsätzliches Verbot des Eindringens in die Wohnung oder des Verweilens darin gegen den Willen des Wohnungsinhabers (vgl. BVerfGE 65, 1 <40>). Mit der durch Art. 13 Abs. 1 GG garantierten Unverletzlichkeit der Wohnung wird dem Einzelnen zur freien Entfaltung der Persönlichkeit ein elementarer Lebensraum gewährleistet. In seinen Wohnräumen hat er das Recht, in Ruhe gelassen zu werden (BVerfGK 16, 142 <145>).

Die Unverletzlichkeit der Wohnung wird in Art. 13 Abs. 7 GG weiter dadurch gesichert, dass »Eingriffe und Beschränkungen«, die nicht »Durchsuchungen« sind, nur unter ganz bestimmten, genau umschriebenen Voraussetzungen vorgenommen werden dürfen. Bei Wohnräumen im engeren Sinn entspricht diese strenge Begrenzung der zulässigen Eingriffe dem grundsätzlichen Gebot unbe-

dingter Achtung der Privatsphäre des Bürgers (vgl. BVerfGE 32, 54 <73>).

c) Unter Berücksichtigung der vorgenannten Maßstäbe hält der angegriffene Beschluss des Amtsgerichts einer verfassungsrechtlichen Prüfung nicht stand. Art. 13 Abs. 7 GG fordert für Eingriffe und Beschränkungen, die nicht von Art. 13 Abs. 2 bis 5 GG erfasst sind, eine spezielle gesetzliche Ermächtigungsgrundlage, es sei denn, sie dienen der Abwehr einer gemeinen Gefahr oder einer Lebensgefahr für einzelne Personen, welche vorliegend nicht ersichtlich ist und von der auch das Amtsgericht in dem angegriffenen Beschluss nicht ausgegangen ist.

Eine Ermächtigungsgrundlage für die Begutachtung der Betroffenen in ihrer Wohnung gegen ihren Willen kann insbesondere nicht in § 322 FamFG in Verbindung mit § 283 FamFG gesehen werden: Wirkt der Betroffene an einer Begutachtung nicht mit, so kann das Gericht gemäß § 283 Abs. 1 und 3 FamFG zwar seine Vorführung anordnen und gegebenenfalls die Befugnis aussprechen, die Wohnung des Betroffenen zu betreten. Letztere Maßnahme dient jedoch allein dem Ziel, die Person des Betroffenen aufzufinden, um ihn der Untersuchung zuzuführen (vgl. BGH, Beschluss vom 17. Oktober 2012 – XII ZB 181/12 –, juris, Rn. 18 m. w. N.; KRETZ, in: JÜRGENS, *Betreuungsrecht*, 5. Aufl. 2014, § 283 FamFG Rn. 4; ebenso BT-Drucks 16/6308, S. 420). Die Vorschrift bietet weder eine Rechtsgrundlage dafür, den Betroffenen gegen seinen Willen in seiner Wohnung anzuhören, noch ihn dort durch den Sachverständigen untersuchen zu lassen (vgl. BGH, a. a. O.).

3. Im Hinblick auf die Erledigung des Beschlusses durch Zeitablauf bleibt für die Aufhebung der amtsgerichtlichen Anordnung kein Raum. Die Entscheidung beschränkt sich deshalb auf die Feststellung einer Verletzung des Grundgesetzes (vgl. BVerfGE 42, 212 <222>).

Verwertbarkeit der Ergebnisse von Polygraphentests zugunsten des Beschuldigten

§§ 136 a, 244, 261 StPO

Leitsätze (der Redaktion):

Der Einsatz eines Polygraphen verstößt weder gegen Verfassungsgrundsätze – sofern der Beschuldigte sich freiwillig einer

polygraphischen Untersuchung unterzieht – noch handelt es sich bei dem Testverfahren um eine nach § 136 a Abs. 1 StPO verbotene Vernehmungsmethode.

Sofern demnach die nachstehenden, kumulativ vorliegenden Voraussetzungen erfüllt sind, ist der zugunsten des Angeklagten erhobene Befund als Indiztatsache verwertbar, nämlich:

a) die physiopsychologische Untersuchung muss freiwillig erfolgen,

b) sie muss in einem geordneten gerichtlichen oder staatsanwaltschaftlichen (Ermittlungs-)Verfahren nach erklärter Freiwilligkeit angeordnet worden sein,

c) die Begutachtung muss durch einen hierfür zertifizierten Sachverständigen unter Laborbedingungen mittels mindestens vier gemessenen Parametern (relative Blutdruckschwankungen, Atmung, elektrischer Hautwiderstand, vasomotorische Aktivität) erfolgen,

d) das Polygraphentestverfahren muss die Tatfrage an sich betreffen, und

e) das physiopsychologische Befundergebnis darf lediglich zur Entlastung des Angeklagten allein oder neben anderen (Indizien-)Tatsachen verwertet werden.

AG Bautzen
Urteil vom 26.10.2017 –
42 Ds 610 Js 411/15 jug

Tenor:

Der Angeklagte wird freigesprochen. Die Kosten des Verfahrens und die notwendigen Auslagen des Angeklagten werden der Staatskasse auferlegt.

Gründe:

I. Dem 44-jährigen, nicht vorbestraften Angeklagten, war mit zugelassener Anklage der Staatsanwaltschaft Görlitz folgender Sachverhalt zur Last gelegt worden:

Am 14.11.2013 zwischen 20.15 Uhr und 22.10 Uhr berührte der Angeklagte die damals 9-jährige Sophie L. in ihrem Zimmer in der Wohnung ... mit seinen Fingern an der unbedeckten Vagina. Weiterhin versuchte er, Sophie Ls. Hand zu seinem erigierten Penis zu führen, was aber nicht gelang, da Sophie L. ihre Hand vorzeitig zurückzog, da ihr dies unangenehm war.

Der Angeklagte war daher des sexuellen Missbrauchs von Kindern gemäß § 176 Abs. 1 StGB angeklagt.

II. Die Hauptverhandlung hat folgende Feststellungen ergeben:

Am 14.11.2013 befand sich der Angeklagte bei der Familie seines Bruders in ..., der dort mit seiner Partnerin und deren Tochter aus einer anderen Beziehung lebt. An diesem Tag befanden sich der Angeklagte und die zum damaligen Zeitpunkt neunjährige Stieftochter des Bruders des Angeklagten Sophie L. im Schlafzimmer, in welchem sich auch ein Fernseher befand und schauten zusammen einen Spielfilm. Dabei lag Sophie zeitweilig auf dem rechten Oberarm des Angeklagten. Zu sexuellen Handlungen des Angeklagten an und vor dem Kind kam es zu keinem Zeitpunkt.

III. 1. Erhobene Beweise

Der Angeklagte hat die ihm zur Last gelegte Tat bestritten und sich zur Sache eingelassen.

Er sei in dieser Zeit tatsächlich in der Schweiz gewesen und habe mit der Stieftochter seines Bruders, der Sophie, die zu ihm ein besonderes Vertrauensverhältnis gehabt habe, im elterlichen Schlafzimmer einen Spielfilm angeschaut. Die Eltern der Sophie seien zu diesem Zeitpunkt im Wohnzimmer gewesen, in dem auch ein Fernseher steht. Er sei bei Sophie immer im Mittelpunkt gestanden und habe einen besonderen Draht zu ihr gehabt und sie auch zu ihm.

Ein besonderes Verhältnis habe er auch immer zu seinem Bruder gehabt, überhaupt zur Familie seines Bruders. Dieses Verhältnis sei gut gewesen bis in den Zeitraum März/April des Jahres 2014. Zu diesem Zeitpunkt habe sein Bruder erfahren, dass er, der Angeklagte, ein erotisches Chatverhältnis via SMS mit der Partnerin seines Bruders, der Mutter von Sophie, unterhalten habe. Etwa seit September 2013 habe der Angeklagte mit Nicole L. erotisch-sexualisierte SMS, auch Bilder, ausgetauscht. Dies erachte der Angeklagte heute als Fehler. Als dieses Verhältnis im April 2014 durch seinen Bruder aufgedeckt worden war, seien in der Folge die nunmehrigen Anschuldigungen aufgetaucht. Der Angeklagte schließe nicht aus, dass Sophie von diesem Verhältnis etwas mitbekommen habe, zumal Sophie auch Zugriff auf das Handy ihrer Mutter gehabt habe. Seither habe der Angeklagte keinerlei Kontakt mehr zu Sophie oder zu deren Familie.

Die Zeugin Sophie L., nunmehr 13 Jahre alt, war unter Ausschluss der Öffentlichkeit gehört worden. Sie hat ausgesagt, dass sie und der Angeklagte im Schlafzimmer gewesen seien, einen Film angeschaut hätten. Der Angeklagte habe

dann seine Hand genommen und sie auf seine Hose unten gelegt. Ihre Mutti sei ab und zu ins Zimmer gekommen und habe reingeschaut. Der Angeklagte habe sie »unten« angefasst, ihre Hand sei an seinem Penis gewesen, ob dieser hart gewesen sei, wisse sie heute nicht mehr. Erzählt habe sie dies ein halbes Jahr später ihrer Mutter, sonst niemanden. Auf die Frage, was der Anlass gerade zu diesem Zeitpunkt gewesen sei, hat die Zeugin erklärt, dass es einfach so rausgekommen sei. Sie habe irgendeine Angst gehabt. Sie habe sich allerdings selbst manchmal gefragt, ob sie es nur geträumt habe. Auf einen Vorhalt ihrer früheren polizeilichen Vernehmung in der Schweiz dahingehend, dass sie geäußert haben soll, ihre Mutti käme ins Gefängnis, wenn sie lüge, hat die Zeugin nun erklärt, ihre Mutti habe gesagt, wenn ich lüge, käme sie ins Gefängnis. Die Zeugin hat auf wiederholtes Nachfragen, ob es ein Traum gewesen sei, erklärt, »vielleicht«. Was sie angehabt habe, wisse sie nicht mehr. Auf die Frage, ob es stimme, was sie in der polizeilichen Vernehmung in der Schweiz gesagt habe, dass der Penis hart gewesen sei, erklärt die Zeugin, dass sie das heute nicht mehr sagen könne.

Die Zeugin Nicole L., Mutter von Sophie, hat bekundet, dass im Februar 2014 Sophie ihr diese Sache erzählt habe. Sie habe gesagt, der Angeklagte habe bei ihr an der Mumu gerieben, so kreisförmige Bewegungen. Er habe zu ihr gesagt, sie solle reingreifen. Auf mehrere Nachfragen erklärt die Zeugin, dass sie mit dem Angeklagten, der den Kontakt zu ihr gesucht habe, zwar keinen körperlichen Kontakt gehabt habe, aber man sich SMS geschrieben habe und auch Telefonsex gehabt habe. Der Angeklagte habe auch Nacktfotos von sich geschickt. Der SMS-Sex sei auch »schmutzig« gewesen, man habe Spaß daran gehabt. Der SMS-Kontakt mit dem Angeklagten habe auch ihr gefallen; sie habe das Gefühl gehabt, der Angeklagte höre ihr zu. Dieses Gefühl habe sie bei ihrem Partner, dem Bruder des Angeklagten, nicht stets gehabt. Dieser habe auch Alkohol getrunken. Später habe sie ein schlechtes Gewissen gehabt und sie habe dies im Frühjahr 2014 ihrem Partner, dem Bruder des Angeklagten gestanden, der auf ihre Erzählungen allerdings recht verhalten reagiert habe. In der Folge habe sie den Kontakt mit dem Angeklagten umgehend eingestellt und auch keine SMS mehr geschrieben. Auf Vorhalt eines Fotos, das den Angeklagten mit Sophie ca. sechs Wochen nach der behaupteten Tat am 29.12.2013

in entspannt freundschaftlicher Atmosphäre zeigt, konnte die Zeugin sich nicht weiter äußern.

Auf Vorhalt des Gerichts, wie ein neunjähriges Kind zu der Äußerung gelange, dass die Mutter ins Gefängnis muss, wenn sie, die Neunjährige lüge, erklärte Nicole L., dass sie zu ihrer Tochter gesagt habe, dass sie sicher sein müsse und nicht doch geträumt habe, wenn es nicht so gewesen sei, müsse sie schließlich ins Gefängnis; das habe sie ihrer Tochter gesagt.

Sie selbst habe die Anzeige bei der Polizei nicht erstattet, sondern ihr Partner, Andre M., der Bruder des Angeklagten. Allerdings habe sie ihren Partner wegen häuslicher Gewalt angezeigt. Andre M. habe sie geschlagen, weswegen sie behördliche Hilfe in Anspruch genommen habe. Dies sei im August 2014 gewesen. Dann sei die Anzeige gegen den Angeklagten durch seinen Bruder, Andre M., erfolgt. Die Kenntnis über diese Anzeige habe sie selbst von ihrem Partner, mit dem sie bis heute zusammenlebe, erhalten.

Sophie sei in der Schule im Alter von neun Jahren aufgeklärt worden. Damals sei auch auf die Gefahren sexuellen Missbrauchs hingewiesen worden.

Die Zeugin Irene M., Mutter des Angeklagten und des Stiefvaters von Sophie, war gehört worden. Das Verhältnis zu ihren Söhnen sei immer gut gewesen, bis ihr Sohn Andre Nicole L. kennengelernt habe. Im April 2014 habe sie einen Anruf aus der Schweiz bekommen, Nicole L. sei am Telefon gewesen und habe gesagt, ihr Sohn Andre wolle mit seinem Vater, dem Ehemann der Zeugin, sprechen. Dort seien dann die gegenständlichen Vorwürfe des sexuellen Missbrauchs bekanntgegeben worden. In der Folge habe sie und ihr Mann mit Jens gesprochen. Die Zeugin hat erklärt, sie und ihr Mann hätten dem Jens geglaubt. Er habe auch eingeräumt, einen SMS-Kontakt mit Nicole L. gehabt zu haben, allerdings ohne jeglichen körperlichen Kontakt. Später habe die Zeugin nochmals Kontakt mit Nicole L. gesucht, die allerdings erklärt habe, sie wolle nichts mehr mit ihr zu tun haben. Auch die Sophie wolle sie nicht mehr sehen. Im Mai/Juni 2014 sei dann der Kontakt total abgebrochen.

Die Zeugin hat des Weiteren erklärt, dass sie und ihr Mann zur Sophie ein gutes großmütterliches und -väterliches Verhältnis gehabt haben. Allerdings sei ihr aufgefallen, dass Sophie auch schon einmal unvermittelt ihr an die Brüste gefasst habe oder ihrem Mann einfach mal zwischen die Beine. Auch habe sie den Ein-

druck von Sophie, dass sie auch gut schauspielern könne. Erschrocken sei die Zeugin gewesen, als anlässlich eines Besuches der Sophie und ihrer Familie im Juni 2013 in Bautzen sie ihre Stiefenkelin dabei erwischt habe, wie sie gerade – im Alter von neun Jahren – sich selbst befriedigte. Hierauf habe sie Nicole angesprochen, die daraufhin erwiderte, dass sie mit einem Kinderarzt darüber sprechen wolle.

Der Zeuge Hubert M., Vater des Angeklagten und des Andre M., hat im Wesentlichen die Angaben seiner Frau, der Zeugin Irene M. bestätigt.

Die Fachpsychologin für Rechtspsychologie und Lehrbeauftragte für Rechtspsychologie an der Universität zu K., Diplom-Psychologin Gisela K., erstattete ein forensisch-physiopsychologisches Gutachten gemäß Beschluss des Amtsgerichtes Bautzen vom 16.5.2017 zu der Frage, ob das Bestreiten des Angeklagten, das Kind Sophie L. im Genitalbereich berührt zu haben und es veranlasst zu haben, sein Geschlechtsteil zu berühren, wahrheitsgemäß ist. Die physiopsychologische Untersuchung erfolgte im Rahmen eines Polygraphentestverfahrens. Diese Untersuchung fand am 24.7.2017 im Amtsgericht Bautzen unter Anwesenheit der Sachverständigen und des Angeklagten in der Zeit von 9.45 Uhr bis 12.25 Uhr statt. Die Sachverständige schildert, dass zunächst ein Vorgespräch mit dem Angeklagten geführt wurde. In diesem Vorgespräch hat die Sachverständige den Angeklagten darauf hingewiesen, dass die Untersuchung freiwillig sei. Nach einem persönlichen Gespräch wurden dem Angeklagten die verdachtsbezogenen Fragen, die ihm später im Test gestellt werden sollen, erläutert. Die verdachtsbezogenen Fragen lauteten:

1. »Haben Sie Sophie L. jemals im Genitalbereich berührt?«
2. »Haben Sie Sophie L. jemals veranlasst, an ihnen eine sexuelle Handlung vorzunehmen?«
3. »Haben Sie jemals eine sexuelle Handlung an oder mit Sophie L. ausgeführt?«

Danach sind dem Angeklagten die persönlichen Vergleichsfragen erläutert worden. Die Sachverständige hat hierzu erklärt, dass diese die Funktion eines »Kontrastmittels« erfüllen und dieses Verfahren der Feststellung der Reaktion zwischen den verdachtsbezogenen Fragen und den Vergleichsfragen dient. Insgesamt hat die Fragenreihe aus zehn Fragen bestanden, nämlich drei verdachtsbezogenen Fragen, vier persönlichen Ver-

gleichsfragen und drei Einleitungsfragen. Sodann wurde der Angeklagte mit der Funktionsweise des Polygraphen vertraut gemacht. Die Untersuchung misst vier Variablen, nämlich:

1. die relativen Blutdruckschwankungen,
2. Atembewegungen des Brustkorbs,
3. elektrischen Hautwiderstand und
4. vasomotorische Aktivität.

Dem Standard entsprechend wurde sodann ein Vortest durchgeführt. Zu diesem Zweck sollte der Angeklagte eine Zahl wählen und diese auf ein Blatt Papier schreiben und sodann unterschreiben, ohne dass die Sachverständige dies sieht und danach das Papier zusammenfalten und in der Hosentasche bergen. Der Angeklagte wurde dabei angewiesen, die geschriebene Zahl bei dem folgenden Test nicht zu verraten, sondern alle Fragen nach einzelnen Zahlen mit »nein« zu beantworten und dabei auch bei der Zahl »nein« zu sagen, die er tatsächlich notiert hatte. Die Sachverständige hat berichtet, dass eine entsprechende Reaktion dort stattfand, wo die Zahl genannt wurde, die der Angeklagte – wahrheitswidrig – mit »nein« beantwortet hatte. Sodann erfolgte das eigentliche Testverfahren.

Bei der Auswertung, so die Sachverständige K., werden die peripher-physiologischen Reaktionen auf die einzelnen verdachtsbezogenen Fragen jeweils verglichen mit den Reaktionen auf diejenige der beiden sie umrahmenden Vergleichsfragen, die die stärkere Reaktion ausgelöst hat. Für die einzelnen Variablen werden dabei die Reaktionen auf die verdachtsbezogenen Fragen mit den Reaktionen auf die persönlichen Vergleichsfragen verglichen. Die Größe der dabei gefundenen Unterschiede wird zahlenmäßig dokumentiert. Dabei ist das an der University of Utah, Salt Lake City, entwickelte und erprobte Regelsystem für die numerische Auswertung angewandt worden, weil es erwiesenermaßen das Auswertungssystem ist, das die größte diagnostische Validität erreicht (BELL, RASKIN, HONTS & KIRCHER, 1999, *The Utah Numerical Scoring System, Polygraph* 28, 1–9). Dem liegt Folgendes zugrunde: Ist die Reaktion auf die persönliche Vergleichsfrage stärker als die Reaktion auf die verdachtsbezogene Frage, so wird der Zahlenwert mit einem Pluszeichen versehen; ist die Reaktion auf die verdachtsbezogene Frage stärker als die Reaktion auf die persönliche Vergleichsfrage, so wird der Zahlenwert mit einem Minuszeichen versehen. Bei keinem Unterschied in der Stärke der Reaktion wird der Wert »Null« zugeordnet.

Die rechtspsychologische Sachverständige Dipl.-Psych. Gisela K. hat des Weiteren explorativ die Aussage der Zeugin Sophie L. aussagepsychologisch bewertet. Hierzu hat die Sachverständige in der Hauptverhandlung nach Erstattung ihres physiopsychologischen Gutachtens ergänzend Stellung genommen.

2. Beweiswürdigung

Das Amtsgericht vermochte die Einlassungen des Angeklagten über den Geschehensablauf vom 14.11.2013 zwischen 20.15 Uhr und 22.10 Uhr aufgrund der durchgeführten Beweisaufnahme nicht als widerlegt anzusehen. Das Gericht hat hingegen erhebliche Zweifel an den Schilderungen der Zeugin Sophie L. (wird ausgeführt).

Die Zweifel des Gerichts an der Glaubhaftigkeit der Aussage, insoweit ihr ein Erlebnisbezug fehlt, werden auch bestätigt durch die in der Hauptverhandlung vorgenommene aussagepsychologische Exploration der Sachverständigen Dipl.-Psych. Gisela K., die im Ergebnis dieser Zweifel und des Zustandekommens der Aussage von Sophie erhebliche Widersprüche attestiert und im Ergebnis eine Unwahrrhypothese in Bezug auf die Aussagen von Sophie nicht zurückzuweisen in der Lage ist.

3. Das Polygraphentestverfahren

Die sich bereits hieraus ergebenden Zweifel an einer Täterschaft des Angeklagten werden durch das Ergebnis der physiologischen Untersuchung des Angeklagten durch die Sachverständige Dipl.-Psych. Gisela K. im Rahmen des von ihr durchgeführten Polygraphentests bestätigt und vertieft.

Das Amtsgericht übersieht dabei nicht, dass der Einsatz von Polygraphentests in der forensischen Praxis umstritten ist und insbesondere sich (noch) nicht in der Strafrechtspraxis durchgesetzt hat. Bereits im Jahre 2013 hat das Amtsgericht Bautzen in seiner Entscheidung vom 26.03.2013 (AZ: 40 Ls 330 Js 6351/12) ein von der Sachverständigen Dipl.-Psych. Gisela K. in dem dort vorgeschalteten Familienrechtsstreit erstattetes physiopsychologisches Sachverständigen-gutachten zugelassen. Damals war allerdings die Sachverständige als sachverständige Zeugin in dem Strafprozess gehört worden.

Der Einsatz eines Polygraphen verstößt weder gegen Verfassungsgrundsätze – sofern der Beschuldigte sich freiwillig einer polygraphischen Untersuchung unterzieht – noch handelt es sich bei dem Testverfahren um eine nach § 136 a Abs. 1 StPO verbotene Vernehmungsmethode (vgl. im einzelnen Darstellung AG Bautzen, aaO). Dies entspricht bereits einhelliger Meinung in Rechtsprechung und Literatur.

thode (vgl. im einzelnen Darstellung AG Bautzen, aaO). Dies entspricht bereits einhelliger Meinung in Rechtsprechung und Literatur.

Aus dem allgemeinen Gesetzesvorbehalt bei Grundrechten folgt im Übrigen, dass die verfassungsrechtlich gegebene Freiheit zur Disposition über ein Grundrechtsgut, nämlich das des allgemeinen Persönlichkeitsrechts nach Art. 2 Abs. 1 GG, durch ein Gesetz eingeschränkt werden kann. Einer als Ausprägung dieser Willensfreiheit geformten Einwilligung stünde der Einwilligungsvorbehalt gemäß § 136 a Abs. 3 StPO dann entgegen, wenn es sich bei dem Einsatz des Polygraphen um eine verbotene Vernehmungsmethode nach § 136 a Abs. 1 StPO handelte. Dem ist jedoch nicht so: Denn zum einen handelt es sich bei § 136 a Abs. 3 StPO um eine staatliche Freiheitsbeschränkung, für die nach ganz herrschender Meinung ein aus dem Vorbehalt des Gesetzes abgeleitetes Analogieverbot gilt (AMELUNG, NStZ 81, 446). Darüber hinaus fehlt es an der für eine Analogie notwendigen »Gleichheit der Interessenlage«: Der Beschuldigte soll davor geschützt werden, dass die in § 136 a Abs. 1 StPO genannten Vernehmungsmittel benutzt werden, einen Verdächtigen zu überführen (AMELUNG, a. a. O.) Selbst also, wenn man ein Analogieverbot verneinen würde, stünde § 136 a Abs. 3 StPO einer Verwertung dann nicht entgegen, wenn das Untersuchungsergebnis lediglich zugunsten des Beschuldigten verwertet würde (AMELUNG, a. a. O.) Mithin stehen der Verwertung eines Polygraphentests, sofern das Untersuchungsergebnis lediglich zugunsten des Beschuldigten verwertet wird, weder verfassungsrechtliche Aspekte noch solche des formellen Strafrechts entgegen.

In seiner zweiten Polygraphenentscheidung aus dem Jahre 1998 (BGHSt 44, 308, 315) wies der Bundesgerichtshof folgerichtig darauf hin, dass von einem »Einblick in die Seele des Beschuldigten« keine Rede sein könne, da bei einer freiwilligen Untersuchung der Beschuldigte »in seiner Subjektstellung unangetastet« blieb, weswegen weder § 136 a StPO noch Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG verletzt seien. Der Bundesgerichtshof schrieb einem Polygraphentestverfahren zwar »keinerlei Beweiswert« zu, attestierte allerdings dem Kontrollfrageverfahren »gewissen indiziellen Beweiswert« (BGH, aaO, S. 322). Zu berücksichtigen ist allerdings der damals vorzufindende Stand der wissenschaftlichen Forschung, was

der Bundesgerichtshof auch in seiner dritten Polygraphenentscheidung aus dem Jahre 2010 (BGH 30.11.2010, BGH NStZ 2011, 474, 475) perpetuierte. In der rechtswissenschaftlichen Literatur wird allerdings – zurecht – kritisiert, dass eine ausreichende Grundlage zu dem Zeitpunkt der Entscheidung vorliegenden Stand der wissenschaftlichen Forschung unberücksichtigt gelassen oder gar übersehen wurde (eingehend hierzu PUTZKE, ZJS 2011, 557 – Entscheidungsbesprechung zu BGH 1 StR 509/10 vom 30.11.2010). Insoweit spricht der Fachpsychologe der Rechtspsychologie und zertifizierte Polygraphiegutachter Harry Dettenborn, dass der Bundesgerichtshof »dem Gutachter Fiedler aufgefressen« (DETTENBORN FPR 2003, 559, 561) sei. (eingehend hierzu PUTZKE, aaO, 561).

Der gegen das physiopsychologische Polygraphentestverfahren erhobene Haupteinwand bezweifelt das Bestehen eines sicheren Zusammenhangs zwischen einem bestimmten Aussageverhalten und spezifischen Reaktionsmustern des vegetativen Nervensystems. In seiner Entscheidung vom 31.7.2014 begründet das Bundesverwaltungsgericht die angebliche Ungeeignetheit des Polygraphentestverfahrens im Rahmen einer richterlichen Überprüfung eines Disziplinarverfahrens mit der Aussage, dass zwischen bestimmten kognitiven oder emotionalen Zuständen eines Menschen und spezifischen Reaktionen des vegetativen Nervensystems, die vom Polygraphen während der Befragung kontinuierlich gemessen werden, keine Zusammenhänge erkennbar seien, was insbesondere für Reaktionen bei der unwahren Beantwortung von Fragen gelte (BVerwG 2 B 20.14, Beschluss des 2. Senats vom 31.7.2014, S. 4). Es sei nicht möglich, aus der Sichtung erzielter Messergebnisse darauf zu schließen, der Proband habe im Rahmen der Untersuchung eine auf die Tat bezogene Frage bewusst falsch beantwortet, weil eine derartige Einschätzung nur an unterschiedlich starken Reaktionen bei der Beantwortung der tatbezogenen Fragen und der Kontroll- oder Vergleichsfragen anknüpfen könne (BVerwG, aaO).

Damit widerspricht das Bundesverwaltungsgericht allerdings der zweiten Polygraphenentscheidung des Bundesgerichtshofes aus dem Jahre 1998, in der laut BGH ein indizieller Beweiswert nicht abgesprochen werden könne, »wenn eine hinreichende breite Basis belegen würde, dass – warum auch immer –

bestimmte gemessene Körperreaktionen mit einem Verhalten (wahre oder unwahre Äußerung) in hohem Maße zusammenhängen«. Die konsequente Schlussfolgerung daraus ist aber, dass in dem Fall, dass bei einer bestimmten Untersuchungsmethode bestimmte Muster auftreten, diese schlechterdings nicht zu ignorieren sind. Ohne seinen Einwand näher zu begründen, stellt damit das BVerwG etwas in Abrede, was selbst der Bundesgerichtshof nicht (mehr) anzweifelt. Im Kern stellt das Bundesverwaltungsgericht das Vorliegen eines festen Zusammenhangs zwischen einem bestimmten Aussageverhalten und spezifischen Reaktionsmustern des vegetativen Nervensystems in Frage (BVerwG a. a. O., S. 6) und schiebt die auch von ihm nicht in Abrede gestellte hohe durchschnittliche Trefferquote bei experimentellen Untersuchungen an realen Beschuldigten beiseite.

Dem sind jedoch die vielfältigen experimentellen Untersuchungen in großer Zahl in den USA und an verschiedenen Universitätsinstituten entgegenzuhalten. In der von Undeutsch und Klein 1999 unter Feldbedingungen durchgeführten Untersuchungen von 66 Personen wurde eine Trefferquote zu 98,5 Prozent erzielt (UNDEUTSCH/KLEIN 1999, wissenschaftliches Gutachten zum Beweiswert physiopsychologischer Untersuchungen in BGH-Gutachten, Physiopsychologische Aussagebeurteilung, Praxis der Rechtspsychologie, S. 45 bis 126, 92). In der von Offe und Offe 2004 durchgeführten empirischen Untersuchung wird festgestellt, »dass die differenzielle Bedeutsamkeit im Wesentlichen durch die unterschiedliche Bedeutsamkeit der tatbezogenen Fragen für Täter und Nichttäter entsteht« (OFFE und OFFE, Experimentelle Untersuchung zur Theorie der Vergleichsfragen in der physiopsychologischen Täterschaftsdiagnostik, MSchrKrim 2004, S. 57).

Der insoweit gegen die Validität des Polygraphentests verfahrensgeführte Einwand lässt die von Morrison Bonpasse aus dem Jahre 2013 außer Acht. In seiner Feldstudie in Zusammenarbeit mit dem 1998 gegründeten »National Registry of Exonerations«, einem Gemeinschaftsprojekt der Northwestern University und der University of Michigan Law School zur Erfassung nachträglich aufgrund von DNA-Beweisen freigesprochener und aus der Haft entlassener Personen, ist der Nachweis einer bedeutend hohen Trefferquote einmal mehr untermauert worden. In 215 Fällen, die Bonpasse primär

durch Internetrecherchen gefunden hat, waren physiopsychologische Untersuchungen durchgeführt worden, denen sich allerdings nicht nur die nachträglich Freigesprochenen, sondern auch andere Verfahrensbeteiligte unterzogen hatten. In 147 dieser Fälle hatte sich der späterhin Freigesprochene einer physiopsychologischen Untersuchung unterzogen, die – vor der Gerichtsverhandlung durchgeführt – aber nicht stets in diese eingeführt worden war. In 116 Fällen, mithin 80 Prozent, wurden eindeutige Testresultate erzielt (BONPASSE, Polygraphs and 250 wrongful conviction exonerations 2013, S. 114). Gleichwohl ist kritisch anzumerken, dass einerseits bei einer solch großen Zahl von Untersuchungen die Qualifikation des Untersuchenden (in den USA häufig Kriminalbeamte ohne weitere Ausbildung) als auch Testformate zum Einsatz gekommen sind, die etwa in den Untersuchungen der Sachverständigen K. heute nicht mehr angewandt werden (etwa Relevant-Irrelevant-Technik). Selbst also unter eher ungünstigen Bedingungen wurde eine erhebliche Trefferquote erzielt, weswegen Bonpasse die Reliabilität des Polygraphentestverfahrens höher einschätzt als der Augenzeuge und es vergleichbar wie DNA-Standards hält. (»A Polygraph is a forensic tool, like fingerprints and DNA collection«: Morrison BONPASSE 2015, 80 Proposals to STOP wrongful Convictions 2015, S. 115).

Bonpasse konstatiert insoweit folgerichtig, dass bei einer in jeder Hinsicht wissenschaftlichen Standards genügenden Untersuchung eine Trefferquote von 90 Prozent und mehr zu erzielen ist. Die dennoch in der Feldstudie von Bonpasse mit rund 80 Prozent geringere Trefferquote im Vergleich zu Laboruntersuchungen liegt dennoch deutlich über der Zufallswahrscheinlichkeit und steht herkömmlichen psychodiagnostischen Gutachten schon allein aufgrund höherer Validität in nichts nach (HOMBACH/GAGELMANN: Die Anwendung des Polygraphen im ermittelungsverfahren, Bachelor-Thesis, Hochschule der Polizei Baden-Württemberg, Freiburg 2016, S. 105).

Der Einfluss manipulatorischer Effekte ist durch eine Effektivitätssteigerung durch sogenanntes »Biofeedbacktraining« als gering anzusehen, da eine »systematische Reaktionsunterdrückung regelmäßig nicht für möglich« gehalten wird (SCHÜSSLER, Polygraphie im deutschen Strafverfahren Frankfurt, Peter Lang, Ffm, 2002, 134). Selbst Tests bei Personen mit »schwierigen Persönlich-

keiten«, sogenannter notorischer Lügner oder Personen mit psychopathischer Veranlagung ergaben nach einer Studie von Patrick & Iacano keinen Unterschied zwischen Psychopaths und »normalen« Häftlingen (IACANO 1995, *Offender Testimony: Detection of Deception and Guilty Knowledge*, in: *Psychology and Policing*, 155, 171). Es ist bestätigt, dass psychopathische Eigenschaften den Vergleich der beiden Gruppen in der polygraphischen Untersuchung nicht beeinträchtigten (IACANO, a. a. O.).

Die Reliabilität, also das Maß der Verlässlichkeit einer Untersuchung, dürfte damit von sich aus schon außer Frage stehen. Dem Einwand des Fehlens eines festen (BVerwG a. a. O., S. 5) Zusammenhangs zwischen einem bestimmten Aussageverhalten und bestimmten vegetativen messbaren Reaktionen ist freilich entgegenzuhalten, dass der Polygraph lediglich der sogenannten Bedeutsamsdiagnostik folgt, als er nur die physiologischen Reaktionen bzw. eine Erhöhung der körperlichen Aktivierung auf die erlebte Bedeutsamkeit eines Reizes misst und so lediglich ein Zusammenhang mit der Stärke der Biosignale, nicht aber mit einer Lüge gegeben ist (HORNBACH/GAGELMANN a. a. O., S. 48 m. w. N.). Die Kritik am Polygraphentest macht mithin deutlich, dass, aus welchen Gründen auch immer, an das Polygraphentestverfahren ungleich höhere Anforderungen gestellt werden als an andere aussagepsychologische Begutachtungen. Dabei ist unverständlich, aus welchem Grunde Polygraphentests nicht verwertbar sein sollen, wenn allerdings andere Gutachten, die häufig vor Gericht divergente Ergebnisse liefern, jene allerdings als geeignetes Beweismittel anerkannt werden. So gesehen ist im Hinblick auf herkömmliche aussagepsychologische Gutachten, die ihre Schlussfolgerungen auf der Basis sogenannter Realkennzeichen liefern, festzustellen, dass die mit solchen Realkennzeichen in Forschungsvorhaben erzielten Ergebnisse zwar regelmäßig deutlich über dem Zufallsniveau lagen, allerdings dabei ebenfalls teilweise nicht unerhebliche Fehlerspannen aufwiesen (STELLER/VOLBERT, *Praxis der Rechtspsychologie* 1999, S. 117). Bemerkenswert erscheint in diesem Zusammenhang auch, dass die Forderung eines kausalen Zusammenhangs zwischen körperlichen Reaktionen und einer Lüge an eine aussagepsychologische Glaubwürdigkeitsbegutachtung nicht gestellt wird. Dies betrifft insbesondere auch die oben dargestellte Basis einer aussagepsycholo-

gischen Begutachtung durch Überprüfung von Realkennzeichen. Doch auch dort ist keine ursächliche Verknüpfung zwischen der Aussage und dem Wahrheitsgehalt gegeben, denn die einführenden Realkennzeichen besitzen für sich allein betrachtet keine ausreichende Validität; die abschließende Bewertung verschiedener festgestellter Realkennzeichen kann daher nicht höher bewertet werden als die im Polygraphentestverfahren auch dort in der Gesamtheit zu betrachtenden festgestellten physiologischen Parameter.

Die in ihrer Gesamtheit gemessenen körperlichen Reaktionen im Polygraphentestverfahren sind unwillkürlich und auch nicht beeinflussbar. Zwar ist denkbar, dass eine bewusste Manipulation beim Kontrollfragentest grundsätzlich möglich ist, zumal die tatbezogenen Fragen für jeden Probanden unschwer als solche erkannt werden können (DAHLE, *Psychologische Rundschau*, 54 [2], 103, 105). Nach ganz überwiegender rechtspsychologischer Auffassung kann eine Manipulation allerdings nicht im Sinne einer gezielten Reaktionsunterdrückung, sondern allenfalls im Sinne einer gezielten Reaktionsverstärkung herbeigeführt werden, wobei allerdings undenkbar ist, dass dies dem untersuchenden Fachpsychologen nicht auffiele (DETENBOM, *FPR* 2003 559, 564, ähnlich PUTZKE/SCHNEIFELD/KLEIN/UNDEUTSCH *ZStW* 121 [2009] 607, 620). Hingegen ist es einem mit der Methode der klassischen Glaubhaftigkeitsuntersuchung vertrauten Probanden demgegenüber sehr viel leichter möglich, eine Aussage mit überzeugenden Realkennzeichen zu versehen (PUTZKE, *ZJS* 2011, 557, 561). Mag die polygraphische Untersuchung ähnlich der alleinigen Glaubhaftigkeitsbegutachtung durch den Richter den vom Bundesgerichtshof geforderten Zusammenhang zwischen Untersuchungskriterium und daraus abgeleiteten Ergebnis in mathematischer Hinsicht nicht liefern, so hat sie doch keine schlechteren Zuverlässigkeitsergebnisse als andere Methoden vorzuweisen. Eher deutet einiges darauf hin, dass schon aufgrund fehlender Fähigkeit des Probanden zum »Training« physiopsychologischer Reaktionen die Validität der Testergebnisse deutlich über denen herkömmlicher Glaubwürdigkeitsbegutachtungen liegen dürfte.

Vor diesem Hintergrund kann im Bezug auf das Polygraphentestverfahren keineswegs von einem ungeeigneten Beweismittel gesprochen werden. Dies steht

auch insoweit im Einklang mit den vom Bundesgerichtshof formulierten allgemeinen Grundsätzen, wonach sich ein Sachverständiger als Beweismittel schon dann eignet, wenn seine Folgerungen die unter Beweis gestellte Behauptung als mehr oder weniger wahrscheinlich erscheinen lassen und hierdurch unter Berücksichtigung des sonstigen Beweisergebnisses Einfluss auf die Überzeugungsbildung des Gerichts erlangen können (BGH *NJW* 2000, 1277). Auch das Ergebnis einer polygraphischen Untersuchung unterliegt uneingeschränkt der freien richterlichen Beweiswürdigung des § 261 StPO. Das polygraphische Testergebnis hat insoweit Indizwert, der im Lichte der weiteren übrigen Beweismittel zu bewerten und abschließend zu würdigen ist.

Es kann daher nichts Wesentliches dagegen eingewandt werden, dem Angeklagten schon aufgrund der strafprozessualen »Waffengleichheit« dem sich einer zu Unrecht gegen ihn erhobenen Anschuldigung ausgesetzten Beschuldigten ein probates Mittel an die Hand zu geben, um seine Unschuld beweisen zu können. Zwar mag es Fälle geben, in denen belastenden Beweismitteln gegenüber dem entlastenden Ergebnis einer polygraphischen Untersuchung der Vorzug zu gewähren wäre. Der dadurch möglicherweise sich ergebende höhere Begründungsaufwand, um das entlastende Ergebnis einer polygraphischen Untersuchung in der Beweiswürdigung nicht durchschlagen zu lassen, ist aber im Strafprozess in Kauf zu nehmen (PUTZKE, *ZJS*, a. a. O., S. 562).

Ohnehin setzt die polygraphische Untersuchung nur beim Beschuldigten und nur zu seiner Entlastung und unter in jedem Fall zu garantierender Freiwilligkeit der Teilnahme an dem Testverfahren an, während hingegen die aussagepsychologische Begutachtung regelmäßig lediglich beim sogenannten »Opferzeugen« durchgeführt wird.

So weit im Weiteren dem physiopsychologischen Verfahren entgegengehalten wird, es gäbe für den Untersucher keine zuverlässigen Möglichkeiten objektiver Überprüfung des Untersuchungsablaufes, weswegen er nicht feststellen könne, ob und inwieweit ihm Auswahl und Formulierung der Kontrollfragen in den methodischen Ansatz gelungen, also tatsächlich auf die Person des Beschuldigten und den spezifischen Tatvorwurf zugeschnitten sind (vgl. BGH 1 *StR* 156/98, *Juris-Recherche Rz.* 52) und infolge dessen dem Gericht eine diesbe-

zügliche Kontrolle ebenfalls verwehrt sei, weswegen es die Untersuchungsergebnisse und die darauf gestützten Schlüsse hinnehmen müsse, ohne sie nachvollziehen und überprüfen zu können, ist dem der Grundsatz der freien Beweiswürdigung (§ 261 StPO) entgegenzusetzen, was es dem Gericht ermöglicht, ein Beweismittel nicht zu berücksichtigen, von dessen Beweiswert es nicht überzeugt ist (vgl. AG Bautzen Urteil vom 26.3.2013, Az.: 40 Ls 330 Js 6351/12).

Da im Übrigen in Familienverfahren das Ergebnis einer physiopsychologischen Befragung einer der Verfahrensparteien bei der Entscheidung über das Recht zum persönlichen Umgang mit dem Kind nach § 1634 BGB als zulässig angesehen worden ist (vgl. u. a. OLG Bamberg, NJW 1995, 1684, OLG Koblenz – Beschluss 23. Juli 1996 – Az. 15 UF 121/96, OLG Dresden Az.: 24 WF 1201/10 vom 31.3.2011) und mit Beweiswert versehen angesehen werden, ist es mehr als unverständlich, wenn im Strafverfahren die Validität der physiopsychologischen Untersuchungsmethode angezweifelt wird und damit die Einheitlichkeit der Rechtsordnung in Fragen des Beweisrechts auf den Kopf gestellt wird (AG Bautzen a. a. O. S. 25).

Sofern demnach die nachstehenden, kumulativ vorliegenden Voraussetzungen erfüllt sind, ist der zugunsten des Angeklagten erhobene Befund als Indiztatsache verwertbar, nämlich:

- a) die physiopsychologische Untersuchung muss freiwillig erfolgen,
 - b) sie muss in einem geordneten gerichtlichen oder staatsanwaltschaftlichen (Ermittlungs-)Verfahren nach erklärter Freiwilligkeit angeordnet worden sein,
 - c) die Begutachtung muss durch einen hierfür zertifizierten Sachverständigen unter Laborbedingungen mittels mindestens vier gemessenen Parametern (relative Blutdruckschwankungen, Atmung, elektrischer Hautwiderstand, vasomotorische Aktivität) erfolgen,
 - d) das Polygraphentestverfahren muss die Tatfrage an sich betreffen, und
 - e) das physiopsychologische Befundergebnis darf lediglich zur Entlastung des Angeklagten allein oder neben anderen (Indizien-)Tatsachen verwertet werden.
4. Das Ergebnis der physiopsychologischen Untersuchung

Die der Begutachtung zugrunde liegende Untersuchungsmethode der physiopsychologischen Begutachtung begegnet keinen nachvollziehbaren Bedenken. Für die einzelnen Variablen wurden die Reaktionen auf die verdachtsbezogenen

Fragen mit den Reaktionen auf die persönlichen Vergleichsfragen verglichen. Dabei wurde die Größe der dabei gefundenen Unterschiede zahlenmäßig bewertet. Die sachverständige Zeugin hat dabei das an der Universität of Utah, Salt Lake City entwickelte und erprobte Regelsystem für die numerische Auswertung angewandt.

Die Sachverständige Dipl.-Psychologin Gisela K. beschreibt in ihrem Sachverständigenutachten Gerät und Vorgehensweise nachvollziehbar. Sie verwendete bei der Aufzeichnung der unwillkürlichen körperlichen Reaktionen auf die gestellten Fragen das Polygraphiegerät der Firma Lafayette, Modell 761-64, das vier Parameter misst und aufzeichnet, nämlich die relativen Blutdruckschwankungen, Atembewegungen des Brustkorbs, elektronischer Hautwiderstand und vasomotorische Aktivität. Die Sachverständige hat im Weiteren auch begründet dargelegt, weswegen der Test in analoger Weise und die körperlichen Reaktionen auf Millimeterpapier schreibend, treffsicherer ist als jeder Computerausdruck. Denn die jetzt mit Macht auf den Markt drängenden Computerpolygraphen sind für Gerichtsgutachten im deutschen Rechtsraum schon deswegen nicht geeignet, weil der Algorithmus der angebotenen Computerprogramme ebensowenig bekannt ist wie der untersuchende Fachpsychologe in einem Computertestverfahren nicht darlegen kann, in welcher Weise das Ergebnis zustande gekommen ist, ganz abgesehen davon, dass schon die Validität des Computerprogrammes nicht messbar ist. Daher ist nur ein analog schreibendes Messergebnis überhaupt nachvollziehbar. Ein solches hat die Sachverständige Dipl.-Psych. K. verwendet.

Die Sachverständige hat die polygraphische Untersuchung mittels des sogenannten Kontrollfragentests durchgeführt, deren Treffsicherheit, wie dargestellt, durch Felduntersuchungen belegt ist. Beim Kontrollfragentest wird die Stärke der Reaktion bei der Verneinung einer tatbezogenen Frage mit der Stärke der Reaktion auf eine nicht tatbezogene, aber gleichwohl belastende Frage verglichen (EFFER-UHE, Einsatzmöglichkeiten des Polygraphen 2013, Ziffer B II mit m. W.). Nachdem mit dem Angeklagten durch die Sachverständige die verdachtsbezogenen Fragen besprochen worden sind, die ihm sodann im Test gestellt werden sollten und die lauten:

1. »Haben Sie Sophie L. jemals im Genitalbereich berührt?« Antwort: Nein.

2. »Haben Sie Sophie L. jemals veranlasst, an Ihnen eine sexuelle Handlung vorzunehmen?« Antwort: Nein.

3. »Haben Sie jemals eine sexuelle Handlung an oder mit Sophie L. ausgeführt?« Antwort: Nein,

wurden in der Folge die persönlichen Vergleichsfragen durch die Sachverständige mit dem Angeklagten erörtert.

Die mit dem Angeklagten durchgeführte Untersuchung hat folgende vergleichende paarweise quantitative Auswertung ergeben:

Bei Frage 1: »Haben Sie Sophie L. jemals im Genitalbereich berührt?« (Antwort: Nein) nach drei Durchgängen einen Wert von + 6, nach vier Durchgängen einen Wert von + 9

Bei Frage 2: Haben Sie Sophie L. jemals veranlasst, an Ihnen eine sexuelle Handlung vorzunehmen?« (Antwort: Nein) nach drei Durchgängen einen Wert von + 8, nach vier Durchgängen einen Wert von + 11

Bei Frage 3: »Haben Sie jemals eine sexuelle Handlung an oder mit Sophie L. ausgeführt?« (Antwort: Nein) nach drei Durchgängen einen Wert von +2, nach vier Durchgängen einen Wert von +3 ergeben.

Die Sachverständige Rechtspsychologin Gisela K. kommt daher zu dem zweifelsfreien Ergebnis, dass der Angeklagte jede einzelne der ihm gestellten verdachtsbezogenen Fragen wahrheitsgemäß verneint hat.

Die Feststellungen der Rechtspsychologin sind nachvollziehbar, facettenreich, valide und im Ergebnis unter den vorangestellten Bedingungen belast- und verwertbar. Ihre Ausführungen enthielten auch keine Widersprüche und auch keine Verstöße gegen die Denkgesetze. Die Sachverständige hat in der Hauptverhandlung und in ihrem schriftlichen Gutachten ausführlich und nachvollziehbar die Vorgehensweise bei der Untersuchung geschildert. Das bei der Untersuchung des Angeklagten angewandte Testgerät »Lafayette« wurde vorgeführt und auch die wissenschaftlichen Grundlagen des Testverfahrens im Allgemeinen wurden erläutert. Die Feststellungen lassen den für das Amtsgericht sicheren Rückschluss zu, dass die unwillkürlichen körperlichen Reaktionen ein »Biofeedback« auf die gestellten Fragen abbilden. Das Gericht hat daher keinerlei Zweifel daran, sich die Feststellungen der Sachverständigen im Rahmen seiner eigenen Beweiswürdigung nicht zu eigen machen zu können.

Die sich in diesem Strafprozess bereits aus den oben ausgeführten, im Übrigen

190

festgestellten Zweifeln des Gerichts an der Schuld des Angeklagten, wurden durch die Feststellungen der physiopsychologischen Untersuchung durch die Rechtspsychologin Gisela K. weiter und nachhaltig bestärkt.

Dem Grundsatz »in dubio pro reo« folgend kam dem Angeklagten die Rechtswohltat des nicht behebbaren Zweifels zugute. Das Gericht ist von der Einlassung des Angeklagten überzeugt, weil nicht behebbare Zweifel an einer für die Entscheidung erheblichen Tatsache sich zugunsten des Angeklagten auswirken müssen.

Der Angeklagte war daher aus tatsächlichen Gründen freizusprechen.

IV. Die Kostenentscheidung beruht auf § 465 Abs. 1 StPO.

Rechtsprechung in Leitsätzen

Alle nachfolgenden Entscheidungen sind im Volltext dokumentiert unter www.psychiatrie-verlag.de/zeitschriften/recht-psychiatrie.

§§ 64, 67 Abs. 2 S. 2 und 3 StGB

Entscheidung über die Fortdauer der Sicherungsverwahrung; Auswahl des Sachverständigen

§ 67 d Abs. 3 StGB; §§ 73 Abs. 1, 463 Abs. 3 S. 4, Abs. 4 S. 3 StPO

Leitsätze (der Redaktion):

1. Die Auswahl des Sachverständigen, dessen Hinzuziehung nach zehnjähriger Sicherungsverwahrung zur Vorbereitung jeder Entscheidung gemäß § 463 Abs. 3 Satz 4 StPO zwingend erforderlich ist, steht – wie sonst auch – grundsätzlich im pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts (§ 73 Abs. 1 StPO).

2. Bei ihrer Auswahlentscheidung ist die Strafvollstreckungskammer grundsätzlich nicht verpflichtet, einen Sachverständigen auszuwählen, der dem Wunsch des Untergebrachten entspricht. Sie wird im Rahmen der Ausübung ihres Ermessens je nach den Umständen des Einzelfalls gegebenenfalls auch berücksichtigen können und müssen, innerhalb welcher Frist ein Gutachten erstellt werden kann. In erster Linie wird die Auswahl des Sachverständigen allerdings unter Berücksichtigung des Erfordernisses, eine möglichst umfassende Aufklärung zu gewährleisten, zu erfolgen haben. Im Einzelfall kann es

die Aufklärungspflicht gebieten, der Anregung eines Untergebrachten zu folgen und den von ihm vorgeschlagenen Sachverständigen zu wählen, wenn der Untergebrachte erklärt, er werde sich von dem von der Strafvollstreckungskammer ausgewählten Sachverständigen nicht explorieren lassen und zugleich seine Bereitschaft erklärt, sich von einem anderen – anerkannten – Sachverständigen explorieren zu lassen; denn ein auf der Grundlage einer ausführlichen Exploration gewonnenes Sachverständigengutachten verspricht einen ungleich größeren Aufklärungsgewinn als das nach Aktenlage erstellte Gutachten verspricht.

OLG Karlsruhe
Beschluss vom 24.11.2017 –
2 Ws 333/17

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt; Absehen von einer Entscheidung über den Vorwegvollzug der Strafe

§§ 64, 67 Abs. 2 S. 2 und 3 StGB

Leitsatz:

Wird nachträglich eine so hohe Gesamtfreiheitsstrafe gebildet, dass eine nach § 67 Abs. 2 Satz 2 und 3 StGB bemessene, am Halbstrafenzeitpunkt orientierte Anordnung des Vorwegvollzugs zu einer Herausnahme des Angeklagten aus dem Maßregelvollzug führen würde, kann von der Entscheidung über einen Vorwegvollzug abgesehen werden.

BGH
Beschluss vom 09.11.2017 –
1 StR 456/17

Ablehnung eines Sachverständigen im Strafverfahren; Anwendbarkeit des Unverzüglichkeitsgebots

§§ 25 Abs. 2 S. 1, 74 Abs. 1 S. 1 StPO

Leitsatz:

Das Unverzüglichkeitsgebot des § 25 Abs. 2 Satz 1 StPO findet für die Ablehnung von Sachverständigen keine Anwendung. Die Vorschrift des § 74 Abs. 1 Satz 1 StPO verweist nur hinsichtlich der

Gründe auf die Ablehnung eines Richters, nicht aber hinsichtlich der für das Verfahren geltenden Vorschriften.

BGH
Beschluss vom 10.01.2018 –
1 StR 437/17

Zwangsbehandlung im Maßregelvollzug; Beachtlichkeit einer Patientenverfügung

§ 115 Abs. 1 StVollzG; Art. 6 Abs. 4 Satz 2, 6 BayMRVG

Leitsätze:

1. Bei der Entscheidung über eine medizinische Zwangsbehandlung (hier Zwangsmedikation) einer gemäß § 63 StGB untergebrachten Person hat die Strafvollstreckungskammer nach Art. 6 Abs. 4 Satz 6 BayMRVG das Vorliegen einer wirksamen Patientenverfügung nach § 1901 a Abs. 1 BGB zu beachten und in den Entscheidungsgründen zu erörtern.

2. Der Untergebrachte ist vor einer Entscheidung über die Anordnung der medizinischen Zwangsbehandlung im Regelfall mündlich anzuhören.

OLG Nürnberg
Beschluss vom 23.02.2018 –
2 Ws 60/18

Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus; Verhältnismäßigkeit

§§ 63, 67 d StGB

Leitsatz:

Wird die erste Unterbringungsanordnung bereits länger als zehn Jahre vollzogen, so hat eine erneute Anordnung der Unterbringung erhebliche Auswirkungen auf die Dauer des Maßregelvollzugs und widerspricht daher nicht dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.

LG Arnsberg
Urteil vom 20.02.2018 –
2 Kls-382 Js 407/16-1/17