

Die Renaissance des Polygraphen? Wie effektiv lassen sich amerikanische Verteidigungsstrategien im deutschen Strafverfahren nutzen?

von Prof. Dr. Carsten Momsen*

Abstract

Totgesagte leben länger. Nach 2013¹ hat das AG Bautzen vor wenigen Wochen zum zweiten Mal einen Freispruch u.a. auf das Ergebnis eines Lügendetektortests gestützt.² „Natürlich möchte ich den Test machen. Wie soll ich sonst meine Unschuld beweisen?“ habe (der Angeklagte) gesagt. Viermal habe (der Psychologe) alle Fragen gestellt. Viermal habe der Test ihm Wahrheit bescheinigt. Staatsanwältin und Verteidigung plädieren auf Freispruch. Richter Hertle grübelt für einen Moment. Dann das wenig überraschende Urteil: Freispruch. Der Einsatz des Detektors dürfe immer nur eins von mehreren Mitteln sein, sagt Hertle. Und betont doch: „Das heute könnte sein Durchbruch sein!“ – so berichtet die Sächsische Zeitung am 17. Oktober 2017.³ Auch wenn es offenbar auch in anderen Verfahren als eine Option der Verteidigung gesehen wird,⁴ so erscheint es doch keineswegs als ausgemacht, dass nun die Karriere des Polygraphen als Beweismittel auch in Deutschland beginnen könnte.

I. Einführung

Der Lügendetektoren- oder Polygraphentest baut auf der Idee auf, man könne unbewusste bzw. willentlich nicht oder nur schwer steuerbare Körperfunktionen und -reaktionen messen und aufzeichnen. Gemessen werden kann u.a. Puls, Blutdruck, Schweißfluss, und die Atemfrequenz. Häufig wird eine sog. „Blutfüllemessung“ in den Kapillaren der Haut an der Fingerkuppe vorgenommen.⁵ Bei sachverständiger Bedienung, kann etwa ein Psychologe vor allem erkennen, ob die befragte Person bei der Antwort entspannt ist, was auf eine wahrheitsgemäße Aussage hindeutet, oder im Gegenteil angespannt ist, was darauf hindeutet, dass die Angabe eine hohe Konzentration voraussetzt. Letzteres deutet auf eine konstruierte, ggf. falsche Angabe hin. Die hierfür regelmäßig erforderliche Konzentration ruft die unwillkürlichen Körperreaktionen hervor, welche sich wiederum als deutliche Ausschläge im Messprotokoll darstellen. Soweit die Theorie.

Neben sachverständiger Bedienung bedarf es vor allem geeigneter Fragen. Dabei ist wichtig, nicht nur Fragen zum Tatgeschehen zu stellen, sondern auch Kontrollfragen, mit denen die Reaktion bei eindeutig wahren oder unwahren Angaben validiert werden kann.

Der Test wird i.Ü. keinen Aufschluss über die tatsächlichen Vorgänge ermöglichen, sondern lediglich darüber, was der Proband subjektiv für wahr hält.

Die Zulässigkeit eines Lügendetektortests als Beweismittel im Strafverfahren ist Gegenstand einer langen Diskussion, die allerdings in den letzten Jahren weitgehend an Schwung verloren zu haben schien. Dies liegt im Wesentlichen an der bis dato im Ergebnis eindeutig ablehnenden Position des BGH, namentlich des *I. Strafsenats*.⁶ Gleichwohl haben sich immer wieder Stimmen aus Rechtswissenschaft und Psychologie bzw. Psychiatrie dafür ausgesprochen, dass dieses Verdikt zu unreflektiert, zu apodiktisch sei.⁷

Die Diskussion ist indes vielschichtiger und stärkeren Wandlungen unterworfen, als die bislang mit Ausnahme des *AG Bautzen* einhellige strafrechtliche⁸ Rechtsprechung vermuten lässt. Ein zentrales Problem liegt natürlich darin, dass es für Deutschland ungeachtet des eingeschränkt möglichen Einsatzes der Technik in Familiensachen keine belastbaren Daten für die strafprozessuale Verwendung gibt. In beschränktem Umfang können hierfür Untersuchungen der US-amerikanischen Verfahrenspraxis fruchtbar gemacht werden. Deren Übertragbarkeit leidet jedoch ein Stück weit daran, dass der sog. „Polygraph“ wesentlich in anderen Verfahrenssituationen und mit einer aus dem kontradiktorischen Charakter des Verfahrens resultierenden Zielrichtung eingesetzt wird. Zudem ist zu berücksichtigen, dass der Test in einer großen Zahl von Bundesstaaten ebenfalls kein zulässiges Beweismittel ist. Zudem ist zwischen dem Einsatz im Federal Law und in den State Law Jurisdictions zu differenzieren. Letztlich ist

* Prof. Dr. Carsten Momsen ist Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafverfahrensrecht, Wirtschafts- und Umweltstrafrecht an der Freien Universität Berlin, er ist nebenberuflich als Strafverteidiger tätig.

¹ *AG Bautzen*, Urt. v. 26.3.2013 – 40 Ls 330 Js 6351/12, BeckRS 2013, 08655 Rn. 82.

² Sächsische Zeitung v. 27.10.2017 – <http://www.sz-online.de/nachrichten/im-zweifel-fuer-den-polygrafen-3804845.html> (zuletzt abgerufen am 11.1.2018).

³ <http://www.sz-online.de/nachrichten/im-zweifel-fuer-den-polygrafen-3804845.html> (zuletzt abgerufen am 11.1.2018).

⁴ Dazu Momsen, NJW-Aktuell 4/2018, S. 11 f.

⁵ Eingehend zum Aufbau und Ablauf solcher Tests bspw. Nestler, JA 2017, 10 f.

⁶ NJW 1999, 657; NStZ 2011, 474.

⁷ Ausführliche und differenzierte Aufarbeitung der Diskussion bei Nestler, JA 2017, 10 ff.; vgl. die umfassenden Nachweise dort und *Undeutsch*, MschrKrim 1979, 228 (229); *Schoreit*, StV 2004, 286; *Rogall*, in: SK-StPO, 5. Aufl. (2016), § 136 a Rn. 87; *Gräuel/Steller/Dahle*, Psychologie der Zeugenaussage, 1997, S. 309 ff. Nicht grundsätzlich ablehnend dagegen *Putzke/Scheinfeld/Klein/Undeutsch*, ZStW 2009, 607 (610 ff.); *Prittwitz*, MDR 1982, 886; *Schüssler*, Polygraphie im deutschen Strafverfahren, 2003, S. 166 ff.; explizit *Putzke*, ZJS 2011, 557.

⁸ Im Familienrecht ist ein entsprechendes Beweisangebot nicht ausgeschlossen, i.d.R. müssen beide Parteien zustimmen; *OLG Bamberg*, NJW 1995, 1684; *OLG Koblenz*, Beschl. v. 23.6.1996 – 17 UF 121/96 (dazu *Laudon*, *AG Bautzen*, Freispruch dank Lügendetektor, www.strafakte.de (zuletzt abgerufen am 17.1.2018)).

neben der adversatorischen Verfahrensstruktur, die bspw. entsprechende Vereinbarungen der Parteien erlaubt,⁹ v.a. das sich vom Beweisrecht der StPO teilweise deutlich unterscheidende Beweisrecht zu berücksichtigen. Diesen Punkten kann nachfolgend nicht en Detail nachgegangen werden. Gleichwohl ist ein Blick auf die amerikanische Praxis nützlich. Nicht zuletzt, weil auch der *I. Strafsenat* sich intensiv mit dem amerikanischen Verfahren auseinandergesetzt hat und gerade hiervon ausgehend durchaus offene Erwägungen angestellt hat.

II. Die Rechtsprechung des BGH

Der *BGH* hat sich vor allem in zwei neueren Entscheidungen mit der Verwendung der Ergebnisse von Polygraphentests als Beweismittel im Strafverfahren auseinandergesetzt.¹⁰ Im Wesentlichen klar ist, dass der Test selbst mit der Exploration eines Probanden durch einen Sachverständigen vergleichbar ist und dementsprechend das eigentliche Beweismittel das Ergebnis des Tests ist, welches von einem Sachverständigen als Gutachten präsentiert und erläutert werden muss.

1. Rechtliche Bedenken

1999 machte sich der *I. Strafsenat* die Mühe einer sehr detaillierten technischen, psychiatrischen und rechtlichen Bewertung des Lügendetektors und legt zunächst einmal dar, dass die Ablehnung der Rechtsprechung in der Vergangenheit nicht völlig umfassend war: Zwar hatte der Senat in seinem Urteil vom 16.2.1954 deren Verwendung im Strafverfahren als unzulässig eingestuft, und zwar ohne Rücksicht auf das Einverständnis des Beschuldigten und unabhängig von der wissenschaftlichen Brauchbarkeit der Geräte.¹¹ Seinerzeit vertrat er die damals vorherrschende Ansicht, dass die durch Art. 1 Abs. 1 GG und § 136a StPO geschützte Freiheit der Willensentschließung und -betätigung des Beschuldigten verletzt werde. Denn mittels des Polygraphen würden „unbewußte Körpervorgänge beim Untersuchten, die mit seinem ... Seelenzustand engstens zusammenhängen“, festgehalten. Der Test sei deshalb

unzulässig, weil der Beschuldigte so „auf die Fragen ... ohne daß (er) es hindern kann, auch das Unbewusste“ antworte. Die Erforschung des Unbewussten sei aber – im Gegensatz zu offen hervortretenden Ausdrucksbewegungen – unzulässig.¹² Der Senat weist auch auf die kurz zuvor ergangene Entscheidung des *OLG Frankfurt a.M.* hin, dass eine Zulässigkeit jedenfalls für den Fall ausschloss, dass die Ergebnisse des Tests zur Belastung des Beschuldigten herangezogen werden sollten.¹³ Die nicht zu steuernde Durchleuchtung der Persönlichkeit, d.h. die objektive Entäußerung von Willenskundgebungen ist auch der Gesichtspunkt, unter dem das *BVerfG* vergleichbare Ermittlungsmethoden als verfassungswidrig einordnet. Ähnlich wie das *OLG Frankfurt a.M.* neigte jedoch das *BVerfG* auch dazu, für den Fall der freiwilligen Durchführung auf Antrag des Beschuldigten eine Differenzierung für möglich zu halten.¹⁴ Im Ergebnis entsprach dies auch der überwiegenden Ansicht der Literatur, auf die sich der *I. Senat* bezieht.¹⁵ Soweit abweichend ein Einsatz doch für möglich gehalten wurde, fehlte es aus der Sicht des Senats an konsensfähigen Konzepten zu Voraussetzungen und Reichweite.¹⁶

Jedoch verändert sich die Begründung des *I. Senats* an dieser Stelle: Diese noch im Urteil von 1954 erhobenen und in der Hauptsache verfassungsrechtlichen Bedenken¹⁷, seien für den Fall nicht durchgreifend, dass der Beschuldigte sich mit dem Einsatz eines Polygraphen einverstanden erklärt habe.

Gleichwohl sei die vom Angeklagten beantragte polygraphische Untersuchung nach dem mit den Sachverständigen erörterten wissenschaftlichen Kenntnisstand ein völlig ungeeignetes Beweismittel i.S.d. § 244 III 2 Alt. 4 StPO.¹⁸

Das zentrale Argument des *BGH* gegen die Verwendung von freiwilligen Polygraphentests ist also nicht mehr wie früher, dass der vom Beschuldigten gewollte Einsatz des Polygraphen mit der Menschenwürde unvereinbar sei, da der Proband nur als Untersuchungsobjekt fungiere und

⁹ Insoweit dem deutschen Zivilprozess ähnlicher als dem nach traditionellem Verständnis inquisitorisch strukturierten deutschen Strafverfahrensrecht (s.u. III).

¹⁰ NJW 1999, 657; NStZ 2011, 474.

¹¹ BGHSt 5, 332 = NJW 1954, 649.

¹² BGHSt 5, 332 (335 f.) = NJW 1954, 649, demgegenüber hatte es der *3. Strafsenat* des *BGH* in einer parallelen Entscheidung unentschieden gelassen, ob an dieser Auffassung festzuhalten sei; *BGH*, NJW 1999, 662. Die übrige strafgerichtliche Rechtsprechung hatte sich der Beurteilung des *I. Strafsenats* vielfach uneingeschränkt angeschlossen: *OLG Karlsruhe*, StV 1998, 530; *LG Düsseldorf*, StV 1998, 647; *LG Wuppertal*, NStZ-RR 1997, 75 ff.; *LG Hannover*, NJW 1977, 1110.

¹³ *OLG Frankfurt a.M.*, NStZ 1988, 425.

¹⁴ *BVerfG* (Vorprüfungsausschuss des *2. Senats*), NStZ 1981, 446, m. Anm. *Amelung*, NStZ 1982, 38, und m. Bespr. *Schwabe*, NJW 1982, 367. Die *3. Kammer* des *2. Senats* hat die Frage in einem Nichtannahmebeschluss jedoch für den Fall der Einwilligung des Beschuldigten in die Anwendung eines Polygraphen ausdrücklich offengelassen, *BVerfG*, StraFo 1998, 16 m. Anm. *Scherer*; Nichtannahmebeschluss der *2. Kammer* desselben Senats, NJW 1998, 1938 = NStZ 1998, 523.

¹⁵ So *Boujong*, in: KK-StPO, 3. Aufl. (1993), § 136a Rn. 34; *Eisenberg*, BeweisR der StPO, 10. Aufl. (2017), Rn. 693 ff.; *Gleß*, in: LR-StPO, 26. Aufl. (2007), § 136a Rn. 64; *Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 60. Aufl. (2017), § 136a Rn. 24; *Rogall*, in: SK-StPO, 5. Aufl. (2016), § 136a Rn. 86 f.; *Schäfer*, Praxis des Strafverfahrens, 6. Aufl. (2000), Rn. 335; *Kohlhaas*, NJW 1957, 1 (5); *Peters*, ZStW 1975, 663 (671 f., 677 f.); *Frister*, ZStW 1994, 303 (331); *Irle*, in: Irle/Mayntz/Mußnug/Pawlowski/Schünemann, Die Durchsetzung des Rechts, 1984, S. 83 ff.; s. auch bereits *Radbruch*, Gesamtausgabe, Bd. 8, 1998, bearb. von *Arthur Kaufmann*, S. 269 (275).

¹⁶ Mit Verweis auf: *Gundlach*, in: AK-StPO, 1992, § 136a Rn. 57; *Undeutsch*, Kriminalistik 1977, 193 f.; *Schwabe*, NJW 1989, 576; *Klimke*, NStZ 1981, 433 f.; *Prittowitz*, MDR 1982, 886 (895); *Achenbach*, NStZ 1984, 350; *Steinke*, MDR 1987, 535; *Jaworski*, Kriminalistik 1990, 123 (130); *Holstein*, Kriminalistik 1990, 155 (158); *Schünemann*, Kriminalistik 1990, 131 (150), der die Anwendung des Polygraphen auf das Ermittlungsverfahren beschränken will; *Wegner*, Täterschaftsermittlung durch Polygraphie, 1981, S. 184 ff.; *Delvo*, Der Lügendetektor im Strafprozeß der USA, 1981, S. 265; s. auch *Tent*, in: *Undeutsch*, Hdb. der Psychologie, Bd. 11, 1967, S. 185 (241); ferner *Schneider*, Nonverbale Zeugnisse gegen sich selbst, 1991, S. 150.

¹⁷ BGHSt 5, 332 = NJW 1954, 649.

¹⁸ *BGH*, NJW 1999, 658.

seine (in diesem Fall als mittelbare Willensäußerung gewerteten) Körperreaktionen nicht kontrollieren könne. Vielmehr finde keine „Entseelung“ statt.¹⁹ Soweit der Test freiwillig erfolge bestehe kein wesentlicher Unterschied, da man auch sonst bei vernommenen Personen körperliche Reaktionen beobachten dürfe. Diese Linie vertritt der *Senat* soweit ersichtlich auch gegenwärtig, die 2011er Entscheidung verweist im Wesentlichen auf die 1998er Entscheidung.

Interessant sind die Ausführungen des *Senats* im Hinblick auf die Freiwilligkeit. Völlig unstrittig ist zunächst, dass eine zwangsweise Untersuchung nicht in Betracht komme. Ohne dass dies näher ausgeführt wird, erscheint ein staatlich angeordneter Test als eindeutiger Verstoß gegen die Menschenwürde, *argumentum e contrario* (s.o.). Der sich freiwillig explorieren lassende Beschuldigte bleibe hingegen in seiner Subjektstellung unangetastet, was auch daraus folge, dass brauchbare Messergebnisse ohne seine manipulationsfreie Mitwirkung nicht zu erzielen seien.

Diese differenzierende, auf das Einverständnis des Beschuldigten abstellende Sichtweise werde dem Schutzzweck des Art. 1 Abs. 1 GG gerecht. Denn dieses Grundrecht solle nicht der Einschränkung, sondern gerade dem Schutz der Würde des Menschen dienen, wozu die grundsätzliche Freiheit gehöre, über sich selbst verfügen und sein Schicksal eigenverantwortlich gestalten zu können.²⁰

Im Hinblick darauf dürfe dem seine Entlastung erstrebenden Beschuldigten diese Möglichkeit nicht unter Hinweis auf die allgemein staatliche Verpflichtung zu Achtung und Schutz der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG) verwehrt werden. Ein solches Verbot bedeute einen dem Willen und den Interessen des Beschuldigten widersprechenden, der Sache nach ungerechtfertigten „Schutz“.²¹ Außerdem könne der Beschuldigte ein solches Verbot ohne weiteres durch die Teilnahme an einer außerhalb des Strafverfahrens erfolgenden Untersuchung umgehen.²²

Auch § 136a StPO als flankierender prozessualer Schutz der Menschenwürde stehe der Nutzung der polygraphischen Untersuchungsmethode nicht entgegen (näher unten IV.).

2. An der Validität orientierte Bedenken

Ungeeignet als Beweismittel i.S. des § 244 III 2 Alt. 4 StPO seien Polygraphentests in Anbetracht der „Funktionsweise polygraphischer Geräte, der mit ihrer Hilfe angewandten Testverfahren und schließlich der auf diesem Weg zu erzielenden Ergebnisse“.

Die nachfolgend vom Senat dargestellte Analyse²³ beschreibt sehr differenziert den Weg der Beweisgewinnung und sei deshalb hier im Wesentlichen wiedergegeben:

„Bei einem Polygraphen handelt es sich um ein technisches Gerät, das mittels Sensoren auf „mehreren Kanälen“ körperliche Vorgänge misst, die der direkten willentlichen Kontrolle des Untersuchten weitgehend entzogen sind. In der Regel werden – in wechselnder Zusammenstellung – Werte für Veränderungen von arteriellem Blutdruck, Herz- und Pulsfrequenz, Atemfrequenz und -amplitude sowie elektrischer Leitfähigkeit der Haut, gelegentlich auch von Muskelspannungen und Oberflächentemperaturen des Körpers erfasst und auf einem mitlaufenden, mit einem Linienraster versehenen Papierstreifen graphisch dargestellt.“²⁴ Während der Messungen werden vom Untersuchenden Fragen gestellt, die der Untersuchte durchgängig verneinen – dies ist die Regel – oder verneinen muss.²⁵ Deren Inhalt hängt vom angewendeten Testverfahren ab. Insoweit werden im Wesentlichen der Kontrollfragentest (mit der Modifizierung in der Form der „gerichteten Lügenkontrollfragentechnik“) und der Tatwissentest eingesetzt. Beide Verfahren zielen auf das Hervorrufen unterschiedlich starker vegetativer Reaktionen nach einerseits für den Tatvorwurf relevanten Reizen und andererseits nach Vergleichsreizen ab. Sie unterscheiden sich aber sowohl hinsichtlich der zugrundeliegenden Erklärungsmodelle als auch der wissenschaftlichen Fundierung erheblich.

Beim Kontrollfragenverfahren wird mit drei von insgesamt zehn Fragen direkt nach der Tat gefragt („Haben Sie die Uhr gestohlen?“), während drei oder vier Fragen als sogenannte Kontroll- oder Vergleichsfragen dienen; die übrigen Fragen sind „neutral“. Die Kontrollfragen beziehen sich nicht auf das in Rede stehende Delikt, sollen aber ähnliche, ebenfalls belastende, aber zeitlich vorgelagerte Sachverhalte zum Inhalt haben („Haben Sie während der Schulzeit irgendeinen Gegenstand von Wert entwendet?“).

Ausgewertet werden nur die tatbezogenen und die Kontrollfragen. Von den Befürwortern der Polygraphentechnik wird erwartet, dass der Täter bei den tatbezogenen Fragen stärkere innere Erregung und damit körperlich messbare Reaktionen zeigt als bei den Kontrollfragen, während dies bei einem Unschuldigen umgekehrt sein soll, da für diesen die allgemein „diskriminierenden“ Fragen höheres „Bedrohungspotential“ haben sollen.²⁶

Die Kontrollfragen werden im Anschluss an ein Vor-

¹⁹ BGH, NJW 1999, 569.

²⁰ Vgl. BVerfGE 49, 286 (298) = NJW 1979, 595; Amelung, NStZ 1982, 38.

²¹ BGH, NJW 1999, 569, mit Verweis auf Berning, MschrKrim 1993, 242, 253; Delvo, S. 375; Wegner, S. 189f.; pointiert Schwabe, NJW 1989, 578 f.; s. auch Prittowitz, MDR 1982, 886; a.A. Peters, ZStW 1975, 663, 671 f.; so ausführlich noch Dürig, in: Maunz/Dürig, GG, 35. Lfg. (1999), Art. 2 I Rn. 36.

²² Vgl. Eisenberg, BeweisR der StPO, 10. Aufl. (2017), Rn. 701; Rogall, in: SK-StPO, 5. Aufl. (2016), §136a Rn. 77.

²³ BGH, NJW 1999, 568 ff.

²⁴ Vgl. zur Funktionsweise Berning, MschrKrim 1993, 242; Rill/Vossell, NStZ 1998, 481.

²⁵ Vgl. Berning, MschrKrim 1993, 242 ff.

²⁶ Vgl. Honts/Raskin, Journal of Police Science and Administration 1988, 56 f.; Honts/Raskin/Kircher, Journal of Applied Psychology 1994, 252; Steller, in: Steller/Volbert, Psychologie im Strafverfahren, 1997, S. 89, 93; Undeutsch, MschrKrim 1979, 228 (230).

testinterview mit dem Untersuchten in einer Weise formuliert, die sicherstellen soll, dass dieser während der eigentlichen Befragung bei der Beantwortung lügt oder mindestens unsicher ist, ob er die Fragen vollständig wahrheitsgemäß beantwortet („Haben Sie jemals einen Menschen, der berechtigt war, die Wahrheit zu erfahren, belogen, um unangenehme Konsequenzen zu vermeiden?“).

Die Auswertung der vom Polygraphen registrierten Kurven erfolgt mit einer numerischen Methode. Jeder physiologischen Messung wird für das jeweilige Kombinationspaar von relevanten und Kontrollfragen üblicherweise ein Wert von -3 bis +3 zugeordnet.²⁷ Die Höhe dieses Wertes richtet sich nach der Größe des Unterschieds in der Stärke der Reaktionen nach den jeweils zusammengehörenden relevanten und (benachbarten) Kontrollfragen.²⁸ Alle Einzelwerte werden zu einem Gesamtwert addiert. Im mittleren Bereich zwischen +5 und -5 wird der Test als „unentscheidbar“ beurteilt, bei Werten von -6 und darunter lautet das Ergebnis „Täterschaft indiziert“, bei Werten von +6 und darüber dagegen „Täterschaft nicht indiziert“.²⁹

bb) Beim „Tatwissenverfahren“ werden tatrelevante Informationen dargeboten, die eine Aussage darüber ermöglichen sollen, ob der Beschuldigte entsprechendes Wissen („Täterwissen“) besitzt. Dazu werden üblicherweise fünf oder sechs tatbezogene Fragen gestellt und jeweils sechs Antworten vorgegeben, von denen eine für die aktuelle Tat nach dem Ermittlungsergebnis zutrifft („Wo befand sich die gestohlene Uhr? – Im Schrank; auf dem Bücherregal usw.“). Dem liegt die Annahme zugrunde, dass der Täter bei den „richtigen“ Antworten infolge einer beispielsweise auf dem Wiedererkennen einer Information beruhenden Orientierungsreaktion stärkere innere Erregung und damit körperlich messbare Veränderungen zeigt als bei den übrigen Antwortvorschlägen, während bei einem Unschuldigen derartige Unterschiede nicht eintreten dürften.³⁰ Die Auswertung der erzielten Messergebnisse erfolgt ebenfalls mit Hilfe eines numerischen Systems.³¹

Diese beiden Verfahren seien jedoch nicht in der Lage, zuverlässige und valide Ergebnisse zu produzieren.³² Zwar würde eine begrenzte Anzahl ausgewählter Körperdaten erhoben, die Schlüsse auf allgemein bestehende Emotionen und intrapsychische Veränderungen zulassen würden, jedoch nur in sehr eingeschränktem Umfang und nur diffus. Nach (aus der Sicht des Senats in Deutschland) einhelliger wissenschaftlicher Auffassung sei es nicht möglich, eindeutige Zusammenhänge zwischen bestimmten kognitiven oder emotionalen Zuständen und hierfür

spezifischen Reaktionsmustern im vegetativen Nervensystem zu erkennen. Dabei sei entscheidend, dass insbesondere für mit der unwahren Beantwortung von Fragen in Verbindung stehende Reaktionen keine entsprechenden Strukturen erkennbar seien („no specific lie response“).

Und auch umgekehrt ließe sich nicht nachweisen, dass sich ein bestimmter Außenreiz auf eine gemessene körperliche Veränderung ausgewirkt habe. Die möglichen Ursachen für die unwillkürliche Reaktion seien schlicht zu vielfältig und letztlich nicht eingrenzbar. Dies liege daran, dass die verschiedenen Komponenten des vegetativen Systems eines Menschen zwar miteinander in Beziehung stünden, die jeweilige Ausgestaltung dieser Zusammenhänge aber nicht klar zu bestimmen sei. Unter Einsatz des polygraphischen Verfahrens könne dementsprechend gerade nicht gemessen werden, ob der Untersuchte die Wahrheit sage.³³ Das bestmögliche Ergebnis wäre demzufolge eine hohe Wahrscheinlichkeit dafür, dass der Proband selbst daran glaubt, dass er die Wahrheit sagt.

Als weiteres Argument gegen die Verwendung der Tests als Beweismittel führt der Senat aus, dass eine relativ hohe Manipulationsanfälligkeit aus den Vereinigten Staaten bekannt sei. Abweichungen, die zu negativer Validität führen, könnten im konkreten durchaus auf bewussten Manipulationen seitens des Beschuldigten beruhen. Neben physischen Verhaltensweisen (z.B. Beißen auf die Zunge) seien vor allem auch mentale Aktivitäten wie etwa von den gestellten Fragen thematisch abweichende Gedankenarbeit, z.B. das Lösen von Rechenaufgaben, erfolgversprechend, um das Ergebnis zu verfälschen.³⁴ Diese manipulierenden Maßnahmen seien zudem in kurzer Zeit erlernbar; eine gezielte Vorbereitung auf den Einsatz bei polygraphischen Messungen ohne weiteres möglich.³⁵ Die Effektivität von Manipulationen lasse sich zudem durch psychologische Techniken steigern, z.B. im Wege instrumentellen Lernens der Veränderung physiologischer Reaktionen durch kontinuierliche Rückmeldung der aktuellen Messwerte (Biofeedback). Die Manipulationen seien weder von den untersuchenden Personen noch von den die Ergebnisse auswertenden Personen zu erkennen. Eine Methode, das entstehende Manipulationsrisiko auszuschließen oder auch nur zu senken, existiere nicht.³⁶

Allerdings besteht ein strukturelles Manipulationsrisiko bei einer Vielzahl von Beweismitteln, zumal dann, wenn diese erst nach einem Interpretationsakt als Beweis nutzbar sind. In allen diesen Fällen wird das Ergebnis des Tests oder der Analyse durch einen Sachverständigen interpretiert. Das von diesen erstattete Gutachten muss dann – wie jedes andere Beweismittel – kritisch gewürdigt wer-

²⁷ Kircher/Raskin, *Journal of Applied Psychology* 1988, 291 f.

²⁸ Steller, *Psychophysiologische Aussagebeurteilung*, S. 8 f., 75 f.

²⁹ *Undeutsch*, in: Kube/Störzer/Brugger, *Wissenschaftliche Kriminalistik*, Teilbd. 1, 1983, S. 389, 405 ff.

³⁰ Vgl. *Berning*, *MschKrim* 1993, 242 f.

³¹ Zu den Einzelheiten *Undeutsch*, in: Kube/Sterzer/Brugger, S. 389, 403.

³² Exemplarische Aufstellung von Fragen einer „Kontrollfragenuntersuchung“ bei *Sklalansky*, *Evidence – Cases, Commentary and Problems*, Fourth Ed. (2016), 539 (C.E.C. § 351.1 – *State v. Porter* 698 A.2d 739 (Conn. 1997)).

³³ *BGH*, *NJW* 1999, 559.

³⁴ *BGH*, *NJW* 1999, 562 unter Verweis auf *Berning*, *MschKrim* 1993, 248 f.; *Holstein*, *Kriminalistik* 1990, 155 (157).

³⁵ *BGH*, *NJW* 1999, 562 unter Bezugnahme auf *Honts/Perry*, *Law and Human Behavior*, 1992, 357 (373 ff.); *Kircher/Raskin*, *Journal of Applied Psychology* 1988, 291 (299); *Tent*, in: *Undeutsch*, *Hdb. der Psychologie*, Bd. 11, 1967, S. 231 (240): „beating the machine“.

³⁶ *BGH*, *NJW* 1999, 562 unter Verweis auf *Honts/Raskin/Kircher*, *Journal of Applied Psychology* 1994, 252 (258).

den. Dabei spielen auch mögliche Fehlerquellen eine zentrale Rolle. Auch andere Beweismittel können manipuliert werden: Ein Zeuge kann lügen, die Dolmetscherin kann tendenziös oder unvollständig übersetzen, die Zeitangaben auf einem digitalen Überwachungsvideo können verändert worden sein, selbst eine DNA-Spur darf nicht als Tatnachweis gedeutet werden sondern nur als Hinweis, dass sich DNA-Spuren einer bestimmten Person an einem bestimmten Ort befanden. Ob sie von Dritten dort appliziert wurden, muss ebenso kritisch gewürdigt werden. Negativ wirkt sich in Deutschland das Fehlen von Beweismittelstandards in einigen Wissenschaftsbereichen aus.³⁷

Insgesamt lässt sich die ablehnende Haltung des sachverständig beratenen *Senats* auf die Argumente konzentrieren: (1) eine ungesicherte Datenlage, (2) wissenschaftlich nicht abgesicherte Untersuchungsmethoden mit der Folge geringer Validität und relativ hohen Fehlerquoten sowie (3) eine weder auszuschließende noch in ihrer Bedeutung überhaupt abschätzbare Manipulationsgefahr.

III. Erfahrungen mit der Verwendung von Polygraphen im US-amerikanischen Strafverfahren

Es stellt sich die Frage, welche positiven Effekte mit dem Angebot eines freiwilligen Lügendetektortests als entlastendes Beweismittel aus der Sicht der Verteidigung verbunden sind. Legt man die Argumentation des *BGH* zugrunde, so wäre die Überzeugungskraft eines Polygraphentests in etwa so minimal wie die einer eidesstattlichen schriftlichen Versicherung des Beschuldigten, er sei unschuldig. Demgegenüber verweisen die Protagonisten gelegentlich neben dem polnischen und belgischen³⁸ auch auf das US-amerikanische Strafverfahren. Dort bestehe eine weiter entwickelte Waffengleichheit zwischen Anklage und Verteidigung, ein wesentliches Element sei u.a. die Möglichkeit, einen entlastenden Polygraphentest als Beweismittel vorlegen zu können. Gerade in Aussage-gegen-Aussage Konstellationen sei der Beschuldigte auch im deutschen Verfahren häufig dazu gezwungen, aktiv seine Unschuld zu beweisen.³⁹

Auch der *I. Strafsenat* misst den Erfahrungen mit Lügendetektortests in amerikanischen Strafverfahren erhebliche Bedeutung zu. In der 1998er Entscheidung befasst sich der *BGH* ganz ausführlich mit dem Polygraphen, auch seinem Einsatz im amerikanischen Strafverfahren.⁴⁰ Im Ergebnis fehlt es dem *BGH* an einer Verallgemeinerungsfä-

higkeit der Ergebnisse des individuellen Tests und an zuverlässigen Daten über die Fehlerhäufigkeiten. Zudem sieht das Gericht ein nicht abschätzbares Manipulationsrisiko. Daten aus den USA seien nicht vergleichbar, da der Test hier häufig im Vorfeld von Verfahrensabsprachen erfolge. Dort diene der Test häufig dazu, dem Beschuldigten zu verdeutlichen, dass die Beweislage erdrückend sei und seine einzige Chance ein Schuldeingeständnis sei, welches mit einer relativ geringen Strafe honoriert werde. Ob sich auf diese „plea bargainings“ nur tatsächlich Schuldige einließen oder auch viele Unschuldige, die lieber eine moderate Sanktion akzeptieren, als das unkalkulierbare Risiko einer exorbitant hohen Strafe, sei nicht überprüfbar.

Blickt man auf die in amerikanischen Veröffentlichungen zum „Law of Evidence“ beschriebene Datenlage, so ergibt sich grob folgendes Bild: In den USA ist der Polygraphentest wie erwähnt in den meisten Bundesstaaten nicht oder nur eingeschränkt zulässig, wird aber in anderen Staaten relativ häufig verwendet. Untersuchungen zeigen, dass ungefähr 10% falsch-negative Ergebnisse entstehen, der Detektor also „überlistet“ wird. Dagegen fallen ca. 20% Unschuldiger durch den Test, weil sie in der Situation nervös sind. Diese relativ hohen Verzerrungswerte stammen in der Mehrzahl aus den 80er und 90er Jahren, auch da die Technik seinerzeit noch häufiger angewendet wurde.⁴¹ Als sog. „Scientific Evidence“ muss sich die Beweiskraft der „Lie Detection“ an den hierfür entwickelten sog. „*Daubert Criteria*“ messen lassen⁴²: In Ermangelung eines spezifischen Tests, der verwendet werden könne, um zu bestimmen, ob Beweise die erforderliche wissenschaftliche Qualität aufweisen⁴³, schlug der US Supreme-Court 1993 in der *Daubert*-Entscheidung vor, dass jeweils mehrere Faktoren berücksichtigt⁴⁴ werden sollten, um falsch positive Ergebnisse zu vermeiden⁴⁵:

1. Wurden Theorien und Techniken eingesetzt, welche durch (wissenschaftliche) Experten getestet wurden;
2. wurden diese Techniken peer-reviewed und veröffentlicht;
3. ist für die verwendeten Techniken eine überprüfbare Fehlerrate bekannt;
4. existieren Standards für ihre Anwendung, und
5. genießen die zur Anwendung gelangten Theorien und Techniken breite Akzeptanz in dem relevanten Forschungsgebiet.⁴⁶

In einer aktualisierten Beweisregel (Federal Rules of Evidence No. 702) „2000 Amendment of Rule 702“ wurden als zusätzliche Kriterien benannt, 1. die Unabhängigkeit des Sachverständigen, 2. die wissenschaftliche Rechtfertigung getroffener

³⁷ Zur sog. „Forensic Readiness“ s.u. 3.

³⁸ *Putzke*, ZJS 2011, 557; *Putzke/Scheinfeld/Klein/Undeutsch*, ZStW 121 (209), 609 m.w.N.

³⁹ Dazu *Putzke/Scheinfeld/Klein/Undeutsch*, ZStW 121 (209), 608.

⁴⁰ *BGH* NJW 1999, 568 f.

⁴¹ *Sklalansky*, Evidence – Cases, Commentary and Problems, Fourth Ed. (2016), 544 ff.

⁴² Entwickelt in der Entscheidung des Supreme Court *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.* – 509 U.S. 579 (1993), dazu ausf. *Sklalansky*, Evidence – Cases, Commentary and Problems, Fourth Ed. (2016), 513-530.

⁴³ Instruktiv zu den gegenwärtigen Standards der „Forensic Readiness“ bei „Scientific Evidence“ generell, tw. am Beispiel der aktuellen Diskussion um „Digital Evidence“: Bspw. *National Research Council*, Strengthening Forensic Science in the United States: A Path Forward, 2009; *Casey* in: *Casey* (Hrsg.), Digital Evidence and Computer Crime, 3rd Edition, 2011 – „Digital Evidence in the Court Room“, S. 49 ff.; *Endicott-Popovsky/Horowitz*, Unintended Consequences: Digital Evidence in Our Legal System, Washington State Bar News, August 2012, S. 11 ff.; *Marshall*, Digital Forensics – Digital Evidence in Criminal Investigation, 2008; zum englischen Recht vgl. *Roberts/Zuckerman*, Criminal Evidence, 2nd Ed. (2012), 493 ff.

⁴⁴ *Casey* (Fn.1), S. 73 ff.; *Ryan/Shpantzer* (s.o.), S. 2.

⁴⁵ Ausführliche Analyse bei *National Research Council* (s.o.), S. 90 ff.

⁴⁶ *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 509 U.S. 579 (1993), 593 ff.

Ableitungen⁴⁷, 3. angemessene Überprüfung alternativer Erklärungen, 4. Beachtung der wissenschaftlichen Sorgfalt und ob 5, das vom Sachverständigen vertretene Forschungsgebiet überhaupt dazu geeignet ist, zuverlässige Ergebnisse zu der Beweisfrage hervorzubringen.⁴⁸

Diese Faktoren sind nicht erschöpfend und stellen keine Checkliste oder abschließenden Bewertungsmaßstab im Sinne eines „endgültigen Tests“ dar.⁴⁹ Die *Daubert*-Rechtsprechung stellt sich als Weiterentwicklung der tradierten *Frye*-Entscheidung des „District of Columbia Court of Appeals“ aus dem Jahr 1923 zum Umgang mit „Scientific Evidence“ dar, welche die Anforderungen an wissenschaftliche Sachverständige bis heute umreißt (Erfahrung, Ausbildung, Verankerung in allgemein anerkannten Methoden und Verfahren).⁵⁰

Die *Daubert*-Standards müssten bei konsequenter Anwendung u.a. allerdings dazu führen, dass die Ergebnisse von Lügendetektortests von amerikanischen Gerichten nicht mehr als relevante Beweise anerkannt werden können.⁵¹ Diese Validitätskriterien sind dem deutschen Strafverfahrensrecht im Prinzip geläufig und lassen sich ohne weiteres mit den Grundsätzen des Sachverständigenbeweises in § 244 Abs. 4 StPO in Einklang bringen⁵², entsprechende Kataloge sind allerdings nur für relativ wenige Bereiche der Tätigkeit von Sachverständigen verbindlich und konkret festgeschrieben.

Im Strafverfahren können diese Kriterien in zweifacher Hinsicht relevant werden. Zum einen könnte das Beweismittel so präsentiert werden, dass bereits bei seiner Einführung in das Verfahren dargelegt wird, dass die Messung bzw. Datenerhebung den genannten Voraussetzungen entsprechend erfolgte. Das wäre die mit „Forensic Readiness“ verbundene Idealvorstellung, die bspw. bei DNA-Identifizierungsmustern, Fingerabdrücken oder Blutalkoholmessungen weitgehend umgesetzt ist. Zum anderen bezeichnen sie die Maßstäbe der Überprüfung präsentierter Beweismittel durch das Gericht oder die Verteidigung.

Die Problematik findet sich im amerikanischen Verfahren in nahezu gleicher Weise wieder. So heißt es in einer Entscheidung aus 1997⁵³ bspw. „The probative value of polygraphic evidence is very low, even if it satisfies *Daubert* ... (We) conclude that any limited evidentiary value that polygraphic evidence does have is substantially outweighed by its prejudicial effects ... We are convinced of

the continued wisdom of our long established rule of polygraphic inadmissibility ... If, at some future date, substantial evidence indicates that some polygraph or other lie detection technique has reached a sufficiently high level of validity that the probative value of such evidence potentially outweighs its prejudicial impact, we may be forced to revisit this issue ...”. Interessant daran ist neben der – dem *I. Strafsenat* weitgehend entsprechenden – Einschätzung einer geringen Validität gerade mögliche präjudizierende Wirkungen als Gegenargument angeführt werden. Zwar liegt dies zum Teil in der Besonderheit amerikanischer Jury-Entscheidungen begründet (eine einzelne Person kann mithilfe des Polygraphen eine Glaubwürdigkeitseinschätzung vornehmen, die ansonsten immer der gesamten Jury vorbehalten ist). Jedoch können entsprechende Tests auch im deutschen Verfahren zu einer mindestens mittelbaren Beeinträchtigung der Unschuldsvermutung führen (näher unten IV.2.).

Welche taktischen Erwägungen führen in den Vereinigten Staaten gleichwohl zur Verwendung des Polygraphen?

Die zugrundeliegende Idee ist das Recht des Beschuldigten, eigeninitiativ entlastende Beweise zu präsentieren, das nur in begründeten Ausnahmefällen eingeschränkt werden darf.⁵⁴ Diese Position ist wesentlich stärker ausgeprägt, als das der Verteidigung im deutschen Ermittlungsverfahren, die hier noch keinerlei formale Beweisantragsrechte hat. Grund ist ursprünglich die Amtsermittlungsmaxime in Verbindung mit dem Legalitätsprinzip, welche im „inquisitorischen“ Verfahrensmodell die Beweiserhebungskompetenzen im Ermittlungsverfahren weitgehend der Staatsanwaltschaft und Polizei zuweist. Demgegenüber ist die Verteidigung im adversatorisch ausgerichteten US-amerikanischen Verfahren theoretisch eine gleichberechtigte Partei und kann auf eigene Initiative Beweiserhebungen durchführen (lassen). Das Recht auf Beibringung eines Polygraphentests kann dementsprechend entweder vernünftigerweise und verhältnismäßig beschränkt werden, indem man auf Unzuverlässigkeit des Beweismittels abstellt sowie darauf, dass es keinen Aufschluss über die inhaltliche Zuverlässigkeit der Aussage geben kann.⁵⁵ Man kann aber auch argumentieren, dass die Fehlerquote sich im Wesentlichen dahin auswirkt, dass Aussagen unzutreffend als unwahr erscheinen. Dann bestehen keine gleichermaßen durchgreifenden Bedenken gegen die Ver-

⁴⁷ In der Kommentierung zur Fed. R. Evid. 702 Verweis auf *General Electric*, 522 U.S. (at 146): „that there is simply too great an analytical gap between the data and the opinion proffered“, vgl. *National Research Council* (s.o.), S. 93.

⁴⁸ *National Research Council* (s.o.), S. 93 (m.w.N.) – „... that an expert’s testimony is reliable where the discipline itself lacks reliability (...).“ Dies ist mit Blick auf die Zulassung von Sachverständigen angesichts der sich rasch entwickelnden Bereiche der „Digitalen Forensik“ von nicht zu unterschätzender Bedeutung. Ggf. wird hierin ein Grund für einen weiteren Sachverständigen i.S. § 244 Abs. 4 StPO liegen können.

⁴⁹ *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 509 U.S. 579 (1993), 593 ff.

⁵⁰ *Frye v. United States*, 54 App. D. C. 46, 293 F. 1013 (1923).

⁵¹ *Murphy in Sklansky*, Evidence – Cases, Commentary and Problems, Fourth Ed. 2016, S. 606 ff. hin. *Mnookin*, ebenda, S. 613.

⁵² Vgl. *Meyer-Goßner*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 60. Aufl. (2017), § 244 Rn. 75.

⁵³ *State vs. Porter* 698 A.2d 739 (Conn. 1997) – Justice Borden; vgl. *Sklansky*, Evidence – Cases, Commentary and Problems, Fourth Ed. 2016, 535, 545 f.

⁵⁴ *Sklansky*, Evidence – Cases, Commentary and Problems, Fourth Ed. (2016), 547 – *United States v. Scheffer* – 523 U.S. 303 (1998). Die Entscheidung erging zur *Military Rule of Evidence 707* (a) “Notwithstanding any other provision of law, the opinion of a polygraph examiner, or any reference to an offer to take, or taking of a polygraph examination, shall not be admitted into evidence.”

⁵⁵ *Sklansky*, Evidence – Cases, Commentary and Problems, Fourth Ed. (2016), 548 f. – *United States v. Scheffer* – 523 U.S. 303 (1998).

wendung des Polygraphen (nur) zur Entlastung, d.h. entlastende Testergebnisse könnten zugelassen werden.⁵⁶

Ein Polygraphentest kann daher im rationalen Interesse der Verteidigung liegen, wenn er (a) positiv ausfällt, also für die Glaubwürdigkeit des beschuldigten Mandanten, (b) zu einem relativ frühen Verfahrenszeitpunkt vorgelegt wird, damit die entlastenden (c) Aussagen des Beschuldigten einen höheren Beweiswert beziehungsweise Impact für die weiteren Ermittlungen erlangen. Prinzipiell ist also erforderlich, dass der Beschuldigte überhaupt aussagt und zwar entweder ein Alibi präsentieren kann oder zumindest die Tatbegehung glaubhaft leugnen kann. Gerade in letzterem Falle käme dem Test ein Beweiswert zu. Je früher Aussagen und Test erfolgen, umso eher wären sie geeignet, belastende Beweise in Zweifel zu ziehen.

Dass setzt aber voraus, dass für die Verteidigung überhaupt die Möglichkeit besteht, ein eng an die eigene Glaubwürdigkeit geknüpftes Beweismittel im Ermittlungsverfahren präsentieren zu können.

IV. Konsequenzen für das deutsche Strafverfahren

Angesichts der tatsächlichen und rechtlichen Struktur des deutschen Ermittlungsverfahrens, welches auf Beweiserhebungen durch Staatsanwaltschaft und Polizei zugeschnitten ist, könne die dargestellten taktischen Erwägungen nicht in gleicher Weise überzeugen.

1. Durchführung des Tests nur auf Initiative des Beschuldigten

Nimmt man aufgrund der einleitend nur überblicksartig dargelegten verfassungsrechtlichen Erwägungen zum Ausgangspunkt, dass wenn überhaupt, dann nur eine freiwillige Durchführung von Polygraphentests in Betracht zu ziehen ist,⁵⁷ so stellt sich die Frage, auf wessen Veranlassung der Test erfolgen kann. Dies würde zunächst einmal voraussetzen, dass § 136a III StPO nicht die Vornahme entsprechender Tests – auch auf freiwilliger Basis – generell ausschließt. Dass Absatz 3 einen absoluten Ausschlussgrund darstellt, wird von einem Teil der Literatur vertreten. Hauptargument dafür ist, dass „dass der Kern der gegen die Polygraphie erhobenen Bedenken nicht in dem Eindringen in das Innerste der Testperson liegt, sondern in der „Mechanisierung, der Zwischenschaltung der Maschine als solcher, die den Betroffenen zum Inquisiten, zum Objekt in einem apparativen Vorgang macht“.⁵⁸ Genau das untersagt § 136a III 2 StPO. Jedoch lässt sich diese Konsequenz der Norm zumindest qua

Wortlaut nicht entnehmen. Denn dieser bezieht sich auf „Aussagen, die unter Verletzung dieses Verbots zustande gekommen sind“. Dementsprechend wäre entgegen der – insoweit überzeugenderen – Ansicht des *I. Senats* vorauszusetzen, dass die Willensentschließung des Beschuldigten, einen Test selbstverantwortet zu initiieren, auf einer den Methoden des § 136a I StPO vergleichbaren Willensbeeinträchtigung beruhen würde. Denn wenn es im Übrigen heißt, „dürfen auch dann nicht verwertet werden, wenn der Beschuldigte der Verwertung zustimmt“, so meint dies eben Aussagen, die auf einer Verletzung der Willensentschließung beruhen. Dabei ist aber zu differenzieren, dass der Beschuldigte hier ausschließlich eine Auskunft über sein eigenes „für wahr halten“ sowie mittelbar über seine Glaubwürdigkeit liefert, nicht über die sachliche Richtigkeit der Beweisbehauptung. Daher ist dem *I. Strafsenat* darin zuzustimmen, dass § 136a III StPO zunächst nur einen durch die Strafverfolgungsbehörden initiierten Polygraphentest untersagt.

Der vom Beschuldigten selbst herbeigeführte und in fehlerfreier Willensentschließung gewünschte Test verstößt mit dem *I. Strafsenat* nicht gegen die Menschenwürde und unterfällt nicht dem absoluten Erhebungs- und Verwertungsverbot des § 136a StPO.

2. Verwendung nur zur Entlastung

Allerdings stellt sich die Frage, in welcher Weise die Verteidigung eine sinnvolle und möglichst frühzeitige Initiative im System des deutschen Ermittlungsverfahrens überhaupt ergreifen kann. Gelegentlich fällt in diesem Zusammenhang das Argument, auf diese Weise könne die „Waffengleichheit“ im Strafverfahren hergestellt oder zumindest befördert werden.⁵⁹ Anders als im amerikanischen Strafprozess kann die Verteidigung in Deutschland nur geringen Einfluss auf die Erhebung von Beweisen im Ermittlungsverfahren nehmen. Während in den Vereinigten Staaten der Angeklagte ein Recht auf Beibringung von Entlastungsbeweisen und „Discovery“, also Offenlegung bzw. Erforschung von belastendem Beweismaterial geltend machen kann,⁶⁰ fehlen vergleichbare formalisierte beweisrechtliche Positionen im Recht des deutschen Ermittlungsverfahrens. Eine gewisse Ausnahme besteht bei Anwesenheitsrechten, denen i.d.R. aber keine entsprechenden uva. sanktionsbewehrten Pflichten der Ermittlungsorgane korrespondieren. Die Empfehlungen der letzten Reformkommission gingen in die Richtung einer früheren und aktiveren Beteiligung der Verteidigung im Ermittlungsverfahren, wurden jedoch im Wesentlichen nicht umgesetzt.⁶¹ Von „Waffengleichheit“ kann insoweit

⁵⁶ Exemplarisch die „dissenting opinion“ von Justice *Stevens* in der genannten Entscheidung, wiedergegeben in: *Sklalansky*, Evidence – Cases, Commentary and Problems, Fourth Ed. (2016), 550 – *United States v. Scheffer* – 523 U.S. 303 (1998).

⁵⁷ *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, 10. Aufl. (2017), Rn. 595 ff. legt überzeugend dar, dass jedwede Zwangsausübung insoweit einen klaren Verstoß gegen § 136a Abs. 1 StPO darstellen würde; s. auch o. *BGH*, NJW 1999, 657 ff.

⁵⁸ So *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, 10. Aufl. (2017), Rn. 696 mit Verweis auf *Achenbach*, NSTz 1984, 350 f.; vgl. auch *Rogall*, in: SK-StPO, 5. Aufl. (2016), § 136a Rn. 29; *Ahlbrecht*, in: HK-StPO, 5. Aufl. (2012), § 136a Rn. 46; a.A., wie oben dargelegt, *BGH*, NJW 1999, 657 ff. = BGHSt 44 317; *Hamm*, NJW 1999, 922.

⁵⁹ Vgl. *Laudon*, AG *Bautzen*, Freispruch dank Lügendetektor, www.strafakte.de, zuletzt abgerufen am 17.1.2018; *Schmuck/Brügge-Niemann*, NJOZ 2014, 601 (603); in der Sache ähnlich die Falldarstellung bei *Putzke/Scheinfeld*, StraFo 2010, 58 (60 f.)

⁶⁰ Nach wie vor grundlegend die Darstellung bei *Subin/Mirsky/Weinstein*, The Criminal Process – Prosecution and Defense Functions, 1993 (2003), 1 ff. 35 ff. 214 ff.

⁶¹ Dazu *Momsen*, in: Bild und Selbstbild der Strafverteidigung, Schriftenreihe der Strafverteidigervereinigungen, Band 40, 2017, S. 83 ff.

im Ermittlungsverfahren schon strukturbedingt nicht die Rede sein. Dennoch wäre es wünschenswert, dass die Verteidigung auch bei uns stärker an Ermittlungen beteiligt wird, um ggf. frühzeitig Entlastungsbeweise präsentieren zu können. Aus dieser Perspektive wäre die Recht, einen Lügendetektortest als Entlastungsbeweis beibringen zu können, ein Schritt in die richtige Richtung. Aufgrund seines eingeschränkten Beweiswerts kann ein Lügendetektortest keine Waffengleichheit herstellen, hier sind andere Instrumente wie die frühe Beteiligung an offenen Beweiserhebungen, insbesondere Vernehmungen uva. die frühzeitige Bestellung von Verteidigern wesentlich wichtiger. Entscheidend ist, dass ein solcher Test, wenn überhaupt, dann nur als entlastendes Beweismittel akzeptabel wäre. Dies lässt sich nicht allein dadurch sicherstellen, dass der Test überhaupt nur als freiwilliges Beweisbegehren verfassungsrechtlich legitimierbar ist (s.o.). Denn auch der freiwillige Test kann ein negatives Ergebnis produzieren. Dies könnte man im Prinzip als Risiko einer sachgerechten Verteidigung verbuchen. Wie im vorstehenden Abschnitt dargelegt, sind die methodischen Unsicherheiten der derzeit zur Verfügung stehenden Verfahren aber nur dann tolerabel, wenn sie sich nicht zulasten des Beschuldigten auswirken.⁶² Um eine informelle Beweisverwertung zu verhindern⁶³, wäre es an sich geboten, die Tests unter Aufsicht der Verteidigung und nicht der Ermittlungsbehörden durchführen zu lassen. Nur dann wäre ausgeschlossen, dass die Ermittlungsbehörden ein negatives Ergebnis nicht doch informell zur weiteren Ermittlungshypothese machen. Die Tests wären dann derzeit einzuordnen wie privat von der Verteidigung in Auftrag gegebene Sachverständigengutachten (Glaubhaftigkeits- und eingeschränkt Glaubwürdigkeitsgutachten), was ihren Beweiswert de facto weiter reduzieren würde. Zwar sind diese Beweismittel in der Hauptverhandlung den vom Gericht in Auftrag gegebenen Gutachten prinzipiell gleichzustellen und § 220 StPO gewährleistet grundsätzlich ihre Berücksichtigung.⁶⁴ Ob der das Testergebnis interpretierende Sachverständige gegenüber dem psychologisch-psychiatrischen Glaubwürdigkeitsgutachter über „überlegene Sachkunde“ verfügt, sei dahingestellt, jedenfalls würde eine andere Methode angewendet werden.

Im Ermittlungsverfahren sind jedoch weder die Staatsanwaltschaft (bzw die Polizei) noch das Gericht an einen Vorschlag der anderen Verfahrensbeteiligten gebunden.⁶⁵ Auch unabhängig von der Zulässigkeit des Polygraphenbeweises wäre daher ein echtes Beweiserhebungsrecht der Verteidigung im Ermittlungsverfahren anzustreben.

Unter diesen Voraussetzungen wäre es denkbar, dass den Tests ein unmittelbarer Beweiswert zukommen könnte, begrenzt durch die Validität der Testmethoden und die Reichweite des Beweisergebnisses – die subjektive Überzeugung der Aussageperson von der Wahrheit ihrer Aussage.

3. Relativierung der Unschuldsvermutung

Zu berücksichtigen ist, dass die Einbeziehung von Polygraphentests, zwar keine unmittelbare Auswirkung auf die Unschuldsvermutung erlangen kann, wenn sie nur auf freiwilliger Basis und nur als Entlastungsbeweis eingeführt werden dürften, da sich die bestehenden Zweifel an der Validität der Tests nicht zulasten des Beschuldigten auswirken könnten. Gleichwohl kann es mittelbar zu einer Relativierung des In-dubio Satzes kommen: Denn ähnlich wie bei DNA Reihentests könnte gleichsam informell ein Zwang zur potentiell selbstbelastenden Teilnahme entstehen.⁶⁶ D.h., wird kein Polygraphentest angeboten bzw. vorgelegt, könnte dies im Umkehrschluss dafür sprechen, dass der Beschuldigte den Test scheut – oder ihn in dem vorstehend skizzierten Modell nicht vorlegt, weil er kein positives Ergebnis erzielen konnte. Beides würde könnte so ausgelegt werden, dass ein nicht erbrachter Entlastungsbeweis belastend wirkt, sofern (vermeintlich unschuldige) Beschuldigte regelmäßig Tests anbieten würden. Das Fehlen des positiven Polygraphentests würde zum belastenden Indiz. Auch im Verhältnis zu Mitbeschuldigten kann hier ein erheblicher Druck aufgebaut werden, sich ebenfalls einem Test zu unterziehen.⁶⁷ Zwar untersagt der Grundsatz In-dubio-pro-reo eine solche informelle Beweiswürdigung. Psychologisch ist es für Ermittler und Gerichte jedoch sehr schwer, Ergebnisse, die man nicht verwerten darf, wie belastende Testergebnisse, zu ignorieren – oder die Unterlassung des an sich naheliegenden Entlastungsbeweises nicht zu hinterfragen.

4. Kognitive Dissonanzen

Damit geht es letztlich um das Risiko, dass auf Seiten der Strafverfolgungsorgane sog. „kognitive Dissonanzen“ auftreten, welche in der Beweiswürdigung zu erwartungsbasierten Fehlschlüssen oder einem fehlerhaften Framing

⁶² Vgl. oben II.

⁶³ Dazu ausf. Momsen/Washington, in: FS-Rogall (im Erscheinen).

⁶⁴ Eisenberg, Beweisrecht der StPO, 10. Aufl. (2017), Rn. 1527a/b.

⁶⁵ Sogar eine mittelbare Steuerung der Auswahl durch Erklärung des Angeklagten oder Verurteilten, sich nur von einem anderen Sachverständigen untersuchen zu lassen, ist gesetzwidrig; vgl. Eisenberg, Beweisrecht der StPO, 10. Aufl. (2017), Rn. 1527a mit Verweis auf BGH NStZ 98 425 bzw. StA bei dem KG Berlin, Urt. v. 17. 3. 96 – 1 AR 217/96; abw. KG Berlin, StV 1997, 65; dagegen Anm. Düring/Eisenberg, StV 1997, 458; zum Verhältnis zu privat bestelltem Sachverständigen s. BGH, StV 1999, 464 mit krit. Anm. Zieschang; für ein weitergehendes Recht des Beschuldigten auf Sachverständigenbestellung: Zwiheoff, Das Recht auf den Sachverständigen, 2000, S. 145 ff.

⁶⁶ Nestler, JA 2017, 16 unter Hinweis auf Eisenberg, Beweisrecht der StPO, 10. Aufl. (2017), Rn. 699; Diemer, in: KK-StPO, 7. Aufl. (2013), § 136a Rn. 34; Kretschmer, in: Radtke/Hohmann, StPO, 2011, § 136a Rn. 38 und (in der Tat plakativ) Frister, ZStW 1994, 303 (325): Es bestehe das Risiko der Annahme, „jeder, der einen mittels eines Polygraphen durchgeführten Test zu seiner Entlastung nicht von sich aus beantragt oder diesen gar ausdrücklich ablehnt, habe etwas zu verbergen...“; dagegen Putzke/Scheinfeld/Klein/Undeutsch, ZStW 121 (2009), 630 ff.;

⁶⁷ Frister, ZStW 106 (1994), 303 (324 f.); Gleß, in: LR-StPO, 26. Aufl. (2012), § 136a Rn. 64; dagegen Putzke/Scheinfeld/Klein/Undeutsch, ZStW 121 (2009), 633 f.

des Beweiswürdigungskontextes führen.⁶⁸ Häufig findet eine Art informelle und intransparente innere Beweiswürdigung in der Weise statt, dass man aufgrund des Fehlens an sich zu erwartender Entlastungsbeweise oder bei Vorliegen von in den Erwartungshorizont passenden Belastungsbeweisen andere Belastungsbeweise umso überzeugender findet. Diese Fehlerquelle der „kognitiver Dissonanz“ ist nur schwer zu eliminieren. Sofern man nicht die Tests außerhalb der Strafverfolgungsbehörden durchführen ließe, könnte man daran denken, dass die Sachverständigen den Ermittlern oder Gerichten lediglich mitteilen dürfen, ob das Ergebnis überzeugend entlastend ausfällt oder nicht. Im ersteren Fall könnten dann die Fragen usw. im Rahmen des Gutachtens berichtet werden, im letzteren müssten die Details unter Verschluss bleiben. Entscheidend bleibt aber letztlich, dass den Gerichten und Ermittlungsbehörden die mögliche Unverwertbarkeit bewusst ist und sie dies durch eine genaue Dokumentation des Entscheidungsprozesses transparent machen. Transparenz der Beweiswürdigung und personelle Trennung entsprechender Entscheidungen können in jedem Fall die Gefahr verringern, infolge kognitiver Dissonanzen Beweise dem Rahmen der eigenen Erwartung entsprechend zu würdigen.⁶⁹

V. Ausblick - Polygraphentests als effektives Verteidigungsmittel?

Polygraphentests werden vermutlich im deutschen Strafverfahren in näherer Zukunft keine nachhaltige Verschiebung der defizitären Stellung der Verteidigung im Ermittlungsverfahren herbeiführen können. Diese kann nur durch eine echte Strukturreform des Ermittlungsverfahrens erfolgen. Der Sachverständigenbeweis mittels Lügendetektor kann zwar unter den genannten Voraussetzungen neben psychologisch-psychiatrische Glaubwürdigkeitsgutachten treten, wird aber vermutlich in absehbarer Zeit keine hervorragende Bedeutung als besonders effektives unmittelbar entlastendes Beweismittel erlangen.

Hierfür scheinen die Fehlerquellen der Untersuchungsverfahren bis auf weiteres zu groß zu sein.⁷⁰

Auf der anderen Seite ist zu berücksichtigen, dass auch im deutschen Strafverfahren Absprachen seit der 1998er Entscheidung des 1. Strafsenats erheblich an Bedeutung gewonnen haben. Auch im deutschen Strafverfahren kommt es immer häufiger nicht zu einem Urteil sondern zu einer konsensualen Verfahrensbeendigung im Ermittlungsverfahren, bspw. nach §§ 153 ff. StPO. Oder ein Urteil beruht im Verfahren nach § 257c StPO nur auf einer stark reduzierten Beweisaufnahme. Bei diesen Entscheidungen könnte eine Unterstützung der Glaubhaftigkeit der Angaben durch einen Polygraphentest ein gewisses Gewicht erlangen. Entscheidend bleibt aber, sofern es zu einer Hauptverhandlung kommt, § 261 StPO – die sog. „freie richterliche Beweiswürdigung“. Denn das Gericht muss in jedem Fall würdigen und transparent begründen, warum es welche Beweismittel seiner Überzeugung zugrunde legt. Dabei muss es auch mögliche alternative Geschehensverläufe überprüfen. In diesem Kontext spricht wenig dagegen, das Ergebnis eines Polygraphentests mit heranzuziehen. Für sich allein, wird es allerdings wenig beweisen können, sondern nur im Zusammenhang mit anderen Beweismitteln. Im Ermittlungsverfahren könnte ein solcher Test Veranlassung sein, alternativen Geschehensverläufen intensivere Beachtung zu schenken und vermeintlich schlüssige Beweisketten einer erneuten Überprüfung

⁶⁸ Daniel Kahnemann, *Thinking, Fast and Slow*, 2012; dessen Erkenntnisse übertragen auf US-amerikanische Strafverfahren und legen überzeugend dar, wie es zu nahezu unbewussten Vorverurteilungen kommen kann, L. Song Richardson & Phillip Atiba Goff, *Self-Defense and the Suspicion Heuristic*, IOWA LAW REVIEW, Vol. 98 (2012), 293 ff.

⁶⁹ Vgl. *Frister ZStW* 1994, 303 (325). Die Struktur des deutschen Strafverfahrens, insbesondere des Zwischenverfahrens, welches gerade kein unabhängiges Beweisprüfungsverfahren darstellt, verstärkt diese Effekte erheblich, dazu ausf. *Momsen/Washington*, in: FS-Eisenberg (im Erscheinen). Entsprechenden Fehlschlüssen können natürlich auch die Sachverständigen bei der Interpretation ihrer Daten erliegen, dazu aufschlussreich *Roberts/Zuckerman*, *Criminal Evidence*, 2nd Ed. (2012), 478 ff. Auf die spezifische Gefahr, dass Gerichte komplexe wissenschaftliche Beweise, die ihnen methodisch nicht (ohne erheblichen Zeitaufwand) zugänglich sind, erst Recht im Sinne eigener Erwartungen interpretieren, weist *Murphy*, in: *Sklalansky*, *Evidence – Cases, Commentary and Problems*, Fourth Ed. (2016), S. 606 ff. hin. *Mnookin*, ebenda, S. 613, unterstreicht, dass mit Ausnahme von DNA-Spuren kaum eine Methode der Scientific Evidence dazu geeignet sei, eine sichere Verbindung zwischen dem Beweis und einem spezifischen Individuum oder einer spezifischen Quelle herzustellen, was infolge einer hohen Vertrauensersparnis in diese „objektiven Beweise“ bei deren Würdigung häufig nicht bewusst sei.

⁷⁰ Selbst wenn die Tests in Zukunft zuverlässiger geworden sein sollten, werden sie also kaum mehr als einen Anhaltspunkt darstellen können. Zuvor allerdings bedürfte es einer breiteren Datenbasis, um die Verlässlichkeit der Tests besser einschätzen zu können. Solange sie allerdings im Strafverfahren nicht verwendet werden können, wird es schwierig, brauchbare Daten zu sammeln. Insofern verblüfft die recht apodiktische Behauptung von *Putzke/Scheinfeld/Klein/Undeutsch*, *ZStW* 121 (2009), 628: „Aus den empirischen Daten schließen alle in Deutschland tätigen forensischen Psychologen, die die vollumfängliche amerikanische Ausbildung als forensische Psychopsychologen nach den Richtlinien der *American Polygraph Association* durchlaufen haben und auf diesem Gebiet in Deutschland tätig sind, dass die Vergleichsfragenmethode zur Abklärung des Verdachts eines Sexualdelikts gut geeignet ist. Gerade in der Praxis des US-amerikanischen Strafverfahrens scheinen die Bedenken tatsächlich eher zuzunehmen, vgl. *State v. A.O. – 965 A.2.d 152 (N.J. 2009)* in *Sklalansky*, *Evidence – Cases, Commentary and Problems*, Fourth Ed. 2016, 551: „Twenty eight states bar the admission of polygraph evidence outright ... Virtually all the other states to consider the issue – eighteen in total – limit the admission of polygraph evidence to cases where both parties stipulate to its use (Anm. die quasi vertragliche Vereinbarung ist ein Spezifikum des US-amerikanischen Rechts) ... Only New Mexico allows ... without stipulation ... Underscoring the widespread skepticism about the polygraph’s liability, four states ... have experimented with allowing the admission of polygraph evidence for a number of years, only to reject the practice and reinstate the traditional rule of inadmissibility ...“

zu unterziehen.⁷¹ Sofern mit ausreichender Wahrscheinlichkeit davon auszugehen wäre, dass der Beschuldigte selbst von seinen entlastenden Angaben überzeugt ist, wären neben alternativen Geschehensverläufen zumindest die subjektive Tatseite, ggf. auch die Schuldhaftigkeit des vorgeworfenen Verhaltens einer kritischeren Analyse zu unterziehen.

Der Test wäre dann letztlich eine Aufforderung an Ermittlungsbehörden und Gerichte, weitere entlastende Beweis-

mittel nochmals zu bewerten und ggf. weiter in dieser Richtung zu ermitteln. Eine Befassung mit dem Test müsste in der Abschlussverfügung oder im Beweiswürdigungsteil der Urteilsgründe nachvollziehbar dargelegt werden. Staatlich angeordnete Polygraphentests oder eine Verwendung auch freiwilliger Tests zu Lasten des Beschuldigten sind demgegenüber aus den bereits genannten Gründen indiskutabel.

⁷¹ Auch insoweit kann es bereits während der Ermittlungen zu erwartungsbasierten Fehlschlüssen kommen, mit der Folge das entlastende Indizien von vornherein als weniger überzeugend wahrgenommen werden, wenn sie (kriminalistischer) Erwartung zu widersprechen scheinen; näher *Momsen/Washington*, in: FS-Eisenberg (im Erscheinen).