

## Entscheidungsbesprechung

### Untersuchung mittels eines Polygraphen (Lügendetektor) als ungeeignetes Beweismittel

**1. Bei dem Antrag der Verteidigung, dem Angeklagten „auf Staatskosten die Zulassung zur freiwilligen Durchführung einer wissenschaftlichen polygraphischen Untersuchung [...] zu genehmigen“ handelt es sich um keinen Beweis Antrag, dessen Ablehnung den Maßstäben des § 244 StPO entsprechen muss.**

**2. Selbst wenn dem Ergebnis einer polygraphischen Untersuchung auch nur ein geringfügiger indizieller Beweiswert zukäme, bestehen die im Urteil vom 17. Dezember 1998 (1 StR 156/98, BGHSt 44, 308, 323 ff.) dargelegten grundsätzlichen Einwände gegen den sog. Kontrollfragentest uneingeschränkt fort (Leitsätze des Bearb.).**

StPO §§ 244 Abs. 3 S. 2 Var. 4, 261

BGH, Beschl. v. 30.11.2010 – 1 StR 509/10<sup>1</sup>

#### I. Einleitung

Wer in unseren beiden unmittelbaren Nachbarländern Polen<sup>2</sup> oder Belgien zu Unrecht angeklagt wird, hat – vor allem wenn Aussage gegen Aussage steht – einen guten Grund, nicht gänzlich zu verzagen. Denn es steht ihm frei, sich einer physiopsychologischen Untersuchung mittels eines Polygraphen<sup>3</sup> (kurz: einer polygraphischen Untersuchung) zu unterziehen. Die dortige Justiz wird ein entlastendes Ergebnis wie jedes andere Beweismittel behandeln, es kritisch prüfen und in einer Gesamtschau mit anderen be- oder entlastenden Beweismitteln würdigen. Wer sich in der gleichen Situation in Deutschland befindet, hat weniger Grund zur Zuversicht. Was polnischen oder belgischen Richtern erlaubt ist, versucht

<sup>1</sup> Die Entscheidung ist abgedruckt in HRRS 2011 Nr. 220 = NStZ 2011, 474.

<sup>2</sup> Zur Rechtslage in Polen siehe *Jaworski*, NStZ 2008, 195.

<sup>3</sup> Er wird umgangssprachlich oft als „Lügendetektor“ bezeichnet, was in der Sache aber falsch ist, weil ein Polygraph (= Vielschreiber, teilweise wird das Gerät auch Mehrkanalschreiber oder Biosignalgerät genannt) keine Lügen „aufspürt“ (lat.: *detegere*), sondern physiopsychologische (unge nau: psychophysiologische) Parameter misst und aufzeichnet, die wegen emotionaler Belastung Veränderungen unterworfen sind. Bei den aufgezeichneten peripher-physiologischen Variablen handelt es sich üblicherweise um: Atemtätigkeit, Blutdruck, elektrische Leitfähigkeit der Haut und die vasomotorische Aktivität (gemessen als Blutfülle in den Kapillaren der Haut über einer Fingerkuppe). Ebenso wie die Kurven eines Elektrokardiogramms (EKG) als solche keine Auskunft über Erkrankungen des Herzens geben, sondern der Interpretation eines Spezialisten bedürfen, sind körperliche Erregungszustände, die ein Polygraph aufzeichnet, für sich betrachtet nichtssagend. Allein aus den Reaktionskurven lässt sich nichts herleiten, weshalb die Bezeichnung als „Lügendetektor“ irreführend ist.

der *1. Strafsenat* den deutschen Richtern an untergeordneten Gerichten hartnäckig zu verweigern.

Nicht zum ersten Mal hat den BGH nun ein Fall erreicht, in dem ein Angeklagter sich bemüht hatte, mittels einer polygraphischen Untersuchung seine Unschuld zu beweisen. Anders als im Jahr 1998, als der *1. Strafsenat* eine ganze Reihe von Sachverständigen anhörte und sich immerhin Mühe gab, seine letztlich ablehnende Entscheidung zu begründen, macht es sich der *1. Strafsenat*, in gänzlich anderer Besetzung,<sup>4</sup> in seiner aktuellen Entscheidung besonders leicht: Neue Erkenntnisse zur Validität<sup>5</sup> seien nicht vorhanden; selbst wenn es sie gäbe, wäre dies ohne Belang, weil die in BGHSt 44, 308 (323 ff.) formulierten Einwände gegen den Kontrollfragentest<sup>6</sup> Bestand hätten. Bei einer derart dünnen Begründung könnte man – in Anlehnung an eine Lieblingsformulierung der Revisionsgerichte<sup>7</sup> – glatt sagen: Die Entscheidung ist „offensichtlich unbegründet“.

<sup>4</sup> Allerdings ohne (sichtbare) Beteiligung seines Vorsitzenden *Armin Nack*.

<sup>5</sup> Mit Validität wird die Gültigkeit/Genauigkeit bezeichnet, mit der ein Messgerät misst, was es messen soll.

<sup>6</sup> Beim sog. Kontroll- oder Vergleichsfragentest wird der zu Untersuchende direkt gefragt, ob er die aufzuklärende Tat handlung begangen habe. Die auf den Tatvorwurf zielenden Fragen (in der Regel sind es drei) werden als Tatfragen bezeichnet. Sie werden in Beziehung gesetzt zu (möglichst vier) Vergleichsfragen. Der methodische Ansatz besteht darin, dass die Reaktionen einer Person auf die tatbezogenen Fragen zu vergleichen sind mit den Reaktionen derselben Person auf dargebotene Vergleichsfragen. Die tatbezogenen Fragen lösen sowohl beim Täter als auch beim fälschlich Verdächtigten eine starke Reaktion aus. Beim fälschlich Verdächtigten lösen die Vergleichsfragen aber noch stärkere Reaktionen als die tatbezogenen Fragen aus, während der Täter von der Bedrohung, die von den tatbezogenen Fragen für ihn ausgeht, überhaupt nicht abzulenken ist. Damit die Vergleichsfragen ihren Zweck erfüllen, müssen sie so formuliert werden, dass sie den Probanden während der Dauer der Untersuchung „beschäftigen“, ihre gewissenhafte Beantwortung ihm also „zu schaffen macht“. Um dies zu erreichen, beziehen sich die Vergleichsfragen auf sozial missbilligtes Verhalten des Untersuchten, und zwar auf dem gleichen Normgebiet, dem auch die Taten angehören, deren er verdächtigt wird (ausführlich zum Ablauf der Untersuchung: *Putzke/Scheinfeld/Klein/Undeutsch*, ZStW 121 [2009], 607 [613 ff.]).

<sup>7</sup> Annähernd 90 % der Revisionen werden durch Beschluss entweder gem. § 349 Abs. 1 StPO als „unzulässig“ oder gem. § 349 Abs. 2 StPO als „offensichtlich unbegründet“ verworfen. Sowohl die von den Revisionsgerichten aufgestellten formalen Anforderungen als auch die fehlende Begründungsbedürftigkeit sind nicht vereinbar mit der Garantie effektiven Rechtsschutzes aus Art. 19 Abs. 4 GG bzw. dem Anspruch auf rechtliches Gehör (anders sieht dies freilich das Bundesverfassungsgericht, vgl. BVerfG NJW 2003, 1924 bzw. BVerfG NStZ 2002, 487).

## II. Das Verhältnis des 1. Strafsenats zur Polygraphie

Nun muss man nichts begründen, was keiner Begründung bedarf. Freilich ist BGHSt 44, 308 schon dreizehn Jahre alt und keineswegs markiert diese Entscheidung einen Endpunkt der Diskussion.

### 1. Die erste Polygraphen-Entscheidung (1954)

a) Ein Ende der Debatte vermochte schon die 1. Polygraphen-Entscheidung vom 16.2.1954 nicht herbeizuführen. Damals entschied der 1. Strafsenat, dass der Einsatz eines Polygraphen mit Blick auf die von § 136a StPO geschützte Freiheit der Willensentschließung und Willensbetätigung des Beschuldigten unzulässig sei: „Neben der bewußten und gewollten Antwort auf die Fragen ‚antwortet‘, ohne daß der Beschuldigte es hindern kann, auch das Unbewußte“<sup>8</sup>. Deshalb sei – ohne Rücksicht auf die Zustimmung des Beschuldigten – sogar ein Verstoß gegen die von Art. 1 Abs. 1 GG geschützte Menschenwürde gegeben.

Ähnlich sah dies im Jahr 1981 das Bundesverfassungsgericht: „Eine derartige ‚Durchleuchtung‘ der Person, welche die Aussage als deren ureigenste Leistung entwertet und den Untersuchten zu einem bloßen Anhängsel eines Apparates werden läßt, greift in unzulässiger Weise in das durch Art. 2 I i.V. mit Art. 1 I GG geschützte Persönlichkeitsrecht des Betroffenen ein, das der Wahrheitserforschung im Strafverfahren Grenzen setzt“<sup>9</sup>.

b) Wohlbemerkt ergingen diese Entscheidungen gerade nicht in Fällen, in denen der Einsatz eines Polygraphen gegen den Willen eines Beschuldigten stattfinden sollte,<sup>10</sup> sie betrafen vielmehr Fälle, in denen der Beschuldigte die Untersuchung wünschte, um sich zu entlasten. Da der Zynismus der Begründung mit Händen zu greifen war (ein unschuldig Verurteilter muss eine jahrelange oder gar eine lebenslängliche Haftstrafe erdulden, weil man zum Schutze seines Persönlichkeitsrechts einen zuverlässigen Entlastungsbeweis für

unzulässig erklärt), stieß der Begründungsansatz auf deutliche Kritik.<sup>11</sup>

### 2. Die zweite Polygraphen-Entscheidung (1998)

Deshalb war es richtig, dass der BGH in puncto Persönlichkeitsrecht und Würdeschutz in seiner 2. Polygraphen-Entscheidung vom 17.12.1998 darauf hinwies, dass von einem „Einblick in die Seele des Beschuldigten“<sup>12</sup> keine Rede sein könne. Bei einer freiwilligen Untersuchung bleibe der Beschuldigte vielmehr „in seiner Subjektstellung unangetastet“, weshalb weder § 136a StPO noch Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG verletzt seien.<sup>13</sup>

Diese Einsicht war überfällig. Sie mag den Bundesrichtern aber auch leicht gefallen sein, denn sie verweigerten den Entlastungsbeweis aus anderen Gründen, gestützt vor allem darauf, dass es sich bei einer polygraphischen Untersuchung um ein „völlig ungeeignetes Beweismittel“ handele.<sup>14</sup> Deshalb dürfe ein entsprechender Beweis Antrag gem. § 244 Abs. 3 S. 2 Var. 4 StPO abgelehnt werden.

Der Senat stützte seine Überzeugungsbildung zur scheinbaren Ungeeignetheit zum einen auf den Forschungsstand, den sich die Bundesrichter damals von vier Sachverständigen darstellen und erläutern ließen.<sup>15</sup> Danach kamen sie zu dem Schluss: Es handele sich bei dem Kontrollfragentest nicht um eine in den maßgebenden Fachkreisen allgemein und zweifelsfrei als richtig und zuverlässig eingestufte Methode. Unter Berücksichtigung der „vorliegenden Validitätsstudien“ komme ihr „keinerlei Beweiswert“ zu.

Gänzlich aber schlugen die Richter die Tür nicht zu: Einen „gewissen indiziellen Beweiswert“ könnte das Kontrollfrageverfahren haben, „wenn eine hinreichend breite Datenbasis belegen würde, daß – warum auch immer – bestimmte gemessene Körperreaktionen mit einem Verhalten (hier: wahre oder unwahre Äußerung) in hohem Maße zusammenhängen“<sup>16</sup>. Mit Blick auf Untersuchungen, die für einen solchen Zusammenhang sprachen,<sup>17</sup> hatte der Senat jedoch –

<sup>8</sup> BGHSt 5, 332 (335).

<sup>9</sup> BVerfG NJW 1982, 375. Auf Distanz zu diesem Argument geht aber schon BVerfG, Beschl. v. 15.10.1997 – 2 BvR 1211/97) = StraFo 1998, 16.

<sup>10</sup> Zum einen unterfiele ein solcher Einsatz zweifellos dem normativen Verbot des § 136a Abs. 1 S. 2 StPO – oder höher angesetzt: würde den nemo-tenetur-Grundsatz verletzen (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1, 20 Abs. 3 GG; Art. 14 Abs. 3 lit. g IPbPR), wonach niemand dazu gezwungen werden darf, sich selbst zu belasten (näher Putzke/Scheinfeld, Strafprozessrecht, 4. Aufl. 2012, Rn. 120). Zum andern wäre eine polygraphische Untersuchung gegen den Willen nicht gut durchführbar, weil der Beschuldigte, soll die Untersuchung erfolgreich sein, mitwirken muss. Er muss helfen, die Vergleichsfragen zu entwickeln, und er darf die Aufzeichnungen des Polygraphen nicht durch Körperbewegungen, auch nicht durch geringfügige, unbrauchbar machen, was leicht möglich ist (vgl. Undeutsch/Klein, Praxis der Rechtspsychologie Sonderheft 1999, 45 [100 f.]; Schwabe, NJW 1979, 576 [577]).

<sup>11</sup> Siehe nur Schwabe, NJW 1979, 576 (579). Selbst wenn man auf „Rechte“ der Allgemeinheit (dahingehend Peters, ZStW 87 [1975], 663 [672]) oder Rechte anderer Beschuldigter (so Frister, ZStW 106 [1994], 303 [324 f.]) abstellt, ergibt sich daraus kein tragfähiges Argument, einem Beschuldigten die Einführung eines entlastenden Ergebnisses einer polygraphischen Untersuchung zu verwehren (ausführlich dazu Putzke/Scheinfeld/Klein/Undeutsch, ZStW 121 [2009], 607 [633 ff.]).

<sup>12</sup> BGHSt 44, 308 (315).

<sup>13</sup> BGHSt 44, 308 (317).

<sup>14</sup> BGHSt 44, 308. Diesem Votum hat sich der 6. Zivilsenat im Jahr 2003 angeschlossen (BGH NJW 2003, 2527).

<sup>15</sup> Darunter der renommierte Rechtspsychologe Prof. Dr. rer. nat. Udo Undeutsch, über den die Journalistin Gisela Friedrichsen in ihrem Beitrag „Wahrheit um jeden Preis?“ (in: Der Spiegel 39/1998) schrieb: „Der Kampf um den Lügendetektor ist die Geschichte Undeutschs.“

<sup>16</sup> BGHSt 44, 308 (322).

<sup>17</sup> Siehe dazu Undeutsch/Klein, Praxis der Rechtspsychologie Sonderheft 1999, 45 (76 ff.).

bezogen auf den Stand der wissenschaftlichen Forschung im Jahr 1998 – „tiefgreifende Bedenken“<sup>18</sup>.

### 3. Die dritte Polygraphen-Entscheidung (2010)

Auch die 3. Polygraphen-Entscheidung des *1. Strafsenats* vom 30.11.2010 gibt dem Entlastungsbeweis mittels polygraphischer Untersuchungen keinen Kredit.

a) Dabei weisen die Bundesrichter zunächst darauf hin, dass es sich bei dem Antrag, dem Angeklagten „auf Staatskosten die Zulassung zur freiwilligen Durchführung einer wissenschaftlichen polygraphischen Untersuchung [...] zu genehmigen“, schon um keinen Beweisantrag gehandelt habe, weil „nicht die Vernehmung eines Sachverständigen zu einer bestimmten Beweistatsache verlangt werde, sondern lediglich die [...] Untersuchung des Angeklagten unter Einsatz eines Polygraphen“.<sup>19</sup>

Ein derartiges Vorgehen der Verteidigung, darauf gerichtet, mittels einer polygraphischen Untersuchung Einfluss auf die Überzeugungsbildung zu nehmen, spricht nicht gerade für deren Qualität. Es sollte bekannt sein, dass es sich bei einem Beweisantrag um das ernsthafte Verlangen eines Prozessbeteiligten handelt, Beweis zu erheben über eine Behauptung, welche die Schuld- oder Rechtsfolgenfrage betrifft, durch bestimmte, nach der Strafprozessordnung zulässige Beweismittel.<sup>20</sup>

Um das Ergebnis einer privat veranlassten und entlastenden polygraphischen Untersuchung in eine Hauptverhandlung einzuführen sind danach jedenfalls die tatbezogenen Fragen sowie die jeweiligen Ergebnisse der polygraphischen Untersuchung anzugeben, was durch die Vernehmung des Sachverständigen, der die polygraphische Untersuchung vorgenommen hat, unter Beweis zu stellen ist. Zusätzlich sollte die Vernehmung eines Sachverständigen zum Beweis der Tatsache beantragt werden, dass die wissenschaftliche Forschung inzwischen einen Stand erreicht hat, die den seinerzeit vom BGH geäußerten Bedenken Rechnung trägt und sie ausräumt, m.a.W. dass die polygraphische Methode inzwischen valide ist.<sup>21</sup>

b) Abgesehen von solch formaler Kritik sichert der *1. Strafsenat* sich bei seiner Ablehnung gleich in doppelter Hinsicht ab: Nach wie vor gebe es keine hinreichend breite Datenbasis, mit der sich ein Zusammenhang zwischen mittels des Polygraphen gemessenen Körperreaktionen und einem bestimmten Verhalten belegen lasse. Aber selbst wenn es sie gäbe, wäre ein indizieller Beweiswert gleichwohl zu verneinen, weil die in BGHSt 44, 308 (323 ff.) formulierten Einwände Bestand hätten.

<sup>18</sup> BGHSt 44, 308 (323).

<sup>19</sup> BGH NStZ 2011, 474 (475).

<sup>20</sup> Siehe etwa Putzke/Scheinfeld (Fn. 10), Rn. 602; Fischer, in: Hannich (Hrsg.), *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, 6. Aufl. 2008, § 244 Rn. 67; siehe dazu auch BGH NJW 1987, 2384 (2385) sowie BGH NStZ 1999, 578 (worauf der *1. Strafsenat* in der hier besprochenen Entscheidung hinweist).

<sup>21</sup> Ausführlich zum Inhalt eines entsprechenden Beweisantrags siehe Putzke/Scheinfeld, *StraFo* 2010, 58 (62 f.).

### III. Bewertung der 3. Polygraphie-Entscheidung

Darin erschöpfen sich im Wesentlichen die Bemühungen des *1. Strafsenats*, seine Entscheidung zu begründen. Ein sechs Sätze umfassender Absatz unterschreitet jedenfalls dann das erforderliche Begründungsniveau, wenn jegliche Auseinandersetzung mit Kritik fehlt, obwohl gerade die in BGHSt 44, 308 (323 ff.) angegebenen Einwände, auf die der *1. Strafsenat* in seiner jüngsten Entscheidung ausdrücklich verweist, mitnichten unwidersprochen geblieben sind.<sup>22</sup> Zudem bezogen sich die Einwände auf den damaligen „Stand der wissenschaftlichen Forschung“<sup>23</sup>.

Es lohnt, die Begründung der 3. Polygraphen-Entscheidung genauer zu betrachten und im Folgenden ihre Tragfähigkeit zu prüfen.

#### 1. Methodenzuverlässigkeit – Sachkunde des 1. Strafsenats

Soweit die Behauptung aufgestellt wird, dass die Validität nach wie vor nicht vorhanden sei, ist dieser Befund keinesfalls so klar, wie der *1. Strafsenat* es glauben machen will. Zunächst einmal muss daran erinnert werden, dass ein Beweismittel nur dann „völlig ungeeignet“ ist, „wenn ungeachtet des bisher gewonnenen Beweisergebnisses nach sicherer Lebenserfahrung feststeht, dass sich mit ihm das im Beweisantrag in Aussicht gestellte Ergebnis nicht erzielen lässt und die Erhebung des Beweises sich deshalb in einer reinen Förmlichkeit erschöpfen würde“.<sup>24</sup>

Lässt sich dies ernsthaft auf eine Methode übertragen, über die in wissenschaftlichen Fachkreisen Einigkeit herrscht, dass es „keine andere Methodengruppe [gibt], die derart umfangreich empirisch überprüft wurde [...]“<sup>25</sup>? Ist es irrelevant, dass die Ergebnisse polygraphischer Untersuchungen längst nicht mehr als „zufällig“ angesehen werden? Lässt sich das Verdikt der völligen Ungeeignetheit auch dann noch aufrechterhalten, wenn man in die Überlegungen das Wissen über die (zweifelhafte) Zuverlässigkeit anderer psychologischer Verfahren einbezieht, z.B. in Bezug auf die Beurteilung der Schuldfähigkeit oder der Glaubhaftigkeit von Aussagen?<sup>26</sup> Gibt es den Antagonisten nicht zu denken, dass unmittelbare europäische Nachbarstaaten einen polygraphischen Entlastungsbeweis zulassen? Und spielen die zahlreichen

<sup>22</sup> Zur Kritik siehe nur Putzke/Scheinfeld/Klein/Undeutsch, *ZStW* 121 (2009), 607 m.w.N.

<sup>23</sup> BGHSt 44, 308 (323).

<sup>24</sup> BGH NStZ 2009, 48 (49); s.a. BGH BeckRS 2011, 20466; BVerfG NJW 2004, 1443.

<sup>25</sup> Steller, in: Salzgeber/Stadler/Willutzki (Hrsg.), *Polygraphie, Möglichkeiten und Grenzen der psychophysiologischen Aussagebeurteilung*, 2000, S. 31 (S. 42).

<sup>26</sup> Dahingehend auch Salzgeber, *Familienpsychologische Gutachten*, 2005, S. 260: „Der Polygraph ist kein 100%ig sicheres Verfahren, er ist aber dennoch wesentlich valider als die meisten anderen psychologischen Verfahren, insbesondere als die, die ansonsten bei diesen Fragestellungen zum Einsatz kommen“; in diesem Sinne auch Berning, *MschKrim* 1993, 242 (254); Endres/Scholz, *NStZ* 1994, 457 (473); Meyer-Mews, *NJW* 2000, 916 (917 f.); Steller/Dahle, *Praxis der Rechtspsychologie Sonderheft* 1999, 127 (168 dort Fn. 89).

Versuche<sup>27</sup> überhaupt keine Rolle, die eindrucksvoll die Zuverlässigkeit der Methode belegen?

Die Entscheidung des *1. Strafsenats* zieht aber noch aus ganz anderen Gründen Kritik auf sich. Sie bezieht sich auf die Sachkunde, die nötig ist, um beurteilen zu können, ob die neuen Studien geeignet sind, die Validität der physiopsychologischen Methode zu belegen. Es geht m.a.W. um die Frage, ob die in BGHSt 44, 308 (323 ff.) formulierten methodischen Einwände noch gelten, wofür es selbstredend auf den heutigen Stand der wissenschaftlichen Forschung ankommt, nicht auf den Stand des Jahres 1998.

Dabei dürfte es sich nicht um Fachwissen handeln, über das ein Strafrichter in der Regel verfügt. Andernfalls hätte der *1. Strafsenat* sich im Jahr 1998 kaum sachverständigen- seitig zur Frage der Methodenzuverlässigkeit und zum diesbezüglichen Stand der wissenschaftlichen Forschung beraten lassen. Es ist kein Grund erkennbar, warum der *1. Strafsenat* in der Besetzung des Jahres 2010 sachkundig eine Frage beurteilen könnte, zu deren Klärung zwölf Jahre zuvor der *1. Strafsenat* in der Besetzung des Jahres 1998 eine ganze Reihe Sachverständiger angehört hat, um sich die nötige Sachkunde zu verschaffen.

Dabei ist die Fragestellung nicht einfacher geworden, geht es doch um die Beurteilung, ob neue Studien die Zuverlässigkeit der Methode inzwischen belegen. Dies können Bundesrichter – bei allem Respekt vor deren Qualifikation – heute genauso wenig aus eigener Sachkunde beurteilen wie sie das im Jahr 1998 ohne externen Sachverstand vermocht haben. Es geht im Übrigen auch nicht allein darum zu beurteilen, ob sich die Zuverlässigkeit der Methode ausschließlich aufgrund neuerer Untersuchungen ergibt. Vielmehr sind neuere Erkenntnisse mit den schon im Jahr 1998 vorhandenen zu würdigen. Nicht zuletzt deshalb ist es unzureichend, mit Blick auf die Validität und die Frage, ob insoweit eine „hinreichend breite Datenbasis“ vorliege, zu sagen: „Hierfür genügt die von der Revision angeführte Simulationsstudie mit lediglich 65 Versuchspersonen (vgl. H. Offe/S. Offe, MschrKrim 2004, 86) – bereits ungeachtet methodischer Einwände – nicht.“ Eine Begründung für diese Aussage, die nicht mehr als eine unbewiesene Behauptung ist, bleibt der *Senat* schuldig. Er muss es auch, denn dazu fehlte ihm – so hart dies klingen mag – schlicht und einfach die nötige Sachkunde.

Inzwischen attestieren übrigens selbst sachverständige Kritiker polygraphischer Untersuchungen nicht bloß zufällige Ergebnisse, sondern zuverlässige Aussagen über „einen Zusammenhang von mittels des Polygraphen gemessenen Körperreaktionen mit einem bestimmten Verhalten.“ Etwa kam die Arbeitsgruppe I („Polygraph – Einsatzmöglichkeiten, Erfahrungen, Zivil- und Strafverfahren“) bei der 11. Veran-

staltung des Arbeitskreises „Psychologie im Strafverfahren“, die am 6.11.2010 in Düsseldorf stattfand und unter dem Generalthema „Polygraph, das falsche Geständnis, Urteilsfeststellungen“ stand, einhellig zu dem Ergebnis, dass physiopsychologische Untersuchungen jenseits bloß zufälliger Ergebnisse den Schluss auf einen Zusammenhang zwischen gemessenen Körperreaktionen mit einem bestimmten Verhalten zulassen, m.a.W. valide seien. In diesem Sinne äußerten sich etwa die Diplom-Psychologen *Dr. Hans-Georg Rill* und *Dr. Matthias Gamer*.

Freilich gab es unter den anwesenden Experten auch Differenzen. Diese beschränkten sich allerdings ausschließlich auf die Sensitivität, d.h. die Verlässlichkeit, dass tatsächlich Unschuldige einen korrekten negativen Befund erhalten. Aber selbst wenn man sich darüber streiten mag, ob Unschuldige sich mit 95-, 77- oder „nur“ 60-prozentiger Wahrscheinlichkeit entlasten können, so hat sich die wissenschaftliche Auffassung im Vergleich zu 1998 deutlich geändert. Inzwischen trifft die Annahme des *1. Strafsenats* aus BGHSt 44, 308 (316) nicht mehr zu, dass es „nach einhelliger wissenschaftlicher Auffassung nicht möglich ist, eindeutige Zusammenhänge zwischen bestimmten kognitiven oder emotionalen Zuständen und hierfür spezifischen Reaktionsmustern im vegetativen Nervensystem zu erkennen.“<sup>28</sup>

Der Irrtum des *1. Strafsenats*, dass alte Erkenntnisse noch gültig seien, hätte möglicherweise vermieden werden können, wenn die Bundesrichter sich die nötige Sachkunde von Sachverständigen hätten vermitteln lassen. Fehlende Sachkunde lässt sich jedenfalls nicht allein mit dem lapidaren Hinweis auf einen Beitrag amerikanischer Wissenschaftler kompensieren.

## 2. Der Verweis auf BGHSt 44, 308 (323 ff.)

Mit Blick auf die Methodenzuverlässigkeit hat der *1. Strafsenat* möglicherweise die Schwäche der eigenen Argumentation gespürt. Deshalb erklärt er sicherheitshalber, dass polygraphischen Untersuchungen selbst dann, wenn sich ein Zusammenhang belegen ließe, kein Beweiswert zukäme, weil die in BGHSt 44, 308 (323 ff.) formulierten Einwände selbst einem „auch nur geringfügigen indiziellen Beweiswert des Ergebnisses“ entgegenstünden.

### a) Gerichtliche Kontrolle der Ergebnisse

Bemerkenswert ist hieran, aber möglicherweise einem Flüchtigkeitsfehler des Berichterstatters geschuldet, dass der *Senat* lediglich auf die auf den Seiten 323 ff. abgedruckten Einwände verweist. Nicht erfasst wird davon immerhin der damals als „gravierend“ bezeichnete Einwand, dass es „für den Untersucher bislang keine zuverlässige Möglichkeit der objektiven Überprüfung des Untersuchungsablaufs“ gebe, daher „vor allem dem Gericht eine diesbezügliche Kontrolle ebenfalls verwehrt“ sei, das „die darauf gestützten Schlüsse hinnehmen [müsste], ohne diese nachvollziehen und überprüfen

<sup>27</sup> Etwa der von der Diplom-Psychologin *Gisela Klein* durchgeführte Versuch mit Amtsanwaltsanwärtern in der Justizausbildungsstätte Monschau (eine ausführliche Darstellung der Untersuchung, die eine Trefferquote bei Tätern von 100 und bei Unschuldigen von 97 % ergab, findet sich bei *Undeutsch/Klein*, Praxis der Rechtspsychologie Sonderheft 1999, 45 [73 ff.]).

<sup>28</sup> Eingehend zur Validität polygraphischer Untersuchungen *Putzke/Scheinfeld/Klein/Undeutsch*, ZStW 121 (2009), 607 (621 ff.).

zu können“.<sup>29</sup> Der Einwand war schon 1998 nicht überzeugend und wäre es, wenn der *1. Strafsenat* sich darauf berufen hätte, auch heute nicht.<sup>30</sup> Soweit die Zuverlässigkeit einer Methode wissenschaftlich belegt ist, ist es ganz und gar überflüssig, dass ein Richter en détail die Gründe versteht, warum eine Methode zuverlässig ist. Die ihm von der Strafprozessordnung zugewiesene Aufgabe, eine eigen- und letztverantwortliche Entscheidung zu treffen, ist damit keineswegs infrage gestellt.

#### b) Tragfähigkeit der Einwände

Was die Tragfähigkeit der Einwände angeht, die in BGHSt 44, 308 auf den Seiten 323 ff. zu finden sind und auf die der *1. Strafsenat* sich in seiner jüngsten Entscheidung beruft, muss man wissen, dass die dortigen Kritikpunkte im Wesentlichen auf den Ausführungen des Sachverständigen *Klaus Fiedler* fußen. Mit Blick auf seine gutachterliche Stellungnahme schreibt der Fachpsychologe der Rechtspsychologie und zertifizierte Polygraphiegutachter *Harry Dettenborn*, dass der BGH „dem Gutachter *Fiedler* aufgesessen“<sup>31</sup> sei. Wie kam es zu einem solchen Vorwurf? Der Sachverständige *Fiedler* hatte dem BGH in seiner Stellungnahme von Felduntersuchungen berichtet, die von *Patrick* und *Iacono*<sup>32</sup> durchgeführt worden waren und die keine besonders guten Werte ergeben hatten. *Fiedler* verschwieg dabei dem BGH jedoch, dass die Reaktionskurven zwei Mal ausgewertet worden waren, zuerst von dem jeweiligen Untersucher, der den persönlichen Kontakt zum Beschuldigten hatte, und später von fallfremden polizeilichen Sachverständigen, denen einzig und allein die Reaktionskurven zur Verfügung gestellt wurden. Diese Auswerter kannten weder den Fall noch die vom Untersucher gestellten Fragen. Allein die sachfremden Auswerter haben das miserable Ergebnis erzielt, während die Auswertungen der Untersucher die von anderen Felduntersuchungen bekannten hohen Trefferquoten erreichten.<sup>33</sup> Des Weiteren handelt es sich bei der problematischen und fragwürdigen Untersuchung von *Patrick* und *Iacono* um die einzige Felduntersuchung, bei der eine derart frappante Diskrepanz zwischen den Trefferquoten der Untersucher und den Trefferquoten der sachfremden Auswerter bestand. Schließlich wies der Sachverständige den *Senat* auch nicht darauf hin, dass die Untersuchung von *Patrick* und *Iacono* einige Jahre später von *Honts* wiederholt wurde,<sup>34</sup> wobei die Trefferquoten deutlich besser ausfielen. Auf der Tagung „European Expert Meeting on Polygraph Testing“, die vom 29. bis 31.3.2006 in Maastricht stattfand, erklärte *Iacono* im Übrigen

in der Abschlussdiskussion, dass er niemals behauptet habe, die Methode sei völlig ungeeignet.

Dass die vorstehend genannten Umstände dem BGH gegenüber nicht offengelegt wurden, ist ein schwerwiegender wissenschaftlicher Mangel. Darauf beruht BGHSt 44, 308. Der *1. Strafsenat* beruft sich also auf Einwände, die, hätte der Sachverständige *Fiedler* seine Stellungnahme durchweg nach wissenschaftlichen Standards verfasst, schon 1998 in der Form wohl kaum Bestandteil der Entscheidung geworden wären. All dies sind keine neuen Informationen,<sup>35</sup> weshalb es rätselhaft ist, warum der *1. Strafsenat* in seiner 3. Polygraphie-Entscheidung die günstige Gelegenheit verstreichen ließ, seine insoweit offenkundig auf falschen Informationen beruhende 2. Polygraphie-Entscheidung zu korrigieren.

Abgesehen davon findet sich in BGHSt 44, 308 ein weiterer Einwand, den der *1. Strafsenat* sich konkludent zu eigen macht: die (scheinbare) Anfälligkeit des Tests für Manipulationen. Als Manipulationsarten werden sowohl physische als auch mentale Aktivitäten genannt, beispielhaft das Beißen auf die Zunge und das Lösen von Rechenaufgaben sowie psychologische Techniken zur Veränderung physiologischer Reaktionen.<sup>36</sup> Diese Maßnahmen seien schnell erlernbar und für den Untersucher nicht erkennbar.

Träfe dieser Einwand zu, spräche das gegen jede Art der polygraphischen Untersuchung in einem Strafverfahren. Es liegt auf der Hand, dass ein Testverfahren, das sich leicht und unerkennbar manipulieren lässt, nichts taugt.

Bisherige Erfahrungen und Studien konnten jedoch zeigen, dass die erfolgreiche Manipulation einer polygraphischen Untersuchung ausgesprochen schwierig ist. Allein die Kenntnis des Vergleichsfragentests und der Auswertungsregeln genügt bei Weitem nicht, um das Testergebnis zugunsten eines Schuldigen zu verfälschen.<sup>37</sup> Vielmehr bedarf es nicht nur fundierter Informationen, sondern auch eines intensiven Trainings am Gerät unter Anleitung eines Sachverständigen, der die polygraphische Methode beherrscht. In Deutschland gibt es davon sehr wenige; sie lassen sich an einer Hand abzählen. Die meisten sind anerkannte gerichtlich bestellte Sachverständige. Das Training einer Person zum Zweck der Manipulation des Gerätes wäre standeswidrig. Es dürfte einfacher sein, einen Polizisten mit einem Geldbetrag zu einer wahrheitswidrig entlastenden Aussage zu bewegen, nicht zu reden von der Manipulationsanfälligkeit „normaler“ Zeugen. Gleichwohl ist der Zeugenbeweis immer noch in der Strafprozessordnung zu finden – er ist sogar das Beweismittel schlechthin.

Noch näher liegt der Vergleich mit anderen psychologischen Untersuchungen. Geht es etwa um die Beurteilung der Glaubhaftigkeit von Aussagen, wird es nicht selten im Interesse der Probanden liegen, den Untersucher zu täuschen. Es

<sup>29</sup> BGHSt 44, 308 (322).

<sup>30</sup> Eingehend hierzu schon *Undeutsch/Klein*, Praxis der Rechtspsychologie Sonderheft 1999, 45 (121 ff. [Nr. 199]).

<sup>31</sup> *Dettenborn*, FPR 2003, 559 (561).

<sup>32</sup> Publiziert in: *Journal of Applied Psychology* 1991, 229. Zum Ganzen *Fiedler*, Praxis der Rechtspsychologie Sonderheft 1999, 5 (17 ff., 24 ff.).

<sup>33</sup> Näher dazu *Undeutsch/Klein*, Praxis der Rechtspsychologie Sonderheft 1999, 45 (83 f.).

<sup>34</sup> Vgl. *Honts*, *The Journal of General Psychology* 1996, 309.

<sup>35</sup> Siehe nur *Putzke/Scheinfeld/Klein/Undeutsch*, ZStW 121 (2009), 607 (622 f.).

<sup>36</sup> BGHSt 44, 308 (327).

<sup>37</sup> Vgl. hierzu *Honts/Raskin/Krichner/Hodes*, *Journal of Police Science and Administration* 1988, 56; *Honts/Raskin/Kirchner*, *Journal of Applied Psychology* 1994, 252.

wird ihnen oft gelingen,<sup>38</sup> weil sich Beschuldigte und Zeugen auf diese Tests gezielt vorbereiten können. Werden etwa „einem Zeugen die Prinzipien der Realkennzeichenanalyse innerhalb der Glaubhaftigkeitsbegutachtung beigebracht [...], kann er Aussagen produzieren, die eher als erlebnisfundiert angesehen werden.“<sup>39</sup>

Hat diese Realität die Rechtsprechung bislang dazu bewogen, die Verwertung solcher Beweise nicht mehr zu erlauben? Nein, dies hat vielmehr dazu geführt, die Methoden zu verbessern und Mindestanforderungen zu formulieren.<sup>40</sup> Für polygraphische Untersuchungen wäre das ebenso leicht möglich, wie ein Blick etwa nach Belgien zeigt.<sup>41</sup> Im Übrigen wurden bei polygraphischen Untersuchungen inzwischen auch die Aufdeckungsmechanismen verfeinert,<sup>42</sup> weshalb geschulte Untersucher verdächtigen Testergebnissen mit Skepsis begegnen und dies im Gutachten deutlich machen können.

#### IV. Die Zukunft polygraphischer Untersuchungen

Die Zulassung polygraphischer Untersuchungen wäre ein Gewinn – für Verletzte, Beschuldigte, Strafverfolgungsorgane und die Justiz gleichermaßen. Es kommt gar nicht selten vor, das zeigen die Erfahrungen praktizierender Polygraphiesachverständiger, dass vor allem in Verfahren, in denen es um Sexualdelikte geht, Beschuldigte nach einem nicht bestandenen Test ein Geständnis ablegen. Ein geständiger Beschuldiger nützt vor allem dem Opfer, dem so möglicherweise eine Aussage und langwieriges Warten auf einen Schuldspruch erspart bleiben. Es ist im Übrigen aber auch nicht einzusehen, warum mutmaßliche Opferzeugen ihre Aussagen mithilfe eines psychologischen Gutachtens glaubhafter machen dürfen, wenn dies dem Beschuldigten mittels einer polygraphischen Untersuchung verwehrt wird, obwohl diese deutlich zuverlässiger ist.

Voraussetzung für eine Zulassung polygraphischer Untersuchungen wären freilich einheitliche Standards für die Durchführung der Untersuchung und für die Qualifikation<sup>43</sup> der Untersuchenden.

Ausgeräumt wäre damit aber immer noch nicht die apokryphe Angst mancher Richter, dass das entlastende Ergebnis einer polygraphischen Untersuchung für eine Verurteilung eine unüberwindliche Hürde wäre. Genau dies wäre aber keineswegs zwingende Folge, weil einer polygraphischen Untersuchung lediglich ein indizieller Beweiswert zukäme. Es gäbe durchaus Gründe, weswegen belastenden Beweismitteln gegenüber dem entlastenden Ergebnis einer

polygraphischen Untersuchung der Vorzug gewährt werden dürfte. Erhöhen würde sich freilich der Begründungsaufwand, der erbracht werden müsste, um das entlastende Ergebnis einer polygraphischen Untersuchung in der Beweiswürdigung nicht durchschlagen zu lassen. Das aber ist ein Preis, den zu zahlen es lohnt, wenn dadurch Verfahren fairer und Urteile gerechter würden. Polygraphische Untersuchungen schränken die Unabhängigkeit und Letztentscheidungskompetenz eines Richters mitnichten ein, sie helfen aber, Beschuldigte davor zu schützen, Opfer falscher Anschuldigungen zu werden, sowie Gerichte und Staatsanwaltschaften davor zu bewahren, Fehlentscheidungen zu treffen.

Nun muss man kein Prophet sein, um zu erkennen, dass beim BGH der Wille, polygraphische Untersuchungen zuzulassen, nicht besonders ausgeprägt ist. Deshalb ist eine alsbaldige Positionsänderung des *1. Strafsenats* eher nicht zu erwarten. Ob andere Strafsenate sich die Mühe machen, eine erneute Sachverständigenanhörung durchzuführen und die Sache nochmals zu durchdenken, ist ungewiss.

Falls ein anderer *Senat* eine Rechtsprechungsänderung erwägen sollte, müsste nicht der Weg über § 132 Abs. 2 GVG gewählt werden. Denn die Annahme, dass eine hinreichend breite Datenbasis einen Zusammenhang bestimmter gemessener Körperreaktionen mit einem Verhalten belegen würde, stünde weder im Widerspruch zur Rechtsprechung des *1. Strafsenats* noch zu derjenigen des *6. Zivilsenats*<sup>44</sup>, weil der *1. Strafsenat* in seiner 3. Polygraphie-Entscheidung auf die 2. Polygraphie-Entscheidung verweist und dort ausdrücklich auf den damals „erreichten Forschungsstand“<sup>45</sup> abgestellt wird, m.a.W. der *Senat* es durchaus für möglich hält, dass polygraphischen Untersuchungen eines Tages ein indizieller Beweiswert zukommt, wenn nach dem Stand der Wissenschaft die Zuverlässigkeit der Methode belegt ist.

Aber selbst dann wäre es keinesfalls sicher, dass die Methode Eingang in die Gerichtspraxis erhält. Verhindern ließe sich dies immer noch mit folgender Überlegung: Solange die Methode nicht valide ist, verstößt sie auch nicht gegen die Menschenwürde oder § 136a StPO; das wäre aber der Fall, sobald sich die Zuverlässigkeit der Methode belegen ließe. Einer solchen Sichtweise könnte man nur noch mit Kopfschütteln begegnen.

#### V. Fazit

Dem *1. Strafsenat* ist es weder mit seiner 1. noch seiner 2. Polygraphen-Entscheidung gelungen, polygraphische Untersuchungen gänzlich aus Straf- und Zivilverfahren zu verbannen.<sup>46</sup> Auch der 3. Polygraphen-Entscheidung wird dies nicht glücken, weil der *Senat* nicht zuletzt einer kritischen Würdigung der in BGHSt 44, 308 formulierten Einwände ausgewichen ist. Das ist nicht nur ungeschickt, sondern raubt der Entscheidung jedwede Überzeugungskraft. Es steht einem Spruchkörper weder gut zu Gesicht noch trägt es zur Akzep-

<sup>38</sup> Hierzu *Hammes*, Kriminallistik 1982, 186.

<sup>39</sup> *Dettenborn*, FPR 2003, 559 (565).

<sup>40</sup> *Boetticher/Kröber/Müller-Isberner/Böhm/Müller-Metz/Wolf*, NStZ 2006, 537 (Prognosegutachten); *Boetticher/Nedopil/Bosinski/Saß*, NStZ 2005, 57 (Schuldfähigkeitsgutachten).

<sup>41</sup> Vgl. Omzendbrief nr. COL 3/2003 van het College van Procureurs-generaal bij de Hoven van Beroup v. 6.5.2003.

<sup>42</sup> Eingehend *Undeutsch*, Praxis der Rechtspsychologie 2001, 26.

<sup>43</sup> Dazu *Undeutsch/Klein*, Praxis der Rechtspsychologie Sonderheft 1999, 45 (123 [Nr. 20]); ferner *Putzke/Scheinfeld/Klein/Undeutsch*, ZStW 121 (2009), 607 (625).

<sup>44</sup> BGH NJW 2003, 2527.

<sup>45</sup> BGHSt 44, 308 (319).

<sup>46</sup> Erst kürzlich hat ein *Familiensenat* des OLG Dresden eine polygraphische Untersuchung sogar angeregt (OLG Dresden, Beschl. v. 31.3.2011 – 24 WF 1201/10).

tanz seiner Entscheidung bei, Gegenargumente totzuschweigen. Auf diese Art wird der *I. Strafsenat* den Polygraphen jedenfalls nicht los – und das ist gut so!

*Prof. Dr. Holm Putzke, LL.M., Passau*