

## Entlastungsbeweis: polygraphische Untersuchung – Taktisches zur Beweismittelerhebung im Strafverfahren –

von Wiss. Ass. Dr. Holm Putzke, LL.M., und Wiss. Ass. Dr. Jörg Scheinfeld, Bochum

### I. Einleitung

Dem Beschuldigten steht es frei, sich bei einem Sachverständigen seiner Wahl einer polygraphischen Untersuchung zu unterziehen, um damit nachzuweisen, dass Fragen zum Tatvorwurf bei ihm nur vergleichsweise geringe physiologische Reaktionen auslösen. Einer solchen polygraphischen Untersuchung, so der BGH im Jahr 1998, könne man „einen gewissen indiziellen Beweiswert“ nicht absprechen, „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>1</sup> Offenbar hatte der Senat seinerzeit kein gutes Gefühl dabei, ein Testverfahren in Bausch und Bogen zurückzuweisen, das anderen psychologischen Diagnoseverfahren mit Blick auf Treffgenauigkeit und empirische Fundierung überlegen ist.<sup>2</sup>

In einem kürzlich in der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft erschienenen Beitrag haben wir dargelegt, dass „die Psychologie ... ihre Bringschuld erfüllt und ‚eine hinreichend breite Datenbasis‘ geliefert“ hat.<sup>3</sup> Nunmehr stehen Strafverteidiger vor der Aufgabe, das Ergebnis einer polygraphischen Untersuchung als indiziellen Entlastungsbeweis lege artis in ein Strafverfahren einzuführen – und

<sup>1</sup> BGHSt 44, 308, 322 – die Aussage bezieht sich nur auf die Kontrollfragenmethode (auch Vergleichsfragenmethode genannt), ausführlich dargestellt ist sie bei Putzke/Scheinfeld/Klein/Undeutsch, ZStW 121 (2009), 607, 613 ff. und Undeutsch/Klein, Praxis der Rechtspsychologie 1999 (Sonderheft), 54 ff. Ganz ähnlich wie der BGH sagt Herbert Landau: „Wenn der Lügendetektortest nach einer Weiterentwicklung zuverlässige Ergebnisse liefert, dann dürfen diese Ergebnisse in das Strafverfahren eingeführt werden“ (NJW-Sonderheft G. Schäfer, 2002, 42, 45). – Die irreführende Bezeichnung „Lügendetektor“ sollte man übrigens vermeiden (Achenbach, NSStZ 1984, 350; Delvo, Der Lügendetektor im Strafprozeß der U.S.A., 1981, S. 284; Dettenborn, FPR 2003, 559, 561; Eisenberg, Beweisrecht der StPO, 6. Aufl. 2008, Rn 693; Fabian/Stadler, Kriminalistik 2000, 607, 608).

<sup>2</sup> Vgl. etwa Steller, in: Salzgeber/Stadler/Willutzki (Hrsg.), Polygraphie – Möglichkeiten und Grenzen der psychophysiologischen Aussagebeurteilung, 2000, S. 31, 42: „Es gibt keine andere Methodengruppe, die derart umfangreich empirisch überprüft wurde wie die psychophysiologische Aussagebeurteilung“; 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, MschrKrim 1993, 242, 254; Endres/Scholz, NSStZ 1994, 457, 473; Jaworski, Kriminalistik 2000, 23, 25; Meyer-Mews, NJW 2000, 916, 917 f.; Putzke/Scheinfeld, Strafprozessrecht, 2. Aufl. 2009, Rn 150; Schüssler, JR 2003, 188, 190; Steller/Dahle, Praxis der Rechtspsychologie 1999 (Sonderheft), 127, 168 (dort Anm. 89); Undeutsch/Klein, Praxis der Rechtspsychologie 1999 (Sonderheft), 45, 86. Zurückhaltender Eisenberg (Fn 1), Rn 694 (S. 216): „... scheint ... zumindest auch nicht weniger zuverlässig als manche andere Untersuchungsmethode ... zu sein“.

<sup>3</sup> Putzke/Scheinfeld/Klein/Undeutsch ZStW 121 (2009), 607, 642 f.; dort werden auch die üblichen Einwände gegen die Eignung der Untersuchungsmethode widerlegt sowie normative Einwände entkräftet; siehe neuerdings auch Artkämper, Kriminalistik 2009, 349, 355 (anders noch: NJ 1999, 154).

insbesondere die Strafverfolgungsbehörden von der Validität der Untersuchung zu überzeugen. Wie dies zweckmäßig und auf dem sichersten Weg geschieht, ist Gegenstand dieses Beitrags.

## II. Ermittlungsverfahren

Recht unproblematisch stellt sich die Lage im Ermittlungsverfahren dar. Der Verteidiger ist meist gut beraten, der Staatsanwaltschaft das entlastende Gutachten zu präsentieren und so dem Tatverdacht früh entgegenzutreten. In der Praxis folgte einem solchen Vorgehen schon bislang meist eine Einstellung des Verfahrens nach § 170 Abs. 2 S. 1 StPO.<sup>4</sup> Selbst wenn die Staatsanwaltschaft mit Blick auf eine spätere Hauptverhandlung von der Unverwertbarkeit des Polygraphiegutachtens ausging, hat sie die Methode z.T. als „Ermittlungshilfe“ zugelassen (manchmal sogar angeregt) und ihre weiteren Ermittlungen am Ergebnis des Polygraphiegutachtens ausgerichtet.<sup>5</sup> Für das Ermittlungsverfahren wird der Einsatz des Polygraphen ohnehin meist für zulässig erachtet.<sup>6</sup>

## III. Hauptverhandlung

Mit Blick auf die Hauptverhandlung gibt es seit jeher starke Gründe, die für eine Berücksichtigung polygraphischer Untersuchungen auch in diesem Verfahrensabschnitt sprechen.<sup>7</sup> Seit dem Urteil des BGH aus dem Jahr 1998 haben sich nicht nur einige Instanzgerichte über das höchstrichterliche Verdikt geschickt hinweggesetzt, sondern es mehrten sich die Stimmen in der Literatur, die eine Anwendung des Polygraphen als Entlastungsbeweis auch in der Hauptverhandlung befürworteten.<sup>8</sup>

Weil die Methode inzwischen als valide angesehen werden kann, ist es durchaus wahrscheinlich, dass die Rechtsprechung sich den veränderten Gegebenheiten anpasst und den Polygraphentest zulässt.<sup>9</sup> Damit es dazu kommt, müssen sich zunächst die Tatgerichte mit der polygraphischen Methode und ihrer Validität auseinandersetzen. Was die Einführung eines solchen Entlastungsbeweises in die Hauptverhandlung angeht, so liegen für die Verteidigung allerdings einige Fallstricke bereit, die wir anhand praktischer Fälle aufzeigen und Lösungen zu zweckmäßigem prozessuellem Verhalten anbieten.

### 1. Korrekte Tatsachenbehauptung

Einen solchen Fallstrick offenbart die Entscheidung des 3. Strafsenats aus dem Jahr 1999: Der Angeklagte hatte beantragt, einen Polygraphiesachverständigen „als sachverständigen Zeugen zum Beweis der Tatsache zu vernehmen, dass die am ... durchgeführte Aussagekontrolle mithilfe eines Polygraphen ergeben hat, dass der Angekl. die tatbezogenen

Fragen wahrheitsgemäß verneint hat, was ein starker Indikator für die Unschuld des Angeklagten hinsichtlich des Anklagevorwurfes ist“.<sup>10</sup> Das Landgericht lehnte den Beweisantrag wegen Unzulässigkeit ab (§ 244 Abs. 3 StPO), was der BGH im Ergebnis billigte. Dabei wies der Senat zwar darauf hin, dass der Beweisantrag hinsichtlich der Tatsachenbehauptungen (der Angeklagte habe sich an einem bestimmten Tag einem Polygraphentest gestellt und dabei Fragen, die sich auf den Gegenstand der Anklage bezogen, verneint) nicht wegen Unzulässigkeit hätte abgelehnt werden dürfen. Im Übrigen seien aber keine hinreichend konkreten Tatsachen unter Beweis gestellt worden, weil es sich bei der Klärung, ob die Fragen „wahrheitsgemäß“ beantwortet wurden und dies ein „Indikator für die Unschuld“ sei, um Schlussfolgerungen handele. Sie zu ziehen sei Sache des Gerichts.

Um im Beweisantrag korrekt die richtigen „Tatsachen“ zu benennen, muss der Verteidiger sich daher mit der Methode des Kontrollfragentests vertraut machen und diejenigen Tatsachen im Beweisantrag anführen, aus denen sich das starke Indiz für die Unschuld des Untersuchten ableiten lässt. Als Beispiel kann der folgende, in einem Verfahren wegen mit-täterschaftlichen Totschlags gestellte Beweisantrag dienen:<sup>11</sup> „Es wird die Vernehmung eines Sachverständigen zum Beweis folgender Tatsachen beantragt: 1. [ ... ] 2. B. unterwarf sich am ... in der JVH H. in Abwesenheit Dritter einer

<sup>4</sup> So das Vorgehen der Staatsanwaltschaft Mannheim im Jahr 2002 in einem Ermittlungsverfahren wegen sexuellen Missbrauchs von Kindern (Az. 704 Js 8999/02). – Die endgültige Bewertung des konkreten Polygraphentests darf die Staatsanwaltschaft allerdings auch der Hauptverhandlung vorbehalten (BVerfG, Beschl. v. 15.10.1997 – Az. 2 BvR 1211/97).

<sup>5</sup> So etwa die Staatsanwaltschaft Wiesbaden im Jahre 1999 (dies kam zum Ausdruck in einem Schreiben des Polizeipräsidiums Wiesbaden vom 9.8.1999, ZK-Nr. 36699/99).

<sup>6</sup> Vgl. nur *Fabian/Stadler*, Kriminalistik 2000, 607, 611 f.; *Rill/Vossell*, MschrKrim 2003, 165, 167; *Schünemann*, Kriminalistik 1990, 131, 152; ferner *Putzke/Scheinfeld*, Strafprozessrecht (Fn 2), Rn 150.

<sup>7</sup> Dazu AG Demmin/Zweigstelle Malchin v. 7.9.1998 (Az. 94 Ls 182/98 [741 Js 31691/97]); *Achenbach*, NStZ 1984, 350 ff.; *Amelung*, NStZ 1982, 38 ff.; *Berning*, MschrKrim 1993, 242 ff.; *Delvo*, Der Lügendetektor im Strafprozess der U.S.A., 1981, S. 374; *Hammes*, Kriminalistik 1982, 186; *Holstein*, Kriminalistik 1990, 155, 158; *Klimke*, NStZ 1981, 433 ff.; *Petry*, Beweisverbote im Strafprozess, 1971, S. 174 ff.; *Prittowitz*, MDR 1982, 866 ff.; *Rogall*, in: SK-StPO (Stand: 2005), § 136a Rn 77; *Schwabe*, NJW 1979, 576 ff.; *Undeutsch*, ZStW 87 (1975), 650, 656 ff.

<sup>8</sup> Siehe etwa *Artkämper*, Kriminalistik 2009, 349, 355; *Eisenberg* (Fn 1), Rn 701; *Jaworski*, Kriminalistik 2000, 23 ff.; *Meyer-Mews*, NJW 2000, 916, 918; *Putzke/Scheinfeld/Klein/Undeutsch*, ZStW 121 (2009), 607 ff.; *Scheffler*, in: Heghmanns/Scheffler (Hrsg.), Handbuch zum Strafverfahren, 2008, VII Rn 905 ff.; *Schüssler*, Polygraphie im deutschen Strafverfahren, 2002, S. 184.

<sup>9</sup> Ähnlich *Artkämper*, Kriminalistik 2009, 349, 355.

<sup>10</sup> Siehe BGH NJW 1999, 662. Anzumerken ist, dass ein Polygraphiesachverständiger kein „sachverständiger Zeuge“ ist, sondern ein echter Sachverständiger. Das ist wichtig für die Rechte und Pflichten, die das Gesetz Sachverständigen zubilligt bzw. auferlegt, und nicht zuletzt für die Frage der Kostenerstattung.

<sup>11</sup> Wir danken den Angeklagten für die Entbindung ihrer Verteidiger *Dr. Ralf Neuhaus* und *Lars Brögeler* (beide aus Dortmund) von der Schweigepflicht und diesen für die Überlassung der im Folgenden verwerteten Anträge und Beschlüsse.

physio-psychologischen Untersuchung. 3. Dieser Test entsprach den neuesten, die Bedenken des BGH ausräumenden Methoden. 4. [ ... ] 5. Die Ergebnisse dieser Untersuchung lauten wie folgt: a) Bei Verneinung der tatbezogenen Fragen: ‚Haben Sie E. festgehalten, als ihr Onkel auf ihn einstach?‘ – ‚Haben Sie E. in irgendeiner Weise an der Flucht gehindert?‘ – ‚Haben Sie verhindert, dass E. sich erheben konnte, als ihr Onkel auf ihn einstach?‘ erzielte B. einen Wert von mehr als +3. [ ... ] Die vorstehenden Tatsachen werden unter Beweis gestellt durch die Vernehmung der Fachpsychologin für Rechtspsychologie, Frau Dipl.-Psych. Gisela Klein und die Vernehmung von Herrn Professor Dr. rer. nat. Udo Undeutsch ...<sup>12</sup>

Die entscheidende Beweisbehauptung liegt demnach in der Aussage, dass der Angeklagte unter den Bedingungen des Polygraphentests bei den tatbezogenen Fragen einen Wert von +3 (oder besser) erzielt hat. Daraus kann das Gericht dann den Schluss ziehen, dass der Angeklagte die Fragen mit einer Wahrscheinlichkeit von 95 % wahrheitsgemäß beantwortet hat. Dieses Indiz ist dann in die Gesamtbewiswürdigung einzustellen.

## 2. (Wohlmeinende) Abwehrstrategien mancher Tatgerichte

Manchmal wird die ‚Furcht vor der Unüberschaubarkeit der Methoden ... bei Entscheidungen gern durch deren Minimierung mittels Ignorieren kompensiert‘.<sup>13</sup> Die Verteidigung kann dieser Tendenz durch ergänzende Erklärungen vorbeugen. Es hat sich gezeigt, dass viele Tatgerichte den Ergebnissen einer polygraphischen Untersuchung aufgeschlossen gegenüberstehen, sobald sie über die Methode aufgeklärt wurden und sich von deren Zuverlässigkeit überzeugen konnten. Doch selbst ein korrekt gestellter Beweisantrag kann auf Unsicherheit, Ignoranz und Anmaßung des Tatgerichts treffen.

a) So lehnte etwa das Landgericht Münster den zuvor wiedergegebenen Antrag mit der Begründung ab: ‚Dass die wissenschaftliche Forschung – wie in dem Beweisantrag behauptet wird –<sup>14</sup> inzwischen einen Stand erreicht hat, der den seinerzeit vom Bundesgerichtshof geäußerten Bedenken Rechnung trägt und sie ausräumt, ist weder hinreichend dargestellt noch ersichtlich. Insbesondere vermag allein der Umstand, dass nach einzelnen neueren Studien eine höhere Trefferquote möglich erscheint, an den übrigen gravierenden Bedenken des BGH gegen den Beweiswert der polygraphischen Untersuchung nichts Relevantes zu ändern.‘<sup>15</sup>

Die Strafkammer hat mit dieser Begründung dreierlei falsch gemacht: Erstens muss der Beweisantrag selbst noch nicht dartun, dass der Stand der Forschung sich geändert hat; um den derzeitigen Stand der Forschung darlegen zu lassen, benennt der Antrag ja gerade den Sachverständigen. Zweitens begeht die Strafkammer den Fehler, die neuen Studien isoliert zu betrachten; der Stand der Forschung ergibt sich aus sämt-

lichen Studien zur polygraphischen Untersuchung, das heißt, alte und neue Studien sind einer Gesamtbetrachtung zu unterziehen – und insoweit bestätigen mittlerweile alle sachverständigen Psychologen die Validität der polygraphischen Untersuchung.<sup>16</sup> Drittens maßt sich die Strafkammer eine eigene Sachkompetenz an, die sie – wie der soeben aufgezeigte Fehler belegt – nicht besitzt; nur Sachverständige können zuverlässig bewerten und darlegen, dass die polygraphische Untersuchung valide ist.

Darüber hinaus ist nochmals zu betonen, dass trotz der vom BGH geäußerten methodischen Bedenken ein indizieller Beweiswert anzuerkennen ist, wenn denn nur die Validität dargestellt ist. Die Formulierung des Ablehnungsbeschlusses (‚vermag ... an den übrigen gravierenden Bedenken des BGH ... nichts zu ändern‘) lässt besorgen, dass die Münsteraner Strafkammer dies verkannt hat.

b) Ergänzend führte die Strafkammer in ihrer Ablehnung noch Folgendes an: ‚Im Übrigen ist die Beurteilung der Glaubhaftigkeit der Einlassung des Angeklagten und der Aussagen von Zeugen ureigene Aufgabe des Gerichts, das sich insoweit auf eigene Sachkunde stützen kann und nicht – vermeintlicher – Hilfsmittel bedarf.‘<sup>17</sup> Diese Argumentation verkennt, dass die gemessenen und unter Beweis gestellten physiologischen Reaktionen wie viele andere Indizien zu behandeln sind. Angenommen, der Angeklagte hat kurz nach der Tat den Tatort einer grausamen Tötung aufgesucht, war dabei entspannt und es erschien den anwesenden Polizeibeamten so, als habe er keine Kenntnis von dem Verbrechen. Dann sind das sicherlich Umstände, die durch die Benennung der Polizeibeamten als Zeugen unter Beweis gestellt werden dürften. Weiter angenommen, die Polizisten bestätigen in der Hauptverhandlung diese Umstände, dann muss das Tatgericht in seine Bewiswürdigung einstellen, dass der Angeklagte den Tatort in entspannter Weise aufgesucht hat. Die Zurückweisung dieses Indizes mit der Begründung, dass der Richter bei Würdigung der Angeklagteneinlassung auf solche Hilfsmittel nicht angewiesen sei, wäre töricht. Das Tatgericht wird bei seiner Bewiswürdigung also veranschlagen, dass es vielen

<sup>12</sup> Dem vorweggeschickt, um die Validität der Untersuchung vom Sachverständigen belegen zu lassen, war noch folgende Tatsachenbehauptung: ‚1. Die wissenschaftliche Forschung hat inzwischen einen Stand erreicht, der den seinerzeit vom Bundesgerichtshof geäußerten Bedenken Rechnung trägt und sie ausräumt. Dazu gehört vor allem die Validität, also die Zuverlässigkeit der Bewertung der gegebenen Antworten in Bezug auf Wahrheit und Unwahrheit. Sie liegt inzwischen bei 95 % und mehr.‘

<sup>13</sup> Sommer, in: Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des DAV (Hrsg.), Strafrecht im Rechtsstaat, 2009, S. 846, 850.

<sup>14</sup> Vgl. Fn 12.

<sup>15</sup> LG Münster, Beschl. v. 3.6.2009 (Az. 1 KLs 27/08).

<sup>16</sup> Vgl. die Nachweise in Fn 2 zu Steller, Salzgeber, Dettenborn, Steller/Dahle, Undeutsch/Klein. – Übrigens sieht auch Iacono, auf dessen Untersuchungen der BGH sein damaliges Verdikt stützte (BGHSt 44, 308, 324), die Methode als valide an. Iacono erklärte auf der Tagung ‚European Expert Meeting on Polygraph Testing‘, die vom 29. bis 31.3.2006 in Maastricht stattfand, in der Abschlussdiskussion, dass er niemals behauptet habe, die Methode sei völlig ungeeignet.

<sup>17</sup> LG Münster, Beschl. v. 3.6.2009 (Az. 1 KLs 27/08).

Tätern wohl nicht gelingen würde, die Entspanntheit vorzuspielen, und dass dieser Umstand deshalb mit einer gewissen, wenn auch nicht großen Wahrscheinlichkeit für die Unschuld des Angeklagten spricht. Dieser Umstand wird demnach als Teil des Gesamtbildes, das der Fall bietet, ganz selbstverständlich berücksichtigt.

Sollte es bei der polygraphischen Untersuchung anders liegen? Der Sachverständige würde – ähnlich wie die Polizisten im vorstehenden Beispiel – dem Gericht mitteilen, dass der Angeklagte in einem Zeitpunkt nach der Tat auf drei tatbezogene Fragen „entspannt“ reagiert hat. Und noch viel stärker als im obigen Beispiel drängt dieser Umstand zu dem Schluss, dass der Angeklagte als Täter nicht so entspannt hätte reagieren können. Warum jenes Indiz zu berücksichtigen ist, dieses aber gänzlich außen vor bleiben soll, ist unerfindlich.

Es kommt hinzu, dass, wenn *Geipel/Nill* Recht haben, es mit der eigenen Sachkompetenz der Tatrichter in puncto Ausgewürdigung nicht allzu weit her ist: Richter treffen mit ihrer Einschätzung der Angeklagtenaussage nicht viel häufiger ins Schwarze als der Zufall;<sup>18</sup> sie werden oft von vermeintlich klaren Anzeichen in die Irre geführt: „Bestimmte Verhaltensweisen des Aussagenden wie Unruhe, vermehrte Körperbewegung, schnelleres oder langsames Sprechen, Stottern, mangelnder Blickkontakt, Schwitzen etc. werden vorschnell belastend interpretiert.“<sup>19</sup> Allzu verständlich ist es daher, wenn sich ein Angeklagter der Gefahr solcher Fehldeutung nicht aussetzen will und deshalb vor Gericht lieber schweigt. Ihm nun auch noch den Entlastungsbeweis der polygraphischen Untersuchung abzuschneiden mit der Begründung, er solle sich doch lieber der Vernehmung der Tatrichter stellen (die seine Aussage überwiegend intuitiv beurteilen),<sup>20</sup> wäre angesichts der Zufälligkeit ihrer Schlussfolgerungen verfehlt.

Da die Einwände der Tatgerichte recht leicht zu widerlegen bzw. unplausibel sind, erwecken sie den Eindruck, als wollten die Gerichte sich des Einflusses der Psychologen erwehren.<sup>21</sup> Dass aber diese zusätzliche Indizquelle verstopft werden soll, ist selbst aus Sicht der Gerichte nicht einleuchtend. Die Tatgerichte sind ja nicht an die Einschätzung des Polygraphie-Sachverständigen gebunden, sondern müssen das Gutachten nur in ihre Gesamtbeweiswürdigung einstellen. Die Tatgerichte haben also – wie bislang – das letzte Wort. Der Indizienbeweis des Polygraphie-Sachverständigen sollte den Strafgerichten daher so willkommen sein wie der Spürhund dem Zollfahnder: Die feineren Sinne des „Hilfsmittels“ werden genutzt, ohne dass die eigene Entscheidungsmacht beschnitten wird.<sup>22</sup>

c) Abgelehnt wurde auch ein – dem obigen ganz ähnlicher – Beweisantrag, der im Jahr 2008 am Landgericht Dresden gestellt worden war.<sup>23</sup> In der Berufungshauptverhandlung gegen ein freisprechendes Urteil beantragte der Verteidiger die Vernehmung eines Sachverständigen u.a. zum Beweis der Tatsache, dass die polygraphische Untersuchung nach dem derzeitigen Stand der Forschung valide ist. Das Gericht lehnte diesen Teil des Beweisantrags mit der Begründung ab, dass es

sich bei der Behauptung „die wissenschaftliche Forschung habe inzwischen einen Stand erreicht, die den seinerzeit vom BGH geäußerten Bedenken Rechnung trage und sie ausräume“ um keine Tatsachenbehauptung handele, „die Gegenstand eines Beweisantrages i.S.v. § 244 StPO sein“ könne. Vielmehr handele es sich um „rechtliche und wissenschaftliche Bewertungen des Forschungsstandes der polygraphischen Untersuchung“.

Diese Begründung trägt die Ablehnung nicht, denn der „Stand der Wissenschaft“ ist eine Tatsache. Das ergibt sich schon aus § 359 StPO. Vom Tatsachenbegriff dieser Norm werden neue wissenschaftliche Erkenntnisse erfasst, vor allem solche, die nicht zum Allgemeingut gehören und deren Methoden und Ergebnisse wissenschaftlicher Darlegung und Erläuterung bedürfen.<sup>24</sup> Es wäre ein systematischer Widerspruch, einen Umstand bei § 359 StPO als Tatsache anzusehen, den gleichen Umstand aber bei § 244 StPO als rechtliche Bewertung einzustufen. Eine weitere Parallele liegt auf der Hand: Über die Frage, ob ein Arzt lege artis behandelt hat, entscheidet oft der Stand der Wissenschaft. Beweis erhoben wird hierüber in der Regel durch die Anhörung eines Sachverständigen. Kein Gericht ist bislang der Idee verfallen, einen entsprechenden Beweisantrag mit der Begründung abzulehnen, beim „Stand der Wissenschaft“ handele es sich um eine bloße Bewertung, die dem Beweis nicht zugänglich sei.<sup>25</sup> Die Argumentation des Landgerichts Dresden hätte übrigens die Konsequenz, dass jemand mit der Aussage „Arzt X operiert nie lege artis!“ keine üble Nachrede oder Verleumdung beginge, sondern allenfalls eine Beleidigung. Geht es um die Abgrenzung von § 185 zu den §§ 186, 187 StGB, zweifelt niemand daran, dass „die Wahr-

<sup>18</sup> *Geipel/Nill*, DRiZ 2007, 250, 251 unter Hinweis auf *DePaulo/Pfeiffer*, Journal of Applied Social Psychology 1986, 249 ff.; *Ekman/O’Sullivan*, American Psychologist 1991, 913 ff.; vgl. auch *Dettenborn*, FPR 2003, 559, 565; *Scherer*, StraFo 1998, 16, 17; *Schüssler*, JR 188, 191.

<sup>19</sup> *Putzke/Scheinfeld/Klein/Undeutsch* ZStW 121 (2009), 607, 639 unter Verweis auf *Geipel/Nill*, DRiZ 2007, 250, 251; vgl. auch *Bender/Nack/Treuer*, Tatsachenfeststellung vor Gericht, Band 2, Vernehmungslehre, 3. Aufl. 2007, Rn 17 f.; und schon *Bender/Nack*, Tatsachenfeststellung vor Gericht, Band 2, Vernehmungslehre, 2. Aufl. 1995, S. 228 f., wonach die Möglichkeiten des Richters auch nach eingehender Beschäftigung mit der Aussagepsychologie hinter denen des psychologischen Gutachters zurückbleiben.

<sup>20</sup> *Schüssler*, JR 2003, 188, 191; *Sommer*, in: Arbeitsgemeinschaft Strafrecht (Fn 13), S. 846, 848 f. unter Verweis auf *M.K. Dhani*, Psychological models of professional decision making, in: Psychological Science, 14 (2003), 175 ff.

<sup>21</sup> Vgl. *Fischer*, NSTZ 1994, 1, 5.

<sup>22</sup> Näher *Putzke/Scheinfeld/Klein/Undeutsch* ZStW 121 (2009), 607, 638 ff.

<sup>23</sup> LG Dresden, Beschl. v. 27.8.2008 (Az. 10 Ns 202 Js 50874/05).

<sup>24</sup> Vgl. *Meyer-Göfner*, StPO, 52. Aufl. 2009, § 359 Rn 35 a.E. unter Hinweis auf OLG Düsseldorf VRS 86, 134; OLG Frankfurt StV 2006, 114 m. zust. Anm. *Wolf* und LG Gießen NJW 1994, 467; *Wasserburg*, Die Wiederaufnahme des Strafverfahrens, 1983, S. 399.

<sup>25</sup> Zum Tatsachenbegriff bei der Frage, ob eine Behandlung lege artis durchgeführt wurde, siehe OLG Köln NJW-RR 2003, 1652 f.; ferner OLG Koblenz BeckRS 2003 30316436.

heitsbehauptung der Nachprüfbarkeit zugänglich ist“.<sup>26</sup> Alles spricht dafür, dass § 244 StPO denselben Tatsachenbegriff verwendet. Folglich ist die Validität der Untersuchungsmethode dem Beweis zugänglich und als „Tatsache“ anzusehen.

Die Begründung des Landgerichts war wegen der mit Händen zu greifenden Einwände verblüffend – wenngleich die Ablehnung nicht überraschte. Es handelte sich nämlich um ein Verfahren, das auf die Bestätigung des erstinstanzlichen Freispruchs zustrebte, was eine von den Verfahrensbeteiligten gewünschte und vom Gericht zwischendurch gewährte Erklärung zum Stand der Überzeugungsbildung deutlich machte. Aus ihrer Urteilsbegründung wollten die Richter die Ergebnisse der polygraphischen Untersuchung wohl heraushalten, um nicht die Revision der Staatsanwaltschaft zu provozieren. Denn die Verwertung eines vom BGH als „völlig ungeeignet“ eingestuften Beweismittels wäre von der Staatsanwaltschaft sicher gerügt worden. Deshalb musste auf die Verwertung verzichtet und der (inzwischen rechtskräftige) Freispruch – wie so oft in solchen Fällen – anders begründet werden.

d) Der 3. Strafsenat hat in seinem Beschluss zur Nichtberücksichtigung eines privaten Polygraphie-Gutachtens noch ein anderes Argument bemüht, das sich gegen die Eignung der Untersuchungsmethode richten soll: „Die Anwendung des Polygraphen setzt ... jedenfalls voraus, dass der Untersuchte ... annehmen muss, ein für ihn ungünstiges Ergebnis werde in derselben Weise Berücksichtigung finden wie ein günstiges. Andernfalls sind verlässliche Resultate von vornherein infrage gestellt, weil der Respekt des Untersuchten vor dem ‚Entdecktwerden‘ einen wichtigen Faktor für das Gelingen des Tests darstellt (sog. ‚friendly examiner syndrome‘)“.<sup>27</sup> Der Einwand ist von empirischen Studien widerlegt, die sogar aufzeigen, dass die von der Verteidigung überwiesenen Fälle bedeutend häufiger als die von den Ermittlungsbehörden veranlassten polygraphischen Untersuchungen ein für den Untersuchten ungünstiges Ergebnis hervorgebracht haben.<sup>28</sup> Diese Studien bestätigen, was nahe liegt: „Allein die Kenntnis des Beschuldigten, dass der Test nicht zu seinen Ungunsten verwertet wird, nimmt den tatbezogenen Fragen noch lange nicht die Bedrohlichkeit. Letztlich verliert der Proband nicht nur vor dem Untersucher sein Gesicht, sondern meist auch vor seinem Verteidiger, in nicht wenigen Fällen sogar vor nahen Angehörigen. Sie alle wissen von dem Test, was ganz sicher kaum einmal dazu führt, dass bei einem solchen Test Gelassenheit und Entspannung einkehren.“<sup>29</sup> Den Untersuchten setzt zudem und vor allem unter Druck, dass ihm das Misslingen des Entlastungsbeweises droht.

In den Blick zu nehmen ist schließlich Folgendes: Wer den Einwand des „friendly examiner syndrome“ erhebt, macht damit deutlich, dass er mit der Untersuchungsmethode nicht hinreichend vertraut ist. Denn wenn die Tatfragen ihre Bedrohlichkeit verlieren, dann verlieren auch die Kontrollfragen ihre Bedrohlichkeit – mit der Folge, dass der Test nicht auswertbar und der Entlastungsbeweis misslungen ist. Der für den Untersuchten positive und entlastende Wert ist ja ein Vergleichswert aus den Reaktionen auf die Tatfragen einerseits

und die Kontrollfragen andererseits.<sup>30</sup> Sind für den Untersuchten alle Fragen gleichermaßen unbedrohlich, gibt es keinen positiven Vergleichswert. Deshalb liegen die Dinge so: Immer wenn das Polygraphiegutachten ein entlastendes Indiz ergibt, ist damit zugleich und zwingend ausgesagt, dass die Fragen für den Untersuchten bedrohlich waren. Der Einwand wird also – für den konkreten Beschuldigten – vom Vorhandensein des Entlastungsbeweises widerlegt. Das „friendly examiner syndrome“ existiert bei einem entlastenden und also auswertbaren Test nicht und gibt daher auch kein Argument gegen die Zuverlässigkeit privat veranlasster Untersuchungen.

#### IV. Fazit und Empfehlung für die Praxis

Wir fassen zusammen: Die polygraphische Untersuchung ist valide. Die vom Untersuchten im Polygraphietest erzielten günstigen Werte stellen Indizien für seine Unschuld dar. Der Strafverteidiger sollte seinen Mandanten daher aufklären über die Chancen, die die Untersuchungsmethode dem unschuldig oder teilweise unschuldig Verfolgten bietet. Ein entlastendes polygraphisches Gutachten sollte als Sachverständigenbeweis in das Verfahren eingeführt werden. Im Ermittlungsverfahren ist das unproblematisch, das schriftliche Gutachten kann der Staatsanwaltschaft zur Verfügung gestellt werden. In der Hauptverhandlung muss der Verteidiger einige Aspekte beachten:

- (1) Im Beweisantrag müssen die richtigen „Tatsachen“ angegeben werden, also die tatbezogenen Fragen und der jeweilige Wert, den der Angeklagte in der Untersuchung erzielt hat.
- (2) Wegen der Einstufung der Untersuchungsmethode als „völlig ungeeignet“ in BGHSt 44, 308 erscheint es zweckmäßig, die mittlerweile anerkannte Validität der Untersuchungsmethode als eigene Tatsache unter Beweis zu stellen. Dabei sollte sicherheitshalber auf den Tatsachencharakter dieser Behauptung hingewiesen werden (arg. §§ 359 StPO, 186, 187 StGB).
- (3) Denkbare Einwände des Tatgerichts sollte die Verteidigung antizipieren und durch ergänzende Erklärungen entkräften. Wir skizzieren die Erklärungen nur stichwortartig:
  - a) Bei festgestellter Validität der Untersuchung darf der Methode – trotz der übrigen Einwände in BGHSt 44, 308 – der indizielle Beweiswert nicht abgesprochen werden (BGHSt 44, 308, 322).
  - b) Für die Beurteilung der Validität besitzt das Gericht nicht die nötige Sachkompetenz; vielmehr ist die Anhörung eines Sachverständigen nötig.

<sup>26</sup> Siehe *Fischer*, StGB, 57. Aufl. 2010, § 186 Rn 2.

<sup>27</sup> BGH NJW 1999, 662, 663.

<sup>28</sup> Vgl. *Raskin*, The polygraph in 1986: Scientific, professional and legal issues surrounding the application and acceptance of polygraph evidence, in: *Utah Law Review* 1986, 29 ff.; näher *Undeutsch/Klein*, Praxis der Rechtspsychologie 1999 (Sonderheft), 45, 103 f.

<sup>29</sup> *Putzke/Scheinfeld/Klein/Undeutsch* ZStW 121 (2009), 607, 619; in diesem Sinn auch *Eisenberg* (Fn 1), Rn 701 a.E.

<sup>30</sup> Näher *Putzke/Scheinfeld/Klein/Undeutsch* ZStW 121 (2009), 607, 613 ff., 615.

c) Das Sachverständigengutachten über die mit dem Angeklagten durchgeführte polygraphische Untersuchung lässt die Beweiswürdigungskompetenz des Tatgerichts unangetastet; das Gericht ist nicht verpflichtet, dem bloßen Indizienbeweis zu folgen.

d) Das Gutachten benennt, wie viele andere Beweismittel, bloß ein Nachtatverhalten, das bei einem Schuldigen nicht zu erwarten ist (hier: entspanntes Reagieren auf die tatbezogenen Fragen).

e) Die Befürchtung des „friendly examiner syndrome“ ist empirisch widerlegt und theoretisch unplausibel; auch privat veranlasste Untersuchungen sind daher valide.

f) Bei Sexualstraftaten nützt dem schuldigen Untersuchten eine innere Rechtfertigung der Tat nichts, weil die Tatfrage nach einer konkreten und gesellschaftlich verabscheuten Handlung für ihn bedrohlich bleibt.<sup>31</sup>

Werden die vorstehenden Punkte berücksichtigt, wird sich ein aufgeschlossenes Tatgericht finden, das eine polygraphische Untersuchung als entlastendes Indiz für einen Freispruch heranzieht. In jedem Fall werden sich die Gerichte zunehmend mit polygraphischen Untersuchungen auseinandersetzen müssen. Als Folge dessen wird sich alsbald zeigen, ob der BGH es 1998 ernst gemeint hat, als er die Tür für polygraphische Untersuchungen einen Spalt weit offen ließ. Es steht zu hoffen, dass, wie *Artkämper* von der Staatsanwaltschaft Dortmund prognostiziert, „eine erneute Expertenanhörung durch den BGH zu einem anderen – moderateren – Ergebnis“<sup>32</sup> kommt.

<sup>31</sup> Näher *Putzke/Scheinfeld/Klein/Undeutsch* ZStW 121 (2009), 607, 625 ff.; *Undeutsch/Klein*, Praxis der Rechtspsychologie 1999 (Sonderheft), 45, 96 ff. – gegen die Einwände von *Rill/Vossel*, NSTZ 1998, 481, 486.

<sup>32</sup> In: *Kriminalistik* 2009, 349, 355.