

# BERICHTE UND URKUNDEN

## Die Anerkennung des Lügendetektors in europäischen Rechtsordnungen

Eine vergleichende Betrachtung insbesondere  
der Zulässigkeit als Beweismittel

*Nele Matz\**

### *I. Einführung*

Ein Polygraph oder sogenannter Lügendetektor ist ein technisches Gerät, das parallel eine Reihe von unwillkürlichen Körperreaktionen der Testperson aufzeichnet, beispielsweise Blutdruck, Pulsschlag, Atemtätigkeit, Schweißabsonderung, Durchblutung und Oberflächenspannung der Haut. Die Befürworter dieser Untersuchungsmethode gehen davon aus, daß sie Aufschluß über die Glaubwürdigkeit des Probanden bei der Beantwortung bestimmter Fragen gibt. Wäre dies der Fall, könnte diese Methode insbesondere bei der Täterschaftsermittlung in einem Strafverfahren hilfreich sein. Bereits seit Anfang dieses Jahrhunderts sind technische Methoden entwickelt worden, um menschliche Reaktionen bei Befragungen aufzuzeichnen und zu bewerten, die nicht ohne weiteres mit bloßem Auge sichtbar sind, wie Blutdruck, Pulsschlag oder Zittern der Hände.<sup>1</sup>

Im wesentlichen lassen sich zwei Testverfahren (indirekte und direkte Testmethode) unterscheiden, deren Ergebnisse als Beweismittel Bedeutung erlangen könnten und zu deren Zuverlässigkeit der Bundesgerichtshof, seinem jüngsten Urteil zum Polygraphen vorangehend, eine Expertenanhörung vorgenommen hat.

Bei der indirekten Testmethode, dem sogenannten Tatwissenstest, wird der vermeintliche Täter mit einem Fragenkatalog ähnlicher Fragen zu Details des Tat-

---

\* Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Institut.

<sup>1</sup> Zur Entwicklung des modernen Polygraphen und der spezifischen Testverfahren vergleiche S. Abrams, A Polygraph Handbook for Attorneys, 1977, 11–39; W. Wegner, Täterschaftsermittlung durch Polygraphie, 1981, 9ff. Die Vorgänger des modernen Polygraphen maßen zumeist nur eine einzelne körperliche Reaktion. Mit der gleichzeitigen Untersuchung verschiedener physischer Reaktionen mit den derzeitigen Geräten soll eine verbesserte Grundlage für die Auswertung und dementsprechend eine größere Zuverlässigkeit der Ergebnisse erzielt werden.

hergangs konfrontiert.<sup>2</sup> Befürworter dieser Methode glauben, daß der Täter besonders stark reagiere, wenn Details des Tathergangs, die bisher nicht öffentlich bekannt geworden sind, richtig benannt würden, da nur der Täter die "Gefährlichkeit" für die Entdeckung seiner Tatbeteiligung richtig einschätzen könne. Man nimmt an, der Täter habe den Drang, die Tatsachen, die noch nicht bekannt geworden sind und die Hinweise auf eine Tatbeteiligung liefern könnten, mit aller Kraft verdeckt zu halten. Die Psyche des Täters unterscheide daher zwischen neutralen und gefährlichen Fragen. Gefährliche Fragen seien diejenigen, die eine Antwort auf die richtige Darstellung des Tathergangs erforderten und die daher den Verdeckungsdrang ansprächen. Auf solche Fragen erfolge dann – laienhaft gesprochen – als "Warnsignal" eine physische Reaktion. Für die am Tatgeschehen unbeteiligte Testperson habe die Darstellung besonderer Details hingegen keine spezifisch andere Bedeutung als die Darstellung unzutreffender vermeintlicher Tateinzelheiten.

Dieser Test kann nur dann zu verlässlichen Ergebnissen führen, wenn der Täter noch über spezifisches Täterwissen verfügt, das er verheimlichen will. Sind erst alle ermittelten Umstände weitestgehend bekannt, wie üblicherweise am Ende der Ermittlungen, so verliert die erneute Darstellung dieser Umstände ihre psychische Einstufung als für die Testperson "gefährlich". Der Wunsch, Details zum eigenen Schutz zu verdecken, verliert für den Täter an Bedeutung. Mit dem Verlust der Bedeutung für den Täter geht daher ein Verlust der Bedeutung des Tatwissenstests als Methode der Täterschaftsermittlung einher. Wenn überhaupt, bietet sich ein solcher Test daher nur im polizeilichen Ermittlungsverfahren an, wenn sich Detailwissen typischerweise auf den Täter, das Opfer und die Ermittlungsbehörde beschränkt.<sup>3</sup>

Eine andere, sogenannte direkte Testmethode ist die der Vergleichs- oder Kontrollfragen. Diese Methode konzentriert sich nicht auf die Aufdeckung verheimlichten Tatwissens, sondern zielt auf die Entdeckung von Lügen der Testperson. Bei diesem Verfahren wird die Testperson Fragen zur Tat einerseits, neutralen Fragen andererseits und außerdem unangenehmen Vergleichsfragen ausgesetzt.<sup>4</sup> Die unangenehmen Vergleichsfragen beziehen sich zumeist auf geringfügige – teilweise auch nur moralisch verwerfliche – Delikte, von denen man annimmt, die meisten Personen hätten diese irgendwann einmal begangen. In stark vereinfachter Darstellung läßt sich die Erzielung von Ergebnissen wie folgt beschreiben: Aus einer stärkeren Reaktion der Testperson auf die Tatfragen als auf neutrale und Kontrollfragen schließt man, daß die Testperson die Tatfragen nicht wahrheitsgemäß beantwortet habe. Reagiert sie hingegen weniger stark auf die Tatfragen

<sup>2</sup> Beispiel für eine Befragung im Rahmen eines solchen im englischen "peak of tension" oder "guilty knowledge test" genannten Verfahrens in bezug auf geraubte Gegenstände, deren Beschaffenheit zunächst typischerweise nur dem Opfer, den Ermittlungsbehörden und dem Täter bekannt ist: 1. Do you know if it was a saphire ring?, 2. Do you know if it was a pearl engagement ring?, 3. Do you know if it was a silver and turquoise ring?, 4. Do you know if it was a gold wedding ring?, 5. Do you know if it was a ruby glass ring?, 6. Do you know if it was a diamond engagement ring?; Beispiel bei Wegner (Anm. 1), 13.

<sup>3</sup> Wegner (Anm. 1), 13.

<sup>4</sup> Detaillierte Darstellung bei Wegner (Anm. 1), 17ff.

als auf die unangenehmen Kontrollfragen, bei denen man üblicherweise eine Lüge erwartet, so nimmt man an, daß sie auf die Tatfragen wahrheitsgemäß geantwortet habe. Es ist Aufgabe des Gutachters, vor allem die Kontrollfragen so zu wählen, daß die unschuldige Testperson stark auf diese reagiert und eine schuldige Person auf die Kontrollfragen jedenfalls nicht so stark reagiert wie auf die Tatfragen. Nur dann ist die Interpretation der physischen Reaktionen geeignet, die gewünschten Aufschlüsse zu geben.<sup>5</sup> Zu diesem Zweck führt der Gutachter ein umfangreiches Vorgespräch mit der Testperson.

Zusammenfassend läßt sich die Grundlage der psycho-physiologischen Methoden zur Täterschaftsermittlung mit Hilfe des Polygraphen wie folgt beschreiben: Man ist der Überzeugung, der Täter reagiere grundsätzlich anders auf bestimmte Fragen oder Vorwürfe als die unschuldige Testperson. Dies kann zum einen eine Reaktion sein, die – auch moralisch bedingt – unwillkürlich auftritt, wenn der Beschuldigte lügt, um Tatsachen oder die eigene Beteiligung zu verdecken, wenn der vermeintliche Täter sich durch Vermutungen des Fragestellers entdeckt fühlt oder dann, wenn der Befragte tatrelevante Fragen jedenfalls als “gefährlich” einstuft und daher unwillkürlich mit körperlicher Erregung reagiert.

Der Ausgangspunkt dieser Überlegung ist, einmal unabhängig von der modernen Apparatur betrachtet, keine Entwicklung erst unserer Zeit. Shakespeare ließ in “Hamlet, Prinz von Dänemark” den Protagonisten eine Schauspieltruppe engagieren, die vor den Augen des vermeintlichen Mörders den Mord an Hamlets Vater nachspielen sollte, damit der Mörder sich durch seine äußerlich erkennbare Reue oder die Angst vor Entdeckung verriete.<sup>6</sup> Die menschliche Überzeugung geht anscheinend von alters her dahin, daß die Konfrontation mit der Darstellung eines Verbrechens für den wahren Täter eine spezifisch andere Bedeutung als für einen Unbeteiligten hat und daß der Täter dementsprechend auch anders reagieren wird als der Unbeteiligte.

Eine Einbeziehung von sichtbaren körperlichen Reaktionen in Ermittlung und Strafprozeß und ihre Bewertung durch eine verhörende Person oder den Richter “nach gesundem Menschenverstand” erfolgen bereits jetzt. Seit jeher werden, auch im modernen Strafprozeß, bei den Aussagen von Beschuldigten auch die sogenannten groben Sinnesäußerungen, wie sichtbares Erröten, Schweißausbrüche oder Zittern, Gestik und Mimik mit herangezogen, um die Glaubwürdigkeit einer Aussage zu beurteilen. Die Zulässigkeit der Bewertung dieser unwillkürlichen Äußerungen wird nicht bestritten.<sup>7</sup>

<sup>5</sup> M. Orne, Implications of Laboratory Research for the Detection of Deception, in: N. Ansley, Legal Admissibility of the Polygraph, 1975, 94, 97.

<sup>6</sup> “Das Schauspiel sei die Schlinge, in die den König sein Gewissen bringe”, Shakespeare, Hamlet, Prinz von Dänemark, II. Akt, 2. Szene, am Ende.

<sup>7</sup> In BGHSt 5 heißt es dazu auf S. 335 f.: “Das Gericht darf hiernach bewußte und unbewußte Ausdrucksvorgänge beim Angeklagten, die in der Hauptverhandlung in üblicher Weise hervortreten, bei der Beweiswürdigung mit Vorsicht, Zurückhaltung und Menschenkenntnis berücksichtigen. Diesen recht groben Sinneseindrücken des täglichen Lebens stehen solche, die durch die Messung unbewußter und verborgener Körpervorgänge gewonnen und dann zur seelenkundlichen Deutung benutzt werden, nicht gleich”; in BGH NJW 1999, 657, 659 heißt es: “Jedoch dürfen auch sonst vom Willen nicht steu-

Die Täterschaftserkennung durch psycho-physiologische Methoden und vor allem durch technische Geräte, wie den Lügendetektor, bleibt allerdings umstritten. Kontrovers diskutiert wird dabei in erster Linie, ob ein Polygraph nach wissenschaftlichen Erkenntnissen geeignet ist, eine Aussage über die Tatbeteiligung oder die Glaubwürdigkeit der Testperson zu machen. Angefangen bei der Annahme, eine Testperson reagiere, wenn sie lüge, bis hin zu den einzelnen Methoden der Befragung, stehen sich zu allen Aspekten der Problematik stark polarisierte Meinungen gegenüber. Besonders deutlich wurde dies in der jüngsten Expertenanhörung des Bundesgerichtshofes zur wissenschaftlichen Bewertung des Lügendetektors.<sup>8</sup>

Fast so alt wie die Entwicklung derartiger Maschinen zur Täterschaftsermittlung und die Diskussion über die wissenschaftliche Geeignetheit selbst ist auch der Streit um die Zuverlässigkeit und Zulässigkeit der Ergebnisse als Beweis im Strafverfahren. Die erste US-amerikanische Leitentscheidung des Supreme Court stammt aus dem Jahre 1923.<sup>9</sup> Sie führte für die nächsten 70 Jahre zu einer Regel der strikten Unzulässigkeit technisch gewonnener Erkenntnisse über menschliche Reaktionen als Beweismittel. Seine Entscheidung begründete das Gericht damit, daß die Wissenschaft die Ergebnisse nicht anerkenne und diese auch nur mit unzureichender Genauigkeit erzielt werden könnten.

Die europäische Diskussion setzte deutlich später ein. So stammt die erste Entscheidung des deutschen Bundesgerichtshofs in Strafsachen zu diesem Thema aus dem Jahre 1954, die Leitentscheidung des Österreichischen Obersten Gerichtshofes aus dem Jahre 1966. Bei den europäischen Urteilen, welche die Berücksichtigung von durch Lügendetektoren gewonnenen Erkenntnissen zumeist für unzulässig erachten, können zwei parallele Argumentationen verfolgt werden, die einander nicht ausschließen. Dabei handelt es sich einerseits um die Einschätzung des Verfahrens als zum Beweis untauglich und zwar mangels gesicherter wissenschaftlicher Erkenntnisse sowie um verfassungsrechtliche und insbesondere grundrechtsbezogene Bedenken bei der Abwägung zwischen Strafverfolgungsinteresse einerseits und Schutz der Menschenrechte andererseits.<sup>10</sup>

---

erbare Ausdrucksvorgänge eines Beschuldigten, die es ohne technische Hilfsmittel wahrnehmen kann (z.B: starke Schweißbildung, Erröten, Sprechstörungen oder andere Orientierungs-, Anstrengungs- oder Verlegenheitsreaktionen) verwertet werden". Vergleiche auch U. Undeutsch, Die Verwertbarkeit unwillkürlicher Ausdruckerscheinungen bei der Aussagenwürdigung, ZStW 1975, 650 ff.; auch M. Stone, Proof of Fact in Criminal Trials, 1984, widmet der Beurteilung non-verbaler Kommunikation zur Bewertung der Persönlichkeit und der Glaubwürdigkeit eines Zeugen ein ganzes Kapitel: (4) Psychology of non-verbal communication, 116 ff. Mißverständlich ist die Aussage des Obergerichts Zürich, Schweizer Juristenzeitung 1971, 114, Nr. 53, wenn es in dem ablehnenden Urteil zur Zulässigkeit des Lügendetektors heißt: "Die genannten Erregungssymptome können sich jedoch auch bei mündlichen Einnahmen zeigen und dürfen auch hier nicht zur Beweisführung verwendet werden".

<sup>8</sup> Hier standen sich Undeutsch als Befürworter des Polygraphen und als Gegner Fiedler, Jänig und Steller gegenüber.

<sup>9</sup> *Frye v. United States*, 54 App. D.C. 46, 293 F. 1013 (1923), 34 A.L.R., 145 ff.

<sup>10</sup> Allgemein zu wissenschaftlichen Methoden der Wahrheitsfindung in diesem Konfliktfeld, siehe G. Barletta Caldarera/J.-M. van Bemmelen, Les méthodes scientifiques de recherche de la vérité: Problèmes de procédure, Revue Internationale de droit pénal, 1972, 503 ff.

Bei näherer Beschäftigung mit der Problematik der Zulässigkeit von Lügendetektoren fällt auf, daß sich die meisten Abhandlungen auf die Situation in den Vereinigten Staaten von Amerika konzentrieren. Dies geht darauf zurück, daß sich Wissenschaft und Justiz in den USA bereits seit Beginn des Jahrhunderts intensiv mit der Thematik auseinandergesetzt haben und dort eine Anwendung des Lügendetektors in verschiedenen Bereichen verbreitet ist. Die vorliegende Untersuchung setzt sich zum Ziel, die Situation in ausgewählten europäischen Rechtsordnungen, unter weitgehender Ausklammerung der Lage in den USA, zu beleuchten; bezüglich der Vereinigten Staaten ist auf die vorliegende umfangreiche Literatur zu verweisen.<sup>11</sup>

Nach Darstellung der Diskussion über die wissenschaftliche Eignung von Polygraphen zur Beweiserhebung unter II. und einer kurzen Betrachtung erzwungener Lügendetektorgutachten unter III. wird sich die Untersuchung auf die Zulässigkeit freiwillig durchgeführter Lügendetektorgutachten im Strafverfahren konzentrieren (IV.). Dabei wird die diesbezügliche Rechtslage in Deutschland, Österreich, der Schweiz, Großbritannien und Frankreich beschrieben. An die darauf folgende Untersuchung der Zulässigkeit von polygraphischen Gutachten in Zivilverfahren (V.) und als Kontrolle von Arbeitnehmern (VI.) wird sich unter VII. eine Zusammenfassung der Problematik im Lichte der dargelegten rechtlichen und wissenschaftlichen Schwierigkeiten anschließen.

## *II. Wissenschaftliche Bewertung der Eignung von Polygraphen zur Beweiserhebung*

Was die Frage der Eignung des Lügendetektors zur Wahrheitsfindung betrifft, ist die Wissenschaft gespalten. Ablehnende Stimmen machen in erster Linie geltend, selbst wenn der Polygraph Erregungszustände als Reaktion auf bestimmte Fragen messen könne, so könne er doch den Grund für die körperliche Reaktion nicht aufzeigen. Daß die gemessenen körperlichen Reaktionen Ausdruck von Angst vor Entdeckung seien, sei demnach reine Spekulation des Gutachters der die Graphen auswerte. Angst der Testperson, trotz eigener Unschuld den Test nicht zu bestehen, könne dieselben Erregungszustände hervorrufen.

Ein weiterer schwerwiegender Kritikpunkt bei der wissenschaftlichen Beurteilung ist die Tatsache, daß es keine festgelegte Methodik bei den Untersuchungen gibt. Testergebnisse werden von einer Vielzahl von Faktoren bestimmt: die Ausbildung des Gutachters, die Art der Fragestellung, die Persönlichkeit der Testperson. Diese Faktoren unterscheiden sich allerdings nicht grundlegend von denen, die auch bei psychologischen Gutachten maßgeblich das Ergebnis des Gutachters bestimmen. Die fehlende Standardisierung von Fragenkatalogen, so könnte man

<sup>11</sup> Zu einem Vergleich der – damaligen – deutschen Rechtslage und der in den USA siehe Wegener (Anm. 1); vergleiche außerdem Abrams (Anm. 1) sowie *The Complete Polygraph Handbook*, 1989; R. Ferguson/A. Miller, *Polygraph for the Defense*, 1974; als Mikrofiche liegt vor M.P. Carey/K.B. Carey, *A Bibliography on the Forensic Use of Hypnosis and the Polygraph*, 1984.

meinen, könnte durch systematische Richtlinien bezüglich der Art und Weise der Fragestellung behoben werden. Solche Richtlinien und Techniken gehören auch zum Inhalt der Ausbildung von polygraphischen Gutachtern in den Vereinigten Staaten. Allerdings spricht das Erfordernis eines Vorgesprächs mit der Testperson, in dem der Gutachter sich ein Bild von der Person machen muß, um geeignete Kontrollfragen erst jeweils zu entwickeln oder an die Umstände des Einzelfalls anzupassen, möglicherweise gegen eine Standardisierung. Insofern dürfte die Kritik am Fehlen effektiver Fragenstandards nicht so leicht zu überwinden sein.

Außerdem kommt erschwerend hinzu, daß die Testsituation im Labor, in dem Wissenschaftler den Grad der Zuverlässigkeit bestimmen wollen, sich von der Situation im Strafverfahren deutlich unterscheidet. Im Laborverfahren gibt es keinen psychologisch zwingenden Grund, Wissen vor dem Gutachter verdecken bzw. den Lügendetektor "überlisten" zu wollen.<sup>12</sup> Kritiker sind daher der Auffassung, daß die im Labor gewonnenen Ergebnisse nicht repräsentativ seien und eine "objektive, echte Wahrheit" als Vergleichsmaterial nicht abschließend festgestellt werden könne. Zu deren Bestimmung müßte man sich hier auf die Aussage der Testperson verlassen, deren Fähigkeit zu lügen man zuvor kontrollieren wollte. Eine *ex-post*-Betrachtung von Situationen, in denen sich aufgrund von anderen Faktoren ein Ergebnis bestätigt habe, ließe nicht auf die generelle Geeignetheit des Verfahrens schließen. Der Kritik, daß die objektive Wahrheit im nachhinein nicht feststellbar sei, müssen sich andere Mittel zur Wahrheitsfindung oder zum Glaubwürdigkeitsbeweis selbstverständlich ebenso stellen wie das Lügendetektorgutachten.

Durchgeführte Zuverlässigkeitsstudien ergeben stark divergierende Ergebnisse von 35 % bis 100 % Zuverlässigkeit. Dabei spielt die Methode der Bewertung der Zuverlässigkeit eine maßgebliche Rolle. Beispielsweise könnte eine Studie, die 1000 polygraphische Tests als Grundlage nimmt und in deren Verlauf sich in der Zukunft nur in zwei Fällen Tatsachen herausstellen, die das Testergebnis in Frage stellen, zu dem Ergebnis kommen, die polygraphische Untersuchung sei zu über 99 % zuverlässig.<sup>13</sup> Weiterhin werfen Kritiker dem Polygraphen vor, er sei leicht zu überlisten und die Ergebnisse dementsprechend manipulierbar.

Der Kritik am Tatwissenstest, er könne als Methode zur Täterschaftsermittlung notwendigerweise nur funktionieren, solange der Täter exklusives Wissen besitze, das er verdecken wolle, hat sich auch der Bundesgerichtshof nach Abschluß der Expertenanhörung in seinem jüngsten Fall angeschlossen.<sup>14</sup> Als Untersuchungsmethode im polizeilichen Ermittlungsverfahren ist die Methode aber weitgehend gesichert. Ob die Ergebnisse einer polygraphischen Untersuchung im Ermittlungsstadium in ein anschließendes gerichtliches Verfahren einbezogen werden dürfen, ist eine davon zu trennende Fragestellung. Eine Kontrolle der Zuverlässigkeit des Lügendetektors im polizeilichen Ermittlungsverfahren macht insbe-

<sup>12</sup> Ein Anreiz, z. B. eine Prämie falls es gelänge, den Lügendetektor zu überlisten, der die Testpersonen zur Lüge animieren soll, ergibt jedenfalls keinen so starken psychischen Druck wie die Angst vor Entdeckung der Beteiligung an einer Straftat und den jeweiligen Folgekonsequenzen.

<sup>13</sup> Beispiel bei Orne (Anm. 5), 98, zur "selektiven Verzerrung" auch BGH NJW 1999, 657, 661.

<sup>14</sup> BGH NJW 1999, 657, 662.

sondere deshalb Schwierigkeiten, weil in Fällen, in denen das Gutachten für die Unschuld des Verdächtigen spricht, in der Regel das Verfahren eingestellt werden wird. Dadurch könnten mögliche Gegenbeweise, die sich erst im Laufe der weiteren Ermittlungen ergeben hätten und die den Verdacht der Begehung der konkreten Straftat hätten erhärten können, durch eine positive polygraphische Untersuchung im ersten Ermittlungsstadium ausgeschlossen werden.

### *III. Die erzwungene polygraphische Untersuchung*

Einer erzwungenen Anordnung und Durchführung einer Untersuchung steht der Grundsatz des *nemo tenetur se ipso accusare* entgegen. Dieser Grundsatz ist dem Recht auf ein faires strafrechtliches Verfahren, wie es Art. 6 I EMRK gewährleistet, immanent. Dies hat sich gerade im Bereich der Freiheit von Zwang bei der Mitwirkung an der eigenen Verurteilung, auch im frühen Ermittlungsstadium, in den europäischen Rechtsordnungen niedergeschlagen und ist als rechtsstaatliches Prinzip in den Verfassungen und Strafprozeßordnungen europäischer Demokratien fest verankert.

Die erzwungene Untersuchung einer Person kann bei der polygraphischen Untersuchung, die von der Kooperation der Testperson ausgeht, ohnehin nicht zu tauglichen Ergebnissen führen, so daß eine solche Untersuchung prinzipiell nur mit einer gleichzeitigen – wohl ebenfalls erzwungenen – Eingabe widerstandsbrechender Drogen einhergehen könnte. Daß man auf diese Weise den Boden jeglicher Rechtsstaatlichkeit verließ, bedarf keiner weiteren Erörterung. Von Interesse sind daher nur diejenigen Fälle, in denen sich der Angeklagte mit der Durchführung eines Gutachten einverstanden erklärt oder in denen er ein solches Gutachten selbst ausdrücklich beantragt.

### *IV. Der freiwillig durchgeführte Lügendetektortest*

#### *1. Einführung*

Besonderes Gewicht erlangt die Diskussion über den Antrag auf Durchführung eines polygraphischen Gutachtens und dessen anschließender Einführung als Beweismittel in Fällen der Anklage wegen Kindesmißbrauchs.<sup>15</sup> Ein solcher Fall lag auch dem jüngsten Urteil des deutschen Bundesgerichtshofs zugrunde. Die Schwierigkeit liegt in derartigen Fällen darin, daß die Aussage des Angeklagten gegen diejenige des Minderjährigen steht. Zum Nachweis der Glaubwürdigkeit des Kindes wird dann zumeist ein kinderpsychologisches Gutachten vorgelegt. Der Angeklagte hat regelmäßig keine Möglichkeit, diesem Gutachten mit einem Gutachten über seine eigene Glaubwürdigkeit entgegenzutreten. Um die in diesem Zusammenhang vielbeschworene Gleichheit der Waffen (wieder)herzustellen, käme ein freiwillig durchgeführtes polygraphisches Gutachten grundsätzlich in Betracht.

<sup>15</sup> Zu dieser Ausgangslage und der spezifischen Beweissituation vergleiche NSStZ 1994, 466 ff.

<http://www.zaoerv.de>

© 1999, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

Allerdings ist bereits vorab darauf hinzuweisen, daß den hier betrachteten europäischen Rechtsordnungen gemein ist, daß sie den Lügendetektor als Beweismittel im Strafverfahren auch dann für unzulässig erachten, wenn der Test mit Zustimmung des Angeklagten oder sogar auf dessen ausdrücklichen Antrag hin erfolgen soll. Die einzelnen Ablehnungsgründe und Befürchtungen variieren jedoch und sollen im folgenden näher betrachtet werden. Von besonderem Interesse ist dabei die jüngste Entscheidung des Bundesgerichtshofs im Vergleich zum Stand der Diskussion in anderen Rechtsordnungen.

## 2. Die Rechtslage in Deutschland

Die deutsche Diskussion über die Zulässigkeit von Lügendetektoren als Beweismittel insbesondere im Strafverfahren findet ihren Anfang in einer Entscheidung des Bundesgerichtshofs aus dem Jahre 1954.<sup>16</sup> In diesem Fall hatte der Angeklagte das Gutachten zwar nicht selbst als Entlastungsbeweis im Ausgangsverfahren beantragt, sich aber in der Hauptverhandlung vor dem Landgericht mit dem Antrag der Staatsanwaltschaft auf Einholung des Gutachtens einverstanden erklärt.

Damals wie heute entschied sich der Gerichtshof gegen die Zulässigkeit des Lügendetektors im Strafverfahren und stützte sich dabei auf mehrere Argumentationslinien: Durchgreifende Bedenken ergäben sich bezüglich der wissenschaftlichen Genauigkeit und Zuverlässigkeit, außerdem sei eine Beeinflussung der Testergebnisse durch unentdeckte technische Fehler des Geräts zu befürchten. Die wissenschaftliche Bewertung war in diesem ersten Urteil aber nicht maßgeblich für die Ablehnung.<sup>17</sup> Die Unzulässigkeit wurde in erster Linie auf strafprozessuale und verfassungsrechtliche Erwägungen, das heißt auf Art. 1 I GG und § 136a StPO, gestützt.

Das verfassungsrechtliche Gebot zum Schutz der Menschenwürde des Art. 1 I GG schlägt sich nicht nur in Normen des Verfassungsrechts wie Art. 2 und Art. 104 I GG, sondern auch in den entsprechenden Normen des Strafprozessrechts nieder. Insbesondere sind in dieser Hinsicht die §§ 136, 136a StPO sowie die §§ 69 III, 81 c, 161 II und 163 II StPO zu nennen. Die Strafprozeßordnung dient gerade dazu, das Recht des Verdächtigten auf Wahrung seiner Menschenwürde in allen Stadien eines Strafverfahrens zu sichern. Eine Wahrheitsfindung um jeden Preis, bei der der Verdächtige zum Gegenstand anstatt zum Beteiligten des Strafprozesses gemacht würde, ist daher strafprozessual unzulässig und verfassungswidrig. Der Verdächtige kann daher nur solchen Untersuchungsmethoden unter-

<sup>16</sup> BGHSt 5, 332 ff.

<sup>17</sup> Im Urteil heißt es dazu ausdrücklich: "Die Zulässigkeit hängt nicht von der Brauchbarkeit des Polygraphen zur Aufklärung von Straftaten ab und auch nicht von der Richtigkeit und Verlässlichkeit der wissenschaftlichen Erwägungen, auf denen er beruht. Sie ist allein nach den das Strafverfahren regelnden Grundsätzen zu prüfen." Gleichwohl fügt das Gericht eine Bewertung von wissenschaftlichen Erwägungen an (BGHSt 5, 332, 336) und kommt zu dem Schluß, daß auch diesbezüglich durchgreifende Rechtsbedenken bestünden.



worfen werden, die zum einen den gesetzlich gesteckten Rahmen nicht überschreiten und zum anderen zur Wahrheitsfindung geeignet und erforderlich, d.h. verhältnismäßige Mittel zur Strafaufklärung und -verfolgung, sind. Nach den noch frischen Erfahrungen der Ermittlungsmethoden während des Nationalsozialismus mag das Gericht Mitte der Fünfziger Jahre für diese Abwägung besonders sensibilisiert gewesen sein.

In der Argumentation des Bundesgerichtshofs wurde besonderer Wert auf die Feststellung gelegt, daß der Angeklagte, der sich einem Lügendetektortest unterziehe, seines in Art. 1 I GG und § 136a StPO verkörperten Rechts auf die Entschließungsfreiheit zur Einlassung zur Anklage verlustig ginge. Indem unbewußte Äußerungen überwacht würden, könne der Angeklagte über das Ob und Wie der Beantwortung einer Frage nicht mehr frei entscheiden. Der unverzichtbare seelische Eigenraum würde durch die Bewertung des Unbewußten verletzt. Dieser Ansatz klingt überzeugend. Allerdings stellte sich die Ausgangslage des damaligen Verfahrens teilweise anders dar als die Situation, aus der heraus derzeit für eine Zulässigkeit eines Lügendetektortests als Beweismittel plädiert wird. Im Gegensatz zur damaligen Situation kommt es heute Angeklagten in besonderen Fallkonstellationen gerade darauf an, unbewußte Äußerungen zu dem einzig möglichen Beweis ihrer Glaubwürdigkeit zusammenzufassen und bewerten zu lassen. Eine derartige Konstellation hätte daher Anlaß dazu geben können, in dem Spannungsfeld zwischen Menschenwürde und Strafverfolgung zu einem anderen Ergebnis zu gelangen. Hierzu hat der Bundesgerichtshof in seiner neuesten Entscheidung Stellung genommen.

Ausgehend von dem dargestellten Präzedenzfall des Bundesgerichtshofs 1954 lehnte die Literatur in der anschließenden Diskussion auch die Durchführung eines Tests mit Einwilligung oder auf Antrag des Verdächtigen oder Angeklagten ab. Die Polygraphie wurde danach als eine nach § 136 a III StPO absolut unzulässige Beweismethode betrachtet, aus der ein ebenso absolutes Beweisverwertungsverbot nicht nur für das Strafverfahren, sondern auch für den Zivilprozeß oder ein Disziplinarverfahren abgeleitet wurde.<sup>18</sup>

Das Bundesverfassungsgericht bestätigte in einem Beschluß von 1981 die verfassungsrechtlichen Bedenken des Bundesgerichtshofs und entschied, daß auch die freiwillige Erstellung polygraphischer Gutachten gegen das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG verstoße.<sup>19</sup> In Bezug auf die Einwilligung nahm das Bundesverfassungsgericht an, daß nur derjenige durch freiwillige Disposition über seine Rechte auf staatlichen Schutz verzichten könne, der eine Wahlmöglichkeit habe. Derjenige aber, der von einer empfindlichen Freiheitsstrafe bedroht sei, habe faktisch keine Wahl, weil sich die Untersuchung mittels Polygraph als ein Beweismittel darstelle, das er nicht ausschlagen dürfe.<sup>20</sup>

<sup>18</sup> Wegner (Anm. 1), 28, und BGH NJW 1999, 657 mit vielfältigen Nachweisen.

<sup>19</sup> BVerfG NJW 1982, 375.

<sup>20</sup> Kritisch zu dieser Feststellung die Anmerkungen von Sch w a b e, NJW 1982, 367, der als einer der wenigen deutschen Rechtswissenschaftler eine Zulässigkeit befürwortet.

In einem Beschluß über die Nichtannahme einer Verfassungsbeschwerde im Jahre 1998 stellte das Gericht dann fest, daß eine mögliche Rechtsverletzung nicht substantiiert vorgetragen worden sei. Der einzelne habe keinen Anspruch auf ein bestimmtes Verfahren, sondern nur auf eines, das allgemeinen rechtsstaatlichen Anforderungen genüge.<sup>21</sup> Der Beschwerdeführer hatte sich auf eine Verletzung seiner Rechte aus Art. 1 I und Art. 2 I, Art. 103 II und Art. 20 II GG sowie auf das Recht auf ein faires Verfahren, wie es sich aus den Prozeßgrundrechten in Verbindung mit Art. 20 III GG ergibt, berufen. Er hätte aber glaubhaft machen müssen, daß die Zulassung gerade des Polygraphen verfassungsrechtlich nicht nur zulässig, sondern vielmehr geboten sei.

Nach einer Entscheidung des Bundesgerichtshofs von Oktober 1998 soll ein Angeklagter auch keinen strafprozessualen Anspruch auf Berücksichtigung eines privaten ohne Wissen des Gerichts durchgeführten Lügendetektorgutachtens haben. Einer solchen Testsituation begegnet der Proband in dem Bewußtsein, daß ein negatives Ergebnis nicht gegen ihn verwandt werde, da in einer derartigen Situation der Anwalt den Gutachter nicht als Zeugen benennen werde. Damit wird die Angst vor Entdeckung weitgehend reduziert und es entfällt in gleichem Umfang der Hauptfaktor, der für die Reaktionen auf nicht wahrheitsgemäß beantwortete Fragen zur Tat verantwortlich gemacht wird (*friendly polygrapher syndrome*).<sup>22</sup> Trotz des Hinweises auf das ablehnende Urteil aus dem Jahre 1954 bleibt hier aber noch offen, ob mit Zustimmung des Gerichts ein polygraphisches Gutachten zulässig gewesen wäre.

Nachdem in der jüngeren Vergangenheit Gerichte vor allem in Fällen der Anschuldigung wegen sexuellen Mißbrauchs von Kindern den Lügendetektor in familiengerichtlichen und vereinzelt in strafrechtlichen Verfahren<sup>23</sup> als Beweismittel zugelassen hatten, brachte im Dezember 1998 die zweite Grundsatzentscheidung des Bundesgerichtshofs das vorerst endgültige "Aus" für die Zulassung vor deutschen Gerichten.

Die Angeklagten, von den unteren Gerichten für schuldig befunden, hatten die Zulassung eines polygraphischen Gutachtens zum Beweis ihrer Glaubwürdigkeit beantragt und griffen die Ablehnung des Gutachtens vor dem BGH an. Sie sahen hierin für sich die einzige Möglichkeit einer Entlastung. Das Gericht kam nach mehrtägiger Expertenanhörung zu dem Schluß, der Lügendetektor sei bei Anwendung einer bestimmten Methode und innerhalb eines bestimmten prozessualen Verfahrensabschnitts zum Beweis vollkommen ungeeignet und daher

<sup>21</sup> BVerfG EuGRZ 1998, 351, 352.

<sup>22</sup> BGH NJW 1999, 662, 663; Orne (Anm. 5), 114; Aufgrund dieser Bedenken können in einigen US-amerikanischen Staaten freiwillige Tests nur nach Absprache zwischen den Beteiligten, d.h. auch mit der Staatsanwaltschaft durchgeführt werden. Die Testergebnisse werden in jedem Fall – auch bei Belastung des Angeklagten – verwertet. Dies erhöht zwar möglicherweise die Zuverlässigkeit des Testergebnisses indem das *friendly polygrapher syndrome* umgangen wird, andererseits kann eine Verfälschung der Ergebnisse aus Angst vor unschuldiger Verurteilung aber nicht ausgeschlossen werden. Das Verfahren kann daher möglicherweise in Konflikt mit dem Grundsatz *nemo tenetur* geraten.

<sup>23</sup> Oberlandesgericht Bamberg Az. 7 WF 122/94, Oberlandesgericht Oldenburg Az. IV UF 60/96.

unzulässig.<sup>24</sup> Der Bundesgerichtshof (1. Senat) hat die Zulässigkeit eines freiwilligen Lügendetektortests mittels des Kontrollfragentests und im Zeitpunkt der Hauptverhandlung mittels des Tatwissenstests verneint.<sup>25</sup> Es hat eine polygraphische Untersuchung als ein völlig ungeeignetes Beweismittel im Sinne des § 244 Abs. 3 S. 2 Alt. 4 StPO erklärt. Er knüpft damit an die bereits angesprochene Entscheidung des 3. Senats des BGH vom Oktober 1998 an,<sup>26</sup> der allerdings weniger weitgehende Konsequenzen gezogen hatte. An den 1954 geäußerten verfassungsrechtlichen und strafprozessualen Bedenken gegenüber einem freiwilligen Lügendetektortest wurde ausdrücklich nicht festgehalten.

Das Gericht stützt seine Aussage im Grunde genommen auf zwei Erwägungen. Anders als in seiner Argumentation in dem Urteil von 1954<sup>27</sup> geht der BGH nunmehr nicht mehr davon aus, daß der Lügendetektor einen Einblick in die Seele der Testperson gewähre. Daher fehle es an einem Eingriff in den Schutzbereich von Art. 1 I GG.<sup>28</sup> Man kann sich fragen, ob dieses Ergebnis nicht dadurch mitbestimmt wurde, daß der BGH den Erkenntniswert polygraphischer Untersuchungen weitgehend verneint hat. Wäre dies nicht der Fall, d. h. sollte es gelingen, mittels dieses oder eines vergleichbaren Verfahrens einen "Einblick in die Seele des Beschuldigten" zu gewinnen, müßte die Frage nach deren Vereinbarkeit mit der Menschenwürde wieder aufgerollt werden. Entscheidend ist deshalb die zweite Begründung. Der BGH betont stärker als bislang, daß auch hinsichtlich des Schutzes der Menschenwürde der Einwilligung des Betroffenen eine besondere Bedeutung zukommt. Begründet wird dies damit, daß der Schutz der Menschenwürde auch den Schutz der Eigenverantwortlichkeit mit umfaßt. Zu dieser Freiheit, über sich und sein Schicksal zu verfügen, gehört nach Einschätzung des BGH auch die Einwilligung in eine polygraphische Untersuchung. Diese könne dem nach Entlastung strebenden Beschuldigten nicht unter Berufung auf Art. 1 I GG verwehrt werden. Dahinter steht die Überzeugung, daß auch die Gefährdung eines Unschuldigen, dem Risiko einer Verurteilung ausgesetzt zu sein, einen Verstoß gegen die Menschenwürde darstellen kann.

Diese Gründe des BGH könnten auch für eine Bewertung polygraphischer Gutachten unter der Europäischen Menschenrechtskonvention von Bedeutung sein, sollte diese Problematik dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte vorgelegt werden.<sup>29</sup> Auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte müßte dann entscheiden, welche Bedeutung einer Einwilligung des Betroffenen zukommt, wenn ein Eingriff in dessen Menschenwürde zur Diskussion steht.<sup>30</sup>

<sup>24</sup> BGH NJW 1999, 657 ff.

<sup>25</sup> BGH NJW 1999, 657 Ls. 2.

<sup>26</sup> BGH NJW 1999, 662 (663).

<sup>27</sup> BGHSt 5, 332 ff.

<sup>28</sup> BGH NWJ 1999, 658.

<sup>29</sup> Der EGMR hatte bislang noch nicht über die Zulässigkeit von Lügendetektoren zu entscheiden.

<sup>30</sup> Zur Zulässigkeit eines polygraphischen Gutachtens, sofern sich der Betroffene diesem freiwillig unterwirft vgl. IntKommEMRK, H. Miehsler/K. Vogler, Art. 6, Rn. 371.

Der BGH berücksichtigte den Einwand, daß vor allem in den Fällen, in denen zur Glaubwürdigkeit des Opfers ein kinderpsychologisches Gutachten vorgelegt wurde, eine ungleiche Lage in Bezug auf einen Nachweis der Glaubwürdigkeit des vermeintlichen Täters bestehen kann. Der BGH hatte sich mit dieser Frage nicht allgemein auseinanderzusetzen, aber seine Ausführungen zum Schutz der Menschenwürde lassen deutlich werden, daß er die Problematik gesehen hat. Dem Schutz des Beschuldigten dienen die Regeln des Strafprozeßrechts und letztlich der Grundsatz *in dubio pro reo*.

Hierzu gibt es eine neuere Entwicklung. Der BGH hat in einem neueren Urteil zu der Bewertung von Glaubwürdigkeitsgutachten Stellung genommen;<sup>31</sup> dieses Urteil – übrigens ebenfalls des ersten Senats – ist zusammen mit dem Urteil vom 17. Dezember 1998 zu lesen. In diesem Fall hatte die Verteidigung beantragt, die Hauptbelastungszeugin erneut aussagepsychologisch untersuchen zu lassen, da das Erstgutachten nach ihrer Meinung methodische Mängel aufwies. Das Landgericht hatte diesen Antrag abgelehnt; der BGH hob das Urteil auf und verwies an das Landgericht zurück. Nach der Entscheidung des BGH hat sich der Sachverständige ausschließlich methodischer Mittel zu bedienen, die dem aktuellen wissenschaftlichen Kenntnisstand gerecht werden. Für besonders wesentlich erachtete das Gericht die transparente Darlegung der angewandten wissenschaftlichen Methode durch Benennung und Beschreibung der Anknüpfungs- und Befundtatsachen. Der Weg, auf dem der Sachverständige zu seinem Ergebnis gelange, müsse überprüfbar und nachvollziehbar sein. Außerdem solle der Sachverständige solange auf der Basis einer sogenannten "Unwahrheitshypothese" arbeiten, bis sich diese nicht mehr halten ließe. Damit wird die Brücke zum Grundsatz *in dubio pro reo* geschlagen und dieser bereits für die Erarbeitung eines Glaubwürdigkeitsgutachtens zu Belastungszeugen fruchtbar gemacht. Die so formulierten Kriterien für die Erstellung psychologischer Gutachten sind durchaus geeignet, den prozessualen Schutz des Angeklagten in der beschriebenen Ausgangslage zu verbessern.

Bei einer Bewertung des Urteils vom 17. Dezember 1998 und den hieraus zu ziehenden Konsequenzen ist die dem Urteil zu Grunde liegende Fallkonstellation zu berücksichtigen. Es war von dem Angeklagten die Einholung eines Gutachtens auf der Basis von Lügendetektortests beantragt worden zum Beweis dafür, daß er die ihm zur Last gelegten Vorwürfe zu Recht bestreite.<sup>32</sup> Das Gericht lehnte eine polygraphische Untersuchung nach dem Kontrollfragmentest mit einer eingehenden Begründung als wissenschaftlich ungesichert ab.<sup>33</sup> Hinsichtlich der Verwendung des Tatwissensverfahrens machte das Gericht geltend, daß dieses immer dann nicht in Betracht käme, wenn der Angeklagte über die ihm gemachten Vorwürfe und den Ermittlungs- und Wissensstand der Strafverfolgungsorgane konkrete Kenntnisse erhalten habe.

<sup>31</sup> Urteil vom 30.7.1999, Az. 1 StR 618/98.

<sup>32</sup> Dies unterscheidet sich von der Fallkonstellation des Urteils des dritten Senats des BGH, in dem die Berücksichtigung eines privat erstellten Gutachtens zur Diskussion stand.

<sup>33</sup> Nach Ansicht des Gerichts ist das Kontrollverfahren "konzeptionell nicht abgesichert" und seine "Funktionsweise nicht belegbar" (BGH NJW 1999, 660).

Die Begründung des Urteils und vor allem die Fallkonstellation, in der es ergangen ist, wirft zwei Fragen auf, die über die Aussage des Urteils hinausgehen. Erwogen werden kann weiterhin, ob Lügendetektortests in familiengerichtlichen Verfahren zum Sorgerecht zulässig sind und ob ihnen eine, gegebenenfalls welche, Bedeutung in polizeilichen Ermittlungsverfahren zukommen kann.

Auf die Verwendung von Lügendetektortests in familiengerichtlichen Verfahren gelten die von dem BGH entwickelten Grundsätze unmittelbar. Dagegen dürften der Zulässigkeit von freiwilligen polygraphischen Untersuchungen nach der Tatwissensmethode im polizeilichen Ermittlungsverfahren grundsätzlich keine verfassungsrechtlichen Bedenken entgegenstehen. Der BGH hat die Zulassung als Beweismittel nach der Tatwissensmethode nur für die Zeit nach Abschluß der Ermittlungen ausgeschlossen, in denen die Umstände der Tat bereits weitestgehend bekannt geworden sind, so daß der Täter kein exklusives Täterwissen mehr besitzt. Ob und wie im polizeilichen Ermittlungsverfahren durchgeführte polygraphische Untersuchungen später in ein Gerichtsverfahren als Beweis eingebracht werden dürfen, bliebe noch zu entscheiden. In jedem Fall hätten diese Gutachten insofern indizielle Wirkung, als je nachdem, ob sie positiv oder negativ ausgefallen sind, die Polizei weiter ermitteln oder aber die Ermittlungen im Hinblick auf den begutachteten Verdächtigen einstellen würde.

### 3. Die Rechtslage in Österreich

Die gerichtliche Ablehnung des Lügendetektors im österreichischen Strafverfahren stützt sich im wesentlichen auf zwei Leiturteile des Obersten Gerichtshofs. In der ersten Entscheidung vom 24. November 1966<sup>34</sup> zur Zulässigkeit eines mit Zustimmung des Angeklagten durchzuführenden Lügendetektortests heißt es dazu: „Auch mit Zustimmung des Angeklagten ist die Überprüfung seiner Verantwortung durch einen sogenannten Lügendetektor (Polygraph) als dem Wesen des österreichischen Strafverfahrens widersprechend und mit dem Begriff eines ‚fairen‘ Verfahrens unvereinbar“. In diesem Fall war der Angeklagte des Betruges und der Veruntreuung für schuldig befunden worden und hatte daraufhin beantragt, ihn unter Beiziehung eines Lügendetektors zu vernehmen, um darzulegen, daß er „nie die Schädigung seiner Darlehensgeber beabsichtigte, daß er auch nie mit *dolus eventualis* gehandelt hat“ und daß er „bei jeder Darlehensgewährung die Absicht hatte, die gewährte Summe wieder zurückzuzahlen“.

Nachdem der Antrag von den unteren Gerichten abgelehnt worden war, erhob der Angeklagte Nichtigkeitsbeschwerde, in der er ausführte, in seinen Verteidigungsrechten beeinträchtigt worden zu sein. Gegen den Lügendetektor den Einwand der Mechanisierung zu erheben, sei außerdem anachronistisch, zumal sich die für die Bewertung des Vorsatzes maßgebliche innere Einstellung nur durch einen Sachverständigen mit Lügendetektor verobjektivieren lasse.

<sup>34</sup> SSt 37, Nr. 54, 163 ff.

Das Lügendetektorgutachten sollte nicht in Österreich erstellt werden, sondern der Angeklagte sollte vom deutschen Landgericht Kaiserslautern im Rechtshilfewege vernommen werden und dieses Gericht sollte seinerseits einen mit einem Polygraphen ausgerüsteten Experten der stationierten US-Armee beiziehen. Dieser sollte als Sachverständiger die eigentliche Bewertung der bei den Aussagen aufgezeichneten Graphen des Geräts vornehmen.

Der Oberste Gerichtshof verwarf die Nichtigkeitsbeschwerde. In den Gründen für die Ablehnung verwies das Gericht zunächst auf die bekannten wissenschaftlichen Bedenken, beispielsweise die Unmöglichkeit der Feststellung des tatsächlichen Grundes für eine meßbare Erregung, um dann festzustellen, daß die Anwendung ohnehin mit den Grundsätzen des österreichischen Strafverfahrens nicht in Einklang zu bringen sei.<sup>35</sup> Die Argumentation, ein Lügendetektortest verstoße gegen die Prinzipien eines fairen Verfahrens, wie sie sich in der Strafprozeßordnung widerspiegeln, hat sich auch die österreichische Literatur unter Hinweis auf die Entscheidung von 1966 zu eigen gemacht.<sup>36</sup> Da der Angeklagte dem Grundsatz *nemo tenetur* gemäß nicht verpflichtet sei, an der Wahrheitsfindung mitzuwirken, seien alle Methoden rechtswidrig, die geeignet seien, die Gewährung der freien Willensentschließung in einem Stadium der Ermittlungen oder der Verhandlung einzuschränken. Dieser Grundsatz sei für so gewichtig zu erachten, daß das Verfahren auch bei freiwilliger Unterwerfung unzulässig sein müsse.

In einer Entscheidung vom 24. März 1977 bestätigte der Oberste Gerichtshof seine Ansicht, daß alle Untersuchungsmethoden, die den freien Willen des Angeklagten ausschalten, auch bei Zustimmung des Angeklagten unzulässig seien und daß der Lügendetektor eine solche Methode sei.<sup>37</sup> In diesem Urteil wird der Lügendetektor mit der Verwendung von Hypnose, Narkoanalyse<sup>38</sup> oder der Verabreichung hemmungslösender Mittel gleichgesetzt.

Eine Verschiebung der Gewichtung zwischen dem Schutz der Menschenwürde in einem fairen Verfahren und dem Interesse des Angeklagten an der Zulassung des vermeintlich für ihn einzig möglichen Beweismittels – unabhängig von der wissenschaftlichen Geeignetheit – ist in der österreichischen Gerichtspraxis bislang nicht diskutiert worden.

<sup>35</sup> SSSt 37, Nr. 54, 165.

<sup>36</sup> Vergl. u.a. S.Seiler, Strafprozeßrecht, 1998, 130; Ch. Bertel, Grundriß des österreichischen Strafprozeßrechts, 1997, Rn. 355; E. Foregger/G. Kodek, Die österreichische Strafprozeßordnung, 1997, § 199, 308.

<sup>37</sup> SSSt 48, Nr. 22, S. 97 ff.

<sup>38</sup> Vergleiche die Leitentscheidung zur Narkoanalyse des OLG Wien vom 8.3.1955 in Juristische Blätter 1955, 367. In dieser Entscheidung wird die freiwillige Vernehmung in narkotisiertem Zustand als unzulässig abgelehnt und auf die Rechtswidrigkeit der Registrierung unwillkürlicher Ausdrucksbewegungen Bezug genommen.

#### 4. Die Rechtslage in der Schweiz

Ausgehend von der Entwicklung in den Vereinigten Staaten hat man sich in der schweizerischen Wissenschaft früh mit dem Polygraphen, seiner wissenschaftlichen Geeignetheit und möglichen rechtlichen Konflikten auseinandergesetzt.<sup>39</sup>

In der Schweizer Diskussion über die Zulässigkeit von polygraphischen Gutachten steht die Wahrung der Menschenwürde und das daraus abgeleitete Prinzip eines fairen Verfahrens an zentraler Stelle. Der Grundsatz der Menschenwürde im Strafverfahren findet in den Strafprozeßordnungen der Kantone in Form von Verboten bestimmter Vernehmungsmethoden seinen Niederschlag. Auch das Recht der persönlichen Freiheit, das der Beschuldigte als selbstverantwortliches Individuum auch während eines Strafverfahrens genießt, schlägt sich im Recht auf Entschließungsfreiheit im Prozeß nieder.

Das Recht auf persönliche Freiheit ist als bislang ungeschriebener Verfassungsgrundsatz durch eine Vielzahl bundesgerichtlicher Entscheidungen bestätigt worden.<sup>40</sup> Der Grundsatz des Schutzes der persönlichen Freiheit wird in Form des Art. 10 des Bundesbeschlusses über eine neue Bundesverfassung<sup>41</sup> nach dem positiven Abstimmungsergebnis beim Verfassungsreferendum vom 19. April 1999 nunmehr als geschriebenes Grundrecht Bestandteil der neuen Bundesverfassung werden.

Die Verwendung von Lügendetektoren bei der Vernehmung, auch mit Einwilligung des Betroffenen, widerspricht der Menschenwürde und dem Recht auf persönliche Freiheit, eine bestimmte Begebenheit frei zu würdigen und danach zu handeln.<sup>42</sup> Die Regelung des Strafprozesses ist im Gegensatz zum deutschen Kompetenzverteilungssystem nicht Bundesaufgabe, sondern Sache der schweizerischen Kantone. In allen Strafprozeßordnungen der Kantone finden sich Vorschriften, die solche Vernehmungsmethoden verbieten, die geeignet sind, die freie Entschließungsfreiheit des Beschuldigten zu beeinträchtigen, auch wenn der Betroffene in eine solche Methode einwilligt.<sup>43</sup> Befürworter des Polygraphen in der Schweiz sehen hingegen schon gar keinen Eingriff in die freie Entschließung und Willensausübung.<sup>44</sup>

Die Grundsatzurteile zur freiwilligen Unterwerfung des Angeklagten unter bestimmte Methoden zur Wahrheitsfindung sind in der Schweiz zur Frage der Zu-

<sup>39</sup> Vergleiche die ausführliche Darstellung bei M. J. Graven, *Le dépistage scientifique de mensonge ou la "question" moderne*, *Revue Internationale de Criminologie* 1948, 163 ff. Der Autor plädiert bei aller Skepsis dafür, neuen wissenschaftlichen Beweisen offen gegenüber zu stehen, um Justizirrtümer weiter einschränken zu können, 163, 172.

<sup>40</sup> Nachweise bei M. Helfenstein, *Der Sachverständige im schweizerischen Strafprozess*, 1978, 206.

<sup>41</sup> Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft 1999, 162 ff.; voraussichtliches Inkrafttreten der Verfassung am 1.1.2000.

<sup>42</sup> R. Hauser, *Kurzlehrbuch des schweizerischen Strafprozessrechts*, 1978, 5. Teil, § 37 III 2 und 8. Teil § 56 II; N. Oberholzer, *Grundzüge des Strafprozessrechts*, 1994, Abschnitt 17.32.

<sup>43</sup> Vergleiche beispielhaft dazu die Vorschriften Art. 41 II StPO Obwalden, § 94 StPO Solothurn, Art. 63 III StPO St. Gallen, § 64 I StPO Aargau, § 94 III StPO Thurgau.

<sup>44</sup> Vergleiche Pfenninger, *Schweizer Juristenzeitung* 1957, 69 ff.

<http://www.zaoerv.de>

lässigkeit der Narkoanalyse ergangen.<sup>45</sup> Die kantonalen Urteile weisen darauf hin, daß die Narkoanalyse den Angeklagten zum Prozeßobjekt machen würde und daß der einzelne sich seiner Eigenschaft als frei Mitwirkender, d.h. als Prozeßsubjekt, nicht begeben könne, zumal bei Zulassung solcher Beweismittel dem Ansehen des Staates und seiner Strafrechtspflege geschadet werden könnte.<sup>46</sup> Bereits im Zusammenhang mit der Narkoanalyse weisen die Gerichte darauf hin, daß auch andere weniger stark eingreifende Methoden, die dennoch den freien Willen einzuschränken geeignet sind, nicht in Betracht kommen könnten, ohne hierbei jedoch den Lügendetektor ausdrücklich zu nennen. In einer Entscheidung des Obergerichts des Kantons Zürich aus dem Jahre 1970<sup>47</sup> wird die Zulässigkeit zwar verneint, die Begründung stützt sich in diesem Fall allerdings vorrangig auf die mangelnde Zuverlässigkeit und nicht, wie man nach den Urteilen zur Narkoanalyse und der Diskussion in der Literatur hätte erwarten können, auf den Schutz der Menschenwürde. Im Gegensatz zum jüngsten Urteil des Bundesgerichtshofs kann man hier aber wohl nicht annehmen, daß das Obergericht des Kantons Zürich den Lügendetektor zulassen würde, wenn die wissenschaftliche Zuverlässigkeit geklärt wäre, zumal in der Begründung auf die Situation in Deutschland und die damals bestehenden grundrechtlichen und strafprozessualen Hinderungsgründe hingewiesen worden ist.

Diese Interpretation und Abwägung zwischen Wahrheitsfindung und der Wahrung der Menschenwürde im schweizerischen Strafprozeß entspricht im wesentlichen der deutschen Rechtslage vor dem Urteil des Bundesgerichtshof von Dezember 1998. Eine Änderung dieser Rechtsprechung ist nicht absehbar.

### 5. Die Rechtslage im Vereinigten Königreich

Die erste offizielle Erwähnung findet der Lügendetektor in einer Studie der Royal Commission on Criminal Procedure von 1981 über den Polygraphen und seine Verwendung. Grundlage des Berichts war eine Untersuchung der Erfahrungen, die in den Vereinigten Staaten von Amerika mit dem Lügendetektor gemacht worden waren. Das Ergebnis ließ nach Auffassung der Kommission zu wünschen übrig. Sie gelangte zu dem Schluß, daß der Polygraph zwar bei Ermittlungen hilfreich sein könnte, die fehlende wissenschaftliche Gesicherheit seiner Beweiskraft aber gegen eine Einführung als Beweismittel in britischen Gerichtsverfahren spreche.<sup>48</sup>

Das englische Recht kennt verschiedene Maßnahmen, die dazu dienen, die Glaubwürdigkeit von Aussagen beurteilen zu können bzw. die Glaubwürdigkeit von Aussagen zu verbessern. Dazu gehören das Kreuzverhör, die Verteidigung sowie der generelle Ausschluß von Beweisen vom Hören und Sagen. Hier stellt sich allerdings die Frage, ob ein polygraphisches Gutachten bei allen wissenschaft-

<sup>45</sup> Vergleiche dazu Schweizer Juristenzeitung 1954, 51, Schweizer Juristenzeitung 1959, 330f. und Schweizer Juristenzeitung 1964, 161, Nr. 102.

<sup>46</sup> Entscheidung des Schwurgerichts des Kantons Zürich, Schweizer Juristenzeitung 1959, 330f.

<sup>47</sup> Schweizer Juristenzeitung 1971, 114, Nr. 53.

<sup>48</sup> Her Majesty's Stationary Office 1981, para. 4.76.

<http://www.zaoerv.de>



lichen Unzulänglichkeiten nicht wenigstens ebenso gut geeignet sein könnte, Aufschluß über die Glaubwürdigkeit der aussagenden Person zu geben.<sup>49</sup> Gleichwohl ist der Beweis der Glaubwürdigkeit von Angeklagten oder Zeugen mittels eines Lügendetektortests im Vereinigten Königreich nicht zulässig. Die gerichtliche Ablehnung der Zulassung beruht allerdings weniger auf wissenschaftlichen Erwägungen wie neuerdings im deutschen Recht als vielmehr auf einer Vielzahl rechtlicher Bedenken. In der Literatur wird hingegen immer auch auf Zweifel an der Genauigkeit und Aussagekraft von Testergebnissen hingewiesen.<sup>50</sup>

Seit einer zivilgerichtlichen Entscheidung aus dem Jahre 1986 im Fall *Fennel v. Jerome Property Maintenance Ltd.*<sup>51</sup> sind Beweise, die auf mechanischen, chemischen oder hypnotischen Testverfahren beruhen, denen sich die Testperson unterzieht, um ihre Glaubwürdigkeit zu belegen, vor den Gerichten nicht als Beweismittel zugelassen. Die Verwendung des Polygraphen als Beweismittel ist ein solches mechanisches Testverfahren, da nur dessen technische Aufzeichnungen als Grundlage der Bewertung der Glaubwürdigkeit herangezogen werden. In *Fennel v. Jerome Property Maintenance Ltd.* sollte ein Beweis mittels Narkoanalyse geführt werden, um die Glaubwürdigkeit des Klägers zu belegen. Zwar war schon zuvor versucht worden, unter Eingabe hemmungslösender Medikamente gewonnene Aussagen als Beweismittel einzubringen; dies war jedoch stets von den Gerichten abgelehnt worden. Die Entscheidung *Fennel v. Jerome Maintenance Ltd.* überträgt die Unzulässigkeit der chemischen Glaubwürdigkeitstestverfahren auf alle mechanischen Methoden. Die Ablehnung erfolgt nicht aus Zweifeln an der wissenschaftlichen Zuverlässigkeit solcher Verfahren, sondern vor allen Dingen um zu verhindern, daß die Funktion des Richters beeinträchtigt wird.<sup>52</sup> Die Überlegung, daß ein wissenschaftlicher Test, der Aussagen über die Glaubwürdigkeit eines Beschuldigten oder Zeugen macht, das Gericht in seiner Funktion störe, über die Glaubwürdigkeit selbst zu entscheiden, wird regelmäßig auch in den USA in Bezug auf die Jury vorgebracht. Es heißt in diesem Zusammenhang, gerade die Jury sei der Lügendetektor und es sei sehr problematisch, die wichtigste Funktion im Strafverfahren auf ein technisches Gerät zu übertragen, dessen Zuverlässigkeit zumindest in Frage gestellt werden müsse.<sup>53</sup> Gegner des Lügendetektors befürchten, der Lügendetektortest hätte nach seiner Zulassung als Beweismittel eine so große Überzeugungskraft, daß sein Ergebnis als unfehlbar angenommen würde. Diese Befürchtung besteht nicht nur im anglo-amerikanischen Rechtskreis, sondern wird auch im Hinblick auf die Gerichte im kontinental-europäischen Rechtskreis geteilt.

<sup>49</sup> R. Grime, Lie Detection and the British Legal System, in: A. Gale, The Polygraph Test; Lies, Truth and Science, 1988, 137, 138.

<sup>50</sup> R. May, Criminal Evidence, 1995, Abschnitt 8–28.

<sup>51</sup> *Fennel v. Jerome Property Maintenance Ltd.*, The Times, 26.11.1986, 28.

<sup>52</sup> In diesem Zusammenhang heißt es: "Such evidence would usurp the functions of a trial judge", und an anderer Stelle in Bezug auf die wissenschaftliche Geeignetheit: "The ruling was confined strictly to one of principle, and did not extend to the reliability or unreliability of such evidence".

<sup>53</sup> Vergleiche dazu May (Anm. 50), Abschnitt 8–28.

Als weiterer Ablehnungsgrund wird im Vereinigten Königreich die Gefahr der Voreingenommenheit gegen den Beschuldigten und dessen daraus möglicherweise folgende ungerechtfertigte Verurteilung geltend gemacht, also wiederum ein Einwand, der sich auf das Gewicht eines polygraphischen Gutachtens in der Beweiswürdigung bezieht. Bei der Diskussion über die Voreingenommenheit darf der Aspekt eines faktischen Drucks auf die Angeklagten, die sich weigern einen Test zu machen bzw. die möglicherweise negative Bewertung der Weigerung, nicht außer Acht bleiben.

Probleme werden im Vereinigten Königreich aber auch im Hinblick auf die Verletzung der Privatsphäre gesehen. Das gilt allerdings insbesondere in Fällen, in denen Bewerber auf offene Arbeitsstellen umfassend über ihre Lebensverhältnisse befragt werden sollen,<sup>54</sup> und nicht für den freiwilligen Test zur Entlastung im Strafverfahren. Interessanterweise werden Überlegungen zur Menschenwürde bzw. deren Verkörperung in dem ursprünglich anglo-amerikanischen Konzept des "fair trial" in der britischen Literatur kaum angestellt.

## 6. Die Rechtslage in Frankreich

Im Gegensatz zur Situation in Deutschland ist der Lügendetektor als Beweismittel im Strafverfahren in Frankreich nicht Gegenstand einer aktuellen Diskussion oder einer intensiven juristischen und wissenschaftlichen Betrachtung jüngerer Datums.<sup>55</sup>

Im französischen Strafprozeß wird besonderer Wert auf die Feststellung der Freiheit der Beweismittel gelegt, wie sie sich aus Artikel 427 der französischen Strafprozeßordnung<sup>56</sup> ergibt. Da nicht nur rechtserhebliche Akte, sondern auch tatsächliche und psychologische Fakten ermittelt werden müssen, kann im Grundsatz mit jeglichem Mittel Beweis geführt werden.<sup>57</sup>

Das französische Strafprozeßrecht steht neuen Methoden der Beweiserhebung grundsätzlich offen gegenüber. Das hat sich vor allem bei der Diskussion um die Zulassung von bestimmten technischen Methoden der Aufzeichnung des gesprochenen Wortes und der Täterschaftsermittlung durch Auswertung biologischer Faktoren gezeigt, denen andere Rechtsordnungen zunächst deutlich skeptischer gegenüberstanden und -stehen. Dies soll jedoch nicht heißen, daß im französischen Strafprozeß neue Beweismittel nach Belieben eingeführt werden könnten, ohne menschenrechtliche Erwägungen anzustellen. Der EMRK wird zugeschrie-

<sup>54</sup> Siehe unten Abschnitt VI.

<sup>55</sup> Im Rahmen eines Kolloquiums zu wissenschaftlichen Methoden der Wahrheitsfindung ist der Lügendetektor in Frankreich nur kurzzeitig sehr intensiv behandelt worden. Vergleiche die verschiedenen Beiträge zu diesem Thema in *Revue internationale de droit pénal* 1972, 239 ff.

<sup>56</sup> Art. 427 Code de procédure pénale: "Hors les cas où la loi en dispose autrement, les infractions peuvent être établies par tous modes de preuve ...".

<sup>57</sup> J.-Chr. Maymat, *Procédure pénale*, 1996, Rn. 109; M. Delmas-Marty, *La preuve pénale*, in: *Droits* (23) 1996, 53, 55 f. mit Verweis auf G. Levasseur/B. Bouloc, *Procédure pénale*, 1997, Abschnitt 35.

ben, den Respekt vor fundamentalen Menschenrechten als Kriterium der Beschränkung der Beweiserhebung im französischen Recht verstärkt zu haben.<sup>58</sup>

Unzulässig sind nach französischem Recht vermeintlich wissenschaftliche Beweise, an deren Wert und Aussagekraft Zweifel bestehen. Derartig nicht gesicherte Beweisverfahren werden von der generellen Beweismittelfreiheit nicht erfaßt. Man ist sich einig, daß der Lügendetektortest zur besagten Gruppe der zweifelhaften Beweismittel zu zählen ist, daß er eindeutig die Grenze der Beweismittelfreiheit überschreitet und im gerichtlichen Verfahren daher nicht zulässig sein kann.<sup>59</sup> Erstaunlich ist, daß das französische Recht, das neuen Beweismitteln ansonsten so offen gegenübersteht, bereits zweifelhafte Beweismittel ausschließt, wohingegen das deutsche Recht mit § 244 III 2, Alt 4 StPO die Ausschlußgrenze erst bei vollkommen ungeeigneten Beweismitteln zieht.

#### *V. Zulässigkeit des polygraphischen Gutachtens in zivilgerichtlichen Verfahren*

Die Argumente, die gegen eine Zulässigkeit des Polygraphen sprechen, sind, jedenfalls was die Diskussion seiner wissenschaftlichen Geeignetheit und Zuverlässigkeit anbelangt, nicht auf den Strafprozeß beschränkt. Gerade die Problematik der strafrechtlichen Fälle einer Anschuldigung wegen Kindesmißbrauchs, in denen mit dem Argument der "Waffengleichheit" für den Polygraphen eingetreten wird, gibt es auch in Verfahren vor den Familiengerichten. Vermehrt werden Väter von getrennt lebenden Partnerinnen in Sorge- und Umgangsrechtsverfahren des sexuellen Mißbrauchs beschuldigt, um den Umgang mit dem Kind zu unterbinden. In diesen Verfahren werden ebenfalls regelmäßig psychologische Gutachten hinsichtlich des Kindes vorgelegt, wohingegen der Vater außer einem polygraphischen Glaubwürdigkeitsgutachten keinerlei Beweismittel zur Verfügung hat, den Vorwürfen entgegenzutreten und seine Aussage zu untermauern.

Nach der Zulassung des Lügendetektorbeweises zur Entlastung durch einige Familiengerichte<sup>60</sup> in Sorgerechtsverfahren, hätte man eine zunehmende Tendenz der Zulassung dieses Beweismittels in diesem Rechtszweig erwarten können. Die Feststellung des Bundesgerichtshofs, ein Lügendetektorgutachten besitze keinerlei, nicht einmal indiziellen Beweiswert, erstreckt sich aber auch auf zivilrechtliche Verfahren, in denen ebenfalls nur Beweise zugelassen sein können, die geeignet sind, der Ermittlung des Sachverhalts zu dienen.<sup>61</sup> Die Entscheidung des Ge-

<sup>58</sup> Delmas-Marty (Anm. 57), 61.

<sup>59</sup> Levasseur/Bouloc (Anm. 57), Abschnitt 36; zu einem anderen Ergebnis war das Kolloquium zu wissenschaftlichen Methoden der Wahrheitsfindung gekommen, sofern bestimmte verfassungsrechtliche und prozessuale Garantien eingehalten würden, vergleiche R. Ottenhof, *Les méthodes scientifiques de recherche de la vérité: Rapport de synthèse*, *Revue Internationale de droit pénal* 1972, 577, 585.

<sup>60</sup> Beispielsweise Oberlandesgericht Oldenburg (Anm. 23).

<sup>61</sup> So erklärte der Vorsitzende Richter G. Schäfer auf eine Nachfrage der Tageszeitung (taz) dann auch ausdrücklich: "Der Beweiswert des Polygraphen ist auch im Zivilprozeß nicht anders zu bewerten", taz Nr. 5715 vom 18.12.1998, 6.

richtshofs wird daher zwangsläufig das Ende der Zulassung polygraphischer Gutachten in Sorge- und Umgangsrechtsstreitigkeiten bedeuten.

Bereits vor der strafrechtlichen BGH-Entscheidung hatte das Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz den Lügendetektortest in arbeitsgerichtlichen Verfahren generell abgelehnt.<sup>62</sup> Das Gericht wies, vergleichbar der englischen Entscheidung *Fennel v. Jerome Property Maintenance Ltd.*, auf die Gefahr hin, daß dem Gericht kein eigener Beurteilungsspielraum verbliebe, wenn man die Beurteilung der Glaubwürdigkeit einer Maschine überlasse.

Die bereits erwähnte englische Leitentscheidung zur Zulässigkeit mechanischer oder chemischer Testverfahren ist ohnehin zivilrechtlicher Natur. Die in Großbritannien vorgebrachten Ablehnungsgründe, vor allem die Störung des Richters in seiner Funktion, beanspruchen für den Zivil- wie für den Strafprozeß uneingeschränkte Geltung.

## VI. Die Verbreitung zur Kontrolle von Angestellten

In den Vereinigten Staaten von Amerika ist die Verbreitung von Lügendetektorgutachten sehr viel weiter fortgeschritten als in Europa.<sup>63</sup> Eine Vielzahl von Anbietern führt diese Tests auch für Privatpersonen gegen Entgelt durch. Dadurch hat sich eine Industrie mit wirtschaftlichem Einfluß entwickelt. Spezielle Schulen und Institute bieten eine Ausbildung zum polygraphischen Gutachter an.<sup>64</sup> Die American Polygraph Association hat nicht nur maßgebliche wissenschaftliche Bedeutung vor allem durch die Förderung der Verbreitung von Literatur zu diesem Thema, sondern kann auch politischen Einfluß für sich verbuchen. Im Gegensatz dazu gibt es in Deutschland nur etwa sechs ausgebildete Gutachter.

In den Vereinigten Staaten sind Tests von Bewerbern um Arbeitsplätze und die regelmäßige polygraphische Überprüfung von Angestellten verbreitet.<sup>65</sup> Das gilt vor allem für Personen in den Bereichen von Bundesbehörden, Strafverfolgungsorganen, Geheimdiensten und Streitkräften, in denen Mitarbeiter mit sensiblen Informationen umgehen oder ihre Zuverlässigkeit aus anderen Gründen von besonderem Gewicht ist. Die vom FBI und dem Pentagon angestellten Gutachter, die die Tests durchführen, werden auf der eigens dafür eingerichteten US Army Polygraph School geschult.

<sup>62</sup> Az. 4 Sa 639/97.

<sup>63</sup> Zur internationalen Verbreitung außerhalb Europas vgl. G. Barland, *The Polygraph Test in the USA and elsewhere*, in: Gale (Anm. 49), 73, 77 ff.; danach war Ende der 80er Jahre der Gebrauch des Polygraphen vor allem in polizeilichen Ermittlungsverfahren neben den USA in Kanada, Japan, der Türkei, Südkorea und Israel am weitesten verbreitet.

<sup>64</sup> Zumeist in Form einer Zusatzausbildung nach einem Studium der Psychologie, Kriminologie oder Soziologie.

<sup>65</sup> Nach den Ausführungen bei Graven (Anm. 39), 163, 168, gab es bereits im Jahre 1948 jedenfalls in Chicago Berichte über eine generelle Anwendung zur Kontrolle von Personal von Vereinigungen, Banken, Handelshäusern und weiteren Stellen im privaten Sektor, vor allem als Einstellungsvoraussetzung.

Auch von privaten Firmen wird zur besonderen Empörung der Gewerkschaften ein polygraphisches Gutachten zu bestimmten Themenbereichen als Einstellungsvoraussetzung verlangt. Firmen, die Sicherheitsdienste anbieten, testen ihre Bewerber auf Bereiche des gesamten Lebensstils, wohingegen andere private Firmen Bewerber in erster Linie auf Gewerkschaftssympathien und teilweise auf sexuelle Vorlieben testen. Von den Geheimdiensten wird vermutet, daß diese ihre Mitarbeiter regelmäßig im Hinblick auf etwaige kriminelle Aktivitäten, Drogenmißbrauch, Homosexualität und finanzielle Verhältnisse überprüfen. Allerdings haben ungefähr die Hälfte der amerikanischen Staaten Gesetze zum Schutz der Arbeitnehmer erlassen, denen zufolge ein Lügendetektor-Screening im privaten Sektor entweder verboten oder aber Einschränkungen unterworfen ist.<sup>66</sup>

In Großbritannien werden diese umfassenden Überprüfungen der Lebensverhältnisse als ein nicht wünschenswertes Eindringen in die Privatsphäre angesehen.<sup>67</sup> Dennoch hat sich die Regierung für ein Pilotprojekt "Security Screening" im Bereich der Geheimdienste und Abteilungen nationaler Sicherheit entschieden.<sup>68</sup> In Bezug auf Tests im privaten Sektor hat das House of Commons Employment Committee vorgeschlagen, jedenfalls ein strenges Lizenzverfahren für die Zulassung von Gutachtern einzurichten, das von einem parlamentarisch überprüften Verhaltenskodex unterstützt sein soll oder aber Tests auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt grundsätzlich zu verbieten.<sup>69</sup> Diese Überlegungen sind bislang allerdings nicht umgesetzt worden.

In Deutschland wie auch in Österreich, Frankreich und der Schweiz ist die Praxis polygraphischer Einstellungstests weitestgehend unbekannt. Hier könnten sich massive arbeitsrechtliche Probleme insbesondere im Hinblick auf den Gleichheitssatz ergeben, wenn beispielsweise eine Frau während einer polygraphischen Untersuchung nach dem Bestehen einer Schwangerschaft gefragt würde. Diese Frage darf bekanntermaßen als Einstellungskriterium nicht gestellt werden. Wird sie dennoch gestellt, muß die Frau darauf nicht wahrheitsgemäß antworten. Mit Hilfe von Polygraphen könnte dann aber ein immenser Druck ausgeübt werden, der zu einer Benachteiligung von Frauen führen könnte. Denkbar wäre es, daß Arbeitnehmerinnen, die sich weigern, an einem Test teilzunehmen, gar nicht mehr eingestellt würden und diejenigen, die bei der Frage nach bestehender oder beabsichtigter Schwangerschaft den Test nicht bestehen, ebenfalls keine Aussicht auf Einstellung hätten. Die letztere Problematik verschärft sich, wenn man die Auffassung weiter Teile der Wissenschaft einbezieht, daß ein Lügendetektor ohnehin nicht in der Lage sei, "richtige" Ergebnisse zu liefern. Es bestünde dann die maßgebliche Gefahr, daß nicht nur Frauen, die tatsächlich schwanger sind, diskriminiert würden, sondern darüber hinaus auch diejenigen, die den Test aus Aufregung oder ähnlichen Gründen nicht bestehen. Daß einer solchen Entwicklung vorzubeugen ist und daher im Umgang mit dem Lügendetektor eine gewisse Vorsicht

<sup>66</sup> Als Beispiel sei der Polygraph Protection Act of 1981, State of Michigan, genannt.

<sup>67</sup> Lord Bridge, Her Majesty's Stationary Office 1983, 33.

<sup>68</sup> P. Thornton, Lie Detection and Civil Liberties in the UK, in: Gale (Anm. 49), 150, 153.

<sup>69</sup> Thornton, *ibid.*, 155.

geboten sein muß, dürfte auch Befürwortern des Lügendetektors im Strafverfahren plausibel sein.

### VII. Zusammenfassung

Der Einsatz von Polygraphen oder sogenannten Lügendetektoren im Strafprozeß, in Verfahren vor Zivilgerichten, in strafrechtlichen Ermittlungsverfahren oder vor der Aufnahme bestimmter Arbeitsverhältnisse hat in Europa bei weitem nicht die praktische Bedeutung wie in den USA erlangt. Dennoch hatten die Gerichte in den hier behandelten Staaten in einzelnen Fällen die Gelegenheit, sich mit den Problemen auseinanderzusetzen, die der Einsatz des Polygraphen in den jeweiligen nationalen Rechtsordnungen aufwirft. Das Ergebnis ist weitgehend negativ. Der Einsatz von Lügendetektoren wird im wesentlichen für unzulässig gehalten. Dabei variieren die dafür angeführten Gründe.

Völlige Einigkeit besteht darin, daß der Einsatz von Lügendetektoren ohne eine Zustimmung des Betroffenen wegen eines Verstoßes gegen den Grundsatz *nemo tenetur* unzulässig und etwaige unter Verstoß hiergegen gewonnene Erkenntnisse nicht verwertbar wären. Diskutiert wird für das strafprozessuale Verfahren daher lediglich, ob mit Zustimmung oder auf Antrag des Angeklagten an ihm ein Lügendetektortest durchgeführt werden darf oder sogar durchgeführt werden muß und ob bzw. in welcher Form die gewonnenen Ergebnisse im Verfahren Berücksichtigung finden. Wie ausgeführt, wird die Zulässigkeit derartiger Lügendetektortests mit Zustimmung des Angeklagten bzw. die Verwertung entsprechender Testergebnisse im Strafprozeß in den hier behandelten Rechtsordnungen abgelehnt. Die dafür gegebenen Begründungen unterscheiden sich in wesentlichen Punkten, wobei sich in diesen Begründungsunterschieden teilweise die unterschiedliche Perzeption der Funktion des Gerichts widerspiegelt. Dies gilt insbesondere für das Vereinigte Königreich, wo die Verwertung mit der Begründung abgelehnt wird, dies beeinträchtige die Funktion des Richters bzw. der Geschworenen, bei denen allein es liege, über die Glaubwürdigkeit einer Person bzw. die Glaubhaftigkeit seiner Aussage zu entscheiden.

Im übrigen lassen sich zwei Argumentationsstränge gegen den Einsatz von Lügendetektoren unterscheiden. Teilweise wird bestritten, daß ein polygraphischer Test in der Lage sei, Aufschluß darüber zu geben, ob eine Aussage der Wahrheit entspricht. Dies gilt vor allem für Frankreich und Deutschland seit dem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 17. Dezember 1998, das sich mit dieser Frage eingehend auseinandergesetzt hat. Im übrigen überwiegen Bedenken aus verfahrensrechtlichen und menschenrechtlichen Gründen. Vor allem der Bundesgerichtshof hatte in seiner Entscheidung von 1954 auf eine Verletzung der Menschenwürde abgehoben. Diese Begründung wird auch in Gerichtsentscheidungen in der Schweiz angesprochen, wenn auch dort insbesondere auf eine Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren abgestellt wird. In Deutschland hat insoweit ein Begründungswechsel stattgefunden. Der BGH hat in seiner Entscheidung vom 17. Dezember 1998 die Meinung aufgegeben, daß ein freiwilliger Lügendetektor-

<http://www.zaoerv.de>

test gegen den Schutz der Menschenwürde (Art. 1 I GG) verstoße. Der Schutz der Menschenwürde wird durch diese Bewertung nicht verkürzt, sondern es wird stärker als in der Entscheidung von 1954 auf eine differenzierende Sichtweise abgehoben. Dahinter steht die Überlegung, daß die Gefährdung eines Unschuldigen durch Einschränkung der ihm zur Verfügung stehenden Entlastungsmöglichkeiten in den Schutzbereich der Menschenwürde eingreifen kann. Das Bundesverfassungsgericht hatte nach seiner Entscheidung von 1981 noch nicht wieder über die verfassungsrechtliche Zulässigkeit freiwillig durchgeführter Lügendetektortests als Entlastungsbeweis zu entscheiden. Insofern stehen sich in der derzeitigen Situation die ablehnende Haltung des Bundesverfassungsgerichts von 1981 und die Aufgabe verfassungsrechtlicher Bedenken des BGH in seiner Entscheidung von 1998 gegenüber.

Trotz der Ablehnung von Lügendetektortests als geeignetes oder zulässiges Hilfsmittel für eine Wahrheitsfindung wird allerdings in einzelnen Entscheidungen anerkannt, daß in bestimmten Prozeßsituationen ein Angeklagter durchaus ein Interesse haben kann, seine Glaubwürdigkeit bzw. die Glaubhaftigkeit seiner Aussage durch einen Lügendetektortest zu untermauern. Die nationalen Regelungen zum Strafverfahren enthalten in den Beweisregeln und vor allem in dem allgemein anerkannten Grundsatz *in dubio pro reo* Sicherungen zum Schutz eines Angeklagten gegen eine Verurteilung auf der Basis einer unzureichenden Beweislage. Diese gilt es auszuschöpfen und notfalls zu effektivieren. Der Bundesgerichtshof hat diesen Weg eingeschlagen. Er hat in seiner Entscheidung vom 30. Juli 1999<sup>70</sup> die methodischen Anforderungen an ein aussagepsychologisches Gutachten über einen Hauptbelastungszeugen verschärft. Dies sollte das von einzelnen Verfechtern der Zulässigkeit von polygraphischen Gutachten geltend gemachte Bedürfnis, aussagepsychologischen Gutachten über Hauptbelastungszeugen einen Lügendetektortest des Angeklagten entgegenzusetzen, entkräften.

Soweit die Aussagefähigkeit von Lügendetektortests in Zweifel gezogen wird, schließt es diese für alle Gerichtsverfahren aus. Nicht unmittelbar hiervon betroffen sind Tests bei Einstellung in Beschäftigungsverhältnisse im privaten Sektor. Auch die Zulässigkeit freiwilliger Lügendetektortests im polizeilichen Ermittlungsverfahren nach der Tatwissensmethode ist vom BGH ausdrücklich offen gelassen worden, da die Aussagefähigkeit dieser Methode zu einem frühen Verfahrensstand nicht in demselben Maße bestritten wird wie Kontrollfragen- und Tatwissensmethode zum Zeitpunkt des gerichtlichen Verfahrens.

Anders als in den USA ist in Deutschland, Österreich, Frankreich und der Schweiz die Praxis polygraphischer Einstellungstests weitgehend unbekannt. Sollte sich eine derartige Praxis entwickeln, so wird sie sich in den anerkannten Schranken zu bewegen haben, die das Arbeitsrecht hinsichtlich einer Ausforschung von Bewerbern um einen Arbeitsplatz entwickelt hat. In den USA existieren teilweise Einschränkungen von Lügendetektortests in diesem Bereich und in Großbritannien liegen parlamentarische Initiativen für eine Einschränkung hierzu vor.

<sup>70</sup> Az. 1StR 618/98.

Angesichts der Zweifel an der Aussagefähigkeit von Lügendetektortests und der weiterhin bestehenden menschenrechtlichen sowie verfahrensrechtlichen Bedenken ist nicht davon auszugehen, daß polygraphische Gutachten in näherer Zukunft als prozessuales Beweismittel in den hier behandelten Staaten akzeptiert werden werden.

### Summary<sup>71</sup>

## The Use of the Lie Detector in European Legal Systems

### A Comparative Study of the Admissibility as Evidence

A lie detector is a machine that measures certain physical reactions of a test subject on a specific variety of questions. Some scientists believe to be able to give evidence on the credibility of the test subject by the interpretation of the lie detector's graphical output. Several different methods of questioning are under discussion but scientists disagree if polygraph testing can result in reliable evidence on credibility of suspects concerning all the offered methods of testing.

The question of admissibility of polygraph tests particularly as evidence in civil and criminal proceedings or as a means of control of employees and candidates gives rise to a discussion of several different aspects. While the lie detector is more commonly accepted and even admissible in some courts in the United States of America, the European legal systems largely agree not to admit the test as evidence. However, the reasons for this denial differ to some extent and are thus worth closer scrutiny.

In general the inadmissibility is based either upon a presumed lack of scientific certainty or upon the human rights consideration that no defendant should be exposed to modes of evidence capable of infringing his or her free will to remain silent. The latter argument is founded upon the difficulties of balancing the duty of the prosecution to discover the truth and the right of the defendant to be recognised as a participant in the investigation and not the investigation's subject.

Whereas there is no need to discuss the inadmissibility of polygraph testing against the will of the defendant, the situation that has to be dealt with by the courts is that the defendant moves for the admissibility of a voluntarily taken test as evidence for his clearance. The arising question has to ask if the defendant's free will in criminal proceedings has to be protected by a denial of admissibility of polygraph testing if the defendant wants the test to be taken and admitted. This question receives further significance in cases where there are no other means of evidence for clearance, i.e. to prove the credibility of the defendant. A typical situation to that extent are cases in which the defendant is charged with child molestation. If there is no other evidence except the testimonies of the child and the defendant who denies the crime there usually is the possibility to issue a psychological

---

<sup>71</sup> Summary by the author.



study of the child's credibility whereas the defendant has not equivalent means to prove his credibility.

The German Bundesgerichtshof had ruled in 1954 that polygraph testing cannot be admitted due to an interference with the right of the defendant not to give testimonies under conditions that unduly influence his free will to testify or to remain silent. The court argued that if the polygraph testing would be admitted not the testimony itself would be judged but those physical reactions the test subject could not control, e.g. blood pressure or heart-rate. That would violate the provisions under the Criminal Procedure Act and the provision of Art. 1 I of the German Basic Law that guarantees protection of a human being's dignity under any circumstances. Furthermore the court held that the methods of polygraph testing were not scientifically reliable.

In the 1998 ruling, however, the court upholds only the negative considerations on scientific reliability and declares the polygraph testing inadmissible for being a completely invalid method to discover the truth. In the cases of voluntary testing for the defendant's clearance, however, the court no longer sees an interference with the rules of a fair trial or an infringement of a person's human dignity.

In Austria the polygraph is inadmissible due to a violation of the right to a fair trial as ruled by the Austrian Oberste Gerichtshof. There have been no recent proceedings in which this consideration could have been subject to a revision. In Switzerland as well the main reason for the upheld inadmissibility is the protection of a fair trial even if the defendant moves for the admission of the test results as evidence.

In the United Kingdom the reservations against the admissibility of polygraph testing as evidence are based upon a suspected loss of the judge's or the jury's function since it is their primary function to decide on credibility. This main task cannot be referred to a machine.

In France the admissibility of lie detection tests is not subject to a recent discussion. French law does not admit scientific evidence when there is doubt as to its value and validity. The polygraph test had clearly been classified as being such evidence.

The considerations on scientific reliability hinder the admissibility in criminal and in civil proceedings. The use of polygraph tests as a control of employees or candidates for vacancies is non-existent in Europe in contrast to the practice in the United States where the military, the CIA and other agencies as well as some private entities regularly test their employees.

The latest German ruling steps forward to recognise that the interest of a defendant to present a polygraph test as evidence might outweigh considerations on a strict protection of his dignity, putting him in danger of being sentenced while innocent by applying such a strict rule. It might be the recognition of his free will and dignity to act according to this will and not to deny the only possible evidence in order not to be faced with conviction.

In a decision of July 1999 the German Bundesgerichtshof strengthened the defendant's position by certain strict methodological requirements for psychological analysis of witnesses and their testimonies. These new requirements can be put forward against the alleged need to admit the lie-detector to protect the defendant claimed by certain critics.

Due to the presumed lack of scientific validity a change from the present inadmissibility to the opposite cannot be expected in the European legal systems subject to this study in the near future.

