

Der Einsatz von Lügendetektorsoftware im Strafprozess – aufgrund des technischen Fortschritts in Zukunft doch rechtmäßig?

Von Prof. Dr. Sönke Florian Gerhold, Bremen

I. Einleitung

Nina Nestler hat es sehr schön formuliert: „Als Zeuge ist der Mensch eine Fehlkonstruktion.“ Er irrt sich – und er lügt.¹ Dies entspricht der allgemeinen Einschätzung, nach der Zeugen als sehr unzuverlässige Beweismittel gelten. Dennoch kommt kaum ein Strafverfahren ohne sie aus. In Aussage-gegen-Aussage-Situationen hängt häufig sogar der gesamte Prozessausgang von ihnen ab.² Für die Einlassung des Angeklagten gilt nichts anderes.

Die Frage, ob eine Bekundung tatsächlich Erlebtes zum Gegenstand hat oder der Fantasie des Angeklagten oder Zeugen entsprungen ist, beschäftigt die Gerichte daher schon seit Jahrhunderten.

Die Versuche, den Wahrheitsgehalt einer Einlassung oder Aussage zu ergründen, reichen dabei selbst im historischen deutschen Strafprozess von der Narkoanalyse³, umgangssprachlich auch als Geständnispritze oder Verabreichung eines Wahrheitsserums bezeichnet,⁴ über den Einsatz forensischer Hypnotherapeuten⁵ bis zur Gestattung der Folter⁶ als prozessual anerkanntem Instrument der Wahrheitsfindung. Die meisten dieser Ansätze sind – zum Glück – bereits seit 1950⁷ explizit durch § 136a StPO verboten.

Bezogen auf die Zulässigkeit des Einsatzes von Hypnose als erinnerungsunterstützendes Verfahren, mit der die Willensfreiheit nicht beeinträchtigt, sondern durch das Lösen posthypnotischer sowie posttraumatischer Hemmungen oder Blockaden gerade umgekehrt wiederhergestellt werden soll, ist die wissenschaftliche Diskussion derzeit in vollem Gange.⁸ In Bayern soll das Staatsministerium für Justiz und Verbraucherschutz im Jahr 2009 sogar eine leider nicht im Original einsehbare Dienstanweisung mit detaillierten Regelungen für die Einbindung von Hypnotherapeuten in polizeiliche Er-

mittlungen erlassen haben.⁹ Nach dieser sollen die Polizeibeamten der Vernehmung etwa nicht selbst beiwohnen dürfen, sondern die Vernehmung durch den Hypnotherapeuten muss aufgezeichnet werden und der Vernommene im Anschluss an diese frei entscheiden, ob die Aufzeichnung von den Ermittlungsbeamten eingesehen werden darf oder ob er in einer neuen Vernehmung weitere Erkenntnisse preisgeben möchte.

Im vorliegenden Beitrag steht jedoch eine andere moderne Möglichkeit der Wahrheitsermittlung im Mittelpunkt der Betrachtung und zwar der Einsatz KI-gestützter Lügendetektoren. In einem ersten Schritt (II.) wird dargestellt, welche Entwicklungen sich auf dem Feld der Lügendetektion in den letzten Jahren verzeichnen lassen. In einem zweiten Schritt (III.) wird geklärt, ob sich die bislang in der Rechtsprechung vorgebrachten Argumente, mit denen die Unzulässigkeit des Einsatzes von Polygraphen begründet worden ist, auf moderne Lügendetektoren übertragen lassen. Abschließend (IV.) gilt es die Frage zu beantworten, ob der Einsatz eines Lügendetektors einer Ermächtigungsgrundlage bedarf.

II. Die neueren Entwicklungen im Bereich der Lügendetektion

1. Die erhofften Trefferquoten eines modernen Lügendetektors im Vergleich mit denjenigen anderer Methoden der Wahrheitsermittlung

Der technische Fortschritt und insbesondere der Einsatz künstlicher Intelligenz im Rahmen von Befragungen lässt in nicht allzu ferner Zukunft auf eine Trefferquote bei der Erkennung bewusster Lügen von deutlich über 90 % hoffen.¹⁰ Bereits jetzt wird die Trefferquote etwa der Software EyeDetect mit 85 bis 90 % angegeben,¹¹ diejenige der Software DARE mit 88 %.¹²

Beauftragt das Gericht demgegenüber einen Sachverständigen mit einem Glaubhaftigkeitsgutachten, liegt dessen Trefferquote selbst bei Einhaltung aller Regeln der Kunst – einmal alle methodischen Probleme entsprechender Untersu-

¹ Nestler, JA 2017, 10, unter Berufung auf Hussel, Kriminallistik 2011, 114.

² Nestler, JA 2017, 10 (11); Schmuck/Brügge-Niemann, NJOZ 2014, 601 (602).

³ Vgl. Kranz, Die Narkoanalyse als diagnostisches und kriminalistisches Verfahren, 1950.

⁴ Vgl. Bohne, ZStW 65 (1953), 267 (280).

⁵ Vgl. Beetz/Delhaes, Hypnose-ZHH 2011, 165 (167).

⁶ Vgl. Vormbaum, Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte, 4. Aufl. 2019, S. 86.

⁷ Gesetz zur Wiederherstellung der Rechtseinheit auf dem Gebiet der Gerichtsverfassung, der bürgerlichen Rechtspflege, des Strafverfahrens und des Kostenrechts vom 12.9.1950, BGBl. 1950 I, S. 455, 484 f.

⁸ Vgl. zum Streit um die Zulässigkeit von Hypnose zur Wiederherstellung der Erinnerungsfähigkeit Beetz/Delhaes, Hypnose-ZHH 2011, 165 (168 f.); Deckers, in: Bayerischer Anwaltsverband (Hrsg.), Neue Vernehmungsmethoden – Hypnose, Hirnforschung, Polygraph, 2012, S. 148, beide m.w.N.

⁹ Beetz/Delhaes, Hypnose-ZHH 2011, 165 (169 f.); Deckers (Fn. 8), S. 148.

¹⁰ Vgl. etwa die Prognose von Mickelsen, zitiert nach Heller, FAZ v. 12.10.2019, abrufbar unter

<https://www.faz.net/aktuell/wissen/kuenstliche-intelligenz-soll-luegendektoren-endlich-praktikabel-machen-16408179-p2.html> (1.9.2020); oder Elgan, Computerwoche

v. 31.1.2018, abrufbar unter

<https://www.computerwoche.de/a/killer-app-luegendetektor,3544177> (1.9.2020). Kritisch demgegenüber

Dahle/Lehmann, in: Bayerischer Anwaltsverband (Fn. 8), S. 48 (74).

¹¹ Heller (Fn. 10); IT Boltwise v. 15.10.2019, abrufbar unter

<https://www.it-boltwise.de/augenanalyse-kuenstliche-intelligenz-soll-schwaechen-von-polygraphen-luegendektoren-ausgleichen.html> (1.9.2020).

¹² <https://doubai.github.io/DARE/> (1.9.2020).

chungen ausgeklammert – im Durchschnitt wohl nur bei leicht über 70 %.¹³ Die Trefferquote eines nicht sachverständig beratenden Richters oder Spruchkörpers dürfte daher nahegelegener Weise noch geringer ausfallen.¹⁴ Ein nicht geschulter Laie kommt lediglich auf eine Trefferquote von 50 %.¹⁵

Besonders bedenklich sind die bislang zu erzielenden Trefferwahrscheinlichkeiten vor allem deshalb, weil ein Glaubhaftigkeitsgutachten faktisch nur in Zweifelsfällen eingeholt wird und das Gericht dem Gutachter schlussendlich in mehr als 95 % der Fälle folgt.¹⁶ Dass verschiedene Studien in mindestens einem Drittel, nach anderen Schätzungen sogar in mehr als der Hälfte der Fälle methodische Fehler der Gutachten belegen,¹⁷ sodass die Ergebnisse entweder relativiert werden müssen oder im Einzelfall sogar jeder Aussagekraft entbehren,¹⁸ wird neben der schon unter Optimalbedingungen eher geringen Trefferwahrscheinlichkeit von den Gerichten offensichtlich ebenfalls ausgeblendet.

2. Derzeitige Pilotprojekte und Laborstudien

Der Gedanke, die beschriebenen Unsicherheiten durch den Einsatz moderner Technik auszugleichen, liegt daher nicht fern. Im Grunde genommen macht eine moderne Lügendetektorsoftware trotz der höheren Trefferquote auch nichts anderes als ein Mensch, der isoliert über eine Aussage zu urteilen hat. Sie wertet die ihr über Kamera und Mikrofon zugänglichen Informationen wie Mimik, Gestik, Sprachduktus oder die Häufigkeit bestimmter Begriffe und Formulierungen aus und gleicht diese mit ihrem Erfahrungswissen ab.¹⁹ Im Ergebnis kombiniert die KI also insbesondere An-

sätze der sog. Voice-Stress-Analyse mit denen der sog. Gesicht-Scan-Analyse.²⁰

Im Gegensatz zum Menschen kann sie dabei jedoch auf ihre Kernkompetenz, das Erkennen von Mustern, und im Optimalfall einen schier unendlichen Datenpool zurückgreifen.²¹

a) Das Projekt der University of Michigan

Erste Experimente in diese Richtung führte die University of Michigan bereits in den Jahren 2015 und 2016 durch.²² Wissenschaftler trainierten eine künstliche Intelligenz mit zunächst nur 120 Videos amerikanischer Gerichtsprozesse, in denen als wahr und als unwahr bekannte Aussagen enthalten waren. Die künstliche Intelligenz erkannte sodann unter anderem Zusammenhänge im Hinblick auf „die Häufigkeit bestimmter Gesten, die Zahl der verwendeten Füllwörter und Gesprächspausen, die Häufigkeit von Blickkontakten sowie Besonderheiten in der Intonation beim Ausdrücken von Gedanken oder Erinnerungen“.²³ Im direkten Vergleich mit Studierenden übertraf die künstliche Intelligenz diese bereits nach diesem kurzen Training und der relativ geringen Anzahl eingespeister Videos im Hinblick auf die Treffergenauigkeit um 25 %.²⁴ Der Vorteil einer künstlichen Intelligenz gegenüber einem Menschen, so die Projektleiterin, sei nämlich neben dem potentiell größeren Datenpool, auf den diese zurückgreifen könne, insbesondere ihre Fähigkeit sämtliche nonverbalen und verbalen Signale, die auf potenzielle Unstimmigkeiten hindeuten würden, gleichzeitig und gleichberechtigt auszuwerten, wohingegen sich die Aufmerksamkeit des Menschen stets auf einzelne Punkte konzentriere und er seine Bewertung auf das von ihm wahrgenommene Gesamtbild stütze.²⁵

Die Datenbasis der künstlichen Intelligenz ließe sich für weitere Untersuchungen zudem unproblematisch erhöhen und

¹³ Vrij, *Psychology, Public Policy and Law* 2005, 3 (32 f.). Vgl. auch Köhnken, in: v. Granhag/Strömwall (Hrsg.), *The detection of deception in forensic contexts*, 2004, S. 41 (60).

¹⁴ Vertiefend hierzu Putzke/Scheinfeld/Klein/Undeutsch, *ZStW* 121 (2009), 607 (639 f.).

¹⁵ Vgl. Coelius, *The Michigan Engineer News Center* v. 14.4.2016, abrufbar unter <https://news.engin.umich.edu/2016/04/lie-detecting-software/> (1.9.2020).

¹⁶ Vertiefend Jordan/Gresser, *Der Sachverständige* 2014, 71 (75); Fegert/Schnoor/König/Schläfke, *Psychiatrische Begutachtung in Sexualstrafverfahren – Eine empirische Untersuchung von Gutachten zur Schuldfähigkeit bei jugendlichen, heranwachsenden und erwachsenen Beschuldigten in Mecklenburg-Vorpommern*, 2006, S. 100.

¹⁷ Vertiefend Passow, *Zur Qualität forensisch-psychiatrischer Sachverständigengutachten bei Sexualstraftätern mit angeordneter Sicherungsverwahrung*, 2010, S. 8 ff.; Pfäfflin, in: v. Fegert/Häßler (Hrsg.), *Qualität forensischer Begutachtung, insbesondere bei Jugenddelinquenz und Sexualstraftaten*, 2000, S. 45 (54 ff.); Salewski/Stürmer, *Qualitätsmerkmale in der familienrechtspsychologischen Begutachtung – Untersuchungsbericht I*, 2014, S. 2.

¹⁸ Vertiefend Salewski/Stürmer (Fn. 17), S. 6 f.; vgl. auch Eisenberg, *Beweisrecht der StPO*, 9. Aufl. 2015, Rn. 1605.

¹⁹ Vgl. Dahle/Lehmann (Fn. 10), S. 48 (53 f.).

²⁰ Vgl. Dahle/Lehmann (Fn. 10), S. 48 (74).

²¹ Vgl. Daum, *Das Filter* v. 26.3.2018, abrufbar unter <http://dasfilter.com/gesellschaft/kuenstliche-intelligenz-der-neue-luegendetektor-understanding-digital-capitalism-iii-teil-9> (1.9.2020).

²² Vgl. Coelius (Fn. 15); Deutschlandfunk Nova v. 18.12.2015, abrufbar unter

<https://www.deutschlandfunknova.de/beitrag/luegendetektor-software-soll-luegner-entlarven> (1.9.2020). Vgl. zu weiteren Projekten zur Lügendetektion unter Einsatz von KI über die in Fn. 11 und 12 Genannten hinaus bspw. das Projekt „Silent Talker“

(<https://www.silent-talker.com/> [1.9.2020]) oder das Projekt „AVATAR“

(<https://www.discernscience.com/avatar/> [1.9.2020]).
²³ *Arbor*, *presstext.com* v. 15.12.2015, abrufbar unter https://eilert-akademie.de/presse_referenzen/Luegendetektor_Software_15_12_2015.pdf (1.9.2020).

²⁴ *Arbor* (Fn. 23).

²⁵ Mihalcea, zitiert nach *Arbor* (Fn. 23). Vgl. zur nur selektiven Wahrnehmung von Menschen Nestler, *JA* 2017, 10 (11).

auch der Vorwurf, dass die Daten einem Modellversuch entnommen seien, ließe sich bei einem Training mit Originalbefragungen nicht erheben. Ein körperlicher Kontakt zwischen Mensch und Maschine wird künftig ebenfalls nicht mehr vorausgesetzt.²⁶ Erforderlich für einen Einsatz der neuen Technik ist nicht mehr als eine Kamera, ein Mikrofon und ein ausreichend leistungsstarker Computer. Der Einsatz einer Wärmebildkamera oder entsprechender bildgebender Verfahren könnte die Treffergenauigkeit ggf. noch weiter erhöhen, ist aber gar nicht erforderlich, damit die künstliche Intelligenz Menschen und Sachverständige bei unterstellter Validität der bisherigen Untersuchungsergebnisse übertrifft.²⁷ Durch eine geeignete Befragungsmethode soll der KI ihre Arbeit zudem noch weiter erleichtert werden können.²⁸ Gängig sind diesbezüglich die Kontrollfragentechnik, kurz KFT, und die Tatwissenstechnik, kurz TWT, die beide das Ziel verfolgen, Reaktionen durch die Verwendung starker und schwacher Stimuli möglichst aussagekräftig ausfallen zu lassen.²⁹

b) Die ersten Tests von modernen Lügendetektoren in der Praxis

Außerhalb des Strafrechts wird von diesen neuen technischen Möglichkeiten daher bereits tatsächlicher Gebrauch gemacht. So hat die EU-Grenzschutzorganisation Frontex etwa ein von der EU-Kommission mit 4,5 Millionen Euro gefördertes Pilotprojekt Namens „iBorderCtrl“ an vier Grenzübergängen in Griechenland, Lettland und Ungarn durchgeführt, in dessen Rahmen von November 2018 bis August 2019 Einreisende von einer künstlichen Intelligenz befragt worden sind.³⁰ Wer als „unbedrohlich“ eingestuft wurde, konnte anschließend ohne weiteren Kontakt zu Grenzbeamten einreisen. In allen anderen Fällen erfolgt eine Überprüfung durch die Beamten. Auch dieses Programm arbeitet im Wesentlichen mit der Erkennung von Mikroimpressionen ohne körperlichen

²⁶ Vgl. *Dahle/Lehmann* (Fn. 10), S. 48 (74).

²⁷ Bereits für den klassischen Polygraphentest stellte *Undeutsch*, *Psychologische Rundschau* 2003, 115, fest, dieser schneide im Vergleich zu den sonstigen persönlichen und sachlichen Beweismitteln sehr gut ab. Entsprechend auch *Putzke*, *ZJS* 2011, 557 (559 f.), m.w.N.

²⁸ Vgl. *Dahle/Lehmann* (Fn. 10), S. 48 (53 f. und 74), die dem Einsatz von Polygraphen allerdings skeptisch gegenüberstehen.

²⁹ Vgl. *Dahle/Lehmann* (Fn. 10), S. 48 (55 ff. und 74). Umfassend zu den Fragetechniken *Putzke/Scheinfeld/Klein/Undeutsch*, *ZStW* 121 (2009), 607 (612 ff.).

³⁰ *Kolb*, *SZ* v. 5.11.2018, abrufbar unter <https://www.sueddeutsche.de/digital/grenze-kuenstliche-intelligenz-software-iborderctrl-1.4196243> (1.9.2020); Spiegel v. 26.7.2019, abrufbar unter <https://www.spiegel.de/netzwelt/web/iborderctrl-luegendetektor-im-eu-grenzschutzprojekt-getestet-a-1279230.html> (1.9.2020); euronews v. 21.10.2018, abrufbar unter <https://de.euronews.com/2018/10/21/check-in-mit-luegendetektor-iborderctrl> (1.9.2020).

Kontakt.³¹ Nach einem kurzen Training unter Laborbedingungen erreichte die Software auch hier eine Trefferquote von 76 %, die sich nach der Hoffnung der leitenden Wissenschaftler durch den Feldversuch unter Realbedingungen bereits auf 85 % erhöhen und dann nach Möglichkeiten noch weiter gesteigert werden soll.³²

Es fragt sich daher, ob der Einsatz eines solchen Systems auch im Strafprozess vorstellbar wäre oder ob ihm rechtliche Gründe entgegenstehen.

Zur Beantwortung dieser Frage soll im Folgenden untersucht werden, welche Einwände insbesondere in der Rechtsprechung³³ gegen den Einsatz klassischer Polygraphen erhoben worden sind und ob diese Bedenken auch dann noch tragen, wenn die neuartige Technik hält, was ihre Entwickler versprechen.

Eine Auseinandersetzung mit den grundsätzlichen Problemen des Einsatzes von Algorithmen im Recht soll vorliegend nicht erfolgen.

III. Überblick über die bisherige Argumentation der Rechtsprechung

1. Der behauptete Verstoß gegen die Menschenwürde bzw. das allgemeine Persönlichkeitsrecht

a) Die Argumentation der Gerichte

Der BGH bejahte in seiner ersten Entscheidung zur (Un-)Zulässigkeit einer polygraphischen Untersuchung im Strafverfahren eine Verletzung der Menschenwürde und damit zugleich des § 136a StPO.³⁴ Die rechtliche Bewertung hänge daher 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 beruhe.³⁵

Den Menschenwürdeverstoß begründete der BGH damit, dass der Beschuldigte durch die polygraphische Untersuchung zum Verfahrensgegenstand gemacht werde, da er nicht mehr frei entscheiden könne, ob und wie er eine Frage beantworte, wenn unbewusste Äußerungen seiner Persönlichkeit dabei anders wahrnehmbar hervorträten als auch sonst im Umgang mit ihm.³⁶ Der Polygraph aber bezwecke gerade mehr und andere Aussagen als sie beim üblichen Verhör zu erlangen seien, darunter gerade auch solche, die der Beschuldigte unwillkürlich mache und die ohne das Gerät gar nicht wahrnehmbar wären. Ein solcher Einblick in die Seele des Beschuldigten und seine unbewussten Regungen verletze die

³¹ *Kolb* (Fn. 30).

³² *Kolb* (Fn. 30).

³³ Eine umfassende und überzeugende Auseinandersetzung mit jedenfalls der überwiegenden Zahl aller gegen den Polygraphentest erhobenen normativen Einwände findet sich bei *Putzke/Scheinfeld/Klein/Undeutsch*, *ZStW* 121 (2009), 607 (628 ff.).

³⁴ BGHSt 5, 332 (333); OLG Karlsruhe NSStZ-RR 1998, 368 (369).

³⁵ BGHSt 5, 332 (333).

³⁶ BGHSt 5, 332 (334 f.).

Freiheit der Willensentschließung und -betätigung und sei im Strafverfahren unzulässig.³⁷

Ausdrücklich stellt der BGH allerdings klar, dass bewusste und unbewusste Ausdrucksvorgänge beim Angeklagten bei der Beweiswürdigung berücksichtigt werden dürften, wenn sie in der Hauptverhandlung in üblicher Weise hervorträten.³⁸ Diesen stünden solchen, die durch Messung unbewusster und verborgener Körpervorgänge gewonnen und dann zur seelenkundlichen Deutung benutzt würden, nicht gleich.

Ganz ähnlich argumentierte auch das BVerfG, das allerdings keine Menschenwürdeverletzung, sondern eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts bejahte.³⁹ Es heißt in der Entscheidung zusammengefasst, das Ziel, mittels einer Apparatur sonst nicht wahrnehmbare, unwillkürliche körperliche Reaktionen zu registrieren, um daraus Schlüsse auf die subjektive Richtigkeit des Ausgesagten zu ziehen, lasse den Untersuchten zu einem bloßen Anhängsel des Apparates werden und führe zu einer unzulässigen Durchleuchtung der Person, welche die Aussage als deren ureigenste Leistung entwerte.⁴⁰ Selbst wenn man einen Eingriff in den Kernbereich des Persönlichkeitsrechts verneinen wollte, ließen sich keine überwiegenden Interessen der Allgemeinheit oder des Beschuldigten anführen, um einen solchen Eingriff zu rechtfertigen.⁴¹ Sogar bei einer Treffsicherheit von unterstellten 90 % komme dem Untersuchungsergebnis nämlich nur eine Indizwirkung zu, die im Hinblick auf die Schwere des erforderlichen Eingriffs in das allgemeine Persönlichkeitsrecht außer Verhältnis stehe.⁴²

b) Die Bewertung der Argumentation

Beide Entscheidungen stellen den Gedanken der Ausforschung für einen Richter unsichtbarer Körperreaktionen in den Mittelpunkt der Betrachtung, aus denen Rückschlüsse auf Vorgänge gewonnen werden sollen, die die untersuchte Person nicht preisgeben möchte. Der BGH sieht in einem sol-

chen Vorgehen einen Versuch, „einen Einblick in die Seele“⁴³ des Probanden zu erlangen, und daher einen Menschenwürdeverstoß. Das BVerfG sieht einen nicht zu rechtfertigenden Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht. Neben dem Versuch, Unsichtbares sichtbar zu machen, wog für das BVerfG zudem schwer, dass die jeweilige Person zum Zwecke der Wahrheitsfindung an eine Maschine angeschlossen wurde.

Zu einem anderen Ergebnis kann bzw. muss man daher im Umkehrschluss gelangen, wenn Hilfsmittel zur Bewertung von Körpervorgängen eingesetzt werden, die der Richter auch mit seinen eigenen Sinnen wahrnehmen könnte, und wenn der Proband nicht mehr an eine Maschine angeschlossen werden müsste. In diesen Fällen wäre entweder kein Menschenwürdeverstoß gegeben oder das Gewicht des Grundrechtseingriffs müsste als weniger schwer beurteilt werden.

Tatsächlich treffen beide Gesichtspunkte auf die neue Generation von Lügendetektoren zu. Selbst bei alleiniger Auswertung nach außen tretender Körperreaktionen scheinen die Künstlichen Intelligenzen hohe Trefferquoten zu erzielen, weshalb ein körperlicher Kontakt zur untersuchten Person nicht mehr erforderlich ist.

Zudem kann auch nicht davon ausgegangen werden, dass bereits der Versuch, eine Lüge zu erkennen, zu einer Ausforschung des Seelenzustandes einer Person und damit zu einem nicht zu rechtfertigenden Eingriff in die Menschenwürde oder den Kern des allgemeinen Persönlichkeitsrechts führt, da anderenfalls beispielsweise auch Glaubhaftigkeitsgutachten ausgeschlossen wären.⁴⁴ Ein Recht auf unerkannte und unhinterfragte Lügen existiert nämlich nicht.

Es ist insofern zwischen einer unzulässigen Ausforschung des Unterbewussten sowie einer zulässigen und zugleich zuverlässigen Bewertung äußerlich erkennbarer Umstände zu differenzieren. Auf Letzteres ist die moderne Lügendetektion ausgerichtet. Es handelt sich bei einem modernen Lügendetektor um nicht mehr als um eine Interpretationshilfe offen erkennbarer sprachlicher oder mimisch-gestischer Besonderheiten, weshalb die Verhältnismäßigkeitsprüfung entscheidend wird.

Die Bewertung der Verhältnismäßigkeit durch das BVerfG war dabei bereits 1982 ein zentraler Kritikpunkt an der Entscheidung, da es sich im damaligen Fall um einen Indizienprozess gehandelt hat.⁴⁵ Im Rahmen der vorzunehmenden Gesamtwürdigung der Indizien durch das Gericht hätte aber eine zu 90 % als zutreffend anzusehende Einlassung durchaus begründete Zweifel an der Schuld des Angeklagten bei den Richtern hervorrufen können.⁴⁶ Zudem hätte der drohende Grundrechtseingriff, im konkreten Fall eine lebenslange Freiheitsstrafe, mit dem gewählten Grundrechtseingriff, einem allenfalls wenige Stunden andauernden Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht abgewogen werden müssen, weshalb unklar sei, aus welchem Grund das

³⁷ BGHSt 5, 332 (335).

³⁸ BGHSt 5, 332 (335 f.). So auch BGHSt 44, 308 (316), wo es heißt, von dem Gericht dürften „auch sonst vom Willen nicht steuerbare Ausdrucksvorgänge eines Beschuldigten, die es ohne technische Hilfsmittel wahrnehmen kann (z.B. starke Schweißbildung, Erröten, Sprechstörungen oder andere Orientierungs-, Anstrengungs- oder Verlegenheitsreaktionen), verwertet werden“. Entsprechend *Matz*, ZaöRV 1999, 1107 (1109), die zudem hervorhebt, dass die Möglichkeit zur Bewertung dieser äußerlich in Erscheinung tretenden unwillkürlichen Äußerungen nicht bestritten werde.

³⁹ BVerfG NJW 1982, 375; vgl. auch BVerfG NJW 1998, 1938 (1939).

⁴⁰ BVerfG NJW 1982, 375. Ähnlich auch *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Kommentar, 90. Lfg., Stand: Februar 2020, Art. 2 Abs. 1 GG Rn. 155: „Der Aussagende wird quasi technisch durchleuchtet und mit seiner Aussage als eigener Persönlichkeitsdarstellung mechanisch (nicht sozial) relativiert, er wird insoweit zu einem bloßen Anhängsel eines Apparates.“

⁴¹ BVerfG NJW 1982, 375.

⁴² BVerfG NJW 1982, 375.

⁴³ BGHSt 5, 332 (335).

⁴⁴ Vgl. dazu BGHSt 44, 308 (316 f.).

⁴⁵ *Amelung*, NSTZ 1982, 38.

⁴⁶ Vertiefend *Schwabe*, NJW 1982, 367 f.

BVerfG den vom Beschuldigten herbeigesehten Grundrechtseingriff für offensichtlich unverhältnismäßig gehalten habe.⁴⁷

Schwabe spitzte diese fehlende Nachvollziehbarkeit der Verhältnismäßigkeitsprüfung durch das BVerfG dabei wie folgt zu: „Bei der Alternative ‚Lebenslang‘ trotz denkbarer Unschuld oder – angeblich – menschenunwürdiger Erhebung eines Unschuldsindizes beim Einwilligenden entscheidet man sich für die Lösung ‚Lebenslang‘. Absurder geht es kaum noch. Man stelle sich eine Rechtsordnung vor, die bestimmte entlastende Zeugenaussagen vom Prozess ausschließt mit dem Argument, die Zeugen würden zwangsläufig Einzelheiten aus dem Intimbereich des Angeklagten berühren, was man zu seinem Schutz verhindern müsse. Hiervon sind wir gar nicht sehr weit entfernt.“⁴⁸

Abhängig von der konkreten Gewichtung des Grundrechtseingriffs durch einen Lügendetektortest und den ohne dessen Indizwirkung drohenden Konsequenzen lassen sich daher unproblematisch Fälle bilden, in denen das Recht auf Freiheit der Person den Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht überwiegt. Der Sachverhalt, der der Entscheidung des BVerfG zugrunde lag, dürfte ein klassisches Beispiel hierfür darstellen.

Sofern im Einzelfall, bspw. im Zusammenhang mit Bagatelldelikten oder Ordnungswidrigkeiten, das allgemeine Persönlichkeitsrecht überwiegt, stellt sich die Frage, ob in den ansonsten nicht gerechtfertigten Grundrechtseingriff eingewilligt werden kann.

2. Die Annahme einer Einwilligungssperre

a) Die Argumentation der Gerichte

Für den BGH kam die Zulassung einer Einwilligung 1954 bereits deshalb nicht in Betracht, weil er einen Eingriff in die Menschenwürde bejaht hat. Das BVerfG, das lediglich einen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht bejahte, musste sich demgegenüber mit der Einwilligungsfähigkeit des Beschuldigten, der einen Lügendetektortest verlangt hatte, auseinandersetzen. Es kam zu dem Ergebnis, dass eine Einwilligung in den Grundrechtseingriff mangels Freiwilligkeit ausscheide, da der von einer empfindlichen Freiheitsstrafe bedrohte Angeklagte nicht ohne äußeren Zwang habe wählen können, ob er sich der Untersuchung unterziehe oder nicht, sondern diese für ihn Chancen eröffnende Möglichkeit nicht ausschlagen könne.⁴⁹ Die im konkreten Fall erteilte Einwilligung vermochte den Grundrechtseingriff vor diesem Hintergrund nicht zu rechtfertigen.

b) Die Bewertung der Argumentation

Richtig an den Ausführungen des BVerfG ist zunächst, dass der Angeklagte tatsächlich vor der Wahl steht, einen Eingriff

in sein allgemeines Persönlichkeitsrecht zu dulden, oder mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit einen solchen in sein Recht auf Freiheit aus Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG⁵⁰ oder bei einer Geldstrafe in sein Eigentumsrecht aus Art. 14 GG hinzunehmen.

Hieraus eine Einwilligungssperre für das allgemeine Persönlichkeitsrecht abzuleiten, wäre dennoch verfehlt, da dem Angeklagten auf diese Weise neue Handlungsoptionen eröffnet werden und sein Selbstbestimmungsrecht gestärkt wird. Man spricht insofern von einer eingriffsmildernden Einwilligung, deren Anerkennung *Amelung* aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ableitet.⁵¹ Der Betroffene müsse vor dem Hintergrund legitimen staatlichen Zwanges die Möglichkeit haben, einen bestimmten Grundrechtseingriff zu mildern bzw. zu verhindern, also ein Rechtsgut preiszugeben, um ein anderes vor staatlichem Zugriff zu retten, das ihm wertvoller erscheine als das aufgeopferte.⁵²

Diese verfassungsrechtliche Sichtweise entspricht auch der strafrechtlichen Einwilligungsdogmatik, die eine Einwilligung nicht in jeder Drucksituation ausschließt, sondern nur in einer rechtswidrigen und vom Einwilligungsempfänger, meist dem Täter, zu verantwortenden.

Eine Einwilligung in eine Operation ist daher auch bei einer schweren Krebserkrankung möglich, die ohne Behandlung zeitnah zum Tode führt, und ein Erpressungsoffer kann sich für die Geldübergabe der Hilfe eines Boten bedienen, ohne dass dieser sich wegen Beihilfe strafbar macht.⁵³ Die Zwangslage schränkt die Handlungsspielräume des Betroffenen nämlich nur ein, hebt sie aber nicht auf. Die noch verbleibenden Handlungsspielräume muss der Betroffene im Hinblick auf sein allgemeines Persönlichkeitsrecht selbstbestimmt nutzen können, weshalb *Rönnau* von einer Freiheit in der Unfreiheit spricht.⁵⁴ Diese gilt es zu respektieren.

Auch einfachgesetzlich ist die Einwilligungsmöglichkeit trotz ansonsten drohender gravierender prozessualer Nachteile in den verschiedensten Normen wie bspw. in § 56c Abs. 3 StGB, der Erteilung der Weisung, sich einer Entziehungskur zu unterziehen, um eine Strafaussetzung zu erhalten, in § 81a StPO, der körperlichen Untersuchung zur eigenen Entlastung, in § 148 Abs. 2 StPO, der Einwilligung in die Kontrolle des Schriftverkehrs mit dem Verteidiger, oder in § 257c StPO, der Verständigung, anerkannt.⁵⁵ Als besonders markantes Beispiel verweist *Amelung* zudem auf § 3 KastrG, in dessen Abs. 2 ausdrücklich festgeschrieben ist, dass die Einwilligung des Betroffenen nicht deshalb unwirksam wird, weil er zur Zeit der Einwilligung auf richterlicher Anordnung in einer Anstalt verwahrt wird.⁵⁶ Dabei ist der Grund der Einwilligung natürlich im Regelfall der, der weiteren Voll-

⁴⁷ *Amelung*, NStZ 1982, 38 (39).

⁴⁸ *Schwabe*, NJW 1982, 367. Ähnlich *Meyer-Mews*, NJW 2000, 916 (917); *Putzke*, ZJS 2011, 557 (558). Umfassend zum Nichtvorliegen einer Verletzung der Menschenwürde oder des allgemeinen Persönlichkeitsrechts *Putzke/Scheinfeld/Klein/Undeutsch*, ZStW 121 (2009), 607 (629 ff.).

⁴⁹ BVerfG NJW 1982, 375.

⁵⁰ Vgl. *Amelung*, NStZ 1982, 38.

⁵¹ *Amelung*, NStZ 1982, 38 (39).

⁵² *Amelung*, NStZ 1982, 38 (39).

⁵³ Vertiefend *Rönnau*, JuS 2005, 481 (485).

⁵⁴ *Rönnau*, JuS 2005, 481 (485).

⁵⁵ Vgl. *Amelung*, NStZ 1982, 38; *Schwabe*, NJW 1982, 367.

⁵⁶ *Amelung*, NStZ 1982, 38 (39). Vertiefend *Putzke/Scheinfeld/Klein/Undeutsch*, ZStW 2009, 607 (631 f.).

streckung der Freiheitsstrafe oder Maßregel zu entgehen.⁵⁷ Man kann daher allgemein festhalten, dass kein rechtlicher Grundsatz existiert, nach dem „bei der Beschaffung von Entlastungsbeweisen [...] ausnahmslos Unfreiheit besteh[t]“.⁵⁸

Zu Recht ist der BGH der Ansicht des BVerfG daher in späteren Entscheidungen auch nicht gefolgt.⁵⁹ Auch das BVerfG selbst hat seine Erwägungen in jüngeren Entscheidungen, soweit ersichtlich, nicht wiederholt. Eine Einwilligung in einen Lügendetektortest ist mithin nicht aus verfassungsrechtlichen Gründen ausgeschlossen.

3. Der Lügendetektor als vollkommen ungeeignetes Beweismittel

a) Die Argumentation der Gerichte

Bereits seit Ende der 1990er Jahre argumentiert der BGH konsequent nicht mehr mit einem Verstoß gegen die Menschenwürde oder der Unbeachtlichkeit einer erteilten Einwilligung, sondern er stellt fest, eine polygraphische Untersuchung sei ein vollkommen ungeeignetes Beweismittel i.S.d. § 244 Abs. 3 S. 3 Nr. 4 StPO und aus diesem Grund unzulässig.⁶⁰

Die Begründung lautet im Wesentlichen wie folgt: Ein Polygraph alter Bauart ermögliche keinen Einblick in die Seele des Untersuchten, da kein eindeutiger Zusammenhang zwischen bestimmten kognitiven oder emotionalen Zuständen und hierfür spezifischen Reaktionsmustern im vegetativen Nervensystem zu erkennen sei.⁶¹ Im Ergebnis könne daher nicht gemessen werden, ob der Untersuchte die Wahrheit sage.⁶² Dies gelte jedenfalls für die bislang verwendeten Testverfahren, also den Einsatz des Polygraphen in Verbindung mit dem Kontrollfragen- oder dem Tatwissenstest.

Der Kontrollfragentest sei deshalb als ungeeignet zu bewerten, da die erzielten Ergebnisse nicht valide seien.⁶³ Das Untersuchungsergebnis habe keinerlei Beweiswert.⁶⁴ Zwar erscheine es auf den ersten Blick plausibel, dass ein Täter auf die direkt die Tatbegehung betreffenden Fragen aus Furcht vor Bestrafung mit stärkerer Erregung reagieren soll als auf die Kontrollfragen, während sich dies beim Nichttäter umgekehrt verhalte.⁶⁵ Dabei werde allerdings verkannt, dass der zu Unrecht Beschuldigte in gleichem oder noch stärkerem Maße befürchten könne, das gegen ihn geführte Verfahren werde strafrechtliche oder sonstige Folgen nach sich ziehen.⁶⁶

Da das Kontrollverfahren somit konzeptionell nicht abgesichert und seine Funktionsweise nicht belegbar sei, käme

unter seiner Verwendung gewonnenen Ergebnissen grundsätzlich keine Beweisbedeutung zu.⁶⁷ Einen gewissen indiziellen Beweiswert könnte das Verfahren nur dann haben, „wenn eine hinreichend breite Datenbasis belegen würde, dass – warum auch immer – bestimmte gemessene Körperreaktionen mit einem Verhalten (hier: wahre oder unwahre Äußerungen) in hohem Maße zusammenhängen. Diese Voraussetzung ist beim Kontrollfragentest jedoch nicht erfüllt.“⁶⁸ Die im damaligen Verfahren mitgeteilten Trefferquoten von 70 bis 90 % unterlägen im Hinblick auf die erheblichen Zweifel an der Kontrollfragenmethode tiefgreifenden Bedenken.⁶⁹ Diese würden dadurch gestützt, dass es sich überwiegend um Analogstudien gehandelt habe, die keine Gewähr für eine Vergleichbarkeit des Modellversuchs und dessen Aussagekraft in der Praxis böten. Bei den Studien, denen echte Kriminalfälle zugrunde lägen, seien statistische Verzerrungen festzustellen und es fehle ein tauglicher Prüfungsmaßstab für die Validitätsuntersuchungen.⁷⁰ Das Urteil, das Geständnis oder die panel-Entscheidung, anhand derer die Frage beantwortet worden wäre, ob die polygraphische Untersuchung richtig gewesen sei, sei nämlich in den Studien mit hoher Wahrscheinlichkeit selbst durch das polygraphische Untersuchungsergebnis determiniert gewesen.⁷¹ Die weder vom Untersucher noch vom Gericht überprüfbaren Wechselwirkungen von Prüfungsgegenstand und Prüfungsmaßstab nähmen den vorliegenden Feldstudien jegliche Aussagekraft und machten sie statistisch wertlos.

Der Tatwissenstest funktioniere demgegenüber nur unter der Voraussetzung, dass dem Befragten keine Details über den Tatablauf und die Tatdetails bekannt geworden seien. Sobald der Beschuldigte also Akteneinsicht hatte, handelt es sich auch bei dieser Befragungsmethode um eine ungeeignete.⁷²

b) Die Bewertung der Argumentation

Für die modernen Lügendetektoren ist zunächst festzustellen, dass sie, jedenfalls wenn man der bisherigen Berichterstattung vertraut, auch unabhängig von der Befragung des Probanden durch einen an bestimmte Befragungsregeln gebundenen Sachverständigen überzeugende Ergebnisse liefern.⁷³ Auf die fehlende Eignung des Tatwissenstests oder des Kontrollfragentests käme es dann gar nicht an.

Zudem ist darauf hinzuweisen, dass dem BGH wiederholt vorgeworfen wurde, neue Studien zur Validität in den Folgeentscheidungen nicht berücksichtigt zu haben, sondern sich nach wie vor nur auf den Stand der Forschung im Jahr 1998

⁵⁷ Amelung, NStZ 1982, 38 (39).

⁵⁸ Schwabe, NJW 1982, 367.

⁵⁹ BGHSt 44, 308 (312).

⁶⁰ BGHSt 44, 308 (312 f.); BGH HRRS 2011, Nr. 220 Rn. 8; vgl. auch BGH NJW 1999, 662 (663).

⁶¹ BGHSt 44, 308 (315).

⁶² BGHSt 44, 308 (316).

⁶³ BGHSt 44, 308 (319).

⁶⁴ BGHSt 44, 308 (319).

⁶⁵ BGHSt 44, 308 (320).

⁶⁶ BGHSt 44, 308 (320).

⁶⁷ BGHSt 44, 308 (322).

⁶⁸ BGHSt 44, 308 (322).

⁶⁹ BGHSt 44, 308 (323).

⁷⁰ BGHSt 44, 308 (323).

⁷¹ BGHSt 44, 308 (324).

⁷² vgl. BGHSt 44, 308 (327).

⁷³ Anders die These von Dahle/Lehmann (Fn. 10), S. 48 (55 ff. und 74).

zu beziehen.⁷⁴ Neuere Studien sollen demgegenüber die hohe Treffsicherheit der polygraphischen Untersuchungen belegen, ohne an den vom BGH ausgemachten methodischen Fehlern zu leiden.⁷⁵ *Putzke* stellt daher richtigerweise klar, dass die Annahme des BGH, es sei nach einhelliger wissenschaftlicher Auffassung nicht möglich, eindeutige Zusammenhänge zwischen bestimmten kognitiven oder emotionalen Zuständen und hierfür spezifischen Reaktionsmustern im vegetativen Nervensystem zu erkennen, heutzutage nicht mehr zutrefte.⁷⁶ Der 1. Strafsenat habe in der bislang letzten Polygraphenentscheidung darüber geirrt, dass die 1998 gewonnenen Erkenntnisse noch Gültigkeit beanspruchen würden.

Für die neuen KI-gestützten Lügendetektoren kann derzeit zwar noch nicht beurteilt werden, ob künftig belastbare Studien über deren Treffergenauigkeit vorgelegt werden können. Unterstellen wir dies jedoch zunächst, wäre allein aus diesem Grund die Eignung des Beweismittels belegt. Die Bedenken, die der BGH gegen die frühen zum Kontrollfragentest durchgeführten Untersuchungen ins Feld geführt hat, ließen sich leicht vermeiden. Da die KI mit Videos aus Gerichtsverfahren trainiert worden ist und ebenso an Videos aus Gerichtsverfahren getestet werden kann, würde es sich nicht lediglich um Laborversuche ohne Aussagekraft handeln. Da die KI auch nicht selbst dazu beigetragen hat, dass die jeweilige Aussage im Verfahren und anschließend von den Versuchsleitern als glaubhaft oder nicht glaubhaft bewertet wird, wird auch der gerügte Zirkelschluss vermieden.

Anzumerken ist zudem, dass es gar nicht erforderlich ist, dem polygraphischen Ergebnis eine Trefferwahrscheinlichkeit nahe 100 % zu bescheinigen, um dessen Eignung als Beweismittel zu bejahen.⁷⁷ Es genügt zur Vermeidung von den Angeklagten belastenden Fehlurteilen bereits, dass vernünftige Zweifel an dessen Schuld begründet werden.⁷⁸ Denkt man, dass gerade im Bereich der Sexualdelikte von einer hohen Anzahl falscher Anzeigen und Aussagen ausgegangen werden muss, könnte ein entlastendes Testergebnis selbst bei einer Fehlerquote von noch 10 bis 15 % zu solchen Zweifeln führen. Dies gilt erst recht, wenn die Lügendetektorsoftware lediglich zur Absicherung bestimmter Ergebnisse eingesetzt wird und in Kombination mit anderen Beweismitteln oder Indizien genutzt wird.

Hinzu kommt, dass sich Wahrscheinlichkeitsurteile unter der Prämisse, dass sie unabhängig voneinander zustande gekommen sind, auch mit einer einfachen mathematischen Formel kumulieren lassen.⁷⁹ Nehmen wir beispielsweise an,

ein Glaubhaftigkeitsgutachter und ein KI-gestützter Lügendetektor bescheinigen einer Aussage einmal mit siebzigprozentiger und einmal mit fünfundachtzigprozentiger Wahrscheinlichkeit, dass sie wahres Erleben zum Gegenstand hat, beträgt die Gesamtwahrscheinlichkeit für die Wahrheit der Aussage bereits 93 %. Dass eine kriteriengestützte Aussageanalyse, die sich maßgeblich auf den Inhalt der Aussage stützt – der sog. inhaltsbasierte Ansatz –, und ein KI-gestützter Lügendetektor, der maßgeblich mit Mikroimpressionen arbeitet – der sog. verhaltensbasierte Ansatz –, ihre Ergebnisse auf unterschiedlichem Wege erzielen, scheint dabei als Grundannahme jedenfalls plausibel.⁸⁰

Entsprechend betrüge die Wahrscheinlichkeit dafür, dass der Angeklagte die Wahrheit sagt, ein Belastungszeuge aber lügt, 96 %, wenn der Wahrheitsgehalt beider Aussagen durch die Künstliche Intelligenz mit fünfundachtzigprozentiger Wahrscheinlichkeit prognostiziert würde.

Bei höheren Ausgangswahrscheinlichkeiten oder einer größeren Anzahl die Aussage stützender Wahrscheinlichkeiten erhöht sich die Gesamtwahrscheinlichkeit weiter spürbar.

Zumindest begründete Zweifel im Falle einer falschen Verdächtigung wird ein KI-gestützter Lügendetektortest daher schüren können.

Konsequent hat insofern bereits das AG Bautzen dem BGH in mehreren Entscheidungen die Gefolgschaft versagt und den Einsatz eines klassischen Polygraphen in verschiedenen Verfahren zugelassen.⁸¹ In seiner ersten diesbezüglichen Entscheidung hatte die Sachverständige sowohl den Beschuldigten als auch das mutmaßliche Vergewaltigungsopfer mittels eines Polygraphen untersucht.⁸² Wie bereits erwähnt, erhöht sich die Trefferwahrscheinlichkeit des Tests durch eine solche Doppelabsicherung noch einmal beträchtlich, da zufällig beide Testergebnisse fehlerhaft sein müssten, wenn in einem Fall eine Lüge und in dem anderen Fall eine wahre Aussage bestätigt wird und es sich tatsächlich andersherum verhalten sollte.

Im Rahmen der Beweiswürdigung hob das AG zur Rechtfertigung des Polygrapheneinsatzes sodann zutreffend hervor, dass der BGH einen Sachverständigen nicht schon dann als völlig ungeeignetes Beweismittel bewerte, wenn dieser absehbar aus den Anknüpfungstatsachen keine sicheren und eindeutigen Schlüsse zu ziehen vermöge, sondern umgekehrt bereits dann von einer Eignung als Beweismittel ausgehe, wenn die sachverständigen Schlussfolgerungen die unter Beweis gestellte Behauptung als mehr oder weniger wahrscheinlich erscheinen lasse und hierdurch unter Berücksichtigung des sonstigen Beweisergebnisses Einfluss auf die Über-

⁷⁴ AG Bautzen BeckRS 2013, 8655; *Putzke*, ZJS 2011, 557 (559 f.); *Undeutsch*, Psychologische Rundschau 2003, 115 (117 f.).

⁷⁵ AG Bautzen BeckRS 2013, 8655; *Putzke*, ZJS 2011, 557 (559 f.); *ders./Scheinfeld*, StraFo 2010, 58; *ders./Scheinfeld/Klein/Undeutsch*, ZStW 121 (2009), 607 (621 ff.).

⁷⁶ *Putzke*, ZJS 2011, 557 (559 f.).

⁷⁷ *Amelung*, NSTZ 1982, 38 (39).

⁷⁸ *Amelung*, NSTZ 1982, 38 (39).

⁷⁹ Die Gesamtwahrscheinlichkeit der Wahrscheinlichkeiten W_1 und W_2 errechnet sich wie folgt: $1/(1+[(1 - W_1) \times (1 -$

$W_2)]/W_1 \times W_2)$). Weitere Wahrscheinlichkeiten können nach demselben Muster in der Formel ergänzt werden.

⁸⁰ Vgl. *Nestler*, JA 2017, 10 (13).

⁸¹ AG Bautzen BeckRS 2013, 8655; AG Bautzen BeckRS 2017, 138202; AG Bautzen BeckRS 2018, 42301. Entsprechendes gilt für familiengerichtliche Verfahren u.a. auch für das OLG Bamberg NJW 1995, 1684; OLG Dresden BeckRS 2013, 16540.

⁸² AG Bautzen BeckRS 2013, 8655.

zeugungsbildung des Gerichts erlangen könne.⁸³ Da eine neuere Untersuchung unter Feldbedingungen eine Treffsicherheit des Kontrollfragenverfahrens von 98,5 % ergeben habe, ohne an den vom BGH aufgezeigten methodischen Mängeln zu leiden, sei diese Voraussetzung erfüllt. Jedenfalls sei das physiopsychologische Verfahren anderen Methoden der forensischen Aussageuntersuchung jedoch überlegen.⁸⁴ Frei zusammengefasst, müsste man daher auch auf aussagepsychologische Begutachtungen verzichten, da diese nicht besser abgesichert seien als physiopsychologische Untersuchungen, oder eben beide zulassen.⁸⁵ Dies hat das AG sodann konsequent getan.

Da der Einsatz der KI-gestützten Lügendetektoren mangels Erhebung sonst nicht wahrnehmbarer Daten und mangels des Erfordernisses, den Probanden an eine Maschine anzuschließen, einen geringeren Grundrechtseingriff darstellt als das frühere Vorgehen, müsste man daher auch den modernen Lügendetektor als dem Grunde nach zulässiges Beweismittel ansehen.

Es bleibt daher nur noch eine letzte Frage zu beantworten und zwar die, ob der Einsatz eines Polygraphen einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage bedarf.

IV. Das Erfordernis einer Ermächtigungsgrundlage

Das Ergebnis einer klassischen polygraphischen Untersuchung ist bislang im Wege des Sachverständigenbeweises in das Strafverfahren eingeführt worden.⁸⁶ Die Aufzeichnungen des Mehrkanalschreibers bedurften der Interpretation im Hinblick auf das zugrunde liegende Testverfahren.

Die Ergebnisse eines KI-gestützten Lügendetektortests ließen sich daher ebenfalls im Wege des Sachverständigenbeweises einführen, wenn entweder das Testverfahren besonderer Sachkunde bedarf oder die Ergebnisse zu interpretieren sind.

Es ist jedoch auch vorstellbar, dass die Ergebnisse künftig im Wege des Augenscheins- oder Urkundenbeweises in das Verfahren eingeführt werden können, etwa wenn eine wahrscheinlich unwahre Aussage durch das Aufblinken einer roten Lampe symbolisiert wird oder ein Computerausdruck Aufschluss darüber gibt, welche Antworten wahrscheinlich erlebnisbasiert beantwortet worden sind und welche Antworten wahrscheinlich der Fantasie entsprungen sind.

Fraglich ist daher, ob § 244 StPO jede vom Sachverständigen angewandte Untersuchungsmethode mitlegitimiert⁸⁷ und dem Gericht ggf. auch erlaubt, die Urkunde oder den Augenschein erst zu erzeugen.

Nach allgemeinen Grundsätzen hängt dies von der Schwere des Grundrechtseingriffs ab, was sich auch den §§ 72 ff.

StPO implizit entnehmen lässt. Nicht explizit geregelte Untersuchungsmethoden wie die Befragung des Untersuchten durch einen Psychologen zur Durchführung einer kriteriengestützten Aussageanalyse stellen entweder keine oder nur geringfügige Grundrechtseingriffe dar. Die benannten Untersuchungsmethoden rechtfertigen demgegenüber deutliche Grundrechtseingriffe und sind deshalb ausdrücklich gestattet.

Insofern ist nach altem Recht zutreffend zwischen Maßnahmen gegen den Willen und solchen mit Einwilligung unterschieden worden.⁸⁸ Die polygraphische Untersuchung des Beschuldigten mit Einwilligung ist insofern von den Befürwortern dieses Verfahrens ohne weitere Ermächtigungsgrundlage zugelassen worden,⁸⁹ eine entsprechende Untersuchung ohne Einwilligung sollte aus verschiedenen Gründen undurchführbar sein.⁹⁰

Für Beschuldigte bleibt es auch künftig dabei, dass der Einsatz eines Lügendetektors gegen ihren Willen im Hinblick auf den nemo-tenetur-Grundsatz auszuschneiden hat. Bei Zeugen könnte die neue Generation der Lügendetektoren aus technischer Sicht ggf. auch gegen ihren Willen eingesetzt werden und zu aussagekräftigen Ergebnissen führen. In diesem Fall müsste der Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht wohl als erheblich genug angesehen werden, um den Gesetzesvorbehalt auszulösen.

Ob für den Einsatz KI-gestützter Lügendetektoren mit Einwilligung nach wie vor auf eine Ermächtigungsgrundlage verzichtet werden kann, ist seit Inkrafttreten der Richtlinie (EU) 2016/680⁹¹ und ihrer Umsetzung im neuen BDSG fraglich.

Dass im Falle der Einwilligung kein Grundrechtseingriff vorliegt, steht dabei nach wie vor fest.⁹² Allerdings könnte sich das Erfordernis einer Ermächtigungsgrundlage trotz Einwilligung aus der bereits genannten Richtlinie und § 51 BDSG ergeben.

Die Richtlinie (EU) 2016/680 regelt nach Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 u.a. die ganz oder teilweise automatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten durch die jeweils zuständigen Behörden zum Zwecke der Verhütung, Ermittlung, Aufdeckung oder Verfolgung von Straftaten oder der Strafvollstreckung und ist insofern anwendbar.⁹³ Für die

⁸³ So das AG Bautzen BeckRS 2013, 8655, unter zutreffender Berufung auf BGH, NStZ 2012, 345; ebenso AG Bautzen BeckRS 2018, 42301 Rn. 37.

⁸⁴ Vertiefend AG Bautzen BeckRS 2013, 8655 m.w.N.

⁸⁵ AG Bautzen BeckRS 2013, 8655; ähnlich auch *Putzke*, ZJS 2011, 557 (561 f.).

⁸⁶ *Putzke/Scheinfeld*, StraFo 2010, 58 (62).

⁸⁷ So wohl *Putzke/Scheinfeld/Klein/Undeutsch*, ZStW 121 (2009), 607 (638).

⁸⁸ Vgl. zu dieser Unterscheidung im Hinblick auf das neue Datenschutzrecht *El-Ghazi*, ZIS 2019, 110 f.

⁸⁹ AG Bautzen BeckRS 2013, 8655; AG Bautzen BeckRS 2017, 138202; AG Bautzen BeckRS 2018, 42301; *Putzke/Scheinfeld/Klein/Undeutsch*, ZStW 121 (2009), 607 (638).

⁹⁰ *Putzke/Scheinfeld/Klein/Undeutsch*, ZStW 121 (2009), 607 (628 f.).

⁹¹ Richtlinie 2016/680/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die zuständigen Behörden zum Zwecke der Verhütung, Ermittlung, Aufdeckung oder Verfolgung von Straftaten oder der Strafvollstreckung sowie zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung des Rahmenbeschlusses 2008/977/JI des Rates, ABl. EU 2016 Nr. L 119/89, S. 89 ff.

⁹² Vertiefend *El-Ghazi*, ZIS 2019, 110 f.

⁹³ Vertiefend zur Anwendbarkeit *El-Ghazi*, ZIS 2019, 110 (111 f.).

genannten Zwecke legt Art. 8 Abs. 1 der Richtlinie fest, dass die Mitgliedstaaten regeln müssen, dass die Verarbeitung nur dann rechtmäßig ist, wenn und soweit die Verarbeitung für die Aufgabenerfüllung erforderlich ist und auf Grundlage des Unionsrechts oder des Rechts der Mitgliedstaaten erfolgt. In Erwägungsgrund 35 heißt es zunächst, dass die Einwilligung im Falle der Aufforderung zur Mitwirkung an einer Maßnahme nicht per se rechtfertigende Wirkung entfalten solle, da keine echte Wahlfreiheit bestehe. Dies solle die Mitgliedstaaten jedoch nicht daran hindern, durch Rechtsvorschriften vorzusehen, dass die betroffene Person einwilligen könne, beispielsweise im Falle von DNA-Tests in strafrechtlichen Ermittlungen oder zur Überwachung ihres Aufenthaltsorts mittels elektronischer Fußfessel zur Strafvollstreckung.

In Erwägungsgrund 37 heißt es für die Verarbeitung besonders sensibler Daten, ihre Verarbeitung sollte durch Rechtsvorschriften erlaubt sein, wenn die betroffene Person der Datenverarbeitung, die besonders stark in ihre Privatsphäre eingreift, ausdrücklich zugestimmt hat. Die Einwilligung der betroffenen Person allein sollte jedoch noch keine rechtliche Grundlage für die Datenverarbeitung liefern.

Ob hieraus folgt, dass nach den unionsrechtlichen Vorgaben stets eine Ermächtigungsgrundlage erforderlich sei, die explizit eine Einwilligung vorsehen müsse, ist umstritten.⁹⁴ Die besseren Gründe, etwa die konsequente Unterscheidung der Richtlinie zwischen den Formulierungen „Recht der Mitgliedstaaten“ und „Rechtsgrundlagen“ (in den Mitgliedstaaten), sprechen dagegen.⁹⁵ Ein weiteres tragendes Argument ist die Formulierung von Erwägungsgrund 35, in dem es ebenfalls heißt: „Wenn in dieser Richtlinie auf Recht der Mitgliedstaaten, eine Rechtsgrundlage oder eine Gesetzgebungsmaßnahme Bezug genommen wird, erfordert dies nicht notwendigerweise einen von einem Parlament angenommenen Gesetzgebungsakt, wobei Anforderungen gemäß der Verfassungsordnung des betreffenden Mitgliedstaats unberührt bleiben.“⁹⁶ Die deutsche Verfassung erfordert nun aber gerade keine spezielle Ermächtigungsgrundlage, wenn eine Einwilligung vorliegt.

Für die derzeit in Deutschland geltende Rechtslage kommt es auf diesen Streit im Ergebnis allerdings auch gar nicht weiter an, da der deutsche Gesetzgeber sich in § 51 Abs. 1 BDSG i.S.d. Ermächtigungslösung festgelegt hat.⁹⁷ Es heißt: „Soweit die Verarbeitung personenbezogener Daten nach einer Rechtsvorschrift auf der Grundlage einer Einwilligung erfolgen kann, muss der Verantwortliche die Einwilligung der betroffenen Person nachweisen können.“

Im Vergleich dazu heißt es in Art. 7 Abs. 1 DSGVO: „Beruht die Verarbeitung auf einer Einwilligung, muss der Verantwortliche nachweisen können, dass die betroffene Person

in die Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten eingewilligt hat.“ Dies ist ein klarer Beleg dafür, dass das BDSG eine Ermächtigungsgrundlage auch für den Fall der Einwilligung fordert.

Bekanntermaßen sieht die StPO bislang keine Möglichkeit vor, in einen Lügendetektortest einzuwilligen.

Da jedoch bei sachgemäßer Ausgestaltung des Verfahrens kein höherrangiges Recht entgegensteht⁹⁸ und auch die Frage der Validität heute anders zu beantworten ist als noch 1998, steht der Zulassung des Lügendetektortests gerade auch in Form eines KI-gestützten Verfahrens, das den Grundrechtseingriff deutlich abschwächt, nichts entgegen.

Dies gilt jedenfalls, wenn der Test lediglich zu Gunsten des Beschuldigten eingesetzt wird und zudem bei einem bestimmten Katalog schwerer Delikte, insbesondere beim Vorwurf einer Vergewaltigung. Falsch positive Ergebnisse, beispielsweise ausgelöst durch eine unreflektierte Orientierung der Richter an dem Untersuchungsergebnis, könnten so nicht zustande kommen und die Rechte des Beschuldigten auf Eigentum und persönliche Freiheit würden bereits unabhängig von der Einwilligungsproblematik ein erhebliches rechtfertigendes Gewicht entfalten.

Weiteren vorgebrachten Bedenken gegen den Einsatz von Lügendetektorsoftware ließe sich dadurch begegnen, dass lediglich der freiwillige Lügendetektortest zugelassen wird,⁹⁹ der von vornherein nicht zu einem Grundrechtseingriff führt, nach dem Wortlaut des § 51 Abs. 1 BDSG aber dennoch einer Ermächtigungsgrundlage bedarf.

In der einzuführenden Erlaubnisnorm können sodann weitere Vorgaben für das einzuhaltende Verfahren und dessen Standards gemacht werden. Ein Hinweis auf die Selbstverständlichkeit, dass die fehlende Einwilligung in einen Lügendetektortest nicht zulasten des Beschuldigten verwertet werden darf, ließe sich klarstellend einfügen. Eine entsprechende Regelung in die StPO aufzunehmen, dürfte sich nach alledem künftig empfehlen, sofern die derzeitigen Pilotprojekte den Erwartungen und Prognosen standhalten. Bis zur Einführung einer solch speziellen Einwilligungsnorm ist zudem zu erwägen, jedenfalls bei erheblichen Tatvorwürfen eine verfassungskonforme Reduktion des § 51 Abs. 1 BDSG im Hinblick auf polygraphische Untersuchungen des Beschuldigten mit dem Ziel der Selbstentlastung vorzunehmen. Das Recht auf ein faires Verfahren, die bei Verurteilung drohenden Grundrechtsverletzungen sowie das Allgemeine Persönlichkeitsrecht könnten es gebieten, dem Beschuldigten diese Möglichkeit zur Selbstentlastung trotz des entgegenstehenden Wortlauts des § 51 Abs. 1 BDSG zu gewähren. Eine genaue Grenzziehung, was aus verfassungsrechtlichen Gründen entgegen § 51 Abs. 1 BDSG auch ohne Ermächtigungsgrundlage gestattet werden muss, kann vorliegend jedoch nicht geleistet werden.

⁹⁴ Gegen die These der im Unionsrecht verankerten Ermächtigungsgrundlage *El-Ghazi*, ZIS 2019, 110 (113 ff.); dafür *Stief*, StV 2017, 470 (474); *Schwichtenberg*, DuD 2016, 605 (606).

⁹⁵ Vertiefend *El-Ghazi*, ZIS 2019, 110 (114 f.).

⁹⁶ So bereits *El-Ghazi*, ZIS 2019, 110 (115).

⁹⁷ *Stemmer/Wolff*, in: *Wolff/Brink*, BeckOK Datenschutzrecht, 33. Lfg., Stand: August 2020, § 51 Rn. 13 m.w.N.

⁹⁸ So „unter dem Vorbehalt hoher Verlässlichkeit der Ergebnisse“ im Hinblick auf eine erteilte Einwilligung auch *Herdegen*, in: *Maunz/Dürig* (Fn. 40), Art. 1 Abs. 1 GG Rn. 85.

⁹⁹ Vgl. zum unfreiwilligen Lügendetektortest auch die kritische Bewertung von *Di Fabio* (Fn. 40), Art. 2 Abs. 1 GG Rn. 162; *Herdegen* (Fn. 97), Art. 1 Abs. 1 GG Rn. 85.