

Thilo Weichert

Genetische Forensik und Datenschutz

In diesem Jahr wurden – ausgelöst durch Medienberichte zu spektakulären Kriminalfällen – mehrere Gesetzesinitiativen zur erweiterten Nutzung der DNA-Analyse im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren vorgelegt. Am 22. Juni 2017 verabschiedete der Bundestag einen Gesetzentwurf „zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens“ (BT-Drs. 18/11277). Er erlaubt u.a. bei genetischen Massenscreenings, Blutsverwandte bis zum 3. Grad zu ermitteln. Parallel dazu hatten Baden-Württemberg (BR-Drs. 117/17) und Bayern (BR-Drs. 117/1/17) Gesetzesanträge „zur Erweiterung des Umfangs der Untersuchungen von DNA-fähigem Material“ in den Bundesrat eingebracht, mit denen die genetische Untersuchung von Gewebeproben erweitert werden sollten, um Augenfarbe, Haar- und Hautfarbe sowie biologisches Alter und „biogeografische Herkunft“ bestimmen zu können.

Alle Vorschläge fanden eine weitgehend positive Medienresonanz, wurden bisher nur in engen Fachkreisen kritisch diskutiert. Am 9. Juni 2017 veranstaltete das „Freiburg Institute for Advanced Studies“ ein interdisziplinäres Symposium zur „Erweiterten DNA-Analyse in der Forensik: Möglichkeiten, Herausforderungen, Risiken“, auf dem Thilo Weichert über die datenschutzrechtlichen Grundlagen und Grenzen für die Verwertung von DNA-Proben referierte. Der folgende Text ist eine erweiterte Verschriftlichung seines bei diesem Symposium gehaltenen Vortrags.

1 Verfassungsrechtliche Grundlagen

Die verfassungsrechtliche Bewertung von Genanalysen im Strafverfahren hat als zentralen Ausgangspunkt das aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG, also das aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht abgeleitete **Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung**. Im Volkszählungsurteil vom 15.12.1983 hat das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) entschieden, dass jeder Mensch ein Recht darauf hat, grds. selbst zu bestimmen, wer, was, wann, bei welcher Gelegenheit über ihn weiß. In dieses Grundrecht darf nur auf Grundlage einer Einwilligung oder eines Gesetzes aus überwiegenden Allgemeinwohlgründen eingegriffen werden. Das erlaubende Gesetz muss normenklar bestimmt und im Hinblick auf das verfolgte Ziel verhältnismäßig sein,

d. h. es muss hierfür geeignet, erforderlich und angemessen sein. Zudem muss es grundrechtsschützende prozessuale sowie technisch-organisatorische Vorkehrungen enthalten.

Inzwischen ist dieses „Grundrecht auf Datenschutz“ in Art. 8 der 2009 in Kraft getretenen **Europäischen Grundrechte-Charta** (GRCh) in der gesamten Europäischen Union ausdrücklich zugesichert. Dieses Grundrecht wird dahingehend präzisiert, dass die Verarbeitung personenbezogener Daten einem konkreten Zweck dienen und nach Treu und Glauben erfolgen muss, dass die Betroffenen einen Auskunftsanspruch hinsichtlich ihrer Daten haben, und dass die Verarbeitung von einer unabhängigen staatlichen Aufsicht kontrolliert werden muss.

Diese verfassungsrechtlichen Festlegungen gehen auf den in den 1970er und 1980er Jahren in Europa entwickelten Datenschutz zurück, der eine Wurzel in Art. 8 der **Europäischen Menschenrechtskonvention** hat, welche die Privatsphäre unter Schutz stellt. Konkretisierend regelte der Europarat diesen Schutz in der Datenschutzkonvention aus dem Jahr 1981. Von Anfang an war anerkannt, dass sensitive personenbezogene Daten einen besonderen Schutz genießen müssen, wozu u. a. Angaben zur Ethnie, zur Herkunft, zur Gesundheit oder zur Sexualität gehören.

Der Datenschutz bezieht sich nur auf **lebende Personen**, nicht auf Angaben zu Verstorbenen, deren Daten nur einen verfassungsrechtlich geringeren Schutz genießen.

Neben dem zentralen Grundrecht auf Datenschutz sind bei der Genanalyse in strafrechtlichen Ermittlungen weitere durch das deutsche Grundgesetz sowie durch die GRCh festgelegte **verfassungsrechtlichen Werte und Prinzipien** zu beachten. Dies sind insbesondere das Recht auf körperliche Unversehrtheit, einschließlich einem Eugenikverbot und dem grundsätzlichen Erfordernis einer freien Einwilligung bei Eingriffen (Art. 3 GRCh), das Recht auf Freiheit und Sicherheit (Art. 6 GRCh) sowie das Diskriminierungsverbot im Hinblick auf die Ethnie, die Herkunft, die Genetik oder auch der Religion, der politischen Meinung und der Sexualität (Art. 21 GRCh). Weitere tangierte Aspekte sind die Gewährung sozialer Sicherheit (Art. 34 GRCh), der Gesundheitsschutz (Art. 35 GRCh) und evtl. der Verbraucherschutz (Art. 38 GRCh). Gene erforschende Wissenschaftler können für sich die Forschungs- und Wissenschaftsfreiheit ins Feld führen (Art. 13 GRCh). Den von DNA-Analysen betroffenen Menschen wird in Art. 47 wirksamer Rechtsschutz bei unabhängigen Gerichten zugesichert (Art. 47 GRCh).

Die Grundrechte gelten nicht uneingeschränkt. Sie müssen sich messen an der staatlichen Schutzpflicht gegenüber der Gesellschaft allgemein bzw. den einzelnen Menschen konkret. Im Hinblick auf die Verfolgung und Ahndung von Regelverstößen hat das BVerfG das Rechtsinstitut der „**Effektivität der Strafrechtspflege**“ entwickelt, an dem die Grundrechtseingriffe zu messen sind.

2 Grundprinzipien des Datenschutzes

Die verfassungsrechtlichen Vorgaben werden im **Datenschutzrecht** konkretisiert, das sich sowohl in allgemeinen wie in spezifischen Regelungen findet. Allgemeine Regelungen sind u. a. das seit 1977 mehrfach überarbeitete Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) sowie die seit dem 25.05.2016 in Kraft befindliche und ab dem 25.05.2018 direkt anwendbare Europäische Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO). Bereichsspezifische Datenschutzregelungen finden sich in vielen Gesetzen, so u. a. auch in der das Strafverfahren regelnden Strafprozessordnung (StPO) sowie in der parallel zur DSGVO verabschiedeten Europäischen Datenschutzrichtlinie für die Polizei und die Justiz (DSRL-JI).

Grunderwägung dieser Regelungen ist das „Verbot mit Erlaubnisvorbehalt“, also die Erfordernis einer gesetzlichen bzw. demokratisch legitimierten normativen Grundlage bei personenbezogener Datenverarbeitung. Jede Verarbeitung bedarf einer **gesetzlichen Grundlage**, bei der eine Abwägung der individuellen Schutzinteressen mit den Verarbeitungsinteressen Dritter oder der Gesellschaft vorgenommen wird. Eine Verarbeitung kann auch durch eine Einwilligung des oder der Betroffenen legitimiert sein, wobei grds. gewährleistet sein muss, dass diese Einwilligung informiert, bestimmt und freiwillig erfolgt (vgl. Art. 7 DSGVO). Liegen, wie z. B. bei genetischen Massenscreenings, insofern Zweifel vor, oder entstehen besonders hohe Risiken für die Betroffenen, so müssen zusätzlich gesetzliche Vorkehrungen getroffen werden.

Die derartig rechtmäßig erhobenen Daten unterliegen der **Zweckbindung**, d. h. sie dürfen grds. nur für den Zweck verarbeitet und genutzt werden, zu dem sie erhoben wurden. Anderenfalls bedarf es einer zusätzlichen rechtlichen Legitimation. Unabhängig davon gilt das Prinzip der **Erforderlichkeit** bzw. der Datenminimierung. Dies bedeutet, dass die Verfahren zur Verarbeitung personenbezogener Daten so gestaltet werden müssen, dass so wenig personenbezogene Daten wie möglich verarbeitet werden und dass diese Daten für den verfolgten Zweck auch tatsächlich erforderlich sind. Informationelle Selbstbestimmung bedeutet zudem, dass die Betroffenen über Art der Daten und deren Verarbeitung, Identität der verantwortlichen Stellen sowie Zweck informiert werden, d. h. dass für die Betroffenen Transparenz besteht. Dieses **Transparenzerfordernis** besteht auch in Bezug auf die demokratische, staatliche und rechtliche Kontrolle, also gegenüber Parlamenten, Aufsichtsbehörden und Gerichten. Die Datenschutzrechte der Betroffenen beschränken sich nicht auf Transparenz (Auskunftsanspruch und Informationsrechte), sondern umfassen u. a. auch die Sperrung bestrittener und die Berichtigung falscher Daten. Bei falschen und bei rechtswidrig gespeicherten Daten sowie bei solchen, die nicht mehr erforderlich sind, haben die Betroffenen einen Löschanpruch.

Schließlich gilt, dass personenbezogene Datenverarbeitung unter **staatlicher Aufsicht** bzw. Kontrolle erfolgen muss. Dies gilt insbesondere für sensitive Daten sowie solche, die jenseits der Kenntnis und der Einflussosphäre der Betroffenen (z. B. verdeckt und im Geheimen) erhoben und verarbeitet werden. Im Urteil zum Antiterrordateigesetz hat das BVerfG 2013 präzisiert, dass diese Kontrolle nicht nur theoretisch möglich sein, sondern auch praktisch und mit hinreichender Tiefe erfolgen muss.

Beim **Schutz sensibler Daten** geht es nicht nur um die Gewährleistung informationeller Selbstbestimmung. Es werden weitere Schutzziele verfolgt. Diese bestehen zum einen in der Verhinderung von Diskriminierungen z. B. wegen bestimmter Merkmale wie der Herkunft oder der Zugehörigkeit zu einer bestimmten Ethnie. Zudem wird der Schutz von spezifischen Grundrechten beabsichtigt, etwa der Schutz der Gesundheit, der Familie oder der Gedanken- und Gewissensfreiheit. Eine weitere Zielrichtung besteht darin, dass durch die Datenverarbeitung die Inanspruchnahme von Hilfen in einer Notlage nicht beeinträchtigt wird. Dem dienen z. B. das Patienten- und das Sozialgeheimnis oder sonstige berufliche Schweigepflichten. Sie sollen die Intimsphäre und den Kernbereich privater Lebensgestaltung wahren. Eine – moderne – Zielrichtung besteht schließlich darin, die Erstellung umfassender Persönlichkeitsbilder zu verhindern. Die Objektivierung des Menschen durch (informations- und/oder biotechnische) Datenverarbeitung soll vermieden werden. Aus diesem Grund werden nach der DSGVO neuerdings auch persönliche Identifikatoren als sensitiv angesehen, wobei es sich hierbei um digitale und/oder biometrische (z. B. um genetische) Identifikatoren handeln kann. Mit Hilfe solcher Identifikatoren können Datenbestände aus unterschiedlichen Kontexten zu umfassenden Persönlichkeitsbildern zusammengeführt werden, was aus persönlichkeitsrechtlicher Sicht verhindert oder zumindest eingeschränkt werden soll.

Der Datenschutz hat nicht nur eine rechtliche, sondern auch eine technisch-organisatorische Komponente, die mit den sechs folgenden **technischen Schutzziele** adressiert wird:

- Die Wahrung der **Vertraulichkeit** der Daten kann z. B. über deren Verschlüsselung, durch qualifizierte Zugriffskonzepte oder durch räumliche oder logische Trennung erreicht werden.
- Die **Datenintegrität** bzw. Authentizität lässt sich durch zertifizierte Verfahren der Verarbeitung, durch Maßnahmen der Qualitätssicherung oder durch die digitale Signierung von Datensätzen gewährleisten.
- Mit der **Datenverfügbarkeit** wird sichergestellt, dass die Funktion der Verarbeitung durch Datenverlust nicht beeinträchtigt wird. Dem kann durch Replizierung der Daten (Backups) sowie durch Redundanz der Verarbeitungssysteme (bis zur Sicherung der Stromversorgung) genügt werden.
- **Intervenierbarkeit** zielt auf die persönlichkeitsrechtsbedingte Veränderbarkeit des Datenbestandes oder einzelner Daten, also z. B. die spezifische Sperr- und Löschbarkeit.
- Mit der **Transparenz** durch Dokumentation und Protokollierung wird die Datenverarbeitung revisionsfähig gemacht, um die Verantwortlichkeiten feststellen und prüfen zu können.
- Technische und organisatorische Maßnahmen zur **Nichtverkettbarkeit**, etwa über eine Datei- oder Mandantentrennung, über Rollenkonzepte, Abschottungen und Treuhändermodelle haben die Absicherung des Zweckbindungssatzes zum Ziel.

3 Das Spezifische von Gendaten

Gendaten unterscheiden sich von anderen, insbesondere von rein informationstechnisch erhobenen und verarbeiteten Daten, durch folgende persönlichkeitsrechtlich relevante Eigenschaften:

- Es besteht eine weitgehende **Unveränderbarkeit** dieser Daten eines Menschen von dessen Zeugung bis weit nach dem Tod.
- Dadurch eignen sich diese Daten als eindeutiger (biometrischer) **Identifikator** des Menschen.
- Dies führt dazu, dass sowohl der genetische Code sowie die Gewebeproben, aus denen dieser gewonnen wird, wirksam **nicht anonymisierbar** sind.
- Die Gendaten sind somit „**schicksalhaft**“ den jeweiligen Betroffenen vorgegeben und zwar auch in Bezug auf höchstpersönliche Eigenschaften.
- Diese Eigenschaften sind teilweise von höchster **Sensibilität**, etwa wenn sie sich auf seelische oder gesundheitliche Dispositionen beziehen.
- Oft lassen sich insofern aber keine objektiv eindeutigen Aussagen machen; vielmehr sind nur vage **Wahrscheinlichkeitsaussagen** oder Prognosen möglich.
- Durch die **Allgegenwärtigkeit des Trägermaterials** (z. B. von Haaren, Hautschuppen, Speichel ...) können Betroffene weder kontrollieren noch verhindern, dass und wo dieses Material hinterlassen und evtl. von Dritten erfasst und ausgewertet wird.
- Die Erfassung und Auswertung von Gendaten ist mit den menschlichen Sinnen nicht möglich, es bedarf eines komplexen technischen, für die Betroffenen **intransparenten Verfahrens**, das i. d. R. nur Experten zugänglich und nur durch diese überprüfbar ist.
- Schließlich hat der genetische Code nicht nur Aussagekraft für die betroffene Person selbst, sondern auch für die **biologischen Verwandten** mit einer manchmal hohen und präzise zu bestimmenden statistischen Wahrscheinlichkeit.

Bisher war unklar, inwieweit genetische Daten generell in die datenschutzrechtlich besonders geschützte **Kategorie der sensitiven Daten** nach § 3 Abs. 9 BDSG-alt einzuordnen war. Eine Zuordnung konnte damit begründet werden, dass diese zugleich Informationen über die „Gesundheit“ bzw. über die „rassische und ethnische Herkunft“ enthalten. Diese Unklarheit beseitigt die DSGVO: Art. 4 Nr. 13 DSGVO definiert „genetische Daten“ ausdrücklich. Danach handelt es sich um „*personenbezogene Daten zu den ererbten oder erworbenen genetischen Eigenschaften einer natürlichen Person, die eindeutige Informationen über die Physiologie oder die Gesundheit dieser natürlichen Person liefern und insbesondere aus der Analyse einer biologischen Probe der betreffenden natürlichen Person gewonnen wurden*“.

Durch die eindeutige systematische Zuordnung wird die Frage nach der Zulässigkeit der Datenverarbeitung mit der DSGVO eindeutiger beantwortet. Es handelt sich um sensitive Daten bzw. in der Terminologie der DSGVO um eine „*besondere Kategorie*

personenbezogener Daten“. Deren Verarbeitung ist verboten, wenn nicht ein **spezifischer Erlaubnistatbestand** gegeben ist. Ein solcher Erlaubnistatbestand ist die auf diese Datenart explizit bezogene Einwilligung (Art. 9 Abs. 1 lit. a DSGVO). Neben weiteren Erlaubnistatbeständen gibt es u. a. auch folgende: die Verarbeitung bezieht sich auf personenbezogene Daten, die die betroffene Person offensichtlich öffentlich gemacht hat (lit. e); die Verarbeitung ist auf der Grundlage des Unionsrechts oder des Rechts eines Mitgliedstaats, das in angemessenem Verhältnis zu dem verfolgten Ziel steht, den Wesensgehalt des Rechts auf Datenschutz wahrt und angemessene und spezifische Maßnahmen zur Wahrung der Grundrechte und Interessen der betroffenen Person vorsieht, aus Gründen eines erheblichen öffentlichen Interesses erforderlich (lit. g).

Der Umstand, dass bestimmte genetische Daten durch äußere Umstände für die Öffentlichkeit erkennbar sind, rechtfertigt nicht das Vorenthalten oder die Reduzierung des besonderen rechtlichen Schutzes für sensitive Daten. Die **öffentliche Wahrnehmbarkeit** genetisch bedingter äußerer Merkmale ist keine gezielte, sondern eine zwangsläufige faktische „Veröffentlichung“. Anders als im US-amerikanischen Recht wird bei öffentlicher Wahrnehmbarkeit die Zulässigkeit der Nutzung von Daten von dem jeweiligen Zweck und der Sensitivität abhängig gemacht.

Es geht nun darum, durch angemessene **rechtliche, prozessuale, technische und organisatorische Garantien** die Verarbeitungsrisiken derart einzugrenzen, dass die Verarbeitung zu einem konkreten (öffentlichen) Zweck angesichts der Schutzinteressen der Betroffenen gerechtfertigt werden kann. Art. 9 Abs. 3 DSGVO sieht vor, dass eine mögliche Schutzmaßnahme darin bestehen kann, dass die Verarbeitung der genetischen Daten durch Fachpersonal erfolgt, das einem Berufsgeheimnis unterliegt. In Art. 9 Abs. 4 DSGVO heißt es ergänzend: „Die Mitgliedstaaten können zusätzliche Bedingungen, einschließlich Beschränkungen, einführen oder aufrechterhalten, soweit die Verarbeitung von genetischen, biometrischen oder Gesundheitsdaten betroffen ist.“ Es besteht also eine Öffnungsklausel für eine nationale Regulierung.

Diese allgemeine europäische Regelung gilt im Grunde auch für den spezifischen **Zweck der Strafverfolgung**. Zeitgleich zur DSGVO wurde in Art. 10 DSRI-JI eine inhaltlich entsprechende Regelung erlassen.

Dieser europarechtliche Rahmen ist durch **nationale Gesetze** zu konkretisieren. Solche Konkretisierungen finden sich im Gendiagnostikgesetz hinsichtlich medizinischer Zwecke, der Klärung der Abstammung, des Versicherungsbereichs und des Arbeitslebens. In Bezug auf die menschliche Fortpflanzung gilt das Embryonenschutzgesetz. Explizite Regelungen zur Verarbeitung genetischer Daten enthalten zudem die §§ 81e–81h StPO, die es erlauben, Spurenuordnungen vorzunehmen, Verdächtige unter bestimmten Voraussetzungen zu erfassen, hierbei auch Abstammungsfeststellungen vorzunehmen und diese Daten möglicherweise auch zum Zweck der Identifizierung für künftige Strafverfahren zu verwenden. Erlaubt wird außerdem unter bestimmten Voraussetzungen das Durchführen von genetischen Reihenuntersuchungen, sog. Massenscreenings.

Wegen der Verbots mit Erlaubnisvorbehaltes, das bei der Verarbeitung sensitiver Daten in besonderem Maße gilt, ist eindeutig, dass ohne eine wirksame Einwilligung oder ohne gesetzliche Regelung eine Erhebung, Speicherung und Nutzung dieser

Daten **absolut verboten** sind. Dies gilt insbesondere auch für den Anwendungsbereich des Aufenthalts- bzw. Ausländerrechts sowie für den Bereich der polizeirechtlich geregelten Gefahrenabwehr. Dabei muss aber darauf hingewiesen werden, dass die Bereiche der Strafverfolgung und der Gefahrenabwehr – im Widerspruch zum Zweckbindungsgrundsatz – rechtlich nicht sauber voneinander getrennt sind: Eine ursprünglich strafprozessual legitimierte Erfassung von DNA-Daten kann dazu führen, dass die Zweitnutzung dieser Daten für präventive Zwecke, z. B. für die künftige Strafverfolgung, gerechtfertigt ist.

Gesetzlich weitgehend unregelt blieb bisher leider auch die medizinische oder sonstige **Forschung am menschlichen Genom**. Dies führte dazu, dass Rechtsicherheit für die Forschenden nur erreicht werden kann, wenn jeweils eine explizite individuelle Einwilligung vorliegt.

4 Bisherige Rechtsprechung zur DNA-Forensik

Die bisherige Rechtspraxis führte zwar zu einigen höchstrichterlichen Entscheidungen zur Nutzung von Genanalysen, auch im Strafverfahren. Diese Entscheidungen haben jedoch nur eine begrenzte Aussagekraft für die nötige verfassungsrechtliche Bewertung der anstehenden Gesetzesinitiativen im Bereich der DNA-Forensik. In den Jahren 2000/2001 hatte das BVerfG mehrfach über die **Zulässigkeit der genetischen Identifizierung** im Strafverfahren zu entscheiden.¹ Dabei stellte das Gericht klar, dass die nicht-codierende DNA-Identifizierung nicht in den verfassungsrechtlich absolut geschützten Kernbereich der Persönlichkeit eingreift. Das Gericht ließ es aber offen, dass etwas anderes bei Rückschlüssen auf persönlichkeitsrelevante Merkmale wie Charaktereigenschaften und Krankheiten gilt, oder wenn auf der Grundlage der genetischen Analyse ein Persönlichkeitsprofil erstellt wird.

Dessen ungeachtet stellte das BVerfG **Anforderungen**, nämlich dass angesichts der Sensitivität der Ergebnisse von Genanalysen und des spezifischen hoheitlichen Eingriffscharakters strafrechtlicher Ermittlungen die genetische Identifikation nur zur Aufklärung von „*Straftaten mit erheblicher Bedeutung*“ zulässig ist, also bei „mittlerer Kriminalität“, nicht aber bei sog. Bagatell-Kriminalität. Weiterhin verbietet das BVerfG eine pauschale Bewertung und verlangt, dass in jedem Einzelfall eine umfassende Abwägung aller relevanten Aspekte zu erfolgen hat, wozu u. a. die jeweilige Eingriffstiefe der Maßnahme, die Schwere der aufzuklärenden Straftat sowie die Aufklärungswahrscheinlichkeit angesichts der tatsächlichen Umstände gehören. Weiterhin betont das BVerfG unter Bekräftigung des allgemeinen datenschutzrechtlichen Erforderlichkeitsgrundsatzes hinsichtlich einer Speicherung der Daten das Resozialisierungsinteresse von verurteilten Straftätern. Dieses zwingt dazu, bei der Speicherung der DNA-Daten bestimmte angemessene Tilgungsfristen zu beachten. Hinsichtlich der Anforderungen an die Eingriffsnorm bekräftigt das BVerfG seine allgemeine Rechtsprechung, wonach die gesetzliche Regelung normenklar und justizierbar sein muss.

Jenseits des Strafrechts hatte das BVerfG Veranlassung, sich zu Fragen der genetisch festzustellenden biologischen Verwandtschaft zu äußern. Dabei stellte es fest, dass ein Vater keinen verfassungsrechtlich begründeten Anspruch auf **Vaterschafts-**

feststellung hat.² Der rechtliche Vater hat Anspruch auf Kenntnis der biologischen Abstammung seines Kindes,³ nicht aber auf Auskunft der Mutter über den biologischen Vater.⁴ Keine Aussagen des BVerfG oder auch des Europäischen Gerichtshofes liegen zu der Frage vor, wie weit der genetische Kernbereichsschutz geht und welche Abwägungsaspekte in welcher Weise zu gewichten sind.

Aus der **bisherigen verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung** ergibt sich, dass bei jeder personenbezogenen forensischen DNA-Analyse eine Einzelfallprüfung vorgenommen werden muss. Dabei ist die absolute Schranke des Würdeschutzes (Art. 1 Abs. 1 GG) bzw. des Kernbereichsschutzes zu berücksichtigen. Die Erstellung allgemeiner oder spezifischer Persönlichkeitsbilder ist unzulässig. Jenseits dieser absoluten Verbote bedarf es einer umfassenden Abwägung unter Hinzuziehung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit.

Die erlaubenden **Normen** müssen normenklar und bestimmt sein und verfahrensrechtliche sowie technisch-organisatorische Schutzvorkehrungen enthalten, die insbesondere die informationelle bzw. genetische Selbstbestimmung sowie die Möglichkeit des individuellen Rechtsschutzes sicherstellen. Hinsichtlich der genetischen Selbstbestimmung ist zu beachten, dass sich diese nicht nur auf das Wissen, sondern auch auf das Nichtwissen bezieht. Die genaue verfassungsrechtliche Ausgestaltung dieses Rechts auf Nichtwissen ist aber bisher verfassungsgerichtlich noch nicht näher geklärt.

5 Bewertung der Gesetzgebungsvorschläge

Entwurf der Bundesregierung

Der Gesetzentwurf der Bundesregierung (BT-Drs. 18/11277) sieht in § 81e StPO vor, dass die genetische Analyse auf Identität, Abstammung und Geschlecht vorgenommen werden darf und sich nicht nur auf Spurenmaterial, sondern generell auf „Material“ beziehen kann. In § 81h StPO soll bei genetischen Reihenuntersuchungen nicht nur die Identifizierung des Spurenlegers möglich sein, sondern auch die „**von Verwandten in gerader Linie oder in der Seitenlinie bis zum dritten Grad**“. Erfasst werden also auch Urgroßeltern und Urenkel, in der Seitenlinie auch halbbrüderliche Geschwister sowie deren Kinder (Nichten, Neffen). Bei der vorab nötigen Einholung der Einwilligung sind die Betroffenen darauf hinzuweisen, dass das Ergebnis des Abgleichs auch zu Lasten ihrer Verwandten verwendet werden darf.

Es dürfte eindeutig sein, dass die vorgesehene Erweiterung keinen Eingriff in den Kernbereich darstellt und absolute Verbote nicht tangiert werden. Wohl aber gibt es eine umfassende Rechtsprechung, dass unverdächtige Personen grds. nicht in Ermittlungsmaßnahmen hineingezogen werden dürfen, wenn sie hierfür keine Veranlassung gegeben haben. Es bedarf für Ermittlungsmaßnahmen eines konkreten Verdachtes. Tatsächlich wird im Gesetzentwurf eine **Maßnahme der Verdachtsgewinnung** erlaubt gegenüber Personen, für deren Beteiligung an einer konkreten Tat es zunächst keinerlei Hinweise gibt. Der Umstand, dass jemand in die Testung seiner DNA eingewilligt hat, rechtfertigt nicht eine Testung in Bezug auf seine Verwandten.

Die biologische Verwandtschaft ist ein klassischer Zufallsfund, der technisch nur schwer ausgeschlossen werden kann.

Anknüpfungspunkt für die Verdachtsgenerierung ist kein äußerer Umstand, sondern die genetische Ähnlichkeit. Ob dies gerechtfertigt werden kann, ist angesichts der spezifischen Merkmale genetischer Daten fragwürdig. Dies gilt umso mehr, je entfernter die biologische Verwandtschaft ist. Die Begrenzung auf die Verwandtschaft dritten Grades wird weniger von rechtlichen **Verhältnismäßigkeitserwägungen** bestimmt als von den praktischen Erkenntnismöglichkeiten.

Entwürfe der Länder Baden-Württemberg und Bayern

Die Gesetzesinitiativen der Länder Baden-Württemberg (BR-Drs. 117/17) und Bayern (BR-Drs. 117/1/17) sehen folgende Ergänzung von § 81e Abs. 2 StPO vor: „Ist unbekannt, von welcher Person das Spurenmaterial stammt, dürfen auch **Feststellungen über das Geschlecht, die Augen-, Haar- und Hautfarbe, das biologische Alter** (sowie die biogeografische Herkunft) der Person getroffen werden. Feststellungen über andere (als die in Satz 2 bezeichneten) Tatsachen dürfen nicht erfolgen; hierauf gerichtete Untersuchungen sind unzulässig.“ Während im Baden-Württemberg-Entwurf auf Intervention des grünen Koalitionspartners auf die Analyse der „biogeografischen Herkunft“ verzichtet wird, ist diese Untersuchung im Bayern-Entwurf eingeschlossen.

Begründet wird der Gesetzentwurf von Baden-Württemberg wie folgt: „Diese äußerlich sichtbaren Körpermerkmale (Augenfarbe, Haarfarbe, Hautfarbe sowie biologisches Alter) können nach den **wissenschaftlichen Erkenntnissen** durch Untersuchungen genetischer Informationen mit der im Folgenden jeweils angegebenen Vorhersagegenauigkeit bestimmt werden: Augenfarbe blau oder braun: 90-95%, Haarfarben rot, blond, braun oder schwarz: 75-90%, Hautfarbe: helle und dunkle Hauttypen: 98%. ... Die Vorhersagegenauigkeit in Bezug auf das biologische Alter einer Person liegt bei +/- 3 bis 5 Jahren. Im Einzelfall sind Abweichungen bis zu zehn Jahren möglich.“ Bayern begründet seine Ergänzung wie folgt: „Nach Auskunft der Gemeinsamen Kommission der rechtsmedizinischen und kriminaltechnischen Institute liegen darüber hinaus aussagekräftige DNA-Tests vor, die ermöglichen, aus kleinsten DNA-Mengen die kontinentale Herkunft einer Person mit einer Wahrscheinlichkeit von über 99,9 Prozent zu bestimmen“.

Gemäß den Entwürfen bestünden **keine verfassungsrechtlichen Bedenken** gegen die geplante Ausweitung der Untersuchungsmöglichkeiten. Der Kernbereich der Persönlichkeit sei nicht betroffen. Die Merkmale seien ja äußerlich ohnehin erkennbar.

Die Vorschläge können im Rahmen der vorliegenden knappen Darstellung nicht umfassend verfassungs- und datenschutzrechtlich bewertet werden. Doch genügt schon eine allgemeine Analyse für die Feststellung, dass beide Entwürfe **unzweifelhaft verfassungswidrig** sind: Es gibt im Strafverfahren keine Wahrheitssuche um jeden Preis. Vielmehr müssen die gesellschaftlichen und verfassungsrechtlichen Werte berücksichtigt und im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung gewichtet werden.

Die Problematik der Gesetzentwürfe beginnt schon damit, dass diese von **falschen Fakten** ausgehen. Die angegebenen Prognosesicherheiten sind teilweise falsch und teilweise grob verzerrend: Es trifft zwar zu, dass bei wenigen Menschen mit eindeutigen genetischen Markern mit großer Wahrscheinlichkeit auf äußerliche Eigenschaften

ten geschlossen werden kann. In der ganz überwiegenden Zahl der Menschen sind aber selbst so einfache Eigenschaften wie die Augen- oder Hautfarbe genetisch erheblich komplexer angelegt und deshalb (derzeit) nur mit einer erheblich geringeren Wahrscheinlichkeit bestimmbar. Dies gilt erst recht für die (bio-) geografische Herkunft. Eine hohe Wahrscheinlichkeit kann nur bei selten vertretenen Merkmalen erreicht werden (in Deutschland z. B. schwarze Hautfarbe), nicht bei weit verbreiteten Merkmalen (z. B. weiße Hautfarbe). Dieser Umstand führt dazu, dass der Methode der phänotypisierenden DNA-Analyse systembedingt ein hohes Diskriminierungsrisiko in Bezug auf Personengruppen mit seltenen Merkmalen innewohnt.

Erlangte Wahrscheinlichkeiten bewegen sich daher in den meisten Fällen unter 50%. Die **Geeignetheit der Maßnahme** wird dadurch weiter reduziert, dass äußere Merkmale gezielt manipuliert werden können (z. B. Färben von Haaren, farbige Kontaktlinsen). Wenn eine Eignung für die Ermittlung besteht, dann zumeist nur ermittlungstern. Die öffentliche Kommunikation genetisch abgeleiteter wahrscheinlicher Tätermerkmale zu Fahndungszwecken birgt die Gefahr falscher Hinweise und damit Fehlansicht von Hinweisen sowie die Gefahr einer gesellschaftlichen Diskriminierung von seltenen Merkmalsträgern. Wahrscheinlichkeiten lassen sich nicht öffentlich kommunizieren. Angaben zum biologischen Alter oder zur sog. biogeografischen Herkunft sind oft nicht äußerlich erkennbar. Hinsichtlich der biogeografischen Herkunft besteht ein hohes Diskriminierungsrisiko. Das bestehende verfassungsrechtliche Diskriminierungsverbot wird von den Gesetzentwürfen nicht erwähnt, geschweige denn gewichtet.

Die Gesetzesbegründungen beschränken sich auf die – inhaltlich nicht näher erläuterte – Behauptung, der **Kernbereich privater Lebensgestaltung** werde nicht tangiert. Tatsächlich sind die Grenzen des unantastbaren Kernbereichs im Bereich der Genanalyse noch nicht ansatzweise wissenschaftlich erörtert geschweige denn durch die höchstrichterliche Rechtsprechung präzisiert. Die Frage einer unantastbaren persönlichen Sphäre hängt von bestehenden gesellschaftlichen Werten sowie von technischen Möglichkeiten ab. Dabei müssen die sich rasant entwickelnden biotechnologischen Erkenntnismöglichkeiten berücksichtigt werden.

Die Entwürfe ignorieren, dass außerhalb des Kernbereichsschutzes eine verfassungsrechtliche **Verhältnismäßigkeitsprüfung** notwendig ist. Die Entwürfe zeichnen sich dadurch aus, dass sie sämtliche europa- und verfassungsrechtlichen Anforderungen an qualifizierte Grundrechtseingriffe ausblenden. So wird entgegen der Rechtsprechung des BVerfG keine Begrenzung auf Straftaten mit einer bestimmten Schwere vorgenommen. Verfahrensrechtliche Vorkehrungen sind nicht vorgesehen. Auch sonstige Abwägungsparameter werden weder gesetzlich noch in der Begründung eingeführt.

Eine vertiefte verfassungsrechtliche Prüfung der Vorschläge ist hier nicht nötig, da die konkreten Vorschläge kurzfristig keine Realisierungschancen haben dürften. Erforderlich ist aber wohl eine umfassende Diskussion über die **verfassungsrechtlichen Möglichkeiten und Grenzen der genetischen Phänotypisierung**. Die Gesetzesinitiativen werden voraussichtlich in der 18. Legislaturperiode nicht mehr umgesetzt werden, was auch den Initiatoren von Anfang an bewusst gewesen sein dürfte. Die Initiativen sind erkennbar darauf ausgerichtet, im Bundestagswahlkampf zur Wählerwer-

bung genutzt zu werden. Sie haben eine politisch-ideologische Funktion, in der öffentlichen Debatte Sicherheitsinteressen über Interessen des Persönlichkeitsschutzes und der Bürgerrechte zu stellen. Ihnen kommt zugleich eine Türöffner-Funktion für Initiativen in der 19. Legislaturperiode zu. Mit den Initiativen wird sondiert, welche gesellschaftlichen und rechtlichen Widerstände gegen solche Vorschläge entstehen können und welche gesellschaftliche Akzeptanz diese finden.

6 Kriterien für einen erweiterten DNA-Einsatz in der Forensik

Die technische Entwicklung im Bereich der Genanalyse wird in absehbarer Zeit weiter voranschreiten. Sowenig es im Strafverfahren keine Wahrheitssuche um jeden Preis geben darf, so wenig können neue Ermittlungsmöglichkeiten tabuisiert werden. Ihr potenzieller Einsatz und die Bedingungen hierbei müssen erörtert werden. Es bedarf eines umfassenden **wissenschaftlichen interdisziplinären Diskurses**, der mit der Veranstaltung in Freiburg am 09.06.2017 begonnen wurde. In der Diskussion geht es um Fragen, zu denen Juristen nur einen begrenzten Beitrag leisten können: die biotechnologische Geeignetheit der wissenschaftlichen Methoden der phänotypischen Genanalysen für strafrechtliche Ermittlungen und die gesellschaftlichen Konsequenzen des Einsatzes solche Methoden.

Aus (datenschutz-)rechtlicher Sicht können aber folgende Aspekte schon heute als weitgehend gesichert gelten:

- Die phänotypische DNA-Analyse muss sich auf die Aufklärung besonders **schwerer Straftaten** beschränken und darf in keinem Fall zu einer Standardmaßnahme werden.
- Im Interesse des Kernbereichsschutzes darf sich die Analyse nicht auf Merkmale **psychischer/seelischer Dispositionen** beziehen.
- Im Interesse eines wirksamen Diskriminierungsschutzes sowie eines überwiegenden Grundrechtsschutzes sind **diskriminierungsgeeignete Merkmale** (Ethnie, Herkunft, sexuelle Ausrichtung, Gesundheitsdisposition) auszuschließen.
- Durch **verfahrensrechtliche Vorkehrungen** muss gewährleistet werden, dass sowohl die Anordnung wie auch die Überprüfung der Umsetzung durch unabhängige Instanzen erfolgt (Richtervorbehalt, effektive Kontrolle durch Datenschutzaufsichtsbehörden).
- Es bedarf einer Überprüfung und **Standardisierung** der eingesetzten Verfahren und Methoden.
- Die konkret zur Analyse verwendeten Verfahren sowie die diese durchführenden Einrichtungen müssen eine **Zertifizierung** durchlaufen haben, wodurch hinsichtlich der Umsetzung und der Dokumentation Wissenschaftlichkeit, Professionalität und Nachprüfbarkeit sichergestellt werden soll.
- Bei der Regulierung ist zu unterscheiden hinsichtlich der **Herkunft des Materials**, z. B. nach DNA aus Spuren, von Beschuldigten, von Dritten, aus Massenscreenings.

- Hinsichtlich der **Nutzung der Analyseergebnisse** ist zu differenzieren zwischen datenbankinternen Auswertungen, ermittlungsinthener Kommunikation und Öffentlichkeitshandung.
- Hinsichtlich der **Speicherung** ist zu unterscheiden zwischen der sofortigen Löschung nach Relevanzausschluss, tatbezogener Verwendung, übergreifender Verwendung und langfristiger Speicherung mit Abgleichs- und Übermittlungsmöglichkeiten.

DR. THILO WEICHERT Jahrgang 1955, studierte Rechts- und Politikwissenschaften und promovierte mit einer Arbeit zum Datenschutz im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren. Er gehörte von 1984 bis 1986 dem Landtag von Baden-Württemberg an, danach war er als Rechtsanwalt und Berater und ab 1992 als Referent beim niedersächsischen Datenschutzbeauftragten tätig. 1998 wechselte er nach Schleswig-Holstein, wo er von 2004 bis 2015 Datenschutzbeauftragter des Landes war. Er ist Mitglied des Netzwerks Datenschutzexpertise: www.netzwerk-datenschutzexpertise.de.

Anmerkungen:

- 1 BVerfG, B. v. 14.12.2000, 2 BvR 1741/99, NJW 2001, 879; BVerfG, B. v. 13.03.2001, 2 BvR 1841/00 u. a., NJW 2001, 2320.
- 2 BVerfG B. v. 11.01.2017, 1 BvR 2322/16; U. v. 19.04.2016, 1 BvR 3309/13.
- 3 BVerfG U. v. 13.02.2007, 1 BvR 421/05.
- 4 BVerfG B. v. 24.02.2015, 1 BvR 472/14.