

Rechtliche Möglichkeiten und Grenzen der Ausweitung von DNA-Analysen im Strafverfahren*

Von Prof. Dr. Mark A. Zöller und Ref. iur. Diana Thörnich, Trier

Aktuelle, mit hohem Medieninteresse begleitete Kriminalfälle im Raum Freiburg aus dem Herbst 2016 haben die Frage aufgeworfen, ob insbesondere die strafprozessualen Regelungen zur Durchführung molekulargenetischer Untersuchungen in laufenden Strafverfahren nach den §§ 81e, 81f StPO noch zeitgemäß sind. Seit der erstmaligen Einführung dieser Normen im Jahr 1997 hat die forensische Molekulargenetik unbestreitbar erhebliche Fortschritte gemacht. Vor diesem Hintergrund zielen aktuelle Gesetzesinitiativen der Bundesländer Baden-Württemberg, Bayern und Rheinland-Pfalz im Bundesrat darauf ab, den bislang stark begrenzten Katalog durch DNA-Analyse zu erlangender Informationen auf Feststellungen zu äußerlich erkennbaren Merkmalen bzw. der biogeographischen Herkunft von Spurenlegern zu erweitern. Der vorliegende Beitrag stellt diese aktuellen Reformvorschläge vor, ordnet sie verfassungs- und menschenrechtlich ein und entwickelt Leitlinien für die weitere rechtspolitische Diskussion.

I. Vorbemerkungen

Das Instrument der DNA-Analyse¹, das in der Strafprozessordnung (StPO) als „molekulargenetische Untersuchung“ bezeichnet wird, bedeutet nüchtern betrachtet nicht mehr und nicht weniger als eine Aussage über die statistische Wahrscheinlichkeit einer konkreten Spurenverursachung.² Sie

* Der Beitrag beruht auf dem Text eines Vortrags, den der Verfasser Zöller im Rahmen eines vom Ministerium der Justiz Rheinland-Pfalz veranstalteten, interdisziplinären Symposium zum Thema „Das genetische Foto – Was kann, was darf die genetische Forensik“ am 8.5.2017 an der Mainzer Akademie der Wissenschaften gehalten hat.

¹ DNA steht für deoxyribonucleic acid = Desoxyribonukleinsäure. Zu den bei der DNA-Analyse eingesetzten Methoden siehe etwa Rogall, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG und EMRK, Bd. 1, 4. Aufl. 2014, § 81a Rn. 105 f.; Neuhaus/Artkämper, Kriminaltechnik und Beweisführung im Strafverfahren, 2014, Rn. 211 ff.; Neuhaus, in: Duttge/Geilen/Meyer-Goßner/Warda (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Ellen Schlüchter, 2002, S. 535 (544 ff.); Krause, in: Erb u.a. (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 2, 26. Aufl. 2008, § 81e Rn. 9 ff.; EUROFORGEN, in: Sense about Science (Hrsg.), Making Sense of Forensic Genetics, What can DNA tell you about crime?, 2017, S. 11 ff., abrufbar unter:

<http://senseaboutscience.org/wp-content/uploads/2017/01/making-sense-of-forensic-genetics.pdf> (27.5.2017).

² Vgl. nur Brauer, in: Gercke/Julius/Temming/Zöller (Hrsg.), Heidelberger Kommentar zur Strafprozessordnung, 5. Aufl. 2012, § 81e Rn. 4 m.w.N.; Krause (Fn. 1), § 81e Rn. 45; Schneider, Stellungnahme der Spurenkommission zu den Möglichkeiten und Grenzen der DNA-gestützten Vorhersage äußerer Körpermerkmale, der biogeographischen Herkunft

ersetzt damit weder die sorgfältige Würdigung aller Beweismomente noch die damit verbundene Überzeugungsbildung von der Täterschaft des Beschuldigten. Das wird nicht nur in der Strafrechtspraxis, sondern auch in der aktuellen rechtspolitischen Diskussion gelegentlich vergessen. Zwar hat die molekulargenetische Untersuchung durch den Fall des sog. „Phantoms von Heilbronn“³ den Nimbus des Unfehlbaren bzw. Unbestechlichen zumindest teilweise verloren, in dem infolge von verunreinigten Wattestäbchen zwischen 2007 und 2009 Fahndungsmaßnahmen wegen einer Vielzahl von Straftaten nach einer in Wirklichkeit gar nicht existierenden weiblichen Person durchgeführt wurden. Dennoch stellt sie speziell im Vergleich zum Zeugenbeweis eine überaus zuverlässige Untersuchungsmethode zur Identifizierung von Tätern dar und ist daher aus der heutigen strafrechtlichen Praxis kaum noch wegzudenken.⁴ Das Ergebnis einer solchen DNA-Analyse besitzt trotz der auch hier existierenden Fehlerquellen eine geradezu überragende Indizwirkung.⁵ Nach seinem Urteil vom 21.3.2013 erachtet es der 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs sogar revisionsrechtlich als zulässig, dass sich das Tatgericht allein auf Grund der Übereinstimmung von DNA-Identifizierungsmustern von der Täterschaft eines Angeklagten überzeugt.⁶ Infolgedessen hat diese Nachweismethode nicht nur in zahlreichen spektakulären Fällen durch den Abgleich mit asserviertem Spurenmaterial dazu beigetragen, zu Unrecht beschuldigte oder gar verurteilte Personen zu entlasten. Sie hat auch in ungezählten Fällen Täter von solchen Straftaten überführt, die ansonsten unentdeckt bzw. ungeahndet geblieben wären.

Im Oktober 2016 hat die molekulargenetische Untersuchung in Zusammenhang mit dem tragischen Tod einer Freiburger Medizinstudentin Schlagzeilen gemacht, obwohl hier bei genauerer Betrachtung letztlich eher traditionelle Ermittlungsmaßnahmen zum Erfolg geführt hatten. Die 19-jährige

und des Alters unbekannter Personen anhand von Tatortspuren im Rahmen polizeilicher Ermittlungen vom 14.12.2016, S. 1, abrufbar unter:

http://www.gednap.org/wp-content/uploads/2016/12/ Stellungnahme_DNA-Vorhersage_Spurenkommission_2016-12-141.pdf (27.5.2017).

³ Dazu im Zusammenhang mit den Gefahren und Risiken der DNA-Analyse Neuhaus, StraFo 2010, 344 (345 f.); de Vries, Kriminalistik 2013, 680; zu Gefahren des Forensic DNA-Phenotyping auch Beck, KriPoZ 2017, 160 (162 f.).

⁴ Senge, in: Hannich (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 7. Aufl. 2013, § 81e Rn. 1; Krause (Fn. 1), § 81e Rn. 1, 44; Lorenz, JZ 2015, 1121.

⁵ Bosch, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), Strafprozessordnung, Kommentar, 2. Aufl. 2016, § 81e Rn. 4.

⁶ BGHSt 58, 212 (213) = NStZ 2013, 420 (421 f.): vgl. auch BGH NStZ 2009, 285 f. m. zust. Anm. Baur/Fimmers/Schreiner, StV 2010, 175; krit. Neuhaus, StV 2010, 344; siehe auch Senge (Fn. 4), § 81e Rn. 1 m.w.N.

Maria L. war nach einer Studentenparty auf ihrem Heimweg vergewaltigt und getötet worden. Unter anderem durch ein am Tatort gefundenes schwarzes Haar, das teilweise blond eingefärbt war, gelangte man durch den Abgleich mit dem Überwachungsvideo einer Straßenbahn auf die Spur eines jungen Mannes aus Afghanistan. Zuvor hatten die Ermittler die an der Leiche und an dem Fahrrad der jungen Frau gefundenen und sichergestellten Körperspuren molekulargenetisch untersucht. Der Abgleich mit der beim Bundeskriminalamt geführten DNA-Analysedatei war jedoch ohne Treffer geblieben. Auch die Untersuchung der DNA von etwa 100 Studenten, die sich freiwillig zu einer DNA-Analyse bereit erklärt hatten, nachdem Suchhunde die Polizei in ihren Hörsaal an der Uni Freiburg geführt hatten, blieb erfolglos. Dann aber stimmten die sichergestellten DNA-Spuren mit der DNA des afghanischen Flüchtlings überein. Darüber hinaus konnten die Gutachter auch feststellen, dass das tatsächliche Alter des Tatverdächtigen nicht den von ihm selbst angegebenen 17 Jahren entsprach, sondern er mindestens 22 Jahre alt war. Damit hatte sich auch die Frage nach der Anwendbarkeit des Jugendstrafrechts (vgl. § 1 JGG) erledigt.

Wenige Wochen nach dem Mordfall von Freiburg wurde im November 2016 eine 27-jährige Joggerin aus dem nahe gelegenen Edingen Opfer eines Kapital- und Sexualdelikts. Allerdings gab es hier nur eine sehr geringe Menge an DNA-Spuren, die noch dazu von schlechter Qualität waren. Immerhin konnte mit hoher Wahrscheinlichkeit festgestellt werden, dass die untersuchten Körperspuren von einem Täter stammen, der bereits im Jahr 2014 im österreichischen Kufstein eine französische Studentin vergewaltigt und getötet hatte. Erst mit Hilfe weiterer Spuren, u.a. durch die Auswertung österreichischer Mautdaten, konnte der mutmaßliche Täter, ein 40-jähriger Fernfahrer mit rumänischer Staatsangehörigkeit, ermittelt werden.

Diese beiden aktuellen Fälle lassen auch die natürlichen Grenzen der molekulargenetischen Untersuchung nach geltendem Strafprozessrecht erkennen. Wenn sich das festgestellte DNA-Identifikationsmuster nicht bereits in der DNA-Analysedatei befindet und ein Abgleich somit ohne Treffer bleibt, führt die Analyse des sichergestellten Spurenmaterials ermittlungstaktisch zunächst nicht weiter. Insofern scheint es sich geradezu aufzudrängen, die Fortschritte der forensischen Molekulargenetik aus den letzten Jahren⁷ aufzugreifen und den Weg dafür zu bereiten, molekulargenetische Untersuchungen auch zur Bestimmung äußerlich erkennbarer Merkmale eines Spurenlegers einzusetzen.

II. Historische Entwicklung der §§ 81e, 81f StPO

Will man den rechtlichen Spielraum für ein solches Unterfangen näher bestimmen, empfiehlt sich zunächst ein Blick auf die historische Entwicklung der DNA-Analyse im deutschen Strafprozessrecht. Explizite Rechtsgrundlagen sind erstmals im Jahr 1997 in die StPO aufgenommen worden.

⁷ Für einen allgemeinverständlichen Überblick zu den Grundlagen, Fortschritten und aktuellen Möglichkeiten der forensischen Molekulargenetik siehe etwa die von *EUROFORGEN* (Fn. 1) erarbeiteten Informationen.

Allerdings reicht die diesbezügliche Rechtsprechung zeitlich noch deutlich weiter zurück.

1. Die Rechtsprechung vor Einführung des § 81e StPO

Bereits im Jahr 1988 hatte das LG Berlin in einem Verfahren wegen Vergewaltigung und Mordes die Entnahme einer Blutprobe beim Beschuldigten und die sich daran anschließende Analyse der nicht codierenden Sequenzen der DNA auf der Grundlage von § 81a StPO angeordnet. Im Unterschied zu den sog. codierenden Bereichen der DNA, die die Information für ein bestimmtes Protein codieren und als Gene bezeichnet werden, sind nicht codierende Bereiche diejenigen Teile der DNA, die keine genetisch codierenden (Erb-) Informationen enthalten.⁸ Das Gericht hatte auch mit Blick auf den Schutz der Menschenwürdegarantie, des allgemeinen Persönlichkeitsrechts bzw. des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung als dessen spezielle Ausprägung keine durchgreifenden Bedenken gegen die Zulässigkeit einer diesbezüglichen DNA-Vergleichsanalyse als Beweismittel im Strafverfahren.⁹ Nur zwei Jahre später, im Jahr 1990, sah auch der Bundesgerichtshof in einem Mordfall die Anforderungen des Volkszählungsurteils des Bundesverfassungsgerichts vom 15.12.1983¹⁰ bei einer gentechnischen Untersuchung des nicht codierenden Bereichs der DNA als erfüllt an.¹¹ Und schließlich bestätigte auch das Bundesverfassungsgericht in einem Nichtannahmebeschluss aus dem Jahr 1996 die vorherrschende Einschätzung, dass keine verfassungs-

⁸ *Rogall* (Fn. 1), § 81a Rn. 103; *Neuhaus/Artkämper* (Fn. 1), Rn. 197; *Krause* (Fn. 1), § 81e Rn. 7; zu rechtsmedizinischen Grundlagen der DNA-Analyse anschaulich *Beck*, *KriPoZ* 2017, 160 (161).

⁹ LG Berlin NJW 1989, 787 (788). Das LG Berlin wies darauf hin, dass jedenfalls zurzeit nicht entgegenstehe, dass allein die theoretische Möglichkeit, dass in unbestimmter Zeit aus der DNA-Analyse weitergehende Erkenntnisse gewonnen werden könnten, sowie dass die Untersuchungsmethode überhaupt ein vages Unbehagen erwecke, weil sie am genetischen Kern des Menschen und damit sozusagen an seinen innersten Schichten anknüpfe.

¹⁰ Vgl. BVerfGE 65, 1 (41 ff.).

¹¹ BGHSt 37, 157 (158 f.). Zugleich betont die Rechtsprechung aber, dass die DNA-Analyse lediglich eine statistische Aussage enthalte, ihr Ergebnis stets kritisch, auch unter Einbeziehung der weiteren Beweismittel und Indizien zu würdigen sei; vgl. BGHSt 38, 320 (322). In BGH NJW 2009, 1159 heißt es: „Jedenfalls bei einem Seltenheitswert im Millionenbereich kann wegen der inzwischen erreichten Standardisierung der molekulargenetischen Untersuchung das Ergebnis der DNA-Analyse für die Überzeugungsbildung des Tatrichters dahin, dass die am Tatort gesicherte DNA-Spur vom Angekl. herrührt, ausreichen, wenn die Berechnungsgrundlage den von der Rechtsprechung des *BGH* (vgl. BGHSt 38, 320, [322 ff.] [...]) aufgestellten Anforderungen entspricht. Davon unabhängig hat das Tatgericht die Frage zu beurteilen, ob zwischen der DNA-Spur und der Tat ein Zusammenhang besteht.“; näher zu den Begründungsanforderungen *de Vries*, *Kriminalistik* 2013, 680.

rechtlichen Bedenken dagegen bestünden, eine aufgrund einer Anordnung gem. § 81a StPO oder auf freiwilliger Basis erlangte Blutprobe eines Beschuldigten im nicht codierenden Bereich der DNA einer Analyse zu unterziehen.¹² Zur Begründung stellte es auf die Bedürfnisse einer wirksamen Strafverfolgung ab und sah im öffentlichen Interesse an einer möglichst umfassenden Wahrheitsermittlung im Strafverfahren ein legitimes Interesse, das den Eingriff in Grundrechte des Beschuldigten zu rechtfertigen vermag. Nach dem damaligen wissenschaftlichen Kenntnisstand, also Mitte der 1990er Jahre, war nicht ersichtlich, dass durch eine Untersuchung des nicht codierenden Bereichs der DNA-Moleküle in menschlichen Zellkernen Persönlichkeitsmerkmale offenbart werden können. Infolgedessen sahen die Karlsruher Richter den der öffentlichen Gewalt schlechthin entzogenen, unantastbaren Kernbereich privater Lebensgestaltung nicht als berührt an.

Schon aus dieser, noch zu § 81a StPO ergangenen Rechtsprechung folgt auch für weitere Reformüberlegungen eine zentrale Leitlinie: das Verbot der Ausforschung von Persönlichkeitsmerkmalen, die durch den Kernbereich privater Lebensgestaltung und durch die in Art. 1 GG verankerte Menschenwürdegarantie absolut geschützt sind.

2. Einführung der §§ 81e, 81f StPO im Jahr 1997

Durch das Strafverfahrensänderungsgesetz vom 17.3.1997¹³ hat der Gesetzgeber mit den §§ 81e, 81f StPO dann doch noch die von Teilen des Schrifttums zu Recht geforderte, spezialgesetzliche Ermächtigungsgrundlage für die molekulargenetische Untersuchung in der StPO geschaffen. Nach § 81e Abs. 1 S. 1 StPO dürfen seitdem molekulargenetische Untersuchungen an auf Grundlage des § 81a StPO, d.h. durch körperliche Untersuchung des Beschuldigten, erlangtem Material durchgeführt werden, soweit sie entweder zur Feststellung der Abstammung oder der Tatsache, ob aufgefundenes Spurenmaterial von dem Beschuldigten oder dem Verletzten stammt, erforderlich sind. Satz 2 erklärt solche Untersuchungen auch an dem von Dritten, d.h. regelmäßig den Tatopfern, erlangten Material für zulässig. Und nach § 81e Abs. 2 StPO dürfen solche Untersuchungen auch an aufgefundenem, sichergestelltem oder beschlagnahmtem Spurenmaterial (z.B. Blut- und Spermaspuren, Zigarettenkippen oder Taschentücher am Tatort) durchgeführt werden. Anders als bei der DNA-Identitätsfeststellung nach § 81g StPO, der die DNA-Analyse zur Identitätsfeststellung in künftigen Strafverfahren erlaubt, und der sog. DNA-Reihenuntersuchung gem. § 81h StPO, die jeweils nur bei bestimmten Straftaten, insbesondere solchen gegen die sexuelle Selbstbestimmung zulässig sind, enthält die molekulargenetische

Untersuchung nach § 81e StPO keine derartige Einschränkung. Sie lässt auch das Vorliegen eines einfachen Anfangsverdachts genügen.¹⁴ Und auch auf eine nähere Eingrenzung des Untersuchungsgegenstands auf die codierenden bzw. nicht codierenden Bereiche der DNA hat der Gesetzgeber verzichtet, „um das Spektrum molekulargenetischer Untersuchungen nicht einzuengen und der wissenschaftlichen Weiterentwicklung der Untersuchungsmethode ausreichend Rechnung zu tragen“.¹⁵ Auch nicht codierende Abschnitte des menschlichen Genoms seien Persönlichkeitsmerkmale. Sie könnten im flankierenden Bereich eines Gens lokalisiert sein und aufgrund enger Koppelung evtl. Wahrscheinlichkeitsrückschlüsse auf bestimmte Merkmale zulassen. Allerdings erklärt § 81e Abs. 1 S. 3 StPO Feststellungen über andere als die in Satz 1 bezeichneten Tatsachen und hierauf gerichtete Untersuchungen für unzulässig. Hierdurch soll die Ausforschung schutzbedürftiger genetischer Anlagen und Persönlichkeitsmerkmale (psychische, charakterbezogene und krankheitsbezogene) ausgeschlossen werden.¹⁶

Durch die den § 81e StPO flankierende Regelung des § 81f StPO wurden schließlich auch verfahrensrechtliche Sicherungen eingeführt. Insbesondere enthält die Vorschrift (in ihrer heutigen Fassung)¹⁷ einen Richtervorbehalt für Un-

¹⁴ Dem lag die Erwägung zugrunde, dass gerade die Möglichkeit, einen Beschuldigten mithilfe molekulargenetischer Untersuchungen auszuschließen, es sachgerecht erscheinen lässt, diese Methode in einem frühen Ermittlungsstadium anzuwenden, um auf möglicherweise intensivere Eingriffe verzichten zu können; vgl. BT-Drs. 13/667, S. 6 f.; Krause (Fn. 1), § 81e Rn. 26; Trüch, in: Knauer/Kudlich/Schneider (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 1, 2014, § 81e Rn. 81.

¹⁵ BT-Drs. 13/667, S. 6. Nach Ansicht der Bundesregierung berücksichtige eine Unterscheidung von zulässigen und nichtzulässigen Untersuchungen anhand der Begriffe „kodierender“ und „nicht-kodierender“ Merkmale ohnehin nicht ausreichend die neueren wissenschaftlichen Erkenntnisse. Im Hinblick auf den Schutz des Persönlichkeitsrechts und datenschutzrechtliche Erwägungen befürwortete der Bundesrat demgegenüber weiterhin eine Unterscheidung zwischen codierenden und nicht codierenden Anteilen eines Gens, auch wenn eine scharfe Trennung wissenschaftlich nicht absolut möglich sei (BT-Drs. 13/667, S. 9). Siehe dazu auch die Gegenäußerung der Bundesregierung in BT-Drs. 13/667, S. 11, wonach auf eine Beschränkung der Untersuchung auf den nicht codierenden Bereich bewusst verzichtet werde, da das Ziel, die Ausforschung der Persönlichkeit zu unterbinden, hierdurch nicht gewährleistet werden könne. Im Ergebnis – auch nach Anhörung von Sachverständigen im Rechtsausschuss des Deutschen Bundestags – blieb es bei dem Verbot des § 81e Abs. 1 S. 3 StPO.

¹⁶ BT-Drs. 13/667, S. 6.

¹⁷ § 81f Abs. 1 S. 1 StPO in seiner ursprünglichen Fassung aus dem Jahr 1997 statuierte einen Richtervorbehalt für alle Fälle des § 81e StPO. In den Jahren 2002 bis 2005 enthielt § 81f Abs. 1 StPO einen zweiten Satz, der lautete: „Dies gilt auch dann, wenn ein Beschuldigter noch nicht ermittelt wer-

¹² BVerfG NJW 1996, 771.

¹³ BGBl. I 1997, S. 534 f. Durch dieses Gesetz wurde außerdem § 81a Abs. 3 StPO eingefügt, wonach dem Beschuldigten entnommene Blutproben oder sonstige Körperzellen nur für Zwecke des der Entnahme zugrundeliegenden oder eines anderen anhängigen Strafverfahrens verwendet werden dürfen und unverzüglich zu vernichten sind, sobald sie hierfür nicht mehr erforderlich sind.

tersuchungen nach § 81e Abs. 1 StPO, sofern nicht eine schriftliche Einwilligung des Betroffenen oder Gefahr im Verzug vorliegt.¹⁸

3. Erweiterung auf die Feststellung des Geschlechts im Jahr 2003

Schon in der Vergangenheit ist der Kreis der Tatsachen, zu deren Feststellung eine molekulargenetische Untersuchung durchgeführt werden darf, erweitert worden. So wurde durch das Gesetz zur Änderung der Vorschriften über die Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung und zur Änderung anderer Vorschriften vom 27.12.2003¹⁹ die Möglichkeit der Bestimmung des Geschlechts aufgenommen. Der Gesetzgeber ging damals davon aus, dass ein ermittlungstaktisches Interesse an der molekulargenetischen Feststellung des Geschlechts oder sonstiger äußerlich erkennbarer Merkmale des Beschuldigten oder Verletzten häufig schon deshalb nicht bestehe, weil diese regelmäßig schon bekannt seien.²⁰ Anderes gelte aber in Bezug auf aufgefundenes Spurenmaterial (§ 81e Abs. 2 StPO). Zwar sei das Geschlecht genetisch angelegt und ein personenbezogenes Merkmal, das vom Recht auf informationelle Selbstbestimmung umfasst werde. Zugleich handele es sich aber um ein regelmäßig von außen ohne weiteres erkennbares Merkmal einer Person. Seine Feststellung könne daher nicht als Ausforschung schutzbe-

den konnte.“ Damit wollte der Gesetzgeber explizit klarstellen, dass auch für die Analyse von Spurenmaterial i.S.d. § 81e Abs. 2 StPO eine richterliche Anordnung erforderlich war; vgl. BT-Drs. 14/5262, S. 1, 6, sowie das Gesetz zur Änderung der Strafprozessordnung vom 6.8.2002 (BGBl. I 2002, S. 3018). Durch das Gesetz zur Novellierung der forensischen DNA-Analyse vom 12.8.2005 (BGBl. I 2005, S. 2360) wurde der Vorbehalt für die Analyse von Spurenmaterial mit der Begründung wieder aufgehoben, dass es für den Richter im Fall der Spurenanalyse praktisch keine Entscheidungsalternative gebe, der Richtervorbehalt also nicht mit einer messbaren Erhöhung der Rechtsstaatlichkeit verbunden sei, sondern sich als zu formalistisch erwiesen habe (BT-Drs. 15/5674, S. 1, 7 f.). Auch wurde begründet, dass den Belangen des Grundrechtsträgers, von dem das Spurenmaterial stamme, schon dadurch ausreichend Rechnung getragen werde, dass eine Entnahme von Körperzellen und deren molekulargenetische Untersuchung – nach Feststellung der Spurenverursachung infolge der DNA-Analyse – auch künftig grundsätzlich unter Richtervorbehalt stehe.

¹⁸ Die Regelungen des § 81f Abs. 2 StPO stellen bestimmte Anforderungen an die zu beauftragenden Sachverständigen und das einzuhaltende Verfahren auf. So haben die Sachverständigen durch technische und organisatorische Maßnahmen zu gewährleisten, dass unzulässige molekulargenetische Untersuchungen und unbefugte Kenntnisnahme Dritter ausgeschlossen sind. Außerdem ist dem Sachverständigen das Untersuchungsmaterial anonymisiert, also ohne Mitteilung des Namens, der Anschrift und des Geburtstages und -monats des Betroffenen zu übergeben.

¹⁹ BGBl. I 2003, S. 3007, 3010.

²⁰ BT-Drs. 15/350, S. 11 f.

dürftiger genetischer Anlagen des Betroffenen oder genetisch bedingter schutzbedürftiger Persönlichkeitsmerkmale begriffen werden.²¹ Dies gelte aber nicht in gleicher Weise für die Feststellung der sonstigen äußerlich erkennbaren Merkmale eines Spurenverursachers, wie z.B. Größe, Augen- und Haarfarbe. Zum einen würden entsprechende Feststellungen auf den codierenden Bereich der Erbanlagen zugreifen. Vor allem aber konnten zum damaligen Zeitpunkt nach dem Stand der naturwissenschaftlichen Forschung gerade noch keine verlässlichen Aussagen zu äußerlich erkennbaren Merkmalen getroffen werden. Insofern wurde ausdrücklich darauf verwiesen, dass (erst) bei entsprechender Entwicklung des wissenschaftlichen Erkenntnisstandes über eine Erweiterung des § 81e StPO nachzudenken sei.²² Dieser Zeitpunkt scheint nun gekommen.

4. Aktuelle Änderungsvorschläge

Der aktuelle Gesetzentwurf der Bundesregierung für ein Gesetz zur effektiveren und praxistauglichen Gestaltung des Strafverfahrens vom 22.2.2017²³ lässt nach bisherigem Diskussionsstand auch mit Blick auf die molekulargenetische Untersuchung anstelle der einst mit großem „Medienrummel“ angekündigten, „großen Strafprozessrechtsreform“ nicht einmal ein „Reförmchen“ übrig. Faktisch ist hier nur eine redaktionelle Änderung des Gesetzeswortlauts geplant.²⁴ Eine inhaltliche Änderung des Anwendungsbereichs der strafprozessualen DNA-Analyse geht damit nicht einher. Infolgedessen hat das Land Rheinland-Pfalz im Rahmen der 950. Sitzung des Rechtsausschusses am 25.1.2017 erfolgreich einen Antrag eingebracht, wonach der Bundesrat die Bundesregierung bittet, im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens zu prüfen, ob § 81e StPO um die Zulässigkeit der Feststellung äußerlich erkennbarer Merkmale erweitert werden soll.

Fast parallel hierzu hat am 3.2.2017 das Land Baden-Württemberg, erkennbar unter dem politischen und medialen Druck der eingangs erwähnten Tötungen und Vergewaltigungen junger Frauen im Raum Freiburg, eine Änderung des

²¹ BT-Drs. 15/350, S. 12.

²² BT-Drs. 15/350, S. 12.

²³ BT-Drs. 18/11277.

²⁴ Vgl. BT-Drs. 18/11277, S. 7 f.; danach soll § 81e StPO wie folgt gefasst werden:

„(1) An dem durch Maßnahmen nach § 81a Absatz 1 oder § 81c erlangten Material dürfen mittels molekulargenetischer Untersuchung das DNA-Identifizierungsmuster, die Abstammung und das Geschlecht der Person festgestellt und diese Feststellungen mit Vergleichsmaterial abgeglichen werden, soweit dies zur Erforschung des Sachverhalts erforderlich ist. Andere Feststellungen dürfen nicht erfolgen; hierauf gerichtete Untersuchungen sind unzulässig.

(2) Nach Absatz 1 zulässige Untersuchungen dürfen auch an aufgefundenem, sichergestelltem oder beschlagnahmtem Material durchgeführt werden. Absatz 1 Satz 2 und § 81a Abs. 3 erster Halbsatz gelten entsprechend. Ist bekannt, von welcher Person das Material stammt, gilt § 81f Absatz 1 entsprechend.“

§ 81e StPO über den Bundesrat beantragt.²⁵ Hierbei handelt es sich erstmals um eine konkrete Initiative, mit der die zulässigen Feststellungsmöglichkeiten auf Augen-, Haar- und Hautfarbe sowie das biologische Alter erweitert werden sollen. Danach soll ein neu gestalteter § 81e StPO wie folgt aussehen:

„(1) An dem durch Maßnahmen nach § 81a Abs. 1 erlangten Material dürfen auch molekulargenetische Untersuchungen durchgeführt werden, soweit sie zur Feststellung der Abstammung oder der Tatsache, ob aufgefundenes Spurenmaterial von dem Beschuldigten oder dem Verletzten stammt, erforderlich sind. Untersuchungen nach Satz 1 sind auch zulässig für entsprechende Feststellungen an dem durch Maßnahmen nach § 81c erlangten Material. Feststellungen über andere als die in Satz 1 bezeichneten Tatsachen dürfen nicht erfolgen; hierauf gerichtete Untersuchungen sind unzulässig.

(2) Nach Absatz 1 zulässige Untersuchungen dürfen auch an aufgefundenem, sichergestelltem oder beschlagnahmtem Spurenmaterial durchgeführt werden. Ist unbekannt, von welcher Person das Spurenmaterial stammt, dürfen auch Feststellungen über das Geschlecht, die Augen-, Haar- und Hautfarbe sowie das biologische Alter der Person getroffen werden. Feststellungen über andere als die in Satz 2 bezeichneten Tatsachen dürfen nicht erfolgen; hierauf gerichtete Untersuchungen sind unzulässig. § 81a Abs. 3 erster Halbsatz gilt entsprechend.“

Zur Begründung beziehen sich die Entwurfsverfasser vor allem auf Studien des an der Universität Rotterdam lehrenden und forschenden forensischen Molekularbiologen Manfred Kayser, auf deren Grundlage im Wege der molekulargenetischen Untersuchung von Spurenmaterial mit hoher Wahrscheinlichkeit verlässliche Aussagen zur konkreten Augen- und Haarfarbe, zur Hautfarbe sowie zum biologischen Alter der Person getroffen werden könnten.²⁶ DNA-fähiges Spurenmaterial falle in der Praxis insbesondere bei schweren Sexual- und Gewaltstraftaten an. Insofern lässt sich kaum bestreiten, dass es für die Strafverfolgungsbehörden im Rahmen der in aller Regel sehr zeit- und personalintensiven Täterermittlungen hilfreich wäre, frühzeitig Kenntnis von den genannten Merkmalen zu haben. Auf diese Weise könnten die in einem Verfahren bestehenden Ermittlungsansätze sinnvoll gewichtet, Ermittlungsschwerpunkte gesetzt und Ermittlungshandlungen priorisiert werden. Zudem lassen sich in entsprechenden Fällen auch etwaige Eingriffsmaßnahmen gegen Unbeteiligte (z.B. sog. DNA-Reihenuntersuchungen) vermeiden.²⁷

²⁵ BR-Drs. 117/17.

²⁶ BR-Drs. 117/17, S. 2. Siehe auch *Schneider* (Fn. 2), S. 2 (zu Vorhersagen äußerer Körpermerkmale), S. 3 f. (zur biogeographischen Herkunft und dem Alter) sowie die Wahrscheinlichkeitsangaben bei *EUROFORGEN* (Fn. 1), S. 31.

²⁷ BR-Drs. 117/17, S. 2. Siehe auch *Beck*, *KriPoZ* 2017, 160 (163), die das größte Potential in der Eingrenzung des Teilnehmerkreises eines Reihentests gem. § 81h StPO sieht.

Dem baden-württembergischen Gesetzesantrag trat Bayern mit einem in der 956. Sitzung des Bundesrates am 31.3.2017 eingebrachten Antrag²⁸ bei, der den Vorschlag aus Baden-Württemberg dahingehend erweitert, dass auch Feststellungen über die biogeographische Herkunft des unbekanntes Spurenlegers getroffen werden dürfen. Aus bayerischer Sicht wäre damit die von Baden-Württemberg vorgeschlagene Formulierung des § 81e Abs. 2 StPO-E wie folgt zu fassen:

„(2) Nach Absatz 1 zulässige Untersuchungen dürfen auch an aufgefundenem, sichergestelltem oder beschlagnahmtem Spurenmaterial durchgeführt werden. Ist unbekannt, von welcher Person das Spurenmaterial stammt, dürfen auch Feststellungen über das Geschlecht, die Augen-, Haar- und Hautfarbe sowie 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. § 81a Abs. 3 erster Halbsatz gilt entsprechend.“

Zur Begründung verweist der bayerische Antrag auf aussagekräftige DNA-Tests, die es nach Auskunft der Gemeinsamen Kommission der rechtsmedizinischen und kriminaltechnischen Institute ermöglichen, aus kleinsten DNA-Mengen die kontinentale Herkunft einer Person mit einer Wahrscheinlichkeit von über 99,9 Prozent zu bestimmen.²⁹ Möglich seien darüber hinaus auch bestimmte regionalspezifische Aussagen. Insbesondere auch in Kombination mit den übrigen feststellbaren Merkmalen seien damit bereits auf Grundlage des aktuellen Stands der Wissenschaft aussagekräftige Ergebnisse zu erwarten, die den Kreis von Verdächtigen einschränken können und so zielgerichtete und effektive Ermittlungsmaßnahmen ermöglichen.³⁰ Die Aufnahme des Merkmals der biogeographischen Herkunft in den Katalog der feststellbaren Merkmale stelle auch kein „racial profiling“ dar. Vielmehr gehe es darum, „den Kreis möglicher Tatverdächtiger an Hand möglichst vieler Indizien so weit einzugrenzen, dass zielgerichtete Ermittlungsmaßnahmen mög-

²⁸ BR-Drs. 117/1/17.

²⁹ BR-Drs. 117/1/17, S. 2, 4 f. *Schneider* (Fn. 2), S. 3 (zur biogeographischen Herkunft); *ders.*, Diskussionsbeitrag i.R.d. Press Briefing des Science Media Center Germany am 31.3.2017 zum Thema „DNA-Profiling und die Wissenschaft: Wie weit kann die erweiterte DNA-Analyse gehen?“, S. 3 f., abrufbar unter:

https://www.sciencemediacenter.de/fileadmin/user_upload/Press_Briefing_Zubehoer/Transkript_DNA-Profiling_SMC-Press-Briefing_2017-03-21_final.pdf (27.5.2017) sowie die Wahrscheinlichkeitsangaben bei *EUROFORGEN* (Fn. 1), S. 31, mit einer Vorhersagegenauigkeit von 97-100 % für die kontinentale Herkunft einer Person aus Afrika, Eurasien (Europa, den mittleren Osten und Südasien umfassend) und Ostasien.

³⁰ BR-Drs. 117/1/17, S. 5.

lich“ seien.³¹ Darüber hinaus sieht der Erweiterungsantrag Bayerns vor, den Umfang der in der DNA-Analyse-Datei zu speichernden Daten gegenüber der bisherigen Rechtslage unverändert zu lassen. Hierzu soll § 81g Abs. 5 S. 2 Nr. 2 StPO, der die Speicherung und Verwendung der nach § 81e Abs. 2 StPO erhobenen Daten erlaubt, dahingehend präzisiert werden, dass dies nur für die nach § 81e Abs. 2 StPO „zur Feststellung des DNA-Identifizierungsmusters sowie des Geschlechts“ erhobenen Daten gilt.³² Die Notwendigkeit einer Speicherung auch der äußerlich erkennbaren Merkmale wie Augen-, Haar- und Hautfarbe und biologisches Alter sowie der biogeographischen Herkunft sei nicht erkennbar.³³

Dieser letztgenannte Restriktionswunsch hinsichtlich des § 81g Abs. 5 S. 2 Nr. 2 StPO widerspricht zumindest in der Grundtendenz einem weiteren Gesetzesantrag Bayerns, den der Freistaat ebenfalls am 21.3.2017 in den Bundesrat eingebracht hat. Mit diesem Entwurf eines Gesetzes zur Angleichung von genetischem und daktyloskopischem Fingerabdruck im Strafverfahren³⁴ soll der Bestand der DNA-Analysedatei insgesamt gerade ausgeweitet werden, indem man im geltenden § 81g StPO für Zwecke zukünftiger Strafverfahren auf rechtsstaatliche Sicherungen wie den Verdacht einer Straftat von erheblicher Bedeutung und eine entsprechende Zukunftsprognose verzichtet. Diese Gesetzesinitiative sieht bei weitgehender Missachtung anerkannter grund- und datenschutzrechtlicher Standards nach dem Motto „viel hilft viel“ auch in Bezug auf molekulargenetische Untersuchungen für laufende Strafverfahren einen Wegfall des Richtervorbehalts vor. Höchste Zeit also, sich den rechtlichen Grenzen für den Einsatz der DNA-Analyse im Strafverfahren zuzuwenden.

III. Verfassungs- und menschenrechtliche Grenzen der DNA-Analyse

1. Verfassungsrechtliche und menschenrechtliche Vorgaben

Diese Grenzen ergeben sich primär aus dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht und der Menschenwürdegarantie. Insbesondere das Recht auf informationelle Selbstbestimmung gewährleistet die Befugnis des Einzelnen, grundsätzlich selbst darüber zu entscheiden, wann und innerhalb welcher Grenzen persönliche Lebenssachverhalte offenbart werden und wie mit seinen personenbezogenen Daten verfahren wird.³⁵ Damit gewährt es Schutz gegen unbegrenzte Erhebung, Speicherung, Verwendung oder Weitergabe der auf ihn

bezogenen Daten.³⁶ Es schützt vor der Gefahr der totalen Registrierung und Katalogisierung und verhindert, dass ein umfassendes, möglicherweise auch fehlerhaftes Persönlichkeitsprofil geschaffen, gespeichert und weitergegeben wird.³⁷ Dem Einzelnen soll also eine freie, selbstbestimmte Entfaltung auch in der modernen Informationsgesellschaft möglich sein.

Eingriffe in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung sind nur im überwiegenden Allgemeininteresse und unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes im Rahmen der darin festgelegten Zwecke zulässig. Die Ermächtigungsgrundlage muss Voraussetzungen und Umfang der zulässigen Grundrechtseingriffe klar zu erkennen geben. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verlangt, dass die angeordnete Maßnahme zur Erreichung des angestrebten Zweckes geeignet und erforderlich ist und dass der mit ihr verbundene Eingriff nicht außer Verhältnis zu dem verfolgten Zweck steht.³⁸ Keinesfalls darf der unantastbare Kernbereich der Persönlichkeit angetastet werden.³⁹

Ähnliche Vorgaben folgen aus Art. 8 Abs. 1 EMRK. Dieser gewährleistet unter anderem das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens, in das gem. Art. 8 Abs. 2 EMRK nur auf gesetzlicher Grundlage und bei Notwendigkeit unter anderem für die nationale oder öffentliche Sicherheit, zur Verhütung von Straftaten oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer eingegriffen werden darf. Grundlegender Bestandteil des Rechts auf Achtung des Privatlebens ist der Schutz personenbezogener Daten einschließlich der DNA.⁴⁰ Der Eingriff in die Privatsphäre durch die Entnahme einer Zellprobe und die anschließende Erstellung eines DNA-Profiles bedarf einer hinreichend bestimmten Regelung.⁴¹ In Anlehnung an das auf Ebene des Europarats geschlossene Übereinkommen zum Schutz des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten aus dem Jahr 1981 verlangt der Europäische Gerichtshof für Menschen-

³¹ BR-Drs. 117/1/17, S. 5 f.

³² BR-Drs. 117/1/17, S. 2, 5.

³³ BR-Drs. 117/1/17, S. 5.

³⁴ BR-Drs. 231/17.

³⁵ Siehe etwa BVerfGE 65, 1 (41 f.) = BVerfG NJW 1984, 419 (421). Der Begriff der persönlichen bzw. personenbezogenen Daten oder Informationen als Schutzobjekt deckt sich mit der Legaldefinition des § 3 Abs. 1 BDSG und erfasst damit alle Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse einer bestimmten oder bestimmbarer Person; vgl. *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Kommentar, 78. Lfg., Stand: September 2016, Art. 2 Rn. 173.

³⁶ BVerfGE 65, 1 (43); 103, 21 (32 f.) = NJW 2001, 879 (880) m.w.N.

³⁷ *Di Fabio* (Fn. 35), Art. 2 Rn. 173.

³⁸ Vgl. BbgVerfG, Beschl. v. 18.9.2008 – VfGBbg 1/08, BeckRS 2008, 39395.

³⁹ Vgl. insoweit die Tagebuch-Entscheidung, BVerfGE 80, 367 (374). Demnach hängt die Zuordnung der Information zum Kernbereich privater Lebensgestaltung vom Willen des Betroffenen zur Geheimhaltung der Daten, vor allem aber davon ab, ob sie nach ihrem Inhalt höchstpersönlichen Charakter hat und in welcher Art und Intensität sie aus sich heraus die Sphäre anderer oder die Belange der Gemeinschaft berührt. Hierzu *Krehl/Kolz*, StV 2004, 447 (449).

⁴⁰ Vgl. EGMR, Urt. v. 8.12.2008 – 30562/04 30566/04 (S. und Marper v. Vereinigtes Königreich), Rn. 103 f.; *Esser*, in: Erb u.a. (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 11, 26. Aufl. 2012, Art. 8 EMRK Rn. 85. Der Begriff wird vom EGMR weit ausgelegt und umfasst – vergleichbar mit § 3 BDSG – jede Information über eine bestimmte oder bestimmbarer Person.

⁴¹ *Esser* (Fn. 40), Art. 8 EMRK Rn. 38.

rechte, dass das nationale Recht die Einhaltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes sicherstellt und geeignete Garantien zur Verhinderung von Missbrauch vorsieht. Außerdem muss das Untersuchungsmaterial so aufbewahrt werden, dass der Betroffene nicht länger identifiziert werden kann, als es die Zwecke, für die sie gespeichert sind, erfordern.⁴²

2. Konsequenzen

a) Schutzbereich und Eingriff

Vor diesem Hintergrund entspricht es der allgemeinen Auffassung, dass die Feststellung, Speicherung und Verwendung von DNA-Identifizierungsmustern als Ergebnis einer molekulargenetischen Untersuchung in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung bzw. das allgemeine Persönlichkeitsrecht eingreift,⁴³ sofern keine wirksame Einwilligung des Betroffenen vorliegt.⁴⁴ Gleiches gilt für die Feststellung des Geschlechts oder sonstiger äußerlich erkennbarer Merkmale oder gar erblich veranlagter Krankheiten. Der Betroffene wird hierdurch in seinen Möglichkeiten eingeschränkt, über ihn betreffende Informationen selbst zu bestimmen. Schließlich wohnt DNA-Analysen die besondere Gefahr inne, dass sie auch zur Erstellung von Persönlichkeitsprofilen genutzt bzw. missbraucht werden können.

b) Rechtfertigung

Die molekulargenetische Untersuchung verfolgt im Wesentlichen den Zweck, Straftaten aufzuklären bzw. die Wahrheit möglichst umfassend zu ermitteln. Das ist zweifellos ein im überwiegenden Interesse der Allgemeinheit bestehendes Anliegen, das bereits vor Einführung des § 81e StPO von der Rechtsprechung anerkannt worden war. Nach den vorgenannten Grundsätzen sind damit einhergehende Eingriffe aber jedenfalls dann nicht mehr verhältnismäßig und damit nicht zu rechtfertigen, wenn der unantastbare Kernbereich der Persönlichkeit angetastet wird. Die damit gezogene Grenze ist jedenfalls bei der Feststellung von Erbanlagen, genetischen Anomalien, Charaktereigenschaften, (Erb-)Krankheiten, Krankheitsanlagen und sonstigen psychischen, charakterbezogenen und krankheitsbezogenen Persönlichkeitsmerkmalen überschritten. Ob auch die Feststellung äußerlich erkennbarer Merkmale, wie Augen-, Haar- und Hautfarbe, oder das (ungefähre) Alter, oder die biogeographische Herkunft einer Person, die nicht zwingend nach außen hin erkennbar ist, in den Kernbereich der Persönlichkeit eingreift, ist juristisch bislang nicht abschließend geklärt. Die bisherige Rechtsprechung ist so zu verstehen, dass die DNA-Analyse dann den Kernbereich der Persönlichkeit tangiert, wenn (zu-

mindest auch) im codierenden Bereich der DNA geforscht wird und hierdurch schutzbedürftige Persönlichkeitsmerkmale analysiert werden. Allerdings muss man sehen, dass sich die Frage nach der rechtlichen Zulässigkeit einer Untersuchung auch des codierenden Bereichs der DNA auf äußerlich erkennbare Erscheinungsmerkmale im Rahmen des geltenden Strafprozessrechts bislang nicht gestellt hat.⁴⁵ Es wurde faktisch vorausgesetzt, dass es sich bei den gesetzlich zugelassenen molekulargenetischen Untersuchungsmaßnahmen nur um solche handelt, bei denen lediglich der nicht codierende Bereich untersucht wird.

Sinnvollerweise wird man aber die juristische Beurteilung der Zulässigkeit einer Erweiterung der Feststellungen nach § 81e StPO nicht entscheidend von der Beantwortung der Frage abhängig machen können, ob Anhaltspunkte für eine bestimmte Augen-, Haar- und Hautfarbe, das Alter und ggf. auch die biogeographische Herkunft durch Untersuchung des codierenden oder nicht codierenden Teils der DNA gewonnen wurden.⁴⁶ Vielmehr kann es – vorbehaltlich einer verhältnismäßigen Ausformung einer strafprozessrechtlichen Erweiterung – nur darauf ankommen, ob der mit der Informationserhebung und -verwendung verbundene, staatlich veranlasste Vorgang eine solche Intensität besitzt, dass er bereits als Eingriff in die Menschenwürdegarantie des Art. 1 GG bzw. in den unantastbaren Kernbereich der Persönlichkeit zu werten ist. Nur eine solche Sichtweise wird auch dem Willen des historischen Gesetzgebers gerecht, der bei der Einführung der §§ 81e, 81f StPO im Jahr 1997 gerade keine Beschränkung auf den nicht codierenden Bereich vorgesehen hat, weil er der wissenschaftlichen Weiterentwicklung im Bereich der Molekulargenetik Rechnung tragen wollte. Schon damals wies er in der Gesetzesbegründung darauf hin, dass auch die Analyse des nicht codierenden Bereichs sensible Informationen, etwa bestimmte Erbkrankheiten⁴⁷, offenbaren kann. Mit

⁴² EGMR, Urt. v. 8.12.2008 – 30562/04 30566/04 (S. und Marper v. Vereinigtes Königreich), Rn. 103.

⁴³ BbgVerfG, Beschl. v. 20.9.2013 – VfGBbg 75/12, BeckRS 2013, 57037 m.w.N.; BVerfGE 103, 21 (32 f.) = NJW 2001, 879 (880); *Di Fabio* (Fn. 35), Art. 2 Rn. 176; siehe auch *Schmidt-Jorzig*, DÖV 2005, 732 (743).

⁴⁴ Es ist allerdings umstritten, inwieweit der Einzelne überhaupt einwilligen kann; näher hierzu *Trück* (Fn. 14), § 81e Rn. 4.

⁴⁵ So explizit BGHSt 37, 157 (159): „Wie zu entscheiden wäre, wenn der codierende Teil der DNA untersucht und damit Informationen über die genetischen Bedingungen und Eigenheiten des Angekl. erhoben würden und festgehalten werden könnten, ist hier nicht zu erörtern.“; siehe auch *West*, Der genetische Fingerabdruck als erkennungsdienstliche Standardmaßnahme der Strafverfolgungsvorsorge und die Verwendung des genetischen Phantombildes im Strafverfahren, 2007, S. 267; *Schneider* (Fn. 29 – Diskussionsbeitrag), S. 11, dazu, dass sich die juristische Unterscheidung zwischen codierend und nicht codierend wissenschaftlich leider nicht gut reflektieren lasse.

⁴⁶ Deutlich *Rogall* (Fn. 1), § 81a Rn. 119, § 81e Rn. 5; mit zahlreichen Nachweisen *West* (Fn. 45), S. 158 ff., 267 ff.; *Beck*, KriPoZ 2017, 160 (164 ff.). Teilweise wird auch vertreten, dass bereits nach heutiger Gesetzeslage eine Analyse codierender DNA-Abschnitte zulässig ist, so *Krause* (Fn. 1), § 81e Rn. 25; *Altendorfer*, Rechtsprobleme der DNA-Analyse im Strafverfahren, 2001, S. 104 ff., 147.

⁴⁷ Z.B. die myotone Dystrophie, eine vererbte Muskelkrankung, Trisomie 21 (hierzu *Altendorfer* [Fn. 46], S. 105, 150) oder das Klinefelter-Syndrom (hierzu *West* [Fn. 45], S. 51 f.). Zu Studien, die belegen, dass die Differenzierung

der Feststellung von Augen-, Haar- und Hautfarbe oder Alter wird aber kein den inneren Kern des Menschen offenbarendes Persönlichkeitsprofil erstellt. Hierbei handelt es sich vielmehr um Merkmale, die ohnehin äußerlich für jedermann erkennbar sind. Die Menschenwürdegarantie des Grundgesetzes steht somit einer Erweiterung des § 81e StPO um diesbezügliche Feststellungen nicht grundsätzlich entgegen.

Gleiches gilt für die Feststellung der biogeographischen Herkunft einer Person. Nach Angaben aus der molekulargenetischen Forschung kann die kontinentale Herkunft einer Person, die ausschließlich auf den genetischen Wurzeln der Vorfahren der Person beruht und soziale, kulturelle und religiöse Kriterien unberücksichtigt lässt, aus Europa, Afrika, Ostasien, Ozeanien und Amerika mit über 99,9 % Wahrscheinlichkeit ermittelt werden.⁴⁸ Hierbei sei allerdings auch zu berücksichtigen, dass eine Unterscheidung aufgrund der vielfältigen Wanderungsbewegungen der letzten 200 Jahre umso schwieriger werde, je weiter man sich von Asien nach Westen in Richtung Europa bewege.⁴⁹ Die damit einhergehenden Unsicherheiten und auch der Umstand, dass die kontinentale Herkunft einer Person nicht zwangsläufig auch nach außen hin erkennbar ist, rufen Zweifel an der kriminalistischen Effektivität und damit auch der Notwendigkeit der Feststellung der biogeographischen Herkunft hervor. Diese Bedenken sind aber nicht von solchem Gewicht, dass sie eine Verletzung der Menschenwürdegarantie oder des informationellen Selbstbestimmungsrechts wegen eines Eingriffs in den Kernbereich der Persönlichkeit begründen könnten. Die Feststellung der biogeographischen Herkunft führt ebenso wenig wie die Feststellung von Augen-, Haar- und Hautfarbe oder Alter zu einer Erstellung eines Persönlichkeitsprofils. Zudem trifft auch die Feststellung der genannten äußeren Merkmale lediglich eine Wahrscheinlichkeitsaussage. Überdies mag die Feststellung der biogeographischen Herkunft vor allem im Zusammenspiel mit der Feststellung der Hautfarbe und im Hinblick auf die Schwierigkeiten bei der Beschreibung intermediärer Hautfarben zu einer zuverlässigeren Aussage führen.⁵⁰ Ebenso wie bei der Bestimmung der (wahrscheinlichen) Hautfarbe des Täters ist hinsichtlich der biogeographischen Herkunft aber in besonderem Maße darauf zu achten, dass die Ermittlungen nicht als vorurteilsgeleitet und stigmatisierend empfunden werden⁵¹ und in ein reines „racial profiling“ abgleiten.

In jedem Fall müsste eine Ausweitung der auf der Grundlage von § 81e StPO zulässigen Feststellungen den Rahmen des Verhältnismäßigen wahren. Vor diesem Hintergrund sind zunächst ganz allgemein wirksame Vorkehrungen gegen

zwischen codierenden und nicht codierenden Bereichen überholt ist, *Beck*, *KriPoZ* 2017, 160 (165).

⁴⁸ *Schneider* (Fn. 2), S. 3; siehe auch die Wahrscheinlichkeitsangaben bei *EUROFORGEN* (Fn. 1), S. 31 und hier Fn. 29.

⁴⁹ *Schneider* (Fn. 2), S. 3.

⁵⁰ Auf die Rolle der biogeographischen Herkunft bei der Feststellung der Hautfarbe weist *Schneider* (Fn. 2), S. 2, hin.

⁵¹ Vgl. die Aussage von *Williams*, abgedruckt in *EUROFORGEN* (Fn. 1), S. 33.

einen etwaigen Missbrauch des Untersuchungsmaterials zur Ausforschung der Persönlichkeit zu treffen.⁵² Diesem Grundgedanken wird schon im geltenden Recht Rechnung getragen: durch das Feststellungs- und Untersuchungsverbot (des § 81e Abs. 1 S. 3, Abs. 2 S. 2 StPO) hinsichtlich anderer als der ausdrücklich erlaubten Merkmale, durch die verfahrensrechtlichen Absicherungen des § 81f StPO, insbesondere die Pflicht zur Anonymisierung des Untersuchungsmaterials (§ 81f Abs. 2 S. 3 StPO) vor Übergabe an den Sachverständigen sowie durch die Pflicht, das Untersuchungsmaterial unverzüglich zu vernichten, sobald es für das der Entnahme zugrundeliegende oder ein anderes anhängiges Strafverfahren nicht mehr erforderlich ist (§ 81a Abs. 3 Hs. 2, § 81c Abs. 5 S. 2 StPO).⁵³

Unter dem Blickwinkel der Missbrauchsprophylaxe spricht dann auch Vieles dafür, bei einer Reform der strafprozessualen Vorschriften im Gesetzestext nicht pauschal die Feststellung äußerlich erkennbarer Merkmale zu erlauben, sondern die zulässigen Feststellungen, etwa über Augen-, Haar- und Hautfarbe, das Alter sowie ggf. die biogeographische Herkunft, explizit und abschließend im Wortlaut des § 81e StPO zu verankern. Dass weitere, zu erwartende Fortschritte in der forensischen Molekulargenetik in der Zukunft dann ggf. zu einem erneuten gesetzgeberischen Anpassungsbedarf führen könnten, wäre allenfalls ein praktischer, nicht aber ein rechtlicher Einwand. Schließlich könnten unter den allgemeinen Begriff der „äußerlich erkennbaren Merkmale“ auch äußerlich sichtbare oder z.B. an einem bestimmten Medikamentenbedarf erkennbare Krankheiten wie Trisomie 21 oder Diabetes fallen. Eine Abgrenzung zwischen Krankheiten, hinsichtlich derer Feststellungen aufgrund ihrer äußerlichen Erkennbarkeit zulässig sein sollen, und solchen, die die Persönlichkeit des Einzelnen in unzulässiger Weise beeinträchtigen, erscheint kaum sinnvoll möglich. Dies gilt schon deshalb, weil auch zahlreiche erblich veranlagte Krankheiten nach außen in irgendeiner Weise erkennbar sind. Deshalb sollte jede Feststellung von Krankheiten generell ausgeschlossen bleiben.

⁵² Vgl. *Schmidt-Jortzig*, *DÖV* 2005, 732 (736); *Krehl/Kolz*, *StV* 2004, 447 (450).

⁵³ Die Vernichtungsregelung gilt nicht für Spurenmaterial i.S.d. § 81e Abs. 2 StPO; vgl. *Rogall* (Fn. 1), § 81e Rn. 17. Auch für die Speicherung der erhobenen Daten gelten gem. § 81g Abs. 5 StPO hinsichtlich § 81e Abs. 2 StPO gegenüber § 81e Abs. 1 StPO geringere Anforderungen. Das Verbot des § 81e Abs. 1 S. 3, Abs. 2 S. 2 StPO umfasst nach ganz h.M. auch das Verbot der Verwertung sogenannter Überschussinformationen, also solcher Informationen, die im Rahmen einer Untersuchung unvermeidbar angefallen sind (siehe nur *Rogall* [Fn. 1], § 81e Rn. 13; hierzu auch der Gesetzesantrag Baden-Württembergs BR-Drs. 117/17). Zu beachten ist auch, dass die Missbrauchsfahr bereits hinsichtlich der heutigen DNA-Analyse besteht, sodass sie nicht allein aufgrund einer etwaigen Erweiterung der Feststellungen auf äußerlich erkennbare Merkmale relevant würde; das Missbrauchsargument relativierend *West* (Fn. 45), S. 198 ff.; siehe auch *Beck*, *KriPoZ* 2017, 160 (163 f.).

Bereits an der Erforderlichkeit der Feststellung äußerlich erkennbarer Merkmale fehlt es, wenn schon mithilfe des DNA-Identifizierungsmusters ein konkreter Verdacht gegen eine Person bestätigt werden kann oder ein Abgleich mit der DNA-Analysedatei weiterführt.⁵⁴ Erst wenn trotz Feststellung des DNA-Profiles kein Treffer erzielt werden kann, erscheint die Feststellung auch der genannten Merkmale erforderlich und angemessen. Unter dieser Voraussetzung können die um äußerliche Merkmale erweiterten Feststellungen im Einzelfall auch deshalb erforderlich sein, um einen großen Kreis an potentiellen Beschuldigten einzuschränken und Ermittlungsmaßnahmen gezielt durchzuführen. Insofern wäre zu überlegen, ob man diese Gesichtspunkte, die wegen des aus dem Rechtsstaatsprinzip abzuleitenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ohnehin schon von Verfassungen wegen zu beachten sind, nicht auch durch eine entsprechende Subsidiaritätsklausel im Gesetzestext zum Ausdruck bringt. Das geltende Recht, das sich vor allem an den Sachverständigen als Adressaten richtet, enthält eine solche Subsidiaritätsklausel nicht. Faktisch bedeutet das, dass die DNA-Analyse derzeit auch dann zulässig ist, wenn andere Erkenntnismöglichkeiten noch nicht ausgeschöpft sind.⁵⁵

Der baden-württembergische sowie der bayerische Gesetzesantrag sehen Feststellungen über das Geschlecht, die Augen-, Haar- und Hautfarbe, das biologische Alter sowie die biogeographische Herkunft der Person nur in Bezug auf diejenigen Fallkonstellationen vor, in denen unbekannt ist, von welcher Person das Spurenmaterial stammt. Sie sollen sich also auf aufgefundenes, sichergestelltes oder beschlagnahmtes Spurenmaterial i.S.d. geltenden § 81e Abs. 2 StPO beschränken. Bei Spurenmaterial, das von dem Beschuldigten oder dem Verletzten gewonnen wurde, dürften demgegenüber keine Feststellungen in Bezug auf äußerlich erkennbare Merkmale getroffen werden. Auch dies ist unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten zu begrüßen. Denn ebenso wie das Geschlecht werden solche äußerlichen Merkmale den Ermittlern, die die Person des Beschuldigten oder des Zeugen unmittelbar vor Augen haben, schon vom äußeren Erscheinungsbild her bekannt sein. Insofern erscheint auch die im bayerischen Antrag vorgesehene Einschränkung des § 81g Abs. 5 S. 2 Nr. 2 StPO konsequent. Für die Speicherung der erweiterten Feststellungen zu äußerlich erkennbaren Merkmalen in der DNA-Analysedatei, mit der weitere Grundrechtseingriffe einhergehen würden, besteht keine Notwendigkeit.⁵⁶

Bei einer Ausweitung der Möglichkeiten zur Durchführung molekulargenetischer Untersuchungen wird man zudem auch eine andere Grundsatzfrage neu stellen müssen. Diese Frage lautet, ob man mit Blick auf den Grundsatz der Ver-

hältnismäßigkeit die DNA-Analyse auch in Zukunft noch bei einem Anfangsverdacht in Bezug auf jede beliebige Straftat zulassen kann. Das strafrechtliche Schrifttum behilft sich de lege lata mehr schlecht als recht mit einer verfassungskonformen Reduktion des § 81e StPO, wonach solche Untersuchungen bei Bagatelldelikten (z.B. einem Fahrraddiebstahl oder einer Beleidigung durch Anspucken des Opfers) ausscheiden sollen.⁵⁷

Und schließlich ist – gerade gegenläufig zum bayerischen Gesetzesantrag vom 21.3.2017 – auch zu klären, ob die Erhöhung der Eingriffsqualität durch Maßnahmen auf der Grundlage eines erweiterten § 81e StPO nicht zur Folge haben muss, dass der Richtervorbehalt des § 81f StPO, der nach geltendem Recht nicht für eine DNA-Analyse an aufgefundenem, sichergestelltem oder beschlagnahmtem Material (§ 81e Abs. 2 StPO) gilt, auf solche Fälle zu erstrecken ist, in denen ein Beschuldigter noch nicht ermittelt werden konnte.⁵⁸

⁵⁷ Krause (Fn. 1), § 81e Rn. 26; Brauer (Fn. 2), § 81e Rn. 9; Trück (Fn. 14), § 81e Rn. 23, unter Verweis auf LG Ravensburg NSStZ-RR 2010, 18; siehe auch Bosch (Fn. 5), § 81e Rn. 13. Vgl. den Beitrag von M'charek, Diskussionsbeitrag i.R.d. Press Briefing des Science Media Center Germany am 31.3.2017 zum Thema „DNA-Profiling und die Wissenschaft: Wie weit kann die erweiterte DNA-Analyse gehen?“ (Fn. 29), S. 6, zur Rechtslage in den Niederlanden und der Beschränkung der Ermittlung der geographischen Herkunft sowie äußerer Merkmale auf schwerwiegende Straftaten.

⁵⁸ Die Forderung nach einer entsprechenden Anwendung des § 81f Abs. 1 S. 1 StPO (mit Ausnahme der Einwilligungsmöglichkeit) für die Fälle einer erweiterten Feststellung der genannten Merkmale ist aus praktischer Sicht dem Einwand, der bereits im Jahr 2005 zum Entfallen des Richtervorbehalts für die DNA-Analyse von Spurenmaterial gem. § 81e Abs. 2 StPO geführt hat, ausgesetzt (siehe Fn. 17): Im Fall der Spurenanalyse stünde dem Richter praktisch keine Entscheidungsalternative offen, sodass der Richtervorbehalt nicht mit einer messbaren Erhöhung der Rechtsstaatlichkeit verbunden sei, sondern sich als zu formalistisch erweise und zu unnötigen Verfahrensverzögerungen führe. Hiergegen spricht aber, dass hinsichtlich der erst aufgrund einer Analyse (auch) des codierenden Bereichs der DNA möglichen erweiterten Feststellung von äußerlich erkennbaren Merkmalen strengere Verhältnismäßigkeitsanforderungen gelten, solche Feststellungen insbesondere erst dann getroffen werden dürfen, wenn ein Abgleich des DNA-Identifizierungsmusters ergebnislos geblieben ist. Insoweit verbleibt dem Richter zwar kein großer Beurteilungsspielraum. Eine Kontrollinstanz erscheint im Hinblick auf die Grundrechtsrelevanz der Maßnahme aber rechtsstaatlich geboten. Die Feststellung bestimmter Merkmale kann dazu führen, dass eine größere Gruppe von Personen, die diese Merkmale erfüllen, in den Fokus von Ermittlungen gerät. Der Gefahr einer unverhältnismäßigen zeitlichen Verzögerung wird durch die Einschränkung bei Gefahr im Verzug begegnet. Schließlich ist auch nicht anzunehmen, dass der die DNA-Analyse anordnende Richter bzw. der Staatsanwalt oder Polizeibeamte nicht über ausreichende Sachkunde zur Beurteilung der Angemessenheit verfügt. Hat

⁵⁴ Ähnlich *EUROFORGEN* (Fn. 1), S. 30, sowie *Schneider* (Fn. 2), S. 1 f.

⁵⁵ *Senge* (Fn. 4), § 81e Rn. 3 m.w.N. Siehe demgegenüber *West* (Fn. 45), S. 285, nach dem äußere Körpermerkmale erst dann molekulargenetisch untersucht und festgestellt werden dürften, wenn eine weitere Sachverhaltsaufklärung durch sonstige Erkenntnisse ausscheidet.

⁵⁶ So auch *Schneider* (Fn. 2), S. 4.

Schließlich ist bei einer Erweiterung der Befugnisse zu Grundrechtseingriffen im Strafverfahren stets auch an rechtsstaatliche Kompensationsmaßnahmen zu denken, um die sensible Balance zwischen Individualrechten der Betroffenen und kollektiven Sicherheitsinteressen nicht einseitig zugunsten Letzterer zu verschieben.

IV. Leitlinien für eine gesetzliche Neureglung

Aus den vorstehenden, naturgemäß kursorischen Betrachtungen lassen sich somit folgende Thesen bzw. Leitlinien für eine Neugestaltung der molekulargenetischen Untersuchung in der Strafprozessordnung ableiten, die zugleich als eine Art „Blaupause“ für eine Neufassung der §§ 81e, 81f StPO im Rahmen der weiteren rechtspolitischen Diskussion dienen mögen:

1. Die von Rheinland-Pfalz, Baden-Württemberg und Bayern vorgeschlagene Erweiterung der Untersuchungsmöglichkeiten um die Zulässigkeit der Feststellung äußerlich erkennbarer Merkmale ist ermittlungstaktisch sinnvoll und lässt sich verfassungs- und menschenrechtskonform ausgestalten.

2. Mit Blick auf die an strafprozessuale Zwangsmaßnahmen zu stellenden Bestimmtheits- und Verhältnismäßigkeitsanforderungen sollten die Feststellungsmöglichkeiten in Bezug auf Augen-, Haar- und Hautfarbe, das biologische Alter einer Person sowie ihre biogeographische Herkunft im Wege einer ausdrücklichen und abschließenden Aufzählung im Gesetzestext verankert werden. Nur so kann ein unzulässiges „Ableiten“ in den durch Art. 1 GG der Strafverfolgung von vornherein entzogenen, unantastbaren Kernbereich privater Lebensgestaltung verhindert werden.

3. Unter dem Gesichtspunkt der Erforderlichkeit erscheint die Feststellung der genannten äußerlichen Merkmale nur in solchen Fällen als verfassungs- und menschenrechtskonform, in denen nicht schon mithilfe des DNA-Identifizierungsmusters ein konkreter Verdacht gegen eine Person bestätigt werden kann oder ein Abgleich mit der DNA-Analysedatei weiterführt. Diese Subsidiarität sollte auch gesetzlich verankert werden.

4. Die Möglichkeit der Feststellung von Geschlecht, Augen-, Haar- und Hautfarbe, biologischem Alter sowie biogeographischer Herkunft der Person ist auf aufgefundenes, sichergestelltes oder beschlagnahmtes Spurenmaterial zu beschränken.

5. Es empfiehlt sich, den Ausschluss molekulargenetischer Untersuchungen jedenfalls für die Aufklärung von Bagatelldelikten gesetzlich zu verankern.

6. Der Richtervorbehalt des § 81f StPO sollte auch auf diejenigen Fälle bezogen werden, in denen ein Beschuldigter noch nicht ermittelt werden konnte.

Und schließlich ist 7. bei weiteren Strafverfolgungsmaßnahmen, insbesondere der Fahndung nach den §§ 131 ff. StPO, der Tatsache Rechnung zu tragen, dass eine DNA-Analyse immer nur eine statistische Aussage ermöglicht. Sie bietet daher auch bei äußerlichen Merkmalen nur eine gewisse Wahrscheinlichkeit für eine bestimmte Augen-, Haar- oder Hautfarbe bzw. Altersstruktur des Spurenlegers oder seine biogeographische Herkunft. Statt blond und blauäugig kann der gesuchte Vergewaltiger – wenn auch weniger wahrscheinlich – tatsächlich auch eher braunhaarig und dunkeläugig sein. Bei aller Begeisterung für den naturwissenschaftlich-technischen Fortschritt sind gerade für die Medien- und Öffentlichkeitsarbeit der Strafverfolgungsbehörden, aber auch für Rundfunk und Presse, im Umgang mit Erkenntnissen aus DNA-Analysen hohe Sorgfaltsmaßstäbe und sprachlich ein vornehmes Maß an Zurückhaltung geboten. Im Zeitalter von Facebook, Twitter & Co. sind moderne Hexenjagden auf Unschuldige schnell ausgelöst, aber nur schwer wieder zu stoppen.

der Gesetzgeber aus diesem Grund auch darauf verzichtet, dem Richter aufzugeben, in der schriftlichen Anordnung die Untersuchungsmethode zu bestimmen, kann den zuständigen Gerichten, ggf. auch erst nach Rücksprache mit sachkundigen Personen, durchaus zugemutet werden, erforderliche Verhältnismäßigkeitsüberlegungen anzustellen.
