

Rechtliche Probleme der erweiterten DNA-Analyse

Mit dem Gesetz zur Modernisierung des Strafverfahrens hat der Gesetzgeber im Jahr 2019 die zulässigen Untersuchungen von DNA-fähigen Material signifikant erweitert. Meine Aufgabe besteht im Folgenden darin, die rechtlichen Probleme speziell der erweiterten DNA-Analyse nach § 81e Abs.2 S.2 StPO aufzuzeigen. Bei der rechtlichen Würdigung dieser neuen Ermittlungsbefugnis will ich zunächst grundsätzlich drei Ebenen zu unterscheiden:

1. Ist die Norm selbst hinreichend klar und justiziabel?
2. Welche Bedeutung und Auswirkung bringt § 81e Abs. 2 Satz 2 StPO für das Ermittlungsverfahren?
3. Wie ist mit Erkenntnissen aus Maßnahmen nach § 81e StPO im Prozess umzugehen?

I. Ist die Norm selbst hinreichend klar und justiziabel?

Nach § 81e Abs.2 Satz 1 StPO dürfen an aufgefundenem, sichergestelltem oder beschlagnahmtem DNA-Material molekulargenetischer Untersuchung zum DNA-Identifizierungsmuster, zur Abstammung und zum Geschlecht der Person durchgeführt werden. § 81e Abs. 2 Satz 2 StPO erlaubt bei einem unbekanntem Spurenleger zusätzlich Feststellungen über die Augen-, Haar- und Hautfarbe sowie das Alter der Person.

Damit ist zunächst zwar klar umschrieben, welche Befugnisse hier den Ermittlungsbehörden eingeräumt werden. Bereits bei der Justiziabilität der Norm kann man freilich Zweifel haben:

Der Gesetzgeber selbst führt in der Gesetzesbegründung (Bundestagsdrucksache 19/14747, Seite 26 f.) aus, die Erweiterung stelle einen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht dar, der aber in der konkreten Ausgestaltung verhältnismäßig sei. Die Aufklärung schwerer Straftaten sei eine wesentliche Aufgabe des Gemeinwesens. Die Erweiterung der DNA-Analyse solle neue Ermittlungsansätze bei bislang ungeklärten Straftaten schaffen und damit ein legitimer Zweck verfolgen. Die Erweiterung der Untersuchungsmöglichkeiten diene der

Vermehrung der Erkenntnismöglichkeiten, namentlich der Priorisierung bestimmter Maßnahmen im Ermittlungsverfahren im Hinblick auf einen möglichen Täterkreis. Die gewonnenen Erkenntnisse könnten als Elemente in einem längeren Erkenntnisprozess dienen, an dessen Ende einer oder mehrere Beschuldigte stehen können, deren DNA mit dem Spurenmaterial verglichen werden kann. Dass durch die DNA Untersuchung für wahrscheinlich erachtete Aussehen des Spurenverursachers könne auch dazu verwendet werden, um eine DNA Reihenuntersuchung nach § 81h StPO durchzuführen. Ein Eingriff in den absolut geschützten Kernbereich der Persönlichkeit liege hier nicht vor. Eine Ausforschung schutzbedürftiger genetischer Anlagen des Spurenlegers erfolge nicht. Die Auswertung beschränke sich auf äußere Merkmale.

Die Gesetzesbegründung hakt an verschiedenen Stellen. Eine Beschränkung der erweiterten DNA-Analyse auf schwere Straftaten hat der Gesetzgeber tatsächlich nicht vorgenommen (kritisch *Zöller/Thörnich* ZIS 2017, 331, 339). Es mag tatsächlich schwer vorstellbar sein, dass die erweiterte DNA-Analyse ein aufgrund ihrer Kosten in Bereichen mittlere Kriminalität durchgeführt wird. Es ist aber auch keineswegs ausgeschlossen, dass die erweiterte DNA-Analyse etwa auf die in § 81h StPO genannten Verbrechen beschränkt wird. So ist es etwa durchaus denkbar, dass die Maßnahme auch bei einer Serie von Wohnungseinbrüchen mit unbekanntem Tätern durchgeführt wird. Dies gilt erst recht, wenn man die Analyse künftig auf Daten zu der biogeographischen Herkunft der Person erweitert. Hier kann man unschwer auf die Idee kommen, es könne für die Ermittlungen sinnvoll sein, den Täterkreis gegebenenfalls auf eine gewisse Ethnie einzugrenzen. Der Gesetzgeber hat den Anwendungsbereich der Norm nicht eingegrenzt und eine Norm geschaffen, die das System an sich sprengt. Zur Grundkonzeption der Strafprozessordnung gehört es, dass wir mit dem Anfangsverdacht dem Beschuldigten ein Sonderopfer dergestalt abverlangen, dass er bestimmte Ermittlungsmaßnahmen gegen sich dulden muss. Bei § 81e Abs. 2 Satz 2 StPO wird Spurenmaterial dazu benutzt, um zunächst eine Personengruppe zu definieren und zu inkriminieren, die dann gegebenenfalls weitere Ermittlungsmaßnahmen gegen sich dulden muss. Es geht also nicht um einen Tatverdacht gegen einen, sondern um die Verdächtigung Vieler oder bestenfalls um Umfeldermittlungen.

Damit hat die Norm meiner Ansicht nach ein sehr viel höheres Eingriffsniveau, als vom Gesetzgeber dargestellt. Diese Feststellung ist keineswegs akademisch, sie hat automatisch Auswirkungen auf die notwendige Legitimation. Wir kommen an dieser Stelle zu der

berühmten Grundrechtsschaukel des Bundesverfassungsgerichts. Hier wird man das konkrete Bedürfnis einer entsprechenden Vorschrift im Rahmen der Strafverfolgung einstellen und zugeben müssen, dass der praktische Nutzen der Vorschrift ungleich geringer ist, als es sich der Gesetzgeber einst vorgestellt hat. Konkrete empirische Überlegungen und Ausführungen zum Bedürfnis einer solchen Ermittlungsbefugnis findet man in der Gesetzesbegründung erst nicht. Meines Erachtens notwendig ist zudem auf alle Fälle eine grundrechtskonforme Beschränkung des Anwendungsbereichs der Ermittlungsmaßnahme. Über den konkret verbleibenden Anwendungsbereich kann man streiten. Ich tendiere zu einer Beschränkung auf den Straftatenkatalog des § 81h StPO, also im Wesentlichen auf schwere Sexual- und Tötungsdelikte. Die Kommentarliteratur fordert weniger weitgehende Einschränkungen, wie z.B. den Ausschluss der Maßnahme bei Bagatelldelikten. Noch vor der Normierung des erweiterten § 81e StPO wurden etwa ein Richtervorbehalt für entsprechende Maßnahmen oder eine Subsidiaritätsklausel gefordert (*Zöller/Thörnich* ZIS 2017, 331, 340). Der Staatsanwaltschaft eine Begründung dafür abzuverlangen, warum ohne diese Maßnahme die Ermittlungen wesentlich erschwert oder aussichtslos wären, ist jedenfalls das Mindeste. Wie und inwieweit die gesetzte Norm nun verfassungskonform zu beschränken ist, ist aber unklar und auch nicht im Wege der Auslegung zu ermitteln. Da jegliche rechtsstaatliche Ausgleichsmaßnahmen fehlen, bringt die Norm nicht mehr den gebotenen Ausgleich der widerstreitenden Güter mit Verfassungsrang zum Ausdruck.

II. Welche Bedeutung und Auswirkung hat § 81e Abs. 2 Satz 2 StPO für das Ermittlungsverfahren?

An der Stelle bietet es sich an, die Norm in die Systematik des Ermittlungsverfahrens einzuordnen. Die erweiterte DNA-Analyse sprengt das System des klassisch-liberalen strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens. Das Strafverfolgungsrecht wird hier – wie an anderer Stelle – zum Sicherheitsrecht ausgebaut. Es geht eben nicht darum, dem Beschuldigten die Straftat nachzuweisen; es geht darum, einen Generalverdacht zu schaffen. Objekt der Ermittlungen wird dann eben der blonde blauäugige westeuropäische Mann zwischen 30 und 50, der in der Tatregion registerrechtlich gemeldet ist. Die letzte Konsequenz ist die präventive Erhebung des individuellen Gencodes. Wenn dies nicht gewünscht ist, dann ist § 81e Abs. 2 Satz 2 StPO sicher eine Norm, gegen die die Grundrechte der vielen potentiellen Adressaten

einer sich an die Maßnahme anschließenden DNA-Reihenuntersuchung in Stellung gebracht werden müssen. Grundrechtsdogmatisch ist der klassische Status negativus der Grundrechte als Abwehrrechte in multipolaren Beziehungen (Staat ./.. Vielzahl Betroffener) betroffen, wobei es um die Abwehr eines überbordenden strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens geht. Die Vorschrift zeigt, dass die Unschuldsvermutung offensichtlich eine Breitenwirkung hat oder bekommt, die man bisher kaum gedacht hat.

Der Gesetzgeber schafft dabei Ermittlungsbefugnisse auf Vorrat, die die Ermittlungsbehörden tatsächlich kaum benötigen, die dafür umso breiter in Grundrechte eingreifen. Die tragischen Vergewaltigungs- und Tötungsdelikte in Freiburg im Breisgau bzw. Endingen am Kaiserstuhl, die in der Normgenese im Hintergrund der erweiterten DNA-Analyse stehen, wurden mit den Mitteln der klassischen Kriminalistik aufgeklärt. Die Weiterungen waren politischer Aktionismus.

Ein farbloser Aktionismus. Farbe bekennen muss man bei folgender Frage: Soll die individuelle DNA standardmäßig wie das persönliche Erscheinungsbild zentral- etwa bei den Ausweisdaten gem. § 5 Abs. 2 u. 5 PAuswG – gespeichert werden? Wenn wir Sicherheits- und Strafrecht verknüpfen wollen, ist dies konsequent. Man gelangt dann auch zu den eigentlichen Fragen nach den Grenzen dieser Verknüpfung. Die Verfolgungspraxis hat hier bekanntlich immer weniger Hemmungen. Ein kontrovers diskutiertes Beispiel war zuletzt etwa die Durchsuchung in Form einer legendierten Polizeikontrolle (BGH 2 StR 247/16).

III. Wie ist mit Erkenntnissen aus Maßnahmen nach § 81e StPO im Prozess umzugehen?

Wie geht man mit der erweiterten DNA-Analyse um, wenn sie tatsächlich im konkreten Fall eine Rolle spielen sollte? Die Antwort darauf ist vielfältig. Sie hängt von dem jeweiligen Verfahrensstadium und dem diesbezüglichen Zugriff der Verteidigung auf das Verfahren ab.

Im Ermittlungsverfahren besteht praktisch keine Möglichkeit, den Einsatz dieses Instruments zu verhindern. Da § 81e Abs. 2 Satz 2 StPO praktisch ohne Tatbestandsvoraussetzung formuliert ist, besteht hier ein praktisch nicht überprüfbarer Beurteilungsspielraum der Staatsanwaltschaft, wann und ob sie dieses Instrument einsetzt. Bei einer sich eventuell anschließenden DNA-Reihenuntersuchung ist die Einwilligung jedes Einzelnen notwendig, die gut überlegt sein will.

Klar ist, dass in der Hauptverhandlung im Einzelfall mögliche Abweichungen und statistische Unsicherheiten hervorgehoben werden müssen. Die Verteidigung in der Hauptverhandlung muss dabei gleich die Revision in den Blick nehmen. Für das Revisionsgericht gilt das Verbot der Rekonstruktion der Hauptverhandlung und erst recht das Verbot der Rekonstruktion des Ermittlungsverfahrens. Bedeutung kommt in erster Linie dem Sachverständigenbeweis über die Qualität der DNA Spuren und der Befragung des ermittelnden Polizeibeamten als Zeuge zu den Voraussetzungen des § 81e StPO in tatsächlicher Hinsicht zu. Das Tatgericht wird hier in der Regel bereits von sich aus im Rahmen der Beweiserhebung Vorsicht walten lassen; ansonsten ist an dieser Stelle Raum für entsprechende Beweisanträge.

Am Ende steht der Abgleich der Spur mit dem ermittelten Täter. Hier sind wir dann bei der Würdigung des klassischen DNA-Beweises und den besser geklärten Fragen zu Mischspuren, Spurenlegung, Zusammenhang zwischen DNA-Spur und Tat, Verunreinigungen, Verwechslungen und so weiter. Defizite bei der erweiterten DNA-Analyse treten dann in den Hintergrund und werden sich im Verfahren am Ende kaum auswirken. Für den klassischen DNA-Beweis spielt es regelmäßig keine Rolle, in welcher Form die Ermittlungsbehörden ihre Ermittlungsansätze gewonnen haben. Wenigstens sind an dieser Stelle die Anforderungen an den Umgang mit Sachverständigengutachten, fremden Ethnien und Wahrscheinlichkeitsberechnungen höchstrichterlich vorgeprägt (vgl. etwa BGH 4 StR 484/15; 4 StR 439/13; 3 StR 247/12 = BGHSt 58, 212, 217). Fehler im Sachverständigengutachten können sowohl in der Hauptverhandlung als auch mit der Verfahrensrüge in der Revision geltend gemacht werden (vgl. BGH 3 StR 247/12).

Eine weitere Frage ist zuletzt, ob die Art und Weise der Ermittlungen bei der Strafzumessung als Faktor berücksichtigt werden sollte. Ich könnte mir dies für rechtsfehlerhafte Ermittlungen, Ermittlungen auf der Grundlage verfassungswidriger Befugnisnormen und besonders belastende Ermittlungen gut vorstellen. Aber damit bewege ich mich fernab von jeglichem Konsens.

- -