

Alina Gorstein

Die Erweiterung der DNA-Reihenuntersuchung auf „Beinahetreffer“

Wissenschaftliche Beiträge
aus dem Tectum Verlag

Reihe Rechtswissenschaft

Wissenschaftliche Beiträge
aus dem Tectum Verlag

Reihe Rechtswissenschaft
Band 169

Alina Gorstein

**Die Erweiterung der
DNA-Reihenuntersuchung
auf „Beinahetreffer“**

Tectum Verlag



Nomos

Alina Gorstein

Die Erweiterung der DNA-Reihenuntersuchung auf „Beinahetreffer“

Wissenschaftliche Beiträge aus dem Tectum Verlag

Reihe: Rechtswissenschaft; Bd. 169

Zugl. Diss. Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg 2021

© Tectum – ein Verlag in der Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2022

ePDF 978-3-8288-7826-6

(Dieser Titel ist zugleich als gedrucktes Werk unter der ISBN

978-3-8288-4728-6 im Tectum Verlag erschienen.)

ISSN 1861-7875

Alle Rechte vorbehalten

Besuchen Sie uns im Internet

www.tectum-verlag.de

Bibliografische Informationen der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation

in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Angaben

sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Vorwort

Unmittelbar nach der ersten juristischen Prüfung und mit Beginn meiner Tätigkeit am Lehrstuhl von Herrn Professor Dr. Renzikowski stieß ich auf die neugefasste DNA-Reihenuntersuchung und erkannte, welche Tragweite diese haben würde. Mit einem großen Interesse daran, interdisziplinär zu arbeiten und naturwissenschaftliche Diskurse mit juristischen zu verbinden, begann ich die lehrreiche Phase des Promotionsstudiums.

An dieser Stelle möchte ich mich zunächst bei Herrn Professor Dr. Joachim Renzikowski für die wissenschaftliche Betreuung und Unterstützung bedanken. Ebenso gilt mein Dank Herrn Professor Dr. Henning Rosenau für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens. Herzlich bedanken möchte ich mich auch bei der Studienstiftung des deutschen Volkes und meinen dortigen Betreuern. Durch ihre langjährige Förderung konnte ich meine volle Energie in das Forschen und Verfassen dieser Arbeit investieren; eine Freiheit, die nicht selbstverständlich ist. Der Austausch mit anderen StudienstiftlerInnen war über die Jahre hinweg immer bereichernd und ich bin dankbar für die vielen positiven Erfahrungen.

Danken möchte ich auch meinen langjährigen WegbegleiterInnen und engen Freundinnen und Freunden, die mir mit ihrer Unterstützung und Geduld geholfen haben, viele schwierige Phasen beim Verfassen dieser Arbeit zu überbrücken und auch über die verzwickteste Situation zu lachen. Gerne würde ich alle namentlich nennen, die mich unermüdlich unterstützt, mit gemeinsamer Zeit bereichert oder beim Sport abgelenkt und gefordert haben, es wäre jedoch unmöglich allen gerecht zu werden. Besonderer Dank gebührt dennoch Dustin Heße, Sebastian Simmert und Benita Schmitz für die stete Diskussionsbereitschaft, die hilfreichen Anregungen und die Durchsicht meiner Arbeit.

Abschließend möchte ich von Herzen meinen Eltern danken. Ihr Mut und ihre Zuversicht legten den Grundstein für meinen bisherigen Weg, ihr Vertrauen in meine Fähigkeiten ebnet ihn.

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	XIII
A. Einleitung	1
B. Die Entwicklung der DNA-Reihenuntersuchung	9
I. Die rechtliche Gestaltung bis 2005	9
1. Praxis bis zum 17.03.1997	9
2. Strafverfahrensänderungsgesetz – DNA-Analyse (1997)	10
3. Gesetz zur Änderung der Strafprozessordnung (1998)	11
4. Gesetz zur Änderung der Vorschriften über die Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung und zur Änderung anderer Vorschriften (2003)	13
II. Einführung des § 81h StPO als Rechtsgrundlage für DNA-Reihenuntersuchungen	16
III. Der Beinahetreffer im Gesetz	17
1. Der Fall, der den Beinahetreffer ins Gesetz brachte	18
2. Die Verfahrensrüge des Angeklagten	21
3. Entscheidung des Bundesgerichtshofs	22
a) Unmittelbare Vernichtung der Proben	22
b) Quervergleich der Proben untereinander	23
c) Entanonymisierung der Proben	24
d) Erkenntnisgewinn und Weitergabe der Information an die Ermittlungsbeamten	25
aa) Beweiserhebung durch die Sachverständige	25
bb) Beweisverwertung	27
4. Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts	29
a) Eine (un)geklärte Rechtslage	30

b) Mittelbare Beschwerde gegen § 81h StPO	32
c) Stellungnahme zur Begründetheit	32
5. Folgen des Urteils des Bundesverfassungsgerichts	33
C. Die forensische DNA-Analyse	41
I. Methoden	44
1. STR-Analyse	45
2. mtDNA-Analyse	48
3. Y-chromosomale DNA-Analyse	49
II. Identitätswahrscheinlichkeit	51
1. Allgemeines	51
a) Häufigkeit des Merkmalusters	52
b) Korrigierende Faktoren	53
2. Ausschluss eines Tatverdächtigen	55
3. Beinahetreffer	56
a. Abstammungsbegutachtung in der Vergangenheit	57
aa) Tötungsdelikt Neuenkirchen	58
bb) Cold case „Carmen Kampa“	59
cc) Cold Case <i>Kieler Wiederholungstäter</i>	60
dd) Stellungnahme	61
b) Biostatistische Berechnung	62
c) Ethnische Gruppen	67
4. Objektivität der Ergebnisse	74
a) Sachverständigenauswahl und Kontaminierungsrisiken	74
b) Wertung durch die Justiz	77
5. Folgen im Hinblick auf Beinahetreffer	80
6. Verbesserungsmöglichkeiten	85
a) Neufassung des § 81h Abs. 1 StPO	85
b) Sensibilisierung der Verantwortlichen	86
III. Unvermeidbarkeit des Erkenntnisgewinns	88
IV. Zwischenfazit	90

D. Auswirkungen der Erweiterung auf die einzelnen Bestandteile der Maßnahme	93
I. Die richtige Bezeichnung unter Berücksichtigung des Untersuchungszwecks ...	93
1. Vom Reihengentest bis zum Massenscreening	93
2. Die Bezeichnung ‚Beinahetreffer‘ auf dem Prüfstand	94
II. Voraussetzungen für ein Verfahren nach § 81h Abs. 1 StPO	96
1. Operative Voraussetzungen	96
2. Richterliche Anordnung	97
III. Wessen DNA wird untersucht?	99
1. Klassisches Bestimmen der Merkmale	100
2. Die erweiterte DNA-Analyse	101
a) Die Einführung der erweiterten DNA-Analyse	102
b) Gefahrenabwehr oder Strafverfolgung	104
aa) Präventiver Charakter einer DNA-Analyse	107
bb) Echte Doppelfunktion einer Maßnahme	108
c) Ermittlung der Merkmale anhand der erweiterten DNA-Analyse	111
aa) Ein ‚wahrscheinliches Phantombild‘ basierend auf den äußeren Merkmalen	114
bb) Datenschutzrechtliche Erwägungen	121
cc) Verfassungsrechtliche Bedenken	127
dd) Verhältnismäßigkeit der Maßnahme	134
ee) Schlussfolgerung	143
3. Ermitteln der Merkmalsträger	146
a) Mittelbarer Ansatz zur Erweiterung der Probengeber	146
b) Unmittelbarer Ansatz zur Erweiterung der Probengeber	147
c) Zwischenfazit	149
IV. Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit	150
1. Außergewöhnliche Maßnahme und <i>ultima ratio</i>	151
a) Verletzung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG)	153
aa) Allgemeine Einschätzung bei DNA-Analysen	153
bb) Die Untersuchung sensibler Daten bei der DNA- Reihenuntersuchung	155
cc) Zwischenergebnis	162

b)	Verletzung des Art. 6 Abs. 1 GG	164
aa)	Schutzgüter Familie und innerfamiliärer Frieden	165
bb)	Berücksichtigung des Art. 8 EMRK	170
cc)	Zwischenergebnis	174
c)	Verletzung des Nemo-tenetur-Prinzips	175
d)	Ermittlungserfolg bei zeitnahe Handeln	176
e)	Stellungnahme auf Basis der neuen Rechtslage	178
2.	Betroffenzahl und Tatschwere in Relation	179
a)	Das gesetzliche Erfordernis einer zahlenmäßigen Verhältnismäßigkeit	179
b)	Der bisherige Streitstand	179
aa)	Eine feste Größe als Lösung des gesetzlichen Erfordernisses?	181
bb)	Stellungnahme	182
c)	Einbeziehung der neuen Erkenntnisse im Hinblick auf Beinahtreffer ...	185
aa)	Auswirkungen auf die Anzahl der Betroffenen	185
bb)	Beschränkung der Anzahl der Betroffenen	188
cc)	Eingrenzung der verwertbaren Beinahtreffer auf zwei Verwandschaftsgrade	191
3.	Zwischenfazit	192
 E. Die Einwilligung unter den neuen Bedingungen		193
I.	Anforderungen der JIRL	196
II.	Disponibilität der betroffenen Rechtsgüter	196
III.	Einwilligungsfähigkeit	199
IV.	Einwilligungserklärung	200
V.	Einwilligung des Teilnehmenden	201
VI.	Freiheit von Willensmängeln	203
1.	Täuschung und Irrtum	203
2.	Zwang und Selbstbelastungsfreiheit	204

F. Freiwilligkeit der Teilnehmenden	205
I. Bedingungen einer freiwilligen Entscheidung	207
1. Formelle Anforderungen	207
a) Erkenntnis über die Tragweite der Entscheidung	207
b) Verbesserungsvorschlag	209
2. Die Herausforderungen einer positiven Definition der Freiwilligkeit	211
3. Freiheit von Zwang	213
a) Die Rahmenbedingungen der DNA-Reihenuntersuchung im Hinblick auf Zwang	215
aa) Regelungen im Bereich des Datenschutzes	215
bb) Bedingungen der JIRL	217
b) Zwischenfazit	218
II. Der Interessenkonflikt der Probanden	219
1. Das Interesse der Probanden, die Angehörigen vor Strafverfolgung zu schützen	221
a) Vergleichbarkeit der Teilnahme an einer Reihenuntersuchung mit der Aussagesituation nach § 52 StPO	222
aa) Drohende Beeinträchtigung von Grundrechten	224
bb) Die Aussagesituation	226
cc) Das Verhältnis zum Beschuldigten	228
dd) Zwischenfazit	230
b) Vergleichbarkeit der Teilnahme an einer Reihenuntersuchung mit der Aussagesituation nach § 55 StPO	231
aa) Die berechnigte Auskunftsverweigerung	234
bb) Zwischenfazit	235
c) Die Gestaltung eines Vorbehalts	236
d) Folgen eines Vorbehalts	238
2. Die Gefahr für die Probanden, einen Tatverdacht zu generieren	240
a) Die DNA-Reihenuntersuchung als freiwillige Pflicht zur Mitwirkung	242
b) Die Wertung der Verweigerung	245
c) Die Priorisierungsmerkmale und die Verweigerung	247
d) Weitere verdachtsbegründende Umstände	252
aa) Der Umgang mit Zufallsfunden	253
bb) Gerichtliche Entscheidungen zu weiteren Kriterien	255
cc) Die eingriffsmildernde Einwilligung	256
3. Stellungnahme und Zusammenfassung	258

G. Fazit 261

Literaturverzeichnis 265

Abkürzungsverzeichnis

Die hier verwendeten Abkürzungen stimmen mit der Übersicht über juristische Abkürzungen in *Kircher, Hildebert*, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 9.Auflage, Berlin 2018 überein.

A. Einleitung¹

Die Digitalisierung und der technische Fortschritt formen in rasanten Schritten die Gesellschaft und verändern unterschiedliche Lebensbereiche. Die Entwicklung hin zur Informationsgesellschaft macht sich auch im Bereich der Verbrechensbegehung bemerkbar und die Ermittlungs- und Strafverfolgungsbehörden sind herausgefordert, Ermittlungstechniken einzuführen oder zu verbessern, um Straftaten effizient zu verhindern oder aufzuklären.² Im Fokus steht hierbei vor allem der genetische Fingerabdruck. Dieser erlaubt durch die Einmaligkeit der DNA-Sequenz jedes Individuums die Zuordnung von Tatortspur zum Verursacher und damit die Identitätsfeststellung des Täters.³ Es ist deshalb ein nachvollziehbares Interesse der Strafverfolgungsbehörden, den Anwendungsbereich auszuweiten und den Fortschritt in der DNA-Analyse zur Aufklärung im Strafverfahren zu nutzen.

In diesem Zuge entschied sich der Gesetzgeber, die DNA-Reihenuntersuchung gem. § 81h StPO zu reformieren und die Maßnahme erheblich zu erweitern. Die DNA-Reihenuntersuchung nach § 81h StPO ermöglicht, Körperzellen von freiwilligen Probanden zu entnehmen, diese molekulargenetisch zu untersuchen und das erlangte Identifizierungsmuster mit dem tatrelevanten Spurenmaterial automatisiert abzugleichen.⁴ Seit dem 24.08.2017 wurde die DNA-Reihenuntersuchung jedoch signifikant erweitert. Nachdem sich sowohl der Bundesgerichtshof als auch das Bundesverfassungsgericht mit der Frage des richtigen Umgangs mit Beinahetreffern auseinandergesetzt haben,⁵ hat

1 Aufgrund der besseren Lesbarkeit wird im Text das generische Maskulinum verwendet. Gemeint sind jedoch immer alle Geschlechter.

2 Lee, Gesetzliche Vorschriften zur Gewinnung und Verwendung von DNA-Informationen, S. 1.

3 Stadler-Brehm, Probleme einer DNA-Analyse, S. 1.

4 Senge, in: KK StPO, 6. Aufl., § 81h, Rn. 1.

5 BGHSt 58, 84; BVerfG, medstra 2015, 363.

diese umstrittene Konstellation eine vorerst endgültige gesetzliche Regelung erfahren.

Mit dem ‚Gesetz zur effektiveren und praxistauglichen Ausgestaltung des Strafverfahrens‘ wurde § 81h StPO dahingehend ergänzt, dass künftig das von den freiwilligen Probanden entnommene Material auch insoweit untersucht werden darf, ob das am Tatort gefundene Spurenmaterial von diesen Personen oder Verwandten in gerader Linie oder in der Seitenlinie bis zum dritten Grad stammt. Dieser Verwandtschaftsabgleich ist der erste Versuch, Beinahetreffer bei der DNA-Analyse gesetzlich zu regeln. Der zulässige Umgang mit Beinahetreffern war vor dieser Gesetzesnovellierung hoch umstritten.⁶ Der Bundesgerichtshof stellte in der für diese Novellierung maßgeblichen Entscheidung fest, dass nach der damaligen Gesetzesfassung ein Beweiserhebungsverbot für Beinahetreffer gilt. Informationen, nach denen zwar die freiwilligen Teilnehmer keine Übereinstimmung mit dem Spurenmaterial vom Tatort aufweisen, wohl aber ein Verwandtschaftsverhältnis angenommen werden könne, dürften zu diesem Zweck nicht erhoben werden.⁷ Das Bundesverfassungsgericht bestätigte diese rechtliche Einschätzung.⁸ Dieses Ergebnis wurde teilweise für eine derart erhebliche Regelungslücke gehalten, dass ein Handeln des Gesetzgebers gefordert wurde.

Mit dieser Neufassung des § 81h StPO wurde der Normzweck geändert, wodurch neue Rechtsfragen aufgeworfen und bekannte Probleme mit einem neuen Schwerpunkt diskutiert werden müssen. Fraglich ist, ob die neugefasste Norm rechtstaatlichen Anforderungen genügt – insbesondere jenen, welche die Freiheit schützen sollen. Nicht umsonst sind Freiheit und Sicherheit zwei Grundaspekte, welche in den letzten Jahren auch vom Gesetzgeber wiederholt aufgegriffen wurden und sich doch gleichzeitig konträr gegenüberstehen. Die DS-GVO soll den Bürger davor schützen, zum ‚gläsernen Menschen‘ zu werden. Gleichzeitig wurden mit der Neufassung des § 81h StPO die Quellen-

6 Beispielhaft für die Ablehnung der Verwertung von Beinahetreffern *Swoboda*, StV 2013, 461 (469 f.), während *Doege/Frahm*, in: FS Ostendorf, 227 (240 f.) für eine gesetzliche Regelung zu Gunsten der Verwertung von Beinahetreffern argumentieren.

7 BGHSt 58, 84 (93).

8 BVerfG, medstra 2015, 363 (367).

Telekommunikationsüberwachung und die Online-Durchsuchung in die StPO eingeführt.⁹ Einerseits ist Freiheit ohne Sicherheit nicht zu gewährleisten, andererseits handelt es sich um zwei Antipoden auf den Waagschalen der Verhältnismäßigkeit, welche einander stets aus dem Gleichgewicht zu bringen drohen. Wird also ein Gesetz eingeführt, um vorgeblich mehr Sicherheit zu gewährleisten, muss geprüft werden, ob die Freiheit des Einzelnen nicht unverhältnismäßig eingeschränkt wird. Immerhin ist die freiheitlich demokratische Grundordnung die Basis und maßgebliche Struktur der Bundesrepublik und wird nicht nur im Grundgesetz aufgegriffen, sondern auch vom Bundesverfassungsgericht dahingehend konkretisiert, dass der Mensch einen eigenen selbstständigen Wert besitzt und Freiheit und Gleichheit dauernde Grundwerte der staatlichen Einheit sind.¹⁰

Diese Arbeit fokussiert sich auf die Neufassung der DNA-Reihenuntersuchung und die Erweiterung der Norm auf die Verwertbarkeit von Beinahetreffern und die damit einhergehenden Veränderungen. Immerhin lautete die Empfehlung in der 2015 erschienenen Monografie von *Beck*, dass die Verwertung von Beinahetreffern gesetzlich durch eine entsprechende Ergänzung der Norm ausgeschlossen werden sollte.¹¹ Der Gesetzgeber hat sich für das Gegenteil entschieden, die Kritik an der geplanten Gesetzesneufassung ignoriert und stattdessen § 81h StPO neugefasst. Eine umfassende Untersuchung dieser neuen Gesetzeslage, welche die Verwertung von Beinahetreffern legalisiert, hat bislang noch nicht stattgefunden. Angesichts der großen Zahl an Betroffenen, die mit nur einem Verfahren nach § 81h StPO in den Fokus der Ermittlungsbehörden rücken können, ist diese Auseinandersetzung und die Beantwortung der Frage nach der Rechtsstaatlichkeit im Interesse der Allgemeinheit – denn die Reihenuntersuchung betrifft jene, die gerade keinen Anlass für eine strafrechtliche Verfolgung geboten haben. Die Betroffenen gelten als unschuldig und die Maßnahme kennt nahezu keine Begrenzung bei der Anzahl der Personen, die zur Teilnahme aufgefordert werden können. Die Folgen einer

9 Ein differenzierter Überblick über die Bestandteile der StPO-Reform aus 2017 in *Mansdörfer*, GSZ 2018, 45 ff.

10 BVerfG, NJW 1952, 1407 (1408).

11 *Beck*, Die DNA-Analyse im Strafverfahren, S. 337.

unverhältnismäßigen Maßnahme wären deshalb gravierend und mit einer Vielzahl an weiteren, nicht gerechtfertigten Eingriffen verbunden. Bereits im Vorfeld der Reform des § 81h StPO gab es nicht nur positive Rückmeldungen zum Vorhaben des Gesetzgebers. Die geplante Verwertung von Beinahetreffern war erheblicher Kritik ausgesetzt.¹² Diese Kritik richtete sich gegen die Methoden der DNA-Analyse sowie die rechtliche Gestaltung der Norm und ihren Eingriffscharakter. Davon ausgehend untersucht die vorliegende Arbeit die Fallstricke des neugefassten § 81h StPO. Dabei werden verschiedene Aspekte berücksichtigt und differenziert behandelt. Diese Differenzierung schließt auch das Ziel ein, die DNA-Reihenuntersuchung als Ermittlungsmaßnahme zu erhalten. Die Ausgangsthese ist, dass diese in der derzeitigen Form nicht rechtsstaatskonform ist. Es muss deshalb ein Gleichgewicht gefunden werden, wie diese Maßnahme verfassungskonform ausgestaltet und umgesetzt werden kann.

Beginnend mit der Historie der gesetzlichen Regelung der allgemeinen DNA-Analyse, erfolgt zunächst ein Rückblick, wie das Gesetz zur heutigen DNA-Reihenuntersuchung entstanden ist. Dies soll den notwendigen Kontext zu den Absichten des Gesetzgebers vermitteln. Im Zentrum dieser Darstellung steht ein Vergewaltigungsfall, der dazu führte, dass sich die Rechtsprechung erstmals mit Beinahetreffern im Rahmen des § 81h StPO befasste. Die Folgen dieser Rechtsprechung des BGH und BVerfG werden aufgezeigt und ihre Auswirkungen auf die aktuelle Gesetzeslage erläutert.

Anschließend werden Vorgehen und Aussagekraft der forensischen DNA-Analyse dargelegt und analysiert. Beginnend mit der DNA-Analyse im Allgemeinen, wird anschließend auf die wissenschaftlichen Methoden bei der Verwertung von Beinahetreffern eingegangen. Einer der Vorwürfe, die hier geäußert werden, verdient besondere Aufmerksamkeit: Die im Rahmen des Abgleichs ermittelten Beinahetreffer könnten fälschlicherweise auf verwandtschaftliche Beziehungen hinweisen, obwohl die Übereinstimmungen lediglich auf der gleichen ethnischen Zugehörigkeit des freiwillig Mitwirkenden und des Täters

¹² *Swoboda*, StV 2013, 461 (469); entschieden gegen eine Verwertung von Beinahetreffern *de lege ferenda*: *Beck*, Die DNA-Analyse im Strafverfahren, 337 f.

basieren.¹³ Würde dies zutreffen, wären die Auswirkungen umso verheerender, denn so könnte eine Vielzahl Unschuldiger ins Zentrum der Ermittlungen geraten, ohne dass ein anderer belastbarer Hinweis als die ethnische Gruppenzugehörigkeit besteht.¹⁴ Wie solche Probleme umgangen und die Beweiskraft von Beinahetreffern gestärkt werden kann, wird ebenfalls diskutiert.

Im nächsten Kapitel werden die einzelnen Merkmale der DNA-Reihenuntersuchung untersucht und die Auswirkungen der Erweiterung auf die Bestandteile der Norm. Herausgestellt wird die Tragweite der Neufassung und inwiefern sich der Normzweck und die Untersuchungsreichweite verändert haben. Hier kommt eine weitere Gesetzesänderung zum Tragen. Die erweiterte DNA-Analyse nach § 81e StPO, die die Auswertung von DNA-Material unbekannter Herkunft auf äußere Merkmale des Spurenverursachers erlaubt, wird untersucht. Diese soll die Priorisierung der Probanden der DNA-Reihenuntersuchung vereinfachen. Hinterfragt wird, ob dies wirklich der Fall ist, und welche verfassungsrechtlichen Bedenken bestehen. Das Unterkapitel schließt mit umfassenden Verbesserungsvorschlägen und Hinweisen, wie die DNA-Reihenuntersuchung und die erweiterte DNA-Analyse sinnvoll kombiniert werden können.

Bei der Prüfung der Auswirkungen steht die Verhältnismäßigkeit der neugefassten DNA-Reihenuntersuchung besonders im Fokus. Diese Prüfung gliedert sich in mehrere Teilaspekte, die gleichermaßen dafür verantwortlich sind, dass § 81h StPO verhältnismäßig angewandt werden kann. Grundrechtseingriffe werden aufgezeigt und die Einordnung der Maßnahme als *ultima ratio* wird begründet.

Charakteristisch für die DNA-Reihenuntersuchung ist die Freiwilligkeit der Probanden, welche ohne ihre Zustimmung nicht untersucht werden dürfen. Deshalb wird anschließend erörtert, in welche Grundrechtseingriffe Probanden einwilligen können und wie die Voraussetzungen hierfür beschaffen sein müssen. Zu hinterfragen ist die intrinsische Motivation des freiwilligen Probanden. Denn selbst wenn ein rechtliches Dürfen hinsichtlich der Einwilligung in die DNA-Analyse vorliegt, ist damit noch nicht gesagt, dass die Freiwilligkeit beim

13 Beck, Die DNA-Analyse im Strafverfahren, S. 337.

14 Beck, Die DNA-Analyse im Strafverfahren, S. 337.

Entscheidungsprozess garantiert ist. Die Entscheidung muss jedoch freiwillig erfolgen, denn eines der entscheidenden Merkmale des § 81h StPO neben dem richterlichen Vorbehalt, ist die freiwillige Entscheidung der Probanden.

Die Freiheit von Zwang ist eine der zentralen Fragen, die nach der Neufassung der Norm beantwortet werden muss. Mit der Freiwilligkeit der Probanden begründete der Gesetzgeber unter anderem auch die Erweiterung auf Beinahetreffer. Niemand muss seine Angehörigen der Strafverfolgung aussetzen, da eine Teilnahme nicht erzwungen werden kann. Doch für eine wirklich freie Entscheidung bedarf es der Gleichwertigkeit der Optionen ohne Zwangsandrohung von staatlicher Seite. Dass es sich bei der DNA-Untersuchung trotz vorgegeblicher Freiwilligkeit der Probanden im Grunde um eine versteckte Zwangsmaßnahme handeln könnte, ist seit jeher ein zentraler Kritikpunkt.¹⁵ Doch mit der veränderten Interessenlage bedarf es hier einer neuen Untersuchung und Abwägung, ob sich priorisierte Probanden in einer freien Entschlussfassung befinden. Immerhin muss sich der Betroffene mittels der nach § 81h Abs. 4 StPO notwendigen Belehrung bewusst sein, dass die freiwillige Abgabe seiner DNA einen Angehörigen ins Visier der Strafverfolgungsbehörden rücken kann.¹⁶

Das Ziel der Diskussion dieser Kritikpunkte ist die Verbesserung der DNA-Reihenuntersuchung. Die hier diskutierten Lösungsvorschläge sollen die Maßnahme so gestalten, dass sie sowohl den Untersuchungszweck erreicht als auch rechtmäßig ist. Hierbei werden mehrere Einzelprobleme erörtert, die durch die Neufassung des § 81h StPO entstanden sind oder dadurch verstärkt werden. Im Ergebnis ist es möglich, diese Maßnahme verhältnismäßig anzuwenden, sofern einige Anpassungen erfolgen. Die wichtigste betrifft den Entscheidungsprozess der Probanden, der Freiwilligkeit gewährleisten muss. Die verschiedenen Ebenen, auf denen die Maßnahme problematisch ist, sind dennoch alle wichtig, um gemeinsam mit jeder Verbesserung die Frei-

15 Wickert, Der DNA-Massentest nach § 81h StPO S. 401; in dieser Dissertation setzt sich Wickert ausführlich mit der Frage der Freiwilligkeit der Betroffenen auseinander.

16 Swoboda, StV 2013, 461 (467).

willigkeit zu gewährleisten. Ein abschließendes Fazit fasst die zuvor gewonnenen Erkenntnisse zusammen.

B. Die Entwicklung der DNA-Reihenuntersuchung

I. Die rechtliche Gestaltung bis 2005

Der § 81h StPO regelt die bis zum 12.08.2005 gesetzlich nicht erfasste Reihenuntersuchung und wurde mit dem Gesetz zur Novellierung der forensischen DNA-Analyse eingeführt (BGBl. I 2005 S. 2360).¹⁷ Prinzipiell soll dieses Verfahren dazu dienen, den Kreis der als Täter in Betracht kommenden Personen zu verringern, indem alle negativ getesteten Personen als potentielle Tatverdächtige ausscheiden.¹⁸ Die Einführung der Norm diene der Rechtssicherheit, denn auch mit Einverständnis der Probanden war die Zulässigkeit der Durchführung eines solchen „Massenscreenings“ ohne klar gestaltete Norm nicht unumstritten.¹⁹ Der Weg der gesetzlichen Regelung von DNA-Analysen wird bisweilen als wenig geradlinig beschrieben, was auf den Anfängen dieser Ermittlungsmaßnahme beruht.²⁰

1. Praxis bis zum 17.03.1997

Vor der gesetzlichen Regelung zur DNA-Analyse wurden erste Reihenuntersuchungen in den achtziger Jahren durchgeführt, ohne dass die Strafverfolgungsbehörden eine konkrete rechtliche Basis für ihr Handeln hatten. Eine solche wurde stattdessen aus §§ 81a, 81c StPO abgeleitet.²¹ Hierbei ist wichtig zu beachten, dass nicht nur die Reihenuntersuchung auf dieser Grundlage geschah, sondern grundsätzlich alle Verfahren, die den genetischen Fingerabdruck zum Gegenstand

17 *Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, § 81h StPO Rn. 1.

18 *Satzger*, JZ 2001, 639 (647).

19 *Brauer*, in: Heidelberger Kommentar StPO, § 81h Rn. 1.

20 *Rogall*, in: SK-StPO, § 81h Rn. 116.

21 BGHSt 37, 157 (158); LG Heilbronn, NJW 1990, 784 (785 f.).

hatten.²² Auch wenn dies vor dem Hintergrund der heutigen gesetzlichen Regelung unverständlich erscheinen mag, wurde eine Regelungslücke von der Rechtsprechung verneint. Nach damaliger Auffassung des BVerfG stellte § 81a StPO eine ausreichende Grundlage dar, um mittels einer DNA-Analyse einen Täter auszuschließen oder festzustellen, solange dabei der codierende Teil der DNA unberührt blieb und der Beweiswert einer kritischen Würdigung unterzogen wurde.²³ Eben dieser Leitsatz fand auch auf das Verfahren Anwendung, welches heutzutage als DNA-Reihenuntersuchung bekannt ist.²⁴

Mit dieser Begründung wurde die Anwendung des § 81a StPO als rechtlich ausreichende Grundlage gesehen, obwohl sich Gegenstimmen in der Literatur regten, welche § 81 a StPO als Begründung für die Ermittlungsmaßnahme der Genomanalyse bestritten.²⁵ Im Raum stand insbesondere die Frage, ob das Recht auf informationelle Selbstbestimmung der DNA-Analyse gewisse Grenzen setzt und der Gesetzgeber eine auf die DNA-Analyse zugeschnittene gesetzliche Regelung erlassen müsse.²⁶ Die vermehrt geäußerten Bedenken aus der Literatur konnten ihrerseits keine einheitliche Lösung präsentieren, wie eine angemessene gesetzliche Regelung der DNA-Analyse ausgestaltet sein sollte.²⁷

2. Strafverfahrensänderungsgesetz – DNA-Analyse (1997)

Trotz dieser Uneinigkeit innerhalb der kritischen Stimmen konnte der Gesetzgeber zu einem ersten Schritt der gesetzlichen Regelung der DNA-Analyse bewegt werden. Dies kann mit Blick auf die Uneinigkeit, die innerhalb der Legislative hinsichtlich Zulässigkeit und Regelungsbedarf der DNA-Analyse herrschte,²⁸ als Kompromissversuch gewertet werden, der Kritik an der Genomanalyse entgegenzutreten.

22 Rogall, in: SK-StPO, § 81a Rn. 112.

23 Rogall, in: SK-StPO, § 81a Rn. 112; BVerfG, NStZ 1996, 45 f.

24 BVerfG, NJW 1996, 1587 f.

25 Keller, NJW 1989, 2289 (2296).

26 Rogall, in: FS F.C. Schröder, 691 (692); Rogall, in: SK-StPO, § 81a Rn. 115.

27 Rogall, in: SK-StPO, § 81a Rn. 115.

28 Rogall, in: SK-StPO, § 81a Rn. 116.

Die sich ausbreitende Sorge, dass bei Ausbleiben einer Regelung das tatsächliche Verfahren weit über das gesetzlich legitimierte Maß hinauszuwachsen drohte,²⁹ führten schließlich zum ersten Gesetz, welches DNA-Analysen 1997 in die StPO einführte.³⁰ Dieses Gesetz beschäftigte sich noch nicht mit der Reihenuntersuchung, wie sie der § 81h StPO später regeln sollte, sondern etablierte den § 81e StPO, der die Bedenken in der Bevölkerung vor unverhältnismäßigen Eingriffen durch molekulargenetische Untersuchungen zerstreuen sollte.³¹ Die eingeführte Norm regelte, dass molekulargenetische Untersuchungen von Körpermaterial des Beschuldigten und anderer Personen sowie an beschlagnahmtem und oder sichergestelltem Spurenmaterial zulässig seien. Gleichzeitig unterliegen sie aber einer klaren Zweckbindung, nämlich der Feststellung der Abstammung oder dem Abgleich von Beschuldigten- und Spurenmaterial.³² Zudem wurde ein Richtervorbehalt für molekulargenetische Untersuchungen eingeführt und das Verfahren und die Anforderungen an eine Untersuchung nach § 81e StPO in § 81f StPO normiert.³³

3. Gesetz zur Änderung der Strafprozessordnung (1998)

Damit, und auch mit dem Gesetz zur Änderung der Strafprozessordnung (DNA-Identitätsfeststellungsgesetz) vom 07. September 1998, tat sich wenig hinsichtlich einer gesetzlichen Regelung, die speziell auf den DNA-Reihengentest zugeschnitten gewesen wäre. Nichtsdestotrotz wurden andere Anwendungsbereiche der DNA-Analyse durch den Gesetzgeber geregelt. Eingeführt wurde § 81g StPO. Er hob die gesetzlich geregelte DNA-Analyse aus dem Anwendungsbereich im anhängigen Strafverfahren und erweiterte sie auf künftige Strafverfahren.³⁴ Mit dem DNA-Identitätsfeststellungsgesetz wurde der Grundstein für eine

29 Keller, NJW 1989, 2289 (2295 f.).

30 Wickert, Der DNA-Massentest nach § 81h StPO, S. 38 f.

31 BT-Drucks. 13/667, S. 1.

32 Wickert, Der DNA-Massentest nach § 81h StPO, S. 39.

33 Wickert, Der DNA-Massentest nach § 81h StPO, S. 39; Rogall, in: FS F.C. Schröder, 691 (693).

34 BT-Drucks. 13/10791, S. 3.

zentrale Datei gelegt, in der DNA-Profile gespeichert und künftig abgeglichen werden sollten.³⁵ Diese Datei wurde angelegt als elektronischer Datenverbund zwischen Bund und Ländern, für den das BKA die notwendige Infrastruktur zur Verfügung stellt.³⁶ Die damit einhergehende Einführung des § 81g StPO eröffnete gemeinsam mit dem 1998 eingeführten § 2 DNA-Identitätsfeststellungsgesetz (DNA-IFG) die Möglichkeit, Spuren „zeitversetzt“ zuordnen zu können und Proben zum Abgleich nicht länger nur anlassbezogen im Kontext einer gegenwärtig aufzuklärenden Tat zu sammeln. Entsprechende Datensätze konnten für einen späteren Abgleich gespeichert werden, sodass zunächst einschlägig auffällig gewordene Personen auf ihre Beteiligung an der neuen Tat hin geprüft werden konnten. Die Speicherung der DNA-Identifizierungsmuster bereits verurteilter Straftäter (§ 2 DNA-Identitätsfeststellungsgesetz) und die Entnahme und molekulargenetische Untersuchung von Körperzellen des Beschuldigten für Feststellungen bei künftigen Strafverfahren (§ 81g StPO) stellte somit eine Neuausrichtung der DNA-Untersuchungen dar. Anstatt Körperzellen im anhängigen Strafverfahren zu sammeln und auszuwerten, ermöglichten diese neu eingeführten Normen nun bei Spurenmaterial den Rückgriff auf Datensätze. Somit konnte man bei einem Treffer von Funden am Tatort mit Datensätzen aus der Datenbank Tatverdächtige wesentlich schneller ermitteln. Voraussetzung für ein solches Vorgehen war zunächst eine Anlasstat in Kombination mit einer sog. Negativprognose. Für eine Negativprognose muss ein Beschuldigter einer Straftat von erheblicher Bedeutung verdächtig sein und gleichzeitig müssen bestimmte Anhaltspunkte Grund zur Annahme bieten, dass gegen ihn künftig erneut ein Strafverfahren der vorbezeichneten Art durchzuführen sei.³⁷ § 2 DNA-IFG erweiterte den Anwendungsbereich auf Personen, die rechtskräftig verurteilt wurden oder solchen gleichzustellen sind.³⁸

Der Gesetzgeber erkannte somit früh, dass die DNA-Analyse vielseitige Möglichkeiten bietet, das Ermittlungsverfahren zu straffen und zu optimieren und begann, einschlägige Maßnahmen ins Gesetz aufzunehmen. Dennoch beschränkte sich der Anwendungsbereich der

35 Wickert, Der DNA-Massentest nach § 81h StPO, 39.

36 Busch, NJW 2002, 1754 (1755).

37 Rogall, in: FS F.C. Schröder, 691 (694).

38 Beck, Die DNA-Analyse im Strafverfahren, S. 33.

Normen zur DNA-Analyse weiterhin auf Fälle, in denen DNA-Identifizierungsmuster von Beschuldigten entnommen wurden, sei es zur Aufklärung anhängiger oder künftiger Strafverfahren. Eine Antwort des Gesetzgebers, wie mit Unschuldigen in einem Verfahren der DNA-Reihenuntersuchung umzugehen sei, blieb mit dieser Gesetzesänderung aus.

4. Gesetz zur Änderung der Vorschriften über die Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung und zur Änderung anderer Vorschriften (2003)

Weitreichende Änderungen gab es schließlich 2003. Zum einen wurde die DNA-Analyse in künftigen sowie in bereits anhängigen Verfahren auf die Befugnis erstreckt, das Geschlecht der betreffenden Person zu bestimmen.³⁹ Zum anderen wurde bei § 81g StPO die doppelte Einhegung von qualifizierter Negativprognose und Anlasstat von erheblicher Bedeutung aufgehoben. Während die qualifizierte Negativprognose aufrechterhalten wurde, wurden die Anlassstraftaten bei § 81g StPO mittels des SexStrÄndG dahingehend erweitert, dass auch Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung im Sinne der §§ 174 bis 184f StGB a.F. genügten. Für die Negativprognose blieb es jedoch bei dem Erfordernis, dass künftige Verfahren wegen Straftaten von erheblicher Bedeutung prognostiziert werden müssen.⁴⁰

Die Anwendbarkeit der Ermittlungsmaßnahme in Abhängigkeit von der Schwere der verfolgten Tat ist ein Prinzip, welches später auch bei der gesetzlichen Regelung der Reihenuntersuchung aufgegriffen werden sollte. Dies ist gleichzeitig nicht die einzige Parallele zwischen diesen Normen, weshalb die Reaktion auf die Neufassung des § 81g StPO eine genauere Betrachtung verdient. Vermutet wurde, dass der Gesetzgeber bereits zu diesem Zeitpunkt das Ziel vor Augen hatte, die DNA-Analyse in ein umfassendes Instrument der Verbrechensaufklärung auszubauen, da davon ausgegangen wurde, dass es eine hoch-

39 *Duttge/Hörnle/Renzikowski*, NJW 2004, 1065 (1070), die Erweiterung gilt auch für Fälle des Leichenfundes nach § 88 Abs. 1 StPO.

40 *Rogall*, in: FS F.C. Schröder, 691 (696).

effiziente Aufklärungsmethode ist, die zudem frei von menschlichen Schwächen ist.⁴¹ Die in diesem Zuge beschlossene Neufassung des § 81g StPO übersehe und ignoriere aber Fehlerquellen, welche bei Vornahme und Auswertung von DNA-Analysen bestünden.⁴² Dem Gesetzgeber wurde vorgeworfen, ungeachtet der höchstrichterlich festgelegten Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit,⁴³ die Maßnahme nach § 81g StPO auszuweiten und dabei sowohl ihren tatsächlichen Nutzen als auch ihre Zuverlässigkeit nicht realitätsgetreu abzubilden.⁴⁴ Die neugefasste Norm sei in dieser Fassung nicht verfassungsgemäß und nicht haltbar. Die Änderung sei deshalb so schnell wie möglich zurückzunehmen.⁴⁵ Zudem sei zu befürchten, dass die qualitative Absenkung der Anlasstaten in Zukunft fortgesetzt werden könnte.⁴⁶

Die Gesetzesbegründung sah zu dem Kritikpunkt der Durchbrechung verfassungsmäßiger Standards, welche die Wahrung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung sicherstellen sollen, vor, dass bei Herabsenkung der Anforderungen an die Anlasstat ein umso höherer Anspruch an die Negativprognose zu stellen sei.⁴⁷ Die Gerichte müssten sich eingehend mit Tat und Täter auseinandersetzen, um so zu einer fundierten und belastbar tragfähigen Entscheidung zu kommen.⁴⁸ Dass die Anlasstat dabei gleichzeitig nur die Funktion habe, eine Prüfung der Negativprognose auszulösen⁴⁹ und sich hieraus ein Widerspruch ergeben könnte, sei dahingestellt. Jedenfalls sei durch den gestiegenen Anspruch an die Negativprognose der Verhältnismä-

41 *Neubert-Kirfel*, Kriminalistik 2000, 398 (399); *Duttge/Hörnle/Renzikowski*, NJW 2004, 1065 (1071) mit weiteren Nachweisen.

42 *Duttge/Hörnle/Renzikowski*, NJW 2004, 1065 (1071); *Neuhaus*, in: Gedächtnisschrift f. Schlüchter, 535 (536 ff.) mit Beispielen für Verfahren mit schwerwiegenden Fehlerinterpretationen. Der Beitrag von *Neuhaus* ist von 2002: eine vertiefte Auseinandersetzung mit heutigen Verfahren zuzüglich der Erweiterung um die Auswertung von Beinahetreffern und inwiefern es dabei zu Fehlern kommen kann, erfolgt an späterer Stelle.

43 *Duttge/Hörnle/Renzikowski*, NJW 2004, 1065 (1071) mit Verweis auf BVerfG, NJW 2001, 2320 (2321).

44 *Duttge/Hörnle/Renzikowski*, NJW 2004, 1065 (1071).

45 *Duttge/Hörnle/Renzikowski*, NJW 2004, 1065 (1072).

46 *Hasselbach*, Die Novellierung der forensischen DNA-Analyse, S. 119.

47 *Beck*, Die DNA-Analyse im Strafverfahren, S. 39; BT-Drucks. 15/350, S. 11.

48 BT-Drucks. 15/350, S. 11.

49 BT-Drucks. 15/350, S. 11.

ßigkeit der Norm genüge getan.⁵⁰ Dem wurde entgegengehalten, dass völlig ungeklärt sei, anhand welcher Kriterien sich der gleichwertige Unrechtsgehalt zu Straftaten von erheblicher Bedeutung ablesen lassen solle.⁵¹ Die Verantwortung, die grundrechtliche Relevanz des Eingriffs nicht aus den Augen zu verlieren und zu berücksichtigen, lag somit bei der Judikative.⁵²

Bei einer vertieften Auseinandersetzung mit der Frage, ob die Grundlage, auf welcher der § 81g StPO neugefasst wurde, nach mehrjähriger Anwendung tatsächlich haltbar sei, wurde festgestellt, dass nach Jahren der Anwendung durch die verantwortlichen Stellen die Kritik an der Neufassung berechtigt war.⁵³ Weder sei die Negativprognose ein valides Mittel, um potentielle künftige Täter zu identifizieren, noch hätten die zuständigen Stellen die notwendigen Ressourcen, um sie in dem erforderlichen Maße durchzuführen, um tatsächlich jene wenige Personen zu identifizieren, die nach einer weniger erheblichen Straftat gegen die sexuelle Selbstbestimmung später eine Vergewaltigung begehen könnten.⁵⁴ Stattdessen drohen Automatismen und eine sinkende Qualität der Prognosen.⁵⁵ In der Praxis seien zudem deutliche Bestrebungen zu erkennen, den Anwendungsbereich der Norm auszuweiten.⁵⁶ So befanden sich zum Stand vom 31. Juli 2017 DNA-Identifizierungsmuster von 5.914 Menschen in der DNA-Analyse-Datei (abgekürzt DAD), die jeweils wegen des Verdachts auf Beleidigung gespeichert wurden.⁵⁷ Wie anhand einer Beleidigung eine qualifizierte Negativprognose hinsichtlich einer schweren Straftat getroffen werden kann, bleibt ungeklärt. Ferner habe bereits 2008 eine stichprobenartige Untersuchung gezeigt, dass die in der DAD des BKA gespeicherten Datensätze zu 42% nicht den Speicherkriterien des zu Grunde liegenden Gesetzes entsprachen, womit eine rechtskonforme Praxis

50 BT-Drucks. 15/350, S. 11.

51 *Hasselbach*, Die Novellierung der forensischen DNA-Analyse, S. 119.

52 *Hasselbach*, Die Novellierung der forensischen DNA-Analyse, S. 119.

53 *Beck*, Die DNA-Analyse im Strafverfahren, S. 174.

54 *Beck*, Die DNA-Analyse im Strafverfahren, S. 174.

55 *Beck*, Die DNA-Analyse im Strafverfahren, S. 174.

56 *Petri*, in: Lisken/Denninger, HdB des PolR, A. Rn. 127.

57 BT-Drucks. 18/13411, S. 5.