

In: Institut für Kriminalwissenschaften (Hg.): Jenseits des rechtsstaatlichen Strafrechts, Frankfurt a.M. 2007, S. 567-580.

MICHAEL JASCH

## Staatlicher Zugriff auf die Gene: Die Ausweitung der DNA-Analyse für Zwecke künftiger Strafverfahren

- I. DNA-Analyse bei „sonstigen Straftaten“**
- II. Systemfremd: Das quantitative „Unrecht“**
- III. Auf Sand gebaut: Die Prognose**
- IV. Verfassungsrechtliche Bedenken**
  - 1. Persönlichkeitsrecht oder informationelle Selbstbestimmung?
  - 2. Bestimmtheitsgebot
  - 3. Verhältnismäßigkeitsgrundsatz
- V. Fazit**

Manchmal haben es Kriminalpolitiker leicht: Da wird ein spektakuläres Tötungsverbrechen innerhalb weniger Tage mit Hilfe des DNA-Identifizierungsverfahrens aufgeklärt<sup>1</sup>, und schon scheint die Notwendigkeit einer möglichst umfangreichen Erfassung der genetischen Muster von Bürgern ganz selbstverständlich zu sein. Da verwundert es kaum, dass der jüngsten Ausweitung der Analyse- und Speichermöglichkeiten von DNA-Mustern für die Zwecke künftiger Strafverfahren keine nennenswerte öffentliche Diskussion vorausgegangen ist. Doch die wäre nötig gewesen und ist es noch immer. Denn der staatliche Zugriff auf die DNA-Muster seiner Bürger wird, wenn man frühere Bekundungen<sup>2</sup> aus den gegenwärtigen Berliner Regierungsparteien ernst nimmt, künftig noch intensiver werden. Der jüngste Schritt in diese Richtung erfolgte durch die Novellierung des § 81 g StPO, dessen neue Fassung am 1. November 2005 in Kraft trat. Mit dieser Neuregelung hat es sich der Gesetzgeber allerdings zu leicht gemacht. Denn nach monatelangen parlamentarischen Beratungen ist eine wenig gelungene Regelung herausgekommen, die strafrechtsdogmatische Kategorien missachtet (dazu unten: II.), kriminologisch nicht begründbar ist (III.) und verfassungsrechtlichen Vorgaben nicht gerecht wird (IV.).

---

<sup>1</sup> So geschehen im Fall der Ermordung des Münchener Modemachers *Rudolph Mooshammer* im Januar 2005.

<sup>2</sup> Insbesondere das Vorhaben der CDU/CSU, die DNA-Feststellung dem Fingerabdruck gleichzustellen, vgl.: BT-Drs. 15/4926.

## I. DNA-Analyse bei „sonstigen Straftaten“

Nachdem der britische Biologe Alec Jeffrey vor 20 Jahren das „Fingerabdruck-Verfahren“ für den sogenannten nicht-codierenden Teil des menschlichen Erbgutes<sup>3</sup> entwickelt hatte, wurde dessen kriminalistisches Potential schnell offensichtlich. Die im Vergleich mit anderen Erkennungstechniken wesentlich geringere Fehlerquote sowie die große Bandbreite verwertbarer Tatortspuren nährten die Hoffnung der Kriminalisten, hier sei ein Identifizierungsmuster gefunden, das über kurz oder lang die mehr als 150 Jahre alte Daktyloskopie ablösen würde. Zu einer ersten gesetzlichen Regelung der Verwendung dieser Technologie im Strafverfahren kam es in Deutschland dennoch erst im Jahr 1997.<sup>4</sup> Ein Jahr später wurden mit dem DNA-Identifizierungsgesetz und § 81 g StPO die Rechtsgrundlagen für die Einrichtung einer DNA-Datenbank beim Bundeskriminalamt sowie erstmals für die Speicherung von DNA-Proben nicht nur für die Zwecke eines anhängigen, sondern auch für ein eventuell in der Zukunft zu führendes Strafverfahren geschaffen. Diese Tendenz zur prophylaktischen Sammlung von DNA-Daten hält an und hat ihren Endpunkt wohl noch nicht erreicht. Den vorläufigen Höhepunkt dieser Entwicklung bildet der in § 81 g Abs.1 StPO neu eingefügte<sup>5</sup> Satz 2: Während eine Speicherung der Daten für Zwecke künftiger Ermittlungen bis dato nur anlässlich einer „Straftat von erheblicher Bedeutung“ oder eines Sexualdeliktes erfolgen konnte, reicht nunmehr eine „sonstige Straftat“ aus, wenn deren „wiederholte Begehung (...) im Unrechtsgehalt einer Straftat von erheblicher Bedeutung“ gleichsteht. Mit diesem Satz wurde die DNA-Speicherung auf Bagatelltäter wie Ladendiebe, Graffiti-Sprayer und Kleindealer ausgedehnt, soweit diese nur mehrfach polizeilich in Erscheinung getreten sind und „Grund zu der Annahme besteht“, der Beschuldigte werde auch künftig Straftaten begehen. Schon kurz nach dem Inkrafttreten des Gesetzes wurde bezweifelt, ob es sich hier um eine justiziable und hinreichend bestimmte Norm handelt.<sup>6</sup> Diese Zweifel sind, wie nachfolgend aufgezeigt werden soll, mehr als begründet.

---

<sup>3</sup> Ausführlich zu den biologischen Hintergründen: *Rath/Brinkmann*: Strafverfahrensänderungsgesetz – DNA-Analyse und DNA-Identitätsfeststellungsgesetz aus fachwissenschaftlicher Sicht, NJW 1999, S. 2697, sowie die Beiträge in *Robbers/Umbach* u.a. (Hg.): Innere Sicherheit, Menschenwürde, Gentechnologie, Frankfurt a.M. 2005.

<sup>4</sup> Durch das Strafverfahrensänderungsgesetz 1997, BGBl. I S. 534.

<sup>5</sup> Eingefügt durch das Gesetz zur Novellierung der forensischen DNA-Analyse v. 12.8.2005, BGBl. I, S. 2360, in Kraft getreten am 1.11.2005.

<sup>6</sup> *Senge*: Die Neuregelung der forensischen DNA-Analyse, NJW 2005, S. 3031.

## II. Systemfremd: Das quantitative „Unrecht“

Die Gleichstellung des Unrechtsgehaltes einer wiederholten Begehung irgendeines Strafdelikttes mit demjenigen einer schweren Gewalt- oder Sexualstraftat ist hoch problematisch. Der Gesetzgebers ignoriert mit dieser Formulierung die tradierten Elemente des Straftatbegriffes und geht von einem verfehlten Verständnis von „Unrecht“ aus, in dem er die quantitative Dimension „wiederholte Begehung“ mit der qualitativen Dimension der erheblichen Straftaten gleichstellt. Das wird deutlich, wenn man der Frage nachgeht, woraus eigentlich das Unrecht eines Strafdelikttes besteht.

Das Unrecht einer Handlung muss zunächst in einem gesetzlichen Tatbestand umschrieben werden. Ihr Unrechtsgehalt wird einerseits durch die Entscheidung des Gesetzgebers, dass es sich bei dem beschriebenen Verhalten überhaupt um strafwürdiges Unrecht handelt, andererseits durch die konkrete Strafandrohung bestimmt. Bevor einem Täter die Verwirklichung dieses Unrechtstatbestandes vorgeworfen werden kann, tritt als weitere Voraussetzung hinzu, dass seine Handlung im Widerspruch zur gesamten Rechtsordnung stand, also rechtswidrig war.<sup>7</sup> Damit liegt das Unrecht einer Straftat allein in der Vornahme einer rechtswidrigen, in dem gesetzlichen Tatbestand typisierten Handlung.<sup>8</sup> Anders ausgedrückt: Unrecht wird dadurch verwirklicht, dass die verbotene Handlung konkret vorgenommen wird und sie nicht ausnahmsweise durch bestimmte Umstände gerechtfertigt ist.

Vergegenwärtigt man sich diesen Unrechtsbegriff so wird klar, dass die strafverfahrensrechtliche Gleichsetzung einer wiederholten mit einer erheblichen Unrechtsverwirklichung systemfremd ist. Auf der einen Seite stünde die „Straftat von erheblicher Bedeutung“, für deren Bestimmung sich mittlerweile einigermaßen praktikable Kriterien<sup>9</sup> herausgebildet haben. Was aber wäre auf die andere Seite des

---

<sup>7</sup> Sch-Sch-Lenckner, 26. Aufl., vor § 13 Rn. 46 f.

<sup>8</sup> So die heute ganz überwiegende Auffassung, siehe nur Naucke: Strafrecht - eine Einführung, 10. Aufl., Neuwied 2002, § 7 Rn. 89; Roxin: Strafrecht AT, Bd. I, 4. Aufl., München 2006, § 7 Rn. 7; Jescheck/Weigend: Strafrecht AT, 5. Aufl., Berlin 1996, § 25 I 2; Sch-Sch-Lenckner, 26. Aufl., vor § 13 Rn. 51.

<sup>9</sup> Zur Bestimmung dieses unbestimmten Rechtsbegriffs: Meyer-Goßner: Strafprozessordnung, 48. Aufl., § 81 g, Rn. 7.

Gleichheitszeichens zu setzen? Dort stünde nach der Konzeption des neuen § 81 g Abs.1 StPO keine konkrete Handlung, sondern etwas völlig Neues: Ein eigenständiges „Unrecht“, dass allein durch die Summe früherer Delikte konstituiert wird, vom Unrecht dieser einzelnen Taten aber verschieden ist.

Strafrechtliches Unrecht kann aber nur durch eine konkrete Tat verwirklicht werden. Indem § 81 Abs.1 Satz 2 StPO allein an die wiederholte Begehung einen „Unrechtsgehalt“ knüpft wird versucht, einen völlig neuen, eigenständigen Unrechtstatbestand der Wiederholungstäterschaft zu kreieren. Ein solcher Unrechtstatbestand existiert aber nicht und kann in dieser Unbestimmtheit auch nicht existieren. Zudem stellt die Idee, es gäbe ein gesondertes „Unrecht“ der wiederholten Begehung, eine Abkehr von dem allgemein anerkannten Prinzip des Tatstrafrechts dar. Der Umstand, dass jemand eine Straftat in der Vergangenheit bereits fünfzehnmal begangen hat, mag ihm im Rahmen der persönlichen Zurechnung einer Tat – also auf der unter Strafrechtjuristen als „Schuld“ bezeichneten Wertungsstufe – sowie im Rahmen der Strafzumessung zum Vorwurf gemacht werden. Mit Unrecht im Sinne der strafrechtlichen Terminologie hat dies aber nichts zu tun und kann daher auch nicht mit demjenigen eines erheblichen Deliktes gleichgesetzt werden.

Die StPO-Novelle aber ignoriert diese elementaren Grundsätze, indem sie dem Richter im Einzelfall anheim stellt, einen neuen, gesetzlich überhaupt nicht vorgesehenen Unrechtstypus zu „erfinden“: Es bleibt dem Rechtsanwender überlassen, ob beispielsweise zwanzig Ladendiebstähle oder bereits drei Taten dieser Art mit einer bestimmten Schadenshöhe oder etwa fünf Diebstahlstaten in sehr naher zeitlicher Abfolge „im Unrechtsgehalt“ als gleichwertig mit einer schweren Körperverletzung anzusehen sind.<sup>10</sup> Selbst wenn durch die Rechtsprechung künftig Kriterien für die Beantwortung dieser Frage entwickelt werden sollten, so können diese nur wenig konkret und praktikabel bleiben. Eine neue, sich stimmig in das System des materiellen und formellen Strafrechts einfügende Kategorie von „Unrecht“ kann dadurch nicht geschaffen werden.

---

<sup>10</sup> An einer Gleichwertigkeit von Bagatelldelikten und erheblichen Taten zweifelnd und daher für eine „zurückhaltende Anwendung“ der Vorschrift eintretend auch *Senge* (Fn. 6), S. 3031.

### III. Auf Sand gebaut: Die Prognose

Aus kriminologischer Sicht ist die Norm nicht sinnvoll und lässt auch nicht die kriminalistischen Erfolge erwarten, die ihr teilweise zugeschrieben werden. Die neue Zwangsmaßnahme zielt offensichtlich ab auf die Erfassung der DNA von Mehrfachtätern, denen auch für die Zukunft eine häufige Deliktsbegehung zugetraut wird. Dabei erfordert die neue Gesetzeslage nicht einmal die Befürchtung, der Betroffene werde künftig erhebliche Straftaten oder Sexualdelikte begehen. Vielmehr reicht auch für die Zukunftsprognose die Annahme aus, es werde künftig zur Begehung irgendwelcher Straftaten kommen.<sup>11</sup>

Ob, und wenn ja auf welcher Grundlage, eine derartige Negativprognose überhaupt getroffen werden kann, ist aber mehr als zweifelhaft. Schon die während des Gesetzgebungsverfahrens vorgebrachte und in der Fachliteratur teils überraschend unreflektiert übernommene<sup>12</sup> Begründung für die vermeintliche Notwendigkeit der DNA-Speicherung von Bagateltätern war ausgesprochen dünn<sup>13</sup> und in methodischer Hinsicht offensichtlich fehlerhaft. Bezug genommen wurde dort lediglich auf den Befund, dass die Kriminalbiographien von Sexualstraftätern häufig frühere Verurteilungen wegen anderer, weniger schwerwiegender Delikte aufweisen. Zwar trifft es zu, dass die polizeilich ermittelten Täter schwerer Gewalt- und Sexualdelikte oft schon früher deliktsübergreifend auffällig geworden sind. Diese rein retrospektive Betrachtung einer speziell ausgewählten Täterpopulation verstellt jedoch den Blick auf den Normalfall, der in einer Beendigung von – selbst intensiven - Delinquenzepisoden besteht. Wer allein die im statistischen Hellfeld auftauchenden Sexualstraftäter hinsichtlich ihrer Vorbelastungen in den Blick nimmt übersieht natürlich die ganz überwiegende Masse der Ladendiebe und Straßenräuber, die nach einer bestimmten Zeit überhaupt nicht mehr mit den Strafverfolgungsbehörden in Kontakt kommen. An einem ähnlichen Problem leidet die Datenbasis, aufgrund derer sich *Killias* und Kollegen<sup>14</sup> für eine Ausweitung der DNA-Erfassung von Straftätern in der Schweiz ausgesprochen haben. An der Erhebung selbstberichteter Delinquenz von

---

<sup>11</sup> *Killias/Haas/Taroni/Margot*: Welche Verurteilten müssen in einer DNA-Profil-Datenbank erfasst werden?, *Crimiscope* 2003, Nr. 21, S. 5.

<sup>12</sup> *Lorenz*: Allgemeines Persönlichkeitsrecht und Gentechnologie, *JZ* 2005, S. 1128.

<sup>13</sup> In dem 15seitigen Gesetzentwurf (BT-Drs. 15/5674) der Regierungsfractionen findet sich nur ein einziger Satz zu kriminologischen Befunden, mit denen die Erweiterung begründet wird (a.a.O., S. 7, Nr. 3).

<sup>14</sup> *Killias/Haas/Taroni/Margot* (Fn. 11).

rund 21 000 jungen Männern zeigt sich eindrucksvoll, dass die Täter eines Vergewaltigungs- oder Gewaltdeliktens zweieinhalb- bis dreimal häufiger von mindestens einem Polizei- oder Justizkontakt während ihres bisherigen Lebens berichten als die Probanden, die keine Straftat aus diesen Deliktgruppen begangen hatten. Da die befragten Männer zum Erhebungszeitpunkt allesamt etwa 20 Jahre alt waren geben diese Daten jedoch lediglich Aufschluss über die Delinquenzbelastung bis zu einem Zeitpunkt, der unbestritten als High-Crime-Phase anzusehen ist. Wie wahrscheinlich ein völliger Abbruch, eine Fortsetzung oder gar eine Eskalation der Delinquenz ist – und dies muss im Hinblick auf DNA-Speicherungen für künftige Ermittlungen entscheidend sein – wird damit nicht gesagt.

Der gegenwärtige Stand der kriminologischen Forschung erlaubt es nicht, allein von einer häufigen Deliktsbegehung im Bagatellbereich auf eine langfristige Fortsetzung der Straffälligkeit, und schon gar nicht auf eine Steigerung der Deliktsschwere zu schließen.<sup>15</sup> Vielmehr haben die empirischen Analysen von individuellen Lebensläufen gezeigt, dass ein Ausstieg aus der Delinquenz jederzeit möglich ist und von einem großen Teil der intensiv Straffälligen auch vollzogen wird. In diese Richtung wies bereits eine von *Stattin* und *Magnusson*<sup>16</sup> durchgeführte Langzeitbeobachtung der Delinquenzverläufe von fast 1400 Schülerinnen und Schülern in einer schwedischen Kleinstadt. Fünf Prozent dieser Probanden wurden zwischen ihrem 15. und 20. Lebensjahr viermal oder häufiger wegen einer Straftat registriert und aufgrund dieses Kriteriums als „chronische Täter“ eingestuft. Die weitere Beobachtung ihres Legalverhaltens bis zum 29. Lebensjahr ergab, dass weniger als die Hälfte (41 Prozent) dieser Mehrfachtäter auch in ihrer frühen Erwachsenenphase mindestens viermal registriert wurden und nur weitere acht Prozent zwei oder drei polizeiliche Registrierung aufwiesen. Die prognostische Aussagekraft häufiger Frühregistrierungen allein für eine spätere Mehrfachtäterschaft belief sich damit auf gerade einmal 50 Prozent. Zu ähnlichen Ergebnissen gelangten *Stelly/Thomas*, die in einer Nachuntersuchung der Tübinger Jungtäter-Vergleichsuntersuchung ermittelten: „In der jungen Erwachsenenphase fiel bei nur knapp über der Hälfte der

---

<sup>15</sup> *H.-J. Kerner*: Vom Ende des Rückfalls. Probleme und Befunde zum Ausstieg von Wiederholungstätern aus der sogenannten Kriminellen Karriere, in: *H.-J. Albrecht/Dünkel* u.a. (Hg.): Internationale Perspektiven in Kriminologie und Strafrecht. FS für Günther Kaiser, München 1998, S. 146; *Stelly/Thomas*: Einmal Verbrecher – immer Verbrecher?, Wiesbaden 2001, S. 251.

<sup>16</sup> *Stattin/Magnusson*: Stability and Change in the Criminal Behaviour up to age 30, *British Journal of Criminology* 1991 (31), No. 4, S. 327.

jungen Wiederholungstäter die Delinquenzentwicklung ähnlich heftig aus wie im Heranwachsendenalter, d.h. sie erhielten drei oder mehr Verurteilungen.“<sup>17</sup>

Wie dynamisch sich die Delinquenz im Lebensverlauf überwiegend entwickelt, konnten die US-Amerikaner *Sampson* und *Laub* mit ihrer viel beachteten Reanalyse der in den 1950er Jahren erhobenen Daten des Ehepaars *Glueck* aufzeigen. Zwar gehen sie von einer verbreiteten Kontinuität antisozialer (also nicht notwendig strafbarer) Verhaltensweisen von der Kindheit bis in das Erwachsenenalter aus. Erklärungsbedürftig blieb jedoch der substantielle Anteil von „Aussteigern“ aus bereits in der Jugend begonnenen kriminellen Verlaufsmustern. Für *Sampson/Laub* ist das Vorhandensein von sozialen Bindungen an eine Arbeitsstelle und/oder einen familiären Kontext der entscheidende Faktor für das Ausbleiben von Kriminalität – und zwar sowohl bei den Probanden, die sich bereits in ihrer Jugend deviant verhielten, als auch bei den sozial unauffällig gebliebenen Personen.<sup>18</sup> Nach einer später durchgeführten Nachverfolgung der Probanden bis zu deren 70. Lebensjahr stellten die Wissenschaftler den Versuch, intensive Straffälligkeit bis in das späte Erwachsenenalter hinein mit Hilfe von bestimmten Risikofaktoren zu prognostizieren, ein schlechtes Zeugnis aus: Ihre empirischen Ergebnisse, so *Sampson* und *Laub*, „legen nahe, dass die Vorhersage von lebenslanger Mehrfachtäterschaft auf der Grundlage einer breiten Auswahl von Risikofaktoren aus der Kindheit und dem Erwachsenenalter nur schwer, wenn nicht sogar gänzlich unmöglich“<sup>19</sup> sei.

Durch die sowohl quantitative als auch qualitative Aspekte umfassenden Analysen von Kohortendaten zeichnet sich insgesamt die Erkenntnis ab, dass es eine klare Disposition einzelner Personen oder auch nur klar bestimmbarer Personengruppen<sup>20</sup> zur Kriminalität ebenso wenig gibt wie eine Zwangsläufigkeit der Entwicklung. Selbst Personen, die als Jugendliche oder Heranwachsende massiv mit geringfügigen und mittelschweren Straftaten auffallen, steigen aus dieser „Karriere“ ganz überwiegend

---

<sup>17</sup> *Stelly/Thomas* (Fn. 15), S. 242.

<sup>18</sup> *Sampson/Laub*: *Crime in the Making. Pathways and Turning Points through Life*, Harvard 1995, S. 248 f.

<sup>19</sup> *Sampson/Laub* (Fn. 18), S. 330 [Übersetzung durch d. Verf.]. Für ihren Prognosetest verwendeten die Forscher 13 vermutete Risikofaktoren, u.a. die allgemeine und verbale Intelligenz, frühe Verhaltens- und Polizeiauffälligkeit und familiäre Belastungen; ausführlich: *Sampson/Laub*: *Life-Course Desisters? Trajectories of Crime among delinquent boys followed to Age 70*, *Criminology* 2003, S. 316 ff.

<sup>20</sup> Auf die Unzuverlässigkeit der Benennung bestimmter Gruppen wie etwa den „gefährdeten Kindern“ weisen *Sampson/Laub* (2003; Fn. 19), S. 332 f., besonders hin.

wieder aus, ohne je ein schwerwiegendes Gewalt- oder Sexualdelikt zu begehen.<sup>21</sup> Vielmehr scheint in allen Verlaufstypen intensiver Straffälligkeit „die Chance zu jederzeitiger Umkehr“<sup>22</sup> zu bestehen, was die Frage nach den - in verschiedenen Lebensabschnitten möglicherweise unterschiedlichen - Bedingungen für einen solchen Ausstieg in den Mittelpunkt rückt. Diese Frage kann derzeit noch nicht eindeutig beantwortet werden. Vielversprechend sind die Ansätze, die von einer zentralen Bedeutung sozialer Bindungen ausgehen. Selbst wenn man aber davon ausgeht, dass es zumindest bei einem Teil der häufig mit Bagatelldelikten auffallenden Täter in der Zukunft zu einer Fortsetzung dieser Delinquenz kommen kann, so fehlt es an einem Prognoseinstrument, mit dem diese ohnehin nur sehr kleine Gruppe auch nur einigermaßen zuverlässig identifiziert werden könnte.<sup>23</sup> Denn wie sich informelle Kontrollfaktoren wie die familiären Beziehungen, Freundschaften, Lebenspartnerschaften und Identifikationen mit Ausbildungs- oder Berufsinhalten entwickeln, kann für Individuen in post-modernen Gesellschaften nur sehr begrenzt vorausgesagt werden. Von daher kann es nicht verwundern, dass die Fehlerquoten aller bisher entwickelten Prognoseinstrumente für die Legalbewährung als inakzeptabel hoch<sup>24</sup> eingeschätzt werden. Insgesamt lässt sich für die Erweiterung des § 81 g StPO keine gesicherte kriminologische Begründung anführen. Zugleich stehen dem Rechtsanwender keine verlässlichen Instrumente zur Verfügung, um die Voraussetzungen der Norm in einer rational und intersubjektiv nachvollziehbaren Weise bejahen zu können.

#### **IV. Verfassungsrechtliche Bedenken**

##### **1. Persönlichkeitsrecht oder informationelle Selbstbestimmung?**

All diese Unsicherheiten hinsichtlich des Unrechtsbegriffes und der Prognose wären möglicherweise hinnehmbar, wenn die Ermittlung und Speicherung des DNA-Musters gegen den Willen des Betroffenen nicht einen erheblichen Eingriff in dessen

---

<sup>21</sup> *Stelly/Thomas* (Fn. 15), S. 297.

<sup>22</sup> *H.-J. Kerner* (Fn. 15), S. 167.

<sup>23</sup> So auch *Steffen*: Mehrfach- und Intensivtäter: Aktuelle Erkenntnisse und Strategien aus dem Blickwinkel der Polizei, *Zeitschrift für Jugendkriminalrecht und Jugendhilfe* 2003, H. 2, S. 153.

<sup>24</sup> *P.-A. Albrecht*: Kriminologie, 3. Aufl., München 2005, § 7 B II 1; ähnlich *Heinz*: Jugendkriminalität in Deutschland. Kriminalstatistische und kriminologische Befunde, Konstanz 2003 (Internet-Veröffentlichung: [www.uni-konstanz.de/rtf/kik](http://www.uni-konstanz.de/rtf/kik)), S. 81; *Guthke/Jasch*: Intensivtäterermittlung in Frankfurt am Main und die Grenzen der Karriereforschung, *Zeitschrift für Jugendkriminalrecht und Jugendhilfe* 2003, H. 2, S. 177.

verfassungsmäßige Rechte darstellen würde. Das Bundesverfassungsgericht verneint einen Eingriff in den auch zu Strafverfolgungszwecken unantastbaren Kernbereich der Persönlichkeit zumindest für die Untersuchung der sogenannten nicht-codierenden Teile der menschlichen DNA, da mit diesem Material keine „persönlichkeitsrelevanten Merkmale wie Erbanlagen, Charaktereigenschaften oder Krankheiten“<sup>25</sup> festgestellt werden. Diese Position ist zumindest derzeit noch plausibel, auch wenn zur Zeit immer häufiger darauf hingewiesen wird, dass bereits jetzt oder in sehr naher Zukunft auch aus den nicht-codierenden DNA-Abschnitten durchaus Informationen erlangt werden können, die dem Persönlichkeitskern zuzuordnen sind.<sup>26</sup> Kriminaltechnischer Missbrauch von Daten kann mit normativen Mitteln allein jedoch nie 100prozentig ausgeschlossen werden. Entscheidend ist, dass die Untersuchungsmaterialien nur auf ein Identifizierungsmuster („genetischer Fingerabdruck“) hin analysiert werden und sowohl die codierenden Abschnitte als auch eventuelle Zusatzinformationen aus den nicht-codierenden Teilen von den Strafverfolgern als „Tabuzone“ behandelt werden. Die gerichtliche Unverwertbarkeit von möglicherweise dennoch erlangten Informationen, die dem Kernbereich der Person zuzuordnen sind, ist ein geeigneter Anreiz für die Behörden, in diesen tabuisierten Bereich nicht vorzudringen.

Die Feststellung und Speicherung der nicht-codierenden DNA hingegen wird vom Bundesverfassungsgericht als Eingriff in das aus Art.2 Abs.1 i.V.m. Art.1 Abs.1 GG abgeleitete Recht auf informationelle Selbstbestimmung behandelt.<sup>27</sup> Informationelle Selbstbestimmung meint das Recht des Bürgers, grundsätzlich über die Erhebung, Speicherung und Verwendung der seine persönlichen Lebenssachverhalte betreffenden Daten zu entscheiden. Angesichts des Charakters des DNA-Musters als ein einzigartiges Merkmal des einzelnen Menschen sind Zweifel angebracht, ob seine Einordnung als ein Datum über „Lebenssachverhalte“ den Kern der Sache trifft.

---

<sup>25</sup> BVerfGE 103, 21 (32).

<sup>26</sup> So die Bedenken von *Krehl/Kolz*: Genetischer Fingerabdruck und Verfassung, StV 2004, S. 448 f.; *Volk*: DNA-Identitätsfeststellungsgesetz – Kein Ende der Begehrlichkeiten, NSTZ 2002, S. 565; *Neubacher/Walter*: Speicherung des genetischen Fingerabdrucks trotz günstiger Bewährungsprognose?, StV 2001, S. 586; sowie *Hinkelmann*: DNA-Datenbanken in der Europäischen Union, insbesondere die DNA-Analyse-Datei beim BKA und ihre Rechtsgrundlagen, in: Kuratorium der Polizei-Führungsakademie (Hg.): Der polizeiliche Erkennungsdienst (Schriftenreihe der PFA), Dresden 2005, S. 111.

<sup>27</sup> BVerfGE 103, 21 (32 f.).

Mit Recht ist daher *Lorenz*<sup>28</sup> dafür eingetreten, DNA-Feststellungen unmittelbar als Eingriff in das Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs.1 GG zu behandeln. Denn sowohl codierende als auch nicht-codierende Gen-Strukturen sind keine bloßen „Informationen“ über einen Menschen sondern konstituierende Bestandteile des Individuums selbst. Obwohl diese Sichtweise grundrechtsdogmatisch präziser ist, ergibt sich aus ihr für die Bestimmung möglicher Beschränkungen des Grundrechts kein wesentlicher Unterschied<sup>29</sup> zu der vom Bundesverfassungsgericht vorgenommenen Einordnung. In beiden Fällen ist ein Eingriff nur zulässig durch ein hinreichend bestimmtes Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes, bei dem der Gesetzgeber das Verhältnismäßigkeitsprinzip zu beachten hat.<sup>30</sup>

## 2. Bestimmtheitsgebot

Zweifelhaft ist, ob die neue Gesetzesfassung hinreichend bestimmt ist, um einer verfassungsrechtlichen Überprüfung standzuhalten. Den in der bisherigen Fassung der Norm allein zweifelhaften Begriff der „erheblichen Straftat“ hatte das Bundesverfassungsgericht mit nachvollziehbaren Argumenten nicht beanstandet: Die Verwendung dieses Begriffes in anderen Normen des Strafverfahrensrechts durch den Gesetzgeber, die dazu ergangene Rechtsprechung sowie die Konkretisierung der „erheblichen Straftat“ durch Regelbeispiele im Normtext lasse eine Auslegung mit herkömmlichen juristischen Methoden zu.<sup>31</sup> Dem neuen Konstrukt der wiederholten Begehung sonstiger Taten aber fehlt es an all diesen Merkmalen. § 81 Abs.1 Satz 2 StPO enthält der Sache nach lediglich die Voraussetzung, dass der Betroffene eine unbestimmte Art von Delikten in unbestimmter Anzahl begangen haben muss. Auch die von *Senge* vorgeschlagene Eingrenzung, es müsse sich entweder um eine Tat aus dem Bereich der mittleren Kriminalität ohne Auswirkungen auf Rechtsfrieden oder Rechtssicherheit der Bevölkerung oder um ein Delikt aus dem „unteren (Bagatell-)Bereich“<sup>32</sup> handeln, sagt nicht mehr aus, als dass letztlich jede Straftat dem Anwendungsbereich unterfallen kann. Das zusätzliche Merkmal der Wieder-

---

<sup>28</sup> *Lorenz* (Fn. 12), S. 1127; ähnlich auch *Hufen*: Schutz der Persönlichkeit und Recht auf informationelle Selbstbestimmung, in: *Badura/Dreier* (Hg.): Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd.2, Tübingen 2001, S. 120.

<sup>29</sup> Gesondert zu beachten ist bei einer Einschränkung des Persönlichkeitsrechts jedoch das auf eine konkrete Verfassungsvorschrift gerichtete Zitiergebot (Art. 19 Abs.1 GG).

<sup>30</sup> Vgl.: Art. 2 Abs. 2; 19 GG.

<sup>31</sup> BVerfGE 21, (33). Kritisch dagegen: *SK-Rogall*, § 81 g, Rn. 12.

<sup>32</sup> *Senge* (Fn. 6), S. 3031.

holungstat, die zu einer Gleichwertigkeit im Unrecht mit den erheblichen Straftaten führen soll, leidet an dem oben (II.) ausgeführten Mangel, dass es auf einen nicht existenten Unrechtstatbestand gerichtet ist. Zudem lässt das Gesetz jegliche konkreten Kriterien für die Bestimmung dieser Gleichstellung vermissen. Ob beispielsweise 10 Ladendiebstähle, erst 30 Taten dieser Art, wenn sie über einen längeren Zeitraum verteilt sind, oder bereits fünf Diebstähle mit einem hohen Schadenswert den selben Unrechtsgehalt aufweisen wie eine „Straftat von erheblicher Bedeutung“ bleibt gänzlich der Beurteilung durch den Tatrichter überlassen und ist möglicherweise überhaupt nicht intersubjektiv nachvollziehbar zu bestimmen. Diese Entscheidung weitgehend dem richterlichen Ermessen anheim zu stellen wird der Bedeutung des Grundrechtes, in das mit der Maßnahme eingegriffen wird, nicht gerecht.

### **3. Verhältnismäßigkeitsgrundsatz**

Auch zeichnen sich Ungereimtheiten zwischen der neuen Regelung und dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ab. Dieses vom Verfassungsgericht als Grenze für die Einschränkung des Grundrechtsschutzes anerkannte Prinzip verlangt, dass die staatliche Maßnahme geeignet, erforderlich und im engeren Sinne verhältnismäßig ist. Da es kaum ein Strafdelikt gibt, bei dem der Täter per se keine DNA enthaltenden Spuren hinterlassen kann, liegt eine Geeignetheit zur Aufklärung künftiger Taten überwiegend vor. Auch die Erforderlichkeit für die Zwecke einer effektiven Strafverfolgung kann kaum widerlegt werden, soweit der Gesetzgeber innerhalb des ihm zustehenden Beurteilungsspielraumes eine solche gesehen hat. Problematisch ist dagegen die Verhältnismäßigkeit zwischen dem betroffenen Grundrecht des Beschuldigten und den mit seiner Beschränkung im Allgemeininteresse verfolgten Zwecken. Die Verhältnismäßigkeit zwischen diesen Interessen ist durch eine Gesamtabwägung zu ermitteln, bei der einerseits die Schwere des Eingriffs und die Bedeutung des Grundrechtes, andererseits das Gewicht und die Dringlichkeit des mit dem Eingriff verfolgten Zweckes zu berücksichtigen sind.<sup>33</sup> Der Einzelne hat Einschränkungen seines Grundrechtes nur hinzunehmen, wenn überwiegende Allgemeininteressen dies rechtfertigen. Allgemein anerkannt ist, dass die Feststellung und Speicherung seines DNA-Musters für den Betroffenen einen

---

<sup>33</sup> BVerfGE 100, 313 (391).

gewichtigen Eingriff darstellt.<sup>34</sup> Durch die Verbreiterung des Anwendungsbereiches auf „sonstige Straftaten“ wurde die Streubreite zudem erheblich erhöht, was zu einer Intensivierung der Grundrechtsbeschränkung führt.<sup>35</sup>

Betrachtet man die andere Abwägungsseite, so stellt das Interesse an einer rechtsstaatlich ausgerichteten Strafverfolgung zweifelsohne ein hohes Gut dar. Bedenklich ist aber, dass durch die neue Regelung nicht nur die Anlasstaten, sondern auch die prognostizierten künftigen Verfahren lediglich im Bereich der „sonstigen Straftaten“ angesiedelt sein müssen.<sup>36</sup> Damit zielt die Norm auf eine Erleichterung der gesamten Strafverfolgungstätigkeit ab, selbst wenn es sich lediglich um die Verfolgung absoluter Bagatelldelikte handelt. Das Kriterium der erwarteten Wiederholung solcher Taten vermag keine echte Eingrenzung zu liefern, denn erstens bleibt unklar, wie viele Wiederholungen welcher Delikte der Norm unterfallen sollen, zweitens sind die Fortsetzung einer Delinquenzperiode oder deren künftige Intensität kaum vorhersagbar. Legt man etwa die empirischen Ergebnisse von *Stattin/Magnusson* oder *Stelly/Thomas* (siehe oben: III.) zugrunde, so steht zu befürchten, dass eine vorbeugende DNA-Feststellung aufgrund einer Wiederholungstäterschaft bei rund der Hälfte der heranwachsenden Betroffenen erfolgt, obwohl sie danach bereits im jungen Erwachsenenalter nicht mehr strafrechtlich auffällig werden. Zu den ohnehin geringen Anordnungsvoraussetzungen tritt die sehr niedrige Eingriffsschwelle<sup>37</sup> des § 81 g Abs.1 StPO hinzu: Da das Gesetz allein die „Begehung“ einer Tat verlangt, reicht bereits ein einfacher Anfangsverdacht aus. Durch die Gesamtbetrachtung dieser Voraussetzungen wird deutlich: Das von der Norm beförderte Allgemeininteresse ist der gesamte Bereich der Strafverfolgung, beginnend auf der Stufe des polizeilichen Ermittlungsverfahrens, beginnend auf dem Niveau der Bagatelldelikte und geringfügigen Kriminalität. Ob ein derart umfassend zugeschnittener Bereich eine ausreichende Bedeutung und Dringlichkeit aufweist, um allein auf der Basis eines in die Zukunft gerichteten Verdachts Eingriffe in gewichtige, grundrechtlich geschützte Positionen einer Vielzahl von Individuen zu legitimieren, erscheint zweifelhaft. Der Gedanke drängt sich auf, dass die elementare Bedeutung der Grundrechte es verbieten sollte, schlechthin *jedes* Strafverfolgungsinteresse zu ihrer

---

<sup>34</sup> *Krehl/Kolz* (Fn. 26), S. 451; *Lorenz* (Fn. 12), S. 1128.

<sup>35</sup> Vgl.: BVerfGE 100, 313 (376).

<sup>36</sup> *Senge* (Fn. 6), S. 3030.

<sup>37</sup> Die verfassungsrechtliche Relevanz dieser „Einschreitschwelle“ wird betont in BVerfGE 100, (313) 376.

Beschränkung heranzuziehen. Genau dies wird aber durch die neue Gesetzesfassung angestrebt und ermöglicht.

## V. Fazit

Eine rationale und tragfähige kriminologische Begründung für die Feststellung und Speicherung von DNA-Mustern von Bagatelldeliktanten gibt es gegenwärtig nicht. Das gilt auch für die Fälle von Wiederholungs- und Mehrfachdelinquenz. Zu vermuten ist daher, dass diese Gesetzesänderung schlicht von dem kriminalpolitischen Bestreben motiviert war, einen möglichst großen Teil der Bevölkerung in der DNA-Datenbank beim Bundeskriminalamt zu erfassen. Diesem für einen freiheitlichen Rechtsstaat unzumutbaren Ansinnen ist entschieden entgegenzutreten. Obwohl die Rechtsnatur des § 81 g StPO richtigerweise als Strafverfahrensrecht<sup>38</sup> und nicht als Polizeirecht<sup>39</sup> beurteilt wird, trägt die DNA-Analyse für Kleinkriminelle von der sachlichen Orientierung her deutliche Züge eines polizeilichen Instrumentes der Gefahrenvorsorge – allerdings für eine Gefahr, die in den Fällen von Ladendieben, Kleindealern und ähnlichen Tätergruppen nicht rational begründbar ist. Dadurch stellt sich die Gesetzesnovellierung als ein typisches Beispiel für die gegenwärtige Entwicklung hin zu einem „Sicherheitsstrafrecht“<sup>40</sup> dar, in dem die Grenzen zwischen Strafverfolgung, Gefahrenabwehr, „vorbeugender Verbrechensbekämpfung“ und Gefahrenvorsorge nicht mehr auszumachen sind. Unter den Gesichtspunkten des Bestimmtheitsgrundsatzes und der Verhältnismäßigkeit ist § 81 g Abs.1 StPO erheblichen verfassungsrechtlichen Bedenken ausgesetzt.

---

<sup>38</sup> BVerfGE 103, 21 (30); SK-Rogall, § 81 g, Rn. 1.

<sup>39</sup> So LG Berlin NJW 1999, 302; als „Fremdkörper in der StPO“ sieht auch Meyer-Goßner (Fn. 9) § 81 g, Rn. 2, die Norm.

<sup>40</sup> P.-A. Albrecht (Fn. 24), § 6 A V; Haffke: Vom Rechtsstaat zum Sicherheitsstaat, Kritische Justiz 2005, S. 17.