

**Stellungnahme
des Netzwerks Datenschutzexpertise zum
Gesetzentwurf der Bayerischen Staatsregierung zur Neuordnung
des bayerischen Polizeirechts (PAG-Neuordnungsgesetz) v.
30.01.2018 (Bayerischer Landtag LT-Drs. 17/20425, künftig zitiert:
PAG-E)
hinsichtlich der polizeilichen Erhebung und Verarbeitung bzw.
Auswertung von DNA-Daten**

Stand (leicht überarbeitet): 26.03.2018

Inhalt

1	Gesetzgebungszusammenhang.....	2
2	Regelungsvorschlag.....	3
2.1	DNA-Identifizierung.....	3
2.2	DNA-Pänotypisierung.....	3
3	Bewertung allgemein.....	4
4	Identifizierung.....	6
5	DNA-Phänotypisierung.....	8
6	Ergebnis.....	12
	Abkürzungen.....	13

Thilo Weichert

Waisenhofstr. 41, 24103 Kiel

0431 9719742

weichert@netzwerk-datenschutzexpertise

www.netzwerk-datenschutzexpertise.de

1 Gesetzgebungszusammenhang

Der Gesetzentwurf enthält eine Vielzahl von hochproblematischen Regelungen zur Verarbeitung personenbezogener Daten. Anlässe für die Gesetzgebung sind – so die Begründung – europäische Vorgaben in der Richtlinie (EU) 2016/680 zum Datenschutz bei Polizei und Justiz vom 27.04.2016 sowie die Umsetzung befugniseinschränkender Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Tatsächlich werden bei dieser Gelegenheit auch viele neue polizeilichen Befugnisnormen vorgeschlagen zwecks „dem Stand der Technik entsprechender Ergänzung und noch effektiveren Ausgestaltung“. Bei diesen neuen Befugnisnormen handelt es sich u. a. um die Möglichkeiten

- zum Einsatz von sog. Body Cams selbst in Wohnungen (Art. 33 Abs. 4 PAG-E),
- zur Verwendung von Mustererkennung für Identifizierungszwecke (Art. 33 Abs. 5 PAG-E),
- zur Durchsuchung von Rechnern bei externen Dienstleistern (Art. 43 PAG-E),
- zur Nutzung von Drohnen zum Zweck der Datenerhebung (Art. 47 PAG-E).

Im Rahmen eines gesetzgeberischen Schnellverfahrens droht ohne öffentliche Diskussion die Einführung von qualitativ schwerwiegenden Eingriffsbefugnissen, die eine Vielzahl von Menschen in sensiblen Bereichen erfasst und polizeilichen Maßnahmen aussetzt. Eine umfassende kritische Stellungnahme zum gesamten Gesetzentwurf erfolgt durch den Bayerischen Landesbeauftragten für den Datenschutz.

<https://www.datenschutz-bayern.de/1/PAG-Stellungnahme.pdf>

„Pionierfunktion“ für Deutschland hat der Entwurf durch die Zulassung von polizeilichen DNA-Untersuchungen (Gen-Analysen) zum Zweck der Gefahrenabwehr (Art. 14 Abs. 3, 32 Abs. 1 S. 2 u. 3 PAG-E, vgl. § 19 Abs. 3 HSOG). Der Entwurf beschränkt sich dabei nicht auf reine Identifizierungszwecke, sondern sieht darüber hinaus die DNA-Phänotypisierung (Forensic DNA-Phenotyping – FDP) vor, die bisher in Deutschland überhaupt nicht zulässig ist, selbst nicht in der Strafprozessordnung (StPO).

Bei der geplanten bayerischen Gesetzgebung zur DNA-Phänotypisierung handelt es sich um Landesrecht, mit dem ein Vorbild für bundesweite Regelungen geschaffen werden soll. Dahin gehende – bisher erfolglose – Initiativen strebten die Bundesländer Baden-Württemberg und Bayern im Jahr 2017 im Bundesrat an (zur Änderung des § 81e StPO, BR-Drs. 117/17 und BR-Drs. 117/1/17).¹ Angesichts des Umstandes, dass der bisherige bayerische Ministerpräsident Horst Seehofer Bundesinnenminister der neuen Bundesregierung von CDU/CSU und SPD ist, sind bei einer erfolgreichen Einführung der DNA-Analyse im bayerischen Polizeirecht umgehend inhaltlich entsprechende Initiativen für das deutsche Bundessicherheitsrecht zu erwarten. Die CDU/CSU und die SPD haben in ihrem Koalitionsvertrag für die Ausweitung von DNA-Analysen vereinbart: „Wir stärken die Sicherheit in Deutschland: ... Ausweitung DNA-Analyse“ (S. 16, Z. 589). „Die DNA-Analyse wird im

¹ Dazu Wienroth/Lipphardt, Wissenschaftliche, ethische & soziale Gesichtspunkte der Anwendung neuer Gen-Analysen im polizeilichen Ermittlungsdienst, BMJV-Symposium 21.03.2017, https://stsfreiburg.files.wordpress.com/2017/05/berlin_vortrag_ausgearbeitet_final-2-mit-aktuellem.pdf.

Strafverfahren auf äußerliche Merkmale (Haar, Augen, Hautfarbe) sowie Alter ausgeweitet (§ 81e StPO).“ (S. 123, Z. 5802)

https://www.cdu.de/system/tdf/media/dokumente/koalitionsvertrag_2018.pdf?file=1

Die vorliegende Stellungnahme konzentriert sich auf diese geplanten Regelungen.

2 Regelungsvorschlag

2.1 DNA-Identifizierung

In Art. 14 BayPAG sind „erkennungsdienstliche Maßnahmen“ geregelt. Derartige Maßnahmen sind bisher gemäß Abs. 1 zulässig, wenn Nr. 1 *eine nach Art. 13 zulässige Identitätsfeststellung auf andere Weise nicht oder nur unter erheblichen Schwierigkeiten möglich ist, 1a. trotz einer nach Art. 13 getroffenen Maßnahme der Identitätsfeststellung Zweifel über die Person oder die Staatsangehörigkeit bestehen, 2. dies zur vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten erforderlich ist, weil der Betroffene verdächtig ist, eine Tat begangen zu haben, die mit Strafe bedroht ist und wegen der Art und Ausführung der Tat die Gefahr der Wiederholung besteht oder 3. dies erforderlich ist zur Abwehr einer Gefahr oder einer drohenden Gefahr für ein bedeutendes Rechtsgut.*

Art. 13 Abs. 1 PAG regelt die „Identitätsfeststellung“ und erlaubt diese u. a. *1. zur Abwehr a) einer Gefahr oder b) einer drohenden Gefahr für ein bedeutendes Rechtsgut.*

Als Art. 14 Abs. 3 PAG-E ist nun geplant:

Die Polizei kann dem Betroffenen zudem Körperzellen entnehmen und diese zur Feststellung des DNA-Identifizierungsmusters molekulargenetisch untersuchen, wenn dies zur Abwehr einer Gefahr für ein bedeutendes Rechtsgut erforderlich ist und andere erkennungsdienstlichen Maßnahmen nicht hinreichend sind; bei der Untersuchung darf eine andere Feststellung als die genannte nicht getroffen werden. Ein körperlicher Eingriff darf dabei nur von einem Arzt vorgenommen werden. Die entnommenen Körperzellen sind unverzüglich nach der Untersuchung zu vernichten, soweit sie nicht nach anderen Rechtsvorschriften aufbewahrt werden dürfen. Eine Maßnahme nach Satz 1 darf nur durch den Richter angeordnet werden, bei Gefahr im Verzug auch durch die in Art. 36 Abs. 4 Satz 2 und 3 genannte Personen.

Eine Begründung für die Notwendigkeit der DNA-Identifizierung zum Zweck der Gefahrenabwehr wird im Entwurf nicht gegeben (S. 41 f.).

2.2 DNA-Phänotypisierung

Der bisherige Art. 31 PAG zur „Datenerhebung“ soll zum Art. 32 werden.

In Art. 32 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 PAG-E ist vorgesehen, dass es der Polizei erlaubt ist, Daten *über die in Art. 7, 8 und 10 genannten Personen und über andere Personen erheben, wenn dies erforderlich ist 1. zur Gefahrenabwehr, insbesondere zur vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten (Art. 2 Abs. 1).*

Die Zulassung von DNA-Phänotyp-Untersuchung ist gemäß Art. 32 Abs. 1 S. 2 PAG-E geplant:

Im Fall des Satzes 1 Nr. 1 kann die Datenerhebung durch die molekulargenetische Untersuchung aufgefundenen Spurenmaterials unbekannter Herkunft zum Zwecke der Feststellung des DNA-Identifizierungsmusters, des Geschlechts, der Augen-, Haar- und Hautfarbe, des biologischen Alters und der biogeographischen Herkunft des Spurenverursachers erfolgen, wenn die Abwehr der Gefahr auf andere Weise aussichtslos oder wesentlich erschwert wäre. Bei der Untersuchung dürfen andere Feststellungen als die in Satz 2 genannten nicht getroffen werden.

Eine konkretisierende Begründung für die Notwendigkeit der DNA-Merkmalzuordnung wird nicht gegeben (S. 50). Es wird u. a. ausgeführt:

Im neuen Abs. 1 Satz 2 erfolgt auf Grund der Relevanz für Maßnahmen der Gefahrenabwehr eine ausdrückliche Regelung für die DNA-Bestimmung von (zunächst) unbekanntem, aufgefundenem Spurenmaterial zu präventiv-polizeilichen Zwecken. [...] Gerade weil es sich hier um zunächst unbekannte Personen handelt, darf sich die Feststellung neben dem DNA-Identifizierungsmuster auch auf das Geschlecht, die Augen-, Haar- und Hautfarbe sowie das biologische Alter und die biogeographische Herkunft eines Spurenverursachers beziehen. [...] Rückschlüsse auf persönlichkeitsrelevante Merkmale wie Erbanlagen, Charaktereigenschaften oder Krankheiten des Betroffenen, also ein Persönlichkeitsprofil, werden damit nicht ermöglicht.

3 Bewertung allgemein

DNA-Daten unterscheiden sich von sonstigen personenbezogenen Daten durch folgende **persönlichkeitsrechtlich relevante Eigenschaften**:

- Es besteht eine weitgehende Unveränderbarkeit dieser Daten eines Menschen von dessen Zeugung bis weit nach dem Tod.
- Dadurch eignen sich diese Daten als eindeutiger (biometrischer) Identifikator des Menschen.
- Dies führt dazu, dass sowohl der genetische Code als auch die Gewebeproben, aus denen dieser gewonnen wird, nicht wirksam anonymisiert werden können.
- Die DNA-Daten sind somit „schicksalhaft“ den jeweiligen Betroffenen vorgegeben und zwar auch in Bezug auf höchstpersönliche Eigenschaften.
- Diese Eigenschaften sind teilweise von höchster Sensibilität, etwa wenn sie sich auf die seelische oder gesundheitliche Disposition beziehen.
- Oft lassen sich insofern aber keine objektiv eindeutigen Aussagen machen; vielmehr sind nur vage Wahrscheinlichkeitsaussagen (Prognosen) möglich.
- Durch die Allgegenwärtigkeit des Trägermaterials, also z. B. von Haaren, Hautschuppen, Speichel, sonstigen Körperflüssigkeiten, können Betroffene weder kontrollieren noch verhindern, dass und wo dieses Material hinterlassen und evtl. von Dritten erfasst und ausgewertet wird.
- Die Erfassung und Auswertung von DNA-Daten ist mit den menschlichen Sinnen nicht möglich, es bedarf eines komplexen technischen, für die Betroffenen intransparenten Verfahrens, das i. d. R. nur Experten zugänglich und nur durch diese überprüfbar ist.
- Schließlich hat der genetische Code nicht nur Aussagekraft bezüglich der betroffenen Person selbst, sondern auch bezüglich der biologischen Verwandten mit einer manchmal hohen und präzise zu bestimmenden statistischen Wahrscheinlichkeit.²

Wegen der sich daraus ergebenden Sensitivität hat der europäische Gesetzgeber diese Datenart als **besondere Kategorie personenbezogener Daten** und damit als besonders schutzbedürftig eingestuft

² Weichert in Kühling/Buchner, DSGVO, 2017, Art. 4 Nr. 13 Rn. 5; Artikel 29 Datenschutzgruppe, Working Paper 91 v. 17.04.2004, S. 5.

(Art. 4 Nr. 13, Art. 9 Verordnung (EU) 2016/679, Europäische Datenschutz-Grundverordnung – DSGVO, Art. 4 Nr. 12, Art. 10 Richtlinie (EU) 2016/680, Europäische Datenschutz-Richtlinie Justiz-Polizei – DSRI-JI: genetische Daten, biometrische Identifikatoren). Zudem handelt es sich bei genetischen Daten um biometrische Identifikatoren (Art. 4 Nr. 14 DSGVO, Art. 4 Nr. 12 DSRI-JI), die ebenso als besondere Datenkategorie zu behandeln sind.³ Nach Art. 10 DSRI-JI darf eine Verarbeitung solcher Daten erfolgen, *wenn sie unbedingt erforderlich ist und vorbehaltlich geeigneter Garantien für die Rechte und Freiheiten der betroffenen Person erfolgt und a) wenn sie nach dem Unionsrecht oder dem Rechts der Mitgliedsstaaten zulässig ist b) der Wahrung lebenswichtiger Interessen der betroffenen oder einer anderen natürlichen Person dient oder c) wenn sie sich auf Daten bezieht, die die betroffene Person offensichtlich öffentlich gemacht hat.*

Die Gesetzesbegründung des PAG-E führt an keiner Stelle auf, weshalb die DNA-Daten erforderlich sind. Es fehlt somit an der gemäß Art. 10 DSRI-JI geforderten **Begründung der Erforderlichkeit**.

Es ist anerkannt, dass DNA-Identifizierungsmuster im Rahmen der Strafverfolgung erforderlich sein können. Analysen können aber grundsätzlich nicht zur **Abwehr von Gefahren** oder auch zum präventiven Einsatz gegen künftige Straftaten, also zur Verhinderung künftiger Straftaten genutzt werden.⁴ Die Aufklärung künftiger Straftaten ist in § 81g StPO geregelt. Dieses Bundesgesetz hindert eine landesrechtliche Regulierung (Art. 70 GG).⁵

Gemäß der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) und des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) sind hoheitliche Maßnahmen, die in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung bzw. in das Grundrecht auf Datenschutz eingreifen, „nur im überwiegenden Interesse der Allgemeinheit und unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit“ erlaubt. Diese Einschränkung darf nicht weiter gehen, als es **zum Schutze öffentlicher Interessen unerlässlich ist**.⁶

Wegen der Sensitivität der Daten des spezifischen hoheitlichen Eingriffscharakters stellt das BVerfG hohe **Anforderungen** an den Einsatz polizeilicher Maßnahmen. Im Rahmen strafrechtlicher Ermittlungen ist die genetische Identifikation nur zur Aufklärung von „Straftaten mit erheblicher Bedeutung“ zulässig. Das BVerfG untersagt eine pauschale Bewertung und verlangt, dass in jedem Einzelfall eine umfassende Abwägung aller relevanten Aspekte zu erfolgen hat, wozu u. a. die jeweilige Eingriffstiefe der Maßnahme, die Schwere der aufzuklärenden Straftat sowie die Aufklärungswahrscheinlichkeit angesichts der tatsächlichen Umstände gehören. Weiterhin betont das BVerfG hinsichtlich einer Speicherung der Daten das Resozialisierungsinteresse von verurteilten Straftätern. Dieses zwingt dazu, bei der Speicherung der DNA-Daten bestimmte angemessene Tilgungsfristen zu beachten. Hinsichtlich der Anforderungen an die Eingriffsnorm bekräftigt das BVerfG

³ Weichert in Kühling/Buchner (Fn. 2) Art. 4 Nr. 14 Rn. 3.

⁴ BVerfG B. v. 14.12.2000 – 2 BvR 1741/99, Rn. 46, , DVBl. 2001, 454; Wollweber NJW 2001, 2304; Sokol in Roggan/Kutscha, Handbuch zum Recht der Inneren Sicherheit, 2. Aufl. 2006, S. 323 m. w. N.

⁵ BVerfG U. v. 27.07.2005 – 1 BvR 668/04, Rn. 107, NJW 2005, 2603, 2606; kritisch dazu Schmidbauer/Steiner, Bayerisches Polizeiaufgabengesetz, 4. Aufl. 2014, Art. 11 Rn. 188.

⁶ BVerfG B. v. 02.07.2013 – 2 BvR 2392/12, Rn. 10; BVerfG B. v. 15.03.2001 – 2 BvR 1841 u. a., NJW 2001, 2321; BVerfG B. 14.12.2000 – 2 BvR 1741/99, Rn. 49, jeweils mit Verweis auf BVerfG U. v. 15.12.1983 – 1 BvR 209/83 u. a., NJW 1984, 419, 422; EuGH U. v. 08.04.2014 – C-293/12, C-594/12, Rn. 38, NJW 2014, 2171.

seine allgemeine Rechtsprechung, wonach die gesetzliche Regelung normenklar und justizabel sein muss.⁷

Art. 10 DSRI-JI fordert bei der Regulierung der Verarbeitung genetischer Daten „**geeignete Garantien** für die Rechte und Freiheiten der betroffenen Person“. Solche Garantien können in materiell-rechtlichen Anforderungen, in einem spezifischen Kernbereichsschutz und Diskriminierungsverboten, in Anforderungen an das Verfahren, an Kontrollen, an Standards, an Zertifizierungen oder an Evaluierungen bestehen.⁸

Angesichts des Umstands, dass die reinen Materialkosten pro DNA-Analyse für Identifizierungszwecke äußerst niedrig sind und im Gesetzentwurf mit ca. 25 € angegeben werden (S. 4), besteht die Gefahr, dass diese zu einer **Standardmaßnahme** wird – selbst bei einer rechtlich eingeschränkten Regelung, die den Ausnahmecharakter dieser Maßnahme betont.⁹ Diese Einschätzung wird dadurch gestützt, dass die bisher im Strafprozessrecht vorgesehenen Maßnahmen der DNA-Erhebung, -Speicherung und -Nutzung in der Praxis weit über das zugelassene Maß hinaus angewendet werden, so dass die vorhandenen individuellen Rechtsschutzmöglichkeiten nicht genügen, eine weitgehend rechtskonforme Praxis sicherzustellen.¹⁰ Zwar dürften sich die Kosten für die Gutachtenerstellung zur DNA-Phänotypisierung je nach Fragestellung und Methode noch im dreistelligen Eurobereich bewegen, doch ist auch wegen der biotechnologischen Fortschritte künftig eine starke Kostenreduzierung zu erwarten.

4 Identifizierung

Gemäß dem geplanten § 14 Abs. 3 PAG-E wird eine genetische Identifizierung bei einer Gefahr für ein bedeutendes Rechtsgut erlaubt. Diese Regelung genügt nicht den verfassungsrechtlichen Bestimmtheitserfordernissen. Es wird kein Unterschied gemacht, ob es sich bei dem **Betroffenen** um einen Störer, ein Opfer oder um eine dritte Person (Art. 10 PAG) handelt. Damit wird Art. 6 DSRI-JI missachtet, der eine Differenzierung nach verschiedenen Personengruppen fordert (Straftäter, Verdächtige, Opfer, Zeugen, Hinweisgeber, andere).

Der Begriff des „**bedeutenden Rechtsguts**“ ist auch unbestimmt. Den Rechtsanwendenden werden nicht genügend Hinweise für eine begrenzende Auslegung gegeben. Der Begriff bezieht sich auf Art. 11 Abs. 3 S. 2 Nr. 1-3, 5 PAG: *Bedeutende Rechtsgüter sind: 1. der Bestand oder die Sicherheit des Bundes oder eines Landes, 2. Leben, Gesundheit oder Freiheit, 3. die sexuelle Selbstbestimmung, 4. erhebliche Eigentumspositionen oder 5. Sachen, deren Erhalt im besonderen öffentlichen Interesse liegt.* Es genügt also u. a. für die Durchführung einer DNA-Identifikation eine Gefahr für erhebliches Eigentum, wobei unklar bleibt, wo die Erheblichkeitsschwelle anzusetzen ist.

Erst auf Intervention des Bayerischen Landesbeauftragten für Datenschutz (BayLfD) wurde als **Einschränkung** für die Zulässigkeit zur Voraussetzung gemacht, dass „andere erkennungsdienstliche

⁷ BVerfG, B. v. 14.12.2000 – 2 BvR 1741/99, NJW 2001, 879; BVerfG B. v. 13.03.2001 – 2 BvR 1841/00 u. a., NJW 2001, 2320.

⁸ Weichert, Genetische Forensik und Datenschutz, Vorgänge Nr. 218 (2/2017), S. 133; Wienroth in Wienroth/Lipphardt (Fn. 1) S. 13 ff.

⁹ Zu früheren Bestrebungen, die DNA-Analyse zur Standardmaßnahme zu machen, Sokol (Fn. 4) S. 292 f.

¹⁰ Beispiele bei Sokol (Fn. 4) S. 303, Petri in Lischen/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 5. Aufl. 2012, A Rn. 127; BT-Drs. 18/13411 zitiert u. a. den baden-württembergischen Datenschutzbeauftragten, S. 2.

Maßnahmen nicht hinreichend sind“, die Maßnahme zur Gefahrenabwehr „erforderlich“ sein muss und dass „eine andere Feststellung als die genannte nicht getroffen werden“ darf.

Die in § 14 Abs. 3 S. 2 vorgesehene Regelung, dass **körperliche Eingriffe** „nur von einem Arzt durchgeführt werden“ dürfen, stellt keine quantitative oder qualitative Beschränkung dieser Maßnahme dar, da – so die Gesetzesbegründung – „die Gewinnung von DNA-Material durch Eindringen in natürliche Körperöffnungen, etwa im Wege eines (Mundhöhlen-)Schleimhautabstrichs, nur eine einfache körperliche Untersuchung und gerade kein körperlicher Eingriff im Sinne dieser Norm“ sei (S. 41). Für das Erlangen des Materials genügt also nach Ansicht des Normgebers das einfache Tätigwerden eines Polizeibeamten. Diese Bewertung mit den sich ergebenden Konsequenzen ist fragwürdig: Auch wenn die Probenentnahme per Schleimhautabstrich keine Körperverletzung darstellt, ist damit ein körperlicher Eingriff gegeben, der einen erhöhten Rechtfertigungsbedarf begründet.¹¹

Nicht nur die Vornahme der Probenentnahme, sondern auch die Entscheidung hierüber kann „bei **Gefahr im Verzug**“ „kraft Delegation auch durch einen Polizeivollzugsbeamten mit der Qualifizierung für Ämter ab der 4. Qualifikationsebene oder Beamte mit der Befähigung zum Richteramt angeordnet“ werden (§ 36 Abs. 4 S. 2, 3 PAG-E). Eine richterliche Bestätigung ist erst gemäß Art. 92 Abs. 3 PAG-E binnen drei Tagen nötig (S. 41). Durch diese Regelung wird die verfahrensrechtliche Grundrechtsicherung durch den Richtervorbehalt faktisch ausgehebelt, da von der Ausnahme in Gefahrensituationen regelmäßig Gebrauch gemacht werden wird. Damit ist eine verfassungsrechtlich vorbeugende Kontrolle der Maßnahme durch eine unabhängige neutrale Instanz¹² nicht gewährleistet.

Eine Begrenzung der **Speicherdauer** der DNA-Identifizierungsmuster ist nicht vorgesehen; der weitere Umgang hiermit ist nicht geregelt. Zwar schreibt S. 3 der Regelung die unverzügliche Vernichtung der Körperzellen vor. Selbst dies wird eingeschränkt, wenn eine zweckändernde Aufbewahrung, z. B. für Strafverfolgungszwecke (§ 81a Abs. 3 StPO), möglich ist. Zum Umgang mit dem – für das weitere Verfahren relevanten – Untersuchungsergebnis wird nichts ausgeführt. Gemäß Art. 14 Abs. 4 PAG-E ist eine Vernichtung der Unterlagen nur vorgesehen, wenn die materiell-rechtlichen Voraussetzungen des Abs. 3 entfallen sind, also wenn sich im Nachhinein herausstellt, dass die Erfassung unzulässig war. Es ist so nicht gewährleistet, dass die Löschung erfolgt, soweit und sobald die Muster nicht (mehr) „unbedingt erforderlich“ sind (Art. 10 DSRI-JI).

Das BVerfG fordert für hoheitlich erfasste DNA eine strenge **Zweckbindung**. Hierdurch und durch eine frühzeitige Vernichtung des entnommenen Zellmaterials soll dem Missbrauch, auch der Untersuchung im codierenden Bereich der DNA, vorgebeugt werden.¹³ Der Entwurf sieht dem gegenüber ausdrücklich vor, dass die erlangten Informationen weitergenutzt werden können, solange die Voraussetzungen von Art. 14 Abs. 1 oder 3 PAG-E gegeben sind (u. a. „vorbeugende Bekämpfung von Straftaten“ sowie „Abwehr einer Gefahr oder einer drohenden Gefahr für ein bedeutendes

¹¹ Kingreen/Poscher in Pieroth/Schlink/Kniesel (Begr.), Polizei- und Ordnungsrecht, 9. Aufl. 2016, S. 238.

¹² BVerfG U. v. 12.03.2003 – 1 BvR 330/96 u. 348/99, Rn. 132, NJW 2003, 1795; Sokol (Fn. 4) S. 311; Bosch in Kleinknecht/Müller/Reitberger, StPO-Kommentar, Stand 10/2002 § 81c Rn. 10.

¹³ BVerfG 14.12.2000 (Fn. 4) Rn. 55; inzwischen ist die Differenzierung zwischen codierenden und nicht-codierenden Bereichen wissenschaftlich überholt, Beck, Forensic DNA-Phenotyping – Bestimmung äußerer Merkmale aus der DNA, KriPoZ 2017, 165; vgl. schon Sokol (Fn. 4) S. 294 f.

Rechtsgut“). Es ist daher davon auszugehen, dass die erlangten Identifizierungsmuster in der bundesweiten beim Bundeskriminalamt (BKA) geführten DNA-Analyse-Datei (DAD) gespeichert werden und für weitere polizeiliche Zwecke genutzt werden (§ 81g Abs. 5 StPO). Das BVerfG hat darauf hingewiesen, dass dem Rehabilitationsinteresse von Betroffenen gegenüber der Gefahr sozialer Abstempelung durch Tilgungsfristen entsprochen werden muss.¹⁴ Auch dies steht einer Weiternutzung der Untersuchungsergebnisse entgegen. Das BVerfG hat für eine zweckändernde Weiternutzung von Daten das Kriterium der „hypothetischen Datenenerhebung“ entwickelt. Danach kann eine Zweckänderung zulässig sein, wenn die Daten auch für den neuen Zweck erhoben werden dürften.¹⁵

Die im Entwurf erlaubte **zweckändernde Nutzung** geht über die in Abs. 3 geregelten Erhebungsvoraussetzungen hinaus, indem keine „erhebliche Straftat“ (§ 81g Abs. 1 StPO) gefordert wird und gar eine Nutzung im Vorfeld einer Gefahr („drohende Gefahr“) erlaubt wird. Diese weitgehenden Aufbewahrungsregeln stehen im eindeutigen Widerspruch zur bisherigen Verfassungsrechtsprechung.¹⁶

Der Entwurf enthält keine in Art. 10 DSRI-JI geforderten angemessenen **geeigneten Garantien**. So ist z. B. keine Übermittlungsbegrenzung vorgesehen (vgl. § 81g Abs. 5 S. 3 StPO). Auch eine Unterrichtungspflicht bei verdeckten Maßnahmen fehlt (vgl. § 19 Abs. 5 S. 2 HSOG). Dies führt zur Unverhältnismäßigkeit der Befugnis und zur Europarechtswidrigkeit der Verwendungsregelungen.

5 DNA-Phänotypisierung

In der Gesetzesbegründung wird in Frage gestellt, ob einer DNA-Analyse „von (zunächst) unbekanntem, aufgefundenem Spurenmaterial zu präventiv-polizeilichen Zwecken“ überhaupt **Rechtseingriffscharakter** zukommt, so dass es hierfür einer Befugnisnorm bedarf. Dabei wird auf den PAG-Kommentar von Schmidbauer/Steiner verwiesen.¹⁷ Deren Ansicht ist sehr Streitig und wird, soweit erkennbar, nur von den zitierten Autoren vertreten. Für die Annahme eines informationellen Eingriffs kommt es nicht darauf an, dass eine Person schon namentlich bekannt ist. Es genügt, dass eine Person bestimmbar ist.¹⁸ Die Bestimmbarkeit ist gerade Sinn und Zweck dieser DNA-Analyse.

Die Gesetzesbegründung zur DNA-Phänotypisierung nimmt selbst keine verfassungsrechtliche Bewertung vor, sondern verweist „zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit dieser Feststellungen“ auf „die BR-Drs. 117/17 und den zugehörigen Plenarantrag BR-Drs. 117/1/17, der wiederum auf BVerfGE 103, 21 Bezug nimmt“¹⁹ (S. 50).

Begründet wird BR-Drs. 117/17 wie folgt: „Diese äußerlich sichtbaren Körpermerkmale (Augenfarbe, Haarfarbe, Hautfarbe sowie biologisches Alter) können nach den **wissenschaftlichen Erkenntnissen** durch Untersuchungen genetischer Informationen mit der im Folgenden jeweils angegebenen Vorhersagegenauigkeit bestimmt werden: Augenfarbe blau oder braun: 90-95%, Haarfarben rot, blond, braun oder schwarz: 75-90%, Hautfarbe: helle und dunkle Hauttypen: 98%. [...] Die

¹⁴ BVerfG 14.12.2000 (Fn. 4) Rn. 54.

¹⁵ BVerfG 20.04.2016 – 1 BvR 966/09, 1140/09, Rn. 287-292, NJW 2016, 1801 f. m. w. N.

¹⁶ BVerfG B. v. 02.07.2013 – 2 BvR 2392/12 Rn. 11 m. w. N.

¹⁷ Schmidbauer/Steiner (Fn. 5) Rn. 195 ff.

¹⁸ Brink in Wolff/Brink, Datenschutzrecht in Bund und Ländern, 2013, Syst. C Rn. 85; EuGH U. v. 19.10.2016 – C-582/14, Rn. 49, NJW 2016, 3581; auf dieser Erwägung basiert § 81e Abs. 2 StPO.

¹⁹ BVerfGE 103, 21 = BVerfG B. v. 14.12.2000 – 2 BvR 1741/99, NJW 2001, 879, DVBl. 2001, 454 (Fn. 4).

Vorhersagegenauigkeit in Bezug auf das biologische Alter einer Person liegt bei +/- 3 bis 5 Jahren. Im Einzelfall sind Abweichungen bis zu zehn Jahren möglich.“ In BR-Drs. 117/1/17 heißt es ergänzend: „Nach Auskunft der Gemeinsamen Kommission der rechtsmedizinischen und kriminaltechnischen Institute liegen darüber hinaus aussagekräftige DNA-Tests vor, die ermöglichen, aus kleinsten DNA-Mengen die kontinentale Herkunft einer Person mit einer Wahrscheinlichkeit von über 99,9 Prozent zu bestimmen“.

Gemäß den zitierten Bundesratsanträgen bestünden keine verfassungsrechtlichen Bedenken gegen die geplante Ausweitung der Untersuchungsmöglichkeiten. Der Kernbereich der Persönlichkeit sei nicht betroffen. Die Merkmale seien ja äußerlich ohnehin erkennbar. Bei der Prüfung, ob in den verfassungsrechtlich **absolut geschützten Kernbereich** der Persönlichkeit eingegriffen wird, hat das BVerfG bzgl. der DNA-Identifizierungsmuster in der in der Entwurfsbegründung zitierten Entscheidung darauf abgestellt, dass keine „Rückschlüsse auf persönlichkeitsrelevante Merkmale wie Erbanlagen, Charaktereigenschaften oder Krankheiten, also ein Persönlichkeitsprofil“ gezogen werden können.²⁰ Genau auf solche Erbanlagen soll aber hier geschlossen werden.

Die Haarfarbe ist oft vom Alter abhängig. Es ist zumindest fragwürdig, die Augenfarbe und das „biologische Alter“ als „**äußerlich sichtbare Merkmale**“ zu bezeichnen. Ebenso wenig kann davon bei der „kontinentalen Herkunft“ die Rede sein.

Von der Politik und der Polizeipraxis werden völlig **überzogene Erwartungen** an die Aussagekraft der DNA-Analyse geweckt. So setzte der baden-württembergische Justizminister Guido Wolf die Bestimmung äußerer Merkmale per DNA mit der Verwertung einer Videoaufzeichnung gleich.²¹ Nordrhein-Westfalens Innenminister Herbert Reul beklagte, dass Beschlüsse der Innenministerkonferenz zur erweiterten Nutzung von DNA-Analysen nicht konsequent umgesetzt würden: „Es versteht kein Mensch, dass Forensiker heute aus winzigen Spuren sehr präzise genetische Phantombilder erstellen können, die unsere Polizisten jedoch nicht nutzen dürfen.“²² Der Leiter des baden-württembergischen Landeskriminalamtes Ralf Michelfelder erklärte: „Die DNA ist ein stummer Zeuge – ein Zeuge wie jeder andere auch. Wir wollen nicht mehr sehen als das, was ein anderer Zeuge sehen und berichten kann“.²³ Selbst in polizeilichen Publikationen mit wissenschaftlichem Anspruch ist – absolut realitätsfern – vom „genetischen Phantombild“ die Rede.²⁴ Zugleich wird selbst von polizeilichen DNA-Analitikern wie z. B. Harald Schneider vom Landeskriminalamt Wiesbaden zugestanden, dass zur sog. biogeografischen Herkunft, zu Gesichtsform oder Body-Mass-Index oder zu Dispositionen für Erbkrankheiten eines Spurenlegers voraussichtlich erst in etwa 5 Jahren Aussagen gemacht werden können.²⁵

²⁰ BVerfG B. v. 14.12.2000 (Fn. 4) Rn. 48

²¹ Wolf, Ausweitung der DNA-Analyse? NJW-aktuell 3/2017, 16.

²² Jamaika: NRW-Innenminister Reul fordert Sicherheitspaket, www.presseportal.de 18.10.2017.

²³ LKA-Chef für Ausweitung von DNA-Analysen, www.zeit.de 09.12.2016.

²⁴ Bundeskriminalamt, Genetisches Phantombild, Stand 12.01.2017; kritisch hierzu Peter Schneider in Genetisches Phantombild per DNA-Analyse? www1.wdr.de 13.06.2017, der die Behauptung, virtuelle Gesichtsbilder aufgrund von DNA-Spuren erstellen zu können, als „eine Schande für die seriöse Wissenschaft“ bezeichnet..

²⁵ Pflüger-Scherb, Interview mit Dr. Harald Schneider über die Entwicklung der DNA-Analyse, www.hna.de 27.10.2017.

Die Feststellung des **Geschlechts** ist durch die Untersuchung nicht-codierender DNA-Sequenzen möglich. Etwas anderes gilt für die weiter vorgesehenen Merkmale (Augen-, Haar- und Hautfarbe, biologisches Alter, „biogeographische Herkunft“)

Der Gesetzentwurf geht von **falschen Fakten** aus. Die angegebenen Prognosesicherheiten sind falsch bzw. teilweise grob verzerrend. Er stützt sich hinsichtlich der wissenschaftlichen Grundlagen der DNA-Analysen auf den bayerischen Antrag im Bundesrat zur Reform des § 81e StPO und damit auf die Wahrscheinlichkeitsangaben, die bereits ein Jahr umfassend kritisiert wurde²⁶:

Die angegebenen Prognosesicherheiten sind nicht die für den Ermittlungsfall relevanten **Wahrscheinlichkeiten und irreführend hoch**. Die genauen Vorhersagewahrscheinlichkeiten sind Gegenstand der aktuellen Forschung und können je nach untersuchter Gruppe und untersuchter Eigenschaft deutlich schwanken. Die erzielbaren Wahrscheinlichkeitsaussagen werden sich auf einem niedrigeren Niveau bewegen. Sie sind abhängig von der untersuchten Gruppe, der Referenzgruppe sowie von der verwendeten Methode.²⁷ Dies hat zur Folge, dass keine pauschalen forensischen Wahrscheinlichkeitsaussagen gemacht werden können, diese vielmehr für jede Einzeluntersuchung und für jedes Merkmal unter Bezugnahme auf das angewandte Modell und die verfügbaren Referenzdaten getroffen werden müssen.

Einzig für die **Augenfarbe** gibt es weiterführende Analysen, die die ermittlungsrelevanten Wahrscheinlichkeiten anführen.²⁸ So kann die Vorhersagewahrscheinlichkeit für braune Augen in Populationen, in denen diese selten sind, auf 65% sinken. Weil die Vorhersage für seltene Merkmale ungenauer werden kann, aber genau in diesen Fällen für die Fokussierung auf eine kleinere Gruppe besonders nützlich zu sein scheint, ergibt sich bei der Methode der phänotypisierenden DNA-Analyse systembedingt ein doppeltes Diskriminierungsrisiko in Bezug auf Personengruppen mit seltenen Merkmalen.

Aus wissenschaftlicher Sicht ist insbesondere die angebliche Genauigkeit von 99.9%, mit der die „**biogeografische Herkunft**“ (engl. „biogeographical ancestry“, im Folgenden: BGA) in einer Ermittlung abgeleitet werden kann, äußerst spekulativ. Die Analyse lässt nur sehr bedingt Rückschlüsse auf die tatsächliche Herkunft einer Person zu. Die Ergebnisse hängen davon ab, welche Referenzdatenbank für eine Untersuchung herangezogen wird. Die gegenwärtig von deutschen Forensikern benutzten Referenzdatenbanken sind auf (vermeintlich) „reine Bevölkerungsgruppen“ (pure ancestry populations) ausgerichtet und verwenden in erster Linie Y-chromosomale oder mitochondriale Marker. Diese beschreiben entweder die väterliche oder mütterliche Abstammung und sind daher nicht geeignet, die Komplexität von Migration, multiethnischen Gesellschaften und Sexualbeziehungen zwischen Menschen mit unterschiedlicher Herkunft adäquat widerzuspiegeln. Nähere Angaben zur Bestimmungsmethode enthält der Entwurf aber nicht. Bei BGA handelt es sich außerdem nicht – wie behauptet wird – um ein äußerlich erkennbares Merkmal. Diese Behauptung geht von der nicht nur fehleranfälligen, sondern vorurteilsbelasteten Annahme aus, dass

²⁶ Lipphardt in Wienroth/Lipphardt (Fn. 1) S. 6 ff.

²⁷ Caliebe/Krawczak/Kayser, Predictive values in Forensic DNA Phenotyping are not necessarily prevalence-dependent, Forensic Science International: Genetics, 2017; dazu Buchanan u. a., [http://www.fsigenetics.com/article/S1872-4973\(18\)30035-8/pdf](http://www.fsigenetics.com/article/S1872-4973(18)30035-8/pdf).

²⁸ Caliebe/Krawczak/Kayser (Fn. 27).

„biogeografische Herkunft“ „Ethnizität“ sei und mit definierten äußeren Merkmalen in Verbindung gebracht werden könne.

Es ist außerdem zu berücksichtigen, dass in den bisherigen Studien mit hochqualitativem Versuchsmaterial und **nicht mit Spurenmaterial** gearbeitet wurde. Wie hoch die Vorhersagewahrscheinlichkeiten für die verschiedenen Merkmale angesichts von DNA-Degradierung oder Kontaminationen durch die DNA Dritter wäre, ist bisher unzureichend untersucht. Es ist jedoch anzunehmen, dass diese niedriger ausfallen oder dass, bedingt durch mangelhafte Spurenqualität, eine Vielzahl an Spuren nicht für die weiterführende DNA-Analyse zugelassen werden dürfte.²⁹

Die **Geeignetheit der Maßnahme** wird dadurch weiter reduziert, dass äußere Merkmale gezielt manipuliert werden können (z. B. Färben von Haaren, farbige Kontaktlinsen). Wenn eine Eignung für die Ermittlung besteht, dann zumeist nur ermittlungintern. Die öffentliche Kommunikation genetisch abgeleiteter wahrscheinlicher Tätermerkmale zu Fahndungszwecken birgt die Gefahr falscher Hinweise und damit der Fehlausrichtung von Hinweisen sowie die Gefahr einer gesellschaftlichen Diskriminierung von seltenen Merkmalsträgern. Hinsichtlich der biogeografischen Herkunft besteht ein besonders hohes Diskriminierungsrisiko (s. u.).

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

Nach dem Entwurf zulässige Merkmalsangaben sind teilweise höchst aussagekräftig für andere hoch **diskriminierungsträchtige oder hoch sensitive Merkmale**. So sind die Brustkrebsgene BRCA1 und BRCA2 sowie die Blutgerinnungskrankheit des Faktor-XI-Mangels in der aschkenasisch-jüdischen Bevölkerung weit verbreitet, in einem erheblich geringeren Maß bei Menschen mit einem anderen ethnischen Hintergrund.³⁰ Aus der genetischen Ableitung von äußerlich erkennbaren Merkmalen sind in vielen Fällen Schlüsse auf gesundheitliche und charakterliche Dispositionen möglich. Bei derartigen Rückschlüssen kann schnell der unantastbare Persönlichkeitsbereich tangiert sein. Vorkehrungen gegen solche Rückschlüsse enthält der Entwurf nicht. Aus Äußerungen von Polizeivertretern ist erkennbar, dass in Zukunft selbst Rückschlüsse auf die Disposition für Erbkrankheiten gesetzlich erlaubt werden sollen.³¹

Der Entwurf ignoriert, dass außerhalb des Kernbereichsschutzes eine verfassungsrechtliche **Verhältnismäßigkeitsprüfung** notwendig ist. Er zeichnet sich dadurch aus, dass er sämtliche europa- und verfassungsrechtlichen Anforderungen an qualifizierte Grundrechtseingriffe ausblendet. So wird entgegen der Rechtsprechung des BVerfG keine Begrenzung auf Straftaten mit einer bestimmten

²⁹ Uni Freiburg, Droht ein „Alles-ist-erlaubt-Gesetz“? www.pr.uni-freiburg.de 21.03.2018 mit Stellungnahme auf stfsfreiburg.wordpress.com/.

³⁰ genomeweb 07.03.2018, 23andMe's Test OK'd.; Eisner, A New Lens On My Jewishness, In The Form Of A Genetic Disease, forward.com 18.03.2018.

³¹ Pflüger-Scherb, Interview mit Dr. Harald Schneider über die Entwicklung der DNA-Analyse, www.hna.de 27.10.2017.

Bedeutung, etwa auf die Aufklärung „schwerer Straftaten“ vorgenommen. Verfahrensrechtliche Vorkehrungen sind nicht vorgesehen. Auch sonstige Abwägungsparameter werden weder gesetzlich noch in der Begründung eingeführt. Den Anforderungen des Art. 10 DSRI-JI wird damit nicht genügt.

Die **Eignung** der aus DNA abgeleiteten Wahrscheinlichkeitsaussagen zu bestimmten Merkmalen für die Gefahrenabwehr ist nicht im Ansatz dargelegt. Bei einer konkreten Gefahr ist schnelles Handeln notwendig. Eine DNA-Phänotyp-Analyse setzt gegenüber der reinen DNA-Identifizierung eine technisch erheblich aufwändigere Auswertung voraus, was einen Einsatz in Gefahrensituationen typischerweise ausschließt.

Erfolgen Öffentlichkeitsfahndungen auf Grundlage von aus DNA abgeleiteten Merkmalen, so droht nicht nur eine Fehlleitung der Fahndung, sondern regelmäßig auch eine **Diskriminierung** der mit diesen Merkmalen beschriebenen Bevölkerungskreise. Bei einer weißen Hautfarbe ist der Erkenntniswert in Mitteleuropa äußerst gering. Bei einer anderen Hautfarbe besteht dagegen die große Gefahr, dass eine Vielzahl von Personen in polizeiliche Maßnahmen oder Verdächtigungen einbezogen werden, die mit der Gefahrenlage in keinerlei Zusammenhang stehen.³² Die Art. 3 Abs. 3 GG und Art. 21 Abs. 1 GRCh verbieten die Diskriminierung wegen der Rasse, der Hautfarbe, der ethnischen Herkunft oder der genetischen Merkmale. Die bisher gemachten Erfahrungen mit der Nutzung des „ethnic profiling“ zeigen, dass sowohl bei polizeiinternen Ermittlungen, insbesondere aber bei Öffentlichkeitsfahndungen, große diskriminierende Effekte entstanden.³³ Der Entwurf enthält keine Vorkehrungen, mit denen diese Effekte verhindert oder zumindest reduziert würden. Eine solche könnte darin bestehen, dass erlangte Analyseergebnisse nicht zum Gegenstand öffentlicher Fahndung gemacht werden dürfen.

In Art. 32 Abs. 1 S. 2, 3 PAG-E fehlen Regelungen zur **Speicherungsdauer und zur Verwendung**. Auch insofern ist ein Verstoß gegen Art. 10 DSRI-JI gegeben.

6 Ergebnis

Die geplanten Regelungen zur DNA-Analyse im bayerischen PAG verstoßen gegen deutsches und europäisches Verfassungsrecht sowie gegen die europäischen Vorgaben der DSRI-JI. Erlaubt würden dadurch nicht erforderliche und unverhältnismäßige Maßnahmen mit einem hohen Diskriminierungsrisiko, ohne dass Schutzvorkehrungen vorgesehen sind. Es fehlt an der Gesetzgebungskompetenz des Landes. Die Gefahr der Regelungen besteht nicht nur darin, dass sie unter Verletzung von Grundrechten in Bayern angewendet werden, sondern auch in ihrer beabsichtigten Vorbildwirkung für die Bundesgesetzgebung.

³² Schultz/Bartram, Bürgerrechte&Polizei/CILIP 113 (September 2017) S. 73 f.; siehe die Fallbeispiele vom Lipphardt in Wienroth/Lipphardt (Fn. 1) S. 4 f.

³³ STS@Freiburg, Offener Brief 08.12.2016, S. 3 ff.; Schultz/Bartram (Fn. 32) S. 74 f.; Gen-ethisches Netzwerk, Stellungnahme: Gegen die Erweiterung polizeilicher Befugnisse in der DNA-Analyse, 25.04.2017, S. 2 f.

Abkürzungen

Abs.	Absatz
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
B.	Beschluss
BayPAG	Bayerisches Polizeiaufgabengesetz
BGA	biogeographical ancestry (biogeografische Herkunft)
BKA	Bundeskriminalamt
BMJV	Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz
BR-Drs.	Bundesrats-Drucksache
BT-Drs.	Bundestags-Drucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
CDU/CSU	Christlich Demokratische Union/Christlich Soziale Union
DNA	deoxyribonucleic acid (Desoxyribonukleinsäure – DNS)
DSGVO	Europäische Datenschutz-Grundverordnung, Verordnung (EU) 2016/679
DSRI-JI	Europäische Datenschutzrichtlinie Justiz-Inneres, Richtlinie (EU) 2016/680
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
FDP	Forensic DNA-Phenotyping
f/f.	fort-/folgende
Fn.	Fußnote
GG	Grundgesetz
GRCh	Europäische Grundrechte-Charta
i. d. R.	in der Regel
HSOG	Hessisches Sicherheits- und Ordnungsgesetz
LKA	Landeskriminalamt
LT-Drs.	Landtags-Drucksache
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
o. g.	oben genannt
PAG(-E)	(Entwurf) Polizeiaufgabengesetz
Rn.	Randnummer
S.	Seite od. Satz
sog.	so genannt/e/r
SPD	Sozialdemokratische Partei Deutschlands
StPO	Strafprozessordnung
s. u.	siehe unten
U.	Urteil
u. a.	unter anderem oder und andere
v.	von
vgl.	vergleiche
Z.	Zeile
z. B.	zum Beispiel