

Bayern DNA-Analyse im neuen Polizeigesetz ist voller Rechtsfragen und Risiken

Zuerst erschienen am 14.5.2018 bei FOCUS online: https://m.focus.de/politik/experten/bayerischen-polizeigesetz-dna-analyse-ist-voller-rechtsfragen-und-risiken_id_8923118.html

Prof. Dr. Carsten Momsen, lehrt an der Freien Universität Berlin Strafrecht und Strafprozessrecht. Dr. Thilo Weichert war bis 2015 Datenschutzbeauftragter von Schleswig-Holstein und arbeitet für das Netzwerk Datenschutzexpertise und gehört dem Vorstand der Deutschen Vereinigung für Datenschutz an.

Das neue bayerische Polizeiaufgabengesetzes soll es der Polizei erlauben, durch Analyse von DNA-Spuren auf das Aussehen eines Verdächtigen schließen zu können. Das ist nicht nur wissenschaftlich fragwürdig, sondern auch ein Verstoß gegen Persönlichkeitsrechte.

Seit knapp zwei Jahren findet eine öffentliche Diskussion über den polizeilichen Einsatz von Genanalysen statt. Dabei geht es insbesondere um die Ableitung äußerer Merkmale und der „biogeografischen Herkunft“ aus DNA (künftig etwas verkürzt „DNA-Phänotypisierung“ genannt). Auslöser der Debatte waren zwei Mordfälle in Südbaden. Die DNA-Phänotypisierung ist bisher in Deutschland weder im Strafprozessrecht noch im der Gefahrenabwehr dienenden Polizeirecht erlaubt. Das soll sich nach der Vorstellung von Politikern ändern, die damit werben, dass man aus der DNA von an einem Tatort gefundenen Spuren ein „genetisches Phantombild“ des Spurenlegers erstellen könnte.

Das bayerische Polizeigesetz

Aktuell steht der am 15. Mai geplante Beschluss des Bayerischen Landtags mit der CSU-Mehrheit zur Diskussion. Dabei soll in Artikel 32 des Polizeiaufgabengesetzes (PAG) unter der Überschrift „Datenerhebung“ in einem Absatz 2 die „molekulargenetische Untersuchung aufgefundenen Spurenmaterials“ erlaubt werden „zum Zwecke der Feststellung des DNA-Identifizierungsmusters, des Geschlechts, der Augen-, Haar- und Hautfarbe, des biologischen Alters und der biogeographischen Herkunft des Spurenverursachers [...], wenn die Abwehr der Gefahr auf andere Weise aussichtslos oder wesentlich erschwert wäre.“

Dieser bayerischen Zulassung der sog. erweiterten DNA-Analyse gingen im Jahr 2017 entsprechende Bundesratsinitiativen von Baden-Württemberg und Bayern zur Strafprozessordnung (StPO) für Zwecke der Strafverfolgung voraus. Diese Initiativen wurden wegen vielen offenen Fragen vom Bundesrat zurückgewiesen. Grundsätzlich keinen Beratungsbedarf sahen dagegen im Frühjahr 2018 die Koalitionspartner CDU/CSU und SPD auf Bundesebene, die Folgendes verabredeten: „Die DNA-Analyse wird im Strafverfahren auf äußerliche Merkmale (Haar, Augen, Hautfarbe) sowie Alter ausgeweitet (§ 81e StPO).“

Das bayerische Polizeiaufgabengesetz sieht zusätzlich die Erkennung der „biogeografischen Herkunft“ vor. Kurz vor Verabschiedung wuchs die öffentliche Kritik am gesamten geplanten bayerischen Gesetz und kumulierte in einer Demonstration in München am 10. Mai mit mehr als 30.000 Teilnehmenden, die gegen diese und viele

weitere polizeilichen Befugnisse protestierten. Die Kritik veranlasste die Gesetzesinitiatoren kurzfristig, ein Verbot von Untersuchungen zu anderen als den genannten Merkmalen vorzusehen.

DNA-Daten sind hoch sensibel

Wie bei vielen anderen der geplanten Polizeimaßnahmen sieht der CSU-Gesetzgeber – anders als etwa Anwälte und Datenschützer – keine verfassungsrechtlichen Probleme bei dieser Regelung. Zwar wird zugestanden, dass mit dieser Maßnahme ein Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung stattfindet. Es werde aber nicht in den Kernbereich der persönlichen Lebensführung eingegriffen, da ja nur Informationen zu äußerlich erkennbaren Merkmalen erfasst würden.

Für die Gesetzesinitiatoren war der Umstand, dass es sich bei Gendaten um besonders sensitive Daten handelt, keiner Erwähnung wert. Damit wird ignoriert, dass am 25. Mai dieses Jahres [europäische Datenschutzregelungen](#) wirksam werden, die Gendaten unter einen besonderen Schutz stellen. Der Grund: Gendaten, die von der Befruchtung der Eizelle bis weit nach dem Tod eines Menschen weitgehend unverändert bleiben, verraten höchstpersönliche Informationen zur Person z. B. über seelische oder Krankheits-Dispositionen. Sie können zur eindeutigen Identifizierung von Menschen genutzt werden, wobei winzige Proben von Speichel, Haut, Haaren, Blut oder sonstiges Gewebe genügen, die wir fast überall unbewusst, z. B. auf einem zurückgelassenen Bierglas, hinterlassen. Da Gendaten zugleich Aussagen über biologische Verwandte ermöglichen, können auch diese von Analysen betroffen sein.

Dass DNA-Daten hoch sensitive Eigenschaften offenbaren können, veranlasst den Gesetzgeber, insofern Untersuchungen zu untersagen. Dabei legte er zugleich offen, dass er die komplexen Mechanismen von DNA-Analysen nicht verstanden hat. Anders als in einem Computercode sind die Merkmalsdaten in der DNA voneinander nicht fein separiert gespeichert. Vielmehr bestehen vielfältige, teilweise noch wenig erforschte Wechselbeziehungen, insbesondere, wenn die sog. „biogeografische Herkunft“ identifiziert werden soll.

Je aussagekräftiger diese Feststellung sein soll, umso mehr Snips in der DNA müssen analysiert werden. Dabei kann nie ausgeschlossen werden, dass diese auch Relevanz für höchst Sensitive haben. So sind die Brustkrebsgene BRCA1 und BRCA2 sowie die Blutgerinnungskrankheit des Faktor-XI-Mangels unter aschkenasischen Juden viel weiter verbreitet als bei anderen Bevölkerungsgruppen. Auch zwischen genetischen Markern für äußere Merkmale und Krankheiten bestehen signifikante Korrelationen, z. B. korreliert eine blaue Augenfarbe mit einer signifikant höheren Disposition bezüglich Asthma.

Unwissenschaftliche Gesetzgeber

Die Gesetzgeber lassen sich bisher von wissenschaftlich falschen Aussagen blenden. So behaupten sie weiterhin, es lägen 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“. Die Wissenschaftler, auf die diese Aussagen zurückgehen, haben diese Behauptung inzwischen korrigiert.

Die angeblichen Vorhersagewahrscheinlichkeiten sind Gegenstand der aktuellen Forschung. Die erzielbaren Wahrscheinlichkeitsaussagen sind abhängig von dem gesuchten Merkmal, der untersuchten Gruppe, der Referenzgruppe sowie von der verwendeten Methode. Pauschale forensische Aussagen über die Wahrscheinlichkeit von DNA-Merkmalen sind nicht möglich, nötig ist jeweils eine Beurteilung im Einzelfall.

Die Vorhersage seltener Merkmale ist mangels Referenzdaten zumeist ungenauer. Da aber die Fokussierung auf eine kleinere Gruppe für Sicherheitszwecke 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.

Legitimiert wird die Erhebung damit, es handele sich nur um „äußerlich sichtbare Merkmale“. Die Haarfarbe ist oft vom Alter abhängig. Bei der Augenfarbe muss schon genau hingeschaut werden. Das äußere Erkennen des „biologischen Alters“ tendiert zum Ratespiel. Dies gilt auch für die „kontinentale Herkunft“. Dabei wird von der nicht nur fehleranfälligen, sondern vorurteilsbelasteten Annahme ausgegangen, dass „biogeografische Herkunft“ „Ethnizität“ sei und mit definierten äußeren Merkmalen in Verbindung gebracht werden könne. Eine derartige Identifizierung von „Fremdländischen“ knüpft an dunkle Zeiten in der deutschen Geschichte an und bedient eher vorurteilsbelastete Wählerschichten als dass sie sicherheitsbehördliche Erkenntnisse fördert.

Geeignetheit und Verhältnismäßigkeit

Der bayerische Gesetzgeber will die DNA-Phänotypisierung und die Bestimmung der „biogeographischen Herkunft“ zur Gefahrenabwehr verwenden. Gefahren sind zumeist dringend. Deren Bekämpfung erfordert schnelle valide Erkenntnisse. Diese kann die forensische Wissenschaft nicht liefern. Niemand konnte bisher plausibel erklären, wie Wahrscheinlichkeitsaussagen etwa über die Augenfarbe oder die biogeografische Herkunft zur Gefahrenabwehr relevant werden könnten.

Es stellt sich generell die Frage, wie eine zukünftige (drohende) Gefahr durch die Phänotypisierung abgewehrt werden kann. Findet sich zu einer z. B. an einem Sprengstoff aufgefundenen DNA-Spur eine Vergleichsspur in einer Datenbank, so lässt dies Hinweise auf den sog. „Gefährder“ oder eine Person in seinem Umfeld zu. Es bedarf dafür keiner Phänotypisierung. Die einzig mögliche Aussage wäre, dass der „Gefährder“ oder Personen aus seinem Umfeld bestimmte äußere Merkmale aufweisen können oder ihre Vorfahren aus einem mehr oder weniger bestimmbar Herkunftsgebieten stammen könnten. Bei längerfristig angelegten strafrechtlichen Ermittlungen mag dies anders sein, etwa wenn über derartige Wahrscheinlichkeitsangaben die Zahl von Verdächtigen reduziert werden kann.

Die Geeignetheit der Maßnahme wird dadurch eingeschränkt, dass äußere Merkmale gezielt manipuliert werden können (z. B. Färben von Haaren, farbige Kontaktlinsen). Wenn eine Eignung für strafrechtliche Ermittlungen besteht, um die es aber bei der Novelle des PAG nicht geht, dann allenfalls ermittlungsintern. Die öffentliche Kommunikation genetisch abgeleiteter wahrscheinlicher Tätermerkmale zu Fahndungszwecken birgt die Gefahr falscher Hinweise und damit der Fehlansichtung von Hinweisen sowie die Gefahr einer gesellschaftlichen

Diskriminierung von seltenen Merkmalsträgern. Hinzu kommt eine erhebliche Gefahr, vorurteilsgeleiteter Interpretation mehrdeutiger Analyseergebnisse, sog. „kognitiver Dissonanzen“.

Was ist zu rechtlich zu bedenken

Die Forensik wird bei DNA-Analysen Fortschritte machen und kann sicher in einzelnen Fällen dazu beitragen, schwere Straftaten aufzuklären. Für Gefahrenabwehr ist das Instrument untauglich. Die bisherigen Gesetzesinitiativen sind völlig ungeeignet für rechtsstaatliche Ermittlungen, da sie keine bzw. keine wirksamen Schutzvorkehrungen vorsehen. Es besteht Anlass zu der Befürchtung, dass die Ergebnisse gleichsam durch die Hintertür zu Strafverfolgungszwecken nutzbar gemacht werden sollen. Hierfür bedarf es jedoch anderer Legitimationsgrundlagen.

Die Anknüpfung dieser Maßnahmen an den äußerst vagen Begriff der „drohenden Gefahr“ spricht dafür, dass die Grenze zwischen der Abwehr drohender Gefahren und der Verfolgung potentieller Straftäter verwischt werden soll. Der „Gefährder“ ist keine Kategorie des geltenden Rechts. Menschen oder Gruppen werden zu potentiellen Straftätern erklärt, die man gleichsam in Vorwegnahme einer späteren Strafe mit polizeirechtlichen Mitteln sanktioniert. Die ebenfalls im PAG vorgesehene Präventivhaft zeigt dies in aller Deutlichkeit. Deshalb sind die Vorschläge verfassungs- und europarechtswidrig. Sie berücksichtigen nicht die höchstpersönlichkeitsrechtliche Relevanz von Gendaten und die damit verbundenen Diskriminierungsrisiken.

Symbolträchtiger gesetzgeberischer Aktionismus ist gefährlich. Vor einer Regulierung bedarf es einer seriösen Diskussion über Möglichkeiten und Risiken sowie darüber, wie diese Risiken gebannt werden können. Derzeit wird ein von der EU gefördertes übergreifendes Forschungsprojekt durchgeführt, mit dem Genmarker für die Farbe von Augen, Haaren und Haut sowie biogeografische Herkunft analysiert werden sollen. Die Erkenntnisse von VISAGE (VISible Attributes through Genomics) müssen abgewartet und dann zur Grundlage der weiteren Diskussion genommen werden.

Eine Zulassung der DNA-Phänotypisierung im Strafverfahren darf aus Gründen des Persönlichkeitsschutzes nur in seltenen Ausnahmefällen bei kapitalen Verbrechen erfolgen. Sie kann nur als letztes Mittel zugelassen werden, wenn keine anderen Ermittlungsansätze Erfolg versprechen. Gerade dann, wenn bestimmte Bevölkerungsgruppen aufgrund äußerer Merkmale oder ihrer Herkunft in den Fokus von Ermittlungen geraten können, ohne dass es konkrete Verdachtsmomente gibt, sind die vielgestaltigen Fehlerquellen noch wesentlich genauer zu analysieren.

Die Probleme mit unzureichenden oder Misch-Spuren sind bekannt. Untersuchungen im Zusammenhang mit der sehr viel fortgeschritteneren Fehlerurteilsforschung in den USA zeigen, dass es gerade bei den hier in Rede stehenden komplexen Analysen exponentiell mehr Gründe für fehlerhafte Ergebnisse und Interpretationen gibt als bei der herkömmlichen Vergleichsanalyse. Um offene oder auch verdeckte Diskriminierungen zu vermeiden, bedarf es eines transparenten wissenschaftlichen Verfahrens, das es ermöglicht, die Ergebnisse qualifiziert zu hinterfragen.

Die Transparenz muss sich auf die Referenzdatenbanken und die angewendeten Auswertungsmethoden beziehen. Ein Zertifizierungsverfahren für die Auswertungsprozesse sollte festgelegt werden. Hinzukommen müssen Regulierungsmechanismen, die das mit diesem Ermittlungsansatz einhergehende Diskriminierungspotential minimieren oder ganz ausschalten. Um Fehlinterpretationen zu vermeiden, muss gewährleistet sein, dass die ermittelnden Beamten umfassend geschult und beraten werden; bei den Ermittlungsergebnissen muss erkennbar sein, dass sie aus einer Genanalyse stammen und errechnete Wahrscheinlichkeitswerte benennen. Öffentlichkeitsfahndungen auf dieser Grundlage sind auszuschließen.

Die Referenzdatenbanken stellen ein Risiko für die Probengeber dar. Dafür müssen Datenschutzstandards entwickelt werden, über die unzulässige zweckwidrige Datennutzungen ausgeschlossen werden.

Es gibt also viel zu forschen und zu diskutieren, bis die DNA-Phänotypisierung im Sicherheitsrecht zugelassen und rechtsstaatlich durchgeführt werden kann. Die Methode eignet sich nicht für populistische Gesetzgebung. Ihr populistischer Wahlkampfeinsatz zeugt allenfalls von Ignoranz gegenüber den vielfältigen Gefahren eines übereilten Einsetzens oder von der Bereitschaft, die Diskriminierung und Ausgrenzung von Minderheiten zu nutzen, um vermeintlich „billig“ Wählerstimmen zu gewinnen.