

Inhaltsverzeichnis

Kapitel 1

Einleitung und Gang der Arbeit 39

| | |
|---|----|
| § 1 Einleitung | 39 |
| § 2 Untersuchungsgegenstand und Gang der Arbeit | 43 |

Kapitel 2

Die DNA aus naturwissenschaftlicher Sicht und ihre Rolle im Prozess 47

| | |
|---|----|
| § 1 Aufbau und Struktur von DNA | 48 |
| I. Chemisch-biologische Zusammensetzung von DNA | 48 |
| II. Chromosome als Träger der Erbinformation | 49 |
| III. Codierende und nicht codierende Abschnitte der DNA | 50 |
| 1. Die Funktion von DNA im Organismus | 51 |
| a) Die Entstehung des Organismus | 51 |
| b) Replikation | 52 |
| c) Transkription | 53 |
| d) Translation | 53 |
| 2. Nicht codierende DNA als „evolutionärer Ballast“? | 54 |
| § 2 Geeignete Untersuchungsgegenstände | 56 |
| I. Der „genetische Fingerabdruck“ | 56 |
| II. mt-DNA als Untersuchungsgegenstand | 58 |
| III. Beschaffenheit des Untersuchungsgegenstands | 59 |
| § 3 Das Untersuchungsverfahren | 60 |
| I. DNA-Extraktion | 60 |
| II. DNA-Amplifikation | 61 |
| III. DNA-Analyse | 62 |
| 1. RFLP-Verfahren | 62 |
| 2. Modernes Analyse-Verfahren | 63 |
| 3. Zusammenfassung | 64 |
| § 4 Verwertung und Beweiswert von DNA-Analysen im Strafprozess | 65 |
| I. Systematische Einordnung der DNA-Analyse im Strafverfahrensrecht | 65 |

| | |
|--|----|
| II. Inhalt des DNA-Gutachtens | 66 |
| III. Grenze des Inhalts des DNA-Gutachtens | 66 |
| 1. Der Weg der Spur oder secondary transfer, Verunreinigung und Vertauschung | 66 |
| 2. Wahrscheinlichkeitsaussage | 68 |
| IV. Beweiswert und Verwendung des DNA-Gutachtens im Strafverfahren | 70 |

Kapitel 3

Datenschutzrechtliche Implikationen bei DNA-Analysen 73

| | |
|---|----|
| § 1 Problemaufriss: Zusammenhang von Strafverfolgung und Datenschutzrecht | 73 |
| § 2 Datenschutz auf europäischer Ebene | 74 |
| I. Grundrechtsschutz gem. Art. 8 Abs. 1 EMRK | 74 |
| II. Datenschutz auf Unionsebene | 75 |
| 1. Primärrecht | 75 |
| a) Grundrechte-Charta | 75 |
| b) Verträge | 77 |
| 2. Die II-Richtlinie als maßgebliches Sekundärrecht | 77 |
| § 3 Vorgaben des nationalen Verfassungsrechts | 78 |
| I. Das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung gem. Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG als Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts | 78 |
| 1. Schutzbereich | 79 |
| a) Bestimmung des Schutzbereichs | 79 |
| b) Informationen über unbekannte Spurenleger | 80 |
| aa) Rechtsprechung und Literatur | 80 |
| (1) Fehlender Personenbezug im Zeitpunkt der Erhebung | 81 |
| (2) Absondern der Spur in der Öffentlichkeitssphäre | 81 |
| (3) Trennung von Erhebung und Verwendung des DNA-Identifikationsmusters und Grundrechtsschutz bei weiteren Ermittlungsmaßnahmen | 81 |
| (4) Folgen für die polizeiliche Ermittlungsarbeit | 82 |
| bb) Stellungnahme | 82 |
| (1) Die Berücksichtigung datenschutzrechtlicher Sprache und Systematik beim Verständnis des Rechtes auf informationelle Selbstbestimmung | 82 |
| (2) Die dogmatische Herleitung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht und der immanente Aspekt der Verhaltensfreiheit | 83 |
| (3) Grundrechtsschutz bei fehlenden weiteren oder zeitlich nachgelagerten Ermittlungsmaßnahmen | 85 |

| | |
|---|-----|
| (4) Vermischung von Materialerhebung und Analyse und von Schutzbereich, Eingriff und Verletzung | 86 |
| (5) Ergebnis | 86 |
| (6) Konsequenzen für das Verhältnis von Datenschutz- und Strafvfahrensrecht | 87 |
| 2. Eingriff | 87 |
| 3. Rechtfertigung | 88 |
| a) Allgemeine verfassungsrechtliche Anforderungen | 88 |
| b) Die Sphärentheorie des BVerfG | 88 |
| c) Grundrechtsverzicht | 90 |
| aa) Grundlagen | 90 |
| (1) Begriffsbestimmung, Voraussetzungen und Rechtsfolge | 90 |
| (2) Abgrenzung zu ähnlichen Grundrechtsinstituten | 91 |
| (3) Grundrechtsverzicht und Gesetzesvorbehalt | 92 |
| bb) Verzicht auf das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung; zugleich Kritik an der Sphärentheorie | 95 |
| cc) Konsequenz für das Verhältnis von Datenschutz- und Strafvfahrensrecht | 96 |
| II. Menschenwürde | 97 |
| § 4 Das Bundesdatenschutzgesetz und sein Verhältnis zur StPO | 98 |
| I. Anwendbarkeit des BDSG im Strafverfahren | 98 |
| II. Das Verhältnis von BDSG und StPO zueinander | 99 |
| § 5 Einwilligung in DNA-Analysen | 100 |
| I. Grundlagen | 100 |
| 1. Die Mitwirkung des Betroffenen im Strafverfahren | 101 |
| a) Nemo tenetur se ipsum accusare und Verzicht | 101 |
| b) Einwilligungsmöglichkeit bei DNA-Analysen | 102 |
| 2. Grundrechtsverzicht und strafprozessuale Einwilligung | 103 |
| a) Unterscheidung von Grundrechtsverzicht und Einwilligung | 103 |
| b) Einwilligung als Unterfall des Grundrechtsverzichts | 104 |
| c) Stellungnahme | 105 |
| aa) Kritik zu <i>Amelung</i> | 105 |
| (1) Das Verbot des Totalverzichts | 105 |
| (2) Ungeeignetheit des Einwilligungsbegriffs bei allen Verzichtskonstellationen | 105 |
| bb) Kritik zu <i>Geiger</i> | 107 |
| cc) Gleichlauf bei Rechtsfolge und Bindungswirkung | 107 |
| II. Begriff der strafverfahrensrechtlichen Einwilligung | 108 |
| III. Arten der Einwilligung | 109 |
| 1. Differenzierung anhand gesetzlicher Normierung der Einwilligungsmöglichkeit | 109 |

| | |
|---|-----|
| 2. Differenzierung anhand zwangsweiser Durchsetzungsmöglichkeit | 110 |
| a) Einwilligung bei zwangsweiser Durchsetzungsmöglichkeit | 110 |
| b) Einwilligung als Durchführungsvoraussetzung | 111 |
| IV. Zulässigkeit der Einwilligung | 113 |
| 1. Ausgangspunkt: Gesetzliche Normierung in einigen Normen der StPO | 113 |
| 2. Zulässigkeit und Unzulässigkeit von Einwilligungen im System der StPO | 113 |
| 3. Kein gesetzgeberischer Handlungsbedarf | 114 |
| 4. Vorgaben des nationalen Verfassungsrechts | 114 |
| a) Verankerung der Einwilligungsfreiheit in der Verfassung | 115 |
| aa) Die Einwilligung als Verbürgung eines speziellen Grundrechts | 115 |
| bb) Die Einwilligungsfreiheit als Element der allgemeinen Handlungsfreiheit | 115 |
| cc) Verankerung im allgemeinen Persönlichkeitsrecht | 116 |
| dd) Stellungnahme | 116 |
| b) Schranken der Einwilligungsfreiheit | 119 |
| c) Zusammenfassung | 119 |
| 5. Vorgaben durch JI-Richtlinie und BDSG | 120 |
| a) Vorgaben der JI-Richtlinie | 120 |
| aa) Grundsätzliche Unzulässigkeit der Einwilligung | 120 |
| bb) Grundsätzliche Zulässigkeit der Einwilligung | 121 |
| cc) Stellungnahme | 122 |
| b) (Überschießende) Umsetzung durch den Gesetzgeber? | 124 |
| V. Voraussetzungen einer wirksamen Einwilligung | 125 |
| 1. Disponibilität des beeinträchtigten Rechtsguts | 125 |
| 2. Freiwilligkeit | 126 |
| a) Unklarheit in der juristischen Dogmatik | 126 |
| b) Mehrdimensionalität des Begriffes der Freiwilligkeit | 126 |
| c) Besonderheiten im Staat-Bürger-Verhältnis | 127 |
| d) Die Abwesenheit von Zwang und Irrtum als hinreichende Bedingungen von Freiwilligkeit | 128 |
| aa) Das Erfordernis rechtlich relevanten Zwangs zur Verneinung der Freiwilligkeit | 128 |
| (1) Ungeeignetheit des Zwangsbegriffes des nemo-tenetur-Grundsatzes | 128 |
| (2) Freiwilligkeit als autonom zu verstehender, normativer Rechtsbegriff | 128 |
| (3) Zwischenergebnis: Beachtlichkeit nur staatlichen Zwangs | 130 |
| (4) Die Abgrenzung von unzulässigem und zulässigem Zwang | 130 |
| a) Unterscheidung anhand der Initiative zur Einwilligung? | 130 |
| b) Die Rechtswidrigkeit der angedrohten staatlichen Alternativmaßnahme als erster Indikator | 130 |
| c) Grundsatz der Verhältnismäßigkeit | 131 |

(5) Zusammenfassung 132

bb) Die Abwesenheit von Irrtümern in der Person des Einwilligenden – Die Belehrung als ausschlaggebendes Kriterium 132

3. Form 134

4. Zeitpunkt der Einwilligung 134

5. Die Erklärung 135

6. Einwilligungsfähigkeit 135

 a) Verfassungsrechtliche Wurzel 135

 b) Berücksichtigung strafrechtlicher Besonderheiten 137

 c) Keine Vorgaben durch Unionsrecht 137

 d) Ergebnis 138

VI. Widerruflichkeit der Einwilligung und Rechtsfolgen 139

 1. Möglichkeit eines Widerrufs und Anforderungen an denselben 139

 2. Rechtsfolgen des Widerrufs 139

§ 6 Zusammenfassung 140

Kapitel 4

DNA-Analyse als Beweismittel im laufenden Strafverfahren 141

§ 1 Die Gewinnung von Untersuchungsmaterial 141

 I. Gewinnung von Körperzellen am oder im menschlichen Körper 141

 1. Körperzellenentnahme gem. § 81a Abs. 1 StPO beim Beschuldigten 142

 a) Blutprobenentnahme 142

 b) Der Abstrich der Wangeninnenseite als anderer körperlicher Eingriff i. S. v. § 81a Abs. 1 S. 2 Alt. 2 StPO 142

 aa) Auslegung nach dem Wortlaut 143

 bb) Systematische Auslegung 144

 (1) Vergleich mit der Entnahme einer Blutprobe gem. § 81a Abs. 1 S. 2 Alt. 1 StPO 144

 (2) Vergleich mit der einfachen Untersuchung gem. § 81a Abs. 1 StPO 145

 (3) Gesamtbetrachtung 145

 cc) Teleologische Auslegung 146

 dd) Verfassungskonforme Auslegung sub specie Art. 2 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 GG 147

 ee) Gesamtwürdigung 149

 (1) Ergebnis der Auslegung und verfassungsrechtliche Problematik sub specie der allgemeinen Handlungsfreiheit und des Verhältnismäßigkeitsprinzips 149

| | |
|---|-----|
| (2) Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsprinzips durch Stützung des Wangenabstrichs auf andere Ermächtigungsgrundlagen | 150 |
| (a) Einwilligung | 150 |
| (b) Beschlagnahme oder Sicherstellung gem. § 94 StPO | 151 |
| (c) Generalklausel gem. §§ 161 Abs. 1 S. 1 Alt. 2, 163 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 StPO | 152 |
| ff) Eigener Lösungsansatz: Weite Auslegung des Eingriffsbegriffs bei gleichzeitiger teleologischer Reduktion der Eingriffsvoraussetzung . . . | 153 |
| gg) Ergebnis | 155 |
| 2. Körperzellenentnahme gem. § 81c StPO beim Dritten | 155 |
| a) Parallelen zu und Unterschiede gegenüber § 81a StPO | 155 |
| b) Die Problematik um den Vaginal- und Wangenabstrich | 156 |
| aa) Auslegung des § 81c StPO Abs. 2 S. 1 nach dem Wortlaut | 156 |
| bb) Systematische Auslegung | 156 |
| (1) Vergleich mit der einfachen Untersuchung gem. § 81c Abs. 1 StPO | 156 |
| (2) Vergleich mit der Untersuchung zu Abstammungsfragen gem. § 81c Abs. 2 S. 1 Alt. 1 StPO | 157 |
| (3) Vergleich mit § 81a Abs. 1 S. 2 StPO | 159 |
| cc) Teleologische Auslegung | 159 |
| dd) Historische Auslegung | 159 |
| ee) Verfassungskonforme Auslegung | 161 |
| (1) Im Hinblick auf das Recht auf körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 GG | 161 |
| (2) Besonderheiten beim Vaginalabstrich im Hinblick auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG | 162 |
| ff) Gesamtwürdigung | 163 |
| gg) Eigener Lösungsvorschlag: Analoge Anwendung des § 81c Abs. 2 S. 1 StPO auf die Konstellationen des Wangen- bzw. Vaginalabstriches . . . | 164 |
| hh) Ergebnis und Gesetzesvorschlag | 165 |
| II. Vom Körper getrennte Körperzellen | 166 |
| III. Heimlich erlangtes Material als Untersuchungsgegenstand | 168 |
| 1. Problemstellung | 168 |
| 2. Vorgefundene Ansätze | 169 |
| a) Das heimlich erlangte Material als Material i. S. v. § 81e Abs. 1 StPO | 169 |
| b) Das heimlich erlangte Material als Material i. S. v. § 81e Abs. 2 StPO | 169 |
| c) Keine Verwendung heimlich erlangten Materials | 171 |
| 3. Stellungnahme | 173 |
| a) Auslegung des § 81e StPO nach dem Wortlaut | 173 |
| aa) Wortlaut des § 81e Abs. 1 StPO | 173 |
| (1) Ausschließlicher Verweis auf §§ 81a, 81c StPO | 173 |

| | |
|---|-----|
| (2) Heimliches Erlangen von Zellen auf Grundlage der §§ 81a, 81c StPO? | 173 |
| (a) Wortlaut der §§ 81a, 81c StPO | 174 |
| (b) Umgehung der hoheitlichen Anordnungscompetenz | 174 |
| (c) Umgehung des Untersuchungsverweigerungsrechts | 175 |
| (d) Der Arztvorbehalt | 176 |
| (e) Die Vorschrift des § 101 StPO | 176 |
| (f) Zwischenergebnis | 177 |
| (3) Ergebnis | 177 |
| bb) Wortlaut des § 81e Abs. 2 StPO | 177 |
| b) Systematische Auslegung | 177 |
| aa) Vergleich mit anderen heimlichen Maßnahmen | 177 |
| bb) Vergleich des § 81e Abs. 2 StPO mit § 81e Abs. 1 StPO i. V. m. § 81a Abs. 3 Hs. 2 StPO | 179 |
| cc) Verwendung in künftigen Verfahren, § 81g StPO | 180 |
| c) Historische Auslegung | 180 |
| aa) Entwicklung des § 81e StPO | 180 |
| (1) Fassung von 1997 bis 2017 | 180 |
| (2) Novellierung durch das Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens von 2017 und das Gesetz zur Modernisierung des Strafverfahrens von 2019 | 181 |
| bb) Entwicklung des § 101 StPO | 183 |
| (1) Einfügung des § 81e StPO in den Katalog des § 101 StPO im Jahre 1997 | 183 |
| (2) Tilgung des § 81e StPO aus dem Katalog des § 101 StPO im Jahre 2007 | 183 |
| d) Teleologische Auslegung | 184 |
| e) Verfassungskonforme Auslegung | 187 |
| aa) Recht auf informationelle Selbstbestimmung | 187 |
| (1) Differenzierung von Zellgewinnung und DNA-Analyse – Vorwirkung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung | 187 |
| (2) Keine Eingriffsintensivierung durch heimliches Vorgehen? – Der Ansatz von Beck | 188 |
| (3) Stellungnahme zu diesem Ansatz | 189 |
| bb) Nemo-tenetur-Grundsatz | 190 |
| cc) Gebot der Verhältnismäßigkeit | 191 |
| f) Ergebnis | 191 |
| § 2 Untersuchungs- und Feststellungsverbote | 192 |
| I. Feststellungs- und Untersuchungsverbote | 192 |
| 1. Stand bis zur Novellierung des § 81e Abs. 2 StPO durch das Gesetz zur Modernisierung des Strafverfahrens | 192 |

| | |
|--|-----|
| 2. Erweiterung möglicher Feststellungen auf phänotypische Merkmale unbekannter Spurenleger durch das Gesetz zur Modernisierung des Strafverfahrens vom 10. Dezember 2019 | 193 |
| a) Vorgefundene Ansätze zur Möglichkeit der Feststellung phänotypischer Merkmale | 194 |
| aa) Ansätze gegen die Feststellung phänotypischer Merkmale | 194 |
| (1) Unantastbarer Kernbereich und die Analyse codierender DNA-Bereiche | 194 |
| (2) Codierende DNA-Bereiche und das Recht auf informationelle Selbstbestimmung | 197 |
| (3) Vermischung von Strafverfolgung und präventiv-polizeilicher Arbeit | 197 |
| (4) Verringerung des kriminalistischen Nutzens durch nachträgliche Veränderung des Aussehens, Fehlerquellen und bewusste Manipulation | 197 |
| (5) Die Gefahr der Diskriminierung von Minderheiten | 198 |
| (6) Verstoß gegen Unionsrecht | 198 |
| (7) Subsidiäre Anwendung der erweiterten Feststellungsmöglichkeiten | 198 |
| bb) Ansätze für die Feststellung phänotypischer Merkmale | 199 |
| (1) Kein Eindringen in den absoluten geschützten Kernbereich der Persönlichkeit | 199 |
| (2) Recht auf informationelle Selbstbestimmung | 202 |
| (3) Sinnlosigkeit der Trennung von codierender und nicht-codierender DNA für juristische Zwecke | 203 |
| (4) Die Analyse codierender DNA-Bereiche als naturwissenschaftliches und juristisches Gebot? | 203 |
| (5) Rechtsunsicherheit durch Trennung in codierende und nicht-codierende DNA-Bereiche | 203 |
| (6) Keine Verringerung des kriminalistischen Nutzens durch Veränderung des äußeren Erscheinungsbildes; keine spezifische Missbrauchsgefahr | 204 |
| (7) Zur Gefahr einer Diskriminierung | 205 |
| b) Stellungnahme zu § 81e Abs. 2 S. 2 StPO n.F. | 206 |
| aa) Codierende und nicht codierende DNA-Bereiche – ein unbrauchbares Kriterium | 206 |
| (1) Keine verfassungsgerichtliche Präjudiz | 206 |
| (2) Naturwissenschaftliche Argumente gegen die Unterscheidung von codierenden und nicht-codierenden DNA-Abschnitten im Juristischen | 207 |
| (3) Zusammenfassung | 209 |

| | |
|--|-----|
| bb) Unantastbarer Kernbereich der Persönlichkeit | 210 |
| (1) Die Bestimmung des Kernbereichs im Einzelfall – Augen-, Haut- und Haarfarbe und Alter als Höchstpersönliches? | 210 |
| (a) Keine Totalerfassung | 210 |
| (b) Die Möglichkeit der Geheimhaltung am Beispiel des Beschlusses des BVerfG über Ehescheidungsakten | 210 |
| (c) Höchstpersönlicher Charakter und der Wille zur Geheimhaltung unter besonderer Berücksichtigung des Vorliegens einer Straftat | 211 |
| (d) Zwischenergebnis | 213 |
| (2) Die Sensibilität der festgestellten Information als allein entscheidendes Kriterium – Keine weitere Kategorisierung | 213 |
| cc) Recht auf informationelle Selbstbestimmung | 214 |
| (1) Zur Eingriffsintensität | 214 |
| (2) Zur Rechtfertigung des Eingriffes | 215 |
| dd) Abgrenzung zur präventiv-polizeilichen Arbeit | 216 |
| ee) Kriminalistischer Nutzen der neuen Merkmale und Diskriminierung – Ein Problem der Beweiswürdigung | 218 |
| (1) Der kriminalistische Nutzen der neuen Feststellungsmöglichkeiten | 218 |
| (a) Naturwissenschaftliche Sicherheiten | 218 |
| (b) Äußerlich sichtbare Merkmale – Ein Ermittlungsansatz | 219 |
| (2) Unsicherheiten, Missbrauchsgefahr und Umgehungsversuche – Ein Problem der Beweiswürdigung | 222 |
| (3) Der Einwand der Diskriminierung | 223 |
| (a) Das normative Phänomen der Diskriminierung aus juristischer Sicht | 223 |
| (b) Die Möglichkeiten der Diskriminierung durch eine DNA-basierte Feststellung des Phänotyps | 223 |
| (c) Juristische Bewertung dieser Form der Diskriminierung | 224 |
| (d) Ergebnis | 226 |
| ff) Implikationen der II-Richtlinie bzw. des BDSG | 227 |
| (1) Die Differenzierung von personenbezogenen Daten in Kategorien und die Anforderungen an ihre Verarbeitung | 227 |
| (2) Daten aus einer DNA-Analyse – eine besondere Kategorie personenbezogener Daten? | 227 |
| (a) Verarbeitung genetischer Daten, §§ 48 i. V. m. 46 Nr. 13, 11 BDSG | 228 |
| (b) Verarbeitung herkunftsbezogener Daten, §§ 48 i. V. m. 46 Nr. 14 lit. a BDSG | 229 |
| (3) Die Anforderungen an die Feststellung von Informationen molekulargenetischen Ursprungs im Unionsrecht und im deutschen Recht | 229 |
| (a) Unbedingte Erforderlichkeit | 230 |

| | |
|--|-----|
| (b) Geeignete Schutzgarantien | 231 |
| (4) Zusammenfassung zu den europarechtlichen Implikationen | 231 |
| gg) Allgemeine Verhältnismäßigkeitsdogmatik statt Subsidiarität | 231 |
| hh) Zusammenfassung der Stellungnahme zu § 81e Abs. 2 S. 2 StPO | 232 |
| II. Überschießende Feststellungen kraft Einwilligung? | 232 |
| 1. Vorgefundene Ansätze | 233 |
| a) Keine überschießenden Feststellungen kraft Einwilligung | 233 |
| b) Differenzierende Ansätze | 233 |
| c) Überschießende Feststellungen kraft Einwilligung möglich | 234 |
| 2. Stellungnahme | 235 |
| a) Die Einwilligungsfrage des § 81e StPO als allgemeine Frage | 235 |
| b) Kritik an den Stimmen, die die Einwilligungsmöglichkeit ausschließen .. | 235 |
| c) Grundsätzliche Zustimmung zur Einwilligungsmöglichkeit | 236 |
| d) Berücksichtigung der JI-RL und von § 51 BDSG – Zulassung der Einwilli- gung durch § 81f Abs. 1 S. 1 StPO? | 237 |
| § 3 Zweckbindungsgebote und Verwendungsbeschränkungen | 238 |
| I. Definition des Zweckbindungsgebotes | 238 |
| II. Zweckbindungsgebote und Verwendungsbeschränkungen für den Umgang mit den Körperzellen | 239 |
| 1. Der Umgang mit Körperzellen, die gem. § 81e Abs. 1 StPO analysiert wurden | 239 |
| 2. Der Umgang mit Körperzellen, die gem. § 81e Abs. 2 StPO analysiert wurden | 239 |
| a) Argumente, warum im Rahmen des § 81e Abs. 2 StPO kein Vernichtungs- gebot besteht | 240 |
| b) Stellungnahme zu diesen Argumenten | 240 |
| aa) Unwiederbringlicher Verlust und Wiederbeschaffbarkeit | 240 |
| bb) Einsatz im Wiederaufnahmeverfahren | 241 |
| cc) Konsequenzen | 245 |
| c) Der Grundsatz der Datensparsamkeit oder warum auch das Material i. S. v. § 81e Abs. 2 StPO vernichtet werden muss | 245 |
| d) Vernichtung bei wiederbeschaffbarem Material gem. § 11In StPO | 246 |
| e) Vernichtung unwiederbringlichen Materials im Wege einer Gesamtanalogie der die Rückgabe von Beweismittel und die Löschung von Daten betref- fenden Vorschriften | 248 |
| aa) Rechtsgedanke der §§ 81a Abs. 3 Hs. 2, 11In StPO | 248 |
| bb) Die Rechtsprechung des BVerfG zur Löschung qua Verfassung | 248 |
| cc) Rechtsgedanke der §§ 489 StPO, 58 Abs. 2, 75 Abs. 2 BDSG | 249 |
| dd) Zusammenfassung | 250 |
| 3. Die Begrenzung möglicher Feststellungen – Eine Frage der Zweckbindung? .. | 250 |
| 4. Verwendung nur in bereits anhängigen Verfahren | 252 |

- III. Zweckbindungsgebote für den Umgang mit den Feststellungen 252
 - 1. Verwendung nur im laufenden und speziellen anhängigen Verfahren 252
 - a) Keine Verwendungsbeschränkung expressis verbis – Einsatz im Anlassverfahren 252
 - b) Keine Verwendung in zukünftigen Strafverfahren vor dem Hintergrund des § 81g StPO 253
 - c) Verwendung in bereits anhängigen, anderen Verfahren – Ein Täterscreening? 253
 - d) Zusammenfassung 254
 - 2. Das Vorhandensein von Vergleichsmaterial als Rechtmäßigkeitsvoraussetzung der DNA-Analyse 255
 - a) Material i. S. v. § 81e Abs. 2 StPO als Durchführungsvoraussetzung für eine DNA-Analyse gem. § 81e Abs. 1 StPO? 255
 - b) Material i. S. v. § 81e Abs. 1 StPO als Durchführungsvoraussetzung für eine DNA-Analyse gem. § 81e Abs. 2 StPO? 256
 - c) Stellungnahme 256
- § 4 Formelle Voraussetzungen 258
 - I. Anordnungscompetenz und Einwilligung gem. § 81f Abs. 1 StPO 258
 - 1. Richtervorbehalt und anordnungsverdrängende Einwilligung bei Maßnahmen gegen bekannte Spurenleger 258
 - a) Richtervorbehalt und Einwilligung 258
 - b) Belehrung auch über eine mögliche Nutzung im Rahmen des § 81g StPO? 259
 - aa) Vorgefundene Ansätze 259
 - (1) Qualifizierte Belehrung erforderlich 259
 - (2) Keine weitergehende Belehrung 260
 - bb) Stellungnahme 260
 - 2. Verzicht auf den Richtervorbehalt bei Maßnahmen gegen unbekannte Spurenleger 262
 - II. Anforderungen an die Durchführung der eigentlichen Analyse gem. § 81f Abs. 2 StPO 263
 - 1. Anforderungen an den Sachverständigen, § 81f Abs. 2 S. 1 StPO 264
 - 2. Anforderung an die Übermittlung des Zellmaterials an den Sachverständigen, § 81f Abs. 2 S. 3 StPO 266
 - a) Kritik an § 81f Abs. 2 S. 3 StPO 266
 - b) Stellungnahme zur Kritik 268
 - aa) Pseudonymisierung statt Anonymisierung 268
 - bb) Zur naturwissenschaftlichen Richtigkeit und Sorgfalt und anderen praktischen Problemen 269
 - cc) Das Gutachtenverweigerungsrecht des Sachverständigen 270
 - dd) Wirkung der Pseudonymisierung im Hinblick auf die Anwesenheit des Sachverständigen in der Hauptverhandlung 276

| | |
|--|-----|
| ee) Der Vergleich mit der Gutachtenerstellung über hinsichtlich §§ 20, 21 StGB relevante Feststellungen | 277 |
| ff) Zusammenfassung | 279 |
| 3. Anforderungen an die DNA-Analyse, § 81f Abs. 2 S. 2 StPO | 279 |
| 4. Datenschutzrechtliche Kontrolle des Sachverständigen, der keine öffentliche Stelle ist | 280 |
| § 5 Die Verwertbarkeit von rechtswidrig erlangtem Material im Hinblick auf die DNA-Analyse und von rechtswidrigen Analyse-Ergebnissen | 282 |
| I. Die Abwägungslehre des BGH | 282 |
| 1. Im Hinblick auf rechtswidrig erlangtes Material | 284 |
| 2. Im Hinblick auf rechtswidrige DNA-Analysen, insbesondere im Hinblick auf überschießende Feststellungen unter Verstoß gegen § 81e Abs. 1 S. 2 StPO | 287 |
| II. Datenschutzrechtliche Implikationen der Abwägungslehre und Auswirkungen der II-Richtlinie | 292 |
| 1. Datenschutzrechtliche Problematik der Verwertung rechtswidrig erhobener Beweise | 292 |
| 2. § 49 BDSG als Ermächtigungsgrundlage für die Verwertung | 292 |
| 3. § 261 StPO als Ermächtigungsgrundlage für die Verwertung | 294 |
| III. Ergebnis | 296 |

Kapitel 5

| | |
|--|-----|
| Die DNA-Reihenuntersuchung nach § 81h StPO | 298 |
| § 1 Die Körperzellentnahme | 299 |
| § 2 Feststellungs- und Untersuchungsverbote | 302 |
| I. Explizit zugelassene Feststellungen | 302 |
| II. Kein explizites Feststellungs- und Untersuchungsverbot – Ermöglichung der Abstammungsfeststellung über § 81h Abs. 4 S. 2 Nr. 1 StPO? | 305 |
| 1. Zur Frage einer möglichen Feststellung der Abstammung via § 81h Abs. 4 S. 2 Nr. 1 StPO | 305 |
| 2. Implizites Feststellungs- und Untersuchungsverbot | 307 |
| § 3 Zweckbindungsgebote und Verwendungsbeschränkungen | 309 |
| I. Zweckbindungsgebote und Verwendungsbeschränkungen im Hinblick auf die Körperzellen | 309 |
| 1. Vernichtungsgebot, § 81h Abs. 3 S. 2 StPO | 309 |
| 2. Einsatz nur im Anlassverfahren | 311 |
| a) Normative Überlegungen | 311 |
| b) Konkretisierung | 312 |

| | |
|--|-----|
| II. Zweckbindungsgebote und Verwendungsbeschränkungen im Hinblick auf das Analyseergebnis | 314 |
| 1. Löschungsgebot, § 81h Abs. 3 S. 3 StPO | 314 |
| a) Konkretisierung anhand der Gesetzmaterialien: Ermittlung des Spurenlegers und Verjährung der Anlasstat als maßgebliche Zeitpunkte | 314 |
| b) Der Ansatz von Literatur und Rechtsprechung: Kritik an der Verjährung als maßgeblicher Zeitpunkt | 315 |
| c) Stellungnahme zu den Ansätzen und eigener Vorschlag | 316 |
| aa) Löschung bei Feststellung des Spurenlegers oder eines Beinahetreffers | 317 |
| (1) Der Wortlaut des Gesetzes und seine historische Entwicklung – zugleich zum Zweck der DNA-Reihenuntersuchung | 317 |
| (2) Verfassungsrechtliche Argumentation – zugleich zur Reichweite der Einwilligung | 318 |
| (3) Keine Geltung beim Beinahetreffer | 319 |
| (4) Keine Vorgaben für das Analyseverfahren? | 320 |
| (5) Zwischenergebnis | 321 |
| bb) Löschung, wenn kein Spurenleger ermittelt werden konnte | 321 |
| 2. Verwendung nur im Anlassverfahren | 323 |
| § 4 Materielle Anordnungsvoraussetzungen | 324 |
| I. Qualifizierte Anlasstaten | 325 |
| 1. Verbrechen gegen bestimmte Rechtsgüter | 325 |
| a) Der Verbrechensbegriff des materiellen Strafrechts als erstes Selektionskriterium | 325 |
| b) Das geschützte Rechtsgut als zweites Kriterium – Abschnittsbezogenes oder rechtsgutsbezogenes Verständnis? | 326 |
| aa) Abschnittsbezogener Ansatz | 326 |
| (1) Konsequenz und Inhalt eines abschnittsbezogenen Verständnisses | 326 |
| (2) Die DNA-Reihenuntersuchung als ultima ratio | 326 |
| (3) Die gesetzgeberische Intention | 327 |
| (4) Vergleich mit der Rechtsprechung des BGH zur nachträglichen Sicherungsverwahrung gem. § 66b StGB a.F. | 327 |
| (5) Kriminalistische Ungeeignetheit der DNA-Reihenuntersuchung zur Aufklärung weiterer Delikte | 328 |
| (6) Abstumpfungseffekte bei der Bevölkerung | 328 |
| (7) Der Ansatz Rogalls – Verlagerung der Eingrenzung auf Verhältnis-mäßigkeitsebene? | 329 |
| (8) Rechtssicherheit | 329 |
| bb) Rechtsgutsbezogener Ansatz – zugleich Stellungnahme | 329 |
| (1) Die gesetzgeberische Intention und Konsequenz | 329 |
| (2) Kritik am abschnittsbezogenen Verständnis | 330 |
| (a) Berücksichtigung des ultima-ratio-Charakters | 330 |

| | |
|--|-----|
| (b) Zur Gesetzgebungstechnik | 331 |
| (c) Keine Übertragbarkeit der Rechtsprechung zu § 66b StGB a.F. | 332 |
| (d) Eignung der DNA-Analytik als Kriterium der Verhältnismäßigkeit | 332 |
| (e) Das Legalitätsprinzip als Absage an rein ökonomische und logistische Argumentation i. R. d. Gesetzesauslegung | 332 |
| (f) Keine „Abstumpfungerscheinungen“ bei der Bevölkerung ... | 334 |
| (g) Das Argument der Rechtssicherheit | 334 |
| (3) Argumentation pro Rechtsgutsbezug | 335 |
| (a) Der höchstpersönliche Charakter des angegriffenen Rechtsguts als gesetzgeberisches Kriterium | 335 |
| (b) Fehlende Eignung der Abschnittseinteilung im StGB für die (strafverfahrenrechtliche) Gesetzesauflegung | 335 |
| (c) Besserstellung des brutaleren Täters im abschnittsbezogenen Verständnis aufgrund der Gesetzeskonkurrenz | 337 |
| cc) Zusammenfassung | 338 |
| c) Keine „Erweiterungsfähigkeit“ | 338 |
| 2. Verdachtsgrad | 339 |
| 3. Stadium der Tat | 341 |
| 4. Prognoseentscheidung | 341 |
| II. Prüfungsmerkmale – Eingeschränkter Teilnehmerkreis | 343 |
| III. Verhältnismäßigkeit | 346 |
| 1. Verhältnismäßigkeit der Maßnahme insgesamt | 346 |
| 2. Verhältnismäßigkeit der Durchführung im Einzelnen | 348 |
| § 5 Formelle Voraussetzungen | 350 |
| I. Freiwillige Teilnahme – Einwilligung und Belehrung | 350 |
| 1. Zweifel an der Möglichkeit einer freiwilligen Teilnahme | 351 |
| a) Sozialer Druck zur Teilnahme | 351 |
| b) Die Folgen der verweigerten Einwilligung | 353 |
| aa) Unwirksamkeit der Einwilligung, wenn aus der Verweigerung ein Tatverdacht geschlussfolgert wird | 353 |
| bb) Unwirksamkeit der Einwilligung, wenn die Verweigerung bereits mittelbar mit anderen Beweisen zur Verdachtsbegründung führt | 354 |
| cc) Die Kenntnis des Betroffenen von der Verdachtsneutralität | 354 |
| dd) Nemo tenetur se ipsum accusare und Einwillungsverweigerung ... | 355 |
| ee) Unbeachtlichkeit eines Irrtums über die Tatverdachtsneutralität | 356 |
| 2. Stellungnahme | 357 |
| a) Zur Beachtlichkeit rein sozialen Drucks | 357 |

| | |
|---|-----|
| b) Die Folgen der Einwilligungsverweigerung – Problem und Lösung auch anhand der Belehrungsvorschrift | 359 |
| aa) Verdachtsbegründung alleine aufgrund der Verweigerung | 359 |
| (1) Unzulässigkeit der Verdachtsbegründung nur aufgrund der Verweigerung | 359 |
| (2) Kenntnis der Unzulässigkeit – Defizite bei der Belehrung nach § 81h Abs. 4 StPO | 361 |
| (a) Die Belehrung über die Freiwilligkeit gem. § 81h Abs. 4 S. 1 StPO | 361 |
| (b) Qualifizierte Belehrung auch über die Verdachtsneutralität der Belehrung? | 362 |
| bb) Verdachtsbegründung trotz der Verweigerung mit anderen Momenten – zugleich zu Selbstbelastungsfreiheit und Unschuldsvermutung und den Ermittlungen nach der Reihenuntersuchung gem. §§ 81a, 81e StPO .. | 365 |
| (1) Zur Notwendigkeit der Weiterermittlung | 365 |
| (2) Problemstellung hinsichtlich der Verdachtsbegründung | 367 |
| (3) Die Zugehörigkeit zur Gruppe der Merkmalsträger nach Durchführung der Reihenuntersuchung – Inkulpatation durch Dritte | 367 |
| (a) Zur weiteren Benutzung der Merkmale – Voraussetzungen und Begründung der Inkulpatation | 367 |
| (b) Teilnahme und Verweigerung im Lichte negativer und positiver Selbstbelastungsfreiheit | 371 |
| (c) Die Einwilligung in die DNA-Reihenuntersuchung – Eine „Einwilligung zu Lasten Dritter“? | 372 |
| (d) Die Unschuldsvermutung | 373 |
| (e) Zwischenergebnis | 375 |
| (4) Weitere Erkenntnisse | 375 |
| (5) Ergebnis | 376 |
| cc) Vorgehen gegen den Verweigerer auf Grundlage des § 81c StPO i. V. m. § 81e StPO | 377 |
| (1) Voraussetzungen des § 81c Abs. 2 StPO für die Zellgewinnung im Lichte der DNA-Reihenuntersuchung | 379 |
| (a) Die Zumutbarkeitsgrenze des § 81c Abs. 4 StPO | 379 |
| (b) Das Untersuchungsverweigerungsrecht des § 81c Abs. 3 StPO | 384 |
| (c) Der historische Wille des Gesetzgebers als Anhaltspunkt für einen individualbezogenen Ansatz | 391 |
| (2) Voraussetzungen des § 81e StPO im Lichte der Reihenuntersuchung | 393 |
| (3) Ergebnis | 394 |
| dd) Zusammenfassung zu den Folgen der Einwilligungsverweigerung | 394 |
| 3. Die Belehrungsvorschrift des § 81h Abs. 4 StPO im Gefüge der allgemeinen Einwilligungs- und Freiwilligkeitsdogmatik | 394 |

| | |
|--|-----|
| 4. Belehrungserfordernisse jenseits von § 81h StPO i. R. d. DNA-Reihenuntersuchung | 397 |
| a) Weitergehende Erklärungen über den Sinngehalt der Belehrung | 397 |
| b) Belehrung über die Widerrufsmöglichkeit | 397 |
| c) Weitere Belehrungserfordernisse nach dem BDSG, insbesondere zur Löschung | 401 |
| 5. Zur Reformbedürftigkeit der Vorschrift – zugleich Kritik zu bereits geforderten Reformvorhaben | 404 |
| a) Zum Nebeneinander von BDSG und StPO | 404 |
| b) Zur sprachlichen Gestaltung der Belehrung | 405 |
| II. Gebot richterlicher Anordnung | 410 |
| III. Die Kopplung von Einwilligung und richterlicher Anordnung – eine Kritik | 413 |
| 1. Kritik in der Literatur an § 81h StPO | 413 |
| a) Ansätze für eine Streichung des Richtervorbehalts bei gleichzeitiger Beibehaltung des Freiwilligkeitserfordernisses | 413 |
| b) Ansätze für die Streichung des Freiwilligkeitserfordernisses bei gleichzeitiger Beibehaltung des Gebotes richterlicher Anordnung – § 81h StPO als Zwangsmodell | 415 |
| 2. Alternative Möglichkeiten und deren Bewertung | 424 |
| a) Zwangsweise Reihenuntersuchung – Durchführung auch ohne Einwilligung | 424 |
| aa) Zwangsweise Reihenuntersuchungen de lege lata | 424 |
| (1) Reihenuntersuchungen gem. §§ 81a, 81e StPO | 425 |
| (2) Reihenuntersuchungen gem. §§ 81c, 81e StPO | 426 |
| (3) Zusammenfassung zur Möglichkeit zwangsweiser DNA-Reihenuntersuchungen de lege lata | 426 |
| bb) Zwangsweise Reihenuntersuchung im eigentlichen Sinne de lege ferenda | 427 |
| (1) Entgegenstehen der Menschenwürde? | 427 |
| (2) Entgegenstehen der Unschuldsvermutung? | 432 |
| (3) Entgegenstehen der Selbstbelastungsfreiheit? | 433 |
| (4) Verhältnismäßigkeit einer entsprechenden Regelung | 436 |
| (5) Die zwangsweise DNA-Reihenuntersuchung als grundrechtsberührende Maßnahme gegen eine Mehrzahl bis dahin Nichtbeschuldigter zur Begründung eines Tatverdachts – Ein (weiteres) Unikum innerhalb der StPO? | 437 |
| a) Allgemeiner Vergleich mit Maßnahmen gegen Nichtbeschuldigte | 437 |
| b) Vergleich mit der Rasterfahndung nach §§ 98a f. StPO und dem Datenabgleich nach § 98c StPO | 440 |
| c) Vergleich mit der Errichtung von Kontrollstellen gem. § 111 StPO | 447 |
| d) Vergleich mit der Schleppnetzfahndung gem. § 163d StPO | 450 |

| | |
|--|-----|
| (e) Zusammenfassung | 453 |
| (6) Argumente pro und contra zwangsweiser DNA-Reihenuntersuchungen i. R. d. Verhältnismäßigkeit | 454 |
| (a) Opferschutz als Rechtfertigungsargument – Zum Ansatz <i>Trücks</i> | 454 |
| (b) Angemessenheit durch Straftatenkatalog? | 456 |
| (c) Angemessenheit durch Einführung der Subsidiaritätsklausel .. | 461 |
| (d) Explizite Erwähnung der Verhältnismäßigkeit | 462 |
| (e) Zur Notwendigkeit eines Weigerungsrechtes | 463 |
| (f) Zur Beibehaltung oder Ausweitung des Richtervorbehaltes und zur Einführung von Rechtsschutzmöglichkeiten | 466 |
| (g) Steigerung der Eingriffsintensität durch Vorbereitungsmaßnahmen | 470 |
| (h) Vernichtungs- und Löschungsvorschriften als eingriffsmildernde Verfahrenssicherung? | 471 |
| (7) Systematik der Regelungen betreffend die DNA-Analytik im Strafprozess | 472 |
| (8) Der Ansatz Boschs und Giesens – Zur Notwendigkeit eines Zwangsmodelles | 474 |
| (9) Ergebnis, Zusammenfassung und rechtspolitischer Ausblick | 476 |
| b) Verzicht auf die richterliche Anordnung – reines Freiwilligkeitsmodell .. | 477 |
| aa) Notwendigkeit und Zweck präventiver richterlicher Kontrolle aus verfassungs- und strafrechtlicher Sicht | 478 |
| (1) Zur verfassungsrechtlichen Notwendigkeit | 478 |
| (a) Spezielle verfassungsrechtliche Vorgaben | 478 |
| (b) Allgemeine verfassungsrechtliche Vorgaben | 480 |
| (2) Grundrechtssicherung als Zweck des Richtervorbehaltes | 482 |
| (3) Doppelbelastung bei strafprozessualen Grundrechtseingriffen .. | 484 |
| bb) Der Richtervorbehalt des § 81h Abs. 2 StPO als individualschützende Verfahrensvorschrift | 486 |
| (1) Grundrechtsschutz | 486 |
| (a) Zur Bedeutung der Einwilligung und zum richterlichen Prüfungsumfang | 486 |
| (b) Richterliche Anordnung als Kompensation für fehlende Freiwilligkeit? | 487 |
| (c) Gebot richterlicher Anordnung trotz Einwilligung wegen der hypothetischen Eingriffsintensität | 489 |
| (2) Vorgezogener Rechtsschutz wegen Heimlichkeit oder Überraschungseffekten? | 489 |
| (3) Doppelfunktion strafprozessualer Zwangsmaßnahmen | 490 |
| cc) Der Richtervorbehalt des § 81h Abs. 2 StPO als Mittel der Verfahrensregulierung | 490 |
| (1) Regulierung der Teilnehmerzahl durch Kontrolle der Merkmale .. | 490 |

| | |
|--|-----|
| (2) Regulierung des Anwendungsbereiches – zugleich zum Bedeutungswandel des § 81h StPO durch die JI-RL und § 51 BDSG | 492 |
| (3) Erhöhte Teilnahmebereitschaft durch Richtervorbehalt | 493 |
| dd) Der Richtervorbehalt des § 81h Abs. 2 StPO als verfahrensschützende Vorschrift | 494 |
| ee) Zusammenfassung und Ergebnis | 495 |
| 3. Konsequenz aus der Kritik und den alternativen Möglichkeiten | 496 |
| § 6 Beweisverwertungsverbote | 497 |
| I. Einwilligungsmängel | 498 |
| 1. Fehlerfolgen von Einwilligungsmängeln bei anderen Zwangsmaßnahmen am Beispiel des § 81f Abs. 1 StPO | 498 |
| 2. Vorgefundene Ansätze zu den Fehlerfolgen von Einwilligungsmängeln i. R. d. § 81h StPO | 500 |
| 3. Stellungnahme | 501 |
| a) Keine Unterscheidung nach spezifischen und allgemeinen Einwilligungsvoraussetzungen | 501 |
| b) Zur Schutzrichtung der Normen bei Familienbelastung | 502 |
| c) Unterscheidung in echte und unechte Einwilligungsvoraussetzungen | 503 |
| aa) Echte Einwilligungsvoraussetzungen | 504 |
| bb) Unechte Einwilligungsvoraussetzungen, insb. zur Belehrungs- und Formproblematik | 505 |
| (1) Fehler bei der Erteilung der Belehrung | 505 |
| (2) Verstöße gegen die Schriftlichkeitsgebote | 507 |
| (a) Sinn und Zweck von Formerfordernissen im Zivilrecht und öffentlichen Recht | 508 |
| (b) Sinn und Zweck des Schriftlichkeitsgebots in § 81h StPO | 511 |
| (c) Ergebnis | 513 |
| d) Zur hypothetischen Beweisgewinnung nach Durchführung der Untersuchung gem. §§ 81a, 81e StPO | 513 |
| II. Fehler bei den Anordnungsvoraussetzungen | 515 |
| 1. Vorgefundene Ansätze | 515 |
| 2. Stellungnahme | 516 |
| a) Zur Konnexität von Einwilligung und Anordnungsvoraussetzung | 516 |
| b) Konsequenzen für Fehler i. R. d. Anordnung | 517 |
| c) Zusammenfassung | 518 |
| <i>Kapitel 6</i> | |
| DNA-Analyse als Beweismittel für künftige Strafverfahren | 520 |
| § 1 Zur Notwendigkeit einer speziellen Ermächtigungsgrundlage aus datenschutzrechtlicher Perspektive und zur Geschichte der Norm | 521 |

| | |
|--|-----|
| § 2 Körperzellentnahme nach § 81g Abs. 1 S. 1 StPO | 522 |
| § 3 Feststellungs- und Untersuchungsverbote | 524 |
| § 4 Zweckbindung und Verwendungsregeln | 525 |
| I. Im Umgang mit den Körperzellen | 525 |
| II. Im Umgang mit dem DNA-Identifikationsmuster – Speicherung und konkretes Einsatzfeld | 526 |
| 1. Speicherung beim BKA | 527 |
| a) Gesetzliche Grundlage zur Einrichtung und Unterhaltung der sog. DNA-Analyse-Datei | 527 |
| aa) DNA-Identifikationsmuster als erkennungsdienstliche Daten i. S. v. § 16 Abs. 5 S. 1 BKAG | 528 |
| bb) Sammlung von DNA-Identifikationsmustern als Aufgabe des BKA nach § 2 Abs. 4 BKAG | 528 |
| cc) Informationssystem | 530 |
| dd) Weiterverarbeitung | 530 |
| ee) Erlaubnis durch § 81g StPO i. V. m. § 16 Abs. 5 S. 1 Nr. 1 BKAG | 530 |
| b) Funktionsweise der DNA-Analyse-Datei | 531 |
| 2. Verwendung gem. § 81g Abs. 5 S. 1 Alt. 2 StPO nach Maßgabe des BKAG | 532 |
| a) Abgleich von Spurenmaterial mit gespeicherten DNA-Identifikationsmustern | 532 |
| aa) Besonderheiten des § 81g StPO im Vergleich zu §§ 81e, 81h StPO im Hinblick auf den Abgleich | 533 |
| bb) Abgleich auf Grundlage des BKAG | 534 |
| (1) Durch das BKA | 534 |
| (2) Durch die Verbundteilnehmer | 535 |
| cc) Anforderungen an das künftige Strafverfahren | 536 |
| b) Manuelle Übermittlung der Daten | 540 |
| aa) Zur Übermittlungsmöglichkeit des BKAG nach §§ 25 ff. BKAG | 541 |
| bb) Einschränkung der Übermittlungsbefugnisse durch § 81g Abs. 5 S. 3 StPO | 542 |
| cc) Zur Vereinbarkeit des § 81g Abs. 5 S. 3 StPO mit dem Grundsatz der hypothetischen Datenneuerhebung | 543 |
| dd) Das Verhältnis von § 81g Abs. 5 S. 3 StPO zu den Übermittlungsverböten des § 28 BKAG | 545 |
| 3. Der Vertrag von Prüm – Zum grenzüberschreitenden Abgleich gespeicherter DNA-Identifikationsmuster | 547 |
| a) Der Vertrag von Prüm als völkerrechtliches Novum | 547 |
| b) Verfahren nach dem Vertrag von Prüm | 547 |
| c) Europäisierung des Vertrages | 548 |
| d) Konsequenzen für datenschutzrechtliche Belange des Betroffenen | 549 |
| aa) Zur Reichweite des Verfahrens nach dem Prümer Vertrag | 549 |

| | |
|--|-----|
| bb) Datenschutzrechtliche Schutzvorkehrungen i. R. d. Prümer Vertrages | 551 |
| 4. Speicherung ad infinitum? | 552 |
| a) Löschung nach BKAG und BDSG | 552 |
| aa) Löschungsgründe | 552 |
| (1) Unzulässigkeit der Verarbeitung, § 75 Abs. 2 Var. 1 BDSG | 553 |
| (2) Zum Sonderfall des § 16 Abs. 5 S. 2 i. V. m. § 18 Abs. 5 BKAG | 554 |
| (a) Speicherung trotz Freispruchs beim Eingreifen von Entschuldigungsgründen | 554 |
| (b) Nicht nur vorläufige Einstellung – Zur Unzulässigkeit der Speicherung bei Einstellung nach § 170 Abs. 2 StPO | 556 |
| (c) Beweislast | 558 |
| (3) Fehlende Erforderlichkeit, § 75 Abs. 2 Var. 3 BDSG | 561 |
| (a) Nachträglicher Wegfall der Negativprognose | 562 |
| (b) Tod des Betroffenen | 563 |
| (4) Speicherung trotz Nichtverurteilung – Ein Resümee | 566 |
| (a) Zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit | 566 |
| (b) Zur systematischen Inkongruenz der Speicherung am Beispiel der Entschuldigungsgründe | 567 |
| (c) Zur Grenze der Aufklärungspflicht der Staatsanwaltschaft | 567 |
| (5) Speicherung bei Verurteilung wegen einer Tat, die nicht Anlasstat ist | 569 |
| bb) Prüfungsfristen | 571 |
| b) Lösungsverfahren nach dem Prümer Vertrag | 574 |
| § 5 Materielle Anordnungsvoraussetzungen | 574 |
| I. Anlasstaten | 574 |
| 1. Straftat erheblicher Bedeutung | 575 |
| a) Unzulänglichkeit der allgemeinen Definition des Begriffes | 575 |
| b) Konkretisierung | 577 |
| aa) Verwendung an anderen Stellen der StPO | 577 |
| bb) Historischer Ansatz | 578 |
| (1) § 81g Abs. 1 StPO in der Fassung von 1998 | 579 |
| (2) Anlage zu § 2c DNA-IFG a.F. | 580 |
| (3) Zwischenergebnis | 583 |
| cc) Systematischer Ansatz | 583 |
| (1) Fahrlässigkeitsdelikte | 583 |
| (2) Täterschaft und Teilnahme; Versuch; Vollrausch | 585 |
| dd) Einzelfallbetrachtung | 587 |
| (1) Grundsatz der Verhältnismäßigkeit | 587 |
| (2) Zu berücksichtigende Faktoren | 588 |
| (3) Nicht zu berücksichtigende Faktoren | 590 |

| | |
|--|-----|
| c) Gleichstellungsklausel, § 81g Abs. 1 S. 2 StPO | 592 |
| 2. Straftat gegen die sexuelle Selbstbestimmung | 595 |
| a) Eigenständige Kategorie von Anlasstaten | 595 |
| b) Rechtsgutsbezogenes oder abschnittsbezogenes Verständnis | 596 |
| aa) Keine Einbeziehung von Straftaten außerhalb des 13. Abschnittes des StGB | 597 |
| bb) Enges oder weites Begriffsverständnis | 598 |
| (1) Vorgefundene Ansätze | 599 |
| (2) Stellungnahme | 599 |
| (a) Entwicklung des § 81g StPO im Bezug auf das Sexualstrafrecht | 603 |
| (b) Der Wille des Gesetzgebers | 604 |
| (c) Zum Sonderproblem des neuen Sexualstrafrechts der §§ 184i–184l StGB sowie die Straferhöhung insbesondere im Rahmen der Pornographiedelikte | 606 |
| c) Verfassungsrechtliche Problematik | 609 |
| 3. Zusammenfassung | 610 |
| II. Gleichstellungsklausel, § 81g Abs. 4 StPO | 611 |
| III. Negativprognose | 614 |
| 1. Prognosegegenstand | 614 |
| a) Noch nicht entdeckte Straftaten als Prognosegegenstand | 617 |
| aa) Vorgefundene Ansätze | 617 |
| (1) Pro Einbeziehung | 617 |
| (2) Contra Einbeziehung | 618 |
| bb) Stellungnahme | 619 |
| (1) Das fehlende Problembewusstsein bei Gesetzgeber und Rechtsprechung | 620 |
| (2) Verfassungsrechtliche Gründe | 621 |
| (3) Das Verhältnis des § 81g StPO zu den §§ 81a, 81c, 81e StPO auch im Hinblick auf die Zweckbestimmungen | 622 |
| (4) Die Löschungsvorschrift wegen mangelnder Erforderlichkeit | 623 |
| (5) Der Wortlaut im Vergleich zu §§ 63 ff. StGB, § 112a StPO | 624 |
| (6) Der Wortlaut im Vergleich zu § 16 BKAG | 625 |
| (7) Der Wortlaut im Vergleich zu § 484 StPO | 625 |
| (8) Ergebnis | 627 |
| b) Anzahl der Verfahren | 628 |
| 2. Prognosekriterien | 628 |
| a) Art oder Ausführung der Tat | 629 |
| b) Persönlichkeit des Betroffenen | 631 |
| c) Sonstige Erkenntnisse | 634 |
| d) Grenzen der Prognose | 635 |

| | |
|---|-----|
| 3. Prognosemaßstab und das Verhältnis ausgewählter Prognosen zu der des § 81g StPO | 635 |
| a) Maßstab für die Aussetzung der Strafvollstreckung zur Bewährung, § 56 StGB | 636 |
| aa) Meinungsstand | 636 |
| bb) Stellungnahme | 640 |
| (1) Prognosegegenstand und Prognosemaßstab | 640 |
| (2) Regel-Ausnahmeverhältnis in §§ 81g StPO, 56 StGB | 640 |
| (3) Keine unterschiedlichen Prognosekriterien | 641 |
| (4) Zur denkbaren Divergenz der Ergebnisse der Prognosen aufgrund des Prognosemaßstabes | 641 |
| (5) Besserstellung desjenigen, dessen Strafe vollstreckt wird? | 642 |
| (6) Prognosemaßstab des § 56 StGB | 644 |
| (7) Prognosemaßstab des § 81g StPO | 645 |
| (8) Zwischenfazit | 646 |
| cc) Vollstreckung einer Freiheitsstrafe bei gleichzeitiger Verneinung der Negativprognose | 646 |
| b) Maßstab der §§ 63 ff. StGB | 646 |
| c) Maßstab für den Erlass eines Haftbefehls wegen Wiederholungsgefahr, § 112a StGB | 648 |
| d) Maßstab des § 8 Abs. 6 i. V.m. Abs. 2 BKAG a.F. oder Maßstab sui generis? | 651 |
| IV. Verhältnismäßigkeit | 653 |
| 1. Eignung | 653 |
| 2. Erforderlichkeit | 656 |
| a) Vorhandenes DNA-Identifikationsmuster gleicher Qualität | 657 |
| b) Vorhandenes DNA-Identifikationsmuster minderer Qualität – Auftypisierungsfälle | 658 |
| aa) Auftypisierung ablehnende Stimmen | 659 |
| bb) Auftypisierung befürwortende Stimmen | 660 |
| cc) Erfordernis einer neuerlichen Anlasstat | 662 |
| dd) Eigener Ansatz | 664 |
| (1) Kein gesetzgeberischer Wille und keine verfassungsgerichtliche Rechtsprechung | 664 |
| (2) Kein Erfordernis einer neuerlichen Anlasstat | 667 |
| (3) Keine Frage der Erforderlichkeit | 668 |
| (a) Definition | 668 |
| (b) Gleiche Eignung | 669 |
| (c) Einzelfallbetrachtung? | 670 |
| c) Subsidiarität der DNA-Identitätsfeststellung | 671 |
| d) Vorratsbeschlüsse | 673 |

- 3. Angemessenheit 674
 - a) Einschränkung der Auftypisierung 674
 - b) Allgemeine Erwägungen 676
- § 6 Formelle Anordnungsvoraussetzungen 676
 - I. Zwangsweises Vorgehen 677
 - 1. Anordnungscompetenz 677
 - a) Zuständigkeit in Zwischen- und Hauptverfahren 678
 - b) Eilzuständigkeit der Staatsanwaltschaft bei der Körperzellentnahme 681
 - 2. Begründungsanforderungen 682
 - II. Einwilligung 683
 - 1. Belehrung nach § 81g Abs. 3 S. 3 StPO und allgemeine Voraussetzungen der Einwilligung im Lichte der DNA-Identitätsfeststellung 683
 - a) Belehrung gem. § 81g Abs. 3 S. StPO 683
 - b) Zur Einwilligungsfähigkeit der in § 81g Abs. 4 Nr. 1–3 StPO Genannten 684
 - c) Weitergehende Belehrungserfordernisse 685
 - d) Folgen des Widerrufs 687
 - e) Zur Notwendigkeit des Vorliegens der materiellen Voraussetzungen 694
 - 2. Zum Sonderfall der Einwilligung in die Auftypisierung 695
- § 7 Die Verwendung bereits vorhandener DNA-Identifikationsmuster – Umwidmungsfälle gem. § 81g Abs. 5 S. 2 StPO 696
 - I. Die Verwendung bereits gewonnener Daten als Ausfluss des Verhältnismäßigkeitsprinzips 696
 - II. Verwendung von Daten des Beschuldigten oder von Spurenmaterial 697
 - 1. Vorgaben des § 81g Abs. 5 S. 2 StPO 697
 - 2. Kritik 698
 - III. Verwendung von Daten Nichtbeschuldigter – zugleich zum maßgeblichen Zeitpunkt der Beschuldigteneigenschaft in § 81g Abs. 5 S. 2 Nr. 1 StPO 704
 - 1. Umwidmung von gem. §§ 81c, 81e Abs. 1 StPO gewonnenen DNA-Identifikationsmustern 704
 - 2. Keine Umwidmung von DNA-Identifikationsmustern aus Reihenuntersuchungen 705
 - IV. Die Benachrichtigungspflicht des § 81g Abs. 5 S. 4 StPO zur Sicherung des Charakters der Umwidmung als milderes Mittel 706
 - 1. Zur Benachrichtigung verpflichtete Stelle 707
 - 2. Unterlassen des Antrages auf gerichtliche Entscheidung als Einwilligung? .. 709
 - V. Umwidmung von Körperzellen analog § 81g Abs. 5 S. 2 StPO? 711
- § 8 Beweisverwertungsverbote 713
 - I. Verstöße gegen die formellen Voraussetzungen 713
 - 1. Einwilligungsmängel 714
 - 2. Keine oder formell fehlerhafte richterliche Anordnung 715

| | |
|--|-----|
| II. Verstöße gegen die materiellen Anordnungsvoraussetzungen | 716 |
| 1. Verdacht | 717 |
| 2. Negativprognose | 718 |
| 3. Anlasstat und Tat des Prognoseverfahrens | 719 |
| a) Straftat von erheblicher Bedeutung | 719 |
| b) Straftat gegen die sexuelle Selbstbestimmung | 720 |
| 4. Unterscheidung nach Tatsachen- oder Wertungsentscheidung | 721 |
| III. Fernwirkungsprobleme | 723 |
| IV. Nachträglicher Wegfall der materiellen Voraussetzungen | 724 |

Kapitel 7

| | |
|-------------------------------------|-----|
| Fazit und Schlussbemerkungen | 726 |
|-------------------------------------|-----|

| | |
|-----------------------------------|-----|
| Literaturverzeichnis | 730 |
|-----------------------------------|-----|

| | |
|-----------------------------------|-----|
| Stichwortverzeichnis | 802 |
|-----------------------------------|-----|