

# **FORUM Wirtschaftsrecht**

Band 4

Herausgegeben vom  
Institut für Wirtschaftsrecht an der Universität Kassel



**Die datenschutzrechtliche Einwilligung  
in der Humangenetik  
am Beispiel der privaten Personenversicherung  
und der Strafverfolgung**

**Lars Heinemann**

Die vorliegende Arbeit wurde vom Fachbereich Wirtschaftswissenschaften der Universität Kassel als Dissertation zur Erlangung des akademischen Grades eines Doktors der Rechtswissenschaften (Dr. jur.) angenommen.

Erster Gutachter: Prof. Dr. Alexander Roßnagel

Zweiter Gutachter: Prof. Dr. Martina Deckert

Tag der mündlichen Prüfung

14. Juli 2009

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen

Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über

<http://dnb.d-nb.de> abrufbar

ISBN print: 978-3-89958-766-1

ISBN online: 978-3-89958-767-8

URN: urn:nbn:de:0002-7676

© 2009, kassel university press GmbH, Kassel

[www.upress.uni-kassel.de](http://www.upress.uni-kassel.de)

Druck und Verarbeitung: Unidruckerei der Universität Kassel

Umschlaggestaltung: Heike Arend, Unidruckerei der Universität Kassel

Printed in Germany

## Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2009 vom Fachbereich Wirtschaftswissenschaften, Institut für Wirtschaftsrecht, der Universität Kassel als Dissertation angenommen.

Keine Schuld ist dringender als die, Dank zu sagen.

*Marcus Tullius Cicero*

Mein Dank gilt zuvorderst meinem verehrten Doktorvater Prof. Dr. Alexander Roßnagel für die geduldige, sehr kollegiale Betreuung dieser Arbeit und seine stets wertvollen Anregungen. Daneben gilt mein Dank aber auch Prof. Dr. Martina Deckert für die ausgesprochen zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Besonderen Dank schulde ich Herrn Bundesminister a.D. Prof. Dr. Edzard Schmidt-Jortzig. Unsere „gemeinsamen Jahre“ im Deutschen Bundestag waren in vielfacher Hinsicht prägend für meinen weiteren Weg. Sein Vertrauen in mich hat zudem ganz erheblich zum späteren Gelingen dieser Arbeit beigetragen.

An dieser Stelle gebührt auch meinem Großvater Hubert Hompesch herzlicher Dank für sein stetes Interesse am Fortgang der Arbeit.

Den Dank an meine lieben Eltern Birgit und Jürgen und an meinen geliebten Bruder Henning hingegen vermag ich kaum in Worte zu fassen. Ihre umfassende Unterstützung in jeglicher Hinsicht ermöglichte mir erst den mitunter beschwerlichen Weg durch die juristische Ausbildung und die Promotion. Ihnen ist diese Arbeit gewidmet.

Kiel/Kassel, August 2009

*Lars Heinemann*



# Übersicht

Vorwort .....	I
Übersicht .....	III
1 Einleitung .....	1
2 Grundlagen der Humangenetik.....	9
2.1 Begriffe und naturwissenschaftliche Grundlagen .....	9
2.1.1 Begriffe der Humangenetik.....	10
2.1.2 Die Lehre von der Vererbung .....	14
2.1.3 Die molekularen Grundlagen .....	17
2.2 Formen der Anwendung .....	19
2.2.1 Ebenen der Untersuchung.....	20
2.2.1.1 Phänotypanalyse .....	20
2.2.1.2 Chromosomenanalyse .....	21
2.2.1.3 Proteinchemische Genanalyse / Genproduktanalyse .....	22
2.2.1.4 DNA-Analyse.....	23
2.2.1.4.1 Direkte DNA-Analyse.....	24
2.2.1.4.2 Indirekte DNA-Analyse.....	25
2.2.1.4.3 Identifizierung durch Individualisierung mittels der DNA-Analyse .....	26
2.2.2 Genetische bedingte Krankheiten .....	29
2.2.2.1 Monogene Schäden .....	30
2.2.2.2 Chromosomenaberrationen .....	31
2.2.2.3 Multifaktoriell / polygen bedingte Erbkrankheiten .....	32
2.2.3 Individuelle genetische Tests zu diagnostischen und prädiktiven Zwecken .....	33
2.2.3.1 Diagnostische Testverfahren .....	33
2.2.3.2 Prädiktive Testverfahren.....	33

2.2.3.3 Pränatale Tests .....	35
2.2.3.3.1 Nichtinvasive Verfahren.....	36
2.2.3.3.2 Invasive Verfahren .....	38
2.2.4 Genetische Reihenuntersuchungen.....	39
2.2.5 Pharmakogenetische Diagnostik .....	41
2.3 Erwartete Entwicklungen der Humangenetik .....	41
2.3.1 Ausweitung der Testpraxis .....	42
2.3.2 Diagnose und Therapie.....	43
2.3.3 Gen- beziehungsweise DNA-Chip-Technologie.....	44
2.4 Diskrepanz zwischen Wissen und Handlungsmöglich-keiten...	47
3 Grundlagen des „genetischen“ Datenschutzes .....	49
3.1 Das genetische Datum.....	49
3.1.1 Definition des Begriffs des genetischen Datums .....	49
3.1.2 Besonderheiten des genetischen Datums.....	50
3.2 Verfassungsrechtliche Grundlagen.....	52
3.2.1 Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung.....	52
3.2.1.1 Herleitung.....	54
3.2.1.2 Inhalt und Schutzbereich.....	56
3.2.1.3 Das Recht auf Wissen und das Recht auf Nichtwissen .....	58
3.2.1.3.1 Das Recht auf Wissen.....	58
3.2.1.3.2 Das Recht auf Nichtwissen.....	59
3.2.1.4 Eingriffsmöglichkeiten und deren Rechtfertigung .....	62
3.2.1.4.1 Sphärentheorie .....	63
3.2.1.4.2 Unantastbarer Kernbereich des informationellen Selbst-bestimmungsrechts.....	65
3.2.1.4.3 Anwendung auf das genetische Datum.....	72
3.2.1.4.4 Kein absolutes Eingriffsverbot .....	74

3.2.1.4.5 Unveräußerliches Grundrecht am eigenen genetischen Code.....	74
3.2.1.5 Verhältnismäßigkeit und Abwägung.....	79
3.2.1.5.1 Allgemeine Konkretisierung des Grundrechtsinhalts und der Abwägung .....	81
3.2.1.5.2 Verbot der Datensammlung auf Vorrat .....	81
3.2.1.5.3 Gebot der Datenvermeidung .....	82
3.2.1.5.4 Zweckbindungsgebot.....	83
3.2.1.5.5 Verbot von Persönlichkeitsprofilen und systematischer Beobachtung.....	84
3.2.1.5.6 Schutzpflichten des Staates .....	85
3.2.2 2. Grundrechtsbindung zwischen Privaten .....	86
3.2.2.1 Unmittelbare Drittwirkung.....	87
3.2.2.2 Mittelbare Drittwirkung.....	87
3.2.3 Zusammenfassung der verfassungsrechtlichen Erwägungen.....	90
3.3 Schutz durch die ärztliche Schweigepflicht.....	91
3.3.1 Die ärztliche Schweigepflicht in ärztlichen Berufsordnungen.....	92
3.3.2 Die ärztliche Schweigepflicht in § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB .....	95
3.3.3 Schutz durch die ärztliche Schweigepflicht.....	97
3.4 Schutz durch das Bundesdatenschutzgesetz.....	98
3.4.1 Genetische Daten im Bundesdatenschutzgesetz.....	98
3.4.2 Verwendungsregeln für besondere Arten personenbezogener Daten .....	100
3.4.2.1 Bereich des öffentlichen Rechts .....	100
3.4.2.1.1 Rechtsvorschrift oder wichtiges öffentliches Interesse.....	101
3.4.2.1.2 Einwilligung .....	102

3.4.2.1.3 Schutz lebenswichtiger Interessen .....	102
3.4.2.1.4 Offenkundig öffentliche Daten.....	103
3.4.2.1.5 Gefahr für die öffentliche Sicherheit.....	104
3.4.2.1.6 Belange des Gemeinwohls .....	105
3.4.2.1.7 Gesundheitsvorsorge .....	106
3.4.2.1.8 Wissenschaftliche Forschung.....	106
3.4.2.1.9 Gründe der Verteidigung .....	107
3.4.2.2 Bereich des Privatrechts.....	107
3.4.2.2.1 Einwilligung .....	108
3.4.2.2.2 Ausnahmen vom Erfordernis der Einwilligung .....	108
3.4.2.2.3 Gesundheitsvorsorge .....	111
3.4.2.2.4 Vereine und andere besondere Organisationen .....	112
3.4.2.3 Nur begrenzte Ermächtigungen.....	113
<b>4 Die datenschutzrechtliche Einwilligung.....</b>	<b>115</b>
4.1 Verfassungsrechtliche Grundlage .....	116
4.2 Rechtsnatur .....	116
4.3 Voraussetzungen der wirksamen datenschutzrechtlichen Einwilligung.....	119
4.3.1 Formale Anforderungen .....	119
4.3.1.1 Abgabe.....	119
4.3.1.2 Schriftform.....	120
4.3.1.3 Erkennbarkeit.....	120
4.3.2 Inhaltliche Anforderungen.....	121
4.3.2.1 Grundsatz der informierten Einwilligung.....	121
4.3.2.2 Bestimmtheit.....	122
4.3.2.3 Freiwilligkeit .....	123
4.3.3 Einwilligung bei besonderen Arten personenbezogener Daten.....	130

4.4 Verweigerung der Einwilligung.....	130
4.5 Widerruf der Einwilligung.....	131
4.6 Einwilligung als Ermächtigungsgrundlage .....	132
5 Die Einwilligung und private Personenversicherungen .....	135
5.1 Das private Personenversicherungsverhältnis im Allgemeinen .....	137
5.1.1 Unterschiede zwischen privater Personenversicherung und Sozialversicherung .....	138
5.1.2 Elemente der Risikoüberprüfung.....	139
5.1.3 Zweck der Risikoüberprüfung.....	140
5.1.4 Entscheidungsmöglichkeiten des Versicherers bei der Risikoüberprüfung .....	140
5.1.5 Anzeigeobliegenheit und Folgen der Nichtanzeige gefahrerheblicher Umstände.....	141
5.1.5.1 Inhalt der Anzeigepflicht .....	141
5.1.5.2 Rücktritt des Versicherers bei Verletzung der vorvertraglichen Anzeigepflicht .....	142
5.1.5.3 Anfechtung durch den Versicherer .....	143
5.1.6 Abgrenzung der zu beurteilenden genetischen Untersuchungen.....	143
5.1.7 Gendiagnostik als zusätzliches Instrument der Risikoprognose.....	144
5.2 Rechtsgrundlagen für die Erhebung genetischer Daten zu Versicherungszwecken.....	144
5.2.1 Anzeigepflicht .....	145
5.2.2 Datenerhebung zum Zweck der Gesundheitsversorgung ...	147
5.2.3 Datenerhebung wegen rechtlicher Ansprüche des Versicherungsgebers .....	147
5.2.3.1 Definition des rechtlichen Anspruchs .....	148

5.2.3.2 Wortlaut .....	148
5.2.3.3 Weite Auslegung des Terminus des Anspruchs .....	149
5.2.3.4 Anspruch aus vorvertraglichem Schuldverhältnis .....	150
5.2.3.5 Einbeziehung potenzieller Ansprüche in den Terminus des Anspruchs.....	151
5.2.3.6 Schutzwürdiges Interesse.....	151
5.2.4 Einwilligung des Betroffenen.....	152
5.3 Lösungsmöglichkeiten des deutschen Gesetzgebers .....	156
5.3.1 Generelles Verbot der Verwendung genetischer Daten .....	157
5.3.1.1 Gefahr der Antiselektion .....	157
5.3.1.2 Gefahr der Antiselektion zwischen den Unternehmen ...	158
5.3.1.3 Zweiter Versicherungsmarkt.....	159
5.3.1.4 Überwiegende Nachteile eines Verbots .....	160
5.3.2 Generelle Zulassung der Verwendung genetischer Daten ..	161
5.3.2.1 Gefahr der Superselektion.....	162
5.3.2.2 Einwand der Zweckverfehlung.....	163
5.3.2.3 Überwiegende Nachteile einer Zulassung .....	163
5.3.3 Möglichkeiten der eingeschränkten Zulassung der Verwendung genetischer Daten .....	165
5.3.3.1 Kontrahierungszwang .....	166
5.3.3.2 Differenzierung nach Höhe der Versicherungssumme... <td>166</td>	166
5.3.3.3 Bewertung der vermittelnden Lösung .....	167
5.4 Das Gendiagnostikgesetz.....	169
6 Die Einwilligung in der Strafverfolgung .....	173
6.1 Der „genetischen Fingerabdruck“ .....	174
6.1.1 Codierende und nicht-codierende Bereiche der DNA.....	175
6.1.2 Rechtsmedizinische Aspekte.....	177
6.1.3 Die DNA-Analyse als Beweis im Strafprozess .....	179

6.2 DNA-Massentests .....	181
6.2.1 Körperlicher Eingriff und Datenerhebung .....	184
6.2.2 Einwilligung des Betroffenen.....	186
6.2.3 Erwägungen zur Neukonzeption der Einwilligung.....	192
6.3 DNA-Analyse-Datei .....	194
6.3.1 Gesetzliche Ermächtigung.....	196
6.3.1.1 Beschuldigter einer Straftat.....	196
6.3.1.2 Straftat von erheblicher Bedeutung.....	197
6.3.1.3 Richterliche Anordnung und negative richterliche Prognose.....	198
6.3.2 Einwilligung des Betroffenen.....	200
6.3.3 Erwägungen zur Reform der datenschutzrechtlichen Einwilligung .....	204
6.4 Prognosen hinsichtlich der Persönlichkeit.....	205
6.5 Erfordernis einer Neukonzeption der datenschutz- rechtlichen Einwilligung.....	208
6.6 Das Gendiagnostikgesetz.....	209
7 Erwägungen für eine Konkretisierung der datenschutz- rechtlichen Einwilligung .....	211
7.1 Allgemeines .....	212
7.2 Ausnahmen von der datenschutzrechtlichen Einwilligung.....	214
7.2.1 Ausnahmen für den Bereich des Privatrechts .....	214
7.2.2 Ausnahmen für den Bereich des öffentlichen Rechts .....	215
7.3 Voraussetzungen der datenschutzrechtlichen Einwilligung ....	216
7.3.1 Unterrichtung .....	216
7.3.1.1 Bloße Einwilligung in die Datenverwendung .....	217
7.3.1.2 Verpflichtung auch zur genetischen Untersuchung durch Einwilligung .....	218

7.3.1.3 Aufklärung durch Dritte .....	219
7.3.1.3.1 Aufklärung durch einen Arzt .....	219
7.3.1.3.2 Aufklärung durch Datenschutzbeauftragte .....	220
7.3.1.3.3 Aufklärung durch Verbraucherschutzzentralen oder Rechtsanwälte .....	221
7.3.1.3.4 Bewertung der Aufklärung durch Dritte.....	222
7.3.2 Freiwilligkeit.....	222
7.3.3 Kopplungsverbot .....	224
7.3.4 Ausdrückliche und formgerechte Erklärung .....	224
7.4 Formulareinwilligung .....	224
7.5 Grenzen der datenschutzrechtlichen Einwilligung .....	226
7.6 Auswirkungen der Neukonzeption auf die genannten Problembereiche.....	227
7.6.1 Private Personenversicherungsverhältnisse .....	227
7.6.2 Strafverfolgung und Strafrechtspflege .....	228
8 Ergebnis .....	231
Literatur .....	233

# 1 Einleitung

Aus der Humangenetik werden nahezu wöchentlich neue Erfolge gemeldet.<sup>1</sup> Die rasante Entwicklung ihrer Technologie und die durch diese Wissenschaft gewonnenen neuen Erkenntnissen über die genetische Struktur des Menschen haben zu beachtlichen Fortschritten hauptsächlich bei der Diagnose, in Teilen aber auch bei Prävention und Therapie genetisch bedingter Krankheiten geführt.

Diesen für den Menschen förderlichen Auswirkungen steht – wie meist bei Erkenntnisfortschritten – ein gewichtiges „Aber“ entgegen; denn das „gentechnische Zeitalter“ ist dadurch gekennzeichnet, dass der Zugriff auf den Menschen selbst, nämlich auf das ihn konstituierende Genom, Gegenstand der wissenschaftlichen Vorhaben geworden ist. So erklärt sich, dass bereits von einem epochalen, weltweiten Kulturkampf<sup>2</sup> oder gar einem „biopolitischen Bürgerkrieg“<sup>3</sup> die Rede ist.

Die originäre Betroffenheit menschlichen Seins erklärt, dass in der Auseinandersetzung mit dieser neuen Technologie eine von Ängsten begleitete und daher vielfach emotionalisierte sowie unsachliche Diskussion geführt wird. Kaum ein Disput in der Humangenetik kommt ohne einen Rückgriff auf die Laboratoriumsszene in Johann Wolfgang von Goethes „Faust“, auf die „Brave New World“ von Aldous Huxley oder George Orwells „Big Brother“ aus.

---

<sup>1</sup> So meldete die *Deutsche Presseagentur dpa* am 26.4.2006, dass Forscher das Alkoholiker-Gen gefunden hätten und dass Alkoholsucht zu 50 bis 60 Prozent vererbt werde; am 21.11.2007, dass auch die Nikotinsucht bereits im Erbgut liege, da genetische Veränderungen zu 50 bis 75 Prozent die Suchtgefahr beeinflussten. Der *Landesdienst Nord der dpa* meldete am 18.7.2007, dass Forscher Risiko-Gene gefunden hätten, deren Veränderungen das Herzinfarktrisiko verdoppelten. Die *Kieler Nachrichten* meldeten am 17.7.2007, dass Forscher das Gen gefunden hätten, welches für die Bildung von Gallensteinen verantwortlich sei, betonten aber zugleich, dass die Diagnostik für die Entwicklung von Therapieformen erforderlich seien.

<sup>2</sup> Fröhwald, Forschung und Lehre 2001, 402.

<sup>3</sup> Höfling, Forschung und Lehre 2002, 413.

Auch wenn diesen Vergleichen das Odium der Unsachlichkeit anhaftet, darf die Rechtswissenschaft diese Ängste nicht unbeachtet lassen. Insbesondere in Deutschland sind die Erinnerungen an die nationalsozialistischen und kommunistischen Überwachungsstaaten, vor allem aber an die Euthanasie<sup>4</sup> des Dritten Reiches, die Vernichtung „lebensunwerten“ Lebens, noch allgegenwärtig.<sup>5</sup>

In dem Bereich der Verarbeitung genetischer Daten beziehen sich diese Ängste und Befürchtungen vor allem auf negative Auswirkungen, die sich aus den Ergebnissen genetischer Untersuchungen ergeben können. So heißt es in einem Begleitbericht zum Entwurf eines schweizerischen Gesetzentwurfes über genetische Untersuchungen am Menschen:<sup>6</sup>

„Das Wissen um seine gesundheitliche Zukunft kann den Menschen stark belasten und Tür und Tor für diskriminierende Praktiken eröffnen, etwa durch den Arbeitgeber, der potenzielle Arbeitnehmer mit genetisch bedingten krankhaften Veranlagungen ausgrenze, oder durch Privatversicherer, die solchen Personen den Abschluss von Personenversicherungsverträgen verweigerten.“

Diese „Bestandsaufnahme“ legt es nahe, auch in Deutschland den Gesetzgeber in die Pflicht zu nehmen und von ihm Gesetze zur Abwehr solcher Praktiken zu verlangen. Und tatsächlich wird in der wissen-

---

<sup>4</sup> Francis Galton führte 1883 den Begriff „Eugenik“ in die genetische Diskussion ein. Er vertrat die Ansicht, durch gezielte Kontrollen die Vererbung beim Menschen zu beeinflussen. Die Nationalsozialisten pervertierten seine ohnehin umstrittenen Thesen, dazu: Graw, Seite 4 f.

<sup>5</sup> Nahezu unbekannt ist, dass in den Vereinigten Staaten von Amerika bis in die siebziger Jahre des 20. Jahrhunderts an über 60.000 Menschen, überwiegend Arme, Farbige und Indianer, Zwangssterilisationen vorgenommen wurden und die diese Verbrechen deckenden Eugenik-Gesetze Vorbild für das Euthanasiegesetz der Nationalsozialisten gewesen sind, vergleiche dazu die Berichterstattung in: *Der Spiegel*, 5/2004, Seite 132 ff.

<sup>6</sup> Begleitbericht zum Vorentwurf vom 18.9.1998 für ein schweizerisches „Bundesgesetz über genetische Untersuchungen beim Menschen“, Seite 2.

schaftlichen Diskussion aller Disziplinen eine solche Rechtsentwicklung mit großer Mehrheit unterstützt.<sup>7</sup>

Ausnahmen werden – wenn überhaupt – nur da akzeptiert, wo das durch die Methoden der Humangenetik Mögliche das „kleinere Übel“ darstellt.<sup>8</sup> Zu nennen ist hier insbesondere die DNA-Analyse im Bereich der Verbrechensbekämpfung, die von einer breiten Mehrheit in der Bevölkerung wie in der Politik getragen und deren Ausweitung bei passendem Bedarf nur zu gerne gefordert wird. Nur beispielhaft sei die Diskussion nach dem Mord an dem Münchener Modemacher Rudolph Moshammer genannt.<sup>9</sup> Mit Abstrichen kann auch die medizinische Forschung zur Behandlung genetisch bedingter Krankheiten – die so genannte Gentherapie – angeführt werden, von der sich Betroffene bisher nicht mögliche Heilung erhoffen.

Die Notwendigkeit eines grundsätzlichen Verbots genetischer Untersuchungen und ein dahingehendes Tätigwerden des deutschen Gesetzgebers auch nur in Frage zu stellen, zieht nur allzu leicht den Vorwurf nach sich, jede andere Regelung verstieße gegen die Würde des Menschen. Gesichtspunkte und Beweisführungen aus der Verfassung wirken dabei in der allgemeinen Diskussion besonders nachhaltig.<sup>10</sup> Nichtsdestotrotz muss so unvoreingenommen wie möglich un-

---

<sup>7</sup> Vergleiche beispielsweise die Darstellung des differenzierten Meinungsstandes bei: *Wiese*, Seite 82 bis 88.

<sup>8</sup> *Ronellenfitsch*, NJW 2006, 321 (321) sieht die Ängste vor allem in den geringen naturwissenschaftlichen Kenntnissen begründet, der einer entsprechenden Argumentation erst den Nährboden bereitet.

<sup>9</sup> Vergleiche dazu nur: *Pfeiffer/Höynck/Görzen*, ZRP 2005, 113 (113 f.).

<sup>10</sup> Zu dieser „Nachhaltigkeit“ siehe: *Schmidt-Jortzig*, DÖV 2001, 925 (925 f.).

tersucht werden,<sup>11</sup> inwieweit überhaupt von einer Diskriminierung gesprochen werden kann, ob tatsächlich mit dieser zu rechnen ist und ob das Recht der Diskriminierung<sup>12</sup> wirksam vorbeugen kann.

Diesen Schutz möglicherweise zu gewähren, ist unter anderem Aufgabe des Datenschutzrechts,<sup>13</sup> das als eigenständiges Rechtsgebiet noch vergleichsweise jung ist. Seine Entstehung und Entwicklung ist eng verbunden mit der technologischen Umwälzung im Bereich der Datenverarbeitung.

Bemerkenswert an der Einführung der ersten Datenschutzgesetze ab dem Jahr 1970 ist, dass das Handeln des Gesetzgebers nicht – wie sonst üblich – durch bereits eingetretene Missstände ausgelöst wurde, sondern es den Befürchtungen vor den möglichen Auswirkungen neuer Technologien entsprang.<sup>14</sup> Seit dieser Zeit müht sich das Daten-

---

<sup>11</sup> Wer sich hier jedenfalls *a priori* wertfrei wähnen wollte, bewiese nur die Unfähigkeit zu Selbstreflexion. In diesem Zusammenhang weist Schmidt-Jortzig, Seite 2 f., zutreffend darauf hin, dass „gerade die Juristen [...] von den eigenen, subjektiven Wertvorstellungen her operieren, von Positionen also aus, die mit Weltsicht, Moralität und Gemeinverträglichkeit etwas zu tun haben. Es geht auf diesem existenziellen, emotionalen Felde nur darum, sich tunlichst der eigenen Wertbefangenheit, des eigenen Vorverständnisses bewusst zu werden und dies in der Diskussion dann methodengerecht deutlich zu machen.“ *Frihwald*, Forschung und Lehre 2001, 402, etwa wirft den Juristen in Fragen der Humangenetik Formalismus und den Biochemikern Experimentalismus vor, ohne indessen die deutliche Dogmatik der eigenen Voreingenommenheit zu sehen.

<sup>12</sup> Die Wissenschaft erwartet, dass der Vergleich von Genomsequenzen aus unterschiedlichen Populationen die Einheit der menschlichen Rasse unterstreichen wird und damit – jedenfalls aus vernünftiger fachlicher Sicht – einer rassistischen Diskriminierung aufgrund genetischer Konstitutionen die Grundlage entzogen wäre, vergleiche dazu: *Brown*, Seite 133 f., der gleichwohl auch die Gefahren erkennt, die aus der Definition „guter“ und „schlechter“ genetischer Eigenschaften entstehen können.

<sup>13</sup> Von wem ursprünglich der zunächst umstrittene, aber zumindest ab 1975 allgemein verwendete Begriff des Datenschutzes stammt, kann heute nicht mehr mit Sicherheit festgestellt werden. Der Begriff tauchte allerdings in den Vorarbeiten zum ersten Hessischen Datenschutzgesetz auf, das ihn übernahm; dazu: *Simitis-Simitis*, § 1 Rn. 2 mit weiteren Nachweisen. *Simitis*, NJW 1971, 673 (673), hielt den Begriff zunächst für irreführend, fügte sich dann aber offensichtlich dem allgemeinen Sprachgebrauch. Die „Schranken“-Funktion des Datenschutzrechts im Zusammenhang mit Genanalysen sieht auch: *Ronellenfitsch*, NJW 2006, 321 (321 und 323).

<sup>14</sup> Im Mittelpunkt der damaligen Überlegungen standen zentrale Datenbanken, siehe dazu beispielsweise: *Roßnagel/Abel*, Kapitel 2.7 Rn. 3 ff.; *Simitis*, NJW 1971, 673 (673) beide mit weiteren Nachweisen.

schutzrecht, neue technologische Entwicklungen rechtzeitig zu berücksichtigen, läuft aber ständig Gefahr, bei dem immer rasanteren und vielfältigeren Fortschritt doch ins Hintertreffen zu geraten.

Mit der fortschreitenden Entwicklung genetischer Untersuchungsmethoden droht das erst im Jahr 2001 novellierte Bundesdatenschutzgesetz nun auch in diesem Bereich an seine Grenzen zu stoßen, deren Erreichen zwar absehbar, aber in der juristischen Realität wegen komplizierter, teurer und in ihren Aussagen oftmals noch unsichereren genetischen Tests bisher nicht erreicht wurden. Allein die Tatsachen, dass ein Entwurf eines Arbeitnehmerdatenschutzgesetzes von 1993 nie Realität geworden ist oder dass genetische Daten nur implizit Berücksichtigung im Bundesdatenschutzgesetz gefunden haben, mögen dies bezeugen. Immerhin konnte sich der Deutsche Bundestag nun zur Verabschiedung eines lange umstrittenen Gendiagnostikgesetzes entschließen.

Dass das deutsche Datenschutzrecht aber insgesamt notwendigerweise einer Modernisierung bedarf, haben bereits im Jahr 2001 Roßnagel/Pfitzmann/Garstka in ihrem umfangreichen Gutachten für das Bundesministerium des Inneren festgestellt.<sup>15</sup> Sie stützen ihre Forderung nach einer Modernisierung zum einen auf die positiven Erwartungen, welche die Bundesbürger an den Datenschutz stellen, zum anderen gerade aber auch auf die Unzulänglichkeiten des bestehenden Datenschutzrechts. Unabhängig davon, wie man zukünftig allgemein die Verarbeitung genetischer Daten gestalten oder eben auch untersagen will, sollte Deutschland wieder eine Vorreiterrolle in Europa bei der Gestaltung eines modernen Datenschutzrechts einnehmen.

Dabei besteht keinerlei Zweifel, dass sich mit der Frage nach dem Umgang mit genetischen Daten wieder einmal eine herausragende Aufgabe für den Datenschutz stellt; denn nicht allein der absolute Schutz auch noch so sensitiver Daten darf heute im Vordergrund rechtspolitischer Erwägungen stehen, sondern die wirklichkeitsnahe

---

<sup>15</sup> Roßnagel/Pfitzmann/Garstka, Seite 21 ff.

Ausgestaltung des Datenschutzrechts als ein Kommunikationsrecht des Einzelnen.

Soweit die Datenverarbeitung Interessen der betroffenen Person beeinträchtigen könnte, soll die Entscheidung über diese vorrangig der Selbstbestimmung der betroffenen Person überlassen werden. Auch im Datenschutzrecht muss die Privatautonomie konsequent berücksichtigt werden und die Befugnis des Einzelnen, grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner personenbezogenen Daten zu bestimmen, zur Grundregel werden. Die Einwilligung muss daher zum vorrangigen Legitimationsgrund der Datenverarbeitung werden.<sup>16</sup>

Dabei ist zweifellos zu berücksichtigen, dass zwischen den betroffenen Personen und den verantwortlichen Stellen ein erhebliches Machtgefälle bestehen kann. Die Selbstbestimmung und deren Schutz vor faktischen Zwangssituationen muss konsequent gestärkt werden.

Ziel eines modernen Datenschutzrechts muss es daher sein, einerseits die Zulässigkeit der Datenverarbeitung der individuellen Selbstbestimmung zu überlassen, die tatsächliche Selbstbestimmung durch geeignete Rahmenregelungen abzusichern und andererseits in den Fällen, in denen der datenschutzrechtlichen Einwilligung keine rechtferdigende Wirkung für die Datenverarbeitung zukommen soll, klare gesetzliche Verarbeitungsverbote zu schaffen.

Diese Arbeit hat zum Ziel, die Anwendbarkeit bestehender datenschutzrechtlicher oder den Datenschutz betreffender Regelungen im Zusammenhang mit genetischen Daten zu untersuchen und Vorschläge für eine zukünftige Handhabung der aufgeworfenen Problematik zu liefern. Die Selbstbestimmung des Einzelnen durch die datenschutzrechtliche Einwilligung steht daher gewollt im Mittelpunkt der Überlegungen.

---

<sup>16</sup> Vergleiche: Roßnagel/Roßnagel, Kapitel 1 Rn. 34; auch: Roßnagel/Pfitzmann/Garstka, Seite 72 ff.

Es erfolgt zunächst eine kurze Einführung in die Grundlagen der Humangenetik und damit auch in die unterschiedlichen Methoden der genetischen Diagnostik. An diese Übersicht schließt sich eine Darstellung der Grundlagen des so genannten genetischen Datenschutzes an, welcher sich auf das Verfassungsrecht gründet, seine Ausprägung aber auch in der ärztlichen Schweigepflicht und im Bundesdatenschutzgesetz findet.

Um einen möglicherweise bestehenden gesetzgeberischen Handlungsbedarf festzustellen, wird die Datenverarbeitung – insbesondere unter Berücksichtigung der datenschutzrechtlichen Einwilligung – anhand von zwei beispielhaften Problemfeldern erörtert. Dazu ausgewählt<sup>17</sup> wurden für das Privatrecht der Bereich der privaten Personenversicherungsverhältnisse, für das öffentliche Recht die DNA-Analyse in der Strafverfolgung – insbesondere der DNA-Massentest und die DNA-Analyse-Datei beim Bundeskriminalamt in Wiesbaden.

Der von der Bundesregierung am 13. Oktober 2008 in den Bundestag eingebrachte und oben bereits erwähnte Entwurf eines Gesetzes über genetische Untersuchungen bei Menschen,<sup>18</sup> wurde von diesem mit den Stimmen der großen Koalition am 24. April 2009 beschlossen. Das Gesetz tritt in seinen wesentlichen Teilen sechs Monate nach der Verkündigung in Kraft. Die Auswirkungen des neuen Gesetzes auf die hier exemplarisch behandelten Problemfelder der datenschutzrechtlichen Einwilligung wurden im jeweiligen Kapitel berücksichtigt.

---

<sup>17</sup> Die Auswahl berücksichtigt, dass es insbesondere diese Problemfelder sind, die die juristische, aber auch – jedenfalls im Zusammenhang mit dem Datenschutz – die gesellschaftlich-ethische Diskussion bestimmen. Vergleiche nur: *Schäfer-Guignier*, Seite 43. Für die Vorgehensweise, über exemplarische Einzelfragen die Grundsatzproblematik offen zu legen, auch: *Schmidt-Jortzig*, Seite 3.

<sup>18</sup> Gendiagnostikgesetz – GenDG, BT-Drucksache 16/10532.



## 2 Grundlagen der Humangenetik

Zur Beantwortung der in der Einleitung aufgeworfenen rechtlichen Fragen ist es notwendig, sich in einer knappen Darstellung jedenfalls mit den Grundlagen und Methoden der Humangenetik<sup>19</sup> vertraut zu machen.<sup>20</sup>

Auch wenn – wie in der Einleitung nur beispielhaft angeführt – die Erfolgsmeldungen aus der humangenetischen Forschung nicht abzureißen scheinen und auch wenn die vergleichsweise neuen Verfahren durch die zu erwartenden weiteren wissenschaftlichen Entwicklungen noch großen Veränderungen ausgesetzt sein können,<sup>21</sup> bleiben die juristischen Probleme auch bei präziseren und diffizileren Verfahren doch weitgehend gleich, sofern man jedenfalls in die aktuelle Betrachtung auch zu erwartende Entwicklungen mit einbezieht.

### 2.1 Begriffe und naturwissenschaftliche Grundlagen

Zunächst sind einige wichtige Begriffe der Humangenetik zu erklären, die im Allgemeinen wie auch im juristischen Sprachgebrauch häufig falsch oder zumindest missverständlich und irreführend verwendet werden.<sup>22</sup> Dies könnte darauf hindeuten, dass es an Orientierung in der Vielfalt der naturwissenschaftlich geprägten Begriffe fehlt. Die erste Einführung wesentlicher Begriffe soll dem abhelfen und die weitere Erläuterung der naturwissenschaftlichen Grundlagen erleichtern.

---

<sup>19</sup> Gelegentlich wird auch von „Anthropogenetik“ gesprochen. Der Begriff leitet sich von griechisch *anthropos* = Mensch und griechisch *gennao* = erzeugen, gebären, wachsen, ab.

<sup>20</sup> Die Struktur der nachfolgende Darstellung der humangenetischen Grundlagen orientiert sich im Wesentlichen an einer vergleichbaren Darstellung in: BT-Drucksache 14/9020, Seite 115 ff.

<sup>21</sup> Zur Zukunft der Genetik beispielsweise: Graw, Seite 763 ff.

<sup>22</sup> Das beanstanden auch: Hirsch/Schmidt-Didczuhn, MedR 1990, 167 (167); ebenso: Stumper, Seite 23; zu berücksichtigen ist allerdings auch, dass die Begriffsbildung im Bereich genetischer Testverfahren längst nicht abgeschlossen ist.

Im Weiteren wird dann auf die Grundlagen der Vererbung sowie auf die molekularen Grundlagen der Humangenetik als Naturwissenschaft eingegangen.

### 2.1.1 Begriffe der Humangenetik

Die folgenden Definitionen beschränken sich auf die naturwissenschaftlichen Begriffe. Die Begriffe des „genetischen Datums“ beziehungsweise der „genetischen Information“ werden zu einem späteren Zeitpunkt eingeführt.<sup>23</sup>

Der Begriff der „Genetik“ stellt den Oberbegriff aller nachfolgenden dar und wurde 1906 von dem britischen Biologen William Bateson geprägt. Sie bezeichnet die „Wissenschaft von der Vererbung“,<sup>24</sup> also der Weitergabe körperlicher Merkmale von einer Generation auf die nachfolgende beziehungsweise die „Wissenschaft der Erzeugung“.<sup>25</sup> Die moderne Genetik untersucht nicht nur die molekularen Zusammenhänge der Vererbung bei den verschiedenen Organismen, sondern greift auch durch genetische Verfahren in das Erbgut ein. Man unterscheidet hier die „rote“ Genetik, die sich mit Lebewesen beschäftigt, von der „grünen“ Genetik, die ausschließlich pflanzliche Organismen behandelt.<sup>26</sup>

Ein medizinisch wie juristisch abgetrennter Teilbereich der Genetik ist die „Humangenetik“.<sup>27</sup> Sie ist nach ihrer naturwissenschaftlichen Definition die Wissenschaft von den Erscheinungen der Erblichkeit beim Menschen. Sie verbindet Erkenntnisse der Biologie, der Biochemie und der Immunologie. Humangenetische Verfahren im eigentlichen Sinne sind Gentherapie, Genom- und Genanalyse.<sup>28</sup>

---

<sup>23</sup> Siehe dazu C. I. 1.

<sup>24</sup> Cleve, Seite 35.

<sup>25</sup> Graw, Seite 2.

<sup>26</sup> Vergleiche beispielsweise: Benda, NJW 1985, 1730 (1730); Ronellenfitsch, NJW 2006, 321 (322); diese Trennung nimmt auch das Gesetz zur Regelung der Gentechnik (GenTG) in § 2 Absatz 3 vor, indem es seine Geltung „für die Anwendung von gentechnisch veränderten Organismen am Menschen“ verneint.

<sup>27</sup> Siehe statt vieler: Ruderisch, ZRP 1992, 260 (260).

<sup>28</sup> Ronellenfitsch, NJW 2006, 321 (322).

Unter dem Begriffen „Gentechnik“ beziehungsweise „Gentechnologie“ als Teile der Biotechnologie versteht man die „Gesamtheit der Methoden zur Charakterisierung und Isolierung von genetischem Material, zur Bildung neuer Kombinationen genetischen Materials sowie zur Wiedereinführung und Vermehrung neu kombinierten Erbmateri- als in anderer biologischer Umgebung“.<sup>29</sup>

Die Entdeckung, dass die Desoxyribonukleinsäure (DNA)<sup>30</sup> und nicht das Protein auf molekularer Ebene Träger der Erbinformation ist, wird Oswald Theodore Avery und seinen Mitarbeitern im Jahr 1944 zugeschrieben<sup>31</sup> und stellt den Einstieg – die „Geburtsstunde – in die Molekularbiologie dar.<sup>32</sup> Die DNA ist Gegenstand der verschiedenen, zum Teil auch nach ihr benannten Analysemethoden. Sie befindet sich in jedem Zellkern der menschlichen Zellen.

Mit Genom wird der „haploide Chromosomensatz und die in ihm lokalisierten Gene, im weiteren Sinne auch die Gesamtheit der Gene eines Individuums“ bezeichnet,<sup>33</sup> während man unter Gen einen einzelnen Abschnitt aus dem genetischen Material versteht, der eine bestimmte Funktion hat.<sup>34</sup>

Entsprechend bezeichnet die Genomanalyse oder die Genomik die Untersuchung des gesamten menschlichen Genoms,<sup>35</sup> während sich die Genanalyse auf ein einzelnes oder auch mehrere Gene, aber nicht auf die Gesamtheit der menschlichen Gene an sich bezieht. Die Genomanalyse ist das Betätigungsgebiet des Forschers: Im Bereich der Grundlagenforschung liefert die Genomanalyse Erkenntnisse durch entindividualisierte, naturwissenschaftlich-theoretische Parameter. Sie dient

<sup>29</sup> Chancen und Risiken, Seite 7; siehe auch: Domdey, Seite 13; Stumper, Seite 23; Ronellenfitsch, NJW 2006, 321 (321).

<sup>30</sup> Wenn auch im Rahmen dieser Arbeit versucht wird, auf Abkürzungen so weit wie möglich zu verzichten, erscheint hier die Verwendung der englischen Abkürzung „DNA“ angebracht, zumal diese über die Fachliteratur hinaus gebräuchlich ist.

<sup>31</sup> Vergleiche: Murken/Cleve, Seite 1.

<sup>32</sup> Vergleiche dazu: Graw, Seite 3.

<sup>33</sup> Ringo; Seite 343; Chancen und Risiken, Seite 13.

<sup>34</sup> Cleve, Seite 35.

<sup>35</sup> Ringo, Seite 343.

der Erforschung des menschlichen Genoms durch so genannte Kartierung und Sequenzierung.<sup>36</sup>

Bei der Genanalyse, die zum Bereich der medizinischen Diagnostik gehört, werden sich die Erkenntnisse der Grundlagenforschung zu Nutze gemacht und in individualisierte, am speziellen Krankheitsbild orientierte und gezielte diagnostische Maßnahmen umgesetzt. Sie ist originär das Betätigungsgebiet des Arztes, wird aber mittlerweile auch von anderen durchgeführt, worauf im Rahmen der ärztlichen Schwei gepflicht noch eingegangen wird.

Jedenfalls scheint diese genaue Unterscheidung – wie auch schon Cramer<sup>37</sup> feststellte – nicht nur aus fachlicher Sicht überaus sinnvoll; denn der Begriff „Genomanalyse“ wird landläufig mit einem durchleuchteten, qualitätsgeprüften,<sup>38</sup> gar „gläsernen“<sup>39</sup> Bürger in Verbindung gebracht.

Von der Gen- und Genomanalyse deutlich abzutrennen, ist der so genannte „Genetische Fingerabdruck“.<sup>40</sup> Teilweise findet auch der Begriff „DNA-Fingerprinting“ Verwendung.<sup>41</sup> Dieser Begriff geht auf den „Entdecker“ zurück: Mit einer genetischen Sonde hat erstmals 1985 der Engländer Alec J. Jeffreys die DNA-Minisatelliten nachgewiesen und erhielt ein individual-spezifisches DNA-Fingerprint-Muster.<sup>42</sup>

---

<sup>36</sup> Brown, Seite 131 f.

<sup>37</sup> Cramer, Seite 6.

<sup>38</sup> Honecker, Seite 153.

<sup>39</sup> Kaufmann, Seite 273.

<sup>40</sup> Für den Begriff des genetischen Fingerabdrucks – wenn auch neben dem Begriff DNA-Analyse – siehe beispielsweise: BGH NJW 1990, 2944 (2945); Koriath, JA 1993, 270 (273); Wolter, NStZ 1993, 1 (1).

<sup>41</sup> BGH, NStZ 1991, 399 (399 f.); LG Darmstadt NJW 1989, 2338 (2339); Dix, DuD 1993, 281 (281).

<sup>42</sup> Ritter, Seite 21; Burr, Seite 24 mit weiteren Nachweisen.

Der nicht zuletzt vom deutschen Gesetzgeber beispielsweise in der Strafprozessordnung gebrauchte Begriff der „DNA-Analyse“<sup>43</sup> ist naturwissenschaftlich zutreffend, bietet aber zumindest die Gefahr des Missverständnisses; denn der Begriff lässt vermuten, dass die DNA eines Betroffenen nicht ausschließlich zur Erstellung eines Identifizierungsmusters untersucht wird, sondern als solche analysiert wird.<sup>44</sup>

Abschließend sei noch angemerkt, dass die Methoden zur Beeinflussung der menschlichen Fortpflanzung, wie die Erzeugung menschlichen Lebens außerhalb des Mutterleibes – die so genannte In-vitro-Fertilisation<sup>45</sup> – und dessen Implantation in den Uterus der Mutter oder „Leihmutter“, nicht zur Humangenetik zählt, sondern Teil der medizinischen Biologie, genauer der Reproduktions- und Fortpflanzungsmedizin ist.<sup>46</sup> Diese Verfahren haben keinen gentechnischen beziehungsweise genetischen Ansatz,<sup>47</sup> wenngleich sie die Möglichkeiten des Einsatzes humangenetischer Verfahren wie etwa der Präimplantationsdiagnostik eröffnen und eine genaue Differenzierung in der juristischen Diskussion nicht immer möglich sein mag.<sup>48</sup>

- 
- <sup>43</sup> Für die Verwendung des heute fast ausnahmslos verwendeten Begriffs „DNA-Analyse“ auch schon: Brinkmann/Wiegand, Kriminalistik 1993, 191 (191); Burr, Seite 24 f., spricht sich hingegen für die Verwendung des amerikanischen Begriffs „DNA-Profil“ aus, der sich in Deutschland bislang nicht durchgesetzt hat und – soweit ersichtlich – auch sonst nicht verwendet wird.
  - <sup>44</sup> Eine nähere Auseinandersetzung mit zu verwendenden Begriffen ist allerdings nicht Gegenstand dieser Arbeit. Die Entscheidung des Gesetzebers und der breiten Mehrheit der juristischen Literatur wird insoweit nicht in Frage gestellt.
  - <sup>45</sup> „In vitro“-Verfahren (etwa: „im Reagenzglas“) stehen im Gegensatz zu „in vivo“-Verfahren („im Leben“), vergleiche: Ringo, Seite 345.
  - <sup>46</sup> Graw, Seite 776; Kaufmann, Seite 261 f., der zu Recht auf die alte Problematik des medizinischen und juristischen Krankheitsbegriffs verweist und daher vor einem juristischen Begriff der Gentechnologie warnt.
  - <sup>47</sup> Insoweit handelt es sich um ein anderes, selbständiges Forschungsgebiet, vergleiche: Graw, Seite 776; so auch: Hirsch/Schmidt-Didczuhn, MedR 1990, 167 (167); Ruderisch, ZRP 1992, 260 (260); anders aber: Benda, NJW 1985, 1730 (1730); der zur Humangenetik auch „nicht natürliche Fortpflanzungsmethoden“ zählt.
  - <sup>48</sup> So bezieht beispielsweise Ronellenfitsch, NJW 2006, 321 (322 und 325), die Präimplantationsdiagnostik wegen der gentechnischen Methode in seine datenschutzrechtlichen Erwägungen zur Genanalyse mit ein.

## 2.1.2 Die Lehre von der Vererbung

Seitdem im Jahr 1900 drei Forscher, Hugo de Vries (1848-1935), Carl Correns (1864-1933) und Erich von Tschermak (1871-1962) unabhängig voneinander die Arbeiten des deutschen Botanikers und Mönchs Georg Mendel (1822-1884) wiederentdeckten, die zwar schon 1865/1866 veröffentlicht worden waren, jedoch ohne Beachtung geblieben waren,<sup>49</sup> hat die Genetik als Wissenschaft eine rasante Entwicklung genommen.

Mendel hatte im Garten des Augustinerklosters Sankt Thomas Kreuzungsversuche mit Erbsengewächsen durchgeführt und dabei am Erbgang von sieben äußerlich deutlich unterscheidbaren Merkmalen bestimmte Gesetzmäßigkeiten entdeckt: Ein Merkmal hängt in seiner Erscheinungsweise jeweils von zwei Elementen, nämlich einem mütterlichen und einem väterlichen, ab, und diese Elemente stehen in einem dominanten oder rezessiven Verhältnis zueinander.<sup>50</sup> Was Mendel noch „Element“ nannte, wurde später dann mit dem auch heute noch üblichen Begriff „Gen“ bezeichnet, von dem sich wiederum die Bezeichnung der wissenschaftlichen Disziplin mit dem Begriff der Genetik ableitet.

Der Ort, an dem sich die Gene befinden, ist die Zelle als kleinste Einheit eines Organismus. Im Gegensatz zu den Bakterien, den so genannten Prokaryonten, weisen alle anderen höheren Organismen, die so genannten Eukaryonten, einen Zellkern auf.<sup>51</sup> Die Zellen höherer Organismen bestehen im Wesentlichen aus Zytoskeletten, einer gelartigen Masse, in welcher der von einer Membran umgebene Zellkern eingebettet ist. Das Zytoskelett, das nach außen von der Plasmamembran abgegrenzt wird, setzt sich hauptsächlich aus Wasser, Proteinen und löslichen Stoffen zusammen. In diese Zellmasse sind verschiedene kleinere Strukturen eingebettet, die als Organelle bezeichnet

---

<sup>49</sup> Graw, Seite 3; Hirsch-Kauffmann/Schweiger, Seite 143 ff.

<sup>50</sup> Hirsch-Kauffmann/Schweiger, Seite 147; Buselmaier/Tariverdian, Seite 197 ff.; Domdey, Seite 13 f.

<sup>51</sup> Hirsch-Kauffmann/Schweiger, Seite 3 f.; Seite 48 f.; Chancen und Risiken, Seite 8.

werden und die unterschiedliche Aufgaben im Stoffwechsel der Zelle erfüllen. Im Zellkern eingeschlossen ist das Erbgut, das so genannte Genom, welches auf die Träger der Gene, die mikroskopisch kleinen, fadenartigen Chromosomen, verteilt ist.

Zellen vermehren sich durch Teilung. Höhere Organismen, die wie der Mensch aus vielen Milliarden Zellen bestehen können, gehen auf eine einzige Ursprungszelle zurück, die aus der Vereinigung von Ei- und Samenzelle entsteht und als Zygote bezeichnet wird. Mit den sich teilenden Zellen vermehren sich auch die Chromosomen, so dass alle Zellen, die sich aus der Zygote entwickeln, grundsätzlich das gleiche genetische Material enthalten.<sup>52</sup>

Das Genom der meisten Organismen besteht aus mehreren Chromosomen, die sich in Form und Größe unterscheiden und deren Anzahl arttypisch ist. Chromosomen kommen gewöhnlich paarweise vor; man spricht von einem diploiden, also doppelten, Chromosomensatz. Ein Paar gleichartiger Chromosomen bezeichnet man als homologe Chromosomen.

Der Mensch besitzt 23 Chromosomenpaare. Die Differenzierung der Geschlechter erfolgt durch ein ungleiches Chromosomenpaar, die so genannten Ginosomen oder Geschlechtschromosomen. Beim Mann sind dies ein X- und ein Y-Chromosom, bei der Frau zwei X-Chromosomen. Alle anderen Chromosomen, die Chromosomenpaare 1 bis 22, weisen jeweils ein Äquivalent auf und werden Autosomen genannt.<sup>53</sup> Auf den Chromosomen linear verteilt liegen die einzelnen Gene – jedes an einem ganz bestimmten Platz, dem so genannten Genlocus.

---

<sup>52</sup> Darauf, dass bei der Vermehrung der Chromosomen und ihrer Verteilung auf die neu entstehenden Zellen Fehler passieren, so genannte Mutationen, soll an dieser Stelle noch nicht eingegangen werden.

<sup>53</sup> Chancen und Risiken, Seite 13; Hirsch-Kauffmann/Schweiger, Seite 59 ff.; Seite 190 ff.; Buselmaier/Tariverdian, Seite 102 f.

Die Zellteilung beginnt mit der Teilung des Zellkerns, ein Vorgang, der Mitose<sup>54</sup> genannt wird. Dabei verdoppeln sich zuerst die Chromosomen in zwei identische Stränge, die Chromatiden. Haben sich die parallel liegenden Schwesternchromatiden der duplizierten Chromosomen voneinander getrennt und in einer Ebene zwischen den beiden Zellpolen angeordnet, werden die Spindelfasern aktiv. Sie ziehen je eines der beiden gleichen Chromosomen in entgegen gesetzter Richtung so auseinander, dass sich schließlich je ein vollständiger Chromosomensatz an den beiden Zellpolen befindet. Auf diese Weise sind aus der Ausgangszelle zwei Tochterzellen mit jeweils komplettem Chromosomensatz entstanden.

Beim Menschen wie auch bei anderen höher organisierten Lebewesen gibt es in Bezug auf die Zellvermehrung einen Unterschied zwischen Körper- und Geschlechtszellen. Körperzellen vermehren vor der Teilung ihr genetisches Material durch die beschriebene Mitose. Da im Regelfall jedes Chromosom zweimal vorhanden ist, bewirkt die Verdopplung des genetischen Materials vor der Mitose, dass zunächst jedes Chromosom viermal vorliegt. Erst nach abgeschlossener Zellteilung hat die Körperzelle dann mit dem diploiden Chromosomensatz wieder den „Normalzustand“ erreicht.

Geschlechtszellen, auch Keimzellen oder Gameten genannt, werden hingegen durch die Meiose gebildet, die in zwei Teilungszyklen abläuft.<sup>55</sup> Zunächst wird der diploide Chromosomensatz halbiert. Im zweiten Teilungszyklus teilen sich die Chromosomen des haploiden Satzes mitotisch. Am Ende verfügt jede der aus den Teilungen hervorgehenden Geschlechtszellen über einen einfachen, haploiden Chromosomensatz. Diese in der Meiose vollzogene Reduzierung des diploiden auf den haploiden Chromosomensatz, die bei der Keimzellenbildung stattfindet, hat folgenden biologischen Sinn: Bei der Zygotebildung, also bei der Vereinigung der männlichen und weiblichen Gameten, steuern Samen- und Eizelle jeweils nur einen einfachen Chromoso-

---

<sup>54</sup> Vergleiche dazu: Murken/Grimm/Holinski-Feder/*Speicher*, Seite 159 ff.

<sup>55</sup> Vergleiche dazu: Murken/Grimm/Holinski-Feder/*Speicher*, Seite 163 ff.

mensatz bei. Nach der Befruchtung ist mit der entstehenden diploiden Zygote also wieder der „Normalzustand“ hergestellt: Alle in der folgenden Embryonalentwicklung durch mitotische Teilungen aus der Zygote entstehenden Tochterzellen verfügen nun über einen diploiden Chromosomensatz. Fände bei der Keimzellenbildung keine meiotische Reduktion statt, würden sich mit jeder Generation die Chromosomen-sätze in den Körperzellen verdoppeln. Durch die Meiose bleibt die Konstanz der Chromosomenzahl gewahrt.

### 2.1.3 Die molekularen Grundlagen

Das Vorhandensein von Nukleinsäure ist ein universelles Charakteristikum der belebten Natur. Von einigen Virusfamilien abgesehen, die Ribonukleinsäure<sup>56</sup> enthalten, ist es immer die DNA, die die genetische Information eines Organismus beinhaltet. Dies gilt für alle Lebewesen, sowohl für die niederen Protisten wie Bakterien oder Blaualgen, die aus prokaryontischen Zellen aufgebaut sind, als auch – ausgehend von den höheren Protisten – für alle höheren Pflanzen, Tiere und den Menschen. Es ist daher von einer Universalität des genetischen Codes zu sprechen.<sup>57</sup>

Aus der Kenntnis, dass die eben erläuterten Chromosomen die Träger des Erbguts sind, stellt sich die Frage, woraus sie bestehen und wie sie aufgebaut sind. Im Jahre 1944 analysierte Oswald Theodore Avery die chemische Struktur der Gene und fand heraus, dass es sich bei dem stofflichen Träger der Erbinformation um DNA handelt.<sup>58</sup> James Watson, Francis Crick und Maurice Wilkins erkannten 1953 zudem die räumliche Struktur der DNA als Doppelhelix.<sup>59</sup>

Die DNA als solche ist ein Fadenmolekül, das sich aus zwei fadenförmigen DNA-Einzelsträngen zu einem Doppelstrang zusammensetzt, welcher sich wiederum spiralförmig um die eigene Achse verdreht

<sup>56</sup> Im Folgenden englisch mit „RNA“ abgekürzt.

<sup>57</sup> Siehe nur: Murken/Grimm/Holinski-Feder/Poeggel/Meitinger, Seite 8; Graw, Seite 3.

<sup>58</sup> Cleve, Seite 39 f.; Graw, Seite 3.

<sup>59</sup> Hirsch-Kauffmann/Schweiger, Seite 89.

und damit die entdeckte DNA-Doppel-Helix bildet.<sup>60</sup> Jeder Einzelstrang besteht dabei aus einer Kette einander abwechselnder Desoxyribose- und Phosphatmoleküle. Mit jedem Desoxyribosemolekül ist zudem eine der vier Basen der DNA, Adenin, Cytosin, Guanin oder Thymin – dem so genannten Alphabet des Lebens – verbunden.

Jeweils eine dieser Basen bildet zusammen mit einem Desoxyribose- und einem Phosphatmolekül einen der vier Grundbausteine der DNA. Diese Grundbausteine werden als Desoxyribonukleotide oder kurz als Nukleotide bezeichnet. Da es vier Basen gibt, findet man in der DNA auch vier Nukleotide. Diese Nukleotide sind über Phosphatmoleküle, den so genannten Phosphatbrücken, mit einander verknüpft. Diese in wechselnder Folge angeordneten Nukleotide bilden eine Polynukleotid-Kette, den fadenförmigen DNA-Einzelstrang.

Die sich gegenüberliegenden, komplementären Basen der beiden Einzelstränge werden durch Wasserstoffmoleküle, den so genannten Wasserstoffbrücken, verbunden, wodurch der DNA-Doppelstrang entsteht. Komplementär zu einander sind Adenin und Thymin, Cytosin und Guanin. Aufgrund dieser spezifischen Basenpaarung steht mit der Sequenz des einen Einzelstranges zugleich die des gegenüberliegenden Stranges fest.

Die Abfolge der Nukleotide wird als Nukleotidsequenz oder Basensequenz bezeichnet. In der Nukleotidsequenz der DNA liegt der Code für den Aufbau von Aminosäuren. Dabei bilden jeweils drei Nukleotide eine Informationseinheit, ein so genanntes Triplet oder Codon, das in eine Aminosäure „übersetzt“ wird. Die Sequenz der auf einander folgenden – durch die Nukleotidsequenz kodierten – Aminosäuren kodiert wiederum den Aufbau von Proteinen,<sup>61</sup> die über ihre enzymatischen Funktionen Bedeutung für den Zellaufbau und den Stoffwechsel haben.

---

<sup>60</sup> Ringo, Seite 8.

<sup>61</sup> Vergleiche: Ringo, Seite 15; Murken/Grimm/Holinski-Feder/Poeggel/Meitinger, Seite 7.

Ganz allgemein kann man einen Abschnitt der DNA, der eines oder mehrere funktionelle Produkte kodiert, als Gen definieren:<sup>62</sup> Diese funktionellen Produkte können Proteine, aber auch Nukleinsäuren sein, die wiederum Aufgaben bei der Umsetzung der Erbinformationen haben.<sup>63</sup>

Dieser genetische Code muss zum Aufbau eines Proteins oder einer funktionellen Nukleinsäure entschlüsselt werden. Dies geschieht durch die RNA, die als Zwischenmolekül eine auf dem Wege der Transkription gebildete Kopie der DNA darstellt, im Gegensatz zur DNA aber nur aus einer Polynukleotid-Kette besteht.<sup>64</sup> Die zunächst als Vorform synthetisierte (prä-)RNA wird dann einem Reifungsprozess unterworfen, bei dem die nicht-codierten Bereiche der DNA, also solche Abschnitte der DNA, die nach heutigem Stand der Naturwissenschaft zumindest keine Informationen über den Aufbau von Proteinen enthalten, so genannte Introns, „herausgeschnitten“ werden.<sup>65</sup> Das „Herausschneiden“ wird als „Splicing“-Mechanismus bezeichnet.<sup>66</sup> Die codierten Bereiche der DNA, die so genannten Exons, bilden schließlich die fertige mRNA. Während der Proteinsynthese wird dann die Nukleotidsequenz der mRNA in die Aminosäuresequenz der Proteine übersetzt, bis diese fertig sind. Dieser Vorgang wird als Translation bezeichnet.

Veränderungen der Sequenzvarianten – Mutationen – können für das jeweilige Individuum mit Nachteilen belegt sein und zu monogenen oder auch multifaktoriellen Krankheiten führen.<sup>67</sup>

## 2.2 Formen der Anwendung

Kenntnisse über die genetische Disposition – vorzugsweise krankhafte Veranlagungen – eines Menschen können direkt oder indirekt mit Hil-

---

<sup>62</sup> Murken/Grimm/Holinski-Feder/Poeggel/Meitinger, Seite 11.

<sup>63</sup> Murken/Grimm/Holinski-Feder/Poeggel/Meitinger, Seite 20.

<sup>64</sup> Murken/Cleve, Seite 4.

<sup>65</sup> Ritter, Seite 33f.

<sup>66</sup> Murken/Grimm/Holinski-Feder/Poeggel/Meitinger, Seite 23.

<sup>67</sup> Siehe dazu: Murken/Grimm/Holinski-Feder/Holinski-Fenger, Seite 40 ff.

fe verschiedener Untersuchungsmethoden, die zudem unterschiedlichen Zwecken dienen, gewonnen werden.

### 2.2.1 Ebenen der Untersuchung

Generell lassen sich vier verschiedene Untersuchungsmethoden nach der Ebene der Untersuchung unterscheiden: Die Phänotypanalyse, die Chromosomenanalyse, die proteinchemische Analyse und die DNA-Analyse.

Gemein ist allen Verfahren dabei, dass sie ausschließlich zum Nachweis von monogenetischen Defekten angewendet werden können, also bei Erbkrankheiten, die durch die Veränderung eines einzelnen Gens hervorgerufen werden.<sup>68</sup> Der Nachweis polygener beziehungsweise multifaktorieller genetisch bedingter Erbleiden<sup>69</sup> ist bisher nicht möglich. Daraus wird deutlich, dass es bisher nicht möglich ist, mit Hilfe der Genanalyse multifaktoriell bedingte individuelle Determinanten wie etwa die Verhaltens- oder Persönlichkeitsstruktur oder die Intelligenz eines Menschen zu analysieren. Die Genanalyse ist eine Methode zur gezielten, punktuellen Diagnostik bestimmter, vermuteter genetischer Defekte.

#### 2.2.1.1 Phänotypanalyse

Die Phänotypanalyse<sup>70</sup> erfordert keinen körperlichen Eingriff. Aufgrund definierter körperlicher Merkmale und des äußeren Erscheinungsbildes wird auf genetische Eigenschaften des Betroffenen geschlossen.<sup>71</sup> Früher geschah dies erst nach der Geburt. Heute kann

---

<sup>68</sup> Cramer, Seite 10.

<sup>69</sup> Polygen beziehungsweise multifaktoriell bedingte Erbkrankheiten sind solche, bei denen die Wirkung mehrerer Gene nicht einzeln abgrenzbar ist, vergleiche: BT-Drucksache 14/9020, Seite 121.

<sup>70</sup> Auch morphologische Analyse genannt; strittig, ob sie überhaupt zu den genetischen Untersuchungen zu zählen ist; so aber: Schmidtke, Genetische Tests, Seite 227; Cramer, Seite 10; dagegen aber: Simon, MDR 1991, 5 (6) mit weiteren Nachweisen.

<sup>71</sup> Cramer, Seite 11; Stumper, Seite 38; Stockter, Seite 94.

man schon während der Schwangerschaft mit Hilfe der Ultraschalltechnik Missbildungen der Leibesfrucht im Mutterleib erkennen.<sup>72</sup>

### 2.2.1.2 Chromosomenanalyse

Die lichtmikroskopisch durchgeführte Chromosomenanalyse orientiert sich an den spezifischen, definierten Erscheinungsformen der einzelnen Chromosomen. Diese werden paarweise in einem Karyogramm angeordnet, so dass im Vergleich zu verschiedenen, eine bestimmte Krankheit definierenden Karyogrammen eine Chromosomenanomalie festgestellt werden kann. Um einen möglichen Befund zu erhalten, ist demnach Zellmaterial des betroffenen Individuums notwendig. Nach der Geburt erfolgt diese Zellgewinnung aus dem Blut oder aus Abstrichen etwa der Mundschleimhaut.<sup>73</sup> Vor der Geburt kann die Zellgewinnung entweder durch eine Fruchtwasserentnahme, der so genannten Amniozentese, oder durch die Entnahme von Gewebe aus dem Mutterkuchen, der so genannten Choriozottenbiopsie, erfolgen, wobei beide Methoden ein gewisses Abortrisiko beinhalten. Die Chromosomenanalyse stellt als mikroskopische Untersuchung eine Art Grobstrukturanalyse dar,<sup>74</sup> was bedeutet, dass mit ihr nur ein geringer Teil der genetisch bedingten Krankheiten diagnostiziert werden kann. Zu diesen genetischen Defekten gehören etwa das „Fragile-X-Syndrom“, das „Klinefelter-Syndrom“ oder die „Trisomie 21“.<sup>75</sup>

Chromosomen-Analysen werden an teilungsfähigen Zellen, zum Beispiel an weißen Blutkörperchen, Bindegewebs-, Knochenmarks- oder Fruchtwasserzellen, durchgeführt. Dabei können numerische oder strukturelle Chromosomenveränderungen festgestellt werden. Hierzu gehören beispielsweise Chromosomenverluste, so genannte Monosomien, überzählige vorliegende Chromosomen, so genannte Trisomien,

---

<sup>72</sup> Schmidtke, Genetische Tests, Seite 228; Chancen und Risiken, Seite 144; Stumper, Seite 38.

<sup>73</sup> Stumper, Seite 38.

<sup>74</sup> Chancen und Risiken, Seite 142; Simon MDR 1991, 5 (6); Stumper, Seite 39.

<sup>75</sup> Kleine Anfrage, BT-Drucksache 12/3839, sowie Antwort der Bundesregierung, BT-Drucksache 12/4019; ebenso: Ritter, Seite 23.

oder Stückaustausche, so genannte Chromosomentranslokationen. Insbesondere für die Diagnostik von Chromosomentranslokationen, die sehr klein und schwer erkennbar sein können, stehen heute In-situ-Hybridisierungsmethoden<sup>76</sup> wie die Fluoreszenz-in-situ-Hybridisierung, kurz FISH-Technik,<sup>77</sup> zur Verfügung, die schon nach wenigen Stunden einen diagnostischen Befund ermöglichen.

Bestimmte Veränderungen der Chromosomen werden mit Krankheiten oder Behinderungen assoziiert. Zum Beispiel führt die „Trisomie 21“, bei der das Chromosom 21 drei- statt zweimal vorhanden ist, zum Erscheinungsbild des „Down-Syndroms“. Allerdings sind nicht alle Veränderungen der Chromosomen für deren Träger von Bedeutung.

### 2.2.1.3 Proteinchemische Genanalyse / Genproduktanalyse

Die Darstellung der biochemischen Grundlagen hat gezeigt, dass die Proteine durch die Aminosäurensequenzen, also die Gene, aufgebaut werden, die ihrerseits durch die Nukleotidsequenzen bestimmt werden, und dass Fehler bei der Codierung zu Gen- und Proteinfehlern führen können. Die proteinchemische Genanalyse, die auch Genproduktanalyse genannt wird, basiert auf dieser Erkenntnis; denn fehlen bestimmte Proteine als Stoffwechselprodukte in Körperflüssigkeiten oder Körperzellen, so erlaubt es den Rückschluss auf typische genetische Fehler.<sup>78</sup>

Da die Proteine im Wesentlichen für die normale Funktion des Stoffwechsels verantwortlich sind, findet die proteinchemische Analyse vorwiegend bei der Bestimmung von genetisch bedingten Stoffwechselerkrankungen Anwendung.<sup>79</sup> Allerdings ist der Anwendungsbe reich dadurch beschränkt, dass nicht jede Zelle Proteine produziert und zudem nur ein geringer Teil der menschlichen Proteine bekannt

---

<sup>76</sup> Diese Stellen gewissermaßen eine Kombination aus klassischer Zytogenetik und Molekulargenetik dar, siehe: Schmidke, Genetische Tests, Seite 228.

<sup>77</sup> Die FISH-Diagnostik wird heute im Wesentlichen zur Bestimmung des Geschlechts eingesetzt.

<sup>78</sup> Stumper, Seite 39; Stockter, Seite 93.

<sup>79</sup> Cramer, Seite 11.

ist.<sup>80</sup> Mit Hilfe der proteinchemischen Analyse wird beispielsweise im Rahmen des so genannten Neugeborenen-Screenings, welches bereits 1966 in den USA eingeführt worden ist,<sup>81</sup> die „Phenylketonurie“ (PKU)<sup>82</sup> nachgewiesen.<sup>83</sup>

#### 2.2.1.4 DNA-Analyse

Einen erheblichen Unterschied zu den bisher vorgestellten genetischen Verfahren weist die Analyse der DNA selbst auf; denn die DNA-Analyse zeigt nicht erst die Wirkungen genetischer Defekte, sondern schon die Ursachen.<sup>84</sup> Dabei handelt es sich nicht allein um die genetischen Ursachen bereits bestehender Krankheiten, sondern gerade auch um die Ursachen künftiger, noch zu befürchtender Krankheiten, also um bestimmte Krankheitsanlagen und genetische Dispositionen. Diese Anlagen müssen dabei nicht allein den Träger der untersuchten DNA treffen, sondern können – je nach Art des genetischen Defekts – auch erst seine Nachkommen betreffen, sofern es sich um einen rezessiv vererbten Defekt handelt. Weiterhin wird zur Durchführung einer DNA-Analyse kein spezifisches Zellmaterial benötigt, da das gesamte genetische Material in allen Zellen des menschlichen Körpers gleichermaßen vorhanden ist. Es genügen also kleinste Mengen an Zellmaterial, beispielsweise Blutreste, Sperma, Haare oder Speichel, selbst wenn der Speichel nur als Rest an einer Zigarettenkippe vorhanden ist.<sup>85</sup> Die Durchführung der DNA-Analyse ist damit – jedenfalls technisch – ohne weiteres auch ohne den Willen des Betroffenen möglich.<sup>86</sup>

Bei der DNA-Analyse muss zunächst zwischen der direkten und der indirekten unterschieden werden: Die jeweilige Anwendung ist ab-

<sup>80</sup> Chancen und Risiken, Seite 145.

<sup>81</sup> BT-Drucksache 14/9020, Seite 117.

<sup>82</sup> Hierbei handelt es sich um die häufigste angeborene Stoffwechselstörung.

<sup>83</sup> Stumper, Seite 39.

<sup>84</sup> Böhm, DuD 1993, 264 (268); Simon, MDR 1991, 5 (7); Chancen und Risiken, Seite 145.

<sup>85</sup> Für das Beispiel der Zigarettenkippe siehe: Hochmeister/Haberl/Borer/Rudin/Dirnhofer, Archiv für Kriminologie 195 (1995), 177 (177 ff.); für Speichelspuren allgemein: Kurer, Kriminalistik 1994, 213 (213f.).

<sup>86</sup> Böhm, DuD 1993, 264 (267).

hängig davon, ob der DNA-Abschnitt, der für die fragliche pathologische Erscheinung verantwortlich ist, bekannt ist oder nicht. Beiden Verfahren ist jedoch gemein, dass mit Hilfe von Restriktionsenzymen DNA-Sonden geklont werden. Restriktionsenzyme sind Eiweißstoffe, die den DNA-Doppelstrang an bestimmten Stellen in Fragmente zerschneiden können.<sup>87</sup> DNA-Sonden sind künstlich vervielfältigte Abschnitte der DNA.<sup>88</sup> Diese Abschnitte können als einzelne Stränge hergestellt werden und sind markierbar, so dass sie sich mit künstlich aufgetrennten Fragmenten der DNA zu einem Doppelstrangfragment verbinden, sofern sie komplementär zu dieser ursprünglichen DNA sind. Aufgrund der Markierung lassen sich deshalb Doppelstrangbildungen, an denen die markierten DNA-Sonden beteiligt sind, auffinden. Aus dem gefundenen Muster der analysierten DNA-Fragmente der untersuchten Person lassen sich Schlüsse über deren genetische Konstitution ziehen. So kann etwa dann, wenn keine Doppelstrangbildung stattgefunden hat, ein Defekt an dem Gen vorliegen, dessen DNA-Fragment einsträngig geblieben ist.<sup>89</sup>

#### 2.2.1.4.1 Direkte DNA-Analyse

Bei der direkten DNA-Analyse wird zunächst ein DNA-Doppelstrang isoliert und mittels bestimmter Restriktionsenzyme in spezifische DNA-Fragmente verschiedener Länge zerschnitten; anschließend werden diese Fragmente mittels Gelelektrophorese aufgetrennt.<sup>90</sup> Nun werden spezifische radioaktiv markierte DNA-Sonden, also geklonte „gesunde“ DNA-Fragmente an den DNA-Einzelsträngen vorbeigeführt. Im Normalfall lagert sich die DNA-Sonde wegen der oben erwähnten Komplementarität der DNA-Basen an den DNA-Einzelstrang

---

<sup>87</sup> Murken/Grimm/Holinski-Feder/*Holinski-Feder*, Seite 99; Cleve, Seite 19; Chancen und Risiken, Seite 145.

<sup>88</sup> Brinkmann/Wiegand, Kriminalistik 1993, 191 (191 f.); Chancen und Risiken, Seite 145.

<sup>89</sup> Vergleiche zu diesem Vorgang: Domdey, Seite 20; Chancen und Risiken, Seite 146.; Murken/Grimm/Holinski-Feder/*Holinski-Feder*, Seite 102.

<sup>90</sup> Vergleiche: Cramer, Seite 12.

an. Wenn jedoch eine genetische Mutation vorliegt, unterbleibt die Anlagerung.<sup>91</sup>

Voraussetzung der direkten DNA-Analyse ist allerdings die Kenntnis der genauen Lage des gesuchten Gens auf der DNA.<sup>92</sup> Zum jetzigen Zeitpunkt ist der direkte Nachweis von etwa 100 Erkrankungen möglich. Zahlreiche Mutationen entziehen sich jedoch der Identifikation, weil die Punktmutation nicht in der Erkennungssequenz der bisher bekannten Restriktionsenzyme liegt oder die Änderung der Fragmentlänge die Auflösungsfähigkeit der Nachweismethode unterschreitet.<sup>93</sup> Ein weiteres Problem liegt nach Domdey<sup>94</sup> darin, dass viele Erbkrankheiten genetisch heterogen sind, was bedeutet, dass verschiedene Mutationen zu gleichen oder ähnlichen Krankheitsbildern führen. Die Identifizierung könnte dann im Einzelfall schwierig und zeitaufwendig sein.

#### **2.2.1.4.2 Indirekte DNA-Analyse**

Die indirekte DNA-Analyse<sup>95</sup> kann hingegen angewendet werden, wenn weder ein Protein noch die genaue Lage des gesuchten Gens auf der DNA bekannt sind. Die indirekte DNA-Analyse bedient sich der Erkenntnis, dass die Struktur der DNA individuell höchst vielgestaltig, mit anderen Worten „polymorph“ ist, was bedeutet, dass die DNA eines Menschen zahlreiche DNA-Polymorphismen, also Mutationen und Variationen von Nukleotidsequenzen auf der DNA, aufweist. Diese lassen sich durch so genannte Restriktionsfragmentlängen-Polymorphismen nachweisen und werden als genetische Marker, die mittels einer DNA-Sonde identifiziert werden, genutzt.<sup>96</sup> Da ein genetischer Defekt oft mit weiteren Mutationen beziehungsweise mit ei-

<sup>91</sup> Siehe dazu nur: BT-Drucksache 10/6775, Seite 146; Ritter, Seite 62; Murken/Grimm/Holinski-Feder/*Holinski-Feder*, Seite 102.

<sup>92</sup> BT-Drucksache 10/6775, Seite 146; Domdey, Seite 23.

<sup>93</sup> Domdey, Seite 23.

<sup>94</sup> Domdey, Seite 23.

<sup>95</sup> Auch: Kopplungsanalyse.

<sup>96</sup> Schmidtke, Genetische Tests, Seite 235; Cramer, Seite 13.

nem bestimmten DNA-Polymorphismus gekoppelt auftritt und beide relativ dicht neben einander auf der DNA liegen, kann aus der Analyse des DNA-Polymorphismus als Marker auf das gesuchte Gen geschlossen werden.<sup>97</sup>

Die indirekte DNA-Analyse ist derzeit allerdings nur in einem beschränkten Umfang anwendbar, da nur eine bestimmte Anzahl definierter Restriktionsenzyme und damit Restriktionsfragmentlängen-Polymorphismen zur Verfügung stehen. Dennoch konnten bisher 40 Erbkrankheiten<sup>98</sup> mittels der indirekten DNA-Analyse nachgewiesen werden.<sup>99</sup> Neben den erkannten Erbkrankheiten ist es mittlerweile möglich, mit der indirekten DNA-Analyse des mütterlichen Blutes das Geschlecht eines ungeborenen Kindes bereits in der neunten Schwangerschaftswoche zu bestimmen.

#### **2.2.1.4.3 Identifizierung durch Individualisierung mittels der DNA-Analyse**

Weitere Formen der DNA-Analyse werden für den so genannten genetischen Fingerabdruck verwendet. Bei diesen Verfahren kommt es im Gegensatz zu den eben dargestellten Verfahren nicht darauf an, einen genetischen Defekt festzustellen, sondern darauf, die DNA der betroffenen Person zu individualisieren, das heißt, sie von anderen DNA unterscheidbar zu machen. Diese Verfahren finden Anwendung bei der DNA-Identitätsfeststellung im Rahmen der Strafverfolgung. Wie bereits erwähnt, ist die auch vom deutschen Gesetzgeber vorgenommene Zuordnung des so genannten genetischen Fingerabdrucks zur DNA-Analyse sachlich richtig und wird hier auch nicht bestritten; dennoch führt diese Einordnung oftmals zu dem Missverständnis, mit der DNA-Analyse zur Erstellung eines Identifizierungsmusters wür-

---

<sup>97</sup> BT-Drucksache 10/6775 , Seite 146; Ritter, Seite 63; Schmidtke, Genetische Tests, Seite 235.

<sup>98</sup> Siehe: Cramer, Seite 13.

<sup>99</sup> Unter den nachgewiesenen Krankheiten sind zum Beispiel: „Chorea Huntington“; „Alzheimer“, „Mukoviszidose“ und die manische Depression.

den auch Erkenntnisse über die genetische Konstitution eines Betroffenen erlangt.

Dabei bildet eine andere Art des Polymorphismus die Grundlage für DNA-Analysen zur Individualfeststellung. In dem weit überwiegenden nicht-codierten Teil des menschlichen Genoms finden sich Minisatelliten- beziehungsweise Mikrosatelliten-Sequenzen; dies sind tandemartige Wiederholungen von Abschnitten mit einer Länge von zwei bis vier bei Mikrosatelliten beziehungsweise bis zu 60 Basenpaaren bei Minisatelliten.<sup>100</sup> Diese Sequenzen, die im gesamten Genom vorkommen, können auf zwei unterschiedliche Weisen für die Individualisierung verwendet werden.

#### 2.2.1.4.3.1 Das Single-Locus-Verfahren

Einerseits kann man so genannte „Single-Locus-Sonden“ verwenden. Dabei spürt die jeweils genutzte Sonde Satelliten dadurch auf, dass sie eindeutige Sequenzen im Bereich eines ganz bestimmten, definierten Satelliten-Locus nachweist.<sup>101</sup> Die Häufigkeit der Wiederholungen von gesuchten Sequenzen führt zu unterschiedlich langen Zielfragmenten der Allele eines Chromosoms. In der Gesamtbevölkerung kommen teilweise jedoch gleiche Allele vor. Um im Abgleich mit den gleichen Zielfragmenten von Vergleichspersonen beziehungsweise Vergleichsmaterial derselben Person zuverlässiger urteilen zu können, werden auf diese Weise verschiedene definierte Loci an bis zu fünf Chromosomen mit Hilfe von Sonden analysiert.<sup>102</sup> Dies senkt die Wahrscheinlichkeit eines gleichen Allelenmusters zwischen Nichtverwandten auf 1:1.000.000.<sup>103</sup> Single-Locus-Sonden gelten heute weltweit als Standard im Bereich der Spurenkunde<sup>104</sup> und der Abstammungsbegutachtung. Nicht auszuschließen ist bei diesem Verfahren die Er-

---

<sup>100</sup> Böhm, DuD 1993, 264 (265 f.); Chancen und Risiken, Seite 147.

<sup>101</sup> Reichelt, Seite 38 und 52.

<sup>102</sup> Ritter, FamRZ 1991, 646 (648); Böhm, DuD 1993, 264 (266 f.).

<sup>103</sup> Böhm, DuD 1993, 264 (266).

<sup>104</sup> Kimmich/Spyra/Steinke, NStZ 1993, 23 (24) mit weiteren Nachweisen; Brinkmann/Wiegand, Kriminalistik 1993, 191 (192) mit weiteren Nachweisen.

zeugung von Überschussinformationen: Ähnlich wie bei der indirekten Diagnostik von Erbkrankheiten ist es möglich, mit Hilfe von Single-Locus-Sonden Satelliten-Loci nachzuweisen, die in enger räumlicher Nähe zu Strukturgenen liegen.<sup>105</sup>

#### 2.2.1.4.3.2 Das Multi-Locus-Verfahren

Andererseits kann man „Multi-Locus-Sonden“ verwenden. Im Gegensatz zur gerade beschriebenen konkreten Ermittlung von Allelen eines Chromosoms werden hier abstrakt statistische Befunde über das Vorliegen verschiedener Satelliten-Sequenzen erhoben.<sup>106</sup> Dabei besteht eine Sonde aus der Wiederholung eines einzigen Triplets. Auf diese Weise werden sämtliche im Genom vorkommenden Wiederholungssequenzen dieses Triplets elektroporetisch ihrer Fragmentlänge nach dargestellt,<sup>107</sup> was Böhm mit dem „Strichcode auf Waren im Kaufhaus“ vergleicht.<sup>108</sup> So wird insbesondere auch das Multi-Locus-Verfahren als DNA-Fingerabdruck bezeichnet.<sup>109</sup> Als Nachteile werden die relativ große Menge benötigter DNA, die problematische statistische Auswertbarkeit, die hohe Degradationsgefahr bei Spuren und der hohe Zeitaufwand genannt.<sup>110</sup> Beim Multi-Locus-Verfahren entstehen allerdings keine Überschussinformationen, weil keine Zuordnung zum codierten Teil der DNA erfolgen kann.<sup>111</sup> Andererseits wird aber betont, dass sich die Single-Locus-Methode besser zur sicheren Analyse eignet als die Multi-Locus-Methode;<sup>112</sup> weshalb diese Methode heute überwiegend als überholt eingestuft wird.<sup>113</sup>

---

<sup>105</sup> Stumper, Seite 44; Böhm, DuD 1993, 264 (267) mit weiteren Nachweisen; dagegen aber: Kimmich/Spyra/Steinke, NStZ 1990, 318 (322), die diese Möglichkeit schon per Definition ausschließen.

<sup>106</sup> Reichelt, Seite 38 und 49.

<sup>107</sup> Ritter, FamRZ 1991, 646 (658); Böhm, DuD 1993, 264 (266); Ringo, Seite 219.

<sup>108</sup> Böhm, DuD 1993, 264 (266 f.).

<sup>109</sup> Brinkmann/Wiegand, Kriminalistik 1993, 191 (191); Stumper, Seite 45; Chancen und Risiken, Seite 147.

<sup>110</sup> Kimmich/Spyra/Steinke, NStZ 1993, 23 (24); Brinkmann/Wiegand, Kriminalistik 1993, 191.

<sup>111</sup> Böhm, DuD 1993, 264 (266 f.).

<sup>112</sup> Kimmich/Spyra/Steinke, NStZ 1990, 318 (319).

<sup>113</sup> So: Ritter, Seite 37; Brinkmann/Wiegand, Kriminalistik 1993, 191 (191) mit weiteren Nachweisen.

### 2.2.1.4.3.3 Die Polymerase-Ketten-Reaktion

Auch die neuen Möglichkeiten der Polymerase-Ketten-Reaktion<sup>114</sup>-Technik werden vermehrt zur Individualisierung genutzt. Aufgrund der Vervielfältigung von DNA-Abschnitten kann mit ihr auch dort analysiert werden, wo bisher wegen Degradation des Materials oder mangels Sensibilität der Sonden Probleme entstanden.<sup>115</sup> Dabei erweisen sich verschiedene Systeme als anwendbar. Bislang wurde eine Zuordnung in zwei Gruppen vorgenommen, die sich durch die Eigenschaften der Amplifikationsprodukte unterscheiden. Bei den Sequenzpolymorphismen wird auf die unterschiedliche Basenfolge, bei den Längenpolymorphismen auf die unterschiedliche Länge der Fragmente abgehoben.<sup>116</sup>

Sofern im Folgenden jedoch nicht eine besondere Analysemethode ausdrücklich genannt wird, sind sämtliche eben dargestellten Verfahren gemeint.<sup>117</sup>

## 2.2.2 Genetische bedingte Krankheiten

Erbkrankheiten sind durch Veränderungen des Erbguts verursachte Krankheiten, die an Nachkommen nach den Regeln der Vererbungslehre weiter vererbt werden können. Einige genetische Defekte treten bereits bei der Geburt als Geburtsfehler zutage, während sich andere erst im Lauf der Kindheit oder im Erwachsenenalter zeigen. Neben der genetischen Ursache können bei einigen dieser Störungen auch Umwelteinflüsse wie Ernährung oder Lebensweise für den Ausbruch der Krankheit eine Rolle spielen. Genetische Veränderungen, die nicht an die Nachkommen weitergegeben werden – so genannte somatische Mutationen –, können Erkrankungen wie Krebs verursachen oder zu

<sup>114</sup> Im Folgenden englisch mit „PCR“ abgekürzt.

<sup>115</sup> Vergleiche dazu: Kimmich/Spyra/Steinke, NStZ 1993, 23 (25).

<sup>116</sup> Siehe zur Zuordnung: Brinkmann/Wiegand, Kriminalistik 1993, 191 (192); außerdem: Kimmich/Spyra/Steinke, NStZ 1993, 23 (25); ausführlich: Brown, Seite 127.

<sup>117</sup> Ebenso vom Verfahren, allerdings unter Auslassung der Phänotypanalyse: Stumper, Seite 45.

ihrer Entwicklung beitragen. Einige Erbkrankheiten sind möglicherweise der Gentherapie zugänglich, die durch Entwicklungen der modernen Gentechnik ermöglicht wurde.

### 2.2.2.1 Monogene Schäden

Einige Erbkrankheiten werden durch die Mutation eines einzelnen Gens hervorgerufen. Eine solche Mutation hat in der Regel eine fehlerhafte Synthese des durch das Gen codierten Proteins zur Folge.<sup>118</sup> Eine derartige Veränderung kann Stoffwechsel- oder Entwicklungsprozesse stören und eine Erkrankung verursachen. Die meisten monogenen Erbkrankheiten werden rezessiv vererbt, d. h., sie treten erst in Erscheinung, wenn sie homozygot vorliegen, also von beiden Eltern übertragen wurden.<sup>119</sup> In diesen Fällen sind beide Eltern Träger des defekten Gens, auch wenn die Krankheit bei ihnen nicht offenbar ist. Ein Beispiel für einen rezessiven Erbdefekt ist vergleichsweise oft auftretende Mukoviszidose.<sup>120</sup>

Monogene Defekte, die dominant vererbt werden, treten bei den Betroffenen immer in Erscheinung. Die Übertragung des schadhaften Gens eines Elternteils ist für den Ausbruch der Krankheit ausreichend, z. B. bei Chorea Huntington<sup>121</sup> oder dem Marfan-Syndrom.<sup>122</sup>

Rezessive Erbdefekte, die auf einer Veränderung des X-Chromosoms beruhen, sind bei Männern in der Ausprägung häufiger als bei Frauen, da Frauen zwei X-Chromosomen besitzen.<sup>123</sup> Tragen Frauen die Allele heterozygot, manifestiert sich die Krankheit nicht, da ein nicht mutiertes Allel auf dem zweiten X-Chromosom liegt. Beispiele für X-chromosomen-gebundene Erbkrankheiten sind Farbenblindheit, Duchenne-Muskeldystrophie und Hämophilie A. Mit Hilfe von geneti-

---

<sup>118</sup> Graw, Seite 675.

<sup>119</sup> Graw, Seite 674 f.

<sup>120</sup> Cleve, Seite 64 ff.; Murken/Grimm/Holinski-Feder/Grimm/Holinski-Feder, Seite 285 ff.; Graw, Seite 678, dort auch weitere Beispiele rezessiver Krankheiten.

<sup>121</sup> Chancen und Risiken, Seite 33.

<sup>122</sup> Graw, Seite 680.

<sup>123</sup> Graw, Seite 684.

schen Testverfahren können Mutationen bestimmter Gene nachgewiesen werden. Sie ermöglichen daher eine genaue Diagnose für Patienten mit monogenen Schäden. Durch diese Tests lässt sich auch bei Gesunden feststellen, ob sie Träger einer monogenen Erbkrankheit sind.

Eine besondere Art monogener Störungen liegt vor, wenn die Mutation ein Gen betrifft, das sich in den Mitochondrien der Zelle befindet. Mitochondrien sind kleine Zellorganellen, die innerhalb der Zelle ihr eigenes Erbmaterial tragen. Ein Embryo erhält alle Mitochondrien von der Eizelle der Mutter, jedoch keine von der Samenzelle des Vaters. Gendefekte, die durch Mitochondrien übertragen werden, werden daher auf alle Kinder einer betroffenen Frau vererbt. Männer geben solche Gendefekte nicht an ihre Nachkommen weiter. Ein Beispiel für eine mitochondrial vererbte Krankheit ist die „Leber-Optikusatrophie“. Bei dieser Krankheit tritt etwa ab dem 20. Lebensjahr Gewebebeschwund am Sehnerv ein, was schließlich zur Erblindung führt.

### 2.2.2.2 Chromosomenaberrationen

Einige genetische Veränderungen betreffen nicht nur einzelne Gene, sondern ganze Chromosomen oder Chromosomenabschnitte. Die Ursachen dafür liegen oftmals nicht in zellinternen Vorgängen, sondern lassen sich auf äußere Einwirkungen, insbesondere Strahlen, Chemikalien und Viren zurückführen.<sup>124</sup> Beim „Down-Syndrom“ ist beispielsweise das Chromosom 21 dreifach vorhanden.<sup>125</sup> Chromosomale Störungen können durch Verdoppelung, Verlust, Bruch oder veränderte Anordnung des genetischen Materials innerhalb eines Chromosoms entstehen.<sup>126</sup> Etwa 0,5 Prozent aller lebend geborenen Säuglinge sind von Chromosomenschäden betroffen, jedoch ist die Hälfte aller spontanen Fehlgeburten – die so genannten Aborte – in den ersten drei Schwangerschaftsmonaten auf chromosomale Störungen zurückzu-

---

<sup>124</sup> Hirsch-Kauffmann/Schweiger, Seite 99 ff.; Murken/Cleve, Seite 73 f.

<sup>125</sup> Daher auch das Synonym für das Down-Syndrom: „Trisomie-21“.

<sup>126</sup> Graw, Seite 673.

führen.<sup>127</sup> Für Schwangere wird ein einfacher Bluttest erprobt, mit dessen Hilfe sich Gendefekte wie das Down-Syndrom nachweisen lassen. Weitere Beispiele für Chromosomenaberrationen sind das „Ullrich-Turner-Syndrom“ oder das „Klinefelter-Syndrom“.

### 2.2.2.3 Multifaktoriell / polygen bedingte Erbkrankheiten

Von polygen vererbten Krankheitsursachen spricht man, wenn man von einer Wirkung mehrerer Gene ausgeht, die nicht einzeln voneinander abgrenzbar sind; wenn der Ausbruch einer Erkrankung also durch das Zusammenspiel mehrerer genetischer Veränderungen verursacht ist.<sup>128</sup> Von multifaktoriellen Krankheitsursachen hingegen spricht man, wenn ein Zusammenwirken von mehreren Genen mit Umweltfaktoren für das Auftreten einer Krankheit als ursächlich angenommen werden kann.<sup>129</sup>

Da eine multifaktoriell beziehungsweise polygen bedingte Erkrankung durch eine Vielzahl von Genen bedingt ist, die, sofern sie nicht gekoppelt sind, jedes einzeln den Mendelschen Regeln folgt, kombinieren sich diese Gene von Generation zu Generation neu.<sup>130</sup> Zusätzlich wirken Umweltfaktoren bei der Ausprägung von Merkmalen mit. Oft wird also nur die Neigung zu bestimmten Krankheiten vererbt, die dann durch äußere, oft noch unverstandene Einflüsse wie Ernährung oder Lebensweise zur Entwicklung solcher Erkrankungen führen. Multifaktoriell bedingte Merkmale zeigen folglich keinen einfachen Erbgang. Als Beispiele multifaktoriell bedingter Erkrankungen können wohl „Diabetes mellitus“ und Erkrankungen der Herzkratzgefäße genannt werden, während die einwandfreie Beweisführung für polygene Erbkrankheiten bis heute äußerst schwierig ist.<sup>131</sup>

---

<sup>127</sup> Murken/Grimm/Holinski-Feder/*Schinzel*, Seite 232

<sup>128</sup> Murken/Grimm/Holinski-Feder/*Utermann*, Seite 308, weisen darauf hin, dass heute noch keine sichere Erkenntnis zu rein polygenen Krankheiten vorliegen.

<sup>129</sup> *Graw*, Seite 702; Murken/Grimm/Holinski-Feder/*Utermann*, Seite 307.

<sup>130</sup> Murken/Grimm/Holinski-Feder/*Utermann*, Seite 307.

<sup>131</sup> Murken/Grimm/Holinski-Feder/*Utermann*, Seite 308; *Graw*, Seite 702.

## 2.2.3 Individuelle genetische Tests zu diagnostischen und prädiktiven Zwecken

Im Folgenden werden nunmehr die unterschiedlichen genetischen Testmethoden hinsichtlich ihres Zweckes kurz dargestellt und erläutert. Eine besondere Bedeutung kommt dabei der Unterscheidung zwischen diagnostischen und prädiktiven Testverfahren zu.

### 2.2.3.1 Diagnostische Testverfahren

Diagnostische Verfahren dienen der Sicherung einer Diagnose; mit ihrer Hilfe versucht man die Ursachen einer bereits klinisch manifesten Erkrankung<sup>132</sup> auf der Ebene der Keimbahn oder auf somatischer Ebene aufzuklären. Im ersten Fall ist die Veränderung nach den Mendelschen Gesetzmäßigkeiten erblich, im zweiten Fall ist sie, wie bei der Mehrzahl der bösartigen Tumoren, nicht erblich. Molekulargenetische Untersuchungen zum Zweck der Diagnosesicherung können herkömmliche Diagnoseinstrumente ersetzen oder als ergänzende Untersuchungen hinzugezogen werden. Bei einigen genetischen heterogenen Erkrankungen ist es nur mit Hilfe molekulargenetischer Methoden möglich, die zugrunde liegende Ursache zu erkennen. Diagnostische Tests haben immer auch eine prädiktive Komponente im Hinblick auf blutsverwandte Familienangehörige.

### 2.2.3.2 Prädiktive Testverfahren

Prädiktive Testverfahren, die mitunter auch als „präsymptomatische Untersuchungen“ bezeichnet werden, zielen hingegen darauf ab, genetische Veränderungen zu identifizieren, die zu einem späteren Zeitpunkt im Leben der getesteten Person mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit zu einer Erkrankung oder einer Behinderung führen werden.<sup>133</sup> Grundsätzlich können prädiktive Tests der Krankheitsprävention dienen, wenn entsprechende Behandlungsmöglichkeiten wie bei-

---

<sup>132</sup> Schmidtke, Genetische Tests, Seite 227.

<sup>133</sup> Ähnlich: Murken/Grimm/Holinski-Feder/Murken, Seite 385

spielsweise die Änderung der persönlichen Lebensgewohnheiten oder die präventiv-medizinische Behandlung bestehen.

Die besondere Problematik prädiktiver Diagnostik liegt allerdings darin, dass auch unter der Voraussetzung, dass genetische Veränderungen identifiziert werden können, die nachweislich mit bestimmten Krankheiten assoziiert sind, oft nicht mit Sicherheit vorhergesagt werden kann, ob die Krankheit sich im weiteren Verlauf des Lebens der untersuchten Person überhaupt realisiert beziehungsweise wann und mit welchem Schweregrad sie auftreten wird.<sup>134</sup> Eine linearkausale Beziehung zwischen einer genetischen Veränderung und einer Ausprägung eines bestimmten Merkmals wird heute aus wissenschaftstheoretischen Gründen vielfach bestritten.<sup>135</sup>

Tests, mit denen genetische Veränderungen diagnostiziert werden, die mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit im späteren Leben zum Auftreten einer Erkrankung führen, werden gelegentlich auch „prädiktiv-deterministische“ Tests genannt. Ein Beispiel für eine Erbkrankheit mit einer so genannten vollständigen Penetranz ist die Huntington-Krankheit. Die Penetranz gibt die Wahrscheinlichkeit an, mit der eine genetische Veränderung in einer Population zur Ausprägung eines Krankheitsphänotyps führt. Allerdings beruht auch die maximale Vorhersagbarkeit der Huntington-Krankheit bislang nur auf statistischen Daten, da der kausale Wirkungszusammenhang dieser Erkrankung bis heute nicht gänzlich aufgeklärt ist.<sup>136</sup>

„Prädiktiv-probabilistische“ Tests identifizieren demgegenüber genetische Veränderungen mit jedenfalls zum Teil weit geringerer Penetranz. Prädiktiv-probabilistische Tests erlauben daher auch nur individuelle Prognosen über die mehr oder minder große Wahrscheinlich-

---

<sup>134</sup> Feuerstein/Kollek, Seite 27, weisen darauf hin, dass beispielsweise 3 bis 5 Prozent der reinerbigen Merkmalsträger des Gens für Mukoviszidose die Krankheit überhaupt nicht entwickeln.

<sup>135</sup> BT-Drucksache 14/9020, Seite 120 mit weiteren Nachweisen.

<sup>136</sup> Bartram, Seite 41; Graw, Seite 695 ff.; Murken/Grimm/Holinski-Feder/Grimm/Holinski-Feder, Seite 277 f.

keit des Auftretens einer Erkrankung im weiteren Lebensverlauf. Grundsätzlich gilt dabei, dass die Prognose umso ungenauer ausfallen wird, je komplizierter die vorherzusagende Eigenschaft ist.

Von den bekannten Krankheiten werden relativ wenige vorwiegend oder ausschließlich durch genetische Störungen verursacht. So erkranken nur ungefähr 3 bis 5 Prozent der erwachsenen Bevölkerung an einer erst spät manifestierenden, monogenen Erbkrankheit. Dabei handelt es sich im Wesentlichen um den familiären Brustkrebs, den familiären Darmkrebs und bestimmte Formen der Alzheimerschen Erkrankung, die zusammen bereits rund 2,5 Prozent der Erkrankungen ausmachen. Die weitaus überwiegende Zahl von Krankheiten wird polygen oder multifaktoriell verursacht.

Allerdings ist mit den Begriffen „monogene Krankheit“, „polygene Krankheit“ und „multifaktorielle Krankheit“ lediglich ein vereinfachendes Modell der Krankheitsgenese bezeichnet. Es kann heute nicht mehr davon ausgegangen werden, dass Gene von einer übergeordneten Ebene aus Krankheiten „kontrollieren“. Die Entstehung von Krankheiten umfasst immer verschiedene, genetische und nichtgenetische, Faktoren. Dabei kann keine Hierarchie festgestellt werden, die es zulassen würde, den Genen eine „privilegierte“ Stellung zuzuschreiben, auch wenn es Fälle gibt, in denen spezielle Gene offensichtlich eine sehr dominante Ausprägungskraft zeigen.<sup>137</sup>

### 2.2.3.3 Pränatale Tests

Genetische Untersuchungen können grundsätzlich sowohl in der nachgeburtlichen, also postnatalen, als auch in der vorgeburtlichen, also pränatalen, Diagnostik eingesetzt werden, bei der aus chromosomal Auffälligkeiten und spezifischer Einzelgenveränderungen Rückschlüsse auf mögliche Behinderungen oder Erkrankungen des zu erwartenden Kindes gezogen werden können. Insbesondere in der

---

<sup>137</sup> BT-Drucksache 14/9020, Seite 121. So hat beispielsweise die Umgebung selbst einen entscheidenden Einfluss auf den Zeitpunkt des Ausbruchs der sehr dominanten Chorea Huntington-Krankheit, vergleiche: Graw, Seite 697.

pränatalen Diagnostik hat die Zahl der genetischen Tests in den zurückliegenden Jahren in erheblichem Umfang zugenommen, was auch an der steigenden Zahl von Schwangeren über 35 Jahren liegt, denen die vorgeburtliche besonders empfohlen wird.<sup>138</sup>

Unterscheiden kann man zwischen invasiven und nichtinvasiven Verfahren der pränatalen Diagnostik. Anders als die nichtinvasiven Verfahren, bei denen man sich über bildgebende (zum Beispiel Ultraschall) oder indirekte Methoden Aufschluss über mögliche Behinderungen oder Erkrankungen des werdenden Kindes verschafft, sind invasive Methoden der pränatalen Diagnostik mit einem körperlichen Eingriff verbunden, der dazu dient, Gewebematerial fetalen Ursprungs zu gewinnen.<sup>139</sup> Sie stellen daher immer ein gesundheitliches Risiko für die Schwangere und das werdende Kind dar.<sup>140</sup>

### 2.2.3.3.1 Nichtinvasive Verfahren

Zu den nichtinvasiven Verfahren gehört – neben der erwähnten Ultraschalluntersuchung – auch der so genannte „Triple-Test“. Dieser Test beruht auf der Beobachtung, dass bestimmte Eiweiße im Blut schwangerer Frauen, deren Feten Chromosomanomalien, vor allem „Trisomie 21“, aufweisen, im Vergleich zu Schwangerschaften mit Feten, die einen normalen Chromosomenbefund aufweisen, Abweichungen zeigen. Zur Durchführung dieses Tests ist lediglich eine Blutentnahme bei der Schwangeren erforderlich, die zwischen der 16. und 18. Schwangerschaftswoche erfolgt.<sup>141</sup> Ein solcher Triple-Test wird derzeit bei etwa 25 bis 50 Prozent aller Schwangerschaften vorgenommen.<sup>142</sup> Der Triple-Test ist kein Diagnoseinstrument, sondern dient lediglich

---

<sup>138</sup> Murken/Grimm/Holinski-Feder/*Murken*, Seite 399.

<sup>139</sup> Schmidke, Seite 108.

<sup>140</sup> Murken/Grimm/Holinski-Feder/*Murken*, Seite 400.

<sup>141</sup> Murken/Grimm/Holinski-Feder/*Murken*, Seite 399.

<sup>142</sup> Mündliche Mitteilung von Prof. Jörg Schmidke im Rahmen der nichtöffentlichen Anhörung am 26. März 2000, zitiert in: BT-Drucksache 14/9020, Seite 123.

der Risikospezifizierung. Einer Bundestagsdrucksache<sup>143</sup> zufolge werden

„[u]nter optimalen Laborbedingungen sowie unter der Beachtung der vom Frauenarzt zu erbringenden Angaben zum Körpergewicht der Schwangeren vor allem der nach sorgfältigem Ultraschall ermittelten Schwangerschaftsalters [...] bei einem Risikowert von 1:380 (Altersrisiko einer 35jährigen Schwangeren für ein Kind mit Down-Syndrom) etwa drei Viertel aller Feten mit einer Trisomie 21 bei einer Falsch-Positiv-Rate von circa 8 Prozent entdeckt. Diese Angaben beziehen sich auf die durchschnittliche deutsche Altersverteilung der Schwangeren. Die Detektions- und Falsch-Positiv-Raten variieren jedoch erheblich in Abhängigkeit vom Alter der Schwangeren (Detektionsraten von unter 50 Prozent bei 20jährigen bis fast 100 Prozent bei über 40jährigen Schwangeren; Falsch-Positiv-Raten von unter 4 Prozent bei 20jährigen bis mehr als 60 Prozent bei über 40jährigen Schwangeren)“.

Die Interpretation der Testergebnisse ist mitunter sehr schwierig und den jeweils betroffenen Personen nur schwer vermittelbar. Selbst unter Anbietern des Tests herrscht vielfach Unklarheit über die Komplexität und die Interpretation des Tests.<sup>144</sup> Es ist gängige Praxis, dass eine Unklarheit im Triple-Test beinahe automatisch zu einer invasiven Pränataldiagnostik führt.<sup>145</sup> Die Gesellschaft für Humangenetik, der Berufsverband Medizinische Genetik, die Deutsche Gesellschaft für Gynäkologie und Geburtshilfe sowie die Deutsche Gesellschaft für Perinatale Medizin haben bereits 1992 ein Moratorium zum Triple-Screening gefordert; unter anderem aus dem Grund, dass aufgrund unzureichender Aufklärung „in vielen Fällen“ Testbefunde von den Betroffenen „unzutreffender Weise in Richtung einer dramatischen Risikoerhöhung interpretiert“ würden, wodurch „erhebliche Unruhe unter den

---

<sup>143</sup> BT-Drucksache 14/9020, Seite 123.

<sup>144</sup> Schmidtke, Seite 119.

<sup>145</sup> BT-Drucksache 14/9020, Seite 123 mit weiteren Nachweisen.

Schwangeren“ entstehe.<sup>146</sup> Auch heute stellt der Test keinesfalls eine Routineuntersuchung dar, weil die Methoden dafür noch immer nicht weit genug gediehen sind.<sup>147</sup>

### 2.2.3.3.2 Invasive Verfahren

Zu den invasiven Methoden in der pränatalen Diagnostik gehören insbesondere die Chorionzottenbiopsie und die Amnionzentese. Bei der Chorionzottenbiopsie wird einer Schwangeren – in der Regel zwischen der 9. und 12. Schwangerschaftswoche – Choriongewebe entnommen. Da die Chorionzotten embryonale Zellen sind, können bei der Analyse Chromosomen mikroskopisch auf numerische oder strukturelle Veränderungen untersucht werden. Darüber hinaus können Chorionzotten auch biochemisch und molekulargenetisch untersucht werden. Auf diese Weise lassen sich spezielle Stoffwechselkrankheiten und Erbkrankheiten wie beispielsweise die Mukoviszidose oder die Bluterkrankheit feststellen. Für molekulargenetische Untersuchungen ist die Chorionbiopsie besser geeignet als die Amnionzentese.<sup>148</sup>

Bei der Amnionzentese wird – in der Regel zwischen der 15. und 17. Schwangerschaftswoche – durch eine Punktions der Gebärmutterhöhle bei Schwangeren Fruchtwasser entnommen.<sup>149</sup> Die aus dem Fruchtwasser entnommenen Zellen stammen überwiegend von der Eihaut, sind also Amnionzellen, teilweise auch von der äußeren Haut und den Schleimhäuten des Fetus; bei ihnen handelt es sich um fetale Zellen. Die nach der Entnahme kultivierten fetalen Zellen können biochemisch, zytogenetisch und molekulargenetisch untersucht werden. Die zytogenetische Untersuchung gibt Aufschluss über chromosomale Auffälligkeiten wie zum Beispiel Trisomie 13, 18 und 21 oder größere Chromosomenverluste. Die biochemische Untersuchung gibt Auf-

---

<sup>146</sup> Kommission für Öffentlichkeitsarbeit und ethische Fragen der Gesellschaft für Humangenetik, Nachweis in: BT-Drucksache 14/9020, Seite 123; vergleiche auch: *Murken/Cleve*, Seite 171 und Seite 210 ff.

<sup>147</sup> Murken/Grimm/Holinski-Feder/*Murken*, Seite 399.

<sup>148</sup> *Schmidtke*, Seite 111.

<sup>149</sup> Murken/Grimm/Holinski-Feder/*Murken*, Seite 404.

schluss über Neuralrohrverschlussdefekte, die so genannte „Spina bifida“.<sup>150</sup> Hierauf ist die „Routine“-Diagnostik beschränkt. Sofern das Risiko einer spezifischen, von den Eltern möglicherweise ererbten Veränderung auf molekulargenetischer Ebene bekannt ist, beispielsweise bei Mukoviszidose, kann außerdem eine entsprechende molekulargenetische Diagnostik vorgenommen werden. Dies wird nur getan, wenn eine spezifische Fragestellung vorliegt.<sup>151</sup>

Während es sich bei der Chorionbiopsie und Amnionzentese mehr oder weniger um Tests handelt, die – wie oben ausgeführt – heute trotz teilweise immer noch vorhandener Schwächen routinemäßig durchgeführt werden, werden die Nabelschnurpunktion, die ab etwa der 19. Schwangerschaftswoche durchgeführt werden kann und bei der fetalen Blutzellen gewonnen werden,<sup>152</sup> und die Fetale Hautbiopsie, die zwischen der 18. und 20. Schwangerschaftswoche durchgeführt werden kann, nur im Einzelfall angewendet.<sup>153</sup>

Invasive Methoden der pränatalen Diagnostik bergen nicht nur gesundheitliche Risiken für die Schwangeren selbst, beispielsweise Blutungen, wehenartige Schmerzen oder Infektionen, sondern auch ein Verletzungsrisiko für den Fetus und sind mit einem eingeschränkten Fehlgeburtsrisiko verbunden, das selbst bei der Amnionzentese mit rund 0,5 Prozent, bei der Chorionbiopsie mit 2 bis 4 Prozent angegeben wird. Invasive Untersuchungen werden daher auch nur bei definiert bestehendem Risiko durchgeführt.<sup>154</sup>

## 2.2.4 Genetische Reihenuntersuchungen

Als genetische Reihenuntersuchungen, die häufig auch englischsprachig Screenings<sup>155</sup> genannt werden, bezeichnet man solche genetischen Testverfahren, die systematisch mit dem Ziel der Früherkennung oder

<sup>150</sup> Murken/Grimm/Holinski-Feder/Utermann, Seite 328.

<sup>151</sup> Murken/Grimm/Holinski-Feder/Murken, Seite 394.

<sup>152</sup> Murken/Grimm/Holinski-Feder/Murken, Seite 404.

<sup>153</sup> BT-Drucksache 14/9020, Seite 124.

<sup>154</sup> Murken/Grimm/Holinski-Feder/Murken, Seite 394.

<sup>155</sup> Siehe nur: Böhm, DuD 1993, 264 (270).

dem Ausschluss genetisch bedingter Erkrankungen oder der Identifizierung von Prädispositionen oder Resistzenzen gegenüber genetisch bedingten Erkrankungen oder der Identifizierung von Anlageträgerschaften zu einer genetisch bedingten Erkrankungen durchgeführt werden. Eine andere gebräuchliche Definition von genetischen Reihenuntersuchungen lautet: „Suche nach Genotypen in einer symptomfreien Bevölkerung, die zu erhöhten Risiken für genetisch bedingte Erkrankungen bei deren Trägern oder deren Nachkommen führen“.

Im Unterschied zu individuellen Testangeboten geht die Initiative zur Durchführung von Tests bei genetischen Reihenuntersuchungen nicht von einem Rat suchenden Individuum, sondern vom Gesundheitssystem aus. Genetische Screenings können sich dabei auf die Gesamtbevölkerung oder auf spezifische Bevölkerungsgruppen beziehen. Im letzteren Fall werden Menschen mit einem Testangebot konfrontiert, obwohl bei ihnen keine individuelle Indikation vorliegt, sie jedoch ein gegenüber der Gesamtbevölkerung statistisch erhöhtes Risiko für eine genetisch bedingte Erkrankung tragen.

Wie aus einem Test ein Screening-Angebot wird, hängt vor allem auch von der Organisationsform des jeweiligen Gesundheitswesens ab. Anders als im Rahmen eines staatlichen Gesundheitswesens, in dem Screening-Programme von den zuständigen Institutionen gezielt etabliert werden können, kann ein Screening-Angebot auch gleichsam „einsickern“. Das zeigt die Erfahrung der genetischen pränatalen Diagnostik in Deutschland, die sich de facto zu einer Art Screening-Angebot entwickelt hat.

Reihenuntersuchungen mittels nicht-molekulargenetischer Methoden sind nicht neu: Jedes Neugeborene wird heute auf die bereits erwähnte „Phenylketonurie“ getestet.<sup>156</sup> Bei rechtzeitiger Behandlung ist diese Krankheit heute relativ gut zu therapieren.<sup>157</sup> Der Einsatz molekulargenetischer Screening-Programme hingegen ist zum gegenwärtigen

---

<sup>156</sup> Böhm, DuD 1993, 264 (270).

<sup>157</sup> Graw, Seite 676.

Zeitpunkt noch durch knappe technische und auch materielle Resourcen beschränkt. Zudem werden auch rechtliche Grenzen für Reihenuntersuchungen erwogen.<sup>158</sup> Zum einen sind noch immer nur relativ wenige Erbkrankheiten und Risikofaktoren durch genetische Untersuchungen detektierbar; zum anderen sind Screening-Maßnahmen durch den hohen Aufwand, den eine Mutationsanalyse mit konventionellen molekulargenetischen Techniken darstellt, enge finanzielle Grenzen gesetzt.<sup>159</sup>

## 2.2.5 Pharmakogenetische Diagnostik

Der Vollständigkeit halber soll hier auch noch die Pharmakogenetik<sup>160</sup> genannt werden, welche genetisch bedingte Faktoren als Ursache individueller Unterschiede in der Reaktion von Patienten auf die Gabe von Arzneimitteln beschreibt.<sup>161</sup> Ihr wesentliches Ziel besteht darin, die Sicherheit und Wirksamkeit von Arzneimitteln dadurch zu erhöhen, dass diese an die genetische Konstitution des Patienten „angepasst“ werden. Während sich die Pharmakogenetik auf bestimmte pharmakologisch interessante Gene bezieht, umfasst die Pharmakogenomik die Gesamtheit aller unterschiedlichen Abfolgen von Genen.<sup>162</sup> Da sich die pharmakogenetische Diagnostik nicht mit den genetischen Krankheitsanlagen der jeweils betroffenen Person an sich beschäftigt, sondern vielmehr mit der Verbesserung der Behandlungsmöglichkeiten, ist sie allerdings nicht Gegenstand der Arbeit.

## 2.3 Erwartete Entwicklungen der Humangenetik

Die enormen wissenschaftlichen Fortschritte im Bereich der Humangenetik lassen einige Entwicklungen erwarten, deren Realisierung als sehr wahrscheinlich angesehen werden muss. Für die juristische Be-

<sup>158</sup> Erwägungen dazu sind allerdings nicht Gegenstand dieser Arbeit.

<sup>159</sup> BT-Drucksache 14/9020, Seite 126 mit weiteren Nachweisen.

<sup>160</sup> Im Zusammenhang mit giftigen Umwelteinflüssen auch: Ökogenetik; zu beidem vergleiche auch: *Böhm*, DuD 1993, 264 (270).

<sup>161</sup> Vergleiche dazu: *Stockter*, Seite 158.

<sup>162</sup> *Murken/Grimm/Holinski-Feder/Epplen*, Seite 488.

trachtung der vorliegenden Problematik ist es erforderlich, sich dieser Möglichkeiten gewahr zu werden; denn um nicht einer Entwicklung hinterherzulaufen, ist es Aufgabe von Rechtswissenschaft und Rechtspolitik, Chancen und Risiken der neuen Technologie abzuschätzen und einen geeigneten Umgang mit ihr vorzubereiten.

### **2.3.1 Ausweitung der Testpraxis**

Der Zuwachs an genetischem Wissen und technische Entwicklungen werden in den kommenden Jahren dazu führen, dass DNA-Tests für sehr viel mehr krankheitsrelevante Mutationen und genetische Polymorphismen zur Verfügung stehen werden als zur Zeit. Zugleich werden die Testverfahren zunehmend leistungsfähiger, einfacher handhabbar und vor allem auch billiger.<sup>163</sup> Beide Entwicklungen werden unaufhaltsam zu einer Ausweitung der Testpraxis führen.<sup>164</sup>

Vor allem werden in Zukunft immer mehr Gene, die an der Verursachung autosomal rezessiver und autosomal dominanter Erkrankungen beteiligt sind, identifiziert werden und zur Entwicklung diagnostischer und prädiktiver genetischer Testverfahren für diese Erkrankungen führen. Mit einer Ausweitung genetischer Testverfahren im Bereich chronischer Erkrankungen ist für eine Untergruppe dieser Erkrankungen, für die prädisponierende Gene mit hoher Penetranz bekannt sind, zu rechnen. Dazu gehören beispielsweise Brustkrebs, Darmkrebs, Diabetes Typ II und Alzheimer. Allerdings hat diese Untergruppe nur einen Anteil von weniger als 5 Prozent an allen erkrankten Fällen.

Entscheidende Impulse für die weitere Entwicklung der molekularen Medizin und insbesondere auch der genetischen Diagnostik werden

---

<sup>163</sup> Pfitzmann, DuD 2005, 286 (288 f.).

<sup>164</sup> Stockter, Seite 94.

vom „Human Genom Project“<sup>165</sup> und seinen Partner- bzw. Nachfolgeprogrammen<sup>166</sup> ausgehen. Ein Schwerpunkt liegt beispielsweise auf der vergleichenden Genomik, bei der zwei vollständige Genomsequenzen miteinander verglichen werden. Mit ihrer Hilfe sollen so die tierischen Formen menschlicher Krankheitsgene lokalisiert werden. Die tierische Gene sollen dann als Modelle für Gegebenheiten beim Menschen eingesetzt werden und so der Weg für Untersuchungen der genetischen Grundlagen dieser Krankheiten geebnet werden.<sup>167</sup>

### 2.3.2 Diagnose und Therapie

Die Entwicklung effektiver Behandlungsverfahren für die erkannten schweren Krankheitsanlagen und manifestierten Erkrankungen wird mit dieser Entwicklung voraussichtlich nicht Schritt halten können, so dass sich die Schere zwischen Diagnose und Therapieoptionen weiter öffnen wird.<sup>168</sup> Zumindest in einigen Bereichen werden sich für die nähere Zukunft voraussichtlich jedoch – etwa bei der Therapiewahl und der Arzneimitteldosierung – auch Möglichkeiten zu einer engeren Kombination von genetischer Diagnostik und Therapie ergeben.<sup>169</sup>

<sup>165</sup> Das Projekt wurde 1990 in den USA mit dem Ziel gegründet, das Genom des Menschen vollständig zu entschlüsseln, d.h. die Abfolge der Basenpaare in der menschlichen DNA auf ihren einzelnen Chromosomen durch Sequenzieren zu identifizieren. Das *Deutsche Humangenomprojekt* beendete seine Arbeit daran im Jahr 2004. Im *Nationalen Genomforschungsnetz* wird seit 2001 schon auf die Arbeiten des Projekts aufgebaut.

<sup>166</sup> Aktuelle Programme finden sich beispielsweise auf den Internetseiten der Gesellschaft für Genetik, [www.gfgenetik.de](http://www.gfgenetik.de), und des Nationalen Genomforschungsnetzes, [www.ngfn.de](http://www.ngfn.de).

<sup>167</sup> Siehe dazu: *Brown*, Seite 133.

<sup>168</sup> *Simon*, MDR 1991, 5 (7); *Domdey*, Seite 28; *Böhm*, DuD 1993 264 (268); *Murken/Grimm/Holinski-Feder/Höhn*, Seite 542.

<sup>169</sup> *Graw*, Seite 772; dazu auch: *Pfitzmann*, DuD 2005, 286 (288 f.).

Ursprünglich wurden große Hoffnungen in die somatische Gentherapie<sup>170</sup> für genetisch bedingte Krankheiten gesetzt,<sup>171</sup> zumal die wahrscheinlich älteste genetische (Substitutions-)Therapie bereits 1921 mit der Behandlung der Zuckerkrankheit durch das Hormon Insulin entdeckt wurde.<sup>172</sup> Allerdings haben die Erfahrungen im klinischen Versuch, aber auch in der Grundlagenforschung gezeigt, dass die Idee, genetisch bedingte Krankheiten durch eine Art „Genkorrektur“ heilen zu können, wissenschaftlich zu naiv war.<sup>173</sup> Zumindest können jedoch bei einigen krankhaften genetischen Dispositionen gezielt vermutete oder erwiesene Risikofaktoren vermieden werden,<sup>174</sup> bei einigen Erkrankungen wie der SCID-Erkrankung beweisen jüngste Therapieerfolge die grundsätzliche Möglichkeit einer Gentherapie.<sup>175</sup> Winnacker<sup>176</sup> beispielsweise spricht davon, dass sich der Nebel über der „gen“-ialen Wunderwaffe, wie eine namhafte Illustration die Gentherapie einst bezeichnete, zu lichten beginnt; zudem fangen nicht nur Molekularbiologen, sondern auch Kliniker an, das Potential dieser neuen Therapie zu erkennen und sich dafür zu engagieren.

### 2.3.3 Gen- beziehungsweise DNA-Chip-Technologie

Im Hinblick auf neue technische Möglichkeiten der Diagnostik wird sich in Zukunft voraussichtlich die weitere Entwicklung von so ge-

---

<sup>170</sup> Neben der somatischen Gentherapie besteht theoretisch auch die Möglichkeit einer so genannten Keimbahntherapie, bei der die genetische Konstitution der Keimzellen verändert wird, siehe dazu: *Graw*, Seite 771; im Übrigen ist sie in Deutschland gem. § 5 ESchG verboten, vergleiche: Dreier/Dreier, Art. 1 Rn. 107, ihre verfassungsrechtliche Zulässigkeit hingegen umstritten, ablehnend: *Sachs/Höfling*, Art. 1 Rn. 23; v. Mangoldt/Starck, Art. 1 Abs. 1 Rn. 90; anders: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz/Herdegen, Art. 1 Abs. 1 Rn. 101, der nicht nachvollziehen kann, dass die Menschenwürde einen Bestandsschutz von Erbkrankheiten tragen soll.

<sup>171</sup> Ausführlich zu den Problemen: *Haniel/Hofsneider*, Seite 333.

<sup>172</sup> Winnacker, Seite 117, wenngleich die rein symptomatische Behandlung jeden Tag wiederholt werden muss und die schwere Krankheit dadurch nicht geheilt wird.

<sup>173</sup> BT-Drucksache 14/9020, Seite 129; *Graw*, Seite 771; auch: Dreier/Dreier, Art. 1 Rn. 106.

<sup>174</sup> Böhm, DuD 1993, 264 (271).

<sup>175</sup> Vergleiche dazu: Murken/Grimm/Holinski-Feder/Höhn, Seite 542.

<sup>176</sup> Winnacker, Seite 130.

nannten Gen- oder DNA-Chips<sup>177</sup> als besonders bedeutsam erweisen.<sup>178</sup> Die Gen-Chip-Technologie eignet sich besonders zum raschen und billigen Nachweis von Gensequenzen.<sup>179</sup> Dem entsprechend groß ist auch das gegenwärtig diskutierte, überwiegend noch zukünftige Einsatzspektrum, wenngleich der Einsatz in der Praxis noch vielfältige Probleme bereitet.<sup>180</sup>

Neben dem Einsatz zur groben Sequenzierung von Genen, zum Nachweis von Mikroorganismen in der Umwelt- und Lebensmittelanalytik, zur Überprüfung genetischer Fingerabdrücke in der Forensik, zur Analyse von Expressionsmustern beispielsweise in Forschung, zur Überwachung von Therapieverläufen, für Kontrollen von Stoffwechselreaktionen oder zur medizinischen Prognostik, eignen sich Gen-Chips auch für eine Anwendung in der klinischen Forschung und Diagnose, eben dem Nachweis von erblichen Erkrankungen, Polymorphismen, Markern und Krankheitserregern. So wird diese Technik heute auch neben der vorwiegenden Verwendung in der Grundlagenforschung auch bei medizinischen Studien verwendet, beispielsweise, um eine Verbindung zwischen Genen und einer Klasse von Phänotypen (zum Beispiel Schizophrenie, circadiane Rhythmen) herzustellen.<sup>181</sup>

Die Verknüpfung von Molekulargenetik und Computertechnologie<sup>182</sup> ermöglicht eine drastische Beschleunigung der Probenauswertung, bei der eine parallele Analyse einer sehr großen Zahl genetischer Informa-

<sup>177</sup> Gen- bzw. DNA-Chips stellen eine Untergruppe der so genannten Microarrays, einer Sammelbezeichnung für moderne molekulargenetische Untersuchungssysteme, dar, die die parallele Analyse von mehreren tausend Einzelnachweisen in einer geringen Menge biologischen Probenmaterials erlauben. Weil sie wie ein Computerchip viele Informationen auf kleinstem Raum enthalten können, werden sie als Chips bezeichnet.

<sup>178</sup> Vergleiche dazu: BT-Drucksache 14/9020, Seite 129; Stockter, Seite 94 f.; zur Zukunft der Genetik und der Verwendung von DNA-Chips: Graw, Seite 782 ff.

<sup>179</sup> Stockter, Seite 95.

<sup>180</sup> Vergleiche: Brown, Seite 184.

<sup>181</sup> Ringo, Seite 235; siehe auch: Graw, Seite 782 ff.

<sup>182</sup> Dieser Zweig der Wissenschaft wird als „Bioinformatik“ bezeichnet, vergleiche: Ringo, Seite 233.

tionen möglich ist. Dies wird gegenüber den derzeit noch vorherrschenden Methoden der genetischen Diagnostik eine ganz erhebliche Beschleunigung bedeuten, die nicht nur für die Genomforschung selbst, sondern auch für die klinische genetische Diagnostik bedeutsam sein wird.

Auch wenn die flächendeckende Einführung der so genannten Mikroarray-Analyse konstitutioneller Genmutationen in der medizinischen Praxis erst noch bevorsteht, so lassen doch bereits in der Grundlagenforschung<sup>183</sup> und im wissenschaftlichen Labormaßstab existierende Diagnostikchips für Gene wie „BRCA1“ und „BRCA2“<sup>184</sup> keinen Zweifel daran, dass zukünftig Gen-Mutationschips in großem Maßstab einsetzbar werden. Dadurch werden sich die bereits begonnenen Entwicklungen in Richtung Parametervermehrung, Kostensenkung und Automatisierung weiter beschleunigen.

Weiterhin dürfte die Einführung der Gen-Chip-Technologie auch im Hinblick auf die humangenetische Diagnostik gravierende Veränderungen mit sich bringen. Man geht davon aus, dass zukünftig Techniken verfügbar sein werden, die jedes beliebige medizinische Labor in die Lage versetzen, aus einer Blut- oder Chorionzottenprobe eine nahezu beliebige Zahl von Genomabschnitten auf Abweichungen von DNA-Standart-sequenzen zu überprüfen, und dies zu einem Bruchteil heutiger Analysekosten. Eine eigene humangenetische Methodenkompetenz des Untersuchers wird dank integrierter Verfahren von der automatischen DNA-Extraktion bis zum Online-Abgleich mit als normal definierten Genen nicht mehr erforderlich sein.

In welchem Ausmaß und in welchem Bereichen Gen-Chips zukünftig zum Einsatz kommen werden, ist, wie es in einer Drucksache des Bundestages<sup>185</sup> heißt, „von sehr vielen Faktoren wie zum Beispiel den Patienteninteressen, dem wirtschaftlichen Nutzen für Anbieter und

---

<sup>183</sup> Ringo, Seite 235.

<sup>184</sup> Wissenschaftliche Bezeichnung für die den Brustkrebs auslösendes Gene, vergleiche nur: Winnacker, Seite 124.

<sup>185</sup> BT-Drucksache 14/9020, Seite 129.

Anwender und der gesellschaftlichen Akzeptanz bestimmter Anwendung abhängig und daher nicht vorhersehbar“.

## 2.4 Diskrepanz zwischen Wissen und Handlungsmöglichkeiten

Die hinsichtlich des genetischen Tests gemachten Differenzierungen machen deutlich, dass genetische Testverfahren den Bereich medizinischen Handelns, der zuvor auf diagnostische, präventive und therapeutische Maßnahmen an einem individuellen Patienten beschränkt war, erweitern und damit das die medizinische Praxis leitende Krankheitsverständnis verändern können.<sup>186</sup>

Ein grundlegendes Problem der genetischen Diagnostik liegt darin, dass die Fortschritte in Prävention und Therapie nicht annähernd mit den erweiterten Diagnosemöglichkeiten Schritt halten.<sup>187</sup> So gibt es bislang trotz viel versprechender Ansätze keine Präventionsstrategie, die auf der Grundlage einer krankheitsbezogenen Genvariante entwickelt worden wäre, deren Sicherheit und Effektivität wissenschaftlich erwiesen ist.<sup>188</sup> Immerhin scheint es britischen Wissenschaftlern einer Meldung der Deutschen Presseagentur dpa vom 28.4.2008 zufolge nun erstmals gelungen, einem erblich bedingt nahezu blinden Menschen durch eine Gentherapie zu einer relativ normalen Sehkraft zu verhelfen.

Zudem ist insbesondere die Durchführung prädiktiver genetischer Testverfahren mit einer Reihe von Risiken verbunden, die umso mehr Gewicht haben, je größer die Differenz zwischen wachsendem Wissen einerseits und begrenzten Handlungsmöglichkeiten andererseits wird:

---

<sup>186</sup> Ausführlich: *Irrgang*, Seite 651; auch: *Haniel/Hofsneider*, Seite 335; verbunden ist damit ohne Zweifel auch die Angst vor einer „technokratischen“ Medizin, die den Patienten nicht in erster Linie als Menschen, sondern als Produkt seiner Gene betrachtet. Siehe dazu beispielsweise: *Domdey*, Seite 28.; zur Figur des „gesunden Kranken“: *Stockter*, Seite 38 f.

<sup>187</sup> *Graw*, Seite 679; *Ringo*, Seite 223; Stellungnahme des GKV-Spitzenverbandes vom 12.1.2009 zum Entwurf des Gendiagnostikgesetzes, Seite 4; so bereits auch: *Simon*, MDR 1991, 5 (7); *Domdey*, Seite 28; *Böhm*, DuD 1993, 264 (268).

<sup>188</sup> *Graw*, Seite 679.

Hierzu gehören neben medizinischen Risiken wie den teilweise gravierenden Auswirkungen durch prophylaktische Interventionen beispielsweise bei der Brustkrebsdiagnostik vor allem auch psychische und soziale Risiken.

Insbesondere der prognostische Charakter genetischer Informationen ist „dazu angetan, die Betroffenen mit zu viel und interpretationsbedürftigem Wissen zu belasten und zu verunsichern“.<sup>189</sup> So können Testergebnisse bei den Betroffenen gravierende psychische Probleme wie Ängste und Depressionen auslösen und weit reichende Auswirkungen auf deren Lebensstil und Lebensplanung haben.<sup>190</sup> Dieser Erkenntnis wird in der folgenden Bearbeitung der einzelnen Problembe-reiche Rechnung zu tragen sein.

---

<sup>189</sup> Hennen/Petermann/Schmitt, Seite 42.

<sup>190</sup> Dazu auch: Stockter, Seite 123.

### **3 Grundlagen des „genetischen“ Datenschutzes**

Nachdem nun die naturwissenschaftlichen Grundlagen der Humanogenetik – jedenfalls im Überblick und soweit es für die rechtswissenschaftliche Betrachtung von Bedeutung ist – dargestellt worden sind, werden im Folgenden die Grundlagen des „genetischen“ Datenschutzes in Deutschland erörtert.

Dabei steht verfassungsrechtlich zunächst das informationelle Selbstbestimmungsrecht im Mittelpunkt der Betrachtung, auf dem sich ganz wesentlich das Datenschutzrecht in Deutschland gründet. Von erheblicher Bedeutung sind bei dieser Erörterung im Weiteren auch die sich aus dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung ableitenden Schutzpflichten des Staates. Für den Bereich der Datenverwendung durch private verantwortliche Stellen kommt es zudem auf die Grundrechtsbindung zwischen Privaten an.

Abschließend wird noch die Relevanz der ärztlichen Schweigepflicht für den Schutz genetischer Daten dargestellt sowie ein Überblick über in Frage kommende Normen des Bundesdatenschutzgesetzes zur Verwendung von genetischen Daten gegeben.

#### **3.1 Das genetische Datum**

Zunächst sind jedoch zwei Fragen zu beantworten: Was ist im rechtlichen Sinne ein „genetisches Datum“ und weshalb unterscheidet es sich von „normalen“ Daten?

##### **3.1.1 Definition des Begriffs des genetischen Datums**

Es ist notwendig, exakt zu definieren, was eigentlich rechtlich ein genetisches Datum ist; denn eine Besonderheit der genetischen Analyse besteht darin, dass die Datenerhebung in drei Schritten erfolgt: die Beschaffung des Probenmaterials, dessen Untersuchung auf bestimmte Merkmale und Sequenzen und schließlich die Interpretation des Untersuchungsergebnisses.

Demnach gibt es drei verschiedene, möglicherweise relevante Informationsträger: Die Gewebeprobe hat nicht nur eine bestimmte Information als Inhalt, sondern enthält die Gesamtheit der Informationen des Genoms und ist damit auch multifunktional untersuch- und auswertbar. Die Gensequenz hat lediglich für den Biochemiker, aber nicht für jeden anderen einen Aussagewert, sie ist aber gleichwohl von großer Bedeutung für die Richtigkeitskontrolle des Untersuchungsergebnisses. Um aber einen unmittelbaren Personenbezug herzustellen, das heißt einen unmittelbaren Rückschluss auf die Person zuzulassen,<sup>191</sup> bedarf es bei beiden Informationsträgern noch der weiteren Untersuchung. Das Untersuchungsergebnis einer Genanalyse hingegen unterscheidet sich letztlich bezüglich des Datenträgers und der Darstellungsform nicht von sonstigen personenbezogenen Daten im Sinne des § 3 Absatz 1 BDSG; es ist eine Einzelangabe über persönliche Verhältnisse einer bestimmten oder zumindest bestimmbaren Person.

Mit dieser Unterscheidung wird deutlich, dass jede Form des Informationsträgers zwar auch eine Gefahr des Missbrauchs darstellt. Ebenso wird aber deutlich, welcher Informationsträger im Sinne des Datenschutzes ein genetisches Datum darstellt, nämlich allein das Untersuchungsergebnis. Nur diese Ergebnisdaten werden daher in der nachstehenden Erörterung als „genetische Daten“ bezeichnet.<sup>192</sup>

### 3.1.2 Besonderheiten des genetischen Datums

Informationen aus genetischen Untersuchungen weisen allerdings eine Reihe von Besonderheiten auf, so dass ihnen eine Sonderstellung in der Medizin gegenüber Informationen aus konventionellen Untersuchungen zukommt.

Genetische Daten haben gegenüber anderen medizinischen Daten ein deutlich höheres prädiktives Potenzial und ermöglichen so präsyp-

---

<sup>191</sup> Rößnagel, NVZ 2006, 281 ( 282).

<sup>192</sup> Die gleiche Definition nimmt § 3 Nr. 11 GenDG-E vor, BT-Drucksache 16/10532.

tomatische Aussagen über Erkrankungen beziehungsweise Krankheitsdispositionen. Zudem behalten sie ihre Voraussagekraft über lange Zeiträume hinweg, wobei einschränkend angeführt werden muss, dass diese genetischen Angaben in der Regel mit prognostischer Unsicherheit im Hinblick auf den Ausbruch beziehungsweise den Krankheitswert einer Erkrankung behaftet sind.<sup>193</sup> Gleichwohl können sie grundsätzlich einen Vorwand für soziale Stigmatisierung schaffen, beispielsweise bei der Suche nach einem Arbeitsplatz, der Wahl einer Versicherung oder auch im Rahmen einer Partnerschaftsanbahnung. Genetische Daten können weiterhin von großer Bedeutung für reproduktive Entscheidungen der Eltern sein. Sie beinhalten Implikationen über das getestete Individuum hinaus auch für Familienangehörige, zu denen eine Blutsverwandtschaft besteht. Darüber hinaus stellen sie auch Verbindungen zu Ethnizität her und bergen damit zumindest das Potenzial rassistischer Diskriminierung. Nicht zu vernachlässigen ist schließlich auch das Potenzial eugenischer Diskriminierung. Schließlich kann das Wissen um die eigene genetische Konstitution zu erheblicher psychischer Verunsicherung, zu Ängsten und Depressionen des Trägers führen: Menschen, die gesund sind und es möglicherweise auch bleiben, können sich als krank oder als gefährdet ansehen.

Die grundlegende Differenz zwischen konventionellen und genetischen Tests liegt jedoch nicht so sehr an einzelnen Eigenschaften der DNA-Analyse, sondern im Zusammenspiel der Bedingungen ihrer Anwendung und dem Gültigkeitsbereich ihrer Ergebnisse. Genetische Daten müssen aufgrund dessen als „identitätsrelevante“ Daten von besonderer Sensitivität angesehen werden, § 3 Absatz 9 BDSG, für die ein entsprechend hohes Schutzniveau erforderlich ist. Inwieweit aber die geltende Rechtslage dieser Anforderung gerecht wird, ist nachstehend zu untersuchen.

---

<sup>193</sup> Stockter, Seite 101.

## 3.2 Verfassungsrechtliche Grundlagen

Die Grundlage für jede datenschutzrechtliche Untersuchung ist das verfassungsrechtlich gesicherte Recht auf informationelle Selbstbestimmung aus Artikel 2 Absatz 1 in Verbindung mit Artikel 1 Absatz 1 GG.

### 3.2.1 Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung

Die verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen des Datenschutzes hat das Bundesverfassungsgericht im so genannten Volkszählungsurteil vom 15. Dezember 1983 neu definiert.<sup>194</sup> Aus dem grundrechtlichen Schutz der Menschenwürde und der freien Entfaltung der Persönlichkeit leitete es ein umfassendes Recht auf informationelle Selbstbestimmung her, während das informationelle Selbstbestimmungsrecht bis zum Volkszählungsurteil in der Lehre oft nur als Programmsatz gewertet worden war.<sup>195</sup>

Das vom Bundesverfassungsgericht in seinem auch als Bergpredigt des Datenschutzes<sup>196</sup> apostrophierten Volkszählungsurteils<sup>197</sup> anerkannte informationelle Selbstbestimmungsrecht, seinerzeit gelegentlich noch in Anführungszeichen gesetzt,<sup>198</sup> stellt bis heute eine zentrale verfassungsrechtliche Garantie für den Schutz der Persönlichkeit in Zeiten der Datenverarbeitung dar.<sup>199</sup> Es hat sich bislang als flexibel genug erwiesen, um auch angesichts veränderter Leitbilder und Problemlagen angemessen fortentwickelt werden zu können.

---

<sup>194</sup> BVerfGE 65, 1 ff. (Volkszählung), vgl. dazu auch: BVerfGE 80, 367 (373); zur Entwicklung auch: *Steinmüller*, BT-Drucksache, Seite 87 ff.

<sup>195</sup> Kritisch zur Konstruktion des informationellen Selbstbestimmungsrechts: *Ladeur*, DÖV 2009, 45 (45 ff., insbesondere 49).

<sup>196</sup> So: *Meister*, DuD 1986, 173 (175).

<sup>197</sup> Dazu etwa: *Ronellenfitsch*, NJW 2006, 321 (323); *Schlink*, Der Staat 25 (1986), 233 ff.; *Denninger*, KJ 1985, 215 ff.; *Simitis*, NJW 1984, 398 ff.; *Hufen*, JZ 1984, 1072 ff.; *Schneider*, DÖV 1984, 161 ff.

<sup>198</sup> BVerfGE 65, 1 (43).

<sup>199</sup> Die literarischen Wurzeln sind älter, siehe dazu nur: *Roßnagel/Trute*, Kapitel 2.5 Fn. 27 mit weiteren Nachweisen.

Die informationelle Selbstbestimmung hat ihren Kern im Schutz der Persönlichkeit und der Menschenwürde und wurde vom Bundesverfassungsgericht als risikoorientierte Ausprägung dieser Grundrechte in der Informationsgesellschaft entwickelt. Die informationelle Selbstbestimmung darf jedoch nicht auf das Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Absatz 1 GG reduziert werden. Sie gewinnt vielmehr ihre große Bedeutung dadurch, dass sie als Grundlage einer freien und demokratischen Kommunikationsverfassung ein aus allen Kommunikationsgrundrechten abzuleitendes Freiheitsrecht ist und sich damit nicht allein auf den Bereich des Datenschutzes beschränkt.<sup>200</sup> Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung erstreckt sich auf alle personenbezogenen Daten – und damit nach ganz herrschender Meinung<sup>201</sup> auch auf genetische Daten – und betrifft alle Formen ihrer Erhebung und Verwendung. Es ist nicht auf die automatische Datenverarbeitung, auf bestimmte Verarbeitungsphasen oder auf die Verwendung in Dateien beschränkt.<sup>202</sup>

Im Urteil zum Volkszählungsgesetz formulierte das Bundesverfassungsgericht unter anderem die folgenden beiden entscheidende Leitsätze, auf die im Folgenden immer wieder zurückzukommen sein wird:

„1. Unter den Bedingungen der modernen Datenverarbeitung wird der Schutz des Einzelnen gegen unbegrenzte Erhebung, Speicherung, Verwendung und Weitergabe seiner persönlichen Daten von dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Artikel 2 Absatz 1 in Verbindung mit Artikel 1 Absatz 1 GG umfasst. Das Grundrecht gewährleistet in-

---

<sup>200</sup> Siehe hierzu und zum Folgenden insbesondere: *Roßnagel/ Pfitzmann/ Garstka*, Seite 38 f.; siehe auch: BVerfGE 67, 100 (142f.); 77, 1 (46f.) hinsichtlich Art. 14 Abs. 1 GG; BVerfG, NJW 2001, 503 (505) hinsichtlich der durch die allgemeine Handlungsfreiheit geschützten Freiheit im wirtschaftlichen Verkehr; *Gallwas*, Der Staat 18 (1979), 507 (514); *Geis*, CR 1995, 171 (171); *Hoffmann-Riem*, AöR 1998, 513 (521); *Roßnagel/ Trute*, Kapitel 2.5 Rn. 64.

<sup>201</sup> Vergleiche: BVerfGE 103, 21 (32); *Lorenz*, JZ 2005, 1121 (1126); *Hombert*, Seite 63 ff.; *Stumper*, Seite 85 ff.

<sup>202</sup> BVerfGE 84, 192 (195).

soweit die Befugnis des Einzelnen, grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu bestimmen.

2. Einschränkungen dieses Rechts auf „informationelle Selbstbestimmung“ sind nur im überwiegenden Allgemeininteresse zulässig. Sie bedürfen einer verfassungsgemäßen gesetzlichen Grundlage, die dem rechtstaatlichen Gebot der Normenklarheit entsprechen muss. Bei seinen Regelungen hat der Gesetzgeber ferner den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten. Auch hat er organisatorische und verfahrensrechtliche Vorkehrungen zu treffen, welche der Gefahr einer Verletzung des Persönlichkeitsrechts entgegenwirken.“

Das Bundesverfassungsgericht hat das Recht auf informationelle Selbstbestimmung in seinen nachfolgenden Rechtsprechungen kaum modifiziert. Es hat etwa den Anwendungsbereich mit der Erstreckung des informationellen Selbstbestimmungsrechts auf den Umgang mit personenbezogenen Daten allgemein erweitert<sup>203</sup> und klargestellt, dass auch Daten geschützt sind, wenn sie zum Bereich wirtschaftlichen Handelns gehören.<sup>204</sup> Es hat die über die objektiv-rechtliche Dimension vermittelte Drittirkung auf das Privatrecht hervorgehoben<sup>205</sup> und zugleich Abgrenzungen gegenüber speziellen Gewährleistungen gesucht.<sup>206</sup>

### **3.2.1.1 Herleitung**

Das Bundesverfassungsgericht bestimmt die Herleitung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung aus Artikel 2 Absatz 1 in Verbindung mit Artikel 1 Absatz 1 GG wie folgt:

---

<sup>203</sup> Vergleiche: BVerfGE 78, 77 (84) mit der Aussage, die Verfahren der automatisierten Datenverarbeitung hätten zwar die Notwendigkeit des Schutzes hervortreten lassen, seien aber nicht Grund und Ursache desselben; vielmehr sei wegen der persönlichkeitsrechtlichen Grundlage generell vor staatlicher Erhebung und Verarbeitung von persönlichen Daten zu schützen.

<sup>204</sup> BVerfG, NJW 1988, 3009 (3009 f.).

<sup>205</sup> BVerfGE 84, 192 (194 f.).

<sup>206</sup> BVerfGE 100, 313 (358).

„Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung ist Teil des durch Artikel 2 Absatz 1 in Verbindung mit Artikel 1 Absatz 1 GG geschützten allgemeinen Persönlichkeitsrechts. Dem Schutz von Wert und Würde der Person als Mittelpunkt der grundgesetzlichen Ordnung dient das in Artikel 2 Absatz 1 in Verbindung mit Artikel 1 Absatz 1 GG gewährleistete allgemeine Persönlichkeitsrecht, das gerade auch im Hinblick auf moderne Entwicklungen und die mit ihnen verbundenen neuen Gefährdungen der menschlichen Persönlichkeit Bedeutung gewinnen kann.“<sup>207</sup>

Der Inhalt des Persönlichkeitsrechts umfasst „auch die aus dem Gedanken der Selbstbestimmung folgende Befugnis des Einzelnen, grundsätzlich selbst zu entscheiden, wann und innerhalb welcher Grenze persönliche Lebenssachverhalte offenbart werden [...].“<sup>208</sup>

„Individuelle Selbstbestimmung setzt aber – auch unter den Bedingungen moderner Informationsverarbeitungstechnologien – voraus, dass dem Einzelnen Entscheidungsfreiheit über vorzunehmende oder zu unterlassende Handlungen einschließlich der Möglichkeit gegeben ist, sich auch entsprechend dieser Entscheidung tatsächlich zu verhalten. [...] Mit dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung wäre eine Gesellschaftsordnung und eine dies ermöglichte Rechtsordnung nicht vereinbar, in der Bürger nicht mehr wissen können, wer was wann und bei welcher Gelegenheit über sie weiß.“<sup>209</sup>

In einer späteren Entscheidung zur Quellensteuer hat das Bundesverfassungsgericht zudem klargestellt, dass es sich bei dem durch Artikel 2 Absatz 1 in Verbindung mit Artikel 1 Absatz 1 GG verbürgten Schutz um einen „grundrechtlichen Datenschutz“ handelt.<sup>210</sup> In allen folgenden Urteilen wird es vom Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung sprechen.

---

<sup>207</sup> BVerfGE 65, 1 (41); das Bundesverfassungsgericht verweist insoweit auch auf: BVerfGE 54, 148 (153).

<sup>208</sup> BVerfGE 65, 1 (41).

<sup>209</sup> BVerfGE 65, 1 (41); ebenso: BVerfG, NJW 2006, 976 (979).

<sup>210</sup> BVerfGE 84, 239 (280).

### 3.2.1.2 Inhalt und Schutzbereich

Der Inhalt und Schutzbereich des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung umfasst als Freiheitsrecht zum einen Teil die Befugnis des Einzelnen, grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu bestimmen<sup>211</sup> und bewirkt damit zum anderen den Schutz des Einzelnen gegen unbegrenzte Erhebung, Speicherung, Verwendung und Weitergabe seiner persönlichen Daten.<sup>212</sup> Der Schutzbereich erfasst die Preisgabe und Verwendung der personenbezogenen Daten einer bestimmmbaren Person.<sup>213</sup> Dabei kann es heute als ganz unstreitig angesehen werden, dass es sich bei den durch die einzelnen genetischen Untersuchungsmethoden gewonnenen Daten um persönliche Daten des Untersuchten handelt.<sup>214</sup>

Das Bundesverfassungsgericht ist im Volkszählungsurteil von einer Unterscheidung des Schutzbereichs nach unterschiedlichen Schutzsphären abgerückt.<sup>215</sup> Die grundsätzliche Unterscheidung der Reichweite des Schutzbereichs nach harmlosen oder bedeutungsvollen, sensitiven oder weniger sensitiven Daten konnte demnach nicht mehr aufrechterhalten werden.<sup>216</sup> Zum Erfordernis des Personenbezuges hat das Bundesverfassungsgericht in einer weiteren Entscheidung präzisiert, dass der Schutzbereich des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung nicht nur die individualisierten, sondern auch die individualisierbaren Daten erfasst.<sup>217</sup> Der Schutzbereich umfasst damit inhaltlich nicht nur die Daten einer bestimmmbaren, individualisierten Person, sondern auch jene Einzelangaben, die eine bestimmte Person zwar nicht eindeutig identifizieren, deren Identität aber mit Hilfe an-

---

<sup>211</sup> BVerfGE 65, 1 (43); 78, 77 (84); 84, 192 (194); 84, 239 (279); 96, 171 (181); 103, 21 (32 f.); 113, 29 (46); 67, 100 (143); 115, 320 (341); BVerfG, NJW 2006, 976 (978 f.); BVerfG, NJW 2006, 1939 (1940); vergleiche dazu auch: *Bizer*, Seite 139.

<sup>212</sup> BVerfGE 65, 1 (43); 67, 100 (142).

<sup>213</sup> BVerfG, NJW 1988, 3009 (3009 f.)

<sup>214</sup> Eine ausführliche Untersuchung dieser Frage findet sich noch bei: *Stumper*, Seite 86 ff.

<sup>215</sup> BVerfGE 65, 1 (45).

<sup>216</sup> *Simitis*, NJW 1984, 398 (402).

<sup>217</sup> BVerfGE 67, 100 (144).

derer Informationen feststellbar ist.<sup>218</sup> Der Schutzbereich der personenbezogenen Daten ist daher in § 3 Absatz 1 BDSG beschrieben als Einzelangabe über persönliche oder sachliche Verhältnisse einer bestimmten oder bestimmbaren natürlichen Person, dem Betroffenen.

Aufgrund der ausdrücklichen Bezeichnung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung als Grundrecht<sup>219</sup> durch das Bundesverfassungsgericht kann kein Zweifel mehr daran bestehen,<sup>220</sup> dass dieses in seiner umfassenden Bedeutung zum gesicherten Grundrechtsbestand gezählt wird.<sup>221</sup>

Daneben kommt dem Informationellen Selbstbestimmungsrecht auch die Funktion eines objektiven Strukturprinzips in der Kommunikationsverfassung<sup>222</sup> zu, das als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts gilt und Richtlinien und Impulse für Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung gibt.<sup>223</sup> Diese auf eine den selbstbestimmten Informationsaustausch und eine freie demokratische Willensbildung abzielende Kommunikationsordnung<sup>224</sup> hat das Bundesverfassungsgericht jüngst noch einmal betont:<sup>225</sup>

„Mit dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung wäre eine Gesellschaftsordnung und eine diese ermöglichte Rechtsordnung nicht vereinbar, in der Bürger nicht mehr wissen können, wer was wann und bei welcher Gelegenheit über sie weiß. [...] Dies würde nicht nur die individuellen Entfaltungschancen des Einzelnen beeinträchtigen, sondern auch das Gemeinwohl, weil Selbstbestimmung eine elementare Funktionsbedingung eines auf Handlungs- und Mit-

---

<sup>218</sup> Vergleiche: BVerfG, NJW 1988, 962 (963); *Bizer*, Seite 151.

<sup>219</sup> Siehe: Leitsatz zu BVerfGE 65, 1.

<sup>220</sup> Kritisch zu dieser Entwicklung zum Beispiel: *Duttge*, Der Staat 1997, 281 ff.

<sup>221</sup> BVerfG, CR 1990, 798 (799); *Bizer*, Seite 138 mit weiteren Nachweisen.

<sup>222</sup> Siehe hierzu näher: *Roßnagel/Pfitzmann/Garstka*, Seite 45 ff.

<sup>223</sup> BVerfGE 39, 1 (41) für Grundrechte allgemein.

<sup>224</sup> Vergleiche: *Roßnagel/Pfitzmann/Garstka*, Seite 250; kritisch: *Ladeur*, DÖV 2009, 45 (49).

<sup>225</sup> BVerfG NJW 2006, 976 (979), so bereits auch: BVerfGE 65, 1 (43).

wirkungsfähigkeit seiner Bürger begründeten freiheitlich demokratischen Gemeinwesens ist“.<sup>226</sup>

Das Informationelle Selbstbestimmungsrecht bildet mit anderen Grundrechten einen zentralen Grundpfeiler einer freien Gesellschaftsordnung<sup>227</sup> und ist daher bei der Interpretation aller Rechtsnormen, insbesondere auch bei der Auslegung offener Normen des Privatrechts zu beachten.<sup>228</sup>

### **3.2.1.3 Das Recht auf Wissen und das Recht auf Nichtwissen**

Neben dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung haben sich zwei weitere Rechte – das Recht auf Wissen und das Recht auf Nichtwissen – herausgebildet, die in Deutschland als Bestandteil des informationellen Selbstbestimmungsrechts betrachtet werden.<sup>229</sup> Die Anerkennung der Rechte auf Wissen und Nichtwissen stellt eine Reaktion auf die Besonderheit der genetischen Information dar und weist vor allem auf die besondere Bedeutung zurück, die diese für das Selbstbild der Person haben können. Um ihres riskanten Charakters willen und der potentiell weit reichenden Folgen soll die Person selbst entscheiden können, ob es diese in ihr Selbstbild integrieren möchte oder nicht.

#### **3.2.1.3.1 Das Recht auf Wissen**

Das Recht auf Wissen hat seine Verankerung beispielsweise in Artikel 10 Absatz 2 des von der Bundesrepublik Deutschland noch nicht ratifizierten Übereinkommens über die Menschenrechte und Biomedizin gefunden. Aber auch ohne diese ausdrückliche Verankerung lassen

---

<sup>226</sup> Dies betont auch: BVerfGE 113, 29 (46); 115, 320 (355); BGBl. I 2008, Seite 541; siehe auch: *Roßnagel*, NJW 2008, 2547 (2549).

<sup>227</sup> BVerfGE 120, 378 Rn. 173; *Roßnagel*, Kennzeichenscanning, Seite 20; *Roßnagel/Pfitzmann/Garstka*, Seite 60; *Roßnagel/Laue*, DÖV 2007, 543 (545); kritisch: *Ladeur*, DÖV 2009, 45 (49).

<sup>228</sup> *Roßnagel*, Datenschutz im Alltag, Seite 110 f.

<sup>229</sup> Schmidt-Bleibtreu/*Hofmann*, Art 1 Rn. 51; in der internationalen Rechtsdiskussion wird überwiegend von einer Trias von Rechten gesprochen, siehe dazu: *Roßnagel/Trute*, Kapitel 2.5 Rn. 57; kritisch zur Zuordnung zum informationellen Selbstbestimmungsrecht in Deutschland: *Roßnagel/Trute*, Kapitel 2.5 Rn. 60.

sich im deutschen Verfassungsrecht entsprechende Wurzeln finden. Als Bestandteil der objektiv-rechtlichen Funktion des informationellen Selbstbestimmungsrechts ist es Grundlage des datenschutzrechtlichen Auskunftsanspruchs.<sup>230</sup> Diese verfahrensrechtliche Funktion der Grundrechte ist nicht auf das informationelle Selbstbestimmungsrecht beschränkt. Auch aus den übrigen materiellen Grundrechten lassen sich Rechte auf Information beispielsweise im Verwaltungsverfahren ableiten.<sup>231</sup> Aber auch außerhalb dessen können Grundrechte Rechte auf Informationen vermitteln.<sup>232</sup> Dies gilt nicht zuletzt für das allgemeine Persönlichkeitsrecht, das etwa mit dem Anspruch auf Kenntnis der eigenen Abstammung auch verfassungsrechtliche Anerkennung gefunden hat.<sup>233</sup> Dieses schützt die Grundbedingungen einer autonomen Lebensgestaltung, zu denen auch Ansprüche auf Informationen gehören können, wenn anders Persönlichkeitsbildung beziehungsweise Persönlichkeitsentfaltung nicht möglich ist.<sup>234</sup> Hier hat folglich auch das Recht auf Wissen, wie es im Zusammenhang mit der Erzeugung und Verwendung genetischer Informationen verstanden wird, seinen Ort, als Recht auf Erlangung der zugänglichen Informationen über die eigene genetische Konstitution.<sup>235</sup>

### **3.2.1.3.2 Das Recht auf Nichtwissen**

Die Entwicklung des Rechts auf Nichtwissen reagiert vor allem auf wirkliche oder vermutete Gefährdungslagen, die aus der Erzeugung und Verwendung genetischer Informationen stammen.<sup>236</sup> Es hat mittlerweile internationale Anerkennung gefunden in Artikel 10 Absatz 2

<sup>230</sup> Vergleiche nur: BVerfGE 100, 313 (361); dazu auch: *Jarass/Pieroth*, Art. 2 Rn. 67.

<sup>231</sup> *Kugelmann*, Seite 40 ff.

<sup>232</sup> *Kugelmann*, Seite 56 ff.

<sup>233</sup> BVerfGE 96, 56 (63); 79, 256 (268 f.); *Jarass/Pieroth*, Art. 2 Rn. 67; Schmidt-Bleibtreu/*Hofmann*, Art. 2 Rn. 32.

<sup>234</sup> Roßnagel/*Trute*, Kapitel 2.5 Rn. 58; AK-Podlech, Art. 2 Rn. 14; zum ganzen auch: *Trute*, VVDStRL 57 (1998), 249 ff.

<sup>235</sup> Roßnagel/*Trute*, Kapitel 2.5 Rn. 58.

<sup>236</sup> Ausführlich dazu: *Trute*, 2001, Kapitel E. I., Seite 309 ff.; siehe auch: *Maunz/Dürig/Herzog/Scholz/Di Fabio*, Art. 2 Abs. 1 Rn 192.

des Übereinkommens über die Menschenrechte und Biomedizin,<sup>237</sup> in Artikel 5 der UNESCO-Erklärung über das menschliche Genom und die Menschenrechte wie auch in einer Vielzahl anderer Rechtsordnungen.<sup>238</sup>

Das Recht auf Nichtwissen ist das Recht auf das Selbstbild der Person, auf die Bestimmungsbefugnis darüber, welche Informationen es aufzunehmen und in ihrem eigenen Lebensentwurf integrieren möchte.<sup>239</sup> Insoweit ist es ein Recht des Einzelnen auf Ignoranz. Es ist ein Recht darauf, von den Informationen „verschont“ zu bleiben,<sup>240</sup> nicht ein Recht darauf, dass auch andere diese Informationen weder erhalten noch verwenden.<sup>241</sup>

Die Gründung des Rechts auf Nichtwissen in dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht trägt den teilweise existentiellen Folgen einer genetischen Information für den Lebensentwurf des von ihr Betroffenen ebenso Rechnung wie den ethischen Dilemmata, in die der Wissende geraten kann und für die es einstweilen – beispielsweise bei den Rückwirkungen genetischer Informationen auf Familien und Lebensgemeinschaften – nur selten einfache Lösungen gibt.<sup>242</sup>

Damit ist allerdings ein gleichsam paradoxes Recht formuliert; denn seine Inanspruchnahme als Akt der Selbstbestimmung setzt bereits voraus, dass man in gewissem Umfang wissen muss, was man nicht wissen will. Nur dann kann ernsthaft von Selbstbestimmung die Rede sein. Es bedarf also der ausgestaltenden Einbettung in Informationspflichten, die es dem Einzelnen ermöglichen, sein Recht auf Nichtwis-

---

<sup>237</sup> Das Übereinkommen wurde von der Bundesrepublik bislang nicht ratifiziert, siehe dazu nur: Schmidt-Bleibtreu/*Hofmann*, Art. 1 Rn. 37.

<sup>238</sup> Roßnagel/*Trute*, Kapitel 2.5 Rn. 59 mit weiteren Nachweisen.

<sup>239</sup> Wegen des Selbstbildes kritisch zur Zuordnung zum informationellen Selbstbestimmungsrecht: Roßnagel/*Trute*, Kapitel 2.5 Rn. 60; andere Auffassung aber beispielsweise: *Stumper*, Seite 123 ff. sowie 126 ff.

<sup>240</sup> *Stumper*, Seite 131 ff.

<sup>241</sup> Letzteres ist im Übrigen wieder unstreitig als Bestandteil des informationellen Selbstbestimmungsrechts zu behandeln.

<sup>242</sup> Siehe dazu nur: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz/*Di Fabio*, Art. 2 Rn 192.

sen spezifischer Informationen überhaupt verantwortlich ausüben zu können, soll es mehr sein als ein Recht auf passive Ignoranz.

Durch dieses Zusammenspiel, dass der Betroffene durch Informati-onspflichten in einem gewissen Umfang weiß, was er nicht wissen will, und dem unbestreitbar schützenswerten Interesse des Einzelnen, nicht mehr über sich selbst wissen zu müssen, als er selbst will,<sup>243</sup> lässt sich auch der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts im Volkszählungsurteil gerecht werden; denn das Recht auf informatio-nelle Selbstbestimmung bezieht sich, wie es vom Bundesverfassungs-gericht begründet worden ist, auf das Rechtsverhältnis gegenüber Dritten. Der Einzelne soll grundsätzlich Kenntnis davon nehmen kön-nen, „wer was wann und bei welcher Gelegenheit“ über ihn weiß.<sup>244</sup> Das setzt zwangsläufig die eigene Kenntnis des Betroffenen über den jeweils maßgeblichen Umstand voraus.

Das Recht des Einzelnen auf seine Daten kann die eigene Person aber nicht ausklammern, sondern ist gerade abhängig von ihr und ihren Entscheidungen über die eigenen Daten. So wie sie von persönlichen Daten Kenntnis nehmen mag, muss es ihr auch möglich sein, auf eine Kenntnisnahme bestimmter Umstände zu verzichten. Es entspricht dem Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen,<sup>245</sup> ob er in seine Zukunft blicken will oder nicht.<sup>246</sup> Die „Herrschaft“ des Einzelnen über „seine Daten“<sup>247</sup> ist daher auch in dem Sinne zu verstehen,<sup>248</sup> dass er auf die Kenntnisnahme der konkreten Daten verzichten kann, wenn er das Abstraktum kennt.<sup>249</sup>

---

<sup>243</sup> Vergleiche dazu auch: *Donner/Simon*, DÖV 1990, 907 (912).

<sup>244</sup> BVerfG, NJW 1984, 419 (422).

<sup>245</sup> Vergleiche: *Wiese*, Festschrift, Seite 484; Erster Bericht des Arbeitskreises „Genfor-schung“, Seite 218.

<sup>246</sup> *Menzel*, NJW 1989, 2041 (2042); *Schmidt-Bleibtreu/Hofmann*, Art. 1 Rn. 51.

<sup>247</sup> BVerfG, NJW 1984, 419 (422).

<sup>248</sup> Siehe auch: *Deutsch*, VersR 1991, 1205 (1207).

<sup>249</sup> Daher kommt es im Ergebnis auch auf eine umfassende vorherige Information des Be-troffenen für die Wirksamkeit der datenschutzrechtlichen Einwilligung an.

### 3.2.1.4 Eingriffsmöglichkeiten und deren Rechtfertigung

Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht schrankenlos gewährleistet, sondern muss Einschränkungen im überwiegenden Allgemeininteresse hinnehmen, welche allerdings ihrerseits den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten haben.<sup>250</sup> Zur Rechtfertigung eines Eingriffs in den Schutzbereich des informationellen Selbstbestimmungsrechts bedarf es daher einer gesetzlichen Grundlage.<sup>251</sup> Wurde seinerzeit, als das Bundesverfassungsgericht das informationelle Selbstbestimmungsrecht noch nicht entwickelt hatte, zur Beschränkung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts noch Artikel 2 Absatz 2 Satz 3 GG herangezogen,<sup>252</sup> so leitet das Bundesverfassungsgericht seit dem bereits mehrfach zitierten Volkszählungsurteil die Schranken des informationellen Selbstbestimmungsrechts aus Artikel 2 Absatz 1 GG ab,<sup>253</sup> wenngleich es diese deutlich enger fasst.

Das Bundesverfassungsgericht führt zu der Möglichkeit der Einschränkung auf gesetzlicher Grundlage aus:<sup>254</sup>

„Die Beschränkungen bedürfen nach Artikel 2 Absatz 1 GG<sup>255</sup> [...] einer verfassungsmäßigen gesetzlichen Grundlage, aus der sich die Voraussetzungen und der Umfang der Beschränkung klar und für den Bürger erkennbar ergeben und die damit dem rechtstaatlichen Gebot der Normenklarheit entspricht.<sup>256</sup> Bei seinen Regelungen hat der Gesetzgeber den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten. Auch

---

<sup>250</sup> BVerfGE 65, 1 (43 f.).

<sup>251</sup> BVerfGE 78, 77 (85); *Tinnefeld/Ehmann/Gerling*, Seite 34. Daher ist in allen Normen, die dem Staat oder Dritten die Verarbeitung erlauben, eine Eingriffsermächtigung in Bezug auf das informationelle Selbstbestimmungsrecht zu sehen.

<sup>252</sup> Vergleiche: BVerfGE 32, 373 (379); 34, 238 (246).

<sup>253</sup> BVerfGE 78, 77 (85); siehe dazu auch: *Jarass*, NJW 1989, 857 (861) mit weiteren Nachweisen.

<sup>254</sup> BVerfGE 65, 1 (44).

<sup>255</sup> Das Bundesverfassungsgericht leitet die Eingriffsmöglichkeiten insoweit aus Artikel 2 Abs. 1 GG ab.

<sup>256</sup> Das Bundesverfassungsgericht verweist insoweit auf: BVerfGE 45, 400 (420) mit weiteren Nachweisen.

hat er organisatorische und verfahrensrechtliche Vorkehrungen zu treffen, welche der Gefahr einer Verletzung des Persönlichkeitsrechts entgegen wirken.“<sup>257</sup>

Die wirksame Einwilligung des Betroffenen ersetzt das Erfordernis einer gesetzlichen Ermächtigungsnorm.

Es eröffnen sich zwei Möglichkeiten, wie das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung eingeschränkt werden kann. Zum einen könnte der Gesetzgeber eine gesetzliche Grundlage erlassen, mit deren Hilfe genetische Daten beim Betroffenen auch ohne dessen Einwilligung und sogar gegen dessen Willen erhoben werden können. Zum anderen könnte der Gesetzgeber aber auch eine Norm schaffen, nach der die betroffene Person ihre genetischen Daten nicht preisgeben darf, die datenschutzrechtliche Einwilligung also keine rechtfertigende Wirkung für die verantwortliche Stelle entfaltet.

Denkbar ist allerdings auch, dass für genetische Daten eine absolute Eingriffsschranke besteht. In diesem Fall würden genetische Daten nicht unter den Gesetzesvorbehalt des informationellen Selbstbestimmungsrechts fallen, was zur Folge hätte, dass entsprechende Eingriffsregelungen schon aus diesem Grunde unzulässig wären. Eine zwangsweise Erhebung genetischer Daten wäre damit ausgeschlossen.

### 3.2.1.4.1 Sphärentheorie

Zunächst wäre es möglich, ein solches Eingriffsverbot aus der seinerzeit vom Bundesgerichtshof entwickelten<sup>258</sup> und zunächst vom Bundesverfassungsgericht übernommenen<sup>259</sup> so genannten Sphärentheorie anzunehmen; denn das Bundesverfassungsgericht hat das informationelle Selbstbestimmungsrecht unter anderem als eine spezielle Ge-

---

<sup>257</sup> BVerfGE 65, 1 (Leitsatz Nr. 2).

<sup>258</sup> BGHZ 13, 334 (338); 24, 72 (76 ff.); 26, 349 (349); 27, 284 (285 ff.); 30, 7 (11); 39, 124 (124).

<sup>259</sup> BVerfGE 6, 41 (41); 27, 1 (4 ff.); 27, 344 (350); 32, 373 (379); 33, 367 (378); 34, 205 (208); 34, 269 (269); 35, 202 (220); 44, 353 (372); 54, 148 (153, 155); 54, 208 (217); 56, 37 (41 ff.); 63, 131 (142 ff.).

währleistung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Artikel 2 Absatz 1 GG geschaffen.<sup>260</sup>

Früheren Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts nach wäre zwischen einem unantastbaren Bereich privater Lebensgestaltung<sup>261</sup> als mit seinem Menschenwürdekern identischen Wesensgehalt des Grundrechts,<sup>262</sup> in den ein Eingriff auch nicht unter Heranziehung des Verhältnismäßigkeitsprinzips zulässig sein soll,<sup>263</sup> und einem Bereich privater Lebensgestaltung, der im überwiegenden Allgemeininteresse einschränkbar ist,<sup>264</sup> und einer Sozialsphäre, die Eingriffen gegenüber noch zugänglicher ist,<sup>265</sup> zu unterscheiden.<sup>266</sup>

Aufgrund der Schwierigkeiten, die einzelnen Sphären klar von einander abzugrenzen, war diese Sphärenlehre in der juristischen Literatur von Anfang an umstritten<sup>267</sup> und kann letztlich mit dem Volkszählungsurteil des Bundesverfassungsgerichts auch in der Rechtsprechung als überwunden angesehen werden. In diesem Urteil führt das Bundesverfassungsgericht aus:

„Wieweit Daten sensibel sind, kann hiernach nicht allein davon abhängen, ob sie intime Vorgänge betreffen. Vielmehr bedarf es zur Feststellung der persönlichkeitsrechtlichen Bedeutung eines Datums der Kenntnis seines Verwendungszusammenhangs.“<sup>268</sup>

Diese Feststellung des höchsten deutschen Gerichts bedeutet in seiner Konsequenz, dass es „kein belangloses Datum“<sup>269</sup> mehr gibt; denn bereits Daten aus der ehemals weniger schutzbedürftigen Sozialsphäre können aufgrund ihres Verwendungszusammenhangs zu einer Gefahr

---

<sup>260</sup> *Tinnefeld/Ehmann/Gerling*, Seite 19.

<sup>261</sup> BVerfGE 27, 1 (6); 27, 344 (350); 32, 373 (379); 34, 238 (245).

<sup>262</sup> Zum Wesensgehalt siehe: BVerfGE 27, 344 (350 f.); 32, 373 (379).

<sup>263</sup> BVerfGE 34, 238 (245).

<sup>264</sup> BVerfGE 27, 344 (351 f.); 34, 238 (248).

<sup>265</sup> BVerfGE 10, 354 (371); 48, 227 (234).

<sup>266</sup> Dazu insgesamt auch: Schmidt-Bleibtreu/*Hofmann*, Art 2 Rn. 28; v. Mangoldt/*Starck*, Art 2 Abs. 1 Rn. 89.

<sup>267</sup> Vergleiche die Nachweise bei: *Störmer*, Jura 1991, 17 (19) Fn. 41.

<sup>268</sup> BVerfGE 65, 1 (45); BVerfG, NJW 2007, 2464 (2466); BVerfG, BGBl. I 2008, Seite 541.

<sup>269</sup> BVerfGE 65, 1 (45).

für das informationelle Selbstbestimmungsrecht werden.<sup>270</sup> Jedem Datum haftet damit ein Gefährdungspotential für das informationelle Selbstbestimmungsrecht an.<sup>271</sup> Dem widerspricht auch nicht die Unterscheidung zwischen „normalen“ und sensitiven Daten. Zwar werden an deren Verarbeitung höhere Hürden gestellt. Gleichwohl bleibt es dabei, dass die Gefährdung sich erst aus dem Verwendungszusammenhang ergibt und der Klassifikation der Daten insoweit nur eine Indizwirkung zukommt.

### **3.2.1.4.2 Unantastbarer Kernbereich des informationellen Selbstbestimmungsrechts**

Auch wenn man die Sphärentheorie als überwunden ansieht, könnten genetische Daten aber in einem absolut geschützten Kernbereich des informationellen Selbstbestimmungsrechts liegen, dessen Schutz sich aus der Garantie der Menschenwürde in Art. 1 Absatz 1 GG ergibt, und wären damit vor jeglichem Zugriff geschützt.<sup>272</sup> Selbst überwiegende Interessen der Allgemeinheit können einen Eingriff in diesen Bereich des Grundrechts nicht rechtfertigen.<sup>273</sup> Um diesen Kernbereich des informationellen Selbstbestimmungsrechts abzugrenzen, verwendet das Bundesverfassungsgericht das Kriterium des Sozialbezugs.<sup>274</sup> Dieses Differenzierungskriterium hat das Bundesverfassungsgericht aus dem „Menschenbild des Grundgesetzes“ entwickelt, dass nicht das eines „isolierten souveränen Individuums“ sei.<sup>275</sup>

Wann es allerdings an diesem Sozialbezug fehlt, ist nicht immer einfach und eindeutig zu bestimmen. Auch die Rechtsprechung hat nur

<sup>270</sup> BVerfG, NJW 2007, 2464 (2466); BVerfG, BGBl. I 2008, Seite 298.

<sup>271</sup> Tinnefeld/Ehmann/Gerling, Seite 34.

<sup>272</sup> BVerfGE 6, 32 (41); 27, 1 (6); 32, 373 (378 f.); 34, 238 (245); 80, 367 (373); 109, 279 (313); 113, 348 (390); BVerfG, BGBl I 2008, Seite 298.

<sup>273</sup> Vergleiche: BVerfGE 34, 238 (245); 109, 279 (313); BVerfG, BGBl. I. 2008, Seite 298.

<sup>274</sup> BVerfGE 80, 367 (373); insoweit kann mit Recht davon gesprochen werden, dass die Sphärentheorie zumindest in diesen Bereichen fortlebt, siehe: Stumper, Seite 98 f.; aus diesem Grund nur von einer Relativierung der Sphärentheorie spricht: Rose, Seite 115.

<sup>275</sup> BVerfGE 4, 7 (15); 6, 389 (433); 45, 187 (227); kritisch dazu: AK-Podlech, Art. 2 I Rn. 38, der den Sozialbezug für den Grund des Grundrechtsschutzes und nicht für den Grund der Eingriffsbefugnis des Staates hält.

in seltenen Fällen einen Sozialbezug abgelehnt und damit Beispiele für den Kernbereich eines Grundrechts geliefert.<sup>276</sup> In seiner Entscheidung zum so genannten „Großen Lauschangriff“ hat das Bundesverfassungsgericht ausgeführt, dass die Zuordnung eines Sachverhalts zum unantastbaren Bereich privater Lebensgestaltung oder zum Sozialbereich nicht danach vorgenommen werden könne, ob eine soziale Bedeutung oder Beziehung überhaupt bestehe; entscheidend sei vielmehr, welcher Art und wie intensiv diese im konkreten Fall sei.<sup>277</sup> Im Fall der akustischen Wohnraumüberwachung entfalle der Sozialbezug daher nicht nur, wenn sich der Betroffene allein in der Wohnung aufhalte, sondern auch, wenn er sich dort ausschließlich mit Personen aufhält, zu denen er in einem besonderen Vertrauensverhältnis steht – wie etwa mit Familienangehörigen oder sonstigen engsten Vertrauten. Positiv formuliert, sei jedenfalls typischerweise ein Sozialbezug dann anzunehmen, wenn es sich um in Betriebs- oder Geschäftsräumen geführte Gespräche handelt.<sup>278</sup>

Diese Linie hat das Bundesverfassungsgericht in der Folge auch in seiner Entscheidung zur „Online-Durchsuchung“ fortgesetzt;<sup>279</sup> denn im Rahmen eines heimlichen Zugriffs auf ein informationstechnisches System bestehe die Gefahr, dass die staatliche Stelle persönliche Daten erhebt, die dem Kernbereich zuzuordnen sind. Der Betroffene könne sein System nämlich dazu nutzen, Dateien höchstpersönlichen Inhalts, etwa tagebuchartige Aufzeichnungen oder private Film- oder Tondokumente, anzulegen und zu speichern. Solche Dateien könnten ebenso wie etwa schriftliche Verkörperungen des höchstpersönlichen Erlebens<sup>280</sup> einen absoluten Schutz genießen. Zudem könne das System, soweit es telekommunikativen Zwecken dient, zur Übermittlung von

---

<sup>276</sup> BVerfGE 34, 228 (245 f., 248) für Tonbandaufnahmen von Geschäftsgesprächen; Bay-ObLG, NJW 1979, 2624 ff. für persönliche Tagebücher.

<sup>277</sup> So bereits: BVerfGE, 80, 367 (374).

<sup>278</sup> BVerfGE 109, 279 (313); vergleiche auch: BVerfGE 34, 238 (248).

<sup>279</sup> BVerfG, BGBl. I 2008, Seite 298.

<sup>280</sup> Dazu: BVerfGE 80, 367 (373 ff.); 109, 279 (319).

Inhalten genutzt werden, die gleichfalls dem Kernbereich unterfallen könnten.<sup>281</sup>

Staatliche Maßnahmen wie die akustische Wohnraumüberwachung oder die Online-Durchsuchung sind damit allenfalls möglich, wenn durch besondere Vorkehrungen der Kernbereich der privaten Lebensgestaltung geschützt werden kann.

Ein Sozialbezug sei hingegen nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts immer dann anzunehmen, wenn der Einzelne durch sein Wesen oder Verhalten auf andere einwirkt und dadurch die persönliche Sphäre von Mitmenschen oder Belange des Gemeinschaftslebens berührt.<sup>282</sup> In diesem Sinne wird für genetische Daten in Teilen der juristischen Literatur ein Sozialbezug bereits dann angenommen, wenn durch die Verarbeitung genetischer Daten gesundheitliche Gefahren für den Betroffenen oder Dritte abgewendet werden können<sup>283</sup> oder die Einschätzung finanzieller Risiken von ihr abhängt.<sup>284</sup> Fehlt ein solcher Sozialbezug, sollen sie indes der Intimsphäre zugehören.<sup>285</sup>

Damit wird allerdings deutlich, dass sich der Sozialbezug im Allgemeinen wie auch bei genetischen Daten weniger aus einem feststehenden, bereits definierten Persönlichkeitskern ergibt, sondern wiederum vielmehr aus ihrer jeweiligen konkreten Verwendung. Insoweit spiegelt sich der Grundsatz des Volkszählungssurteils wider, dass es keine belanglosen Daten gibt und auf den jeweiligen Verwendungszusammenhang abzustellen ist.

Sofern man auf den jeweiligen Verwendungszusammenhang abstellt, definiert man den Schutzbereich nicht absolut, sondern durch den konkreten Eingriff. Soweit sich diese Methodik auf den Menschen-

---

<sup>281</sup> Vergleiche: BVerfGE 113, 348 (390).

<sup>282</sup> BVerfGE 35, 202 (220); 44, 372 (372); 56, 48 (48); 79, 268 (268); 80, 367 (374); 109, 279 (313); kritisch wohl: Schmidt, Seite 61.

<sup>283</sup> Deutsch, NZA 1989, 657 (660); ebenso: Simon, MDR 1991, 5 (13).

<sup>284</sup> Deutsch, ZRP 1986, 1 (49); Alexander/Fischer, VersWirtsch 1991, 494 (499 f.)

<sup>285</sup> Rose, Seite 126 und 131.

würdegehalt eines Grundrechts beschränkt, spiegelt dies die Auffassung wider, dass die Menschenwürde vom Verletzungsvorgang her zu definieren ist.<sup>286</sup> Damit kann eine Einschränkung eines Grundrechts nicht weiter gehen, als dies die Menschenwürde selbst zulässt; das gilt auch dann, wenn die Menschenwürde in anderen Grundrechten wieder erscheint. Gemeint ist damit die Deckung des Menschenwürdegehalts im allgemeinen und besonderen Persönlichkeitsrecht. Die Menschenwürde muss folglich zumindest teilidentisch mit dem Kernbereich des Persönlichkeitsrechts sein,<sup>287</sup> auch wenn es unklar ist, wie dieses Deckungsverhältnis aussieht und wie weit der indisponible Teil des Persönlichkeitsrechts reicht.

### 3.2.1.4.2.1 Die Würde des Menschen

Eine absolute Eingriffsschranke in das informationelle Selbstbestimmungsrecht könnte sich deshalb auch aus einer Verletzung des Menschenwürdegehalts des informationellen Selbstbestimmungsrechts ableiten lassen.

Das Grundgesetz schützt die Würde des Menschen in Artikel 1 Absatz 1 GG.<sup>288</sup> Die nationalsozialistischen Gewaltverbrechen von 1933 bis 1945 vor Augen hat der „Parlamentarische Rat“ an den Anfang des Grundrechtskatalogs das Bekenntnis zur Menschenwürde gestellt.<sup>289</sup> Entsprechend dieser Stellung formulierte das Bundesverfassungsgericht schon früh:<sup>290</sup> „In der freiheitlichen Demokratie ist die Würde des Menschen der oberste Wert“. Mit dieser Stellung der Würde des Men-

---

<sup>286</sup> Vitzthum, JZ 1985, 201 (203); vergleiche dazu auch: Brandner, JZ 1983, 689 (690); Simitis, NJW 1984, 398 (400), die beide den Vergleich zum Eigentumsrecht ziehen.

<sup>287</sup> Rose, Seite 118.

<sup>288</sup> Wegen proklamatorischer Unbestimmtheit, wegen der in Artikel 1 Absatz 3 GG statuierten Bindung der öffentlichen Gewalt an „die nachfolgenden Grundrechte“ und weil deren Schutz ohnehin lückenlos sei, wird gelegentlich die Auffassung vertreten, Artikel 1 Absatz 1 GG stelle kein Grundrecht dar, vergleiche dazu: Dreier/Dreier., Art. 1 Abs. 1 Rn. 71 f.

<sup>289</sup> Zudem ist der Schutz der Menschenwürde wegen Artikel 79 Absatz 3 GG auch nicht durch eine Verfassungsänderung antastbar. Artikel 79 Absatz 3 GG wird demnach auch „Ewigkeitsklausel“ genannt.

<sup>290</sup> BVerfGE 5, 85 (204).

schen an der Spitze der gesamten deutschen Verfassung wird zudem auch zum Ausdruck gebracht, dass der Staat um des Menschen willen und nicht der Mensch um des Staates willen da ist.<sup>291</sup> Insbesondere das System der Grundrechte findet seinen Mittelpunkt in der innerhalb der sozialen Gemeinschaft sich frei entfaltenden menschlichen Persönlichkeit und ihrer Würde.<sup>292</sup> Auf sie lassen sich nicht nur die vielfältigen Freiheiten der menschlichen Persönlichkeit beziehen und zurückführen, sondern auch der Gedanke, dass alle Menschen gleiche Würde haben<sup>293</sup> und gleichwertig sind, dass also niemand diskriminiert werden darf.

Eine besondere Schwierigkeit der Menschenwürde liegt dabei in der Bestimmung ihres sachlichen Schutzbereichs oder Schutzgutes; denn die Menschenwürde ist ein Begriff, auf dem zweieinhalbtausend Jahre Philosophiegeschichte lasten und jeder Versuch, sich dem Schutzbereich der Menschenwürde zu nähern, unweigerlich einer bestimmten philosophischen Tradition folgt.

### **3.2.1.4.2.2 Das Schutzgut „Würde des Menschen“**

Auch sechzig Jahren nachdem sich das deutsche Volk das Grundgesetz gegeben hat, besteht immer noch ein großes Defizit an terminologischer Aufarbeitung des verfassungsrechtlichen Würdebegriffs. Bis-her hat man sich – und praktisch konnte man das eben zumeist – damit begnügt, Normverletzungen von den Eingriffshandlungen, dem

---

<sup>291</sup> Maunz/Zippelius, Seite 170.

<sup>292</sup> BVerfGE 7, 198 (205); 45, 187 (227).

<sup>293</sup> BVerfGE 87, 209 (228) bestätigt wiederholend, dass jeder Mensch Träger der Menschenwürde ist, unabhängig von seinen Eigenschaften, seinen Leistungen oder gar seinem sozialen Status.

möglichen „Antasten“ her, festzumachen.<sup>294</sup> Die Rechtsprechung bedient sich insoweit vielfach einer additiven Beispieltechnik derart, dass „Diffamierung, Diskriminierung, Erniedrigung, Brandmarkung, Verfolgung, Ächtung, Entrechtung und grausame Bestrafung verboten seien.“<sup>295</sup>

Es wurden verschiedene Falltypen entwickelt, bei deren Vorliegen unstreitig von einer Herabwürdigung ausgegangen werden kann. Und nähere Präzisierungen waren schon deshalb meist verzichtbar, weil die inkriminierten Gesetzesvorschriften und Hoheitsakte gleichzeitig andere, benannte Freiheitsrechte oder auch ein Gleichheitsgrundrecht verletzten. Das Verfassungswidrigkeitsattest wegen der Verletzung der Menschenwürde war da gewissermaßen nur Zugabe.<sup>296</sup>

Nun ist es nicht Gegenstand dieser Arbeit, die so lange vermisste Definition der Menschenwürde zu liefern, sofern das überhaupt möglich ist.<sup>297</sup> Letztlich wird man es aber bei allen philosophischen<sup>298</sup> und juristischen Bemühungen<sup>299</sup> möglicherweise dabei belassen müssen, die Würde des Menschen allein durch die möglichen Eingriffsarten zu umkreisen: Danach umfasst der Schutzbereich der Menschenwürde jedenfalls den Schutz davor, zum bloßen Objekt staatlichen Handels degradiert zu werden.<sup>300</sup> Dieser Schutz der Menschenwürde gilt abso-

---

<sup>294</sup> BVerfGE 30, 1 (25); 109, 279 (312); ebenso: Sachs/*Höfling*, Art. 1 Rn. 14. Es dürfte sich nunmehr wohl um eine anerkannte Besonderheit der Menschenwürde handeln, dass sich ein Eingriff eben gerade nicht generell und abstrakt, sondern nur am konkreten Fall messen lässt. Unter welchen Umständen die Menschenwürde verletzt ist, hängt nicht zuletzt von dem zivilisatorischen und kulturellen Gesamtzustand einer Gesellschaft ab, welcher unterschiedliche Vorstellungen und Verwirklichungen der Würde des Menschen bedingt. Dazu gehört auch, dass der Begriff der Menschenwürde – selbst wenn es gelänge, ihn umfassend zu definieren – dem Wandel der Zeit unterworfen ist. Vergleiche insoweit: *Pieroth/Schlink*, Rn. 353.

<sup>295</sup> Vergleiche: BVerfGE 1, 332 (347 f.); ähnlich: BVerfGE 102, 347 (367).

<sup>296</sup> *Schmidt-Jortzig*, Seite 25.

<sup>297</sup> Zutreffend spricht *Kaufmann* davon, dass, was man hier bei einer scheinbar logischen Herleitung in Wahrheit tue, meist nur „eine Subsumtion unter das eigene Verständnis von Menschenwürde“ sei; vergleiche: *Kaufmann/Prantl*, Seite 10.

<sup>298</sup> Kritisch zum Rückgriff auf philosophische Lehren: v. Mangoldt/*Starck*, Art. 1 Rn. 4; Dreier/*Dreier*, Art. 1 Rn. 1 ff.

<sup>299</sup> Zu diesen vergleiche beispielhaft: *Schmidt-Jortzig*, DÖV 2001, 925 (927);

<sup>300</sup> BVerfGE 9, 89 (95); 57, 250 (275).

lut; ihr Schutz ist also unabhängig davon, ob der einzelne Betroffene seine Behandlung als menschenunwürdig betrachtet oder nicht.<sup>301</sup>

### 3.2.1.4.2.3 Unantastbarkeit der Würde des Menschen

Es geht beim Verbot des Antastens um den konkreten Schutz für konkrete Menschen,<sup>302</sup> nicht also abstrakt um Menschenwürde überhaupt oder allgemein um die Würde der Menschheit.<sup>303</sup> Wo immer dann jedoch ein Antasten, also Verletzungen der Menschenwürde auszumachen sind, steht ein Verstoß gegen Artikel 1 Absatz 1 GG definitiv fest; denn eben dieses Anrühren und Infragestellen als solches ist normativ unverrückbar untersagt. Nun irgendwelche Abwägungen noch anzustellen, bleibt ausgeschlossen.<sup>304</sup> Selbst ein abgestufter Würdeschutz je nach Würdezentralität seines Achtungsanspruchs oder nach Tiefe beziehungsweise Grundsätzlichkeit der Verletzungshandlungen ist nicht möglich.

### 3.2.1.4.2.4 Der Grundsatz der Spezialität der Grundrechte

Die Stellung des Artikels 1 Absatz 1 GG im Gefüge der Verfassung macht deutlich, dass der Rekurs auf die Garantie der Menschenwürde die „verfassungsrechtliche Notbremse“<sup>305</sup> ist. Er darf insofern nicht bereits stattfinden, wenn sich das mittelbare Anspruchssystem insoweit bewährt, als Gefährdungen mit speziellen Grundrechtsgarantien begegnet werden kann.

---

<sup>301</sup> Insbesondere: BVerwGE 64, 274 (279) „Peepshow“, kritisch: v.Münch/Kunig/ *v.Münch*, Art. 1 Rn 19 und 39.

<sup>302</sup> Nur so ist auch das Vorgehen des Bundesverfassungsgerichts schlüssig, eine mögliche Verletzung der Menschenwürde immer von den in Frage stehenden Eingriffshandlungen her zu prüfen. Ausdrücklich BVerfGE 30, 1 (25): „Unter welchen Umständen die Menschenwürde verletzt sein kann [...] lässt sich nicht generell sagen, sondern immer nur in Ansehung des konkreten Falles.“ Dazu auch: Schmidt-Jortzig, DÖV 2001, 925 (930) mit weiteren Nachweisen.

<sup>303</sup> Zur Diskussion, die Würde der Menschheit insgesamt zu schützen, vergleiche die Darstellung bei Dreier/*Dreier*, Art. 1 Rn. 116 ff., der eine solche Erweiterung ablehnt.

<sup>304</sup> Sachs/*Höfling*, Art 1 Rn. 17.

<sup>305</sup> Vitzthum, JZ 1985, 201 (209).

Die Beurteilung der Gefährdungslage am Maßstab des spezielleren Grundrechts ermöglicht die ausgleichende Zusammenordnung mit anderen grundrechtlich garantierten individuellen Freiheitsräumen.<sup>306</sup> Der vorschnelle Rückzug auf die Würde des Menschen dagegen würde diese abwägende Interdependenz empfindlich stören.<sup>307</sup> Die Einschlägigkeit des konkreten Grundrechts, das heißt die Bejahung des Normbereichs, eröffnet das Tor für eine Abwägung, während die Menschenwürde diese Abwägung in die Analyse des Normbereichs mit dem Zwang zu einem unflexiblen Ja oder Nein verlagert.<sup>308</sup>

Steht der Gehalt eines Grundrechts bereits der Verarbeitung genetischer Daten zwingend entgegen, so verbietet sich der unmittelbare Rückgriff auf die Würde des Menschen. Gleichwohl kann der Gehalt der Menschenwürde zur Konkretisierung des spezielleren Grundrechtsgehalts herangezogen werden.

### **3.2.1.4.3 Anwendung auf das genetische Datum**

Ohne Zweifel beinhaltet die Verarbeitung genetischer Daten die Gefahr der Verletzung der Menschenwürde. Eine solche Verletzung besteht grundsätzlich aber nicht, wenn die betroffene Person freiwillig der Verarbeitung ihrer Daten zustimmt und zustimmen darf.

Ihre Grenzen findet die Ausübung des informationellen Selbstbestimmungsrechts erst dann, wenn sie den unantastbaren Würdekern des Grundrechts berührt, gleichsam die durch die Menschenwürde definierte abstrakte Obergrenze erreicht wird.<sup>309</sup> Insoweit fungiert die

---

<sup>306</sup> Vergleiche: *Cramer*, Seite 28; ebenso: *Enders*, EuGRZ 1986, 241 (246 und 252): „[...] je weiter vom Grundsatz der Menschenwürde zu konkreten Problemen herabgestiegen wird, desto mehr geht es um die normative Ein- und Zuordnung von Lebenssachverhalten, die dann eine Abwägung der konfliktierenden normativen Gesichtspunkte, schließlich eine Entscheidung erfordern.“; *Blankenagel*, KJ 1987, 379 (388); *Vollmer*, Seite 89.

<sup>307</sup> *Enders*, EuGRZ 1986, 241 (252).

<sup>308</sup> *Schmidt*, Seite 60; *Blankenagel*, KJ 1987, 379 (388); *Stockter*, Seite 479; *Dreier/Dreier*, Art 1 Abs. 1 Rn. 77; zur Unantastbarkeit: v. *Mangoldt/Starck*, Art 1 Rn 33 ff.

<sup>309</sup> BVerfGE 27, 1 (7); 65, 1 (53); siehe auch: *Jandt/Laue*, K&R 2006, 316 (319).

Würde als Garantin und Grenze der Autonomie zugleich.<sup>310</sup> Obwohl die Menschenwürde gerade die Entscheidung, seine Daten preiszugeben schützt, begrenzt sie den Freiheitsgebrauch, wenn die damit verbundene Missachtung des Betroffenen eine erhebliche Intensität erreicht und damit gleichsam für die Rechtsordnung unerträglich ist.<sup>311</sup> Nur in seltenen Fällen haben deutsche Gerichte eine solche Intensität angenommen, so beispielsweise in den Entscheidungen zur „Peep-Show“,<sup>312</sup> zum „Zwergenweitwurf“<sup>313</sup> und zum „Laserdrome“.<sup>314</sup>

Dem Grundgedanken dieser Entscheidungen folgend, dass die Möglichkeit der Einwilligung jedenfalls, aber eben auch nur dann ihre Grenzen findet, wenn die Intensität der Missachtung objektiv unerträglich wird und damit die Würde des Menschen als objektiver unverfügbarer Wert verletzt ist, stellt auch die zwangsweise Erhebung und Verarbeitung genetischer Daten nicht automatisch eine Beeinträchtigung der Würde des Menschen dar, wenngleich die Grenze früher als bei der freiwilligen Einwilligung gezogen werden muss.<sup>315</sup> Ob die zwangsweise Erhebung eine würderelevante Intensität erreicht, ist im Einzelfall festzustellen.

Deswegen ist hier auf den Verwendungszusammenhang und auch den Umfang der Datenverarbeitung abzustellen. Erst wenn der Betroffene nämlich nicht mehr als Mensch mit einer bestimmten Veranlagung oder einem bestimmten genetischen Identifizierungsmuster, sondern nur noch als Gesamtheit seiner Gene gesehen wird, mit anderen Worten auf diese rein naturwissenschaftliche Ebene reduziert wird, ist eine Verletzung der Menschenwürde durch eine zwangsweise Verarbeitung seiner genetischen Daten verletzt.<sup>316</sup>

---

<sup>310</sup> Schwenke, Seite 224.

<sup>311</sup> Jandt/Laue, K&R 2006, 316 (319).

<sup>312</sup> BVerwGE 64, 274 (279).

<sup>313</sup> VG Neustadt a.d.W., NVwZ 1993, 98 (99).

<sup>314</sup> BVerwGE 115, 189 (200).

<sup>315</sup> Jandt/Laue, K&R 2006, 316 (319).

<sup>316</sup> Vergleiche: Sachs/Höfling, Art 1 Rn. 45.

Ohne Zweifel gibt es Daten, denen für den Betroffenen ein größeres Gefährdungspotential innewohnt als anderen, wenngleich auch bei diesen auf den jeweiligen Verwendungszusammenhang abzustellen ist. Das gilt insbesondere für das genetische Datum. Diesem Umstand trägt die Einordnung von bestimmten Daten in unterschiedliche Schutzkategorien Rechnung. Gleichwohl ist kein Datum – und sei es wie das genetische Datum noch so sensitiv – an sich gefährlich. Die Gefährdung der betroffenen Person ergibt sich immer erst aus dem konkreten Verwendungszusammenhang. Insoweit könnte man auch von der Kehrseite der Medaille sprechen, die das Bundesverfassungsgericht im Volkszählungsurteil<sup>317</sup> mit der Feststellung getroffen hat, dass es keine belanglosen Daten gibt. Im Ergebnis bleibt damit festzuhalten, dass die Menschenwürde als absolute Schranke grundsätzlich durch die Verarbeitung genetischer Daten nicht berührt ist.<sup>318</sup>

### **3.2.1.4.4 Kein absolutes Eingriffsverbot**

Ein absolutes Eingriffsverbot besteht damit nicht; ein Eingriff in das informationelle Selbstbestimmungsrecht durch eine zwangsweise Verarbeitung genetischer Daten oder durch die Beschränkung der Verfügungsmacht des Einzelnen kann grundsätzlich durch ein Gesetz, dass den Anforderungen des Artikels 2 Absatz 1 GG gerecht wird, gerechtfertigt sein.

### **3.2.1.4.5 Unveräußerliches Grundrecht am eigenen genetischen Code**

Da grundsätzlich in das informationelle Selbstbestimmungsrecht auch durch eine Beschränkung der Verfügungsmacht hinsichtlich der eigenen genetischen Daten eingegriffen werden kann, stellt sich nunmehr die Frage, ob ein unveräußerliches Grundrecht am eigenen genetischen Code besteht,<sup>319</sup> der Einzelne also entgegen dem informationel-

---

<sup>317</sup> BVerfGE 65, 1 ff.

<sup>318</sup> Ebenso: Lorenz, JZ 2005, 1121 (1129); Cramer, Seite 50; Stockter, Seite 479; Schwenke, Seite 225; offen gelassen von: BVerfGE 103, 21 (31).

<sup>319</sup> Zustimmend: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann, Art. 1 Rn. 51; ablehnend wohl: Dreier/Dreier, Art. 1 Abs. 1 Rn. 156.

len Selbstbestimmungsrecht nicht über seine eigenen genetischen Daten verfügen dürfte und damit auch der Eingriff durch Beschränkung der Verfügungsmacht des Einzelnen obsolet wäre.

Als maßgebender Grund für eine solche „Rechtsfortbildung“ wird die Tatsache genannt, dass außer dem Interesse des Betroffenen auch ein Allgemeininteresse ins Spiel kommt: Die Gesellschaft müsse davor bewahrt werden, in letzter Konsequenz aus rubrizierten und katalogisierten, d.h. total erfassten Individuen zu bestehen. Ihr würde ein zentrales Element der Ungleichheit implantiert; die „genetisch Guten“ hätten in den unterschiedlichsten Lebensbereichen den Vorrang vor den „genetisch weniger Geglückten“.<sup>320</sup> Solidarsysteme etwa in der Sozialversicherung würden alsbald in Frage gestellt; warum sollte man für die klar benennbaren „schlechten Risiken“ anderer bezahlen?<sup>321</sup> Auch würde ein weiteres Stück des Menschen kommerzialisiert,<sup>322</sup> könnte doch in vielen Fällen die Einwilligung unschwer durch finanzielle Anreize erkauft werden.<sup>323</sup>

Das unveräußerliche Grundrecht am eigenen genetischen Code soll sich nach Fisahn nicht aus ethischen Maximen unmittelbar, sondern – wie auch das Recht auf informationelle Selbstbestimmung – aus einem bestehenden Grundrechtskanon ableiten. Bilden sollen dieses Grundrecht die Menschenwürde, konkretisiert durch die Objektformel, und das Persönlichkeitsrecht, speziell das informationelle Selbstbestimmungsrecht, insbesondere auch das Recht auf Leben aus Artikel 2 Absatz 2 GG sowie der Gleichheitssatz und das Sozialstaatsgebot.<sup>324</sup>

Däubler<sup>325</sup> will eine grundsätzliche Abschirmung des genetischen Codes vor einer Erforschung und Kenntnisnahme durch Dritte nach gel-

<sup>320</sup> Vergleiche: Weichert, DuD 2002, 133 (134).

<sup>321</sup> Vergleiche: Vultejus, ZRP 2002, 70 (70 f.); diese Gefahr sieht auch: Brown, Seite 134.

<sup>322</sup> Zur Freiheit des Einzelnen, persönliche Daten als Wirtschaftsgut zu nutzen, allgemein: Schafft/Ruoff, CR 2006, 499 (500).

<sup>323</sup> Weichert, DuD 2002, 134 (135); zu den generellen Grenzen der Vermarktungsfähigkeit von Gütern siehe: Däubler, BGB kompakt, 2002, Kap. 6.

<sup>324</sup> Fisahn, ZRP 2001, 49 (52).

<sup>325</sup> Däubler, RDV 2003, 7 (10).

tendem Recht damit rechtfertigen, dass Menschenrechte nach Artikel 1 Absatz 2 GG prinzipiell unveräußerlich sind. Dies gelte etwa für die Bekenntnis- und die Meinungsfreiheit, die keine vertragliche Bindung duldeten – anders als solche Rechte, die wie Eigentum<sup>326</sup> und Berufsfreiheit von vornherein auf die Teilnahme am Wirtschaftsleben ausgerichtet seien und die deshalb keinen absoluten Schutz genössen. Die grundsätzliche Unverfügbarkeit der Informationen über den genetischen Code eines Menschen schließe es jedoch nicht aus, dass zum Schutz anderer Grundrechte Eingriffe möglich seien<sup>327</sup> – so könne es der Gesetzgeber zulassen, dass der Einzelne seine „Anfälligkeit“ für bestimmte Gesundheitsrisiken testen lässt, um so ein selbst bestimmtes Leben führen zu können. Die bloße Einwilligung des Einzelnen in die Verarbeitung seiner genetischen Daten könne jedoch nicht ausreichen, da die Qualität der Gesellschaft als solcher nicht zur Disposition einzelner Individuen stünde.

Der Zugewinn an Grundrechtsschutz durch ein neues unveräußerliches Grundrecht am eigenen genetischen Code erscheint allerdings zumindest zweifelhaft:

So ist das Recht auf Leben unabhängig von der Form seiner Entstehung durch Artikel 2 Absatz 2 GG geschützt und gehört – wie die Vertreter eines unveräußerlichen Grundrechts am eigenen genetischen Code selbst ins Feld führen – zu den durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gebildeten Schutzpflichten des Staates. Unbestritten ist auch, dass durch neue technische Entwicklungen die genetische Manipulation des werdenden Lebens ins Blickfeld auch der verfassungsrechtlichen Diskussion geraten muss. Allerdings ist hier eher ein einfachgesetzliches Verbot der genetischen Manipulation zu erwägen, als ein neues Grundrecht am eigenen genetischen Code zu konstruieren. Zudem ist es unbenommen, den staatlich garantierten

---

<sup>326</sup> In der Humangenetik wird diese Frage durchaus offener diskutiert und auch erworben, wie diejenigen, die ihre DNA-Sequenzen beispielsweise für die pharmazeutische Forschung zur Verfügung stellen, am wirtschaftlichen Erfolg beteiligt werden können, vergleiche: *Brown*, Seite 134.

<sup>327</sup> *Fisahn*, ZRP 2001, 49 (54)

Schutz des Lebens auch bereits auf die befruchtete Eizelle auszudehnen. So führte das Bundesverfassungsgericht<sup>328</sup> aus, dass das Leben auch rechtlich als Prozess zu betrachten ist, was dazu führt, dass die Unterscheidung zwischen dem „fertigen“ Menschen, der durch Artikel 2 Absatz 2 GG geschützt wird, und anderen „ungeschützten“ Stadien verfassungsrechtlich nicht haltbar ist. In seiner „vorgenetischen“ Betrachtungsweise verweist das Bundesverfassungsgericht zudem darauf, dass „Leben im Sinne der geschichtlichen Existenz eines Individuums [...] jedenfalls vom 14. Tag nach der Empfängnis“ bestehe. Die Formulierung „jedenfalls“ deutet insoweit bereits auf die Unsicherheit hin, die für die vorangegangene Zeit besteht. Es besteht also kein Anlass, das werdende Leben durch die Schaffung eines neuen Grundrechts zu schützen. Artikel 2 Absatz 2 GG kann insoweit auch auf die fragliche Phase des neuen Lebens angewendet werden. Allenfalls bedarf es dafür einer Fortentwicklung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts.

Aber auch die Berufung auf den Gleichheitssatz betont lediglich, wozu der Gleichheitssatz in der deutschen Verfassung ohnehin geschaffen wurde – wenn auch die Möglichkeiten der Humangenetik den Vätern der Verfassung noch nicht bekannt waren. Nach den Vorstellungen der Verfechter eines Grundrechts am eigenen genetischen Code sind dem Gleichheitssatz Aspekte zu entnehmen, die in den Ableitungszusammenhang eines Rechts am eigenen genetischen Code zu stellen sind. Sie verweisen in ihrer Argumentation auf eine Selektionsgefahr, die im Extremfall zu „Üermenschen“ und einer „Kaste von Unberührbaren“ führen könne.<sup>329</sup>

Eine derartige Vorstellung braucht zwar etwas Phantasie, darf aber vor dem Hintergrund der Erfahrungen mit dem Nationalsozialismus in Deutschland nicht als völlig unmöglich zurückgewiesen werden.<sup>330</sup>

---

<sup>328</sup> BVerfGE 39, 1 (36 ff.).

<sup>329</sup> Fisahn, ZRP 2001, 49 (52).

<sup>330</sup> Die Vermeidung jedweder Form der Selektion hatten im Übrigen aber auch die Väter des Grundgesetzes vor Augen, waren ja die – auch ganz persönlichen – Erfahrungen mit dem Nationalsozialismus noch frisch.

Die Verfechter eines Grundrechts am eigenen genetischen Code berücksichtigen allerdings nicht, dass der ohnehin bestehende Schutz des Grundgesetzes – hier insbesondere der Schutz der Menschenwürde – eine solche Entwicklung verhindern würde. Ein grundrechtlicher Mehrwert durch das Recht am eigenen genetischen Code ist zumindest vor dem, von den Anhängern selbst skizzierten Hintergrund, auch hier nicht auszumachen.

Bleibt abschließend noch die Berücksichtigung des Sozialstaatsgebots durch das „neue“ unveräußerliche Recht am eigenen genetischen Code. Das Sozialstaatsgebot beziehungsweise das Sozialstaatsprinzip ist in Artikel 20 Absatz 1 GG festgeschrieben. Durch die Einordnung der Bundesrepublik Deutschland als „sozialer“ Staat gelangt die dritte der großen Parolen der Französischen Revolution – die „fraternité“ – zur Entfaltung in unserer Zeit. Das Sozialstaatsprinzip beeinflusst dabei auch das Verständnis von „Freiheit“ und „Gleichheit“ und bringt zum Bewusstsein, dass diese nicht nur formal begriffen werden dürfen, sondern auch „materielle“ Komponenten haben,<sup>331</sup> jedenfalls im dem Sinne, dass der Staat die Mindestvoraussetzungen für ein menschenwürdiges Dasein seiner Bürger schafft.<sup>332</sup> Auf diese materiellen Komponenten zielen auch die Vertreter eines Grundrechts am eigenen genetischen Code in ihrer Argumentation ab. Speziell die Verwendung genetischer Daten für Versicherungszwecke vor Augen wird bereits eine Abkehr vom alles tragenden Solidarprinzip als Ausfluss des Sozialstaatsprinzips<sup>333</sup> befürchtet, wenn der Einzelne in der Lage sein sollte, seine genetischen Daten „freiwillig“ und womöglich lückenlos zu offenbaren.

Ob die Verwendung von genetischen Daten für die versicherungstechnische Risikoabwägung geeignet und zulässig ist und ob die Preisgabe tatsächlich oder bloß vermeintlich von der freien Entscheidung des Versicherungsinteressenten getragen ist, wird im Folgenden

---

<sup>331</sup> Maunz/Zippelius, Seite 101; Jarass/Pieroth, Art. 20 Rn. 114 f.

<sup>332</sup> Schmidt-Bleibtreu/Hofmann, Art. 20 Rn. 29.

<sup>333</sup> Jarass/Pieroth, Art. 20 Rn. 115.

noch zu klären sein. Sofern der Betroffene durch eine faktische Zwangslage zur „freiwilligen“ Preisgabe gezwungen wird, ist die Einwilligung ohnehin keine wirksame Ermächtigung zum Eingriff in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung. Darüber hinaus kann sich aus einer sich verändernden Versicherungspraxis aus dem Sozialstaatsprinzip eine staatliche Pflicht ergeben, durch geeignete Gesetzgebung die soziale Gerechtigkeit zu verwirklichen.<sup>334</sup> Keinesfalls bedarf es dafür aber eines neuen Grundrechts am eigenen genetischen Code, welches zudem noch als unveräußerlich konstruiert wird,<sup>335</sup> um jedwede Verwendung genetischer Daten – jedenfalls auf freiwilliger Basis der Betroffenen – zu verhindern.

Im Ergebnis ist ein Grundrecht am eigenen genetischen Code aus den genannten Erwägungen abzulehnen. Es bietet über den bestehenden Grundrechtsschutz hinaus keinen erkennbaren zusätzlichen Schutz oder Nutzen für den Betroffenen. Für die möglichen Probleme, die mit der Verwendung von genetischen Daten auftreten können, bietet ein unveräußerliches Grundrecht am eigenen genetischen Code keine Lösung. Damit besteht die Verfügungsbefugnis des Einzelnen über seine genetischen Daten aus dem informationellen Selbstbestimmungsrecht. Folglich kann in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung dadurch eingegriffen werden, dass die Befugnis, selbst über die Verarbeitung seiner genetischen Daten zu entscheiden, eingeschränkt wird.

### **3.2.1.5 Verhältnismäßigkeit und Abwägung**

Die Zulässigkeit eines Eingriffs in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung bestimmt sich grundsätzlich durch eine Abwägung zwischen dem Interesse des Betroffenen am Recht auf informationelle Selbstbestimmung und dem Interesse der Allgemeinheit am Eingriff.<sup>336</sup>

---

<sup>334</sup> Die Herstellung sozialer Gerechtigkeit ist jedenfalls nicht Aufgabe von privatwirtschaftlichen Unternehmen.

<sup>335</sup> *Frisahn*, ZRP 2001, 49 (53).

<sup>336</sup> BVerfGE g5, 1 (43 f.); Roßnagel, Kennzeichenscanning, Seite 24.

Zur Beurteilung dieser Verhältnismäßigkeit und Zumutbarkeit des Eingriffs in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung ist grundsätzlich auf die möglichen Verwendungs- und Missbrauchsmöglichkeiten der Daten und nicht auf bestimmte Schutzsphären abzustellen.<sup>337</sup> Das Bundesverfassungsgericht hat zu dieser Beurteilung der Verhältnismäßigkeit eines Eingriffs und der von Verfassung wegen zwingenden Schutzvorkehrungen durch das Volkszählungsurteil auf „Art, Umfang und denkbare Verwendung der erhobenen Daten sowie die Gefahr des Missbrauchs abgestellt“.<sup>338</sup> Der Gesetzgeber hat daher Anlass, Zweck und Grenzen des Eingriffs hinreichend bereichsspezifisch, präzise und normenklar festzulegen.<sup>339</sup>

Die denkbare Verwendungsmöglichkeit der Daten beurteilt das Bundesverfassungsgericht nach dem Zweck der Erhebung und den aufgrund der genutzten Informationstechnologie bestehenden Verarbeitungs- und Verknüpfungsmöglichkeiten.<sup>340</sup> Ist die Ermächtigung unklar, weil sie eine Auslegung, nach welcher auch eingeschränktes intensive Zwecksetzungen zugelassen sind, nicht hinreichend deutlich ausschließt, ist auch für die Prüfung der Verhältnismäßigkeit das dadurch ermöglichte weite Verständnis ihrer Zwecksetzung und Reichweite zugrunde zu legen.<sup>341</sup>

Dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung ist das Interesse der Allgemeinheit am Eingriff gegenüberzustellen. Im Volkszählungsurteil wird konkretisiert, dass ein überwiegendes Allgemeininteresse „regelmäßig überhaupt nur an Daten mit Sozialbezug“ bestehen wird, „unter Ausschluss unzumutbarer intimer Angaben und von Selbstbe-

---

<sup>337</sup> Siehe aber: BVerfGE 80, 367 (373); in dem Urteil erkennt das Bundesverfassungsgericht „einen letzten unantastbaren Bereich privater Lebensgestaltung an, der der öffentlichen Gewalt schlechthin entzogen ist“.

<sup>338</sup> BVerfGE 65, 1 (45 f.) mit Hinweis auf BVerfGE 49, 89 (142); 53, 30 (61).

<sup>339</sup> BVerfGE 100, 313 (359 f.); 110, 33 (53); 113, 348 (375 ff.); 115, 320 (365 f.); BVerfG, NJW 2007, 2464 (2466); NJW 2008, 1505 Rn. 98 ff.; dazu auch Breyer, NVwZ 2008, 824 (826 f.).

<sup>340</sup> BVerfGE 65, 1 (45); vergleiche auch: Bizer, Seite 148.

<sup>341</sup> BVerfGE 120, 378 Rn. 163.

zichtigungen“.<sup>342</sup> Das Bundesverfassungsgericht hat allerdings auch schon in einer Entscheidungen zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht unter Berufung auf das Recht auf informationelle Selbstbestimmung dann ein überwiegendes Allgemeininteresse angenommen, „wenn der Einzelne als in der Gemeinschaft lebender Bürger in Kommunikation mit anderen tritt, durch sein Verhalten auf andere einwirkt und dadurch die persönliche Sphäre seiner Mitmenschen oder die Belange der Gemeinschaft berührt“.<sup>343</sup>

Die Beurteilung der Verhältnismäßigkeit eines Eingriffs und der von Verfassung wegen notwendigen Schutzvorkehrungen hängen somit im Rahmen einer Abwägung zum einen ab vom Verwendungszusammenhang, von Art und Umfang der erhobenen Daten sowie der Missbrauchsgefahr, welche sich durch genutzte Informationstechnologie und deren Verarbeitungs- und Verknüpfungsmöglichkeiten beurteilt, zum anderen von dem Allgemeininteresse, welches einen Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung rechtfertigen soll.

### **3.2.1.5.1 Allgemeine Konkretisierung des Grundrechtsinhalts und der Abwägung**

Anhand des Volkszählungsurteils sowie weiterer Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts lässt sich der Inhalt des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung sowie die Abwägung zulässiger Eingriffe weiter konkretisieren.<sup>344</sup> Es lassen sich sowohl besondere Gebote als auch Verbote ableiten, welche das Ergebnis der Abwägung grundsätzlich vorbestimmen können.

### **3.2.1.5.2 Verbot der Datensammlung auf Vorrat**

Im Volkszählungsurteil hat es das Bundesverfassungsgericht als unzulässig bezeichnet, „Daten auf Vorrat zu unbestimmten oder noch nicht

---

<sup>342</sup> BVerfGE 65, 1 (44).

<sup>343</sup> BVerfGE 80, 367 (373) unter Berufung auf BVerfGE 35, 35 (39); 35, 202 (220).

<sup>344</sup> Vergleiche auch: *Bizer*, Seite 138.

bestimmten Zwecken zu sammeln“.<sup>345</sup> Auch in anderen Entscheidungen<sup>346</sup> wurde festgestellt, dass es Sinn des Verbots ist, dass Daten nicht „einfach drauflos“, „ins Blaue hinein“ und „für alle Fälle“ gespeichert werden,<sup>347</sup> ohne dass ein aktueller oder zukünftiger Bedarfsfall klar umschrieben wäre. Ein „bloßer Betriebsverdacht“ soll zur Rechtfertigung der Datenverarbeitung nicht genügen.<sup>348</sup>

So hat es das Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil zur „Rasterfahndung“<sup>349</sup> für unzulässig erachtet, Daten zum Zweck einer nur ganz allgemeinen Terrorismusgefahr zu erheben. Für die Rechtfertigung der mit einer Rasterfahndung naturgemäß verbundenen intensiven Eingriffe in das informationelle Selbstbestimmungsrecht bedürfe es eines konkreten Verwendungszweckes, in diesem Fall eine hinreichende konkrete Gefahr für hochrangige Rechtsgüter.<sup>350</sup> Andernfalls handele es sich um eine strikt unzulässige Datenspeicherung auf Vorrat.

### 3.2.1.5.3 Gebot der Datenvermeidung

Im Volkszählungsurteil legt das Bundesverfassungsgericht im Zusammenhang mit dem Verbot der Datensammlung auf Vorrat fest, dass „sich alle Stellen, die zur Erfüllung ihrer Aufgaben personenbezogene Daten sammeln, auf das zum Erreichen des angegebenen Ziels erforderliche Minimum beschränken müssen“.<sup>351</sup> Dieses Gestaltungsprinzip der Datensparsamkeit hat der deutsche Gesetzgeber in § 3a BDSG ausdrücklich verankert.

---

<sup>345</sup> BVerfGE 65, 1 (65); vergleiche dazu auch: *Roßnagel*, NVZ 2006, 281 (285).

<sup>346</sup> BVerfGE 44, 353 (380); 112, 284 (297); 115, 320 (360 f.); BVerfG, BGBl. I 2008, Seite 541; siehe dazu auch: *Roßnagel*, NJW 2008, 2547 (2549).

<sup>347</sup> Dazu auch: *Gola/Klug*, NJW 2008, 2481 (2481).

<sup>348</sup> BVerfGE 44, 353 (380).

<sup>349</sup> BVerfGE 115, 320 (357 ff.); so auch zustimmend: *Schewe*, NVwZ 2007, 174 (176); kritisch zu den Verhältnismäßigkeitswägungen: *Sachs/Murswieck*, Art 2 Rn. 121c; *Hillgruber*, JZ 2007, 209 (213); *Bausback*, NJW 2006, 1922 (1923 f.).

<sup>350</sup> Ganz ähnlich im Urteil zur „Online-Durchsuchung“, BVerfG, NJW 2008, 822 (830 f.); zustimmend: *Horung*, CR 2008, 299 (3049); vergleiche dazu auch: *Gola/Klug*, NJW 2008, 2481 (2482).

<sup>351</sup> BVerfGE 65, 1 (46).

### 3.2.1.5.4 Zweckbindungsgebot

Das Zweckbindungsgebot trifft zunächst die Daten verarbeitende Stelle; denn „die Verwendung der Daten ist auf den gesetzlich bestimmten Zweck begrenzt“.<sup>352</sup> Aufgrund der engen Zweckbindung der Informationsverarbeitung an den erlaubten Verarbeitungszweck dürfen Daten damit grundsätzlich nur zu dem Zweck verarbeitet werden, zu dem sie mit Einwilligung oder gesetzlicher Erlaubnis erhoben worden sind.<sup>353</sup> Weiterhin stellt eine unbefugte Änderung beziehungsweise Erweiterung der Zweckbindung der erhaltenen Daten einen Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung dar.<sup>354</sup>

Die Ausgestaltung der gesetzlichen Zweckbindung ist dabei dem Gesetzgeber nicht völlig freigestellt. Ein Zwang zur Angabe beziehungsweise Verarbeitung der Daten aufgrund einer gesetzlichen Ermächtigung setzt voraus, dass „der Gesetzgeber den Verwendungszweck bereichsspezifisch und präzise<sup>355</sup> bestimmt und dass die Angaben für diesen Zweck erforderlich sind. Damit wäre die Sammlung nicht anonymisierter Daten auf Vorrat zu unbestimmten oder noch nicht bestimmhbaren Zwecken nicht zu vereinbaren“.<sup>356</sup> Folglich muss ein gesetzlicher Erlaubnistanstbestand auf das Erforderliche beschränkt sein und das Gebot der engen Zweckbindung auf diesen Erlaubnistanstbestand vorsehen.<sup>357</sup> Etwas anderes kann dann aber – wie noch zu zeigen sein wird – auch nicht für die Einwilligung als Ermächtigungsgrundlage für die Datenverarbeitung dienen; denn letztlich kann sich die Zustimmung des Betroffenen nur auf die Zwecke erstrecken, die ihm im Zeitpunkt seiner Einwilligung bekannt sind.

---

<sup>352</sup> BVerfGE 65, 1 (46 f.). 67, 100 (143); 84, 239 (280)

<sup>353</sup> Siehe auch: *Vogelsang*, CR 1995, 554 (555 ff.); *Roßnagel*, NJW 2008, 2547 (2548).

<sup>354</sup> *Bizer*, Seite 148; *Roßnagel/Laue*, DÖV 2007, 543 (545); konkret für Genanalysen auch: *Ronellenfitsch*, NJW 2006, 321 (324).

<sup>355</sup> So auch: BVerfGE 100, 313 (359 f.; 372); 110, 33 (53); 113, 348 (375); BVerfG, NJW 2007, 2464 (2466); BVerfGE BGBl. 2008, 298 Rn. 196.

<sup>356</sup> BVerfGE 65, 1 (46); 67, 100 (143); BVerfG, NJW 2008, Rn. 1505; vergleiche dazu auch: *Roßnagel*, NVZ 2006, 281 (285); *Roßnagel/Laue*, DÖV 2006, 543 (545); *Gola/Klug*, NJW 2008, 2481 (2481); *Gola/Klug*, NJW 2007, 2452 (2453).

<sup>357</sup> So auch: *Schmitz*, Seite 15.

### 3.2.1.5.5 Verbot von Persönlichkeitsprofilen und systematischer Beobachtung

Das Bundesverfassungsgericht nennt in seinem Volkszählungsurteil die Erstellung von umfassenden Persönlichkeitsbildern als besondere Gefahr für das Recht auf informationelle Selbstbestimmung<sup>358</sup> und bezeichnet diese als unzulässig,<sup>359</sup> wenngleich Persönlichkeitsbilder im Sinne von Profilen nicht per se eine Gefahr darstellen.<sup>360</sup>

Als absolute Grenze der Datenverarbeitung gilt nach einer im Volkszählungsurteil zitierten früheren Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts<sup>361</sup> das Erstellen „totaler Persönlichkeitsbilder“. Als unzulässige Verletzung der Menschenwürde ist es anzusehen, „wenn der Staat das Recht für sich in Anspruch nehmen könnte, den Menschen zwangsweise in seiner ganzen Persönlichkeit zu registrieren und zu katalogisieren“.<sup>362</sup> „Eine umfassende Registrierung und Katalogisierung der Persönlichkeit durch die Zusammenführung einzelner Lebens- und Personaldaten zur Erstellung von Persönlichkeitsprofilen der Bürger ist auch in der Anonymität statistischer Erhebung unzulässig“.<sup>363</sup> Auch die Anfertigung von Teilabbildern der Persönlichkeit eines Menschen oder von „Bildern mit Persönlichkeitsbezug“ ist mit der Würde des Menschen unvereinbar und daher unzulässig.<sup>364</sup> Nicht nur das Zusammenfügen von Informationen zu Persönlichkeitsprofilen ist untersagt, sondern bereits die systematische Observation eines Menschen.<sup>365</sup>

---

<sup>358</sup> BVerfGE 65, 1 (42); vergleiche auch: BVerfGE 115, 320 (351); BVerfG, BGBl. I 2008, Seite 541.

<sup>359</sup> BVerfGE 65, 1 (53).

<sup>360</sup> So: *Roßnagel/Pfitzmann/Garstka*, Seite 119; *Schwenke*, Seite 111; *Jandt/Laue*, K&R 2006, 316 (319), weil nicht jedes Profil zu einer vom Bundesverfassungsgericht angeführten gänzlichen oder teilweisen Registrierung der Persönlichkeit im Sinne eines „Totalabildes“ führt.

<sup>361</sup> BVerfGE 27, 1 (6); ebenso: BVerfGE 115, 320 (351).

<sup>362</sup> BVerfGE 27, 1 (6).

<sup>363</sup> BVerfGE 65, 1 (53); insoweit verweist das Bundesverfassungsgericht auch auf BVerfGE 27, 1 (6).

<sup>364</sup> Vergleiche: BVerfGE 65, 1 (53 f.); 115, 320 (351).

<sup>365</sup> BVerwG, NJW 1986, 2331 (2332).

Das Bundesverfassungsgericht<sup>366</sup> betont „insbesondere bei der Integration automatisierter Informationssysteme“ „die Gefahr, dass die Personendaten zu einem teilweise oder weitgehend vollständigen Persönlichkeitsprofil zusammengefügt“ werden, „ohne dass der Betroffene dessen Richtigkeit und Verwendung zureichend kontrollieren kann“. Inzwischen ist auch das Verbot der erzwungenen und heimlichen Erstellung von Persönlichkeitsbildern im privaten Bereich allgemein anerkannt.<sup>367</sup> Für eine entsprechende Verarbeitung genetischer Daten mit der Einwilligung des Betroffenen gelten diese Hürden möglicherweise dann nicht, wenn die Voraussetzungen einer wirksamen Einwilligung in die Datenverarbeitung vorliegen und die objektive Grenze des unverfügbarsten Wertes, die weiter zu ziehen sind als bei der zwangsweisen Erhebung, eben noch nicht erreicht ist.<sup>368</sup>

### **3.2.1.5.6 Schutzpflichten des Staates**

Das Bundesverfassungsgericht hält es zur Ausgestaltung eines rechtmäßigen Eingriffs in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung für unerlässlich, dass der Gesetzgeber „für notwendige Sicherungsvorkehrungen zum Schutz des informationellen Selbstbestimmungsrecht Sorge zu tragen“ hat.<sup>369</sup> Der Gesetzgeber „braucht nicht alles selbst zu regeln, muss aber dafür sorgen, dass das Notwendige geschieht“.<sup>370</sup> Die Handhabung darf nicht allein dem Ermessen der Verwaltung überlassen bleiben.<sup>371</sup>

Jegliche Beschränkung der Verfügungsmacht des Einzelnen, selbst über die Erhebung oder die Preisgabe und Verwendung seiner persönl-

<sup>366</sup> BVerfGE 65, 1 (42).

<sup>367</sup> Zur grundsätzlichen Unzulässigkeit der Profilbildung in der Verkehrstelematik und zur ausnahmsweisen Zulässigkeit zur Erfüllung des Vertragszwecks vergleiche: *Roßnagel*, NVZ 2006, 281 (284); zu den neuen Gefahren der allgegenwärtigen Datenverarbeitung: *Roßnagel*, MMR 2005, 71 (71 f.).

<sup>368</sup> So wohl auch: *Jandt/Laue*, K&R 2006, 316 (319).

<sup>369</sup> BVerfGE 65, 1 (59); 117, 202 (229); jüngst: BVerfGE 120, 378 Rn. 168; siehe auch: *v.Mangoldt/Starck*, Art. 2 Rn 177; *Sachs/Murswieck*, Art. 2 Rn. 122; ausführlich zu staatlichen Schutzpflichten im Privatrechtsverhältnis: *Stumper*, Seite 205 ff.

<sup>370</sup> BVerfGE 65, 1 (59).

<sup>371</sup> BVerfGE 65, 1 (59 f.); gleiches muss auch für private verantwortliche Stellen gelten.

lichen Daten zu bestimmen, stellt einen Eingriff in das informationelle Selbstbestimmungsrecht dar.<sup>372</sup> Dort, wo der Gesetzgeber aber dem Betroffenen die Entscheidung überlässt, ob und in welchem Umfang er seine genetischen Daten preisgibt, ist er verpflichtet, Rahmenbedingungen zu schaffen, in denen der Einzelne von seinem informationellen Selbstbestimmungsrecht Gebrauch machen kann und nicht über den Umweg seiner vermeintlichen Ausübung eines Freiheitsrecht in eben diesem beschränkt wird. Bei der Ausgestaltung seiner Schutzpflichten steht dem Staat allerdings insoweit ein nicht unerheblicher Spielraum zu,<sup>373</sup> der allenfalls durch ein Untermaßverbot beschränkt ist und das ein Mindestniveau an Schutz bietet.<sup>374</sup>

### 3.2.2 2. Grundrechtsbindung zwischen Privaten

Die Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht. Ihre vornehmste Aufgabe ist die Abwehr von und der Schutz vor staatlichen Eingriffen.<sup>375</sup>

Wenn nach dem Wortlaut des Artikel 1 Absatz 3 GG aber nur die öffentliche Gewalt an die Grundrechte gebunden wird, nicht aber private Rechtssubjekte, dann ist das zunächst eine deutliche Aussage gegen eine so genannte Drittirkung der Grundrechte. Hierunter versteht man die Geltung der Grundrechte über das klassische Zweierverhältnis zwischen privaten Rechtssubjekten und dem Staat als Träger öffentlicher Gewalt hinaus auch im Verhältnis zwischen zwei privaten Rechtssubjekten.<sup>376</sup>

---

<sup>372</sup> BVerfGE 78, 77 (84); *Tinnefeld/Ehmann/Gerling*, Seite 34.

<sup>373</sup> So zum Beispiel: BVerfGE 77, 150 (214); 79, 174 (202); 85, 191 (212); vergleiche nur zu Artikel 1 GG: *Jarass/Pieroth*, Art. 1 Rn. 7; *AK-Podlech*, Art. 1 Rn. 79; *Schmidt-Bleibtreu/Hofmann*, Art. 2 Rn. 4.

<sup>374</sup> Siehe: BVerfGE 88, 203 (254); *Roßnagel/Schnabel*, NJW 2008, 3534 (3535).

<sup>375</sup> BVerfGE 7, 198 (204 f.); 50, 290 (336 f.); BGHZ 63, 196 (198).

<sup>376</sup> *Pieroth/Schlink*, Rn. 173.

### 3.2.2.1 Unmittelbare Drittwirkung

Eine solche unmittelbare Drittwirkung<sup>377</sup> ist vom Bundesarbeitsgericht<sup>378</sup> früher mit dem „Bedeutungswandel der Grundrechte“ begründet worden, der dahin wirke, dass „zwar nicht alle, aber doch eine Reihe bedeutsamer Grundrechte der Verfassung nicht nur Freiheitsrechte gegenüber der Staatsgewalt garantieren, [...] vielmehr Ordnungsgrundsätze für das soziale Leben [sind], die in einem aus dem Grundrecht näher zu entwickelnden Umfang unmittelbare Bedeutung auch für den privaten Rechtsverkehr der Bürger untereinander haben. [...] Auch das normative Bekenntnis des Grundgesetzes zum sozialen Rechtsstaat (Artikel 20, 28 GG), das für die Auslegung des Grundgesetzes und anderer Gesetze von grundlegender Bedeutung ist, spricht für die unmittelbare privatrechtliche Wirkung der Grundrechtsbestimmungen, die für den Verkehr der Rechtsgenossen untereinander in einer freiheitlichen und sozialen Gemeinschaft unentbehrlich sind.“

### 3.2.2.2 Mittelbare Drittwirkung

Nach der ständigen Rechtssprechung und überwiegenden Auffassung in der juristischen Literatur hingegen gelten die Grundrechte zwar nicht unmittelbar im Privatrecht, gleichwohl prägen sie es: „Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung empfangen [von dem Grundgesetz] Richtlinien und Impulse. So beeinflusst es selbstverständlich auch das bürgerliche Recht; keine bürgerlich-rechtliche Vorschrift darf im Widerspruch zu ihm stehen, jede muss in seinem Geiste ausgelegt werden.“<sup>379</sup>

„Der Richter hat kraft Verfassungsgebots zu prüfen, ob von der Anwendung zivilrechtlicher Vorschriften im Einzelfall Grundrechte be-

---

<sup>377</sup> Eine kurze Übersicht dazu findet sich beispielsweise bei: *Jarass/Pierothe*, Art. 1 Rn. 50 f.

<sup>378</sup> BAGE 1, 185 (193 f.); vergleiche aber: BAGE 48, 122 (138 f.); 52, 88 (97 f.).

<sup>379</sup> BVerfGE 7, 198 (205); 39, 1 (41); 73, 261 (269); vergleiche dazu auch: *Rosnagel*, Datenschutz im Alltag, Seite 110 f.

röhrt werden. Trifft das zu, dann hat er diese Vorschriften im Lichte der Grundrechte auszulegen und anzuwenden.“<sup>380</sup>

Die Grundrechte lösen also bürgerlich-rechtliche Streitigkeiten nicht konkret, sondern entfalten sich in ihrer Funktion als objektives Strukturprinzip<sup>381</sup> „erst durch das Medium der das jeweilige Rechtsgebiet unmittelbar beherrschenden Vorschriften“.<sup>382</sup> Medium für die „Doktrin von der Ausstrahlungswirkung“<sup>383</sup> der Grundrechte auf das bürgerliche Recht sind vor allem die so genannten Generalklauseln,<sup>384</sup> die deshalb auch als „Einbruchstellen“ der Grundrechte in das bürgerliche Recht bezeichnet werden.

Die Bedeutung der mittelbaren Drittwirkung liegt vor allem darin, dass sie auch unter den Bedingungen der modernen, hochkomplexen Industriegesellschaft Freiheit und Gleichheit zu wahren hilft. Diese setzen nach ihrem historischen Verständnis einen Zustand faktischer Symmetrie voraus, in dem jeder Bürger die gleichen Chancen der Verfolgung und Durchsetzung seiner Interessen hat. Diese faktische Symmetrie ist heute nicht mehr allein durch die Macht des Staates, sondern auch durch die Ausübung privater wirtschaftlicher und sozialer Macht gefährdet oder gar aufgehoben, wenngleich die Machtausübung in einem gewissen Umfang selbst grundrechtlich gesichert ist.<sup>385</sup>

Im Übrigen ist der demokratische Gesetzgeber sogar legitimiert, die gesellschaftlichen Verhältnisse in den Grenzen des Grundgesetzes auch asymmetrisch zu gestalten, solange er dadurch nicht Privilegien schafft beziehungsweise Bürger wehr- oder hilflos stellt. So können beispielsweise die Interessen der Mieter und Vermieter durch den Ge-

---

<sup>380</sup> BVerfGE 84, 192 (195); ähnlich: BVerfGE 103, 89 (100); 114, 339 (348).

<sup>381</sup> BVerfGE 7, 192 (205 f.; 34, 269 (280); 81, 242 (254 f.); Sachs/Murswieck, Art. 2 Rn. 37; zu dieser Funktion vergleiche nur: Roßnagel/Pfitzmann/Garstka, Seite 38 f.; Roßnagel/Schnabel, NJW 2008, 3534 (3535).

<sup>382</sup> BVerfGE 89, 214 (229); 103, 89 (100); BVerfG, NJW 2006, 596 (598).

<sup>383</sup> Dreier/Dreier, Art. 2 Abs.1 Rn. 92.

<sup>384</sup> BVerfGE 89, 214 (229); 103, 89 (100).

<sup>385</sup> BVerfGE 89, 214 (232); 103, 89 (100 f.); BVerfG, NJW 2006, 596 (598).

setzgeber durchaus unterschiedlich gewichtet werden. Hieran ist die Rechtsprechung gebunden. Wo sie aber – wie bei Generalklauseln und Blankettbegriffen – nicht gebunden ist, verlangen die Grundrechte, die Chancengleichheit durch die Herstellung faktischer Symmetrie zu wahren.<sup>386</sup> Darin entfaltet sich eine schützende Wirkung; der Drittirkungs- und der Schutzpflichtgedanke stehen in engem Zusammenhang.<sup>387</sup>

Die mittelbare Drittirkung, die Ausstrahlungswirkung der Grundrechte also, leitet das Bundesverfassungsgericht zwar aus ihrer objektiv-rechtlichen Bedeutung ab; es hat aber nie gezögert, ihr zugleich subjektiv-rechtliche Wirkungen beizulegen: Lässt der Richter den verfassungsrechtlichen Einfluss auf die bürgerlich-rechtlichen Normen außer Acht,<sup>388</sup> „so verstößt er nicht nur gegen objektives Verfassungsrecht, indem er den Gehalt der Grundrechtsnorm als objektiver Norm verkennt, er verletzt vielmehr als Träger öffentlicher Gewalt durch sein Urteil das Grundrecht, auf dessen Beachtung auch durch die Recht sprechende Gewalt der Bürger einen verfassungsrechtlichen Anspruch hat“.<sup>389</sup>

Dass das informationelle Selbstbestimmungsrecht zwischen Privaten gilt, ist heute anerkannt.<sup>390</sup> Die Grundrechte finden zwar in ihrer subjektiven Funktion im Privatrecht nicht unmittelbar Anwendung. Sie wirken jedoch insoweit auf privatrechtliche Rechtsverhältnisse ein, als ihre an den Staat adressierte, aus ihrem objektivrechtlichen Gehalt ent-

<sup>386</sup> Vergleiche: BVerfGE 81, 242 (261 ff.); 89, 214 (232 f.); dazu auch: *Hermes*, NJW 1990, 1764 (1768); *Hillgruber*, AcP 191 (1991), 69 (73 ff.), ferner auch: *Schlink*, Abwägung im Verfassungsgesetz, 1976, Seite 214 ff.

<sup>387</sup> BVerfGE 103, 89 (100); siehe dazu: *Canaris*, JuS 1989, 161 (163); *Oeter*, AÖR 119 (1994), 529 (549 ff.).

<sup>388</sup> Unberührt bleibt die Möglichkeit der Verfassungswidrigkeit zivilrechtlicher Normen selbst; vergleiche dazu: BVerfGE 72, 155 (170 ff.); 79, 256 (266 ff.); 90, 263 (270 ff.); ebenso: *Dreier/Dreier*, Art. 2 Abs. 1 Rn. 92.

<sup>389</sup> BVerfGE 7, 198 (206 f.); 89, 214 (229 f.); BVerfG, MMR 2007, 308 (308 f.); *Roßnagel/Schnabel*, NJW 2008, 3534 (3535); andere Auffassung aber: *Merten*, NJW 1972, 1799 (1799).

<sup>390</sup> *Maunz/Dürig/Herzog/Scholz/Di Fabio*, Art. 2 Abs. 1 Rn 191; *Hanloser*, CR 2008, 713 (714); *Simitis*, NJW 1984, 394 (401).

springende Schutzverpflichtung der staatlichen Gewalt im Sinne des Artikels 1 Absatz 3 GG gebietet, einen verfassungskonformen Ausgleich konfligierender Privatrechtsgüter anzustreben. Dies geschieht insbesondere über die richterliche Auslegung der zivilrechtlichen Generalklauseln.<sup>391</sup>

Das allgemeine Persönlichkeitsrecht wird zivilrechtlich durch die §§ 823 Absatz 1, 1004 BGB,<sup>392</sup> das informationelle Selbstbestimmungsrecht als spezieller Fall des allgemeinen Persönlichkeitsrechts durch die Datenschutzgesetze geschützt.<sup>393</sup> Subsidiär kommt zudem ein Schutz über § 823 Absatz 1 BGB in Betracht. Im Folgenden kommt es demnach darauf an, ob und inwieweit das Bundesdatenschutzgesetz den Betroffenen in seinem informationellen Selbstbestimmungsrecht schützt, ihm also die Möglichkeit lässt, selbst über seine Daten zu entscheiden. Dabei spielt insbesondere die Herstellung faktischer Symmetrie durch unterschiedliche Schutzmechanismen eine bedeutende Rolle, um die Freiheit der Entscheidung der betroffenen Person zu gewährleisten.

### 3.2.3 Zusammenfassung der verfassungsrechtlichen Erwägungen

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Erhebung und Verarbeitung genetischer Daten, sofern sie auf der Grundlage einer gesetzlichen Eingriffsermächtigung erfolgt, ebenso möglich ist wie auch die Datenverarbeitung aufgrund der Verfügungsmacht des Einzelnen,<sup>394</sup> da für den eigenen genetischen Code kein unveräußerliches Grundrecht besteht. Auch die Beschränkung dieser Verfügungsmacht liegt im Ermessen des Gesetzgebers. Dies gilt insoweit auch für den Bereich der Datenverarbeitung durch Private.

---

<sup>391</sup> BVerfGE 89, 214 (229); 103, 89 (100).

<sup>392</sup> Siehe nur: Müko-Wagner, § 823 Rn. 172 ff.; Maunz/Dürig/Herzog/Scholz/*Di Fabio*, Art. 2 Abs. 1 Rn 191

<sup>393</sup> *Roßnagel/Schnabel*, NJW 2008, 3534 (3535).

<sup>394</sup> Siehe wiederum auch: *Ronellenfitsch*, NJW 2006, 321 (324).

Im privaten wie im öffentlichen Bereich hat der deutsche Gesetzgeber zudem seine Schutzpflichten, die sich aus dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung ergeben, einfachgesetzlich zu konkretisieren. Ob die bestehenden Regelungen – also insbesondere die Vorschriften des Bundesdatenschutzgesetzes – allerdings den voranschreitenden wissenschaftlichen wie tatsächlichen Entwicklungen der Humangenetik noch genügen, bleibt im Weiteren noch zu untersuchen.

### 3.3 Schutz durch die ärztliche Schweigepflicht

Die ärztliche Schweigepflicht<sup>395</sup> bildet ein Kernstück der ärztlichen Berufsethik.<sup>396</sup> Wer sich in ärztliche Behandlung begibt, muss und darf erwarten, dass alles, was der Arzt im Rahmen der Berufsausübung über die gesundheitliche Verfassung seiner Patienten erfährt, geheim bleibt und nicht zur Kenntnis Unbefugter gelangt. Nur so kann zwischen behandelndem Arzt und Patienten jenes Vertrauen entstehen, das zu den Grundvoraussetzungen ärztlichen Wirkens zählt,<sup>397</sup> weil es die Chancen der Heilung vergrößert und damit – im Ganzen gesehen – der Aufrechterhaltung einer leistungsfähigen Gesundheitsvorsorge dient;<sup>398</sup> denn neben dem Individualinteresse soll gleichzeitig mit der Schweigepflicht das überindividuelle, staatliche Interesse an einer guten allgemeinen Gesundheitspflege geschützt werden.<sup>399</sup>

Gleichwohl hat die Geheimhaltungspflicht des Arztes, die so unmittelbar dem Schutz der Privatsphäre und dem informationellen Selbstbestimmungsrecht einer Person dient, nie den Weg ins Gesetzbuch gefunden. Allerdings findet die ärztliche Schweigepflicht zumindest in

<sup>395</sup> Die Schweigepflicht des Arztes ist eigentlich ein Teil des Rechts des Patienten auf informationelle Selbstbestimmung nach Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG, soll hier aber in einem eigenen Gliederungspunkt dargestellt werden. Diese besondere Behandlung ergibt sich dabei logisch aus der grundsätzlichen Parallelität von Datenschutzrecht und Schweigepflicht.

<sup>396</sup> Siehe dazu auch: BVerfGE 32, 373 (379 f.); OLG Celle, NJW 1965, 362 (363).

<sup>397</sup> BVerGE 32, 373 (379 f.); 44, 353 (372 f.); BVerfGE, GesR 2007, 41 (42).

<sup>398</sup> BVerfG 32, 373 (379).

<sup>399</sup> Siehe dazu beispielsweise: BGH, NJW 1968, 2288 (2290); LG Aurich, NJW 1971, 252 (252); Roßnagel/Schirmer, Kapitel 7.12 Rn. 26 ff; Laufs, NJW 1975, 1433 (1434); Hessler, NJW 1994, 1819 (1819 f.); Lenckner, NJW 1965, 321 (322).

§ 203 Absatz 1 Nummer 1 StGB ihren Niederschlag. Mit der Androhung von Geld- und Freiheitsstrafe versucht der Gesetzgeber, den Schutz des Patienten wirksam zu gestalten. Zudem hat die Schweigepflicht in ärztlichen Berufsordnungen ihre normative Grundlage gefunden. Die ärztliche Schweigepflicht stellt aber auch als nicht gesetzlich geregelte Pflicht eine besondere Datenschutzpflicht dar und bleibt damit nach § 1 Absatz 3 Satz 2 BDSG von den Regelungen des Bundesdatenschutzgesetzes unberührt.

### **3.3.1 Die ärztliche Schweigepflicht in ärztlichen Berufsordnungen**

Der Grundsatz der ärztlichen Schweigepflicht ist in § 2 der Musterberufsordnung geregelt.<sup>400</sup> Diese wird durch den von der privatrechtlich organisierten Bundesärztekammer veranstalteten Deutschen Ärztetag beschlossen. Die Musterberufsordnung dient als Empfehlung für die öffentlich-rechtlich organisierten Ärztekammern der Länder, die die Regelungen der Musterberufsordnung weitgehend übernommen haben.<sup>401</sup>

Berufsordnungen sind dabei als Ausdruck der ärztlichen Standesauffassung kein ständischer Ehrenkodex, deren Einhaltung dem freien Ermessen des Arztes unterliegt. Sie sind vielmehr im Rechtssinn Sitzungen autonomer Berufskörperschaften – der Ärztekammern – und als solche unmittelbar geltendes Recht,<sup>402</sup> denn sie werden als Rechtsvorschriften von einer juristischen Person des öffentlichen Rechts im Rahmen der ihr verliehenen Autonomie mit Wirksamkeit für die ihr angehörenden und unterworfenen Personen erlassen. Verstöße gegen die Berufsordnung werden durch eine eigene Berufsgerichtsbarkeit geahndet.<sup>403</sup> Allerdings haben die Berufsordnungen nicht die normative Kraft, auch Nichtstandesangehörige zu binden. Sie geben dem Pati-

---

<sup>400</sup> Die Musterberufsordnung für die deutschen Zahnärzte enthält eine der Musterberufsordnung identische Regelung in § 3.

<sup>401</sup> Roßnagel/Miedbrodt, Kapitel 4.9 Rn. 90.

<sup>402</sup> BVerfG 76, 162 (171).

<sup>403</sup> Roßnagel/Miedbrodt, Kapitel 4.9 Rn. 91 mit weiteren Nachweisen.

enten keine Rechtsschutzmöglichkeiten und berechtigen ihn nicht, vom Arzt ein bestimmtes Verhalten zu erwarten.<sup>404</sup>

Nach § 2 Absatz 1 Satz 1 der Musterberufsordnung hat der Arzt über das, was ihm in seiner Eigenschaft als Arzt anvertraut oder auch bekannt geworden ist, zu schweigen. Anvertraut oder bekannt geworden sind dem Arzt alle Sachverhalte, von denen er im Rahmen der Berufsausübung Kenntnis erhielt. Dazu gehören nach § 2 Absatz 1 Satz 1 der Musterberufsordnung auch schriftliche Mitteilungen des Patienten, Aufzeichnungen über Patienten, Röntgenaufnahmen oder sonstige Untersuchungsbefunde. Des Weiteren fallen in den geschützten Bereich neben den gesundheitlichen auch familiäre, berufliche und finanzielle Gegebenheiten.<sup>405</sup>

Aufgrund der Tatsache, dass das Verhältnis zwischen dem behandelnden Arzt und seinem Patienten auf persönlichem Vertrauen beruht, gilt das Patientengeheimnis auch gegenüber Arztkollegen, die der Patient nicht konsultiert.<sup>406</sup> Selbst wenn mehrere Ärzte gleichzeitig oder nacheinander denselben Patienten untersuchen und behandeln, so sind sie nach § 2 Absatz 4 der Musterberufsordnung „untereinander von der Schweigepflicht“ nur „insoweit befreit, als das Einverständnis des Patienten anzunehmen ist“. Weiterhin ist in § 2 Absatz 2 der Musterberufsordnung ausdrücklich geregelt, dass die Schweigepflicht auch gegenüber Familienangehörigen gilt; ein Aspekt, der insbesondere auch für das Recht von blutsverwandten Angehörigen auf Nichtwissen von Bedeutung ist. Auch endet die ärztliche Schweigepflicht nicht mit dem Tod des Patienten.<sup>407</sup>

Für die ärztliche Schweigepflicht gelten allerdings auch einige Ausnahmen. So ist sie zwar auch durch ein Zeugnisverweigerungsrecht in

<sup>404</sup> *Bieber*, Seite 195.

<sup>405</sup> *Laufs*, NJW 1975, 1433 (1434).

<sup>406</sup> BGH, NJW 1991, 2955 (2957); *Roßnagel*, NJW 1989, 2303 (2305); *Laufs*, NJW 1975, 1433 (1434 f.).

<sup>407</sup> BGH, NJW 1984, 2893 (2894); im Falle des Todes des Arztes gilt § 203 Abs. 3 Satz 3 StGB. Siehe zur Dauer der Schweigepflicht auch, wenn auch für den Rechtsanwalt: *Roßnagel/Miedbrodt*, Kapitel 4.9 Rn. 19.

§ 53 Absatz 1 Nummer 3 StPO und in § 383 Absatz 1 Nummer 6 ZPO gesichert, sie gilt aber nicht völlig uneingeschränkt; denn der behandelnde Arzt kann aufgrund von gesetzlichen Vorschriften zur Auskunft befugt oder sogar verpflichtet sein.

Verpflichtungen ergeben sich aus der Anzeigepflicht geplanter Straftaten gemäß 138 StGB,<sup>408</sup> den Meldepflichten für Geburt und Tod,<sup>409</sup> Geschlechtskrankheiten<sup>410</sup> und Seuchen.<sup>411</sup> Weitere Verpflichtungen ergeben sich insbesondere aus dem Sozialrecht.<sup>412</sup>

Die Befugnis zur Offenbarung kann sich nach § 34 StGB oder auch aus dem Grundsatz der Wahrnehmung berechtigter Interessen nach § 193 StGB ergeben.<sup>413</sup> Daher kann ein Arzt berechtigt sein, die Schweigepflicht zu brechen, wenn dies zur Wahrung eines höherwertigen Rechtsguts erforderlich ist und der Widerstreit der rechtlich geschützten Güter nur durch die Preisgabe gelöst werden kann.<sup>414</sup>

Während die genannten gesetzlichen Verpflichtungen eines behandelnden Arztes für den Bereich der Humangenetik keine Anwendung finden, ist eine solche für die Befugnis zur Offenbarung – wenn auch zur Zeit noch eher theoretisch – durchaus vorstellbar. So führt der Bundesgerichtshof<sup>415</sup> den Fall eines höherwertigen Interesses an, dass ein Patient mit einem Kraftfahrzeug am Straßenverkehr teilnimmt, obwohl er wegen seiner Erkrankung nicht fähig ist, ein Fahrzeug zu führen, ohne den öffentlichen Verkehr zu gefährden. In einem solchen Fall wird der behandelnde Arzt, bevor er die Verkehrsbehörde benachrichtigt, zunächst den Patienten auf seinen Zustand und auf die

---

<sup>408</sup> Siehe dazu: Roßnagel/*Miedbrodt*, Kapitel 4.9 Rn. 42.

<sup>409</sup> §§ 16, 32 Personenstandsgesetz und Landesbestattungsgesetze. Meldepflichten bestehen ebenfalls an die Datenstellen der Rentenversicherungsträger nach dem Hinterbliebenenrenten- und Erziehungszeitengesetz vom 11. Juli 1985, BGBl. I, Seite 1450.

<sup>410</sup> §§ 12 ff. Geschlechtskrankheitengesetz. Diese Bestimmungen hat das BVerfG, NJW 1972, 1124 ausdrücklich für vereinbar mit dem Grundgesetz erklärt.

<sup>411</sup> §§ 3 ff. Bundesseuchengesetz.

<sup>412</sup> Siehe dazu: § 125 Abs. 3 BSHG; §§ 294 f., 298 SGB V.

<sup>413</sup> Zu Offenbarungspflichten siehe auch: Roßnagel/*Schirmer*, Kapitel 7.12 Rn. 50.

<sup>414</sup> BGH, NJW 1968, 2288 (2290).

<sup>415</sup> BGH, NJW 1968, 2288 (2290).

Gefahren aufmerksam machen, die sich ergeben, wenn er weiterhin das Fahrzeug steuert. Bleibt das Zureden des Arztes aber vergeblich oder ist es wegen der Uneinsichtigkeit des Patienten von vornherein zwecklos, so darf der Arzt, um eine akute Gefährdung der Allgemeinheit zu verhindern, die Verkehrsbehörde benachrichtigen.

Eine derartige Befugnis – übertragen auf die Problematik der Humanogenetik – könnte sich auch dann ergeben, wenn beispielsweise ein Pilot eine erbliche Veranlagung zu einer Krankheit besäße, deren Ausbruch mit einer gewissen Sicherheit vorhergesagt werden und die im Falle ihres Ausbruchs zu einer Gefährdung der Flugpassagiere führen könnte. Für den Fall, dass der Pilot nicht von sich aus auf die Ausübung seines Berufs verzichtete oder die problematische genetische Veranlagung nicht zumindest von sich aus meldete, könnte der behandelnde Arzt – auch wenn er an sich mit der Untersuchung zwecks Feststellung der Flugtauglichkeit nichts zu tun hat – befugt sein, die entsprechende Behörde zu benachrichtigen.<sup>416</sup>

### **3.3.2 Die ärztliche Schweigepflicht in § 203 Absatz 1 Nummer 1 StGB**

Das durch die ärztliche Schweigepflicht nach § 203 Absatz 1 Nummer 1 StGB geschützte Rechtsgut ist der persönliche Lebens- und Geheimnisbereich,<sup>417</sup> der im Individualinteresse des Betroffenen gerade von Trägern solcher sozial bedeutsamer Berufe nicht verletzt werden soll, denen der Einzelne sich weitgehend anvertrauen muss, denen aber auch die Allgemeinheit besonderes Vertrauen entgegenbringt, so dass Allgemeininteressen ebenfalls geschützt sind.<sup>418</sup>

Die Merkmale des Straftatbestandes seien im Folgenden kurz definiert: Die ärztliche Schweigepflicht schützt als Geheimnisse Tatsachen,

---

<sup>416</sup> Auf dieses Beispiel wird bei der Befassung mit den Problemen innerhalb der Arbeitsverhältnisse noch näher einzugehen sein.

<sup>417</sup> SK-Hoyer, § 203, Rn. 1; LK-Jähnke, § 203 Rn. 3.

<sup>418</sup> Tröndle/Fischer, § 203 Rn. 1 b; LK-Jähnke, § 203 Rn. 14; anderer Ansicht: SK-Hoyer, § 203 Rn. 2.

die nur einem beschränkten Personenkreis bekannt sind und an deren Geheimhaltung derjenige, den sie betreffen,<sup>419</sup> ein von seinem Standpunkt aus sachlich begründetes Interesse hat oder bei eigener Kenntnis der Tatsachen haben würde.<sup>420</sup> Bloße Bagatellinformationen wie die Präferenz für eine bestimmte Kunstform oder Urlaubsgegend werden allerdings nicht vom strafrechtlichen Schutz umfasst.<sup>421</sup>

Ein beschränkter Personenkreis ist dabei ein zahlenmäßig bestimmter oder bestimmbarer Kreis, der jedoch so begrenzt sein muss, dass von der Zahl her gesehen ein allgemeines Bekanntwerden nicht erwartet zu werden braucht.<sup>422</sup> Das sachliche Interesse kann in vielfältiger Weise gegeben sein. Es dient zur negativen Abgrenzung gegenüber reiner Willkür und Launenhaftigkeit des Geheimnisträgers.<sup>423</sup> Fremd ist jedes eine andere – natürliche oder juristische – Person betreffendes Geheimnis.<sup>424</sup> Ein Geheimnis des persönlichen Lebensbereichs besteht dann, wenn es die Intim- und Privatsphäre des Geheimnisträgers betrifft.<sup>425</sup> Anvertraut ist ein Geheimnis dem Täter, wenn es ihm in innerem Zusammenhang mit der Ausübung seines Berufs beziehungsweise seiner Tätigkeit unter Umständen mitgeteilt worden ist, aus denen sich die Anforderung des Geheimhaltens ergibt.<sup>426</sup> Sonst bekannt geworden ist das Geheimnis dem Täter, wenn er es auf andere Weise als durch Anvertrauen, jedoch gleichfalls in innerem Zusammenhang mit der Ausübung seines Berufs erfahren hat.<sup>427</sup> Das Geheimnis ist offenbart, wenn es in irgendeiner Weise an einen anderen gelangt ist, der nicht zum beschränkten Kreis der wissenden Personen gehört.<sup>428</sup> Bei

---

<sup>419</sup> Der Betroffene wird üblicherweise als „Geheimnisträger“ bezeichnet.

<sup>420</sup> Schönke/Schröder/Leckner, § 203 Rn. 5

<sup>421</sup> SK-Hoyer, § 203 Rn. 7.

<sup>422</sup> Joecks, § 203 Rn. 3.

<sup>423</sup> Schönke/Schröder/Lenkner, § 203 Rn. 7.

<sup>424</sup> SK-Hoyer, § 203 Rn. 14; Schönke/Schröder/Lenkner, § 203 Rn. 8; bei genetischen Daten kommt regelmäßig nur die natürliche Person in Betracht.

<sup>425</sup> Schönke/Schröder/Lenkner, § 203 Rn. 10.

<sup>426</sup> RGSt 13, 60 (60); OLG Köln, NStZ 1983, 412 (412); OLG Köln, NJW 2000, 3657 (3657); Tröndle/Fischer, § 203 Rn. 7; SK-Hoyer, § 203 Rn. 19 und 21.

<sup>427</sup> SK-Hoyer, § 203 Rn. 25; LK-Jähnke, § 203 Rn. 34 und 38.

<sup>428</sup> Schönke/Schröder/Lenkner, § 203 Rn. 19.

mündlichen Mitteilungen ist dafür die Kenntnisnahme erforderlich, während bei einem irgendwie verkörperten Geheimnis das Verschaffen des Gewahrsams mit der Möglichkeit der Kenntnisnahme durch den anderen genügt.<sup>429</sup> Offenbart werden muss sowohl die geheime Tatsache als auch der Geheimnisträger.<sup>430</sup>

Damit ist der Schutz auch genetischer Informationen als medizinischem Datum an sich recht hoch. Für genetische Daten gilt aber nicht zwingend der besondere Schutz der ärztlichen Schweigepflicht nach § 203 Absatz 1 Nummer 1 StGB, da dieser nicht an dem Datum selbst, sondern am beruflichen Tätigwerden eines Arztes anknüpft. Da mittlerweile genetische Tests beispielsweise in Form eines Vaterschaftstests von kommerziellen Unternehmen und zudem auch über das Internet angeboten werden, kann nicht von einem ausreichenden Schutz allein durch die ärztliche Schweigepflicht gesprochen werden. Hinzu kommt noch, dass der behandelnde Arzt von dem Patienten von seiner Schweigepflicht beispielsweise gegenüber einem Versicherungsunternehmen entbunden werden kann und mit dem Einverständnis des Betroffenen die Strafbarkeit nach § 203 Absatz 1 Nummer 1 StGB entfällt. Nicht umsonst berücksichtigt daher auch das Bundesdatenschutzgesetz das Gesundheitsdatum und überlässt es nicht allein der ärztlichen Schweigepflicht.

### 3.3.3 Schutz durch die ärztliche Schweigepflicht

Der Schutzstandard der ärztlichen Schweigepflicht ist – sofern er zur Anwendung kommt – recht hoch und nicht zu unterschätzen. Gleichwohl ist die Einschränkung, dass es gerade auf das Tätigwerden eines Arztes ankommt, nicht zu vernachlässigen. Insoweit kann keinesfalls – und das ist sicher auch nicht der Anspruch – davon ausgegangen werden, dass sich genetische Daten allein mittels der ärztlichen Schweigepflicht schützen lassen.

---

<sup>429</sup> SK-Hoyer, § 203 Rn. 31; LK-Jähnke, § 203 Rn. 39.

<sup>430</sup> Schönke/Schröder/Lenckner, § 203 Rn. 19.

### 3.4 Schutz durch das Bundesdatenschutzgesetz

Nach dieser Feststellung, dass die ärztliche Schweigepflicht allein nicht umfassend den Schutz genetischer Daten gewährleisten kann, ist nunmehr zu untersuchen, inwieweit das deutsche Bundesdatenschutzgesetz das genetische Datum und seinen Schutz berücksichtigt.

Das deutsche Bundesdatenschutzgesetz erwähnt das genetische Datum zwar nicht ausdrücklich. Es enthält aber für besondere Arten personenbezogener Daten gesonderte Verarbeitungsvorschriften. Dabei ist an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass das 2001 im Anschluss an die europäische Datenschutzrichtlinie novellierte Bundesdatenschutzgesetz die Verarbeitung, Nutzung und Erhebung von Daten als Teilfacetten eines Gesamtkomplexes einheitlich regelt,<sup>431</sup> während früher die Datennutzung als Annex zur Verarbeitung angesehen wurde und die alten Fassungen des Bundesdatenschutzgesetzes überhaupt nur wenige Regelungen zur Zulässigkeit der Datenerhebung enthielten.

#### 3.4.1 Genetische Daten im Bundesdatenschutzgesetz

Zunächst ist festzustellen, dass es generell keine „belanglosen“ Daten gibt.<sup>432</sup> Die Datenschutzgesetze in der Bundesrepublik Deutschland haben daher von Anfang an keine zwingenden Verarbeitungsvorgaben von abstrakt definierten besonderen Datenkategorien abhängig gemacht, auch nicht von solchen, die in der Fachdiskussion als sensible Daten bezeichnet werden. Der Staat und die Wirtschaft benötigten grundsätzlich einen rechtfertigenden Grund, wenn sie in die informationelle Selbstbestimmung des Bürgers eindringen wollen.<sup>433</sup> Es handelte sich um ein klares Regel-Ausnahme-Verhältnis.

---

<sup>431</sup> Siehe: § 27 Abs. 1 S. 1 BDSG. Die Regelung basiert auf Art. 2 b DSRL, wonach Erhebung als Verarbeitungsform anzusehen ist. Vergleiche dazu auch: Roßnagel/*Hoeren*, Kapitel 4.6 Rn. 1.

<sup>432</sup> BVerfGE 65, 1 (45).

<sup>433</sup> So genanntes Verbotsprinzip mit Erlaubnisvorbehalt, vergleiche dazu beispielsweise: Roßnagel/*Tinnefeld*, Kapitel 4.1 Rn. 1.

Die europäische Datenschutzrichtlinie versucht, die Zulässigkeit besonderer Arten von personenbezogenen Daten detailliert für jede Form der Verwendung in Artikel 8 zu regeln.<sup>434</sup> Der Katalog der besonderen Daten findet sich in § 3 Absatz 9 BDSG wieder. Das grundsätzliche Verarbeitungsverbot und die Ausnahmetatbestände sind im Bundesdatenschutzgesetz in den entsprechenden Abschnitten – insbesondere getrennt nach privatem und öffentlich-rechtlichem Bereich – geregelt:

- in § 4 a Absatz 3 BDSG die Einwilligung bei besonderen Daten,
- in § 13 Absatz 2, § 14 Absatz 5 und § 16 Absatz 1 Nummer 2 BDSG die Verwendung im öffentlichen Bereich,
- in § 28 Absätze 6 bis 8 BDSG die Datenerhebung, Datenverarbeitung und Datennutzung für eigene Zwecke im privaten Bereich,
- in § 29 Absatz 5 BDSG, der auf die einschlägigen Regelungen in § 28 BDSG verweist, die geschäftsmäßige Datenerhebung und Datenspeicherung zum Zwecke der Übermittlung.

Der Sinn der Regelung besteht darin, den Umgang mit solchen Daten grundsätzlich zu verbieten, bei denen die Gefahr einer diskriminierenden Verwendung besteht. Insoweit steht dieses Verbot im Zusammenhang mit dem Diskriminierungsverbot in Artikel 14 EMRK und in Artikel 3 Absatz 3 GG. Wegen bestimmter Eigenschaften in der menschlichen Gesellschaft diskriminiert zu werden, wiegt als Angriff auf die Person schwer. Der Druck der Öffentlichkeit, sensitive Daten bis hin zu Gesundheitsdaten offen zu legen, ist dennoch groß.<sup>435</sup> Andererseits ergibt sich die Sensitivität eines Datums in der Regel erst im konkreten Verwendungszusammenhang, zum Beispiel bei der Verwendung von Gesundheitsdaten im Rahmen eines Lebensversicherungsvertrages oder eines Forschungsvorhabens.

---

<sup>434</sup> Siehe dazu: Roßnagel/Tinnefeld, Kapitel 4.1 Rn. 13.

<sup>435</sup> Vergleiche: Schrader, DuD 2000, 68 (68 f.).

Von dem in § 3 Absatz 9 BDSG im Einklang mit Artikel 8 Absatz 1 EG-DSRL enthaltenen Katalog sensibler Daten kommen für die in Frage stehende Problematik der datenschutzrechtlichen Einwilligung in der Humangenetik lediglich die Daten über die Gesundheit in Betracht. Gesundheitsdaten schließen Informationen über die frühere, derzeitige und zukünftige physische und geistige Gesundheit sowie Informationen über Drogen- und Alkoholmissbrauch ein.

### **3.4.2 Verwendungsregeln für besondere Arten personenbezogener Daten**

Nach Artikel 8 EG-DSRL ist nur unter den dort genannten Voraussetzungen eine Datenverwendung durch die Mitgliedstaaten der Europäischen Union gestattet. Diese Ausnahmeveraussetzungen wurden im novellierten deutschen Bundesdatenschutzgesetz berücksichtigt und finden sich in den oben bereits genannten Vorschriften wieder. Dabei wird die Grundregel des Datenschutzes – also das Verbotsprinzip mit Erlaubnisvorbehalt – für diese besonderen Arten von personenbezogenen Daten verstärkt, indem der für Ausnahmen vorgesehene Rahmen für sie enger gezogen wird.

#### **3.4.2.1 Bereich des öffentlichen Rechts**

Die nachstehenden Rechtsgrundlagen der Datenerhebung gelten nach § 12 Absatz 1 BDSG zunächst für alle öffentlichen Stellen des Bundes, soweit sie nicht als öffentlich-rechtliche Unternehmen am Wettbewerb teilnehmen.<sup>436</sup> Die Erhebung von besonderen Arten personenbezogener Daten regelt für die öffentlichen Stellen des Bundes insoweit § 13 Absatz 2 BDSG, der im Jahr 2001 im Rahmen der Novellierung des Bundesdatengesetzes eingefügt wurde und dem Erfordernis geschuldet ist, die europäische Datenschutzrichtlinie in nationales Gesetz umzusetzen. Der Absatz 2 konkretisiert für die in § 3 Absatz 9 BDSG ge-

---

<sup>436</sup> Auf die jeweiligen öffentlichen Stellen der Länder soll hier nicht eingegangen werden. Eine umfassende Darstellung der jeweiligen Regelungen in den Datenschutzgesetzen der Länder würde den gesetzten Rahmen dieser Arbeit sprengen.

nannten sensitiven Daten einschränkend die Ausnahmen vom Grundsatz des Erhebungsverbots. Die weitere Verwendung der erhobenen sensitiven Daten wiederum ist in § 14 Absatz 5 und 6 BDSG geregelt, wobei grundsätzlich die gleichen Voraussetzungen wie für die Datenerhebung gelten.<sup>437</sup>

Um einen gegenüber dem allgemeinen Verbotsgrundsatz erhöhten Schutz zu erreichen,<sup>438</sup> wird die Erhebung besonderer Arten personenbezogener Daten grundsätzlich verboten. Nur bei Vorliegen der Voraussetzungen eines der neun Ausnahmetatbestände dürfen solche Daten erhoben werden, wobei diese Ausnahmetatbestände eng auszulegen sind, um das erhöhte Schutzniveau nicht zu unterlaufen.

### **3.4.2.1 Rechtsvorschrift oder wichtiges öffentliches Interesse**

Die erste Ausnahme stellt eine Art Generalvollmacht dar. Soweit eine Rechtsvorschrift das Erheben sensitiver Daten vorsieht, ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber das besondere öffentliche Interesse an der Erhebung geprüft und bejaht hat.<sup>439</sup> Die zweite Variante wiederum ist auf den Fall zugeschnitten, in dem die ermächtigende Rechtsvorschrift zwar die Erhebung der sensitiven Daten nicht ausdrücklich zulässt, diese sachlich aber zwingend geboten ist. Diese Generalvollmacht eröffnet die Möglichkeit, eine Erhebung genetischer Daten durch eine öffentliche Stelle spezialgesetzlich – also beispielsweise im Bereich der Strafprozessordnung oder in der Sozialgesetzgebung – zu regeln.

---

<sup>437</sup> Die nachfolgende Erörterung beschränkt sich demnach auf die Regelungen des § 13 Abs. 2 BDSG.

<sup>438</sup> Zur Erforderlichkeit nach der EG-Datenschutzrichtlinie vergleiche: *Dammann/Simitis*, Art. 8 Erl. 5.

<sup>439</sup> *Gola/Schomerus*, § 13 Rn. 14.

### 3.4.2.1.2 Einwilligung

Das Erheben besonderer Arten personenbezogener Daten ist nach Nummer 2 der Vorschrift mit Einwilligung der betroffenen Person zulässig. Die Anforderungen für die Erteilung einer wirksamen Einwilligung wiederum regelt § 4a BDSG, auf den sich § 13 Absatz 2 Nummer 2 BDSG bezieht.<sup>440</sup> Diese Variante hat der deutsche Gesetzgeber beispielsweise auch im Rahmen der Strafprozessordnung für den so genannten DNA-Massentest gewählt, der insoweit auf die Einwilligung der Teilnehmer angewiesen ist.

### 3.4.2.1.3 Schutz lebenswichtiger Interessen

Die Ausnahmeregelung Nummer 3 nennt zwei Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Datenerhebung: lebenswichtige Interessen des Betroffenen oder eines Dritten und das Außerstandesein des Betroffenen, seine Einwilligung zu geben.

Insoweit geht der Ausnahmetatbestand über die Vorgabe der Datenschutzrichtlinie hinaus, da er auch die lebenswichtigen Interessen eines Dritten – beispielsweise eines Angehörigen – mit einbezieht. Problematisch an dieser Ausnahmeregelung ist allerdings, dass unklar ist, wie ermessen werden soll, ob der sich außerstande befindende Betroffene seine Einwilligung erteilen würde. Insoweit müsste auf einen mutmaßlichen Willen des Betroffenen abgestellt werden.

Eine mutmaßliche Einwilligung ist dem Bundesdatenschutzgesetz allerdings unbekannt. Gleichwohl ist der Ansicht von Dammann/ Simitis<sup>441</sup> zuzustimmen, dass eine im lebenswichtigen Interesse des Betroffenen liegende Datenverwendung nicht deshalb unterbleiben darf, weil nicht zu klären ist, ob er auch die erforderliche ausdrückliche Einwilligung erteilen würde.

---

<sup>440</sup> Auf die Einwilligung wird im Folgenden noch ausführlich an gesonderter Stelle einzugehen sein.

<sup>441</sup> Dammann/Simitis, Art. 8 Rn.

Ob ein solches Interesse allerdings im Hinblick auf die Erhebung von genetischen Daten, die regelmäßig zur Prognose von noch in der Zukunft liegenden Krankheiten, überhaupt in Frage kommt, ist zweifelhaft. Zumindest theoretisch denkbar wäre allerdings, dass bestimmte Therapien nur bei Gewissheit über die genetische Konstitution begonnen werden könnten, weil sie sonst im konkreten Fall nicht nur wirkungslos, sondern auch gefährlich wären.

### **3.4.2.1.4 Offenkundig öffentliche Daten**

Die Ausnahmeregelung Nummer 4 bezieht sich auf Daten, die die betroffene Person offenkundig öffentlich gemacht hat, wobei der entscheidende Unterschied zur Einwilligung darin liegt, dass das Wissen darum, welche Daten einer öffentlichen Stelle tatsächlich zur Kenntnis gelangen, fehlt.<sup>442</sup> Die Veröffentlichung der Daten muss aber – insoweit wie bei der Einwilligung – auf einem eindeutigen Willen des Betroffenen beruhen.<sup>443</sup>

Nur aus diesem Grund kann auf den besonderen Schutz verzichtet werden, was nicht bedeutet, dass die allgemeinen Schutzvorschriften nicht mehr gelten;<sup>444</sup> denn richtlinienkonform greift das Erhebungsverbot bei öffentlich gemachten Daten auch dann ein, wenn eine Datenverarbeitung geeignet ist, die Privatsphäre oder die Grundfreiheiten der betroffenen Person zu gefährden.<sup>445</sup> Die Vorschrift ist demnach restriktiv auszulegen, und von ihr ist nur sehr zurückhaltend Gebrauch zu machen.

Hinsichtlich der Erhebung genetischer Daten ist der Anwendungsbereich dieser Ausnahmeregelung wiederum denkbar eng und nur mit einer gewissen Phantasie zu füllen. Theoretisch ist aber allenfalls an

<sup>442</sup> Simitis/Sokol, § 13 Rn. 38.

<sup>443</sup> Gola/Schomerus, § 13 Rn 18; Däubler/Klebe/Wedde/Weichert/Wedde, § 13 Rn. 31.

<sup>444</sup> Dammann/Simitis, Art. 8 Rn. 26; Däubler/Klebe/Wedde/Weichert/Wedde, § 13 Rn. 32.

<sup>445</sup> So auch: Ehmann/Helfrich, Art. 8 Rn. 38; Gola/Schomerus, § 13 Rn. 18; Simitis/Sokol, § 13 Rn. 38.

die Veröffentlichung von genetischen Veranlagungen im Internet zu denken.

### **3.4.2.1.5 Gefahr für die öffentliche Sicherheit**

Besondere Arten personenbezogener Daten können nach Nummer 5 der Vorschrift auch zum Zwecke der Gefahrenabwehr erhoben werden. Dabei muss es sich um eine drohende Gefahr für die öffentliche Sicherheit im Sinne des Polizeirechts handeln. Eine Gefahr für die öffentliche Ordnung genügt keinesfalls.<sup>446</sup> Die Gefahr muss zudem erheblich sein,<sup>447</sup> was bedeutet, dass die den Eingriff rechtfertigende Gefahr sich auf ein qualifiziertes Rechtsgut beziehen muss, wie zum Beispiel auf den Bestand des Staates, auf das Leben, die Gesundheit oder Freiheit Einzelner.<sup>448</sup>

Ein relativ aktuelles Beispiel dafür liefert allerdings die so genannte „präventive Rasterfahndung“, die in engen Grenzen vom Bundesverfassungsgericht für zulässig angesehen wird, sofern es sich um eine konkrete Gefahr für hochrangige Rechtsgüter handelt, sich mithin nicht mehr im Vorfeld der Gefahrenabwehr bewegt.<sup>449</sup>

Weiterhin ist zu berücksichtigen, dass diese Ausnahmeregelung ihre Grundlage in Art. 3 Absatz 2 EG-DSRL findet, der den Bereich der öffentlichen Sicherheit vom Gemeinschaftsrecht ausnimmt. Der deutsche Gesetzgeber ist daher frei, hier Sonderregelungen zu treffen,<sup>450</sup> was er üblicherweise bereits nach der ersten Ausnahme des § 13 Absatz 2 BDSG beispielsweise mit der Strafprozessordnung oder den Polizeigesetzen getan hat. Der Sinn dieser Aufführung kann daher – abgesehen vielleicht von einer klarstellenden Funktion – bezweifelt werden. Im Übrigen kann auch hier darauf verwiesen werden, dass die Regelun-

---

<sup>446</sup> Simitis/*Sokol*, § 13 Rn. 39.

<sup>447</sup> Däubler/Klebe/Wedde/Weichert/*Wedde*, § 13 Rn. 33.

<sup>448</sup> Simitis/*Sokol*, § 13 Rn. 39.

<sup>449</sup> BVerfGE 115, 320 (320 – Leitsatz).

<sup>450</sup> Gola/*Schomerus*, § 13 Rn. 19.

gen des Bundesdatenschutzes grundsätzlich subsidiär sind, sofern bereichsspezifische Regelungen bestehen.

Eine Anwendung dieser Ausnahmeregelung für die Erhebung genetischer Daten scheint nahezu ausgeschlossen, müsste durch sie doch eine öffentliche Gefahr abgewendet werden können. Gäbe es aber bestimmte spezialgesetzliche Regelungen wie die Strafprozessordnung nicht und wäre ein sofortiges Eingreifen erforderlich, könnte auf diese Ausnahme zurückgegriffen werden – theoretisch jedenfalls.

### **3.4.2.1.6 Belange des Gemeinwohls**

Auch die Ausnahme zugunsten des Erhalts des Gemeinwohls hat ihre Grundlage in Artikel 8 Absatz 4 EG-DSRL. Der Tatbestand ist erfüllt, wenn die Erhebung sensitiver Daten zur Abwehr erheblicher Nachteile für das Gemeinwohl oder zur Wahrung erheblicher Belange des Gemeinwohls zwingend erforderlich ist. Der Begriff des „Gemeinwohls“ ist allerdings außerordentlich weit.<sup>451</sup> Gleichermaßen gilt für die Begriffe „Nachteile“ und „Belange“. Eine gewisse Eingrenzung leistet die Bestimmung, indem sie immerhin das Vorliegen erheblicher Nachteile und Belange fordert. In Anbetracht der Anforderungen des Artikels 8 Absatz 4 EG-DSRL setzt nach der Gesetzesbegründung<sup>452</sup> die Anwendbarkeit der Ausnahmeregelung voraus, dass die Schwelle für die Annahme erheblicher Nachteile oder erheblicher Belange des Gemeinwohls hoch anzusiedeln ist. Bei verfassungskonformer Auslegung dürfte diese Vorschrift nur äußerst selten anwendbar sein<sup>453</sup> und kann daher hier auch vernachlässigt werden, zumal der Gesetzgeber unter Abwägung des Gemeinwohls mit individuellen Interessen regelmäßig das Recht auf informationelle Selbstbestimmung spezialge-

---

<sup>451</sup> Simitis/Sokol, § 13 Rn. 40; zur Eingrenzung des Begriffs erwägen Gola/Schomerus, § 13 Rn. 20, und Däubler/Klebe/Wedde/Weichert/Wedde, § 13 Rn. 35, das Hinzuziehen der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 12 GG, vergleiche nur: BVerfGE 7, 405; 11, 183 f.

<sup>452</sup> Vergleiche dazu: Christians, RDV 2000, Sonderbeilage, 1 (55).

<sup>453</sup> So auch: Däubler/Klebe/Wedde/Weichert/Wedde, § 13 Rn. 35; Simitis/Sokol, § 13 Rn. 40.

setzlich einschränkt. Das gilt insbesondere auch für die Erhebung genetischer Daten.

### **3.4.2.1.7 Gesundheitsvorsorge**

Nach § 13 Absatz 2 Nummer 7 BDSG ist der medizinische Sektor vom Verbot der Erhebung besonderer Arten personenbezogener Daten ausgenommen, wobei sich diese Ausnahme lediglich auf Daten über die Gesundheit bezieht.<sup>454</sup> Erfasst werden damit alle gesundheitsbezogenen Dienstleistungen präventiver, diagnostischer, kurativer oder nachsorgender Art.<sup>455</sup> Allerdings sind nach richtlinienkonformer Auslegung Krankenversicherungen und andere Finanzdienstleistungen, die nur mittelbar etwas mit Gesundheitsdiensten zu tun haben, von dieser Ausnahmeregelung nicht erfasst.<sup>456</sup> Was sich also zunächst wie eine maßgeschneiderte Vorschrift für Kranken- oder Lebensversicherer liest, spielt bei der Lösung der Verarbeitungsproblematik hinsichtlich genetischer Daten in diesen Bereichen keine Rolle.

### **3.4.2.1.8 Wissenschaftliche Forschung**

Die Ausnahme zugunsten der wissenschaftlichen Forschung hat ihre Basis ebenfalls in Artikel 8 Absatz 4 EG-DSRL und muss zusammen mit § 14 Absatz 5 Nummer 2 BDSG gelesen werden.<sup>457</sup> Die zweckfreie wissenschaftliche Forschung ist demnach grundsätzlich geschützt; an ihrer Durchführung besteht ein wichtiges öffentliches Interesse.<sup>458</sup> Die Ausnahmeregelung erfasst einmal Forschungsvorhaben, die von öffentlichen Stellen initiiert und durchgeführt werden, ferner auch solche, für deren Durchführung der Zugang zu sensitiven Daten bei öffentlichen Stellen des Bundes erforderlich ist. Voraussetzung für die

---

<sup>454</sup> Simitis/*Sokol*, § 13 Rn. 41; für die Verarbeitung sind die Besonderheiten des § 14 Absatz 6 BDSG zu berücksichtigen, auf die hier mangels Relevanz nicht näher eingegangen werden soll.

<sup>455</sup> Dammann/Simitis, Art. 8 Rn. 18.

<sup>456</sup> Dammann/Simitis, Art. 8 Rn. 18; Däubler/Klebe/Wedde/Weichert/Wedde, § 13 Rn. 37; Simitis/*Sokol*, § 13 Rn. 41.

<sup>457</sup> In diesem Fall werden die Voraussetzungen der Datenerhebung ergänzt.

<sup>458</sup> So: Simitis/*Sokol*, § 13 Rn. 42.

Zulässigkeit der Erhebung sensibler Daten für das Forschungsprojekt ist eine Interessenabwägung.<sup>459</sup> Das wissenschaftliche Interesse an der Durchführung muss das des Betroffenen an der Nichterhebung erheblich übersteigen. Dies kann beispielsweise der Fall sein, wenn das Forschungsvorhaben erhebliche Auswirkungen etwa für die Gesundheit oder die soziale Sicherheit der Bevölkerung hat.

Für die Erhebung und Verarbeitung genetischer Daten ist diese Ausnahme damit durchaus von beträchtlicher Bedeutung. Da allerdings wissenschaftliche Forschungsvorhaben nicht Gegenstand dieser Untersuchung sind, sei diese Ausnahme nur der Vollständigkeit halber erwähnt.

### **3.4.2.1.9 Gründe der Verteidigung**

Die letzte Ausnahme vom Erhebungsverbot der besonderen Arten personenbezogener Daten hat die Verteidigung oder die Erfüllung über- oder zwischenstaatlicher Verpflichtungen zum Gegenstand. Diese Verpflichtungen müssen einer öffentlichen Stelle des Bundes obliegen und einer Krisenbewältigung, Konfliktverhinderung oder humanitären Maßnahmen dienen. Nur zwingende Gründe können die Datenerhebung rechtfertigen. Damit sind erhöhte Anforderungen an die Begründungslast gestellt.<sup>460</sup> Ihren Ursprung findet diese Ausnahmeregelung nicht in der europäischen Datenschutzrichtlinie, da der Bereich nach Artikel 3 Absatz 2 EG-DSRL vom Gemeinschaftsrecht ausgenommen ist.<sup>461</sup> Eine Anwendung auf die Erhebung genetischer Daten scheint ausgeschlossen zu sein.

### **3.4.2.2 Bereich des Privatrechts**

Die nachstehenden Rechtgrundlagen gelten nach § 27 Absatz 1 BDSG für alle nicht-öffentlichen Stellen, sofern die Verarbeitung nicht ausschließlich für persönliche oder familiäre Zwecke erfolgt. Die Erhe-

---

<sup>459</sup> Dazu: *Gola/Schomerus*, § 13 Rn. 23.

<sup>460</sup> Däubler/Klebe/Wedde/Weichert/*Wedde*, § 13 Rn. 40; Simitis/*Sokol*, § 13 Rn. 43.

<sup>461</sup> *Gola/Schomerus*, § 13 Rn. 24.

bung und weitere Verwendung von sensitiven Daten durch nicht-öffentliche Stellen regelt insoweit § 28 Absatz 6 bis 9 BDSG. Diese Vorschrift zieht – wie schon im fast wortgleichen § 13 Absatz 2 BDSG – die Konsequenzen aus der Entscheidung des Gesetzgebers, die Weigerung, personenbezogene Daten in abstrakten Kategorien zusammenzufassen, aufzugeben und der Forderung der europäischen Datenschutzrichtlinie nachzukommen, sensitive Daten besonders zu behandeln.<sup>462</sup> Vordergründig gilt § 28 BDSG zwar nur für die Verwendung für „eigene Zwecke“, bei einer geschäftsmäßigen Erhebung und Verarbeitung gilt aber nach § 29 Absatz 5 BDSG nichts anderes.<sup>463</sup>

### 3.4.2.2.1 Einwilligung

Sensitive Daten können nach § 28 Absatz 6 BDSG grundsätzlich nur mit Einwilligung des Betroffenen verwendet werden. Über die generell für die Einwilligung geltenden Anforderungen des § 4a Absatz 1 und 2 BDSG hinausgehend, dürfen sensitive Daten nur verwendet werden, wenn sich der Betroffene nach § 4a Absatz 3 BDSG ausdrücklich damit einverstanden erklärt hat. Insoweit gilt nichts anderes als für die Einwilligung im öffentlichen Bereich.<sup>464</sup> Wie im Folgenden noch zu zeigen sein wird, ist auch im Bereich des Privatrecht die Einwilligung des Betroffenen für die Erhebung genetischer Daten die zentrale Ermächtigung.

### 3.4.2.2.2 Ausnahmen vom Erfordernis der Einwilligung

Ohne Einwilligung des Betroffenen ist eine Verwendung von besonderen Arten personenbezogener Daten zunächst nur in vier vom Gesetz ausdrücklich und abschließend in § 28 Absatz 6 Nummer 1 bis 4 BDSG aufgezählten Fällen zulässig.

---

<sup>462</sup> Simitis/*Simitis*, § 28 Rn. 320.

<sup>463</sup> Im Folgenden beschränkt sich die Darstellung daher auf die Regelungen des § 28 Abs. 6 bis 9 BDSG.

<sup>464</sup> Wiederum sei darauf verwiesen, dass auf die Einwilligung an gesonderter Stelle noch ausführlich eingegangen wird.

### **3.4.2.2.1 Schutz lebenswichtiger Interessen**

Die Verarbeitung besonderer Arten personenbezogener Daten ist auch erlaubt, sofern dies zum Schutz lebenswichtiger Interessen der betroffenen Person oder eines Dritten – beispielsweise bei der Gefahr einer schweren Infektion – erforderlich ist. Voraussetzung ist aber, dass die betroffene Person aus physischen oder rechtlichen Gründen nicht in der Lage ist, ihre Einwilligung in die Datenverarbeitung zu erteilen.<sup>465</sup> Im Fall der Verarbeitung genetischer Daten dürfte diese Ausnahme – jedenfalls nach heutigem Stand der Wissenschaft – keine Rolle spielen; denn die Verarbeitung erfolgt regelmäßig hinsichtlich noch in der Zukunft liegender genetischer Risiken. Eine gegenwärtige Gefahr für lebenswichtige Interessen ist damit kaum denkbar, mithin die Möglichkeit, beispielsweise durch richterliche Entscheidung die Einwilligung des Betroffenen zu ersetzen, in aller Regel gegeben.

### **3.4.2.2.2 Offenkundig öffentliche Daten**

Auch bei den offenkundig öffentlich gemachten Daten kann auf die Ausführungen im Bereich des öffentlichen Rechts verwiesen werden. Soweit die betroffene Person (genetische) Daten freiwillig öffentlich gemacht hat,<sup>466</sup> steht ihr nach Artikel 8 Absatz 2 Lit. e 1. Alternative DSRL beziehungsweise § 28 Absatz 6 Nummer 2 BDSG kein besonderer Schutzanspruch zu. Zu denken ist hier beispielsweise an die Veröffentlichung bestimmter genetischer Anlagen im Internet.

### **3.4.2.2.3 Rechtliche Ansprüche**

Das Verwendungsverbot für besondere Arten personenbezogener Daten gilt nach § 28 Absatz 6 Nummer 3 BDSG zudem auch dann nicht, wenn die Daten zur Geltendmachung, Ausübung oder Verteidigung

---

<sup>465</sup> Im Übrigen kann auf die Ausführungen zum Schutz lebenswichtiger Interessen im öffentlichen Bereich verwiesen werden. Siehe auch die Darstellung bei: Däubler/Klebe/Wedde/Weichert/Wedde, § 28 Rn. 135 f.; Simitis/Simitis, § 28 Rn. 327 ff.

<sup>466</sup> Vergleiche auch: Gola/Schomerus, § 28 Rn. 69; Simitis/Simitis, § 28 Rn. 330.

rechtlicher Ansprüche erforderlich sind.<sup>467</sup> Entscheidend ist nur der Verwendungszweck. Solange es darum geht, Ansprüche durchzusetzen, ist es gleichgültig, ob die Auseinandersetzung vor Gericht, in einem Schlichtungsverfahren, einem Anwaltsgespräch oder in einer Verhandlung zwischen den Parteien selbst stattfindet.<sup>468</sup>

Der Begriff des rechtlichen Anspruchs umfasst Rechtspositionen sowohl des öffentlichen wie auch des privaten Rechts, die sich aus vertraglichen Beziehungen oder vertragsähnlichen Vertrauensverhältnissen ergeben.<sup>469</sup> Neben der eigentlich selbstverständlichen Verpflichtung, nur erforderliche Daten des Betroffenen zu verwenden, setzt das Bundesdatenschutzgesetz eine Interessenabwägung voraus, wobei wiederum eine Verwendung erst zulässig ist, wenn kein Grund zur Annahme besteht, dass die Belange des Betroffenen vorgehen müssen.<sup>470</sup> Insoweit verschärft das Gesetz die Abwägungsgrundsätze auch hier.<sup>471</sup> Trotz dieser Einschränkungen bietet die Ausnahme nach Nummer 3 den wohl größten Anwendungsspielraum für die Erhebung genetischer Daten. Darauf wird im Zusammenhang mit der Erhebung für Zwecke der privaten Personenversicherung noch ausführlich einzugehen sein.

#### **3.4.2.2.2.4 Wissenschaftliche Forschung**

Für die wissenschaftliche Forschung gilt insoweit wieder das Gleiche wie für die entsprechende Regelung im öffentlichen Bereich. Der Schwerpunkt liegt auch hier auf der Interessenabwägung; ein wissen-

---

<sup>467</sup> Insoweit geht die Regelung im BDSG über die Vorgabe des Art. 8 Abs. 2 Lit. e 2. Alternative EG-DSRL hinaus; die Richtlinie verlangt ein Geltendmachen usw. vor Gericht.

<sup>468</sup> Simitis/*Simitis*, § 28 Rn. 332; insoweit geht das BDSG über die EG-Datenschutzrichtlinie hinaus, die die Ausnahme auf die Geltendmachung vor Gericht beschränkt.

<sup>469</sup> *Gola/Schomerus*, § 28 Rn. 70 ff.; *Gola*, RDV 2001, 125 (127); *Däubler*, NZA 2001, 874 (877 f.); *Simitis/Simitis*, § 28 Rn. 333; ebenso, aber für eine sehr restriktive Anwendung: *Däubler/Klebe/Wedde/Weichert/Wedde*, § 28 Rn. 140; vergleiche aber auch: *Tinnefeld*, DuD 2002, 231 (233); ablehnend: *Franzen*, RDV 2003, 1 (3).

<sup>470</sup> *Simitis/Simitis*, § 28 Rn. 334.

<sup>471</sup> *Simitis/Simitis*, § 28 Rn. 334.

schaftliches Interesse allein genügt jedenfalls nicht.<sup>472</sup> Eine nähere Be trachtung unterbleibt wegen der insoweit engen Fragestellung hier ebenfalls, zumal die Wissenschaft regelmäßig ohnehin mit anonymisierten Daten arbeitet.

### **3.4.2.2.3 Gesundheitsvorsorge**

Besondere Arten personenbezogener Daten dürfen nach § 28 Absatz 7 BDSG nur für Zwecke der Gesundheitsvorsorge, der medizinischen Diagnostik, der Gesundheitsversorgung, der Behandlung und der Verwaltung von Gesundheitsdiensten erhoben werden, sofern dies erforderlich ist und allein durch der Schweigepflicht unterliegenden ärztlichem Personal erfolgt.

Wie die Datenschutzrichtlinie in Artikel 8 Absatz 2 und 3 unterscheidet auch das Bundesdatenschutzgesetz zwischen den allgemeinen Verwendungsvoraussetzungen sensitiver Daten einerseits und dem Umgang mit diesen im medizinischen Sektor anderseits. Der Sinn dieser Aufspaltung mag bezweifelt werden, findet seinen Grund möglicherweise aber darin, dass Angaben, die der medizinischen Versorgung dienen, fast durchweg eigenen, bereichsspezifischen Vorschriften unterliegen,<sup>473</sup> die dem Bundesdatenschutzgesetz nach § 1 Absatz 3 BDSG vorgehen.<sup>474</sup> Damit wird zugleich deutlich, dass sich die Regelung des § 28 Absatz 7 BDSG jedenfalls grundsätzlich nur auf Gesundheitsdaten bezieht.

Eine Erhebung von Gesundheitsdaten durch Krankenversicherungen ist allerdings auf der Grundlage des § 28 Absatz 7 BDSG nicht möglich;<sup>475</sup> zwar dienen sie mittelbar der medizinischen Versorgung des

<sup>472</sup> Da die wissenschaftliche Forschung nicht Schwerpunkt dieser Arbeit ist, wird auf weitere Ausführungen verzichtet und insoweit auf entsprechende Kommentierungen verwiesen. Siehe beispielsweise: Simitis/*Simitis*, § 28 Rn. 335 ff.; Däubler/Klebe/Wedde/*Wedde*, § 28 Rn. 142 f.

<sup>473</sup> Gola/Schomerus, § 28 Rn. 74; Simitis/*Simitis*, § 28 Rn. 338; Däubler/Klebe/Wedde/*Wedde*, § 28 Rn. 146.

<sup>474</sup> So auch: Simitis/*Simitis*, § 28 Rn. 338.

<sup>475</sup> Däubler/Klebe/Wedde/*Weichert/Wedde*, § 28 Rn. 145.

Betroffenen, zählen aber nicht im Sinne des § 28 Absatz 7 Satz 1 BDSG zur „Verwaltung von Gesundheitsdiensten“.<sup>476</sup> Die Erhebung von genetischen Daten ist damit nach dieser Ausnahmebestimmung nicht möglich.

### **3.4.2.2.4 Vereine und andere besondere Organisationen**

Sonderregeln gelten nach § 28 Absatz 9 BDSG auch für Vereine oder andere Organisationen, die politischen, philosophischen, religiösen oder gewerkschaftlichen Zielen nachgehen. Damit sind unter anderem Religionsgemeinschaften, Gewerkschaften und Parteien gemeint, die einerseits keinen Erwerbszweck verfolgen,<sup>477</sup> andererseits im Rahmen ihrer spezifischen Ausrichtung besondere Arten personenbezogener Daten aus Gründen des berechtigten Interesses benötigen. Unzulässig ist aber eine Verwendung für ein von einer solchen Organisation betriebenes kommerzielles Unternehmen.<sup>478</sup> Ebenso unzulässig ist eine Übermittlung der Daten an Dritte ohne die ausdrückliche Einwilligung des Betroffenen.<sup>479</sup>

Für die in Frage stehenden genetischen Daten kommt eine Verwendung nach dieser Ausnahmeregelung kaum in Betracht; denn die Vorschrift sieht lediglich eine tendenzbezogene Verwendung der sensiblen Daten vor, was bedeutet, dass eine religiöse Organisation zwar Angaben zur religiösen Überzeugung seiner Mitglieder oder von in regelmäßigm Kontakt stehenden Interessenten, aber nicht Daten zu ihrer politischen Einstellung verwenden darf.<sup>480</sup> Eine Organisationsform, die ein berechtigtes Interesse an den genetischen Konstitutionen ihrer Mitglieder hat, ist – zumindest noch – schwer vorstellbar. Eine weitere Betrachtung dieser Ausnahmeregelung im Zusammenhang mit der Humangenetik erübrigt sich damit vorerst.

---

<sup>476</sup> Simitis/*Simitis*, § 28 Rn. 342; vergleiche auch: *Dammann/Simitis*, Art. 8 Rn. 18.

<sup>477</sup> Dazu: *Dammann/Simitis*, Art. 8 Rn. 14 f.; *ErfK-Wank*, § 28 Rn. 34.

<sup>478</sup> Däubler/Klebe/Wedde/Weichert/*Wedde*, § 28 Rn. 153.

<sup>479</sup> *Gola/Schomerus*, § 28 Rn. 76.

<sup>480</sup> *Dammann/Simitis*, Art. 8 Rn. 15; ebenso: *Gola/Schomerus*, § 28 Rn. 76; Däubler/Klebe/Wedde/Weichert/*Wedde*, § 28 Rn. 154; *Simitis/Simitis*, § 28 Rn 358.

### **3.4.2.3 Nur begrenzte Ermächtigungen**

Die Darstellung der Ausnahmen für den öffentlichen Bereich zeigt zum einen, dass die meisten Vorschriften in der rechtlichen Praxis – ganz allgemein jedenfalls – von eher untergeordneter Bedeutung sind, zum anderen, dass es für die Verarbeitung von genetischen Daten durch öffentliche Stellen insbesondere auf die bereichsspezifischen Rechtsvorschriften – in diesem Fall würden die Regelungen des Bundesdatenschutzgesetzes subsidiär zurücktreten – und auf die datenschutzrechtliche Einwilligung der betroffenen Person ankommt, sofern sie der Gesetzgeber in dem jeweiligen öffentlichen Bereich zulässt.

Die Ausnahmen vom grundsätzlichen Verwendungsverbot für private verantwortliche Stellen sind hingegen noch erheblich enger gefasst, da die Regelungen des Bundesdatenschutzgesetzes insoweit abschließend sind. Neben der datenschutzrechtlichen Einwilligung des Betroffenen, § 4a BDSG, den bereichsspezifischen Ausnahmen der medizinischen Versorgung nach § 28 Absatz 7 BDSG, dürfte von den im Gesetz genannten Ausnahmeregelungen regelmäßig allein die Geltendma-chung, Ausübung oder Verteidigung eines rechtlichen Anspruchs in Betracht kommen, § 28 Absatz 6 Nr. 3 BDSG.

Damit ist zunächst festzuhalten, dass es für die Verarbeitung genetischer Daten sowohl durch öffentliche wie auch nicht-öffentliche verantwortliche Stellen entscheidend auf die datenschutzrechtliche Einwilligung ankommt.



## 4 Die datenschutzrechtliche Einwilligung

Nachdem festgestellt wurde, dass für die Verwendung von genetischen Daten regelmäßig die Einwilligung des Betroffenen nach § 4a BDSG nötig ist, werden im Nachfolgenden die Voraussetzung, die an eine wirksame, das heißt für die Datenverwendung eine rechtfertigende Wirkung entfaltende, Einwilligung zu stellen sind, dargestellt.

Gesetzlich ist die datenschutzrechtliche Einwilligung, die sowohl im öffentlichen wie auch im privaten Bereich eine der gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage gleichwertige Legitimationsbasis darstellt,<sup>481</sup> in § 4a BDSG geregelt, wobei für die Verwendung von besonderen Arten personenbezogener Daten insbesondere der Absatz 3 der Vorschrift zu beachten ist. Auch wenn das deutsche Datenschutzrecht selbstverständlich schon länger die Form der Einwilligung kannte, ist die jetzige gesetzliche Verankerung – insbesondere was die Besonderheiten der Einwilligung in die Verwendung von sensitiven Daten angeht – den Vorgaben der europäischen Datenschutzrichtlinie<sup>482</sup> geschuldet. Die Richtlinie stellt es dabei den Mitgliedstaaten jeweils frei, bei der Transformation in nationales Recht Vorschriften zu schaffen, die verhindern, dass das grundsätzliche Verwendungsverbot von der datenschutzrechtlichen Einwilligung der betroffenen Person wirksam aufgehoben werden kann.<sup>483</sup>

Von dieser Möglichkeit hat der deutsche Gesetzgeber allerdings bislang weder bei der Novellierung des Bundesdatenschutzgesetzes im Jahre 2001 noch mit einem späteren Änderungsgesetz oder gar einem gesonderten Gesetz – wie dem schon seit einiger Zeit diskutierten bereichsspezifischen Arbeitnehmerdatenschutzgesetz oder nun auch wieder einem Gendiagnostikgesetz<sup>484</sup> – Gebrauch gemacht.

---

<sup>481</sup> Roßnagel/Holznagel/Sonntag, Kapitel 4.8 Rn. 16.

<sup>482</sup> Vergleiche: Artikel 8 Abs. 2 EG-DSRL.

<sup>483</sup> Dazu: Tinnefeld, ZRP 2000, 10 ff.

<sup>484</sup> BT-Drucksache 16/10532.

## 4.1 Verfassungsrechtliche Grundlage

Die Ausgestaltung des informationellen Selbstbestimmungsrechts durch das „Volkszählungsurteil“ des Bundesverfassungsgerichts<sup>485</sup> setzt zunächst voraus, dass dem Einzelnen grundsätzlich selbst die Möglichkeit zukommen soll, über die Erhebung und Verarbeitung seiner Daten zu bestimmen, also in diese einzuwilligen.

Als Abwehrrecht bietet das Recht auf informationelle Selbstbestimmung einerseits einen Schutz gegen die Datenerhebung und Verarbeitung durch Dritte, es gewährt also die Freiheit vor Datenverarbeitung.<sup>486</sup> Andererseits gewährt es dem Einzelnen die Befugnis, grundsätzlich selbst über die Preisgabe seiner Daten zu bestimmen.

Aus diesem Zusammenspiel von abwehr- und freiheitsrechtlicher Funktion ergibt sich, dass die Einwilligung verfassungsrechtlich mit dem Inhalt für den Einzelnen vorgesehen ist, sich selbst zu entscheiden, ob er Dritten erlaubt, Datenerhebungen und Verarbeitungen vorzunehmen, die ohne seine Entscheidung den Charakter von Eingriffen in das informationelle Selbstbestimmungsrecht hätten.<sup>487</sup>

## 4.2 Rechtsnatur

Die Rechtsnatur der Einwilligung ist in der juristischen Literatur bislang umstritten. Einer Ansicht nach ist sie eine rechtsgeschäftliche Erklärung,<sup>488</sup> die widerstreitende Meinung ordnet sie hingegen als Realhandlung<sup>489</sup> ein.

---

<sup>485</sup> BVerfGE 65, 1 (43).

<sup>486</sup> Dazu und im Folgenden: *Schwenke*, Seite 220 f.

<sup>487</sup> *Geiger*, NVwZ 1989, 35 (36).

<sup>488</sup> *Simitis/Simitis*, § 4a Rn 23; *ErfK-Wank*, § 4a BDSG Rn. 1; *Hollmann*, NJW 1978, 2332 (2332); *Schuster/Simon*, NJW 1980, 1287 (1288); *Kohle*, AcP 185 (1985), 105 (152 ff.); *Podlech/Pfeiffer*, RDV 1998, 139 (152).

<sup>489</sup> *Däubler/Klebe/Wedde/Weichert/Däubler*, § 4a Rn. 5; *Erfk-Wank*, § 4 BDSG Rn. 5; *Gola/Schomerus*, § 4a Rn. 10; *Gola/Wronka*, Seite 126; *Schaffland/Wiltfang*, § 4 Rn. 15; so bereits: *Auernhammer*, BDSG 90, § 4 Rn. 11; *Dörr/Schmidt*, BDSG 90; § 4 Rn. 3; *Schütte*, NJW 1979, 592 (592); *von Uckermann*, DuD 1979, 163 (166).

Die Frage nach der Rechtsnatur ist von Bedeutung, weil ihre Antwort die Anfechtbarkeit und die Wirksamkeit der Einwilligung in den Fällen der Minderjährigkeit sowie bei der Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen beeinflusst; denn nur Willenserklärungen können angefochten werden und so mit Wirkung für die Vergangenheit rückgängig gemacht werden.<sup>490</sup> Beschränkt geschäftsfähige Minderjährige können zudem ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters wirksame rechtsgeschäftliche Erklärungen nur dann abgeben, wenn diese ausschließlich rechtlich vorteilhaft sind. Dies ist allerdings im Falle einer datenschutzrechtlichen Einwilligung nur schwer vorstellbar.

Nicht von der Hand zu weisen ist aber, dass die datenschutzrechtliche Einwilligung eine Erklärung ist, die auf eine tatsächliche – mit anderen Worten reale – Handlung, nämlich die Datenverwendung bezieht. Dafür spricht nicht zuletzt auch, dass die datenschutzrechtliche Einwilligung, sofern sie gegenüber einer öffentlichen Stelle abgegeben wird,<sup>491</sup> kaum einem Rechtsgeschäft zuzurechnen ist und das Bundesdatenschutzgesetz die Einwilligung in § 4a BDSG einheitlich – für den privaten wie für den öffentlichen Bereich – geregelt hat.<sup>492</sup>

Wenn man nunmehr die Argumente beider widerstreitenden Ansichten zugrunde legt, eröffnet sich die Möglichkeit einer vermittelnden Auffassung: Die datenschutzrechtliche Einwilligung ist als geschäftsähnliche Handlung<sup>493</sup> zu qualifizieren.<sup>494</sup> Auf geschäftsähnliche Handlungen sind grundsätzlich die Vorschriften über Willenserklärungen

<sup>490</sup> Roßnagel/Holznagel/Sonntag, Kapitel 4.8 Rn. 20.

<sup>491</sup> Zur Einschränkung der Einwilligung im öffentlichen Bereich siehe: Roßnagel/Laue, DÖV 2007, 543 (546); Roßnagel/Pfitzmann/Garstka, Seite 73 ff.

<sup>492</sup> Bemerkenswerterweise beschränkt sich die juristische Diskussion über den Rechtscharakter ganz überwiegend auf eine Auseinandersetzung mit den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches, was daran liegen dürfte, dass das hauptsächliche Anwendungsgebiet der Einwilligung im nicht-öffentlichen Bereich zu sehen ist. So auch: Roßnagel/Holznagel/Sonntag, Kapitel 4.8 Rn. 25. Zur Einschränkung der Einwilligung im öffentlichen Bereich siehe: Roßnagel/Laue, DÖV 2007, 543 (546); Roßnagel/Pfitzmann/Garstka, Seite 73 f.

<sup>493</sup> Dazu: Palandt/Heinrichs, Überblick vor § 104 Rn. 6 ff.

<sup>494</sup> Ebenso: Roßnagel/Holznagel/Sonntag; Kapitel 4.8 Rn. 21; Däubler/Klebe/Wedde/Weichert/Däubler, § 4a Rn. 5; Tinnefeld/Ehmann/Gerling, Seite 318; kritisch: Schafft/Ruoff, CR 2006, 499 (502)

entsprechend anzuwenden,<sup>495</sup> wenngleich Einigkeit darüber besteht, dass für die Möglichkeit, eine Einwilligungserklärung abzugeben, keine Geschäftsfähigkeit erforderlich ist. Jugendliche können damit einwilligen, wenn sie über die entsprechende Einsichtsfähigkeit verfügen.<sup>496</sup> Eine Einordnung als geschäftsähnliche Handlung eröffnet indes die Möglichkeit der Anfechtung, die den Betroffenen weitergehend schützt. Zugleich beschränkt man die Charakterisierung nicht allein auf Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Darüber hinaus dürfte ohnehin die Frage nach der Höchstpersönlichkeit der datenschutzrechtlichen Einwilligung von größerer Relevanz sein.<sup>497</sup> Dafür ist jedoch weniger die Rechtsnatur der Einwilligung, sondern vielmehr die Tiefe und Tragweite der mit der Einwilligung bezweckten Datenerhebung und Verarbeitung von Bedeutung.<sup>498</sup> Auch wenn daher davon auszugehen ist, dass grundsätzlich bei der Einwilligung eine Bevollmächtigung möglich ist,<sup>499</sup> dürfte diese bei der Erhebung und Verarbeitung sensitiver Daten, insbesondere aber bei genetischen Daten regelmäßig ausgeschlossen sein; denn insoweit handelt es sich – auch wenn es an sich kein belangloses Datum<sup>500</sup> gibt – bei ihnen um einen Eingriff mit erheblicher Grundrechtsrelevanz. Für genetische Daten ist daher die höchstpersönliche Erklärung des Betroffenen erforderlich.<sup>501</sup>

---

<sup>495</sup> BGHZ 47, 352 (357); BGH, NJW 1989, 1792 (1792).

<sup>496</sup> Gola/Schomerus, § 4 Rn. 5; Roßnagel/Pfitzmann/Garstka, Seite 95; Simitis/Simitis, § 4 Rn. 28; Erfk-Wank, § 4a BDSG Rn. 1.

<sup>497</sup> Ausführlich dazu: Schwenke, Seite 188 ff.

<sup>498</sup> Schwenke, Seite 189.

<sup>499</sup> Roßnagel/Holznagel/Sonntag, Kapitel 4.8 Rn. 27; Gola/Schomerus, § 4a Rn. 10; Schwenke, Seite 189.

<sup>500</sup> BVerfGE 65, 1 (42).

<sup>501</sup> So allgemein auch: Simitis/Simitis, § 4a Rn. 32 f.; im Ergebnis wohl ebenso, wenn im Grundsatz auch differenzierend: Schwenke, Seite 189.

## 4.3 Voraussetzungen der wirksamen datenschutzrechtlichen Einwilligung

Nach § 4a Absatz 1 BDSG ist eine Einwilligung nur dann wirksam, wenn sie auf der freien Entscheidung des Betroffenen beruht, dieser umfassend über die Tragweite seiner Entscheidung informiert ist und die Einwilligung schriftlich erfolgt. Für die besonderen Arten personenbezogener Daten enthält § 4a Absatz 3 BDSG die weitere Voraussetzung, dass sich die Einwilligung ausdrücklich auf diese Daten beziehen muss.

### 4.3.1 Formale Anforderungen

Zunächst sind an die datenschutzrechtliche Einwilligung einige formale Anforderungen zu stellen. Dies sind im Folgenden Abgabe, Schriftform sowie die Erkennbarkeit.

#### 4.3.1.1 Abgabe

Es ist umstritten, ob die Einwilligung höchstpersönlich abgegeben werden muss oder ob auch eine Vertretung möglich ist.<sup>502</sup> Allerdings spricht viel dafür, die Einwilligung nur höchstpersönlich zuzulassen, da ein Höchstmaß an Schutz der informationellen Selbstbestimmung nur dann gewährleistet werden kann, wenn der Betroffene selbst über die Hintergründe und Ziele der Datenverwendung informiert wird und sich unmittelbar selbst zu dieser Fragestellung äußert, also im Sinne des informationellen Selbstbestimmungsrechts selbst über die Verwendung entscheidet.<sup>503</sup> Wird dieses Erfordernis nicht eingehalten ist die Einwilligung unwirksam.

---

<sup>502</sup> Für eine höchstpersönliche Abgabe: *Auernhammer*, BDSG 90, § 4 Rn. 11; *Simitis/Simitis*, § 4a Rn. 32; dagegen beispielsweise: *Gola/Schomerus*, § 4a Rn. 10; *Roßnagel/Holznagel/Sonntag*, Kapitel 4.8 Rn. 27. Die Übermittlung durch einen Boten ist allerdings nach allen Ansichten unumstritten zulässig.

<sup>503</sup> *Simitis/Simitis*, § 4a Rn. 21; vergleiche dazu auch: *Roßnagel/Pfitzmann/Garstka*, Seite 73 und 91; *Kohte*, AcP 185 (1985), 105 (155).

#### 4.3.1.2 Schriftform

Nach § 4a Absatz 1 Satz 3 BDSG bedarf die Einwilligung grundsätzlich<sup>504</sup> der Schriftform. Wie in anderen Rechtsbereichen erfüllt die Schriftform auch im Datenschutzrecht eine Warn- und Beweisfunktion.<sup>505</sup> Sie dient dabei in erster Linie dem Schutz des Betroffenen vor einer übereilt erteilten Einwilligung.<sup>506</sup> Die Schriftform ist erfüllt, wenn die Erklärung in verständlichen Schriftzeichen auf einem dauerhaften Material oder Datenträger abgefasst und mit einer eigenen Unterschrift versehen wurde.<sup>507</sup> Sofern die Schriftform durch die elektronische Form ersetzt werden, ist die Erklärung mit einer qualifizierten elektronischen Signatur nach dem Signaturgesetz zu versehen, § 126 a Absatz 1 BGB, § 3a Absatz 2 VwVfG. Sind diese Anforderungen nicht erfüllt, ist die Einwilligung nichtig und macht die gesamte auf ihr beruhende Datenverwendung rechtswidrig.<sup>508</sup>

#### 4.3.1.3 Erkennbarkeit

Die Erklärung der Einwilligung muss so erfolgen, dass es sich für den Betroffenen um eine nach außen erkennbare Erklärung handelt und er diese nicht übersehen kann.<sup>509</sup> Sie darf also – beispielsweise in den Fällen eines Vertragsschlusses – nicht in anderen Erklärungen enthalten sein. Vielmehr ist sie nach § 4a Absatz 1 BDSG in dem entsprechenden Dokument visuell hervorzuheben.<sup>510</sup> Andernfalls kann die soeben ge-

---

<sup>504</sup> Die Ausnahmen vom Erfordernis sollen hier nicht dargestellt werden. Eine ausführliche Darstellung findet sich bei: Roßnagel/*Holznagel/Sonntag*, Kapitel 4.8 Rn. 27 ff.

<sup>505</sup> Die Beweisfunktion ist allerdings nebenrangig. Dem Bundesdatenschutzgesetz kommt es vor allem anderen auf ein Verfahren an, das den Interessen des Betroffenen und seiner spezifischen Situation Rechnung trägt. Vergleiche dazu: Simitis/*Simitis*, § 4a Rn. 35; *Podlech/Pfeiffer*, RDV 1998, 139 (152); Roßnagel/*Pfitzmann/Garstka*, Seite 93 f.

<sup>506</sup> *Simitis/Simitis*, § 4a Rn. 35.

<sup>507</sup> Die Anforderungen der Schriftform orientieren sich insoweit an § 126 BGB.

<sup>508</sup> Roßnagel/*Holznagel/Sonntag*, Kapitel 4.8 Rn. 40. Die §§ 125, 126 BGB gelten entsprechend. Siehe dazu: *Gola/Schomerus*, § 4a Rn. 13; *ErfK-Wank*, § 4a BDSG Rn. 3.

<sup>509</sup> *Tinnefeld/Ehmann/Gerling*, Seite 212.

<sup>510</sup> Roßnagel/*Holznagel/Sonntag*, Kapitel 4.8 Rn. 41; *Gola/Schomerus*, § 4a Rn. 14; *Simitis/Simitis*, § 4a Rn. 43; *ErfK-Wank*, § 4a BDSG Rn. 2.

forderte Schriftform nicht ihre Warnfunktion zugunsten des Betroffenen erfüllen.

Ein entsprechender unübersehbarer schriftlicher Hinweis kann die Hervorhebung ersetzen, sofern diese nicht möglich ist. Keinesfalls genügt jedoch ein Hinweis auf eine in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthaltene Erklärung.<sup>511</sup> Auch hier führt ein Mangel der Form zur Nichtigkeit der Einwilligung und damit zu einer rechtwidrigen und unzulässigen Datenverwendung.<sup>512</sup>

#### **4.3.2 Inhaltliche Anforderungen**

Neben den erörterten formalen Anforderungen, die an die Wirksamkeit einer datenschutzrechtlichen Einwilligung zu stellen sind, müssen auch noch inhaltliche Bedingungen erfüllt sein. Im Einzelnen sind dies der Grundsatz der informierten Einwilligung, die Bestimmtheit der Erklärung und letztlich die Freiwilligkeit der Entscheidung des Betroffenen.

##### **4.3.2.1 Grundsatz der informierten Einwilligung**

Nach § 4a Absatz 1 Satz 2 BDSG muss der Betroffene immer auf den erforderlichen Zweck der Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung hingewiesen werden.<sup>513</sup> Da der Betroffene mit seiner Einwilligung Gebrauch von seinem Recht auf informationelle Selbstbestimmung macht, umfasst die Informationspflicht der verantwortlichen Stelle alle entscheidungsrelevanten Angaben, damit der Betroffene die Daten-

---

<sup>511</sup> *Gola/Schomerus*, § 4a Rn. 14; *Erfk-Wank*, § 4a BDSG Rn. 2.

<sup>512</sup> So: *Roßnagel/Holznagel/Sonntag*, Kapitel 4.8 Rn. 43 und 57; wohl auch: *Gola/Schomerus*, § 4a Rn. 14; anders aber: *Dörr*, RDV 1992, 167 (167 ff.) geht davon aus, dass die Verletzung der Hinweispflicht unbeachtlich ist, wenn die Einwilligung schriftlich erklärt wurde. Dann könnte man allerdings auch gleich auf das Erfordernis der Erkennbarkeit verzichten und es bei der Schriftform allein belassen.

<sup>513</sup> Die Aufzählung des Gesetzes ist nicht abschließend, sondern nennt nur die für den Betroffenen wichtigsten Angaben, vergleiche: *Roßnagel/Holznagel/Sonntag*, Kapitel 4.8 Rn. 44. Auf die Folgen einer Verweigerung der Einwilligung muss nach § 4a Abs. 1 BDSG ebenfalls hingewiesen werden, wenn dies ausdrücklich von der betroffenen Person verlangt wird oder wenn es nach den Umständen des Einzelfalls objektiv erforderlich ist.

verarbeitung beurteilen kann. Die Einwilligung kann schließlich auch nur so weit reichen wie die Kenntnis der betroffenen Person von den wesentlichen Fakten der Datenverarbeitung.<sup>514</sup>

Mitzuteilen sind dem Betroffenen, ohne dass es dafür einer gesonderten Aufforderung bedarf, unter anderem der konkrete Zweck der spezifischen Verarbeitung, der Umfang der Speicherung - dabei insbesondere welche Daten wie und wie lange gespeichert werden - und alle sonstigen für die Beurteilung des Datenverarbeitungsvorgangs und seiner Konsequenzen erforderliche Informationen.<sup>515</sup> Der Umfang der Informationspflicht ist dabei nicht objektiv, sondern in Abhängigkeit vom jeweiligen Empfängerhorizont des Betroffenen zu bestimmen; denn nur so kann gewährleistet werden, dass der Betroffene in der Lage ist, die Tragweite seiner Einwilligung zu übersehen.<sup>516</sup>

Unklarheiten gehen immer zu Lasten der verantwortlichen Stelle.<sup>517</sup> Eine uninformierte Einwilligung ist unwirksam und führt dazu, dass die darauf aufbauende Datenverarbeitung unzulässig ist.

#### 4.3.2.2 Bestimmtheit

Mit der Informationspflicht der verantwortlichen Stelle korreliert das Erfordernis der Bestimmtheit der datenschutzrechtlichen Einwilligung. Entsprechend den Vorgaben der europäischen Datenschutzrichtlinie ist eine pauschale Einwilligung nicht möglich.<sup>518</sup> Die Einwilligung muss sich eindeutig auf einen in seinen wesentlichen Merkmalen charakterisierten Verarbeitungsvorgang beziehen. Das bedeutet,

---

<sup>514</sup> Dazu: Roßnagel/*Holznagel/Sonntag*, Kapitel 4.8 Rn. 45.

<sup>515</sup> OLG Hamm, NJW-RR 1986, 927 (931); OLG Karlsruhe, NJW-RR 1988, 302 (304).

<sup>516</sup> Roßnagel/*Holznagel/Sonntag*, Kapitel 4.8 Rn. 46.

<sup>517</sup> Aus Gründen der Beweisführung bietet sich die schriftliche Information an, gleichwohl besteht kein Zwang zu einer bestimmten Form. Um dem jeweiligen Empfängerhorizont gerecht zu werden, wird eine die allgemeine Information ergänzende mündliche Aufklärung – gerade bei genetischen Daten – erforderlich sein.

<sup>518</sup> Tinnefeld/Ehmann/Gerling, Seite 212; ErfK-Wank, § 4a BDSG Rn. 4; Gola/Schomerus, § 4a Rn. 11, einschränkend: Schaffland/Wiltfang, § 4a Rn. 12.

dass sich der Erklärung klar entnehmen lassen muss, unter welchen Bedingungen welche Daten nach der Vorstellung des Betroffenen verarbeitet werden dürfen.<sup>519</sup> Dabei ist das zufordernde Maß an Bestimmtheit umso größer, je mehr der Persönlichkeitsschutz betroffen ist.<sup>520</sup>

Weiterhin muss die Einwilligung erkennen lassen, welcher Zweck mit der Verarbeitung der Daten verfolgt wird.<sup>521</sup> Fehlt die Zweckbestimmung oder ist sie unzureichend, erfüllt die Einwilligung nicht ihre Funktion als Erlaubnistaatbestand. Eine unbestimmte Einwilligungserklärung führt immer zur Unwirksamkeit und damit zur Unzulässigkeit der Datenverarbeitung.

Auch formelle Einwilligungserklärungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen müssen ausreichend bestimmt sein;<sup>522</sup> pauschale Einwilligungen sind nach den Vorgaben der europäischen Datenschutzrichtlinie nicht möglich<sup>523</sup> und verbieten sich bei besonderen Arten personenbezogener Daten nach § 4 Absatz 3 BDSG ohnehin von selbst.<sup>524</sup>

#### **4.3.2.3 Freiwilligkeit**

Nach § 4a Absatz 1 Satz 1 BDSG entfaltet die datenschutzrechtliche Einwilligung nur dann eine rechtfertigende Wirkung, wenn der Betroffene die Möglichkeit hat, freiwillig darüber zu befinden, ob und in welchem Umfang seine personenbezogenen Daten verwendet werden.

<sup>519</sup> Vergleiche: BGHZ 95, 362 (367 f.); 115, 123 (127); 116, 268 (273); Simitis/*Simitis*, § 4a Rn. 74; *Schwenke*, Seite 214.

<sup>520</sup> *Tinnefeld/Ehmann/Gerling*, Seite 212. Im Umkehrschluss bedeutete das allerdings auch, dass bei komplizierten, aber weniger gefährdenden Datenverarbeitungen vernünftigerweise nicht jedes Detail des Verarbeitungsvorgangs erfasst werden muss.

<sup>521</sup> BGH, NJW 1992, 2348 (2350); OLG Karlsruhe, RDV 1998, 217 (217).

<sup>522</sup> ErfK-Wank, § 4a BDSG Rn. 4; kritisch zu einer allzu restriktiven Auslegung: *Schafft/Ruoff*, CR 2006, 499 (500).

<sup>523</sup> Siehe: *Tinnefeld/Ehmann/Gerling*, Seite 212; *Beauftragter für den Datenschutz (Schleswig-Holstein)*, 27. Tätigkeitsbericht, Seite 158.

<sup>524</sup> Bei zivilrechtlichen Formularverträgen dürfte sich eine pauschale Einwilligung auch schon nach den Vorschriften über die Allgemeinen Geschäftsbedingungen verbieten.

Die Einwilligung muss demnach auf seiner „freien Entscheidung“<sup>525</sup> beruhen, was bedeutet, dass es dem Betroffenen möglich sein muss, ohne Begründung und ohne dass ein objektiv schutzwürdiges Interesse vorliegen müsste, seine Einwilligung jederzeit zu versagen.<sup>526</sup> An diese Verweigerung der Einwilligung dürfen grundsätzlich keine für den Betroffenen nachteiligen Sanktionen geknüpft werden.<sup>527</sup>

Auch wenn ein Vertrag das maßgebliche Instrument zur Verwirklichung freien und eigenverantwortlichen Handelns ist und der in ihm zum Ausdruck gebrachte übereinstimmende Wille der Vertragsparteien in der Regel auf einen sachgerechten Interessenausgleich schließen lässt, den der Staat grundsätzlich zu respektieren hat,<sup>528</sup> ist im Zusammenhang mit Formularverträgen die Entschließungsfreiheit des Betroffenen besonders gefährdet.<sup>529</sup> Es besteht hier zumindest die Gefahr, dass die Einwilligung dadurch zu einer reinen Formalität herabsinkt,<sup>530</sup> dass der Betroffene in dem Streben nach dem gerade nicht im Einzelfall individuell ausgehandelten Vertrag<sup>531</sup> eher bereit sein wird, sich auch einem möglicherweise unberechtigten Informationsverlangen des Einwilligungsadressaten widerstandslos zu unterwerfen.<sup>532</sup> Zutreffend erkennt Simitis daher in der Einwilligung das Einfallstor zur Durchsetzung wirtschaftlicher Macht.<sup>533</sup> Insoweit sind die Anfor-

---

<sup>525</sup> Ausführlich dazu: *Schwenke*, Seite 215 ff.

<sup>526</sup> Roßnagel/Holznagel/Sonntag, Kapitel 4.8 Rn. 54.

<sup>527</sup> Das bedeutet zunächst einmal aber nicht, dass es der verantwortlichen Stelle nicht mehr frei steht, über die Aufnahme von Geschäftsbeziehungen selbst zu entscheiden beziehungsweise, dass eine Verweigerung keinerlei nachteilige Konsequenzen für den Betroffenen haben darf.

<sup>528</sup> BVerfGE 81, 242 (254); 114, 73 (89 f.); BVerfG, MMR 2007, 93 (94).

<sup>529</sup> Dazu insbesondere auch: Roßnagel/Pfitzmann/Garstka, Seite 97; Roßnagel/Schnabel, NJW 2008, 3534 (3537); kritisch: Borchert, NVersZ 2001, 1 (3).

<sup>530</sup> BGH, NJW 1986, 46 (47).

<sup>531</sup> Dazu auch: BVerfGE 114, 73 (92 und 95).

<sup>532</sup> Roßnagel/Holznagel/Sonntag, Kapitel 4.8 Rn. 58.

<sup>533</sup> Simitis, § 4 Rn. 20; ebenso: Roßnagel/Schnabel, NJW 2008, 3534 (3537); dazu auch: BVerfGE 89, 214 (232); 103, 89 (101); 114, 1 (34 f.); 114, 73 (90); BVerfG, MMR 2007, 93 (93).

derungen der datenschutzrechtlichen Einwilligung bei der Verwendung in Formularverträgen besonders restriktiv auszulegen.<sup>534</sup>

Die Formulierungen „ohne Zwang“ in der europäischen Datenschutzrichtlinie und „freie Entscheidung“ im Bundesdatenschutzgesetz sind deshalb keineswegs als Leerformeln zu verstehen. Sie konkretisieren vielmehr die Absicht, die Einwilligung als Verarbeitungsregulativ nur so lange zu akzeptieren, wie sich der Betroffene nicht in einer Situation befindet, die ihn faktisch dazu nötigt, sich mit der Verarbeitung der jeweils verlangten Daten einverstanden zu erklären.<sup>535</sup>

Mit solchen Situationen sind insbesondere Abhängigkeitsverhältnisse wie bei der Inanspruchnahme von Leistungen, auf die der Betroffene existenziell angewiesen ist, gemeint.<sup>536</sup> Ob eine „freiwillig“ erteilte Zustimmung zu einer Datenverarbeitung tatsächlich vom freien Willen des Betroffenen getragen ist, kann sich nach den faktisch durch eine „freiwillige Verweigerung“ ausgelösten Folgen richten.<sup>537</sup> Eine allgemein gültige Formel gibt es allerdings nicht. Die Feststellung, dass die Einwilligung des Betroffenen nicht zur Phrase verkommen darf, bietet selbst nur eine phrasenhafte Umschreibung dessen, was Freiwilligkeit oder – negativ bestimmt – einen Mangel an Freiwilligkeit ausmacht.

Jedenfalls für den Bereich des Privatrechts<sup>538</sup> können für die Konkretisierung des Freiwilligkeitskriteriums die bekannten Wertungen des

<sup>534</sup> Roßnagel/Holznagel/Sonntag, Kapitel 4.8 Rn. 58, sprechen insoweit zutreffend von einer strukturellen Schwäche der datenschutzrechtlichen Einwilligung an sich. Darauf wird im Rahmen der Anwendungsbereiche der Einwilligung noch einzugehen sein.

<sup>535</sup> Simitis/Simitis, § 4a Rn. 64; Schafft/Ruoff, CR 2006 499 (504). Gleichwohl begründen nicht alle „zwanghaften“ Umstände automatisch einen Zwang im Sinne des § 4a BDSG. Darauf wird im Rahmen der Anwendungsbereiche der datenschutzrechtlichen Einwilligung noch einzugehen sein.

<sup>536</sup> Siehe dazu auch, Schwenke, Seite 216 f., der als Beispiel für „faktischen Zwang“ insbesondere Bank- und Versicherungsgeschäfte anführt, bei denen die Einwilligung in die Abfrage von Negativdatenbanken wie Schufa und Creditreform zur Voraussetzung gemacht werden.

<sup>537</sup> Schmidt, Seite 55.

<sup>538</sup> Für öffentlich-rechtliche Verträge gilt § 138 BGB indes entsprechend, vergleiche § 59 Absatz 1 VwVfG und: Bamberger/Roth/Wendtland, § 138 Rn. 3; MüKo-Armbrüster, § 138 Rn. 10; Palandt/Heinrichs, § 138 Rn. 12.

Bürgerlichen Gesetzbuches ergänzend herangezogen werden.<sup>539</sup> In Literatur und Rechtsprechung zum Privatrecht wird dabei der Mangel an Freiwilligkeit verschiedentlich als Element der Sittenwidrigkeit nach § 138 BGB oder als unangemessene Benachteiligung nach den Vorschriften über die Allgemeinen Geschäftsbedingungen gemäß §§ 305 ff. BGB behandelt.

Ein sittenwidriges Rechtsgeschäft muss gegen die so genannten „guten Sitten“<sup>540</sup> verstößen. Was aber unter „guten Sitten“ zu verstehen ist, kann nicht ohne weiteres bestimmt werden. Die vom Reichsgericht<sup>541</sup> verwendete und zum Teil auch heute<sup>542</sup> noch gebräuchliche Formel, nach der ein Rechtsgeschäft sittenwidrig ist, wenn es gegen das „Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden“ verstößt, trägt zur Bestimmung des Begriffs der guten Sitten recht wenig bei.

Als Kriterium der Sittenwidrigkeit im Sinne des § 138 BGB gilt gemeinhin der so genannte Gesamtcharakter eines Rechtsgeschäfts, wie er sich objektiv aus der Zusammenfassung von „Inhalt, Beweggrund und Zweck“ ergibt.<sup>543</sup> Dass ein Rechtsgeschäft, welches grundrechtlich geschützte Güter beeinträchtigt, gegen die guten Sitten verstößen kann, wurde von der Rechtsprechung schon früh bejaht und in der Folge mehrfach bestätigt.<sup>544</sup> Dabei wurde der Begriff der Sittenwidrigkeit durch zahlreiche Fallgruppen konkretisiert, die nicht Ausdruck eines statischen Systems sind, sondern durch ein Zusammenspiel be-

---

<sup>539</sup> Diese Wertungen lassen sich nicht ohne weiteres auf den Bereich des öffentlichen Rechts übertragen. Insoweit bleibt es für den öffentlichen Bereich bei den gemachten allgemeinen Ausführungen zur Freiwilligkeit.

<sup>540</sup> Der Begriff der „guten Sitten“ umfasst auch Werte und Prinzipien, die der Rechtsordnung selbst innewohnen, vergleiche: Palandt/Heinrichs, § 138 Rn. 5, und durch sie das Wertesystem des Grundgesetzes Eingang in das Privatrecht findet, siehe: BVerfGE 89, 214 (229); ebenso: Roßnagel/Schnabel, NJW 2008, 3534 (3537).

<sup>541</sup> Vergleiche: RGZ 80, 219 (221); 120, 142 (148).

<sup>542</sup> BGH, NJW 2004, 2668 (2670).

<sup>543</sup> BGH, NJW 1990, 704 (704); NJW 1994, 1278 (1279); BGH, NJW-RR 1993, 243 (246); BGHZ 107, 92 (97); 125, 218 (228); Erman/Palm, § 138 Rn. 36; Bamberger/Roth/Wendtland, § 138 Rn. 19 ff.

<sup>544</sup> RGZ 128, 92 (95); BGH, NJW 1972, 1414 (1414 f.); NJW 1986, 2944 (2944 f.); BVerfGE 81, 242 (256); 89, 214 (233); siehe dazu auch: Canaris, JuS 1989, 161 (164 ff.).

weglicher Elemente gestaltet werden.<sup>545</sup> So kann ein Element allein zur Sittenwidrigkeit führen, es kann aber auch durch die Kumulation mehrerer, für sich betrachtet rechtmäßiger Elemente diese Einstufung nach sich ziehen.

Die Sittenwidrigkeit kann sich bei einer intensiven Beschränkung der Persönlichkeitsentfaltung ergeben.<sup>546</sup> Diese wird insbesondere dann angenommen, wenn dies durch die Ausnutzung von Machtpositionen wie etwa die des Arbeitgebers gegenüber dem Arbeitnehmer oder Bewerber zum Ausdruck kommt.<sup>547</sup> Kennzeichnend für die Sittenwidrigkeit ist vor allem auch der Zwang, sich den Bedingungen der anderen Vertragspartei unterwerfen zu müssen.

So hat auch der Bundesgerichtshof ein sittenwidriges Verhalten bei der Erhöhung des Standgeldes durch einen Straßeneigentümer um das zwölffache von einem Monat auf den anderen gegenüber einem Straßenhändler angenommen: Der sich aus dem Monopol ergebende Zwang, sich unbilligen Bedingungen unterwerfen zu müssen, sei sittenwidrig.<sup>548</sup>

Eine weitere Parallelie lässt sich auch zu solchen Fällen feststellen, bei denen von einer Kommerzialisierung des Intimbereichs gesprochen wird. Von der Struktur her ist zudem auch der Fall eines Arbeitnehmers heranzuziehen, der sich, um seinen Arbeitsplatz für ein weiteres Jahr zu behalten, zu einer Verlustbeteiligung verpflichtet hatte, die Übernahme des Betriebs- und Wirtschaftsrisikos des Arbeitgebers durch den Arbeitnehmer – jedenfalls ohne nennenswerte Gegenleistung – aber wegen ihres Gesamtcharakters aus Inhalt, Zweck und Beweggrund gegen die guten Sitten verstieß.<sup>549</sup>

Legt man diese Maßstäbe zugrunde, kommt man zu dem Schluss, dass die Einwilligung in die Datenverarbeitung dann nicht als freiwillig

---

<sup>545</sup> Erman/Palm, § 138 Rn. 37 ff.; MüKo-Armbrüster, § 138 Rn. 22 f.

<sup>546</sup> BGH, NJW 1986, 2043 (2044).

<sup>547</sup> BAG, NJW 1991, 860 (861).

<sup>548</sup> BGHZ 19, 85 (94).

<sup>549</sup> BAG, NJW 1991, 860 (860 f.); Beispiele dazu auch bei: Erman/Palm, § 138 Rn. 76.

und folglich als sittenwidrig erachtet werden muss, wenn er durch eine Verweigerung der Zustimmung zur Untersuchung nicht unerhebliche Nachteile zu erwarten hat; denn der Betroffene befindet sich dann nicht in einer Situation, in der er frei über seine Persönlichkeitswerte entscheiden kann.

Sofern dem Betroffenen formularmäßige Einwilligungserklärungen, zu denen auch Klauseln, die von der ärztlichen Schweigepflicht entbinden, gehören,<sup>550</sup> abverlangt werden, sind die Vorschriften über die Gestaltung rechtsgeschäftlicher Schuldverhältnisse durch Allgemeinen Geschäftsbedingungen (§§ 305 bis 310 BGB) vorrangig anwendbar;<sup>551</sup> denn in einer solchen Klausel kann eine unangemessene Benachteiligung im Sinne von § 307 BGB liegen.

Eine formularmäßige Klausel liegt vor, wenn sie vorformuliert, also wenn sie für eine mehrfache Verwendung aufgezeichnet oder in sonstiger Weise fixiert ist.<sup>552</sup> Eine Vielzahl von Verwendungen wird ab einer tatsächlichen dreimaligen Verwendung widerleglich vermutet.<sup>553</sup> Unangemessen ist die Benachteiligung, wenn der Verwender durch einseitige Vertragsgestaltung missbräuchlich eigene Interessen auf Kosten seines Vertragspartners durchzusetzen versucht, ohne von vornherein auch dessen Belange hinreichend zu berücksichtigen und ihm einen angemessenen Ausgleich zuzugestehen.<sup>554</sup>

Aus der so genannten Schufa-Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 19. September 1985<sup>555</sup> lässt sich ein Grundsatz ableiten:<sup>556</sup> Der sozial stärkere Vertragspartner darf nicht im Wege von Formularverträgen das aus der Abwägung verschiedener Grundrechte folgende

---

<sup>550</sup> Dazu ausführlich: *Borchert*, NVerZ 2001, 1 (1 ff.).

<sup>551</sup> Erman/Palm, § 138 Rn. 72.

<sup>552</sup> BGH, NJW 1998, 2600 (2600); Bamberger/Roth/Becker, § 305 Rn. 16.

<sup>553</sup> BGH, NJW 2002, 138 (138 f.); Bamberger/Roth/Becker, § 305 Rn. 23, *Wollenschläger*, Rn. 160.

<sup>554</sup> BGHZ 90, 280 (284); 120, 108 (118), BGH, NJW 2000, 1110 (1112); Palandt/Heinrichs, § 307 Rn. 8.

<sup>555</sup> BGH, NJW 1986, 46 (46).

<sup>556</sup> Für diese Verallgemeinerung: *Däubler*, Rn. 137; *Simitis*, JZ 1986, 188 (189).

grundsätzliche Verarbeitungsverbot zu seinen Gunsten korrigieren. Die datenschutzrechtliche Einwilligung nach § 4a BDSG garantierte in Form solch einer Klausel nicht mehr die Entscheidungsprärogative des Betroffenen, sondern schriebe im Gegenteil ein Verfahren fest, das in einer Vielzahl von Fällen einen am Betroffenen vorbei, ohne Rücksicht auf seine individuelle Situation gestalteten Datenverarbeitungsprozess sanktioniert und zudem zu einer reinen Formalität absinkt.<sup>557</sup> Die Einwilligung wäre damit nicht mehr Verarbeitungsbarriere, sie ratifizierte vielmehr Verarbeitungserwartungen, auf die der Betroffene weder Einfluss hat, noch haben kann.<sup>558</sup> In diesem mangelnden Einfluss wiederum liegt grundsätzlich eine unangemessene Benachteiligung des betroffenen Vertragspartners, welche zur Unwirksamkeit seiner Einwilligung führt.<sup>559</sup>

Für eine genauere Bestimmung, was Freiwilligkeit oder eben einen Mangel an Freiwilligkeit hinsichtlich der datenschutzrechtlichen Einwilligungserklärung ausmacht, hilft das Abstellen auf die Sittenwidrigkeit nur bedingt weiter. Der Begriff der Sittenwidrigkeit ist insoweit selbst zu unbestimmt. Ein Rückgriff auf die Vorschriften über die Allgemeinen Geschäftsbedingungen konkretisiert den Begriff der Freiwilligkeit insoweit auch allgemein, als dass eine erhebliche Machtposition der verantwortlichen Stelle zumindest den Verdacht erregt, dass eben diese auch ausgenutzt wird. Sofern der Betroffene allerdings eine Wahlmöglichkeit zwischen verschiedenen Stellen und damit gegebenenfalls auch unterschiedlichen Datenverarbeitungsbedürfnissen beziehungsweise unterschiedlichen Folgen einer Verweigerung hat, spricht viel dafür, dass zwar möglicherweise eine gewisse Notwendigkeit für den Betroffenen besteht, eine Einwilligung zu erteilen, dass aber dann nicht von einer faktischen Zwangslage im Sinne des § 4a BDSG gesprochen werden kann, wenn die verschiedenen Stellen nicht gleichlautende Allgemeine Geschäftsbedingungen verwenden.

---

<sup>557</sup> BGH, NJW 1986, 46 (47).

<sup>558</sup> Simitis, JZ 1986, 188 (188).

<sup>559</sup> So auch: Däubler, Seite 85.

### 4.3.3 Einwilligung bei besonderen Arten personenbezogener Daten

Für die Einwilligung des Betroffenen in die Verarbeitung von besonderen Arten personenbezogener Daten, wozu die genetischen Daten als Angaben über die Gesundheit – wie oben gezeigt – zu rechnen sind, gilt zusätzlich, dass sich die Einwilligung nach § 4a Absatz 3 BDSG ausdrücklich auf die beabsichtigte Verarbeitung beziehen muss. Insoweit trägt das Gesetz dem Erfordernis der europäischen Datenschutzrichtlinie Rechnung, für sensitive Daten Sonderregelungen zu schaffen.<sup>560</sup>

Die betroffene Person ist mit der datenschutzrechtlichen Einwilligung in der Lage, sich mit der Verwendung von Daten einverstanden zu erklären, die ansonsten grundsätzlich unzugänglich sind. Daher erscheint es nur konsequent und billig, die ausdrückliche Erwähnung der freigegebenen Daten in der Einwilligung zu fordern<sup>561</sup> und den konkreten Verwendungszusammenhang zu bestimmen.<sup>562</sup> Die Besonderheit bei der Einwilligung in die Verwendung genetischer Daten wirkt sich also in erster Linie auf den Text der Einwilligung aus, konkretisiert damit aber lediglich die ohnehin an die Einwilligung gestellten Anforderungen.<sup>563</sup>

## 4.4 Verweigerung der Einwilligung

Der Betroffene ist berechtigt, seine Einwilligung zu verweigern. Mit der Bereitschaft des Gesetzgebers, die Einwilligung als rechtlich einwandfreie Rechtsgrundlage für eine Datenverarbeitung anzusehen, unterstreicht er das Recht des Betroffenen, selbst zu bestimmen, wer wann Zugang zu welchen Daten haben soll. Daraus folgt logisch, dass

---

<sup>560</sup> Dazu: *Dammann/Simitis*, Art. 8 Rn. 1 ff.; *Ehmann/Helfrich*, Art. 8 Rn. 1 ff.

<sup>561</sup> Vergleiche: Art. 8 Abs. 2 Buchst. b EG-DSRL; dazu auch: *Dammann/Simitis*, Art. 8 Rn. 9; *Ehmann/Helfrich*, Art. 8 Rn. 14 ff.

<sup>562</sup> Roßnagel/*Holznagel/Sonntag*, Kapitel 4.8 Rn. 56.

<sup>563</sup> So auch: *Simitis/Simitis*, § 4a Rn. 83 f., der insbesondere auch darauf hinweist, dass die Formulierung in § 4a Abs. 3 BDSG keinesfalls den Umkehrschluss zulässt, dass ähnlich genaue Aussagen bei allen anderen Daten im Allgemeinen nicht erforderlich sind.

die betroffene Person ihre Einwilligung in eine Datenverarbeitung auch verweigern können muss, selbst wenn das Bundesdatenschutzgesetz diese Möglichkeit im Gegensatz zu manchem Landesgesetz<sup>564</sup> nicht ausdrücklich nennt.<sup>565</sup>

Die Verweigerung darf nicht zu Anlass genommen werden, den Betroffenen ungerechtfertigt zu benachteiligen,<sup>566</sup> was nicht bedeutet, dass eine Verweigerung der Einwilligung keinerlei negative Konsequenzen haben darf. Die Folgen einer Verweigerung sind allerdings zu benennen, so dass sich der Betroffene – wiederum wie bei der Einwilligung – über die Konsequenzen seiner Entscheidung bewusst ist. Sachgerecht ist allerdings auch hier eine restriktive Auslegung des Spielraumes, den man der verantwortlichen Stelle zubilligen muss: Nachteilige Auswirkungen dürfen nur dann von der verantwortlichen Stelle an eine Verweigerung der Einwilligung geknüpft werden, wenn sie gerade auf die verweigerten Daten angewiesen ist, um ihrem Auftrag beziehungsweise Geschäftszweck nachzukommen. Ein Vertragschluss kann demnach nicht ohne weiteres mit einer verweigerten Einwilligung abgelehnt werden.<sup>567</sup>

## 4.5 Widerruf der Einwilligung

Die betroffene Person ist weiterhin berechtigt, ihre bereits erteilte Einwilligung zu widerrufen,<sup>568</sup> auch wenn sich das Bundesdatenschutzgesetz dazu wiederum nicht expressis verbis äußert,<sup>569</sup> denn der Wi-

---

<sup>564</sup> Vergleiche: Art. 15 Abs. 2 BayDSG; sowie die §§ 4 Abs. 2 Satz 4 LDSG BW; 4 Abs. 2 Satz 3 BbgDSG; 5 Abs. 2 Satz 2 HmbDSG; 7 Abs. 2 Satz 5 HDG; 4 Abs. 1 Satz 4 DSG NW; 4 Abs. 1 Satz 4 SDSG; 12 Abs. 2 Satz 2 DSG SH.

<sup>565</sup> So auch: Simitis/*Simitis*, § 4a Rn. 86.

<sup>566</sup> Roßnagel/*Holznagel/Sonntag*, Kapitel 4.8 Rn. 63.

<sup>567</sup> Simitis/*Simitis*, § 4a Rn. 88; Roßnagel/*Holznagel/Sonntag*, Kapitel 4.8 Rn. 63.

<sup>568</sup> Vergleiche auch: *Gola/Schomerus*, § 4a Rn. 18; *Tinnefeld/Ehmann/Gerling*, Seite 108; *Kothe*, AcP 185 (1985), 105 (138); *Schafft/Ruoff*, CR 2006, 499 (504); *ErfK-Wank*, § 4a BDSG Rn. 3; *Däubler/Klebe/Wedde/Weichert/Däubler*, § 4a Rn. 35; Roßnagel/*Holznagel/Sonntag*, Kapitel 4.8 Rn. 64.

<sup>569</sup> Ausführlich dazu: Simitis/*Simitis*, § 4a Rn. 94 ff. Diverse Landesgesetze verfügen über entsprechende Regelungen: §§ 4 Abs. 2 Satz 4 LDSG BW; 4 Abs. 2 Satz 3 BbgDSG; 5 Abs. 2 Satz 2 HmbDSG; 7 Abs. 2 Satz 5 HDG; 4 Abs. 1 Satz 5 DSG NW; 4 Abs. 1 Satz 4 SDSG; 12 Abs. 2 LDSG SH.

derruf<sup>570</sup> dient dem gleichen Zweck wie die ausdrücklich vom Gesetz geforderte Einwilligung des Betroffenen: Als Ausfluss des verfassungsrechtlich garantierten Rechts auf informationelle Selbstbestimmung muss der Einwilligende die Möglichkeit haben, Einfluss auf den Umgang mit seinen Daten zu nehmen.<sup>571</sup> Die Einwilligung sichert die präventive Kontrolle, der Widerruf die nachträgliche Korrektur der zunächst gebilligten Verwendung der eigenen Daten.<sup>572</sup> Ob auf die Möglichkeit eines Widerrufs verzichtet werden kann, ist umstritten.<sup>573</sup>

Der Widerruf ist auch nur so lange unproblematisch, wie die jeweils in Betracht kommenden Daten noch nicht verarbeitet oder sonst genutzt worden sind.<sup>574</sup> Ein später erfolgender Widerruf der Einwilligung ist von der die Daten verarbeitenden Stelle nämlich erst ex nunc, also erst für die Zukunft zu beachten.<sup>575</sup>

#### 4.6 Einwilligung als Ermächtigungsgrundlage

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass – abgesehen von wenigen, vergleichsweise speziellen und hier damit weitgehend zu vernachlässigbaren Ausnahmen – die datenschutzrechtliche Einwilligung der betroffenen Person als Ausformung des verfassungsrechtlich garantierten informationellen Selbstbestimmungsrechts die elementare Ermächtigung für die Verarbeitung genetischer Daten darstellt.

Die aufgeworfene Fragestellung, ob die datenschutzrechtliche Einwilligung den Anforderungen, die in Anbetracht der rasanten Entwicklungen im Bereich der Humangenetik an ein modernes Datenschutz-

---

<sup>570</sup> Der Widerruf ist vom Widerspruchsrecht nach §§ 28 Abs. 4 Satz 1 und 29 Abs. 4 BDSG zu unterscheiden.

<sup>571</sup> So auch: Roßnagel/Holznagel/Sonntag, Kapitel 4.8 Rn. 64.

<sup>572</sup> Simitis/Simitis, § 4a Rn. 90.

<sup>573</sup> Schaffland/Wiltfang, § 4a Rn. 26.

<sup>574</sup> Ausführlich zum Widerruf siehe nur: Simitis/Simitis, § 4a Rn. 90 ff., zu den Problemen insbesondere die Rn. 94 ff.; Gola/Schomerus, § 4a Rn. 17 ff.; auch: Roßnagel/Holznagel/Sonntag, Kapitel 4.8 Rn. 66 f.

<sup>575</sup> Gola/Schomerus, § 4a Rn. 18; Däubler/Klebe/Wedde/Weichert/Däubler, § 4a Rn. 36.

recht zu stellen sind, genügt,<sup>576</sup> erfordert beispielhaft an zwei Rechtsbereichen die derzeitige Anwendung humangenetischer Methoden zu untersuchen. Diese Beispiele sollen im Folgenden die privaten Personenversicherungsverhältnisse und der Bereich der Strafverfolgung und Strafrechtspflege sein.

---

<sup>576</sup> Ausführungen zu diversen Problemfeldern, wenngleich eher kurz, finden sich bei: Goerdeler/Laubach, ZRP 2002, 115 ff.; Vultejus, ZRP 2002, 70 f.; Stellungnahme der Datenschutzbeauftragten des Bundes und der Länder zum Fragenkatalog der Enquete-Kommission „Recht und Ethik der modernen Medizin“ zur datenschutzrechtlichen Beurteilung von Genomanalysen, [www.bundestag.de](http://www.bundestag.de).



## 5 Die Einwilligung und private Personenversicherungen

Als erstes werden die so genannten privaten Personenversicherungen im Hinblick auf die Verwendung genetischer Daten untersucht. Unter privaten Personenversicherungen sind in erster Linie die Lebensversicherung, die private Krankenversicherung und die private Unfallversicherung zu verstehen. Auf die Unterscheidung zwischen den privaten Personenversicherungsverhältnissen und den öffentlich-rechtlichen Sozialversicherungsverhältnissen wird noch näher einzugehen sein.

Für den Bereich der privaten Personenversicherungen ist der Lebensversicherungsmarkt mit einem Prämienvolumen von etwa 50 Milliarden Euro pro Jahr der mit Abstand größte Versicherungsmarkt in Deutschland.<sup>577</sup> Die Problematik der Erhebung genetischer Daten soll daher in erster Linie an ihrem Beispiel dargestellt werden.<sup>578</sup> Dabei nehmen die Kapitallebensversicherungen eine dominierende Rolle ein. Bei ihnen wird der größte Teil der Prämien als Sparanteil verwendet, der Risikoanteil ist wegen seines deutlich geringeren Volumens von eher untergeordneter Bedeutung. Lebensversicherungen sind trotz möglicher Verschlechterung des Risikos aufgrund von Krankheit, Unfall oder auch schlechteren Lebensgewohnheiten oder Lebensbedingungen – korrekte Informationen des Versicherungsnehmers bei Vertragsabschluss vorausgesetzt – seitens des Versicherers nicht kündbar.<sup>579</sup> Folglich spielen genetische Informationen über den Versicherungsnehmer bis zum Abschluss des Versicherungsvertrags eine besondere Rolle.

In der Bundesrepublik Deutschland verlangen die Versicherungsunternehmen derzeit nach einer freiwilligen Selbstverpflichtung – jeden-

---

<sup>577</sup> Fenger/Schöffski, NVersZ 2000, 449 (451), nennen eine Summe von knapp 100 Milliarden DM, Stand 2000, was gut 50 Milliarden Euro entspricht.

<sup>578</sup> Im Übrigen wird die Problematik bei der Lebensversicherung besonders offenkundig.

<sup>579</sup> Fenger/Schöffski, NVersZ 2000, 449 (451).

falls bis 2011 – noch keine genetischen Untersuchungen für den Abschluss eines Versicherungsvertrags.<sup>580</sup> Ein gesetzliches Verbot lehnt die Versicherungswirtschaft allerdings zum jetzigen Zeitpunkt ab und verweist darauf, dass bis zum Auslauf der Selbstverpflichtung noch genügend Zeit bliebe, Erfahrungen zu sammeln und wissenschaftliche Entwicklungen der Humangenetik abzuwarten.<sup>581</sup> Sofern allerdings schon aus einem anderen Anlass ein Gentest bei dem betroffenen Antragsteller vorgenommen worden ist, wollen sie dessen Ergebnisse – jedenfalls ab einer Versicherungssumme aller insgesamt beantragten und bereits abgeschlossenen Versicherungen von 250.000 Euro – sehr wohl kennen.<sup>582</sup> Verglichen wird dies gelegentlich mit den HIV-Tests, die vor Jahren ähnlich umstritten waren und heute zum festen Abfrageprogramm der Versicherer gehören. Die Zurückhaltung deutscher Versicherungsunternehmen scheint zudem kaum von grundsätzlichen Bedenken gegen die Erhebung genetischer Informationen getragen zu sein; spätestens wenn ausländische Konkurrenten genetische Untersuchungen verlangen, dürfte der Wettbewerbsdruck letzte moralische Bedenken deutscher Versicherer schnell beseitigen. Für den Fall, dass die Versicherungsunternehmen ihre derzeitige Haltung aufgeben, geht beispielsweise Vultejus<sup>583</sup> davon aus, dass die Versicherer keine „Gewalt“ anzuwenden bräuchten, um den Versicherungsinteressenten zu einer genetischen Untersuchung zu bewegen. Vielmehr würde es genügen, demjenigen eine günstigere Prämie anzubieten, der „freiwillig“ einen Gentest vorlegt. Die Entsolidarisierung der Versicherungsnehmer würde nach seiner Ansicht das Weitere ohne Zutun der Versiche-

---

<sup>580</sup> LG Bielefeld, VersR 2007, 636 (637); Prölls/Martin/Prölls, §§ 16, 17 Rn. 8a.

<sup>581</sup> So beispielsweise nachzulesen in: Süddeutsche Zeitung vom 19.11.2004, Seite 20; Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 19.11.2004, Seite 38.

<sup>582</sup> Nach LG, Bielefeld VersR 2007, 636 (637) fallen alle genetischen Daten des Antragstellers in den Anwendungsbereich der Vereinbarung. Damit sind genetische Informationen selbst dann nicht verwertbar, wenn sie beispielsweise als Zufallsfund einer Blutuntersuchung gewonnen worden sind; vgl. zum Willen der Versicherer auch: Roßnagel/Naujok, Kap. 7.3 Rn. 15; Buyten/Simon, VersR 2003, 813 (815),

<sup>583</sup> Vultejus, ZRP 2002, 70 (71), der sich entschieden gegen die Verwendung genetischer Daten in der Versicherungswirtschaft ausspricht und die dargestellten Entwicklungen vorhersagt.

rungen bewirken und bald dürften dann Gentests in der Versicherungswirtschaft der Regelfall geworden sein. Genetische Tests liegen allerdings auch nicht ausschließlich im Interesse des Versicherers; denn auch der Versicherungsnehmer hat grundsätzlich ein Interesse an einer genauen Risikoabschätzung und einer daraus gegebenenfalls folgenden günstigeren Versicherungsprämie. Daher ist es denkbar, dass – auch wenn die Versicherer keine genetischen Testergebnisse zum Abschluss eines Versicherungsvertrages verlangen – sich „genetisch unauffällige“ Personen dank eines freiwillig vorgelegten Gentests zu verringerten Prämien versichern wollen, während diejenigen, die keinen Test vorlegen, dann möglicherweise erhebliche Beitragszuschläge zahlen müssten.

Im Bereich der privaten Personenversicherungsverhältnisse sind demnach zwei Aspekte von besonderem Interesse: Darf ein Versicherungsunternehmen vor Vertragsabschluss die Durchführung von genetischen Untersuchungen zur besseren Risikoabschätzung verlangen? Und inwieweit ist ein Antragsteller verpflichtet oder auch berechtigt, die Ergebnisse von bereits in der Vergangenheit zu anderen Zwecken durchgeföhrten genetischen Untersuchungen dem Versicherungsunternehmen mitzuteilen?

## 5.1 Das private Personenversicherungsverhältnis im Allgemeinen

Der Versicherungsvertrag ist ein gegenseitiger zivilrechtlicher Vertrag: Die Pflichten der Vertragspartner stehen in einem Austauschverhältnis. Die Leistungspflicht des Versicherungsnehmers ist die Prämienzahlung; die Leistungspflicht des Versicherers ist hingegen nicht ganz unumstritten.<sup>584</sup> Nach der so genannten Geldleistungstheorie besteht die Leistungspflicht des Versicherers ausschließlich in der Erbringung einer Geldleistung im Versicherungsfall. Nach der so genannten Gefahrtragungstheorie schuldet der Versicherer Deckungsschutz wäh-

---

<sup>584</sup> Dazu näher: Schimikowski, Rn. 29.

rend des gesamten Versicherungszeitraumes, seine Leistung besteht also in der Risikoübernahme.

Die praktischen Konsequenzen dieses Streitstandes sind jedoch eher marginal und bleiben daher hier auch unberücksichtigt.<sup>585</sup> Der Versicherungsvertrag kommt wie jeder andere schuldrechtliche Vertrag durch übereinstimmende Willenserklärungen zustande: Durch die Abgabe eines Angebots, hier als Antrag bezeichnet, auf Abschluss eines Versicherungsvertrages und durch die Annahme dieses Antrags. Das Angebot erfolgt durch einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung, die mit dem Zugang gemäß § 130 BGB wirksam wird. Dabei wird der Antrag auf Abschluss eines Versicherungsvertrages regelmäßig vom potenziellen Versicherungsnehmer gestellt. Insoweit ergeben sich keine zu berücksichtigenden Besonderheiten.

### **5.1.1 Unterschiede zwischen privater Personenversicherung und Sozialversicherung**

Zunächst ist es aber unbedingt erforderlich, kurz das private Personenversicherungsverhältnis von der öffentlich-rechtlichen Sozialversicherung abzugrenzen. Ganz allgemein liegt der wesentliche Unterschied darin, dass in der Sozialversicherung das Versicherungsverhältnis ohne Risikoüberprüfung kraft Gesetzes und nicht durch Vertrag entsteht. Die öffentlich-rechtliche Sozialversicherung differenziert nicht nach dem individuellen Lebensrisiko des Versicherungsnehmers, sondern allein nach seinem Einkommen.<sup>586</sup> Der Grund dafür liegt im Zweck der Sozialversicherung: Sie dient dem sozialen Ausgleich. Dieser Zweck kann an einem gemeinhin bekannten Beispiel verdeutlicht werden: Ein lediger Versicherter mit hohem Einkommen muss höhere Beiträge zur Sozialversicherung zahlen als ein Versicherter mit niedrigem Einkommen, selbst wenn mit diesem noch seine Ehefrau und seine Kinder versichert sind.

---

<sup>585</sup> Vergleiche zu den praktischen Konsequenzen beispielsweise: OLG Karlsruhe, NJW-RR 1988, 151 (152); LG Hamburg, NJW 1988, 215 (215 f.).

<sup>586</sup> Simon, MDR 1991, 5 (8).

Ein weiterer Aspekt, der zur Verdeutlichung des Unterschiedes dient, ist, dass insbesondere die sozialen Rentenversicherungsträger staatliche Zuwendungen in nicht unerheblicher Höhe aus dem Bundeshaushalt erhalten. Diese Zuwendungen entstammen Mitteln, die auch von denen aufgebracht werden, die nicht in einer Sozialversicherung versichert sind. Sinn und Zweck einer Sozialversicherung ist es demnach, unter sozialen Aspekten einen Versicherungsschutz zu gewähren.

Die private Personenversicherung hingegen ist nicht etwa eine Sozialversicherung in privatrechtlicher Rechtsform, sondern grundsätzlich eine über das sozialstaatlich Notwendige hinausgehende Individualversicherung, die ohne Abschlusszwang für den Versicherer und grundsätzlich ohne rechtlichen Zwang für die Versicherungsinteressenten durch einen Versicherungsvertrag begründet wird.<sup>587</sup> Aus dieser Struktur ergibt sich auch, dass die private Personenversicherung nicht dem sozialen Ausgleich dienen soll. Sie ist vielmehr risikobezogen und ihr Abschluss folglich von einer so genannten Risikoprüfung durch den Versicherer abhängig.

### 5.1.2 Elemente der Risikoüberprüfung

Die Risikoüberprüfung vor Abschluss einer privaten Personenversicherung setzt sich aus zwei Elementen zusammen: Zum einen besteht sie aus dem Verlangen einer ärztlichen Untersuchung, die jedenfalls bei der Lebensversicherung im Anschluss an frühere aufsichtsbehördliche Anforderungen an die Geschäftspläne<sup>588</sup> bei Vereinbarung einer Versicherungssumme von mehr als 125.000 € verlangt wird,<sup>589</sup> zum anderen in dem Verlangen gegenüber dem Versicherungsinteressenten, ihm bekannte, gefahrerhebliche beziehungsweise risikoerhebliche Umstände anzugeben, wozu er gemäß § 19 Absatz 1 VVG verpflichtet ist, sofern diese Anzeigenobligie nicht gemäß § 32 VVG durch

---

<sup>587</sup> Anders verhält es sich beispielsweise bei der Kraftfahrzeug-Haftpflichtversicherung, bei der ein rechtlicher Zwang zum Abschluss besteht.

<sup>588</sup> VerBAV 1996, 305, 306; Präve, VersR 1992, 279 (280).

<sup>589</sup> Vergleiche dazu: Buyten/Simon, VersR 2003, 813 (814).

eine Abrede zu seinen Gunsten abbedungen wurde, was allerdings in der Versicherungspraxis kaum vorkommen dürfte.

### **5.1.3 Zweck der Risikoüberprüfung**

Die Risikoüberprüfung vor Abschluss von Versicherungsverträgen dient zunächst dem Zweck, sicherzustellen, dass die Risikoübernahmen den von den Versicherern für ihren Geschäftsbetrieb aufgestellten geschäftsplanmäßigen Vorgaben entsprechen und die Leistungsfähigkeit der Versicherungsunternehmen nicht übersteigen; sie dient damit dazu, die dauernde Erfüllbarkeit der gegenüber den Versicherungsnehmern eingegangenen Verpflichtungen zu gewährleisten.<sup>590</sup> Weiterhin liegt in der Risikoprüfung aber auch ein Instrument des Wettbewerbs: Je strenger ein Versicherer die Risikoprüfung durchführt, desto größer sind die Vorteile für das Versicherungskollektiv: Die Prämien können dank einer genaueren Risikoeinschätzung ebenso wie der Überschuss des Versicherungsunternehmens und damit auch eine vorgesehene Überschussbeteiligung der Versicherungsnehmer günstiger ausfallen. Die allgemein in den genannten Fällen als zulässig angesehenen vorvertraglichen ärztlichen Untersuchungen dienen dazu, bei dem Versicherungsinteressenten noch unbekannte Krankheiten und krankhafte Veranlagungen aufzudecken und die Vollständigkeit der von dem Interessenten nach § 19 VVG gemachten Umstände zu überprüfen.<sup>591</sup> Ein weiterer und nicht ganz unwesentlicher Zweck der Anzeigenobligiegenheit ist der Schutz des Versicherungsunternehmens vor der noch zu behandelnden so genannten Gefahr der Antiselektion.<sup>592</sup>

### **5.1.4 Entscheidungsmöglichkeiten des Versicherers bei der Risikoüberprüfung**

Auch ohne Erhebung genetischer Daten für Versicherungszwecke hat der Versicherer gemeinhin nach einer Risikoprüfung bei der Beurtei-

---

<sup>590</sup> Lorenz, VersR 1999, 1309 (1310).

<sup>591</sup> Lorenz, VersR 1999, 1309 (1310).

<sup>592</sup> Siehe Kapitel E. I. 5. b) aa) (1), Seite 159.

lung eines Antrages eines Versicherungsinteressenten schon vier Entscheidungsmöglichkeiten:<sup>593</sup> Er kann den Antrag zu der gewöhnlich geforderten Prämie annehmen, ihn mit einem Risikozuschlag auf die gewöhnlich geforderte Prämie annehmen, ihn mit einem begrenzten Risikoausschluss annehmen, also mit der Vereinbarung, dass er nicht leisten muss, wenn sich eines der angezeigten Risiken verwirklicht,<sup>594</sup> oder den Antrag insgesamt ablehnen. Die Entscheidung des Versicherers dürfte dabei davon abhängen, wie er den gegebenenfalls angezeigten risikoerheblichen Umstand bewertet. Maßgebend für seine Entscheidung dürfte damit das Ausmaß der Risikoerhöhung sein. Die Ablehnung eines Antrages dürfte dann unwahrscheinlich sein, wenn zwar eine das Risiko erhöhende Krankheitsanlage festgestellt wurde, der Ausbruch dieser indizierten Krankheit aber sehr unsicher ist. Das Gleiche gilt, wenn der Versicherungsinteressent einen solchen Umstand angezeigt hat, der zwar das Risiko erhöht, bei dem aber nur in geringem Maße wahrscheinlich ist, dass sich die erhöhte Gefahr innerhalb der Laufzeit des Vertrages – etwa bei einer reinen Risikolebensversicherung zur Absicherung eines Baudarlehens – auch verwirklicht.

### **5.1.5 Anzeigeobligienheit und Folgen der Nichtanzeige gefahrheblicher Umstände**

Wie oben bereits erwähnt, hat nach § 19 Absatz 1 VVG der Versicherungsinteressent dem Versicherer vor Abschluss des Vertrags alle ihm bekannten und für die Entscheidung des Versicherers erheblichen Umstände anzuzeigen.

#### **5.1.5.1 Inhalt der Anzeigepflicht**

Dabei sind gemäß § 19 Absatz 1 VVG im Zweifel alle Umstände erheblich, nach denen der Versicherer in dem von ihm gestalteten Antrags-

---

<sup>593</sup> Lorenz, VersR 1999, 1309 (1310).

<sup>594</sup> Ein solches angezeigtes Risiko könnte die erbliche Veranlagung zu einer bestimmten Krankheit sein, deren Realisierung nicht einen Versicherungsfall führen würde.

formular ausdrücklich und eben schriftlich gefragt hat. Anzuzeigen sind aber auch gefahrerhebliche Umstände, nach denen der Versicherer nicht gefragt hat.<sup>595</sup> Die vorvertragliche Anzeigepflicht erstreckt sich auf alle gefahrerheblichen Umstände, die sich bis zum Zeitpunkt des Zugangs der Annahmeerklärung des Versicherers ereignen und dem Versicherungsnehmer zur Kenntnis gelangen.<sup>596</sup> Gefahrerheblich sind Umstände im Sinne des § 19 Absatz 1 VVG, die geeignet sind, auf den Entschluss des Versicherers einen Einfluss auszuüben, den Vertrag überhaupt oder mit dem vereinbarten Inhalt abzuschließen. Eine Gefahrerheblichkeit kann auf der Hand liegen; andernfalls muss der Versicherer darlegen, von welchen Grundsätzen er sich bei der dem Vertragsabschluss vorangehenden Risikoprüfung leiten lässt.<sup>597</sup>

### **5.1.5.2 Rücktritt des Versicherers bei Verletzung der vorvertraglichen Anzeigepflicht**

Hat der Antragsteller ihm bekannte gefahrerhebliche Umstände nicht oder nicht richtig angezeigt, so kann sich der Versicherer gemäß § 19 Absatz 2 VVG durch Rücktritt von der Verpflichtung zur Leistung befreien, wobei nach Ansicht des Landgerichts Bielefeld<sup>598</sup> in einem nicht mitgeteilten genetischen Defekt bislang gerade kein gefahrerheblicher Umstand und mithin auch kein Rücktrittsgrund vorliegt, da genetische Informationen bis 2011 nicht für die Risikokalkulation genutzt werden dürfen. Gemäß § 19 Absatz 3 und 4 VVG kann sich der Versicherer allerdings nur befreien, wenn ihm der nicht angezeigte Umstand unbekannt war und wenn der Antragsteller schuldhaft gehandelt hat.<sup>599</sup> Bei nicht angezeigten Umständen, nach denen der Versicherer nicht ausdrücklich gefragt hat, kann der Versicherer aber gemäß § 22 VVG nur zurücktreten, wenn der Antragsteller arglistig gehandelt

---

<sup>595</sup> Dazu: Lorenz, VersR 1994, 295 (295); zu den Einschränkungen durch die Rechtsprechung vergleiche nur: Prölss/Martin/Prölss, §§ 16, 17 Rn. 10; Schimikowski, Rn. 182 f.

<sup>596</sup> BGH, VersR 1980, 667 (668); 1994, 799; Holzhauser, Rn. 122.

<sup>597</sup> BGH, VersR 1994, 629 (629 f.); Schimikowski, Rn. 182.

<sup>598</sup> LG Bielefeld, VersR 2007, 636 (637).

<sup>599</sup> Holzhauser, Rn. 132; Beispiele für mangelndes Verschulden des Versicherungsnehmers bei: Prölss/Martin/Prölss, §§ 16, 17 Rn. 34 ff.

hat. Tritt der Versicherer nach Eintritt des Versicherungsfalls begründet zurück, so hat er gleichwohl zu leisten, wenn der pflichtwidrig nicht angezeigte Umstand den Eintritt des Versicherungsfalls und den Umfang der Leistung nicht beeinflusst hat.

#### **5.1.5.3 Anfechtung durch den Versicherer**

Bei arglistigem Verhalten des Antragstellers kann der Versicherer nach § 22 VVG den Vertrag auch wegen arglistiger Täuschung nach § 123 BGB anfechten und dadurch seine Leistungspflicht beseitigen. Die Anfechtung wegen Irrtums steht ihm hingegen nicht zu; denn im Hinblick auf Fehlvorstellungen des Versicherers über das zu versichernde Risiko stellt § 19 VVG eine Spezialvorschrift dar, die die Anwendung des § 119 BGB ausschließen. Nach ganz herrschender Meinung ergibt sich dies aus dem Umkehrschluss zu § 22 VVG, nach dem bei Arglist des Versicherungsnehmers nur die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung unberührt bleiben soll.<sup>600</sup>

#### **5.1.6 Abgrenzung der zu beurteilenden genetischen Untersuchungen**

Sofern bisher von genetischen Untersuchungen die Rede war, handelte es sich nicht von vornherein um Genomanalysen auf DNA-Ebene, also um die Untersuchung aller bekannten Gene des Versicherungsinteressenten. Zwei Gründe sprechen gegen die Annahme einer solchen umfassenden Untersuchung für Versicherungszwecke: wirtschaftliche Aspekte und mangelndes Interesse der Versicherer. Hinzu kommt noch, dass umfassende Untersuchungen rechtlich unzulässig wären, da sie auch auf Feststellungen abzielen, die für den Abschluss eines Versicherungsvertrages unerheblich sind und damit lediglich zu einer Ausforschung des Betroffenen führten.<sup>601</sup> Im Folgenden wird daher

---

<sup>600</sup> Vergleiche dazu nur: Schimikowski, Rn. 197.

<sup>601</sup> Lorenz, VersR 1999, 1309 (1311).

zweckmäßigerweise allein die Zulässigkeit von Tests auf gefahrerhebliche genetische Dispositionen untersucht.<sup>602</sup>

### **5.1.7 Gendiagnostik als zusätzliches Instrument der Risikoprognose**

Das Geschäftsprinzip einer jeden privaten Personenversicherung besteht darin, ein Risiko, das heißt die Wahrscheinlichkeit eines künftigen Schadens, gegen eine Prämie zu übernehmen. Die Kalkulation einer Versicherung muss daher bemüht sein, die Größe des Risikos möglichst zuverlässig abzuschätzen, um einerseits keine Prämie oberhalb des Risikos – natürlich einschließlich eines Gewinnaufschlags – zu fordern, und so im Konkurrenzkampf zu bestehen und andererseits auch mit dem Versicherungsvertrag kein „Verlustgeschäft“ zu machen. Insofern gehört eine Abschätzung des Risikos von Antragstellern auch seit jeher zur üblichen und notwenigen Praxis in der privaten Versicherungswirtschaft. Man könnte folglich davon ausgehen, dass genetische Untersuchungen nur ein zusätzliches Instrument für diese Kalkulation darstellen; denn die Kenntnis um genetische Dispositionen kann helfen, insbesondere in der Lebensversicherung die Wahrscheinlichkeit einer künftigen Krankheit und eines mit dieser einhergehenden vorzeitigen Todes einzuschätzen zu können.<sup>603</sup> Man könnte gewissermaßen auch von einer Aktualisierung unter Berücksichtigung der entsprechenden wissenschaftlichen Entwicklung der heute bereits üblichen Fragen nach Vorerkrankungen und familiären Krankheitsgeschichten sprechen.

## **5.2 Rechtsgrundlagen für die Erhebung genetischer Daten zu Versicherungszwecken**

Neben den allgemeinen Vorschriften des Bundesdatenschutzgesetzes kommt nach den gemachten Ausführungen zunächst die bereichsspe-

---

<sup>602</sup> Im Folgenden werden diese Untersuchungen als „genetische Tests“ beziehungsweise „genetische Untersuchungen“ bezeichnet.

<sup>603</sup> Vergleiche: *Buyten/Simon*, VersR 2003, 813 (814).

zifische Regelung des § 19 VVG in Betracht. Letztlich bleibt die Möglichkeit zu untersuchen, ob genetische Daten auf der Grundlage einer datenschutzrechtlichen Einwilligung des Betroffenen nach § 4a BDSG erhoben werden können.

### 5.2.1 Anzeigepflicht

Zunächst kommt für eine Erhebung genetischer Daten also § 19 Absatz 1 VVG in Betracht. Wie oben bereits ausgeführt, hat der Antragsteller vor Abschluss eines Versicherungsvertrages alle ihm bekannten Umstände, die für die Übernahme der Gefahr erheblich sind, dem Versicherungsgeber anzuzeigen. Erheblich sind solche Umstände, die geeignet sind, auf den Entschluss des Versicherungsunternehmens, den Vertrag überhaupt oder zu einem vereinbarten Inhalt abzuschließen, Einfluss auszuüben. Daher wird in aller Regel vereinbart, dass die Versicherer Zugriff auf ärztliche Daten aus Krankenblättern und elektronischen Datenträgern nehmen können, um sich über den Gesundheitszustand des Antragstellers Klarheit zu verschaffen. Üblicherweise unterzeichnet der Antragsteller entsprechend vorformulierte Erklärungen zur Entbindung von der ärztlichen Schweigepflicht.<sup>604</sup> In den oben bereits dargestellten Fällen wird zudem eine ärztliche Untersuchung für den Abschluss einer Lebensversicherung vereinbart. Nach § 151 VVG begründet diese Möglichkeit der Vereinbarung jedoch keinesfalls ein Recht des Versicherers, die Vornahme einer ärztlichen Untersuchung auch erzwingen zu dürfen.

Sollte dem Versicherungsnehmer das Ergebnis einer genetischen Analyse bekannt sein und sich daraus Umstände ergeben, die geeignet sind, den Entschluss des Versicherers zu beeinflussen, könnte ihn eine aus § 19 Absatz 1 VVG folgende Offenbarungspflicht treffen, sofern man die genetische Veranlagung als einen gegenwärtigen und nicht

---

<sup>604</sup> Eine solche Entbindung muss den Anforderungen des informationellen Selbstbestimmungsrechts genügen, insbesondere also hinreichend bestimmt sein, vergleiche dazu auch: BVerfG, MMR 2007, 93 (96); Borchert, NVersZ 2001, 1 (1 ff.).

als einen zukünftigen Umstand wertet.<sup>605</sup> Legt man allein den Wortlaut des § 19 Absatz 1 Satz 1 VVG zugrunde, spricht viel dafür, dass den Antragsteller eine unspezifizierte Offenbarungspflicht trifft und er ihm bereits bekannte genetische Befunde aus einer zuvor vorgenommenen genetischen Analyse bei Vertragsschluss dem Versicherer vorzulegen hat.<sup>606</sup> Und tatsächlich verlangen die deutschen Lebensversicherer die Offenlegung auch, wenn die insgesamt beantragten und bereits abgeschlossenen Versicherungen über 250.000 Euro Versicherungssumme beziehungsweise 30.000 Euro Jahresrente liegen.<sup>607</sup>

Unabhängig davon, ob man genetische Dispositionen als gegenwärtigen oder zukünftigen Umstand wertet, und unabhängig davon, ob den Versicherungsnehmer alleine die Offenbarungspflicht trifft oder ob vielmehr auch den Versicherer die Pflicht zur Erfragung von gefahrerheblichen Umständen trifft,<sup>608</sup> liegt auf den ersten Blick der Schluss nahe, dass eine Erhebung von Gesundheitsdaten im Rahmen von § 19 Absatz 1VVG ohne weiteres zulässig ist. Eine unbeschränkte Möglichkeit der Erhebung genetischer Daten gemäß § 19 Absatz 1 VVG würde jedoch der Wertung des im Jahre 2001 novellierten Bundesdatenschutzgesetzes widersprechen. Legt man die Begründung des Gesetzgebers zugrunde, die den § 28 Absatz 6 bis 9 BDSG als Umsetzung von Art. 8 DSRL ausweist,<sup>609</sup> muss davon ausgegangen werden, dass die neuen Regelungen des § 28 Absatz 6 bis 9 BDSG nur dann Sinn machen, wenn das Erheben von Gesundheitsdaten, also auch von genetischen Daten, als Form der besonderen Arten von personenbezogenen Daten nur zulässig sein soll, wenn die in den Vorschriften genannten Voraussetzungen erfüllt sind. Die entsprechenden Voraussetzungen sind in § 28 Absatz 6 Nr. 1 bis 4, Absatz 7 und Absatz 8 BDSG abschließend aufgeführt. Im Ergebnis kann sich daher die Erhebung

---

<sup>605</sup> Die Wertung ist umstritten, vergleiche nur: *Präve*, VersR 1992, 279 (283), der die genetische Veranlagung wohl als zukünftigen Umstand wertet.

<sup>606</sup> *Präve*, VersR 1992, 279 (283); *Lorenz*, VersR 1999, 1309 (1314); *Raestrup*, Seite 38.

<sup>607</sup> Siehe: *Buyten/Simon*, VersR 2003, 813 (815); in Schweden liegt die Grenze schon bei 55.000 Euro, in den Niederlanden bei 135.000 Euro.

<sup>608</sup> Vergleiche nur: *Präve*, VersR 1992, 279 (283).

<sup>609</sup> BT-Drucksache 14/4329, Seite 43.

von Gesundheitsdaten und als deren Teil von genetischen Daten nicht oder nicht länger allein auf § 19 VVG stützen, sondern muss den Anforderungen des § 28 Absatz 6 bis 9 BDSG entsprechen.

### **5.2.2 Datenerhebung zum Zweck der Gesundheitsversorgung**

Bei Durchsicht der einzelnen Regelungen des § 28 BDSG erschließt sich, dass der Umgang mit Gesundheitsdaten für die Versicherungsunternehmen erheblich erschwert wurde. Allein für private Krankenversicherungen könnte man bei sehr weiter Auslegung des § 28 Absatz 7 BDSG annehmen, dass eine entsprechende Rechtsgrundlage vorliegt, weil die Erhebung von Gesundheitsdaten sowohl bei Abschluss als auch bei der Durchführung eines entsprechenden Vertrags für die Gesundheitsversorgung erforderlich ist.<sup>610</sup> Legt man die gesetzliche Ausnahmebestimmung hingegen in Übereinstimmung mit der europäischen Datenschutzrichtlinie enger aus, bleibt den Krankenkassen diese Erhebungsvariante versagt; denn als Versicherung haben sie nur mittelbar etwas mit der Gesundheitsversorgung zu tun.<sup>611</sup> Im Übrigen fallen sie auch nicht in den Bereich der Verwaltung von Gesundheitsdiensten.<sup>612</sup> Bei den hier näher zu untersuchenden Lebensversicherungsverhältnissen scheidet eine Datenerhebung auf Grundlage des § 28 Absatz 7 BDSG aber erst recht aus, wenn sie schon nicht für Krankenversicherungen gilt.

### **5.2.3 Datenerhebung wegen rechtlicher Ansprüche des Versicherungsgebers**

Letztlich kommt nur die Ausnahme des § 28 Absatz 6 Nr. 3 BDSG für die Erhebung genetischer Daten in Betracht. § 28 Absatz 6 Nr. 3 BDSG erklärt die Datenerhebung für zulässig, sofern „dies zur Geltendmachung, Ausübung oder Verteidigung rechtlicher Ansprüche erforderlich ist und kein Grund zu der Annahme besteht, dass das schutzwür-

---

<sup>610</sup> Roßnagel/Naujok, Seite 1121.

<sup>611</sup> Dammann/Simitis, Art. 8 Rn. 18.

<sup>612</sup> Simitis/Simitis, § 28 Rn. 342; vergleiche auch: Dammann/Simitis, Art. 8 Rn. 18.

dige Interesse des Betroffenen am Ausschluss der Datenerhebung überwiegt“. Der Tatbestand besteht also aus einer an der Geltendmachung, Ausübung und Verteidigung „rechtlicher Ansprüche“ orientierten Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes und einer Abwägung der widerstreitenden Interessen.<sup>613</sup> Daher muss zunächst ermittelt werden, was mit der ersten Voraussetzung, also dem Terminus „rechtlicher Anspruch“ in § 28 Absatz 6 Nr.3 BDSG gemeint ist.

### **5.2.3.1 Definition des rechtlichen Anspruchs**

Folgt man der Definition des Bürgerlichen Gesetzbuches, so ist gemäß § 194 Absatz 1 BGB ein Anspruch das Recht einer Person, von einer anderen Person ein Tun oder Unterlassen zu verlangen. Ein solcher Anspruch kann sich sowohl aufgrund gesetzlicher als auch vertraglicher Regelung ergeben. Welcher Bedeutung insoweit der Aussage zukommt, dass es sich um einen „rechtlichen“ Anspruch handeln muss, ist nicht erkennbar<sup>614</sup> und dürfte als selbstverständlich angenommen werden, wenngleich es sich theoretisch auch um moralische, gesellschaftliche oder andere Ansprüche handeln könnte. Hinsichtlich der inhaltlichen Auslegung des „rechtlichen Anspruches“ in § 28 Absatz 6 Nr.3 BDSG finden sich jedoch unterschiedliche, im Folgenden dargestellte Ansichten.

### **5.2.3.2 Wortlaut**

Geht man zunächst vom Wortlaut der Norm aus, spricht viel dafür, dass es sich um einen bestehenden Anspruch handeln muss, um eine Datenerhebung zu rechtfertigen. Das Interesse des Versicherers an der Datenerhebung im Stadium der Vertragsanbahnung liegt maßgeblich in der Feststellung, wie das Risiko des Antragstellers einzustufen ist. Die Datenerhebung soll damit die Abschätzung von möglichen, zukünftigen Ansprüchen ermöglichen. Folglich dienen die Daten aber

---

<sup>613</sup> Franzen, RDV 2003, 1 (3); zur Methode dieser Interessenbewertung siehe nur: Ehmann, AcP 188 (1988), 230 (284 ff.).

<sup>614</sup> So auch: Gola, RDV 2001, 125 (127).

nicht der Geltendmachung von bestehenden Ansprüchen des Versicherers gegenüber dem von der Datenerhebung betroffenen Antragsteller; denn die gibt es ja gerade noch nicht. Mit Aufnahme der Vertragsverhandlungen ergeben sich allenfalls sog. Sekundärpflichten zur gegenseitigen Sorgfalt und Rücksichtnahme. Damit passt aber der Terminus des Anspruchs nicht auf die mit der Informationserhebung im Anbahnungsverhältnis intendierten Zwecke des Versicherers.<sup>615</sup>

### **5.2.3.3 Weite Auslegung des Terminus des Anspruchs**

Wenn man den Terminus des „Anspruchs“ hingegen weit auslegte, könnte man auch die Gestaltungsrechte, die keine Ansprüche im Sinne von § 194 Absatz 1 BGB sind, unter ihn subsumieren.<sup>616</sup> Der Versicherungsgeber erhebt Informationen über einen Antragsteller im Hinblick auf ein im Falle wahrheitswidriger Beantwortung zustehendes Anfechtungsrecht. Thüsing/ Lambrich haben allerdings bereits zutreffend nachgewiesen, dass in einer solchen Argumentation ein Zirkelschluss liegt:<sup>617</sup> Das Anfechtungsrecht des Versicherers besteht nur bei wahrheitswidriger Beantwortung einer zulässigen Frage. Der Bestand eines Anfechtungsrechts als „Anspruch“ im Sinne des § 28 Absatz 6 Nr. 3 BDSG hängt demnach vom Wahrheitsgehalt der Antwort einerseits und der Zulässigkeit der Frage andererseits ab. Die Zulässigkeit der Frage soll aber gerade am Maßstab des § 28 Absatz 6 Nr. 3 BDSG ermittelt werden. Auch wenn man den Wortlaut des § 28 Absatz 6 Nr. 3 BDSG weit auslegen wollte, vermag die Anfechtungsmöglichkeit nicht die Erhebung von genetischen Daten zu rechtfertigen.

---

<sup>615</sup> Ebenso, wenn auch bezogen auf die Situation der Anbahnung eines Arbeitsverhältnisses: *Gola/Schomerus*, § 28 Rn. 72.

<sup>616</sup> Erwogen von: *Thüsing/Lambrich*, BB 2002, 1146 (1151); ähnlich: *Sutschet*, RDV 2000, 107(111).

<sup>617</sup> *Thüsing/Lambrich*, BB 2002, 1146 (1152); auch erwogen von: *Franzen*, RDV 2003, 1 (3); *Sutschet*, RDV 2000, 107 (111).

#### **5.2.3.4 Anspruch aus vorvertraglichem Schuldverhältnis**

Wenn nach dem eben Ausgeführten für die datenschutzrechtliche Zulässigkeit von Fragen nach Gesundheitsdaten nur versicherungsvertragliche Ansprüche des Versicherers in Betracht kommen, deren eventuelle Geltendmachung die Erhebung entsprechender Daten rechtfertigt, stellt sich die Frage, ob etwa auch Ansprüche aus dem vorvertraglichen Schuldverhältnis,<sup>618</sup> das mit dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz normativ in § 331 Absatz 2 BGB geregelt wurde und welches mit Aufnahme der Vertragsverhandlung zwischen Versicherungsgeber und Versicherungsnehmer entsteht, die Datenerhebung legitimieren können. Aus einem vorvertraglichen Schuldverhältnis können jedoch lediglich zu einer möglichen Schadensersatzpflicht führende Nebenpflichten abgeleitet werden. Solche Neben- oder Sekundärpflichten sind die gegenseitige Sorgfalt und Rücksichtnahme.<sup>619</sup> Sie finden ihre Rechtfertigung in der gegenseitigen Gewährung und Inanspruchnahme von Vertrauen<sup>620</sup> und werden inhaltlich durch den Maßstab von Treu und Glauben nach § 242 BGB bestimmt.<sup>621</sup>

Dem fragenden Versicherer geht es bei der Befragung des Antragstellers allerdings nur darum, sein Risiko für die Vertragsdurchführung zu beurteilen und nicht darum, einen Anspruch auf Rücksichtnahme auszuüben, geltend zu machen oder zu verteidigen.<sup>622</sup> Ansprüche aus einem vorvertraglichen Schuldverhältnis können damit nicht die Erhebung sensitiver Daten – weder durch eine Offenbarungspflicht, noch durch eine Verpflichtung zur Einwilligung –<sup>623</sup> rechtfertigen.

---

<sup>618</sup> Vergleiche dazu nur: Palandt/Grüneberg, § 311 Rn. 11 ff.

<sup>619</sup> Gola/Schomerus, § 28 Rn. 72; vergleiche dazu auch: Schaub, § 25 Rn. 3.

<sup>620</sup> BGH, NJW 1973, 752 (752); BGH, NJW 1981, 1035 (1036).

<sup>621</sup> BGHZ 60, 221 (226); BGH, NJW 1981, 1035 (1036); Wiese, Seite 41.

<sup>622</sup> Franzen, RDV 2003, 1 (3); Gola/Schomerus, § 28 Rn. 72.

<sup>623</sup> Deutsche Forschungsgemeinschaft, Seite 54.

### **5.2.3.5 Einbeziehung potenzieller Ansprüche in den Terminus des Anspruchs**

Denkbar ist letztlich nur noch, auch „potenzielle“ Ansprüche in den Tatbestand des § 28 Absatz 6 Nr. 3 BDSG einzubeziehen. Die Datenerhebung muss dann aber dazu dienen, die Entstehung beziehungsweise ordnungsgemäße Erfüllung potenzieller zukünftiger Ansprüche zu überprüfen. Oftmals ist die Prüfung, ob ein Anspruch besteht, überhaupt erst nach vorheriger Informationsgewinnung möglich und nicht zuletzt deren eigentlicher Zweck.<sup>624</sup> Werden im Anbahnungsverhältnis Informationen über Vorerkrankungen oder die genetische Konstitution erhoben, dienen diese Daten der Beurteilung von Risikofaktoren des späteren Versicherungsnehmers und damit der Berechnung seiner Prämienverpflichtung. Sie dienen folglich der Geltendmachung eines später entstehenden Anspruchs aus dem Lebensversicherungsvertrag. Insoweit lässt sich die Datenerhebung recht zwanglos am Maßstab des § 28 Absatz 6 Nr. 3 BDSG messen.<sup>625</sup>

### **5.2.3.6 Schutzwürdiges Interesse**

Der vorvertraglichen Erhebung genetischer Daten nach § 28 Absatz 6 Nr. 3 BDSG steht aber regelmäßig ein schutzwürdiges Interesse des Betroffenen entgegen. Dem Wortlaut des Gesetzes nach ist die Datenerhebung nur dann zulässig, wenn kein Grund zu der Annahme besteht, dass das schutzwürdige Interesse an dem Ausschluss der Erhebung überwiegt. Damit ist diese zunächst sehr weit angelegte Ermächtigungsnorm auch unter Berücksichtigung der Schwere des Eingriffs in das informationelle Selbstbestimmungsrecht im Einzelfall sehr restriktiv zugunsten des Betroffenen auszulegen.

---

<sup>624</sup> Franzen, RDV 2003, 1 (3); Gola, RDV 2001, 125 (127); Gola/Schomerus, § 28 Rn. 72; Thüsing/Lambrich, BB 2002, 1146 (1151 f.); Deutsche Forschungsgemeinschaft, Seite 54; so wohl auch schon: Däubler, RDV 1999, 243 (245).

<sup>625</sup> Ebenso: Franzen, RDV 2003, 1 (3), der das Anbahnungsverhältnis eines Arbeitsvertrages allerdings abweichend beurteilt, weil es dem Arbeitgeber bei der Erhebung von Gesundheitsdaten insoweit nur um die Abschätzung der Einsatzfähigkeit des Bewerbers in der ersten Zeit der Vertragsdurchführung gehe.

Bei der Abwägung ist indes auch zu berücksichtigen, dass der Gesetzgeber selbst vom Regelfall der datenschutzrechtlichen Einwilligung ausgegangen ist, es sich bei dieser Ermächtigungsgrundlage immer nur um eine Ausnahme handeln darf. Bei der Erhebung genetischer Daten dürfte daher das Interesse des Betroffenen an der Geheimhaltung wegen der besonderen Relevanz der Daten regelmäßig überwiegen; andernfalls bleibt den Vertragsparteien zunächst die Möglichkeit, die Datenerhebung durch eine entsprechende Einwilligung zu legitimieren.

Die Erhebung von genetischen Daten ist nach § 28 Absatz 6 Nr. 3 BDSG für die Zwecke des privaten Personenversicherungsverhältnisses im Ergebnis nicht möglich. Allein die Möglichkeit der datenschutzrechtlichen Einwilligung des Betroffenen kommt damit als Rechtfertigung der Datenerhebung in Betracht.

#### **5.2.4 Einwilligung des Betroffenen**

Wenn eine Erhebung genetischer Daten beim Versicherungsinteressenten im Stadium der Vertragsanbahnung nicht von dem geltenden Versicherungs- und Datenschutzrecht gedeckt ist, stellt sich die Frage, ob eine Verwendung der datenschutzrechtlichen Einwilligung den unterschiedlichen Interessenlagen gerecht zu werden vermag.

Wie oben bereits angesprochen, entbindet der Betroffene seine Ärzte von ihrer Schweigepflicht. Diese Erklärung stellt ohne Weiteres eine Einwilligung in die Datenerhebung dar. Ohne die Entbindung von der Schweigepflicht müsste sich der Versicherer auf die in aller Regel wenig kompetenten Informationen durch den Versicherungsinteressenten selbst verlassen, was letztlich zu beider Nachteil sein kann.

Die datenschutzrechtliche Einwilligung kann nur dann Rechtswirksamkeit entfalten, wenn ihre Voraussetzungen erfüllt sind. Dabei ist die notwendige Freiwilligkeit des Erklärenden das größte Problem; denn es ist elementare Voraussetzung, dass die Einwilligung nicht zur

bloßen Formsache, zur inhaltsleeren Phrase degradiert wird.<sup>626</sup> Die tatsächliche Freiwilligkeit ist umso wichtiger, als sich der Einzelne auf eine Untersuchung einlassen soll, deren Konsequenzen gegebenenfalls kaum überschaubar sind. Hier ist vor allem an die schon angesprochene Offenlegung unheilbarer Krankheitsanlagen zu denken. Jeglicher faktischer Zwang, der die Entscheidung bestimmt, ist daher bei der Erhebung genetischer Daten für Versicherungszwecke auszuschließen.

Zunächst kann festgestellt werden, dass der Versicherer den Versicherungsinteressenten rechtlich nicht dazu zwingen kann, genetische Tests an sich vornehmen zu lassen, und zwar selbst dann nicht, wenn eine Vereinbarung über die Vornahme besteht. Das ergibt sich aus § 151 VVG, der zwar nur die vorvertragliche ärztliche Untersuchung bei Lebensversicherungen betrifft, aber darüber hinaus die Konkretisierung eines allgemeinen Rechtssatzes darstellt.<sup>627</sup> Ein rechtlicher Zwang zur Vornahme genetischer Tests besteht folglich nicht.

Dennoch bleibt die entscheidende Frage, ob der Versicherungsinteressent einem gleichartig wirkenden faktischen Zwang ausgesetzt ist, weil ihm sonst die Möglichkeit zum Abschluss einer privaten Personenversicherung genommen wird. Ein solcher Zwang ist dann anzunehmen, wenn sich der Betroffene nach seiner persönlichen Einschätzung in einer Situation befindet, die ihm keine andere Wahl lässt, als in die Datenerhebung und Verarbeitung einzustimmen, um den begehrten Versicherungsschutz zu erhalten.<sup>628</sup> Damit ist ein faktischer Zwang aber dann ausgeschlossen, wenn der betroffene Antragsteller eine echte Wahlmöglichkeit hat.<sup>629</sup>

Der Antragsteller hat beim Verlangen des Versicherers nach einer genetischen Untersuchung oder zumindest der Freigabe genetischer Daten die Möglichkeiten, eine solche Untersuchung oder eben die Einwil-

---

<sup>626</sup> Waniorek, RDV 1990, 228 (229 f.); Buyten/Simon, VersR 2003, 813 (814 f.).

<sup>627</sup> Lorenz, VersR 1999, 1309 (1312).

<sup>628</sup> Allgemeiner: Hanloser, CR 2008, 713 (715); Schwenke, Seite 216.

<sup>629</sup> Donner/Simon, DÖV 1990, 907 (917); Präve, VersR 1992, 279 (281).

ligungserklärung zu verweigern. In diesem Fall müsste er mit einer Ablehnung seines Versicherungsantrags rechnen, egal wie wahrscheinlich eine tatsächliche Ablehnung nach den obigen Ausführungen zu den Entscheidungsmöglichkeiten des Versicherers auch ist. Damit stellt sich die Frage, ob es sich damit noch um eine echte Wahlmöglichkeit des Antragstellers handelt oder ob er vielmehr dem faktischen Zwang ausgesetzt ist, die geforderten genetischen Untersuchungen an sich vornehmen zu lassen beziehungsweise seine bereits vorhandenen Daten freizugeben, um sich die Möglichkeiten der Lebensversicherung zu sichern.

Für einen solchen faktischen Zwang spricht, dass der Lebensversicherung eine besondere soziale Funktion<sup>630</sup> zukommt: Die Lebensversicherung stellt grundsätzlich nach dem so genannten Dreisäulenmodell eine individuelle Ergänzung der gesetzlichen und der betrieblichen Altersversorgung dar.<sup>631</sup> Demnach bestünde keine echte Wahlmöglichkeit mehr für den Versicherungsinteressenten. Vielmehr würde regelmäßig ein faktischer Zwang zu genetischen Untersuchungen oder der Offenbarung vorhandener Ergebnisse entstehen, um den begehrten Versicherungsschutz zu erhalten.<sup>632</sup> Im Ergebnis wäre daher die Möglichkeit einer freien Entscheidung und damit einer Einwilligung des potenziellen Versicherungsnehmers zu verneinen, was bedeutete, dass solche Untersuchungen im Hinblick auf das Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen stets für unzulässig zu erachten wären.<sup>633</sup>

Gegen die Annahme eines solchen faktischen Zwangs zur Vornahme genetischer Tests spricht zwar, dass tatsächlich ein großer Teil der Be-

---

<sup>630</sup> Die Lebensversicherung spielt eine große Bedeutung bei der privaten Altersversorgung und hat daher eine sich entwickelnde soziale Bedeutung, die mit der Bedeutung der privaten Vorsorge wächst, sofern nicht andere Vorsorgeformen attraktiver werden; dazu auch: Stockter, Seite 143 f.

<sup>631</sup> Siehe hierzu beispielsweise: Hagelschuer, Seite 28 bis 30.

<sup>632</sup> Für diese Ansicht: Hofmann, JZ 1986, 253 (257); Präve, VersR 1992, 279 (281); Bremer Auftragter für den Datenschutz, RDV 1989, 271 (275); allgemeiner: Hanloser, CR 2008, 713 (715); Schwenke, Seite 216; Simitis/Simitis, § 4a Rn. 3.

<sup>633</sup> Zur Unzulässigkeit jeglichen faktischen Zwangs siehe: Schwenke, Seite 215 ff.; Diekgräf, BB 1991, 1854 (1860); Donner/Simon, DÖV 1990, 907 (916); Markl, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 13.12.1990, Seite 35; ebenso wohl auch: Gola/Schomerus, § 4a Rn. 7.

völkerung keine privaten Personenversicherungen hat, weil der sozialstaatlich notwendige Versicherungsschutz durch die öffentlich-rechtliche Sozialversicherung gewährt wird. Es kann deshalb die Feststellung gewagt werden, dass der Abschluss privater Personenversicherungen trotz ihrer nicht gänzlich unerheblichen sozialen Bedeutung nicht zur individuellen Daseinsvorsorge gehört, sondern lediglich zur Wohlseinsvorsorge beiträgt.

Gegen diese Ansicht lässt sich ins Feld führen, dass es sich bei den privaten Personenversicherungen zwar um Individualversicherungen handelt, die über das traditionell „sozialstaatlich Notwendige“ hinausgehen und für die damit an sich auch kein Abschlusszwang besteht, dass diese Einordnung aber unter dem Aspekt des Einstiegs in die private Altersvorsorge zumindest fraglich erscheint.<sup>634</sup> Der Gesetzgeber hatte zwar bei dem Einstieg in die private Altersvorsorge nicht die Lebensversicherung als Vorsorgeform im Auge, sondern vielmehr die staatlich geförderte so genannte Riester-Rente. Die oben genannte traditionelle Funktion der Altersvorsorge hat mit dem Einstieg in die Privatrente nichts zu tun.

Gleichwohl ist die Beurteilung, ob jemand auf eine Lebensversicherung zur privaten Altersversorgung angewiesen ist, nicht allein objektiv zu bestimmen; denn die Erwägungen können sehr unterschiedlicher Natur sein und hängen neben dem jeweiligen Einkommen auch von Unterhaltsverpflichtungen und einem selbst gewünschten Lebensstandard im Alter ab. Für eine nicht nur unerhebliche soziale Notwendigkeit von Lebensversicherungen sprechen auch die – jedenfalls zeitweise – gewährten Steuervergünstigungen.

Darüber hinaus ist nicht zu bestreiten, dass es mehr als nur einzelne Fälle – nämlich ganze Bevölkerungs- bzw. Berufsgruppen – gibt, in denen ein solches „Angewiesensein“ auf eine private Versicherung doch vorliegt. Es handelt sich dabei um Fälle, in denen ein Versicherungsinteressent eine private Personenversicherung anstrebt, weil ihm

---

<sup>634</sup> Ebenso: *Buyten/Simon*, VersR 2003, 813 (816).

der Zugang zur Sozialversicherung aus irgendwelchen Gründen ver-sperrt ist.<sup>635</sup> In diesen Fällen müsste sich der Versicherungsinteressent also aufgrund eines faktischen Zwangs den von den privaten Personenversicherern geforderten genetischen Tests unterwerfen oder seine bekannten Informationen über seine genetische Konstitution offenba-ren. Seine Entscheidung wäre dann nicht mehr freiwillig. Das gilt jedenfalls dann, wenn alle Versicherer gleichermaßen genetische Daten fordern, dem Betroffenen damit tatsächlich keine Wahlmöglichkeiten zwischen verschiedenen Versicherern bleiben, und die Weigerung, seine genetischen Informationen preiszugeben, zwangsläufig zur Ab-lehnung des Versicherungsantrags führt.

Insgesamt lässt sich festhalten: Die Freiwilligkeit der Einwilligung in die Erhebung genetischer Daten ist wegen eines latent vorhandenen faktischen Zwangs regelmäßig ausgeschlossen,<sup>636</sup> die Erklärung damit aber unwirksam.

### 5.3 Lösungsmöglichkeiten des deutschen Gesetzgebers

Nachdem nun die derzeitige Rechtslage dargestellt worden ist, gilt es, die Varianten zu beleuchten, denen sich der deutsche Gesetzgeber be-dienen kann, um den jedenfalls in diesem Bereich latent vorhandenen Gefährdungen für das Recht auf informationelle Selbstbestimmung zu begegnen. Dafür bieten sich grundsätzlich drei Möglichkeiten, die zu untersuchen sind, neben einem generellen Verbot, die Datenverarbei-tung durch eine Einwilligung zu legitimieren, die Möglichkeiten, die Einwilligung generell oder auch nur beschränkt zuzulassen.

---

<sup>635</sup> Beispielsweise selbständige Unternehmer, denen der Zugang auch in der Form einer freiwilligen Mitgliedschaft verwehrt ist.

<sup>636</sup> Im Ergebnis ebenso: BVerfG, MMR 2007, 93 (94).

### 5.3.1 Generelles Verbot der Verwendung genetischer Daten

Zunächst kommt also ein generelles Verbot der Erhebung genetischer Daten in Betracht.<sup>637</sup> Dabei müsste sich dieses Verbot an sich nur auf die angesprochenen genetischen Tests beziehen, da vollständige Genomanalysen zum einen von den Versicherern kaum verlangt werden dürften und zum anderen schon nach geltendem Recht im Wege der Missstandskontrolle von der Aufsichtsbehörde untersagt werden könnte.<sup>638</sup> Gegen ein generelles Verbot lässt sich allerdings das Argument der so genannten Antiselektion ins Feld führen.

#### 5.3.1.1 Gefahr der Antiselektion

Sofern man davon ausgeht, dass künftig die Zahl der genetischen Untersuchungen insgesamt deutlich zunehmen wird, ist eine Informationsasymmetrie zwischen Versicherungsunternehmen und Versicherten zu befürchten.<sup>639</sup> Aus dieser Asymmetrie könnten Gefahren der Benachteiligung sowohl von Versicherungsunternehmen als auch der versicherten Risikogemeinschaft erwachsen. Zum einen könnten Versicherungsinteressenten etwa in Kenntnis einer stark das Leben verkürzenden und sich mit hoher Wahrscheinlichkeit realisierenden Krankheitsanlage und gerade deswegen eine Personenversicherung abschließen, um zu erreichen, dass der Versicherer nach nur kurzfristiger Prämienzahlung hohe Leistungen zu erbringen hat.<sup>640</sup>

Beispielhaft sei das daraus folgende Problem dargestellt: Ein potenzieller Versicherungsnehmer erhält aus einem genetischen Test das ungünstige Ergebnis, dass er Träger des Chorea Huntington Syndroms ist und ihm damit der sichere Tod im Alter zwischen 40 und 55 Jahren

<sup>637</sup> Dafür beispielsweise: *Präve*, VersR 1992, 279 ff.; so auch schon: Antrag der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, BT-Drucksache 15/543; verfassungsrechtliche Bedenken wegen einer Privilegierung genetisch Benachteiligter hat: *Stockter*, Seite 548.

<sup>638</sup> *Lorenz*, VersR 1999, 1309 (1315).

<sup>639</sup> Die Antiselektion wird regelmäßig auch als „Gegenauslese“ oder „adverse Selektion“ bezeichnet; siehe zur Antiselektion auch: BT-Drucksache 14/9020, Seite 149.

<sup>640</sup> *Lorenz*, VersR 1999, 1309 (1310); *Buyten/Simon*, VersR 2003, 813 (814); *Sprengler/van den Daele*, Seite 94.

droht. Zur Absicherung seiner Familie wird er Lebensversicherungen in maximaler Höhe abschließen. Wird dieser Antragsteller neben vielen anderen mit ähnlichen Dispositionen nun zu normalen Tarifen versichert, wird die Versicherung, die die genetischen Konstitutionen ihrer Versicherten nicht kennt, mit diesen Lebensversicherungen sichere Verluste machen. Diese Verluste müssen von der restlichen Versichertengemeinschaft getragen werden und können langfristig und im Extremfall zur Insolvenz des Versicherungsunternehmens führen. Gemeinhin wird diese Situation als Antiselektion bezeichnet.<sup>641</sup>

Dagegen könnte man allerdings anführen, dass die Nachfrage nach Versicherungsschutz eine natürliche Grenze hat. Da man für den Versicherungsschutz zu Lebzeiten die Prämien bezahlen können muss und von den hohen Versicherungssummen im Todesfall auch nicht selbst profitiert, wird die Nachfrage nach individuellem Versicherungsschutz nicht ins Unendliche wachsen. In Abwägung beider Annahmen könnte man unter Umständen davon ausgehen, dass die versicherte Risikogemeinschaft und das Versicherungsunternehmen diese Veränderungen noch verkraften werden.

### 5.3.1.2 Gefahr der Antiselektion zwischen den Unternehmen

Ein weiteres Problem ist die Antiselektion zwischen den Versicherungsunternehmen. Sie tritt ein, sobald eine Versicherungsgesellschaft – beispielsweise eine aus dem europäischen Ausland – anfängt, genetische Untersuchungen zur Voraussetzung eines Versicherungsvertragsabschlusses zu machen beziehungsweise nach genetischen Daten für diesen zu fragen. Damit zwingt es alle anderen Unternehmen, genetische Informationen zu verlangen, was den deutschen auch auf der Grundlage einer entsprechenden Einwilligung nicht möglich wäre.

Auch hierzu wieder ein Beispiel zur Veranschaulichung:<sup>642</sup> Eine nicht symptomatische Person stellt einen Antrag auf Abschluss einer Le-

---

<sup>641</sup> Trute, Rechtliche Regulierung, Seite 324.

<sup>642</sup> Vergleiche dazu nur: Fenger/Schöffski, NVersZ 2000, 449 (452).

bensversicherung mit einer hohen Versicherungssumme bei einem Unternehmen, das, da es genetische Untersuchungen zur Voraussetzung für den Abschluss eines Vertrages macht, mit besonders günstigen Prämien wirbt. Aufgrund eines ungünstigen Ergebnisses wird der den Antrag stellenden Person mitgeteilt, dass sie nicht zu den bei diesem Versicherer günstigen Standardprämien versichert werden kann, sondern einen nicht unerheblichen Risikoaufschlag in Kauf nehmen muss, der zu einer Versicherungsprämie führt, die höher ist als die Standardprämie bei Versicherungsunternehmen, die keine genetische Untersuchung verlangen. Folglich wird der Antragsteller seinen Versicherungsantrag zurückziehen und zu einer Versicherungsgesellschaft gehen, die genetische Informationen nicht zur Voraussetzung eines Vertragsabschlusses macht.

Diese Antiselektion zwischen den Versicherungsunternehmen führte mit einer gewissen – vielleicht nicht allzu hohen – Wahrscheinlichkeit zum Zusammenbruch des deutschen Lebensversicherungsmarktes, benachteiligte die deutschen Versicherungsunternehmen aber jedenfalls erheblich; denn auch an diesem Markt wird die Internationalisierung nicht vorübergehen: Zum jetzigen Zeitpunkt subventionieren die guten Risiken gewissermaßen die schlechten. Im Zuge der fortschreitenden europäischen Einigung beziehungsweise der Internationalisierung insgesamt dürften diejenigen mit guten Risiken bald Versicherungsunternehmen finden, die sie aufgrund ihrer genetischen Konstitution zu geringen Prämien versichern. Sie würden folglich aus der Versichertengemeinschaft auf dem deutschen Markt ausscheiden und damit Prämien erhöhungen für die verbliebenen Versicherten unmöglich machen, welche wiederum die Flucht der guten Risiken ins Ausland beschleunigen dürften. Im Ergebnis kommt es – jedenfalls im äußersten Fall – zu einem Zusammenbruch des deutschen Marktes.

### **5.3.1.3 Zweiter Versicherungsmarkt**

Problematisch wird die Gefahr der Antiselektion für die Versicherungsgesellschaften auch dann, wenn sich ein zweiter Markt für Le-

bensversicherungspolicen bildet.<sup>643</sup> Wenn die eigene genetische Konstitution dem Versicherungsunternehmen gegenüber nicht bekannt gemacht wird, könnte man einen Versicherungsvertrag zu günstigen Konditionen abschließen. Kann man aber zugleich Dritten gegenüber anhand von Testergebnissen plausibel nachweisen, dass man nur eine eingeschränkte Lebenserwartung hat, könnten diese den Vertrag kaufen, während man selbst einen neuen Vertrag abschließt, um diesen wiederum zu verkaufen. Durch einen solchen ständigen Neuabschluss von Verträgen wären risikofreie Arbitragegewinne möglich, das heißt, man profitiert selbst von der Informationsasymmetrie im Verhältnis zum Versicherungsunternehmen. Damit verlöre der erste Versicherungsmarkt seine natürlichen Grenzen.

### 5.3.1.4 Überwiegende Nachteile eines Verbots

Zunächst könnte man die Ansicht vertreten, dass die Einwilligung in die Erhebung genetischer Daten schon allein deshalb zu verbieten sei, weil die erkannten genetischen Dispositionen zu Krankheiten keinen Aufschluss darüber bieten, ob tatsächlich und wann sich das Krankheitsrisiko realisiert. Allerdings bliebe es auch bei der Verwendung genetischer Daten gerade bei dem eine Versicherung charakterisierenden Merkmal der Ungewissheit. Zudem besteht ja auch weiterhin die Gefahr, dass der betroffene Versicherungsnehmer durch gänzlich andere Ereignisse erkrankt oder stirbt. Durch genetische Tests wird dem Versicherer lediglich die Möglichkeit gegeben, Risiken sachgerecht einzustufen und damit zu einem sachgerechten Risikoausgleich zu gelangen.

Die Gefahr der Antiselektion ließe sich allerdings auch dadurch lösen, dass man den Versicherungsinteressenten eine Auskunftspflicht über vorhandene Testergebnisse auferlegt; dabei würde im Übrigen auch sein Recht auf Nichtwissen gewahrt bleiben.<sup>644</sup>

---

<sup>643</sup> Siehe dazu auch: *Buyten/Simon*, VersR 2003, 813 (816).

<sup>644</sup> So auch: *Trute*, Rechtliche Regulierung, Seite 324.

Im Ergebnis muss jedenfalls festgehalten werden, dass man dem Problem der Verarbeitung genetischer Daten auch mit einem generellen Verbot, die Datenverarbeitung durch eine Einwilligung zu legitimieren, nicht Herr werden kann. Kurzfristig, vielleicht auch noch mittelfristig mag ein Verbot eine adäquate Lösung bieten, zumal auch manche Verantwortlichen in den Versicherungsunternehmen gerne auf die Verwendung verzichten würden und damit der derzeitige Stand der Unwissenheit über genetische Risiken erhalten bliebe.<sup>645</sup> Doch wie auch Fenger/Schöffski annehmen:<sup>646</sup> Sobald der Geist einmal aus der Flasche entwichen ist, kann er auch nicht mehr zurückgelockt werden. Es besteht kaum ein Zweifel, dass mit neuen genetischen Testverfahren, mit genaueren Vorhersagen über die Wahrscheinlichkeit einer Risikorealisierung und ihren Zeitpunkt, die versicherungsmedizinische Antragsprüfung erheblich tangiert wird.

### 5.3.2 Generelle Zulassung der Verwendung genetischer Daten

Nach dem generellen Verbot der Erhebung genetischer Daten ist nunmehr der zweite extreme Lösungsansatz, die generelle Zulassung zu untersuchen, für die, sollte sie im Ergebnis für zweckmäßig erachtet werden, der Bundesgesetzgeber keinerlei gesetzgeberische Aktivität entfalten müsste, da nach geltender Rechtslage eine Erhebung genetischer Daten auf der Grundlage einer Einwilligung des Betroffenen möglich ist, wenngleich sie im Ergebnis wegen faktischen Zwangs regelmäßig unwirksam wäre. Insoweit müssten dann doch – vom Bundesgesetzgeber – Regeln aufgestellt werden, die die Freiwilligkeit der Einwilligung sicherstellten und faktischen Zwang damit ausschlössen.

Beließe man es bei der generellen Zulassung der Erhebung genetischer Daten aufgrund einer Einwilligung, muss berücksichtigt werden, dass sich diese sowohl auf die Verpflichtung zur Bekanntgabe vorhandener Testergebnisse, als auch auf die Vereinbarung zur Durchführung einer

---

<sup>645</sup> So wohl *Regenauer* von der Münchener Rück in: Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 19.11.2004, Seite 38.

<sup>646</sup> Vergleiche: *Fenger/Schöffski*, NVersZ 2000, 449 (453).

genetischen Untersuchung bezieht. Der Versicherungsinteressent könnte folglich aus Furcht vor den Folgen eines nicht nur positiven Testergebnisses beim Abschluss von Versicherungsverträgen grundsätzlich nicht auf einen Test verzichten, müsste für den Fall, dass er es dennoch unterlässt womöglich mit negativen Konsequenzen wie erheblichen Beitragszuschlägen rechnen. Andererseits unterließe er es nicht, medizinisch sinnvolle oder gar notwendige Tests durchführen zu lassen.

### 5.3.2.1 Gefahr der Superselektion

Bei einer unbeschränkten Zulassung der Erhebung genetischer Daten muss allerdings die Gefahr der so genannten Superselektion berücksichtigt werden; denn derzeit werden noch etwa 95 Prozent aller Anträge für eine Lebensversicherung zu Standardkonditionen angenommen, da eine weitere Differenzierung der individuellen Risiken den Versicherungsunternehmen nicht möglich ist.

Wenn jedoch eine umfassende genetische Untersuchung oder die Bekanntgabe vorhandener Testergebnisse Voraussetzung für den Abschluss wäre, könnten die Versicherer individuelle Risiken gegebenenfalls besser als bisher abschätzen und entsprechend bei den Vertragskonditionen differenzieren. Diese Möglichkeit wird überwiegend als Superselektion bezeichnet:<sup>647</sup> Genetisch unauffällige Personen könnten sich zu günstigen Konditionen versichern, während ein vermutlich großer Anteil der Antragsteller erhebliche Risikobeitragszuschläge akzeptieren müsste und ein anderer, mutmaßlich ein eher geringer Anteil wiederum überhaupt keinen Versicherungsschutz mehr erhielte.

Ihre Grenzen würde diese Superselektion lediglich dort finden, wo die Kosten der genetischen Untersuchung eine mögliche Reduzierung der Risikoprämien wegen Sterblichkeitseinsparungen übersteigen.<sup>648</sup>

---

<sup>647</sup> Fenger/Schöffski, NVersZ 2000, 449 (452).

<sup>648</sup> Fenger/Schöffski, NVersZ 2000, 449 (452).

### 5.3.2.2 Einwand der Zweckverfehlung

Ein weiterer Einwand gegen die Erhebung genetischer Daten für Versicherungszwecke auf der Grundlage einer Einwilligung des Betroffenen ist rechtlich nur schwer einzuordnen. Letztlich wird als Argument ins Feld geführt, dass es dem Zweck einer privaten Personenversicherung, dem Risikoausgleich, zuwiderlaufe, wenn gefahrerhebliche genetische Dispositionen ermittelt werden.<sup>649</sup>

Dieses Argument beruht auf der Vorstellung, dass durch genetische Tests vor Abschluss eines Versicherungsvertrages das eine Versicherung charakterisierende Merkmal der Ungewissheit nicht mehr oder nur noch in einem unerheblichen Maße gegeben sei; denn das Grundprinzip einer Versicherung sei schließlich, Risiken abzusichern und nicht auszuschließen.

### 5.3.2.3 Überwiegende Nachteile einer Zulassung

Für die generelle Zulassung der Erhebung genetischer Daten lässt sich anführen, dass Personen, die ohne genetische Untersuchungen keinen Versicherungsschutz erhielten, beispielsweise weil die familiäre Krankengeschichte ein schlechtes Risiko vermuten lässt, durch eine positiv ausfallende genetische Untersuchung versicherbar werden könnten, wenngleich diese Zahl vielleicht auch nur fünf Prozent der Versicherungsanträge betragen mag. Dem Antragsprüfer würden sich Möglichkeiten eröffnen, nicht nur im Sinne der Versicherung, sondern auch im Sinne des Antragstellers selbst individueller und risikogerechter vorzugehen.

Ein Beispiel dafür stellt die so genannte Gaucher-Krankheit dar:<sup>650</sup> Bislang erschien es gerechtfertigt, wegen des großen Spektrums der Folgen eine Lebens- oder auch eine private Krankenversicherung abzulehnen. Durch eine genetische Untersuchung können die mit der

---

<sup>649</sup> Beauftragte für den Datenschutz (Baden-Württemberg), 10. Tätigkeitsbericht, Seite 112; Sprengler/van den Daele, Seite 95.

<sup>650</sup> Dieses Beispiel führen auch an: Fenger/Schöffski, NVersZ 2000, 449 (452).

Schwere der Krankheit korrelierenden Genmutationen identifiziert werden. Diese Identifizierung lässt eine Differenzierung nach dem jeweiligen Genotyp zu: Der schwache Genotyp hat ein nahezu dem normalen Risiko eines Versicherungsinteressenten entsprechendes Risiko, der gemäßigte stellt auch ein nur leicht erhöhtes Risiko dar. Allein der schwere Genotyp hat ein so großes Risikopotenzial, dass er zu einer Ablehnung des Antrages führen würde.

Gegen diese Effekte einer generellen Zulassung der Datenerhebung auf Basis einer Einwilligung lässt sich anführen, dass zum jetzigen Stand der humangenetischen Wissenschaft Aussagen über Wahrscheinlichkeit und Zeitpunkt einer Krankheitsrealisierung eher vagen Charakter haben und entsprechende Risikoprüfungen entsprechend fehlerhaft sein dürften. Weiterhin lässt sich ins Feld führen, dass bei weitem nicht alle genetisch bedingten Krankheiten monogenetischer Natur sind. Wie aber soll bei der Antragprüfung ein Ausgleich dafür gefunden werden, dass ein genetisch belasteter Antragsteller sein Krankheitsrisiko dadurch reduziert, dass er beispielsweise gesund lebt oder sein persönliches Krankheitsrisiko dadurch verringert, dass er sich beispielsweise durch den Wechsel des Arbeitsplatzes oder auch des Wohnortes von schädlichen Umwelteinflüssen fernhält.

Auch hierzu ein Beispiel:<sup>651</sup> Soll auch derjenige Antragsteller mit Risikozuschlägen oder gar einer Ablehnung bestraft werden, der zwar eine genetische Veranlagung für eine Herzkrankheit hat, diese aber kompensiert durch Idealgewicht, Nichtrauchen, körperliche Bewegung, Reduzierung des Cholesterin und anderen Änderungen des Lebensstils? Im Ergebnis erscheint eine generelle Zulassung der Erhebung genetischer Daten als wenig zweckmäßig, weil die Ergebnisse einer solchen Erhebung ambivalent sind. Die durchaus vorhandenen positiven Effekte der Verwendung genetischer Daten müssen im Wege einer beschränkten Zulassung erreicht werden.

---

<sup>651</sup> Dieses Beispiel führen auch an: Alexander/Fischer, VW 1991, 499.

### 5.3.3 Möglichkeiten der eingeschränkten Zulassung der Verwendung genetischer Daten

Da die Entwicklungen der Humangenetik unabhängig vom Willen der betroffenen Versicherer und ihrer Kunden nicht halt machen werden, und nachdem deutlich geworden ist, dass damit ein generelles Verbot der Datenverarbeitung auf Grundlage einer Einwilligung des Betroffenen keine zufrieden stellende Lösung bietet, aber auch ihre generelle Zulassung nicht im Interesse der Gesellschaft liegen kann, gilt es nunmehr, einen Weg der beschränkten Zulassung der Einwilligung zu finden, um die Entwicklung, die man ohnehin nicht oder nicht lange wird aufhalten können, so zu begleiten, dass die jeweiligen Interessen nicht unberücksichtigt bleiben. Doch wie könnte ein solcher Mittelweg aussehen, der einen Ausgleich zwischen den widerstreitenden Interessen bildet?

Im Folgenden wird davon ausgegangen, dass eine private Personenversicherung im weiteren Sinne sozialstaatlich zwingend erforderlich ist, ein großer Teil der Bevölkerung ein erhebliches Interesse am Zugang zu einem Versicherungsabschluss hat. Weiterhin muss die Kompromissformel gewährleisten, dass die Versicherungsunternehmen und die in ihnen organisierten Versichertengemeinschaften vor der Gefahr der oben genannten Antiselektion geschützt werden. In der politischen wie juristischen Diskussion wird als vermittelnde Lösung häufig die bereits von der Vereinbarung ärztlicher Untersuchungen bei Lebensversicherungen bekannte Differenzierung nach der Höhe der Versicherungssumme genannt. Darüber hinaus könnte auch eine Parallele zu dem aus der Kraftfahrzeugversicherung bekannten Abschlusszwang für Versicherungen gezogen werden.<sup>652</sup>

---

<sup>652</sup> Zum Kontrahierungszwang und zur Versicherungspflicht in der Kfz-Haftpflichtversicherung vergleiche beispielsweise: Schimikowski, Rn. 30.

### 5.3.3.1 Kontrahierungszwang

Eine Möglichkeit der beschränkten Zulassung genetischer Datenerhebung liegt in der Einführung eines Kontrahierungzwanges für den privaten Personenversicherer nach dem Beispiel der Pflichtversicherung für Kraftfahrzeughalter. Demnach könnte der Versicherer zur Risikoprüfung genetische Daten erheben, die Möglichkeit einer Ablehnung des Antragstellers böte sich ihm grundsätzlich jedoch nicht.<sup>653</sup> Lediglich eine Differenzierung in der Prämienhöhe wäre ihm möglich.

Das Pendant des Kontrahierungzwangs in der Kraftfahrzeug-Haftpflichtversicherung, § 5 Absatz 4 PflVG, ist die Pflicht des Versicherungsnehmers, sich zu versichern, § 1 PflVG. Wegen dieser Versicherungspflicht des Versicherungsnehmers spricht man auch von obligatorischen Versicherungen, die, auch wenn die Vertragsfreiheit eingeschränkt ist, privatautonome Verträge darstellen. Die Vertragsfreiheit ist nämlich lediglich dahingehend eingeschränkt, dass die Vertragsparteien verpflichtet sind, solche Verträge abzuschließen beziehungsweise entsprechende Anträge anzunehmen. Der Vertrag kommt dennoch auf der Grundlage zweier Willenserklärungen zustande und nicht wie in der Sozialversicherung kraft Gesetzes. Nur die Frage des „ob“ ist gesetzlich festgelegt. Diese Einschränkung der Vertragsfreiheit findet am Beispiel der Kraftfahrzeug-Haftpflichtversicherung seine Begründung im Schutz des Versicherungsnehmers vor Ansprüchen der anderen Verkehrsteilnehmer, den potenziellen Anspruchstellern.

### 5.3.3.2 Differenzierung nach Höhe der Versicherungssumme

Bei der Differenzierung nach der Höhe der Versicherungssumme würde es bis zu einer bestimmten Versicherungssumme, die den regelmäßigen Bedürfnissen des Versicherungsnehmers entspricht, den Versicherern untersagt sein, genetische Daten auf der Grundlage einer Einwilligung des Betroffenen zu erheben, damit jedermann eine Lebensversicherung zumindest in Form einer Grundsicherung erhalten

---

<sup>653</sup> Ähnlich, ohne dies als Lösungsansatz zu sehen: Stockter, Seite 143.

kann. Diese Lösung würde sowohl für das Verlangen der Versicherungsunternehmen nach genetischen Daten gelten, als auch für die Bereitschaft des Versicherungsnehmers, freiwillig seine Daten preiszugeben. Die Versicherungssumme könnte man beispielsweise als ein bestimmtes Vielfaches des jährlichen Einkommens des Antragstellers definieren. Bei einer über dieser Grenze liegenden Versicherungssumme könnten Versicherungsunternehmen genetische Informationen verlangen beziehungsweise der Versicherungsnehmer diese freiwillig vorlegen.<sup>654</sup>

### 5.3.3.3 Bewertung der vermittelnden Lösung

Eine vermittelnde Lösung durch die Einführung eines Kontrahierungszwangs kann nicht überzeugen. Zum einen ist bereits bei einer unbegrenzten Zulassung der Erhebung genetischer Daten davon auszugehen, dass der Versicherer nur in extremen Fällen von der Ablehnung eines Antrages Gebrauch machen würde, ansonsten aber die ihm zur Verfügung stehenden oben beschriebenen Differenzierungen in der Höhe der Prämie oder den Ausschluss bestimmter Risiken nutzen würde. Zum anderen ist der Abschluss einer privaten Personenversicherung auch unter Berücksichtigung des Einstiegs in die private Altersvorsorge und unter Berücksichtigung, dass viele auf eine solche Versicherung angewiesen sind, kaum als obligatorisch zu bezeichnen und zu begründen. Ohne eine Verpflichtung, sich zu versichern, ließe sich aber wiederum der erhebliche Eingriff in die Rechte des Versicherers nicht rechtfertigen; denn diesem wird schließlich die Möglichkeit genommen, auch ganz erhebliche Risiken abzulehnen.

Die Differenzierung nach der Höhe der Versicherungssumme hat für den Versicherungsnehmer den Vorteil, dass er – abgesehen vom Abschluss von „Luxus“ - Versicherungen – seine genetische Konstitution nicht preisgeben muss. Allerdings bleibt ihm die Möglichkeit des

---

<sup>654</sup> In der Versicherungspraxis wird wegen der hohen Versicherungssumme die genetische Datenerhebung dann allerdings eher die Ausnahme sein. Senkt man die Summe, stellt sich die bisherige Problematik erneut.

günstigeren Abschlusses verwehrt, da er seine Daten auch nicht freiwillig offenbaren darf. Zudem blieben bei dieser Lösung die Bedürfnisse des Versicherers unterhalb der „Luxus“ - Grenze gänzlich unberücksichtigt.

Dieses Problem ließe sich indes durch eine angemessene Absenkung dieser Grenze beseitigen. Dadurch erreichte man eine Basis-Lebensversicherung, bei der die Erhebung genetischer Daten mittels Einwilligung des Betroffenen unzulässig wäre, im Übrigen sich aber wegen der Kosten und des damit verbundenen Aufwandes auch wirtschaftlich nur begrenzt vertreten ließe. Oberhalb dieser Grenze, die dann für eine breitere Mittel- und Oberschicht der Versicherungsnehmer gelten würde, dürften die Versicherungsunternehmen genetische Daten auf der Grundlage einer Einwilligung des Antragstellers erheben. Damit bliebe demjenigen, der von seinem Recht auf Nichtwissen Gebrauch machen möchte die Möglichkeit, zumindest einen Versicherungsvertrag unterhalb der Grenzsumme abzuschließen, ohne einen Risikoaufschlag hinnehmen zu müssen. Oberhalb dieser Grenze wäre es hingegen dem Versicherer unbenommen, das Fehlen einer Risikokalkulation mittels genetischer Daten in der Prämien gestaltung zu berücksichtigen.<sup>655</sup>

Damit sich diese Lösung aber nicht wie die derzeit geltende Rechtslage mit dem Vorwurf des faktischen Zwangs und dem damit verbundenen Wegfall der Freiwilligkeit der Einwilligung konfrontiert sähe, muss sie eine Neukonzeption erfahren. Welche Aspekte dabei zu berücksichtigen sind und wie insbesondere die Freiwilligkeit als zentrales Element der Einwilligung gesichert werden kann, wird im Folgenden noch zu klären sein.

---

<sup>655</sup> Im Ergebnis ähnlich, wenn auch beschränkt auf bereits bekannte genetische Informationen: *Buyten/Simon*, VersR 2003, 813 (819).

## 5.4 Das Gendiagnostikgesetz

Nach vielen vergeblichen Anläufen,<sup>656</sup> die oftmals schon im Vorfeld der parlamentarischen Diskussion stecken geblieben sind, zuletzt jedenfalls Opfer der vorzeitig beendeten Legislaturperiode geworden sind, hat der Bundestag am 24. April 2009 mit den Stimmen der Regierungskoalition aus CDU/CSU und SPD das Gendiagnostikgesetz<sup>657</sup> beschlossen, das erstmals genetischen Untersuchungen bei Menschen gesetzlich regelt. Der überwiegende Teil seiner Vorschriften treten sechs Monate nach seiner Verkündung in Kraft.

Das Gesetz bestimmt ausweislich seiner Zweckbestimmung in § 1 GenDG die Voraussetzungen für genetische Untersuchungen und im Rahmen genetischer Untersuchungen durchgeführte genetische Analysen sowie die Verwendung genetischer Proben und Daten und soll eine Benachteiligung aufgrund genetischer Eigenschaften verhindern, um insbesondere die staatliche Verpflichtung zur Achtung und zum Schutz der Würde des Menschen und des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung wahren.

Seinen Anwendungsbereich begrenzt das Gesetz in § 2 GenDG auf den Umgang mit genetischen Daten bei genetischen Untersuchungen zu medizinischen Zwecken, zur Klärung der Abstammung sowie im Versicherungsbereich und im Arbeitsleben.

Für den Bereich der privaten Personenversicherungsverhältnisse bringt das Gesetz damit zur momentanen Rechtslage erhebliche Änderungen mit sich.<sup>658</sup> Zur Erinnerung: Die Versicherungswirtschaft verzichtet derzeit freiwillig auf das Erheben und Verarbeiten genetischer Daten. Rechtlich wäre es ihr auf der Grundlage einer – wenn auch momentan kaum wirksam erteilten – Einwilligung des Betroffenen

---

<sup>656</sup> Kurze Überblicke dazu finden sich bei: *Damm*, MedR 2008, 535 (535); *Kiehntopf/Pagel*, MedR 2008, 344 (344 f.); allgemeiner zu den Schwierigkeiten der Gesetzgebung: *Damm/König*, MedR 2008, 62 ff.

<sup>657</sup> BT-Drucksache 16/10532.

<sup>658</sup> Vergleiche dazu auch: *Kiehntopf/Pagel*, MedR 2008, 344 (346).

durchaus möglich. Das Gesetz sieht nun vor, dass der Versicherer weder vor noch nach Abschluss des Versicherungsvertrages die Vornahme genetischer Untersuchungen verlangen und auch nicht die Mitteilung von Daten aus bereits vorgenommenen genetischen Analysen verlangen oder solche Ergebnisse entgegen nehmen oder verwenden darf, § 18 Absatz 1 GenDG.<sup>659</sup>

Allein für einige Versicherungen, nämlich für die Lebens-, die Berufsunfähigkeit-, die Erwerbsunfähigkeits- und die Pflegerentenversicherung macht das Gesetz eine dahingehende Ausnahme, dass bereits vorhandene genetische Daten doch verwendet werden dürfen, wenn eine Leistung von mehr als 300.000 Euro oder mehr als 30.000 Euro Jahresrente vereinbart wird, § 18 Absatz 1 Satz 2 GenDG-E. Damit greift der Gesetzgeber die bereits im Zusammenhang mit ärztlichen Untersuchungen bekannte Einführung einer „Luxus“- Grenze ebenso wieder auf, wie das aus § 151 VVG bekannte Verbot für den Versicherer, eine Untersuchung verlangen zu dürfen. Eine Einwilligung, die im Übrigen auch in dem Gesetz eine zentrale Funktion übernimmt, vergleiche § 8 GenDG, wäre damit nur oberhalb der genannten Grenzen zulässig. Mit dieser Ausnahmeregelung soll die Ausnutzung eines Wissensvorsprungs über die eigene genetische Konstitution im eigenen wirtschaftlichen Interesse zu Lasten der Risikogemeinschaft verhindert werden.<sup>660</sup>

Das Gesetz sieht mit dieser äußerst restriktiven Lösung der Problemstellung von Möglichkeiten ab, die auf der einen Seite den Versicherungsunternehmen neue Mittel der Risikokalkulation und Prämiengestaltung an die Hand gäben, was unstreitig eine gewisse Gefahr der Benachteiligung und damit weiteren Regelungsbedarf nach sich zöge, verzichtet zugleich auch darauf, dass einer bestimmten Zahl von Ver-

---

<sup>659</sup> Kritisch dazu: Stockter, Seite 548, der in einem Verbot eine ungerechtfertigte Privilegierung genetisch Benachteiligter sieht.

<sup>660</sup> Gesetzesbegründung zum Entwurf eines Gendiagnostikgesetzes, BT-Drucksache 16/10532, Seite 73; ebenso Gegenäußerung der Bundesregierung zu der Stellungnahme des Bundesrates zum Entwurf, BT-Drucksache 16/10582, Seite 4.

sicherten eine risikogerechtere Prämiengestaltung angeboten werden könnte.

Das mit dem Gesetz verfolgte Ziel des Gesetzgebers ist legitim und dürfte auch einem überwiegenden Konsens in der Gesellschaft entsprechen. Gleichwohl hätte sich hier die Chance geboten, mit einem Gendiagnostikgesetz eine datenschutzrechtliche Einwilligung jedenfalls für die Erhebung und Verwendung von genetischen Daten zu schaffen, die dem einzelnen Bürger die Ausübung des Selbstbestimmungsrechts überließe und ihm diese Möglichkeit nicht um seines eigenen Schutzes wegen nähme.

Dabei enthält das Gesetz durchaus Regelungen, welche die Freiwilligkeit der Einwilligung stärken. So sieht § 9 GenDG vor, dass vor Einholung einer Einwilligung der Betroffene von dem allein zur Durchführung der genetischen Untersuchung berechtigten Arzt über Wesen, Bedeutung und Tragweite der genetischen Untersuchung, insbesondere auch über die vorgesehene Verwendung des Untersuchungsergebnisses aufzuklären und ihm eine angemessene Bedenkzeit bis zur Entscheidung über die Einwilligung einzuräumen ist.

Der Gesetzgeber hat es im Gendiagnostikgesetz mit dem fast ausnahmslosen Verbot, genetische Daten für Personenversicherungen zu erheben und zu verwenden, versäumt, durch die so von ihm in § 9 GenDG konzipierten Einwilligungsvoraussetzungen (und ggf. noch weiteren) eine ausgewogenere Regelung auch für Personenversicherungen zu finden, die die beiderseitigen Interessen angemessen berücksichtigt; denn bei der so vorgenommenen Regelung bleiben die Interessen der Versicherer – abgesehen von den „Luxus“-Versicherungen – auf der Strecke. Dass eine generelle Zulassung der Erhebung und Verwendung vom Gesetzgeber nicht in Betracht gezogen wurde, ist nicht nur politisch verständlich und nachvollziehbar. Dass es aber durchaus Möglichkeiten gibt, mit Hilfe der datenschutzrechtlichen Einwilligung auch in diesem Bereich Datenerhebungen und -verwendungen wirksam zu legitimieren, ohne eine Seite dabei

übermäßig zu benachteiligen oder gar zu diskriminieren, soll im Folgenden noch gezeigt werden.<sup>661</sup>

---

<sup>661</sup> Siehe dazu insbesondere G. VI. 1.

## 6 Die Einwilligung in der Strafverfolgung

Die genetische Analyse bietet in der Strafverfolgung – hier wird sie im Volksmund wie auch in weiten Teilen der juristischen Literatur „genetischer Fingerabdruck“ genannt – bis dato nie gekannte Möglichkeiten, ungeklärte Kriminalfälle aufzuklären, Täter zu überführen oder aber auch einer Straftat Beschuldigte zu entlasten, die bisher keine Chance hatten, den gegen sie bestehenden Tatverdacht zu widerlegen.

Wer ein schweres Verbrechen wie Mord, Vergewaltigung oder Raubüberfall begeht, hinterlässt fast immer verwertbare Spuren. Früher konnten sich Kriminelle mit Handschuhen davor schützen, Fingerabdrücke am Tatort zu hinterlassen, und blieben so in vielen Fällen ungestraft.

Heute, im Zeitalter des genetischen Fingerabdrucks, ist dies viel schwieriger geworden; denn schon kleinste Blutspuren, ein winziges Haar des Täters oder eine achtlos fallen gelassene Zigarettenkippe reichen in der Regel aus, um eine genetische Analyse zu erstellen. Mit ihrer Hilfe ist Ende der achtziger Jahre erstmals ein Verbrechen aufgeklärt worden.

Seitdem ist eine Tendenz zur Ausweitung der molekulargenetische Untersuchung durch Öffnung der gesetzlich verankerten Zweckbindung, Änderung des Straftatenkatalogs und Einschränkung des Richtervorbehalts in der politischen wie juristischen Diskussion nicht zu übersehen.<sup>662</sup> Die Möglichkeiten, durch eine molekulargenetische Untersuchung Straftaten aufzuklären und Täter überführen zu können, sind insbesondere unter dem Druck der deutschen Öffentlichkeit einfach zu verlockend.

Gleichwohl wird sich auch hier der deutsche Gesetzgeber daran messen lassen müssen, wie er mit der nach den Erfahrungen mit der NS-Diktatur entstandenen liberalen deutschen Rechtsstaatlichkeit unter

---

<sup>662</sup> Pfeiffer/Höynck/Görgen, ZRP 2005, 113 (115 f.); kritisch: Ronellenfitsch, NJW 2006, 321 (323).

dem Eindruck von neuen wissenschaftlichen Entwicklungen strafverfahrensrechtlich umgeht.

Dass die DNA-Analyse dabei keineswegs nur eindimensional betrachtet werden kann, zeigt beispielsweise eine in den Vereinigten Staaten von Amerika wieder neu aufflammende Diskussion über die Abschaffung der Todesstrafe, nachdem rund ein Dutzend Todeskandidaten und weit über hundert zu langjährigen Haftstrafen Verurteilte durch nachträgliche DNA-Analyseverfahren entlastet worden sind.<sup>663</sup>

## 6.1 Der „genetischen Fingerabdruck“

Der für die Entdeckung des genetischen Fingerabdrucks in den Adelstand erhabene britische Genetiker Alec J. Jeffreys<sup>664</sup> nutzte dieses Verfahren erstmals 1986 zur Unterstützung der englischen Polizei bei der Aufklärung von zwei Sexualmorden.<sup>665</sup> Gesetzlich wurde der genetische Fingerabdruck in Deutschland erstmals 1997 geregelt. Durch das Strafverfahrensänderungsgesetz – DNA-Analyse<sup>666</sup> sind die §§ 81 a und 81 c StPO, die bis dahin als Rechtsgrundlage für eine DNA-Analyse im Strafverfahren angesehen wurden, ergänzt und die §§ 81 e und 81 f StPO in die Strafprozessordnung eingefügt worden.

Sie erlauben grundsätzlich die Entnahme von Körperzellen eines Beschuldigten beziehungsweise eines durch eine Straftat Verletzten und deren molekulargenetische Untersuchung zur Identifizierung des Täters beziehungsweise dem Ausschluss von Spurenverursachern in einem anhängigen Strafverfahren. Dabei handelt es sich bei dem genetischen Fingerabdruck allerdings nicht um eine genetische Analyse im hier bislang behandelten Sinne.

---

<sup>663</sup> Dazu: *Pfeiffer/Höynck/Görzen*, ZRP 2005, 113 (115); siehe dazu beispielsweise auch : Kieler Nachrichten vom 3.3.2005, Seite 4.

<sup>664</sup> Siehe zur Entdeckung des genetischen Fingerabdrucks durch Jeffreys auch: *Ritter*, Seite 21; *Burr*, Seite 24 mit weiteren Nachweisen.

<sup>665</sup> *Becker*, Seite 211.

<sup>666</sup> Strafverfahrensänderungsgesetz – DNA-Analyse („Genetischer Fingerabdruck“) – (StVÄG) vom 17.3.1997, BGBI. I, 534; vergleiche dazu beispielsweise: *Senge*, NJW 1997, 2409 (2409 f.).

### 6.1.1 Codierende und nicht-codierende Bereiche der DNA

Mit dem genetischen Fingerabdruck wird an sich lediglich ein DNA-Identifizierungsmuster des Probanden erstellt, das keinerlei persönlichkeitsbezogene Aussagen zulässt.<sup>667</sup>

In der juristischen Diskussion<sup>668</sup> wurde allerdings in diesem Zusammenhang aus folgendem Grund auf die Unterscheidung zwischen dem „codierten“ beziehungsweise „codierenden“ und den „nicht-codierten“ beziehungsweise „nicht-codierenden“ Bereichen Wert gelegt: Allgemeinen Schätzungen zufolge befinden sich nämlich nur auf etwa 1,5 Prozent der gesamten DNA Gene, die tatsächlich Informationen zur Bildung von Proteinen enthalten<sup>669</sup> und deswegen codierte Bereiche genannt werden.

Zwischen diesen codierten Bereichen befinden sich verschieden lange, nach nicht unumstrittener Ansicht persönlichkeitsneutrale<sup>670</sup> DNA-Bruchstücke, die nicht-codierten Bereiche, die wegen ihrer fehlenden oder zumindest noch recht unbekannten Funktion mitunter auch „Junk-DNA“ oder „parasitäre eigennützige DNA“ genannt werden.<sup>671</sup> Gleichwohl bilden Teile dieser nicht-codierten Bereiche der DNA ein praktisch unverwechselbares, personenspezifisches Muster: den genetischen Fingerabdruck.

Ob die Basenpaare der nicht-codierten Bereiche der DNA tatsächlich keinerlei Bedeutung für die Funktionsabläufe des menschlichen Körpers haben, kann heute aber zumindest bezweifelt werden.<sup>672</sup> So wird

<sup>667</sup> Ausführlich dazu auch: LR-Krause, § 81e Rn. 1 bis 22.

<sup>668</sup> BGHSt 37, 157 Rn 6 f.; Steinke, MDR 1989, 407 (407); LR-Krause, § 81e Rn. 7; weitere Nachweise finden sich bei Meyer-Goßner, § 81e Rn. 1; kritisch: Ronellenfitsch, NJW 2006, 321 (324).

<sup>669</sup> Vergleiche: Brown, Seite 635; von etwa fünf bis zehn Prozent gingen noch aus: Hockenbeck, Kriminalistik 1997, 56 (56); Rath/Brinkmann, NJW 1999, 2697 (2697); Hombert, Seite 7; Steinke, MDR 1989, 407 (407).

<sup>670</sup> Davon ausgehend beispielsweise: Roßnagel/Dembowski, Kapitel 8 Rn. 41.

<sup>671</sup> So beispielsweise auch: Brown, Seite 635; Klumpe, Seite 9; Steinke, MDR 1989, 407 (407); Ibelgaufs, Seite 145; Rademacher, StV 1989, 546 (548); Hombert, Seite 7.

<sup>672</sup> Vergleiche dazu: Lorenz, JZ 2005, 1121 (1127); Kehl/Kolz, StV 2004, 448 (448).

ihr beispielsweise eine Art breit angelegter Kontrollfunktion zugeschrieben.<sup>673</sup> Im Ergebnis ist die Unterscheidung zwischen Untersuchungen im codierten oder nicht-codierten Bereich aber auch zu vernachlässigen, was wohl auch der deutsche Gesetzgeber erkannt hat und auf eine explizite Unterscheidung in der Strafprozessordnung verzichtete;<sup>674</sup> denn zum einen enthalten die Spurengutachten bereits heute Informationen über codierte und nicht-codierte Bereiche, zum anderen sind die Untersuchungszwecke durch § 81 e Absatz 1 Satz 3 StPO so begrenzt, dass die Kenntnisserlangung über Erbanlagen des Betroffenen nahezu ausgeschlossen ist.<sup>675</sup>

Die Ansicht des Bundesgesetzgebers folgte dabei der Realität: Das Material, welches die Laboratorien von der ermittelnden Behörde erhalten – also beispielsweise Speichel oder Blut –, lässt in ausreichender Menge jede Form der genetischen Untersuchung zu. Insofern genügt es zum Schutz der Betroffenen, lediglich die Untersuchung in ihrem Zweck zu beschränken. Eine Begrenzung des zu untersuchenden Materials auf die nicht-codierten Bereiche ist damit letztlich wenig sinnvoll und dient mehr der allgemeinen Beruhigung als einer Vorbeugung vor Missbrauch.

Im Ergebnis kommt es daher nur auf eine genaue Definition dessen an, wonach das vorhandene Probenmaterial zu untersuchen oder eben gerade auch nicht zu untersuchen ist. Unentbehrlich ist hingegen eine intensive Kontrolle der beauftragten Labore durch Vertreter des Datenschutzes; sie allein kann den Missbrauch des sensitiven Probenmaterials nach der Entnahme beim Betroffenen effektiv verhindern.

---

<sup>673</sup> Dazu und zu weiteren Möglichkeiten: *Brown*, Seite 635.

<sup>674</sup> Siehe: BT-Drucksache 13/667, Seite 6, 9, 11; *Senge*, NJW 1997, 2409 (2411); kritisch dazu: *Wächtler*, StV 1990, 369 (371).

<sup>675</sup> *Pfeiffer*, § 81f Rn. 3; zur verfassungsrechtlichen Unzulässigkeit darüber hinausgehender Untersuchungen: BVerfGE 103, 21 (31 f.); *Hombert*, Seite 59 ff.

### 6.1.2 Rechtsmedizinische Aspekte

Der genetische Fingerabdruck<sup>676</sup> ermöglicht durch die Verbindung von Spuren und Personen zweifellos die Aufklärung von Straftaten, die mit klassischen Fahndungsmethoden möglicherweise nie erreicht werden können. Dabei kommt der DNA-Analyse nicht zuletzt in der Wahrnehmung der deutschen Öffentlichkeit eine absolute und zweifelsfreie Bedeutung zu. Ungeachtet dessen erscheint – insbesondere unter dem Eindruck des „Phantoms von Heilbronn“<sup>677</sup> – die Frage angebracht, ob die Ermittlungen der Strafverfolgungsbehörden durch die Ergebnisse einer DNA-Analyse auch auf eine „falsche Fährte“ geführt werden können, beziehungsweise ob DNA-Spuren gezielt manipuliert werden können.

Dazu ist zunächst festzustellen, dass Bestimmungsfehler bei der Erstellung eines DNA-Identifizierungsmusters nahezu ausgeschlossen werden können; denn hierbei handelt es sich mittlerweile um eine standardisierte Methode, die ausschließlich von qualifizierten und regelmäßig geprüften Laboratorien durchgeführt werden. Menschliche Fehler, die wie in jedem anderen Bereich der Gesellschaft vorkommen und nie ganz auszuschließen sind, werden durch vielfältige Sicherheitsmaßnahmen wie die so genannten Doppelbestimmungen, bei denen zu verschiedenen Zeitpunkten zwei DNA-Aufbereitungen mit unterschiedlichen Chemikalien erfolgen, ausgemerzt. Da auch die Auswertungen vollständig automatisiert sind, werden menschliche Fehler beim handschriftlichen Übertragen vermieden. Die Bestimmung des DNA-Identifizierungsmusters ist folglich als absolut sicher anzusehen und die Fehlerhaftigkeit rein theoretischer Natur. Gleichwohl muss diese Möglichkeit das Gericht im Rahmen der Beweiswürdigung bedenken.<sup>678</sup>

---

<sup>676</sup> Zu den rechtsmedizinischen Aspekten vergleiche insgesamt die Ausführungen von: Die Grünen/Eisenmenger, Seite 25 bis 27.

<sup>677</sup> Zum „Phantom“ siehe die folgende Seite.

<sup>678</sup> LR-Krause, § 81e Rn. 43 f.

Ebenso einzuordnen ist grundsätzlich die Möglichkeit, dass das Spurenmaterial durch Beamte am Tatort oder durch das Personal im untersuchenden Labor kontaminiert wird; denn neben dem Tragen von Schutzanzügen kann zur Vermeidung von falschen Fährten ein Abgleich mit allen am Tatort anwesenden Personen beziehungsweise mit dem Laborpersonal durchgeführt werden.<sup>679</sup>

Dass ein solcher Abgleich allerdings auch nötig ist, belegen insbesondere die Ermittlungen zur „Phantommörderin von Heilbronn“.<sup>680</sup> Hier hatte die Gewissheit um die Sicherheit von DNA-Analysen und ihre hohen Erfolgsquoten die Ermittler „blind macht für die Unwägbarkeiten des hochsensiblen Verfahrens“; denn tatsächlich finden sich eben doch immer wieder Verunreinigungen von Ermittlern und Labormitarbeitern in den DNA-Proben. So verhielt es sich dann auch in dem wohl spektakulärsten Ermittlungsskandal im Zusammenhang mit der DNA-Analyse: Die wohl versehentlich von einer Mitarbeiterin des Verpackungsunternehmens kontaminierten Wattestäbchen führten die Ermittler seit 2001 in mindestens vierzig Fällen auf die Spur des „Phantoms“. Entsprechende Warnungen, dass es sich um Verunreinigungen handeln könnte, wurden im Vertrauen auf die DNA-Analyse und ihre „Unfehlbarkeit“ nicht ernst genommen. Werden derartige Ermittlungsfehler – wie oben beschrieben – ausgeschlossen, bleibt die DNA-Analyse eine nahezu absolut sichere Ermittlungsmethode.

Sofern mit vollständigen Identifizierungsmustern gearbeitet wird, sind falsche positive Treffer in einer DNA-Datenbank wegen einer Häufigkeit von einer in mehreren Milliarden Personen ausgeschlossen.<sup>681</sup>

Ebenso kann eine Manipulation bei der Abnahme von Vergleichsspeichelproben ausgeschlossen werden. Durch die Übertragung von Speichel auf eine andere Person – beispielsweise beim Küssen – ist es nicht

---

<sup>679</sup> Die Grünen/*Eisenmenger*, Seite 26.

<sup>680</sup> Vergleiche dazu beispielsweise die Berichterstattung in: *Der Spiegel*, 14/2009, Seite 42 f.

<sup>681</sup> Becker, Seite 220 f.

möglich, die eigenen DNA-Merkmale zu überdecken.<sup>682</sup> Bei der Entnahme von Vergleichsblutproben stellt sich die Frage der Manipulation ohnehin nicht.

Insgesamt betrachtet, können Spuren mit Hilfe der DNA-Analyse ohne vernünftigen Zweifel einer Person zugeordnet werden; allein bei eineiigen Zwillingen müssen beim Beweiswert der Spur Abstriche gemacht werden, da deren DNA-Identifizierungsmuster vollständig identisch ist.<sup>683</sup>

Was also die Fehlerhaftigkeit des genetischen Fingerabdrucks angeht, müssen die Zweifel weniger an dem „Abdruck“ selbst als vielmehr an der Tatrelevanz der Spur angebracht werden. Das DNA-Identifizierungsmuster lässt keinerlei Aussage darüber zu, ob eine Spur in einen zeitlichen Zusammenhang mit der Tat gesetzt werden kann. Wegen der enormen Stabilität können die Spuren genauso gut lange vor der Tat von einer gänzlich unbeteiligten Person oder auch erst nach der Straftat an den Tatort gekommen sein. Insofern verliert die klassische Ermittlung keineswegs an Bedeutung, sondern muss wie bisher auch die Tatumstände und die Relevanz einer gefundenen Spur aufklären. Dabei verändert sich auch nicht die altbekannte Gefahr, dass falsche Spuren absichtlich an den Tatort verbracht worden sind.

### 6.1.3 Die DNA-Analyse als Beweis im Strafprozess

Die DNA-Analyse wird – von Ausnahmen<sup>684</sup> abgesehen – zum Täterausschluss in Widerlegung des bisherigen Beweisergebnisses oder zur Feststellung der Täterschaft genutzt. In beiden Fällen findet die Beweiserhebung im Rahmen der Hauptverhandlung statt, so dass die Sachverhaltsaufklärung an die gesetzlichen Beweismittel gebunden ist, womit die Vorschriften des Beweisverfahrens nach den §§ 244 bis

---

<sup>682</sup> Die Grünen/*Eisenmenger*, Seite 26 f.

<sup>683</sup> LR-Krause, § 81e Rn. 8 mit weiteren Nachweisen.

<sup>684</sup> Beispielsweise die Feststellung eines Verwandtschaftsverhältnisses des Zeugen zum Angeklagten, das dem Zeugen dann ein Zeugnisverweigerungsrecht nach § 52 I StPO eröffnet.

256 StPO Anwendung finden. Einem Beweisantrag auf Durchführung einer DNA-Analyse zum Beweis, dass der Beschuldigte nicht der Täter sein könne, wird dabei in aller Regel stattzugeben sein<sup>685</sup> und die Aufklärungspflicht wird beim Vorhandensein von Spurenmaterial die genetische Untersuchung gebieten.<sup>686</sup>

Der genetische Fingerabdruck lässt sich dabei allerdings den in der Strafprozessordnung geregelten Beweismitteln nicht ganz eindeutig zuordnen: Typischerweise wird das Ergebnis der DNA-Analyse durch die Aussage eines Sachverständigen in die Hauptverhandlung eingeführt. Denkbar ist aber auch die Einführung als Urkundenbeweis durch Verlesung des Gutachtens nach § 256 StPO. Darüber hinaus können die DNA-Fingerprints selbst auch als Augenscheinobjekte in den Prozess eingebracht oder die Beamten der Spurensicherung, die das Zellmaterial am Tatort sichergestellt haben, als Zeugen angehört werden.<sup>687</sup>

Umstritten ist allerdings noch, ob den gewonnenen Ergebnissen ein absolut sicherer Beweiswert zukommt.<sup>688</sup> So hat der Bundesgerichtshof in einer Grundsatzentscheidung zum Beweiswert der DNA-Analyse ausgeführt, dass die Ergebnisse der Untersuchung gerade aufgrund der lediglich statistischen Aussagekraft genetischer Vergleichstests nicht ohne die Würdigung anderer vorhandener Beweisumstände zur Überführung eines Angeklagten herangezogen werden dürfen.<sup>689</sup> Im Hinblick auf die notwendigen Wahrscheinlichkeitsfeststellungen be-

---

<sup>685</sup> BGH, NJW 1990, 2328 (2328); LG Heilbronn, NJW 1990, 784 (785 f.); BGH, StraFo 2007, 331 (331 f.); *Meyer-Goßner*, § 81e Rn. 2.

<sup>686</sup> BGH, NStZ 1991, 399 (399); *Meyer-Goßner*, § 81e Rn. 2.

<sup>687</sup> Gössel, Seite 121.

<sup>688</sup> Vergleiche dazu: *Pfeiffer*, § 81e Rn. 1.

<sup>689</sup> BGHSt 38, 320 (323.); BGH, NStZ 1994, 554 (554); *Meyer-Goßner*, § 81e Rn. 2; *Pfeiffer*, § 81e Rn. 1.

dürfe es stets einer kritischen Würdigung.<sup>690</sup> Dabei sei zu erörtern, auf der Basis welcher Daten die Häufigkeit der untersuchten Merkmale in der Bevölkerung hergeleitet wurde.<sup>691</sup> Die DNA-Analyse könne andere kriminalistische Methoden nur ergänzen, nicht aber ersetzen.<sup>692</sup> Sie böte zwar die Möglichkeit, einzelne Hinweise beziehungsweise Zielpersonen sicher auszuschließen, es dürfe aber unter dem Einsatz von Speicheltests nicht das kriminalistische Standarddenken und -handeln leiden.<sup>693</sup>

Zusammenfassend muss wiederum festgehalten werden, dass die DNA-Analyse an sich zwar annähernd absolut sicher ist, dass sie für sich genommen jedoch keine Tatrelevanz hat und erst durch andere, nähere Tatumstände zum sicheren Beweis wird und damit zur Überführung eines Täters taugt.

## 6.2 DNA-Massentests

Die üblicherweise so genannten DNA-Massentests gehören in der Praxis der Strafverfolgungsbehörden schon fast zum Standardrepertoire bei schwerwiegenderen Straftaten. Erstmals wurde im Jahr 1986 in Großbritannien ein genetischer Massentest mit Erfolg durchgeführt:<sup>694</sup>

Zwischen 1983 und 1986 wurden in Leicestershire zwei Mädchen vergewaltigt und getötet. Dabei deuteten die Tatumstände darauf hin, dass in beiden Fällen derselbe, aus der Umgebung des Tatortes stam-

<sup>690</sup> BGHSt 37, 157 (159 f.); 38, 320 (322 ff.); Kimmich/Spyra/Steinke, NStZ 1993, 23 (25); Keller, JZ 1993, 103 (103 f.); v. Hippel, JR 1993, 123 (124); Hombert, Seite 19, Burr, Seite 172 ff.; Bickel, VerwArch 1996, 169 (182). Gleichwohl beschränkten sich früher Gerichte teilweise in ihren Ausführungen unkritisch darauf, dass das Verfahren des DNA-Profiles allgemein anerkannt, ein eindeutiges Ergebnis möglich sei und es weltweit angewendet werde. Vergleiche dazu beispielsweise: LG Berlin, NJW 1989, 787 (788); LG Heilbronn, NJW 1990, 784 (785); LG Darmstadt, NJW 1989, 2338 (2339). Den Umstand, dass diese Entscheidungen vor dem Grundsatzurteil des Bundesgerichtshofs gefasst wurden, erkennt Hombert, Seite 18 f., in seiner Kritik an der richterlichen Praxis allerdings nicht.

<sup>691</sup> BGHSt 38, 320 (322 ff.); BGH, StraFo 2000, 90 (90 f.); OLG Braunschweig, NStZ-RR 2007, 180 (182).

<sup>692</sup> Germann, Kriminalistik 1997, 673 (676).

<sup>693</sup> Hochgartz, Kriminalistik 2000, 322 (326).

<sup>694</sup> Siehe dazu: Klumpe, Seite 49 f.; Becker, Seite 211.

mende Täter zugeschlagen hatte. Einem nach dem zweiten Mord festgenommenen Tatverdächtigen wurde eine Blutprobe entnommen und mit ihr ein genetischer Fingerabdruck erstellt. Der Vergleich mit den an den Opfern gefundenen Spermiensspuren konnte den Verdächtigen jedoch als Spurenleger ausschließen. Unter dem öffentlichen Aufklärungsdruck forderte die Polizei seinerzeit alle Männer zwischen 13 und 30 Jahren, die in der Umgebung des Tatortes wohnten, auf, freiwillig eine Blutprobe abzugeben und sich damit einer DNA-Analyse zu unterziehen. 5.511 Personen und damit sämtliche Vertreter der eingegrenzten Gruppe nahmen an dem ersten Massentest der Geschichte teil – unter ihnen auch der Täter, der sich vergeblich bemüht hatte, sich der DNA-Analyse zu entziehen.<sup>695</sup> Der Identifizierung folgte später auch die Verurteilung wegen der begangenen Verbrechen.

Auch in Deutschland kam in der Folge der DNA-Massentest, der gelegentlich auch als „kriminalistische Wunderwaffe“ bezeichnet wird,<sup>696</sup> verstärkt zum Einsatz. Als bisheriger – in gewisser Weise trauriger – Höhepunkt kann dabei zweifellos die Fahndung an Ostern 1998 nach dem Mörder des elfjährigen Mädchens Christina Nytsch bezeichnet werden, bei der etwa 18.000 Personen zur freiwilligen Speichelabgabe aufgerufen wurden.<sup>697</sup> Die Halbwertszeit dieses „Rekords“ dürfte allerdings nicht allzu hoch sein. So meldete die Deutsche Presseagentur dpa am 16.6.2006 bereits, dass bei einem Sexualverbrechen in Sachsen die Staatsanwaltschaft Dresden von bis zu 100.000 Speichelproben ausgehe.<sup>698</sup>

Meldungen wie diese finden sich regelmäßig in der Tagespresse: Oft werden in großen Lettern DNA-Massentests angekündigt und in der Folge – das dann meist wesentlich unauffälliger – über sie berichtet. So meldeten beispielsweise die Kieler Nachrichten am 14.2.2007 einen

---

<sup>695</sup> Das vergebliche Bemühen des Täters deutet bereits auf Schwierigkeiten mit der Freiwilligkeit der Teilnahme an einem DNA-Massentest hin.

<sup>696</sup> Wagner, Seite 1; Satzger, JZ 2001, 639 (639).

<sup>697</sup> Ausführlich zu dem Fall „Christina Nytsch“: Hombert, Seite 20 ff.

<sup>698</sup> Der damalige Massentest blieb ohne Erfolg, der Täter konnte zwei Jahre später durch „klassische“ Polizeiarbeit überführt werden.

Gentest an 2.000 jungen Lübeckern, mit dem die Polizei und Staatsanwaltschaft hofften, einen Sexualstraftäter zu überführen. Von der Gruppe der Teilnehmer verweigerten ganze zehn junge Männer die Abgabe einer Speichelprobe. Am 10.5.2007 berichteten wiederum die Kieler Nachrichten, dass der Test keinen Hinweis ergeben habe und die Staatsanwaltschaft nun prüfe, ob die zehn „Verweigerer“ zur Abgabe gezwungen werden könnten.

Die Frage nach der Rechtsgrundlage wurde dabei lange Zeit in Rechtsprechung und Literatur nicht aufgeworfen. In den Kommentierungen zur Strafprozessordnung wurde gelegentlich darauf verwiesen, dass die DNA-Massentests nach § 81 e Absatz 1 Satz 2 StPO zulässig sein sollten.<sup>699</sup> Dabei war diese Auffassung keineswegs unumstritten.<sup>700</sup> Vertreter der so genannten Einwilligungslösung hielten eine wirksame Einwilligung in die Körperzellentnahme und in die molekulargenetische Untersuchung für ausreichend, aber auch nötig für die Durchführung dieser Reihenuntersuchungen.<sup>701</sup>

Die Tatsache, dass DNA-Massentests von den Strafverfolgungsbehörden selbst auf mutmaßlich freiwilliger Basis durchgeführt wurden, deutete bereits auf Schwierigkeiten mit der seinerzeit geltenden Rechtslage hin. Diese Unsicherheit hat der deutsche Gesetzgeber mit einer umfänglichen Novellierung der Strafprozessordnung beseitigt. Seine Grundlage findet der DNA-Massentest mit Wirkung vom 1.11.2005 nun in § 81h StPO.<sup>702</sup> Damit ist die früher praktizierte Einwilligungslösung<sup>703</sup> Gesetz geworden. Gleichwohl bleibt es bei den

<sup>699</sup> Vergleiche: Meyer-Goßner, § 81e Rn. 6; SK-StPO-Rogall, § 81e Rn 8.

<sup>700</sup> KK-Senge, § 81e Rn. 3a; SK-StPO-Rogall, § 81h Rn. 2; Joecks, StPO, § 81h Rn. 1; Klumpe, Seite 188 ff., 194; Kopf, Seite 192 ff., 196; Mertin, ZRP 2005, 37 (38); Satzger, JZ 2001, 639 (642); andere Auffassung: Foldenauer, Seite 75 ff., der aber DNA-Massentests bei Freiwilligkeit der Teilnehmer für zulässig hält.

<sup>701</sup> So: Markwardt/Brodersen, NJW 2000, 693 (693); vergleiche auch: BT-Drucksache 15/5674, Seite 7; Saliger/Ademi, JuS 2008, 193 (193); andere Auffassung aber: Satzger, JZ 2001, 639 (648).

<sup>702</sup> Eingefügt durch das Gesetz zur Novellierung der forensischen DNA-Analyse vom 12.8.2005, BGBl. I, Seite 2360.

<sup>703</sup> Vergleiche dazu nur: Meyer-Goßner, § 81h Rn. 1.

Schwierigkeiten, die auch die Einwilligungslösung schon immer bereit hat.<sup>704</sup>

### 6.2.1 Körperlicher Eingriff und Datenerhebung

Voraussetzung für einen DNA-Massentest ist, dass nach der Begehung eines vollendeten oder versuchten<sup>705</sup> Verbrechens gegen das Leben, die körperliche Unversehrtheit, die persönliche Freiheit oder die sexuelle Selbstbestimmung das Ermittlungsergebnis es zulässt, auf den unbekannten Täter zutreffende Merkmale festzulegen, anhand derer der Personenkreis, der an dem Massentest teilnehmen soll, eingegrenzt werden kann.

Solche gruppenspezifischen Merkmale können sein das Alter, das Geschlecht, Haar- und Augenfarbe, Kahlköpfigkeit, die Haltereigenschaft eines bestimmten Kraftfahrzeugtyps oder die Zugehörigkeit zu einem bestimmten Unternehmen.<sup>706</sup> In der Regel dürften und müssten mehrere Kriterien gleichzeitig erfüllt sein, um einen hinreichend bestimmten Teilnehmerkreis zu erhalten.<sup>707</sup>

Der Test bedarf darüber hinaus einer schriftlichen ermittlungsrichterlichen Anordnung.<sup>708</sup> Sie kann von dem betroffenen Personenkreis nicht angefochten werden.<sup>709</sup> Weiterhin ist jeder Teilnehmer schriftlich zu belehren,<sup>710</sup> dass die Teilnahme freiwillig ist und dass die entnommenen Körperzellen ausschließlich auf ihre Identität mit dem Spurenmaterial verwendet und nach ergebnislos abgeschlossener Prüfung

---

<sup>704</sup> Eine DNA-Analyse im Rahmen eines Massentests ohne Einwilligung des noch nicht Beschuldigten dürfte nicht verfassungskonform und damit unzulässig sein, vergleiche dazu: *Lorenz*, JZ 2005, 1121 (1128).

<sup>705</sup> BT-Drucksache 15/5674, Seite 13.

<sup>706</sup> Weitere Beispiele bei *Graalmann-Scheerer*, NStZ 2004, 297 (300); *Saliger/Ademi*, JuS 2008, 193 (195).

<sup>707</sup> Davon ausgehend: BT-Drucksache 15/5674, Seite 13.

<sup>708</sup> Die Verbindung von Richtervorbehalt und Einwilligung ist in der StPO singulär, vergleiche dazu: SK-StPO-Rogall, § 81h Rn. 4; Krekeler/Löffelmann-Walther, § 81h Rn. 1; *Saliger/Ademi*, JuS 2008, 193 (194).

<sup>709</sup> Im Falle einer ablehnenden Entscheidung hat aber die Staatsanwaltschaft die Beschwerdebefugnis des § 304 StPO, vgl. BT-Drucksache 15/5674, Seite 14.

<sup>710</sup> Dazu: *Saliger/Ademi*, JuS 2008, 193 (197).

vernichtet werden.<sup>711</sup> Die Belehrung enthält auch den Hinweis, dass die Identifizierungsmuster nicht gespeichert und nicht außerhalb des anhängigen Verfahrens verwendet werden.<sup>712</sup>

Verweigert einer der zum Test aufgeforderten Betroffenen die freiwillige Mitwirkung, die schriftlich erklärt werden muss, ist das allein kein Umstand, der geeignet wäre, einen Anfangsverdacht im Sinne von § 152 Absatz 2 StPO zu begründen.<sup>713</sup> Können aber andere einen Verdacht begründende Kriterien angeführt werden, ist es durchaus statthaft, in der Verweigerung der freiwilligen Abgabe einer Speichelprobe einen den Verdacht verstärkenden Umstand zu erblicken, der zur Anordnung nach §§ 81e, 81f StPO führen kann.<sup>714</sup> Diese Vorschriften regeln die zwangsweise Entnahme von Körperzellen und deren genetische Untersuchung ohne die Einwilligung des Betroffenen, der dafür schon als Beschuldigter geführt wird.

Dies zeigt bereits, dass auf dem Einwilligenden und dem „Verweigerer“ ein erheblicher Druck lastet. Wie bereits im Rahmen der privaten Personenversicherungsverhältnisse ist die für eine genetische Untersuchung im Rahmen eines Massentests erforderliche Einwilligung des Betroffenen aber nicht nur am Maßstab der Strafprozessordnung, sondern auch an dem der datenschutzrechtlichen Einwilligung nach § 4a BDSG zu messen.

Zwar verweist § 81h StPO nicht ausdrücklich auf § 4a BDSG.<sup>715</sup> Auch gehen die bereichsspezifischen Regelungen der Strafprozessordnung den allgemeinen Vorschriften des Bundesdatenschutzgesetzes vor, § 1

<sup>711</sup> Anders in England und Wales: Dort können alle Zellen vom Tatort, den Verdächtigen, den Verurteilten und auch den Freiwilligen eines Massentests unbeschränkt aufbewahrt werden; vergleich: Becker, Seite 228.

<sup>712</sup> Dazu auch: Mertin, ZRP 2005, 37 (38).

<sup>713</sup> BVerfG, NJW 1996, 1587 (1587 f.); LG Regensburg, StrFo 2003, 131 (131); ebenso: Saliger/Ademi, JuS 2008, 193 (194); Meyer-Goßner, § 81h Rn. 15; Joecks, StPO, § 81h Rn. 3; Senge, NJW 2005, 3028 (3032) mit weiteren Nachweisen.

<sup>714</sup> BGHSt 49, 56 (60); Senge, NJW 2005, 3028 (3032); Saliger/Ademi, JuS 2008, 193 (199); Joecks, StPO, § 81h Rn. 3.

<sup>715</sup> Auch die entsprechenden Kommentierungen gehen nicht weiter darauf ein, vergleiche: Meyer-Goßner, § 81h Rn. 6.

Absatz 3 BDSG. Immerhin regelt die Einwilligung nach § 81h StPO neben der Datenerhebung und ihrer Verwendung auch den körperlichen Eingriff. Gleichwohl muss, weil die Vorschrift selbst keinerlei Wirksamkeitsvoraussetzungen für die Einwilligung des Betroffenen enthält, auf die allgemeine Regelung des § 4a BDSG zurückgegriffen werden.<sup>716</sup>

### 6.2.2 Einwilligung des Betroffenen

Ob die Einwilligung eines Teilnehmers an einem DNA-Massentest in die Feststellung seines DNA-Identifizierungsmusters wirksam ist, hängt nicht nur, aber vor allem von der Freiwilligkeit seiner Entscheidung ab. Die tatsächliche Freiwilligkeit einer Einwilligung wiederum hängt nicht nur von formalen Voraussetzungen wie der schriftlichen Belehrung und Unterschrift des Betroffenen ab, sondern auch davon, ob dieser bei seiner Entscheidung Zwängen unterliegt<sup>717</sup> oder ob er frei zwischen zumindest zwei Möglichkeiten wählen kann.

Die Freiwilligkeit einer Einwilligung scheidet also immer dann aus, wenn sich der Betroffene in einer Situation befindet, die ihm keine andere Möglichkeit lässt, als in die Maßnahme einzuwilligen, die damit nur scheinbar vom billigenden Willen des Einwilligenden legitimiert ist. Insbesondere handelt derjenige unfreiwillig, der den Eindruck hat, bei einer Verweigerung seiner Einwilligung Nachteile fürchten zu müssen.<sup>718</sup> Entscheidend ist, dass dieser Eindruck als subjektives Element nicht den Tatsachen entsprechen muss, sondern auch nur aus der Vorstellung des Betroffenen und den jeweiligen Umständen entstehen kann.

Bei der Beurteilung, ob die Einwilligung eines Betroffenen in die Teilnahme an einem DNA-Massentest tatsächlich von seiner freien Ent-

---

<sup>716</sup> Auch *Ronellenfitsch*, NJW 2006, 321 (321), hält datenschutzrechtliche Garantien bei der Anwendung der DNA-Analyse für notwendig.

<sup>717</sup> Pieroth/Schlink, Rn. 139; Sachs, VerwArch 1985, 398 (422 ff.).

<sup>718</sup> Ameling, Einwilligung, Seite 84 f.; Busch, StV 2000, 661 (662), in dem Fall eines Strafgefangenen, dem für die Verweigerung seiner Einwilligung in eine DNA-Analyse mit dem Entzug von Vollzugsmaßnahmen gedroht wird.

scheidung getragen ist, ist es hilfreich, auf sein persönliches Interesse an der Teilnahme abzustellen. Dabei kann das jeweilige Interesse der Einwilligenden ganz unterschiedlicher Natur sein. Drei Motive, die als die wesentlichen angesehen werden können, seien im Folgenden behandelt:

Der Teilnehmer könnte zunächst lediglich das Interesse haben, den Erfolg der Ermittlungen durch seine Teilnahme zu fördern,<sup>719</sup> denn durch sein Mitwirken verringert sich die Zahl der in der ausgewählten Personengruppe in Frage stehenden „potenziellen“ Täter. Sofern allein die Förderung der Verbrechensaufklärung das Motiv des einwilligenden Teilnehmers ist, bestehen an der Freiwilligkeit der Einwilligung keinerlei Zweifel. Dieses Motiv trifft vermutlich auf die meisten der in Frage stehenden Personen zu und entspricht dem altruistischen Ideal eines der Gesellschaft verpflichteten Bürgers.

Weiterhin könnte ein Teilnehmer allerdings in die Erhebung seines DNA-Identifizierungsmusters einwilligen, um sich von bestehenden Verdachtsmomenten zu befreien.<sup>720</sup> Dabei handelt es sich aber im Rahmen von DNA-Massentests gerade noch nicht um solche Verdachtsmomente, die eine Sanktionierung als unmittelbare Folge nach sich ziehen. Würde nämlich ein hinreichender Verdacht vorliegen, könnte derjenige, auf den er sich bezieht, auch den Status eines Beschuldigten erhalten und auch unter Zwang sein DNA-Profil ermittelt werden. Ein DNA-Massentest wäre gegebenenfalls nicht mehr nötig. Vielmehr hat der Betroffene hier das ganz eigene Bedürfnis, sich gegenüber seinem Umfeld, also beispielsweise der eigenen Familie, von

<sup>719</sup> Die Häufigkeit dieses Motivs stellt auch fest: *Landesbeauftragter für den Datenschutz Niedersachsen*, 14. Tätigkeitsbericht, Niedersachen LT-Drucksache 14/425, Ziffer 27.5.1; *Hombert*, Seite 164, spricht in diesem Fall von einer kollektiv empfundenen Notwendigkeit, den Ermittlungsbehörden bei der Verfolgung der Straftat Hilfe zu leisten, der bei ihnen ein genuin altruistisches Verhalten folgt.

<sup>720</sup> In diesem Zusammenhang wird gelegentlich auf eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Polygraphentest verwiesen, BVerfG, NStZ 1981, 446 (446 f.), in der das Gericht die Freiwilligkeit einer Einwilligung verneinte, weil der Angeklagte neben dem Lügentest nur die Alternative einer wahrscheinlichen Freiheitsstrafe hatte und damit eine faktische Alternativlosigkeit bestünde.

tatsächlichen oder eben auch nur vermuteten Verdachtsmomenten zu befreien. Damit ist aber die Einwilligung Ausdruck einer freien Wahlmöglichkeit und nicht die einzige Möglichkeit, einer späteren Verurteilung zu entgehen. Damit ist auch bei einer Einwilligung nach diesem Motiv von der Freiwilligkeit der Entscheidung auszugehen.<sup>721</sup>

Problematischer erscheint hingegen das dritte denkbare Motiv eines Einwilligenden. Sofern er nur an einem DNA-Massentest teilnimmt, um sich nicht verdächtig zu machen, also um das Entstehen von Verdachtsmomenten von vornherein zu verhindern, könnte die Freiwilligkeit der Einwilligung wegen des erheblichen staatlichen oder auch gesellschaftlichen Drucks, an der staatlichen Maßnahme teilzunehmen, zu einer inhaltsleeren Phrase verkommen sein.<sup>722</sup> Der frühere rheinland-pfälzische Justizminister Herbert Mertin brachte es plakativ auf den Punkt:<sup>723</sup>

„Die öffentliche Meinung ist ein Urteilsspruch, gegen den man sich kaum wehren kann.“

Weiterhin spricht beispielsweise auch dafür, dass selbst die tatsächlichen Täter oft an dem Test teilnehmen. So meldete die Deutsche Presseagentur dpa am 27.11.2007, dass der spätere Angeklagte im Mordfall „Hannah“ bei Abgabe der Speichelprobe wusste, dass die Polizei ihn daraufhin verhaften würde.

Ein Wegfall der Freiwilligkeit ist in dieser Situation jedenfalls anzunehmen, wenn die Einwilligung aufgrund von unzulässigem Zwang der Strafverfolgungsorgane erteilt wird. Dies ist der Fall, wenn dem Betroffenen bei einer Verweigerung der Einwilligung Übel angedroht werden, für deren Zufügung keine gesetzliche Grundlage besteht.<sup>724</sup> Unfreiwillig sind aber auch solche Einwilligungen, die nur deshalb er-

---

<sup>721</sup> BVerfG, NJW 1996, 1588 (1588); im Ergebnis ebenso: *Hother*, Seite 49; *Hombert*, Seite 163; siehe zum Motiv der Entlastung auch: *Satzger*, JZ 2001, 639 (648 f.); *Saliger/Ademi*, JuS 2008, 193 (196).

<sup>722</sup> *Ronellenfitsch*, NJW 2006, 321 (325).

<sup>723</sup> *Mertin*, ZRP 2005, 37 (37).

<sup>724</sup> SK-StPO-Rudolphi, vor § 94 Rn. 62.

teilt werden, weil der Betroffene sich im Falle einer Verweigerung der Einwilligung dem Verdacht einer Straftat und damit auch strafprozessuale Zwangsmaßnahmen aussetzen würde.<sup>725</sup>

Vorliegend wäre im Fall der DNA-Massentests eine Einwilligung in die Teilnahme dann unfreiwillig erteilt, wenn aus der Verweigerung des Betroffenen unmittelbar auf einen Tatverdacht geschlossen und der Teilnehmer in den Status eines Beschuldigten versetzt werden würde, welcher wiederum prozessuale Zwangsmaßnahmen gegen ihn legitimieren würde. So wurde beispielsweise bei einem Massentest in Bochum schon in dem Informationsblatt der Polizei für den Fall einer Testverweigerung eine Beschuldigtenvernehmung angedroht: „Sind Sie nicht mit dieser Maßnahme einverstanden, können Sie im Rahmen einer Beschuldigtenvernehmung einen Alibinachweis vorlegen.“<sup>726</sup>

Die Vermutung, dass die Strafverfolgungsorgane gegen jeden, der die freiwillige Teilnahme verweigert, Zwangsmaßnahmen ergreifen, liegt aber auch nicht zuletzt wegen einiger Äußerungen von Polizeisprechern gegenüber den Medien nahe. Dies ist aber in der juristischen Wirklichkeit nicht zutreffend; denn nach allgemeinem rechtstaatlichen Grundsatz darf das Gebrauchmachen gesetzlich eingeräumter Rechtsbehelfe nicht in unzumutbarer, aus Sachgründen nicht mehr zu rechtfertigender Weise erschwert werden. Aus der zulässigen Verweigerung dürfen keine nachteiligen Schlüsse für den Betroffenen gezogen werden. Sofern eine gerichtliche Anordnung zur DNA-Analyse auf Grundlage der Verweigerung erfolgte, könnte der betroffene Verweigerer im Beschwerdeweg gegen die Anordnung vorgehen.<sup>727</sup> Die Verweigerung allein begründet gerade noch keinen ausreichenden Tatverdacht. Erst im Zusammenspiel mit weiteren Verdachtsmomenten, die sich aus herkömmlichen Ermittlungstätigkeiten ergeben, kann der

---

<sup>725</sup> Ameling, StV 1985, 257 (261 ff.).

<sup>726</sup> Die Tageszeitung (taz) vom 9.8.2003, Seite 7.

<sup>727</sup> BVerfG, NJW 1996, 1587 (1588).

Verweigerer zum Beschuldigten werden und die Anordnung von Zwangsmaßnahmen in der Folge zulässig sein.<sup>728</sup>

Allerdings ist zu beachten, dass bereits der Eindruck des Betroffenen als subjektives Element, er habe Nachteile zu erwarten, genügt, um die Freiwilligkeit seiner Entscheidung entfallen zu lassen. Der ausführlichen Belehrung und Information des Betroffenen kommt damit bei der Datenerhebung auf der Grundlage einer Einwilligung eine besondere Bedeutung zu. Das Ausnutzen der Befürchtungen des Teilnehmers durch die Strafverfolgungsorgane kann jedenfalls auch im Interesse der Aufklärung einer schweren Straftat nicht als angemessen für einen Rechtsstaat angesehen werden.

Zweifellos besteht zudem auch ein erheblicher gesellschaftlicher Druck für die betroffenen Personen, an einem DNA-Massentest teilzunehmen. Dieser Druck wird auch ganz bewusst von den Strafverfolgungsorganen geschürt, indem sie beispielsweise dazu aufrufen, geschlossen als Verein zur Probenabgabe zu erscheinen, oder die Berichterstattung mit einer entsprechenden Tendenz in den Medien fördern. So erklärten die Ermittlungsbehörden bei einem Massentest in Dresden im Jahr 2006,<sup>729</sup> dass niemand zum Beschuldigten werde, wenn er die Teilnahme verweigere. In solchen Fällen würde man sich aber die Person genauer ansehen und auch das Umfeld des Betreffenden überprüfen. Ergebe sich daraus kein Anfangsverdacht, werde auch nicht ermittelt.

Insoweit besteht für die aufgerufenen Personen eine gewisse Zwangslage und ein nicht unerheblicher Druck, eine Verweigerung in dem eigenen persönlichen Umfeld zu rechtfertigen. An diesem subjektiv empfundenen Zwang ändert auch der Umstand nichts, dass ein recht-

---

<sup>728</sup> Selbst wenn keine weiteren Verdachtsmomente hinzukommen, kann eine Zwangsmaßnahme durchgeführt werden, sofern die noch verbleibende Zahl der noch nicht untersuchten Personen hinreichend klein ist. Dann ergibt sich der Tatverdacht aber auch nicht aus der Verweigerung des Einzelnen selbst, sondern erst aus der Teilnahme einer großen Mehrheit an dem Massentest und einer damit schrumpfenden in Frage kommenden Personengruppe; siehe dazu auch: *Hombert*, Seite 125 ff.

<sup>729</sup> Frankfurter Allgemeine Zeitung (FAZ) vom 15.7.2006.

licher Zwang tatsächlich nicht besteht und aus einer Verweigerung allein keine unmittelbar rechtlichen Nachteile entstehen.

Zu berücksichtigen ist aber auch, dass die Freiwilligkeit der Einwilligung nicht so weit reichen muss, dass die Entscheidung frei von allen Zwängen getroffen werden kann, was wohl auch bei keiner Entscheidung tatsächlich der Fall sein kann.<sup>730</sup> Die Freiwilligkeit ist nicht dann bereits ausgeschlossen, wenn sich der Betroffene in einer unfreien Situation befindet, weil es in dieser Situation oftmals als „freiwillige Pflicht“<sup>731</sup> empfunden werden mag, den Entlastungsbeweis zu führen. Diese empfundene Gefühlslage ist keine rechtliche, wenngleich aber moralische Pflicht, der nachzukommen, aber jedem Einzelnen frei gestellt ist. Dass es sich allerdings nur um eine moralische Verpflichtung handelt, die gerade aus der Moral des Betroffenen und nicht aus der Moralvorstellung des Staates erwachsen sollte und folglich eine freie Willensbetätigung nach eigenen moralischen Überzeugungen darstellte, ist den Betroffenen regelmäßig nicht bewusst.

Im Ergebnis besteht daher wegen des nicht zu unterschätzenden Drucks seitens der Behörden und der Öffentlichkeit, an einem Massentest teilzunehmen, grundsätzlich keine freie Wahl für den Betroffenen, weil für ihn oftmals nicht hinreichend erkennbar ist, dass er unmittelbar aus der Verweigerung keine Nachteile, jedenfalls keine rechtlichen in Form eines ihn dann treffenden hinreichenden Tatverdachts, zu befürchten hat. Damit liegt jedoch die subjektiv so empfundene Verpflichtung, die eigene Unschuld beweisen zu müssen, und damit die Umkehr der Unschuldsvermutung nahe. Die Entscheidung des Betroffenen erfolgt damit nicht auf einer ausreichenden freiwilliger Basis.

Die Voraussetzungen des § 81h StPO sind, jedenfalls wenn man mit der hier vertretenen Ansicht die Voraussetzungen des § 4a BDSG auch auf die speziellere Vorschrift anwendet, damit oftmals nicht erfüllt. Vielfach dürften auf seiner Grundlage eigentlich keine DNA-Massen-

---

<sup>730</sup> Vergleiche dazu: *Ameling*, ZStW 104 (1992), 821 f.

<sup>731</sup> Vergleiche: *Ameling*, StV 1985, 257 (261); *Saliger/Ademi*, JuS 2008, 193 (194).

tests durchgeführt werden, jedenfalls in Einzelfällen der Beweis gerade nicht erhoben werden.

Weil aber eine solche Reihenuntersuchung zweifellos ein bedeutendes Mittel der Ermittlungsbehörden darstellt, muss erwogen werden, die Vorschrift in dem Sinne des Datenschutzrechts zu überarbeiten.

### **6.2.3 Erwägungen zur Neukonzeption der Einwilligung**

Aus der oftmals tatsächlich fehlenden Freiwilligkeit der Einwilligung folgt die staatliche Verpflichtung, denjenigen, der die Teilnahme an einem „freiwilligen“ DNA-Massentest verweigert, zu schützen und ihn nicht den negativen gesellschaftlichen Folgen auszusetzen oder auch noch an den Pranger zu stellen.

Diese Erwägungen müssen ebenso in eine Reform der Einwilligung, deren Neukonzeption noch versucht werden soll, einfließen - gleich, ob sie innerhalb der Strafprozessordnung erfolgt oder diese auf die allgemeinen Vorschriften des Bundesdatenschutzgesetzes verweist - wie eine Verpflichtung der Strafverfolgungsorgane zur umfassenden Aufklärung und Information des Betroffenen, um die Furcht vor rechtlichen Nachteilen auszuräumen.

Dabei erscheint es nicht nur im Hinblick auf eine effektive Verbrechensaufklärung ergiebiger, sondern auch nach dem hohen Maßstab des deutschen Rechtsstaates angemessener, die in Frage stehenden Personen weitestgehend und nicht ausschließlich durch schriftliche Belehrungen über ihre Rechte, also insbesondere ihr Recht auf Verweigerung der Teilnahme sowie die unmittelbaren und auch mittelbaren Folgen einer solchen Verweigerung zu informieren. Zudem spielen auch die tatsächliche Beschränkung der molekulargenetischen Untersuchungen auf die Erstellung eines DNA-Identifizierungs-musters und eine umgehende Vernichtung des für Missbrauch anfälligen Probenmaterials eine bedeutende Rolle. Die Bereitschaft der Teilnehmer, ein schweres und in der Wahrnehmung der breiten Öffentlichkeit abscheuliches Verbrechen aufzuklären, würde dadurch eher gestärkt als

durch die Ausübung staatlichen Drucks, sich zu entlasten. Dem erstgenannten und für die Freiwilligkeit der datenschutzrechtlichen Einwilligung unproblematischen Motiv kommt damit eine noch größere Bedeutung zu.

Der Gesetzgeber wird bei einer Reform der Einwilligungslösung insbesondere auch aber berücksichtigen müssen, welche Folge einer Unwirksamkeit der erteilten Einwilligung zukommt. Dabei ist zuvorderst daran zu denken, dass aus der wegen der unwirksamen Einwilligung unzulässigen Beweiserhebung ein generelles Beweisverwertungsverbot<sup>732</sup> folgt, was jedenfalls für den Fall der unwirksamen Einwilligung auch die generelle Abkehr von den bislang zulässigen „Früchte des verbotenen Baumes“<sup>733</sup> bedeuten muss und die Verfolgungsbehörden gerade dazu anhielte, ihre Aufklärungs- und Informationspflichten umfassend wahrzunehmen, auch wenn in vielen Fällen die Unwirksamkeit der Einwilligung aus den gleichen Gründen, aus denen der Betroffene an dem Massentest teilgenommen hat, nicht geltend gemacht werden dürfte.

Eine flexible und auch dem Leitbild des mündigen Staatsbürgers gerecht werdende Lösung könnte wie auch in den anderen Problemfeldern in einer neu konzipierten Einwilligung liegen, die gleichwohl die Effektivität der Strafverfolgung, zu der naturgemäß auch ein gewisser Verfolgungsdruck für den Täter gehört, nicht außer Acht lassen darf. Anzumerken ist an dieser Stelle, dass anders als in den zuvor dargestellten privaten Versicherungsverhältnissen nicht nur das spezifische Ergebnis einer genetischen Untersuchung, sondern bereits die Entnahme von Probematerial, das die Ermittlungsbehörden selbst vom Teilnehmer – in aller Regel als Speichelprobe – entnehmen, von dieser

<sup>732</sup> Eine rechtsfehlerhafte Beweiserhebung führt derzeit nicht stets zu einem Beweisverwertungsverbot, vergleiche: BVerfG, NStZ 2006, 46 Rn. 9 ff.; siehe auch: *Meyer-Goßner*, Einl Rn. 55 und § 81f Rn. 9; *Pfeiffer*, § 81e Rn. 5; *KK-Senge*, vor 81e.

<sup>733</sup> In den USA dient die „fruits of the poisonous tree-doctrine“ unter anderem der Disziplinierung der Polizei, in Deutschland wird die Fernwirkung eines Beweisverwertungsverbotes hingegen nur ausnahmsweise anerkannt, vergleiche: *Meyer-Goßner*, Einl Rn. 57 mit weiteren Nachweisen

Einwilligung umfasst sein muss, wie es § 81h StPO derzeit auch vor sieht, wenngleich die eigentliche datenschutzrechtliche Einwilligung erst für die molekulargenetische Untersuchung erforderlich ist. Diese Besonderheit spricht für einen spezialgesetzlichen Regelung innerhalb der Strafprozessordnung. An der Notwendigkeit, datenschutzrechtliche Erwägungen durch einen Rückgriff auf die allgemeine Regelung in § 4a BDSG zu berücksichtigen, änderte sich dadurch indes nichts.<sup>734</sup>

### 6.3 DNA-Analyse-Datei

Ein weiterer Aspekt der Verwendung genetischer Daten in dem Bereich der Strafverfolgung ist die so genannte DNA-Analyse-Datei. Das DNA-Identitätsfeststellungsgesetz<sup>735</sup> hat – bemerkenswerter Weise erst nach der Einrichtung der Datei am 16. April 1998 – die dafür notwendige Rechtsgrundlage geschaffen. Zu der Notwendigkeit der Einführung einer DNA-Analyse-Datei führt das Bundesministerium des Inneren aus:<sup>736</sup>

„Schwieriger wird es dagegen bei Verbrechen, bei denen es zunächst keinen Tatverdächtigen gibt, dessen DNA man mit den [am Tatort] gefundenen Spuren abgleichen könnte. Um die Methode auch für solche Fälle nutzbar zu machen, wurde im April 1998 beim Bundeskriminalamt eine DNA-Analyse-Datei eingerichtet. Darin speichern das Bundeskriminalamt und die Landeskriminalämter DNA-Identifizierungsmuster von bereits verurteilten Straftätern, einer Straftat beschuldigter Personen und von Spuren, die an Tatorten in ganz Deutschland gesichert wurden.“

Die gewonnenen DNA-Identifizierungsmuster werden beim Bundeskriminalamt zentral gespeichert und stehen damit für einen bundesweiten Abgleich zur Verfügung. Der deutsche Gesetzgeber genügte mit der Einführung der gesetzlichen Grundlage durch das DNA-

---

<sup>734</sup> Insoweit behalten auch diejenigen Erwägungen ihre Gültigkeit, wenn ausdrücklich von einer datenschutzrechtlichen Einwilligung gesprochen wird.

<sup>735</sup> DNA-Identitätsfeststellungsgesetz vom 7.9.1998, BGBl. I, 2646.

<sup>736</sup> Bundesministerium des Innern, Innenpolitik IV/2003, Seite 5.

Identifizierungsgesetz und der Einrichtung einer solchen Datei einer schon länger erhobenen Forderung, wobei insbesondere auf die Erfolge der in anderen Ländern bestehenden Datenbanken – vor allem auf die in Großbritannien errichtete „National DNA Database“ – verwiesen wurde.<sup>737</sup> Waren bei der Einrichtung der Datei 1998 lediglich 650 Datensätze gespeichert, waren es im Jahr 2001 bereits knapp 100.000 Einträge<sup>738</sup> und im Dezember 2003 schon über 300.000<sup>739</sup> bei einem monatlichen Zuwachs von 6.000 bis 7.000 Einträgen, die es für Verbrecher in Deutschland immer schwieriger machen sollen, unerkannt zu bleiben. Bei ihrem zehnjährigen Geburtstag im April 2008 verfügte die DNA-Datei nach Angaben des Bundeskriminalamtes<sup>740</sup> über 672.352 Datensätze, die 542.745 DNA-Identifizierungsmustern von Beschuldigten und Verurteilten und 129.607 Tatortspuren enthalten. Mittlerweile wächst die Datei monatlich um etwa 10.000 Datensätze.

Mithilfe der DNA-Datei konnten nach Angaben des Bundesministeriums des Innern bis Ende September 2003 mit Hilfe der DNA-Analyse-Datei circa 13.500 Diebstähle, 1.200 Fälle von Raub oder Erpressung, 600 Sexualdelikte und 230 Tötungsdelikte aufgeklärt werden; 2008 waren es nach Angaben des Bundeskriminalamtes<sup>741</sup> bereits über 50.000 aufgeklärte Straftaten. Die Aufklärungsquote bei Abfragen aus der Datei stieg von 11,2 Prozent im Jahr 2000 auf über 22 Prozent in 2003<sup>742</sup> und liegt heute bei etwa 33 Prozent.<sup>743</sup> Damit lässt sich bereits etwa jede dritte DNA-Spur einer in der DNA-Analyse-Datei erfassten Person zuordnen. Die Geschichte der DNA-Analyse-Dateien ist also auch in Deutschland – jedenfalls aus Sicht der Strafverfolgungsorgane – eine bemerkenswerte Erfolgsgeschichte.

---

<sup>737</sup> Vergleiche dazu beispielsweise: *Kube/Schmitter*, Kriminalistik 1998, 415 (417); *Schneider/Rittner*, ZRP 1998, 64 (66).

<sup>738</sup> Zum Stand 2001 vergleiche: *Schnorr*, ZRP 2001, 291 (292).

<sup>739</sup> Zum Stand 2003 siehe: Bundesministerium des Innern, Innenpolitik IV/2003, Seite 4 ff.

<sup>740</sup> Pressemitteilung des Bundeskriminalamtes vom 16.4.2008.

<sup>741</sup> Pressemitteilung des Bundeskriminalamtes vom 16.4.2008.

<sup>742</sup> Bundesministerium des Innern, Innenpolitik IV/2003, Seite 6 f.

<sup>743</sup> Pressemitteilung des Bundeskriminalamtes vom 16.4.2008.

Im Folgenden ist nun zunächst die gesetzliche Ermächtigungsgrundlage, § 81g Absatz 1 StPO, für die Datenerhebung und Verarbeitung zu untersuchen. Den Schwerpunkt bildet dann jedoch auch hier die Frage, ob eine entsprechenden Einwilligung der Betroffenen, § 81g Absatz 3 StPO, tatsächlich freiwillig und damit wirksam erteilt werden kann.

### 6.3.1 Gesetzliche Ermächtigung

§ 81g Absatz 1 StPO erlaubt bei Beschuldigten die Entnahme von Körperzellen und deren molekulargenetische Untersuchung zur Feststellung des DNA-Identifizierungsmusters sowie dessen Speicherung für Zwecke der künftigen Strafverfolgung. Diese Ermächtigung ist die erste normative Regelung innerhalb der Strafprozessordnung, in der ausdrücklich die Erhebung und Speicherung von Daten für die Verwendung in zukünftigen Strafverfahren angeordnet wird. Zwar gestattet auch § 81b StPO eine Maßnahme, mit der Daten für eine spätere Verwendung in anderen Strafverfahren erhoben werden; die dort genannten Zwecke des Erkennungsdienstes dienen jedoch der Strafverfolgungsvorsorge für eine bereits begangene Tat.

Für die Erhebung und Verarbeitung der DNA-Identifizierungsmuster in der zentralen DNA-Analyse-Datei sind nach § 81g Absatz 1 StPO folgende drei Voraussetzungen zu erfüllen.

#### 6.3.1.1 Beschuldigter einer Straftat

Dem Wortlaut des § 81g Absatz 1 StPO nach dürfen nur einem Beschuldigten, der einer Straftat von erheblicher Bedeutung verdächtig ist,<sup>744</sup> Körperzellen entnommen und diese molekulargenetisch für die DNA-Identitätsfeststellung untersucht und in der Datei des Bundeskriminalamtes gespeichert werden.

---

<sup>744</sup> Siehe dazu: *Senge*, NJW 1999, 253 (254); SK-StPO-Rogall, § 81g Rn. 10 ff.

Was den Status des Beschuldigten angeht, kann insoweit auf die im Rahmen der DNA-Massentests gemachten Ausführungen verwiesen werden.<sup>745</sup> Im Übrigen gelten die Voraussetzungen auch für bereits rechtskräftig verurteilte Straftäter: Nach § 81g Absätze 4 und 5 StPO<sup>746</sup> dürfen auch deren DNA-Identifizierungsmuster in die DNA-Analyse-Datei aufgenommen werden, selbst wenn der Zeitpunkt ihrer Erhebung normalerweise in einem früheren Stadium der Ermittlungen liegt. Dieser Regelung aus dem früheren DNA-Identitätsfeststellungsgesetz kommt insoweit jedoch nur eine klarstellende Funktion zu: Wenn schon die Speicherung von DNA-Identifizierungsmustern bei Beschuldigten zulässig ist, muss es erst recht bei Verurteilten möglich sein, bei denen sich im Laufe des Strafverfahrens der Verdacht zur Gewissheit erhärtet hat.<sup>747</sup>

### 6.3.1.2 Straftat von erheblicher Bedeutung

Zu den Straftaten von erheblicher Bedeutung<sup>748</sup> zählen alle Verbrechen, aber auch schwerwiegende Vergehen wie Sexualvergehen, sowie die gefährliche Körperverletzung nach § 224 und der besonders schwere Fall des Diebstahls nach den §§ 242, 243 StGB, bei denen der Täter Körperzellen absondern könnte.<sup>749</sup> Jedenfalls nicht dazu gehören demnach beispielsweise Verbrechen wie der Meineid nach § 154 StGB oder Vergehen wie der Betrug nach § 263 oder die Untreue nach § 266 StGB. Die Straftat muss zudem mindestens dem Bereich der mittleren Kriminalität zuzurechnen sein, den Rechtsfrieden empfindlich stören

<sup>745</sup> Vergleiche: F. II. 1., Seite 178 ff.

<sup>746</sup> Die §§ 2 und 3 des früheren DNA-IFG wurden als Absätze 4 und 5 in § 81g StPO aufgenommen.

<sup>747</sup> Siehe dazu: Bericht des Rechtsausschusses zu dem Entwurf des DNA-Identitätsfeststellungsgesetz, BT-Drucksache 13/11116, Seite 7; ebenso: Busch, NJW 2002, 1754 (1754); SK-StPO-Rogall, Anhang zu § 81g Rn. 32, der zutreffend anmerkt, dass Satz 1 der Vorschrift eher Verwirrung stiftet als der Klarstellung diene.

<sup>748</sup> Vergleiche dazu auch: Anlage zu § 2c DNA-Identitätsfeststellungsgesetz, deren Straftatenkatalog als Anhaltspunkt dafür dienen kann, wann eine Straftat von erheblicher Bedeutung in Betracht kommt.

<sup>749</sup> Meyer-Goßner, § 81g Rn. 7a.

und geeignet sein, das Gefühl der Rechtssicherheit der Bevölkerung erheblich zu beeinträchtigen.<sup>750</sup>

Keinesfalls ist nach geltender Rechtslage die Verarbeitung in der bestehenden DNA-Analyse-Datei eine standardisierte erkennungsdienstliche Maßnahme bei jedwedem Anlass.<sup>751</sup>

### 6.3.1.3 Richterliche Anordnung und negative richterliche Prognose

Nach § 81g Absatz 3 StPO ist die Erhebung eines genetischen Identifizierungsmusters im Rahmen dieser Vorschrift nur mit einer entsprechenden Anordnung des Richters zulässig. Bei Gefahr im Verzug kann diese Anordnungskompetenz allerdings auch auf die Staatsanwaltschaft oder ihre Ermittlungspersonen übergehen.

Nur wenn bereits nach § 81e StPO erhobene DNA-Identifizierungsmuster vorliegen, ist eine erneute richterliche Anordnung nach § 81f Absatz 2 StPO auf Erhebung eines Identifizierungsmusters ausgeschlossen, da die bereits gewonnenen Ergebnisse insoweit auch zur Identitätsfeststellung und Verarbeitung verwertet werden können.<sup>752</sup>

Weiterhin ist den in Frage stehenden Beschuldigten und verurteilten Straftätern eine Negativprognose seitens des anordnenden Richters zu stellen,<sup>753</sup> um ihre DNA-Identifizierungsmuster in der zentralen Datei des Bundeskriminalamtes verarbeiten zu können. Insoweit kann auch von einem „doppelten Richtervorbehalt“ gesprochen werden. Für eine solche negative Prognose muss die Gefahr weiterer, neuer schwerer Straftaten durch den Betroffenen bestehen, was nach den Erkenntnissen bei der vorliegenden Straftat zu beurteilen ist; das kann allerdings

---

<sup>750</sup> BT-Drucksache 13/10791, Seite 5; KK-Senge, § 81g Rn. 3; Pfeiffer, § 81g Rn. 3.

<sup>751</sup> Zu derartigen Bestrebungen bei der CDU/CSU siehe etwa: Antrag der CDU/CSU-Fraktion vom 09.12.2003 „Verbrechen wirksam bekämpfen – Genetischen Fingerabdruck konsequent nutzen“, BT-Drucksache 15/2159; Gesetzentwurf der CDU/CSU-Fraktion vom 22.2.2005, BT-Drucksache 15/4926; Gesetzentwurf der Länder Hessen, Bayern, Hamburg, Saarland und Thüringen vom 3.2.2005, BR-Drucksache 99/05; vergleiche dazu auch: Lorenz, JZ 2005, 1121 (1122).

<sup>752</sup> KK-Senge, § 81g Rn. 6; Meyer-Goßner, § 81g Rn. 7 und 81a Rn. 38.

<sup>753</sup> SK-StPO-Rogall, Anhang zu § 81g Rn. 33; BT-Drucksache 14/445, Seite 6; vergleiche auch: Endriß/Kinzig, NStZ 2001, 299 (301); Markwardt/Brodersen, NJW 2000, 692 (693).

nicht unerhebliche Schwierigkeiten mit sich bringen, weil eine Verurteilung des Beschuldigten gerade noch nicht erfolgt ist, sondern lediglich ein Tatverdacht besteht. Diese „Negativprognose“ entspricht im Übrigen der Regelung in § 8 Absatz 6 Nr. 1 BKAG.

Ein weiteres Problem liegt in dem Nebeneinander unterschiedlicher Prognosemaßstäbe<sup>754</sup> für strafbares Verhalten. Das Bundesverfassungsgericht hat einen wesentlichen Beitrag zur Rechtssicherheit in diesem Bereich geleistet und dabei die unmittelbar aus dem Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung nach Artikel 2 Absatz 1 in Verbindung mit Artikel 1 Absatz 1 GG abzuleitende Aufklärungs-, Abwägungs- und Begründungsanforderungen sowohl für die Würdigung der Anlasstat als auch für die Gefahren- beziehungsweise Negativprognose unterstrichen.<sup>755</sup> Bei der DNA-Analyse verbietet sich jede formelhafte, schematische Rechtsanwendung. Vielmehr ist der die DNA-Identitätsfeststellung anordnende Richter gehalten, sämtliche Milderungsgründe und Entlastungsfaktoren, mögen diese bereits bei der früheren Verurteilung manifest geworden oder erst in der späteren Persönlichkeitsentwicklung und Lebensführung des Betroffenen hervorgetreten sein, sorgfältig zu ermitteln und angemessen zu berücksichtigen. Weder schließt das Gesetz für bestimmte Straftatbestände eine Negativprognose generell aus,<sup>756</sup> noch ist für bestimmte Deliktstypen eine Gefahrenprognose zwingend und ausnahmslos vorgeschrieben.<sup>757</sup> Speziell für die Negativprognose hält das Bundesverfassungsgericht in den bereits angeführten Beschlüssen eine individuelle, offene, auf bestimmte Tatsachen gestützte Abwägung erforder-

---

<sup>754</sup> Zu den unterschiedlichen Vorschriften vergleiche: BVerfGE 103, 21 (36 f.); BVerfG, NJW 2001, 2320 (2321); BVerwG, DVBl 2001, 483; OLG Hamm, StV 2001, 176 (177); ferner auch: *Kinzig*, NJW 2001, 1455 (1457 f.).

<sup>755</sup> BVerfGE 103, 21 (35 ff.); BVerfG, NJW 2001, 2320 (2331).

<sup>756</sup> *Markwardt/Brodersen*, NJW 2000, 692 (695), die allerdings nach dem Zweck der Vorschrift und nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit eine Beschränkung annehmen.

<sup>757</sup> *Wollweber*, NJW 2001, 2304 (2304).

lich. Das Erfordernis „bestimmter Tatsachen“<sup>758</sup> stellt eine verfassungskonforme Auslegung dar, die sich aus dem Wortlaut des § 81g Absatz 1 StPO allerdings nicht ohne weiteres erschließt. Die darin formulierte Prognoseklausel ist § 8 Absatz 6 Nummer 1 BKAG nachgebildet.<sup>759</sup> Diese Vorschrift setzt, wie ein Textvergleich mit der Auffangklausel des § 8 Absatz 5 BKAG<sup>760</sup> belegt, das Vorliegen bestimmter Tatsachen als Basis für eine fundierte Prognose<sup>761</sup> nicht voraus. Gleichwohl hält sich die vom Bundesverfassungsgericht vorgenommene verfassungskonforme Auslegung des § 81g Absatz 1 StPO innerhalb der hierfür allgemein anerkannten Grenzen.<sup>762</sup>

Insgesamt betrachtet, ist das gesetzliche Schutzniveau bei der Datenerhebung auf Grundlage des § 81g Absatz 1 StPO als recht hoch zu bewerten.

### 6.3.2 Einwilligung des Betroffenen

Neben der gesetzlichen Ermächtigungsnorm, die in der Praxis der Strafverfolgung wegen des richterlichen Vorbehalts und seiner Ausgestaltung oftmals als zu eng und umständlich empfunden wird, kommt aber auch die Einwilligung des Betroffenen nach § 81g Absatz 3 StPO in die Datenerhebung und Verarbeitung in Betracht. Wie die richterliche Anordnung enthält die Einwilligung zum einen das Ein-

---

<sup>758</sup> BVerfGE 103, 21 (36); zutreffend auch: *Wollweber*, NJW 2001, 2304 (2304, Fn. 4), der entgegen der Ansicht von *Fluck*, NJW 2001, 2292, die verfassungsrechtlichen Anforderungen an eine intensive Sachverhaltaufklärung auch „in eindeutigen Fällen“ nicht für relativierbar hält. Wann ein Fall tatsächlich „eindeutig“ gelagert ist, lasse sich nicht aufgrund summarischer Prüfung, sondern erst nach vollständiger Auswertung aller verfügbaren Erkenntnisquellen zuverlässig einschätzen. Im Übrigen drohe die Gefahr, dass der Begriff „eindeutig“ von der Praxis unter dem Druck hoher Arbeitsbelastung oder mit Rücksicht auf die öffentliche Meinung unangemessen weit interpretiert werden könnte. Zur „Sicherheitshysterie“ im Bereich der Kriminalprävention vergleiche auch: *Ostendorf*, ZRP 2001, 151 (152).

<sup>759</sup> BT-Drucksache 13/10791, Seite 5.

<sup>760</sup> Kritisch hierzu: *Erbs/Kohlhaas/Riegel*, § 8 BKAG Rn. 10 f.

<sup>761</sup> BT-Drucksache 13/7208, Seite 40.

<sup>762</sup> Vergleiche: BVerfGE 101, 312 (329).

verständnis mit der Entnahme von Körperzellen,<sup>763</sup> zum anderen aber in datenschutzrechtlicher Hinsicht auch das Einverständnis mit der molekulargenetischen Untersuchung und letztlich im Ersatz für die negative richterliche Prognose das Einverständnis mit der Speicherung des DNA-Identifizierungsmusters in der zentralen DNA-Analyse-Datei.<sup>764</sup> Weil mit der Datenverarbeitung der Zweck verfolgt wird, Täter künftiger, noch nicht begangener Straftaten schneller und sicherer finden und überführen zu können, kommt dem Recht auf informativelle Selbstbestimmung hier ein besonderes Gewicht zu.<sup>765</sup>

Dabei stellt sich die Frage, ob die bisher von den Strafverfolgungsbehörden verwandte Form der Einwilligung wirksam sein kann und damit geeignet wäre, für die Datenverarbeitung rechtfertigende Wirkung zu entfalten. Dabei ergeben sich insbesondere Zweifel an der notwendigen Freiwilligkeit der Entscheidung des betroffenen Beschuldigten oder des verurteilten Straftäters.

Da Eingriffe in Grundrechte der Betroffenen grundsätzlich auf eine gesetzliche Grundlage rückführbar sein müssen, sind an die Wirksamkeit einer datenschutzrechtlichen Einwilligung in eine staatliche Maßnahme besonders strenge Anforderungen zu stellen. Zentrale Voraussetzung ist daher die Freiwilligkeit der Entscheidung des Betroffenen. Der Betroffene muss die Einwilligung auf Grund einer autonomen Entscheidung treffen.

Bei den von den Maßnahmen nach § 81g StPO betroffenen Personen handelt es sich einerseits um Beschuldigte in einem Ermittlungsverfahren, anderseits um bereits verurteilte Straftäter, zu denen gerade auch – mitunter langjährige – Strafgefangene gehören. Bei diesen Per-

---

<sup>763</sup> Sofern der körperliche Eingriff nicht ausnahmsweise wegen besonderer Gefährlichkeit gegen die guten Sitten verstößt, vergleiche: BVerfGE 16, 195 (202); Meyer-Goßner, § 81a Rn. 3; Pfeiffer, § 81a Rn. 1; KK-Senge, § 81a Rn. 3 jeweils mit weiteren Nachweisen, und der Betroffene über sein Weigerungsrecht belehrt wurde, dazu: BGH, NJW 1964, 1177 (1177 f.); Graalmann-Scherer, JR 1999, 453 (454); Peters, JR 1969, 232 (233).

<sup>764</sup> So auch: Golembiewski, NJW 2001, 1036 (1037); anders aber: LG Hamburg, NJW 2000, 2288 ff., das diese Differenzierung nicht vornimmt.

<sup>765</sup> LG Freiburg, StV 1999, 531 (532).

sonengruppen stellt sich das Problem, dass sie häufig in die Analyse und Speicherung ihrer Daten einwilligen, weil sie sich entweder nicht verdächtig machen wollen oder hoffen, durch Erteilung der Einwilligung Nachteilen zu entgehen beziehungsweise Vorteile zu erhalten.<sup>766</sup> Betroffene sind häufig bemüht, durch wohlgefälliges Verhalten eventuelle Vergünstigungen im Vollzug nicht zu gefährden.<sup>767</sup> Auch wenn einer Maßnahme tatsächlich keine vollzugsrechtliche Bedeutung zukommt, ist davon auszugehen, dass die bloße Befürchtung, eine Weigerung könnte Konsequenzen für die Gewährung von Vollzugslockerungen haben, ausreicht, um die freie Entscheidung des Betroffenen zu beeinflussen. Maßgebend für die Beurteilung der Freiwilligkeit ist auch hier die subjektive Einschätzung des Betroffenen.<sup>768</sup> Dem entsprechend verweist beispielsweise das Landgericht Wuppertal auch auf die durch die Initiative und Nachfrage der Ermittlungsbehörde auf Einwilligung für den Beschuldigten entstehende „Drucksituation“.<sup>769</sup>

In der Praxis werden DNA-Analysen häufig allein auf der Grundlage von entsprechenden Einwilligungen der Betroffenen, die durch Formblätter über die Maßnahmen belehrt werden, durchgeführt und ihre Ergebnisse in der zentralen Datei gespeichert. Diese Praxis der Strafverfolgungsbehörden lässt darauf schließen, dass entweder rein aus Praktikabilitätserwägungen das Einverständnis des Betroffenen gesucht wird<sup>770</sup> oder aber die vergleichsweise hohen gesetzlichen Hürden der Strafprozessordnung umgangen werden sollen. Darauf deutet jedenfalls auch die bloße Belehrung der Betroffenen durch Formblätter hin. Es muss vermutet werden, dass kaum einer der Beschuldigten und erst recht kaum einer der verurteilten Straftäter über die tatsächli-

---

<sup>766</sup> Vergleiche zum Beispiel: Landesdatenschutzbeauftragter Brandenburg, Tätigkeitsbericht 1998, Seite 38.

<sup>767</sup> Vergleiche: Kamann, StV 1999, 9 (10); Seibel/Gross, StraFo 1999, 117 (119). In diesem Zusammenhang verweist allerdings das LG Hamburg, NJW 2000, 2288 (2288), auf die „bekannte großzügige Handhabung der Vollzugslockerungen“.

<sup>768</sup> Siehe dazu auch: Entschließung der 58. Konferenz der Datenschutzbeauftragten des Bundes und der Länder vom 7./8.10.1999.

<sup>769</sup> LG Wuppertal, NJW 2000, 2687 (2688); auch hierzu kann im Wesentlichen auf oben bereits Ausgeführtewerden verwiesen werden.

<sup>770</sup> Siehe dazu: Sprenger/Fischer, NJW 1999, 1830 (1834).

che Tragweite seiner Entscheidung informiert ist, für die ansonsten ja immerhin eine richterlicher Prognoseentscheidung erforderlich ist. Wie aber bereits oben ausgeführt, ist eine freiwillige Einwilligung nur möglich, wenn der Betroffene umfassend über die Folgen seiner Entscheidung in Kenntnis gesetzt wurde.

Das Verfahren, das die Mehrzahl der Justizverwaltungen anwendet, um diesen Personenkreis zu erfassen, ist Bedenken hinsichtlich seiner Rechtmäßigkeit ausgesetzt. Auf die richterliche Anordnung wird verzichtet, wenn die Betroffenen einwilligen. Dabei wird offenbar verkannt, dass hier mit der Einwilligung in die Speicherung die eigene Negativprognose und damit das Eingeständnis vorausgesetzt ist, auch weiterhin strafrechtlich in Erscheinung zu treten.<sup>771</sup> Jeder hat aber ein Schweigerecht, wenn er sich selbst belasten könnte. Gerade dieses wird ihm hier aber mit der Einwilligung abverlangt.<sup>772</sup>

Im Übrigen können die Maßnahmen auch schwer wiegende Folgen für den Betroffenen haben. So kann der Abgleich mit den in der Datei eingestellten Spuren zur Aufklärung einer bislang unentdeckten Straftat führen. Da nach dem im gesamten Strafprozess geltenden rechtstaatlichen Grundsatz „nemo tenetur se ipsum accusare“ (niemand verpflichtet ist, sich selbst zu belasten),<sup>773</sup> darf es zur Wirksamkeit der Einwilligung einer umfassenden Belehrung des Betroffenen über deren Rechtsfolgen und damit über die Tragweite der Entscheidung der Einwilligung. Eine bloße Formblattbelehrung ist dabei keinesfalls geeignet, den Betroffenen ausreichend über die Konsequenzen der Spei-

---

<sup>771</sup> Trotz des angeführten Eigeninteresses, sich selbst zu entlasten zu wollen.

<sup>772</sup> Zu den Details der Debatte: HDSB, 28. Tätigkeitsbericht, Ziffer 5.2 sowie Entschließung der 58. Konferenz der Datenschutzbeauftragten des Bundes und der Länder vom 7./8.10.1999, DNA-Analysen zur künftigen Strafverfolgung auf der Grundlage von Einwilligungen, HDSB, 28. Tätigkeitsbericht, Ziffer 24.13.

<sup>773</sup> BVerfGE 38, 105 (113); 56, 37 (43); BGHSt 38, 302 (305); ausdrücklich dem informatiellen Selbstbestimmungsrecht zuschreibend: BVerfGE 65, 1 (46); 96, 171 (181); vergleiche auch: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz/*Di Fabio*, Art. 2 Abs. 1 Rn. 187; Graalmann-Scherer, JR 1999, 453 (454).

cherung aufzuklären.<sup>774</sup> Nur ein umfassend informierter Betroffener kann eine freie Entscheidung treffen.

Im Ergebnis kann festgehalten werden, dass zum einen die vorhandene gesetzliche Ermächtigung in § 81g StPO für die Datenverarbeitung in der zentralen DNA-Analyse-Datei durch den doppelten Richtervorbehalt vergleichsweise hohen Schutz für die Betroffenen bietet, zum anderen aber die Anwendung der Einwilligung in diesem Rahmen nicht ausgeschlossen ist, wenngleich die derzeitige Rechtslage und Praxis der Strafverfolgungsbehörden unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten nicht zufrieden stellen kann. Der deutsche Gesetzgeber ist daher gefordert, den aufgezeigten Missständen mit einer Neukonzeption der datenschutzrechtlichen Einwilligung, wie sie hier versucht wird, entgegenzutreten.

### **6.3.3 Erwägungen zur Reform der datenschutzrechtlichen Einwilligung**

Im Bereich der zentralen DNA-Analyse-Datei beim Bundeskriminalamt in Wiesbaden ist die gesetzliche Ermächtigung zur Aufnahme von Beschuldigten und verurteilten Straftätern in die Datei vergleichsweise zufrieden stellend, was allerdings nicht für die derzeitige Verwendung der datenschutzrechtlichen Einwilligung, mit deren Hilfe sinnvolle gesetzliche Schutzmechanismen für die Betroffenen jedenfalls in Einzelfällen mutmaßlich umgangen werden, gilt. Sofern man mit der hier vertretenen Auffassung auch zukünftig neben der richterlichen Anordnung die datenschutzrechtliche Einwilligung als Rechtfertigung für die Datenerhebung anwenden will, muss die Einwilligung eine Neukonzeption erfahren.

Dabei kommt zweifellos einer detaillierten Belehrung der Betroffen darüber, die Einwilligung verweigern zu können und durch die Weigerung keinerlei Nachteile zu erleiden, besondere Beachtung zu. Ferner ist auch die Information über Verwendungsmöglichkeiten in künf-

---

<sup>774</sup> So auch: Golembiewski, NJW 2001, 1036 (1038).

tigen Strafverfahren und über die Tilgungsfristen erforderlich. Nur wenn nach einer derartigen umfassenden Information über Rechte und Folgen ein Betroffener noch in die Datenverarbeitung einwilligt, kann von einer informierten und freien Entscheidung des betroffenen Beschuldigten oder verurteilten Straftäters ausgegangen werden. Den von der Praxis angeführten Erleichterungen im Gegensatz zum gesetzlichen Ermächtigungsverfahren nach § 81g StPO durch die Verwendung der datenschutzrechtlichen Einwilligung ist insoweit entgegenzutreten. Sinn und Zweck der datenschutzrechtlichen Einwilligung ist es keinesfalls, gesetzliche Schutzmechanismen zugunsten des Staates zu umgehen und ihm die Datenerhebung und Verarbeitung zu erleichtern.<sup>775</sup> Die gesetzlichen Schutzfunktionen müssen ihr Spiegelbild in der Einwilligung des Betroffenen finden. Sofern der Gesetzgeber die bestehenden Befugnisse nach § 81g StPO für nicht ausreichend hält, kann er die von ihm geschaffenen Hürden absenken. Ob dieses dann noch mit dem Grundgesetz und den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts in Einklang zu bringen wären, steht gleichwohl auf einem anderen Blatt.

#### **6.4 Prognosen hinsichtlich der Persönlichkeit**

Letztlich sei im Rahmen der Strafverfolgung noch auf einen Randbereich in der wissenschaftlichen medizinischen, juristischen wie öffentlichen Diskussion hingewiesen: die Verwendung genetischer Daten im Bereich der Strafrechtspflege.<sup>776</sup>

Obwohl noch ein Randthema, das hier daher auch nur kurz behandelt werden soll, ist seitens der Strafrechtspflege<sup>777</sup> bereits ein Interesse an aussagekräftigen genetischen Informationen von verurteilten oder

<sup>775</sup> Graalmann-Scheerer, JR 1999, 453 (453).

<sup>776</sup> Gleichwohl zeichnete es lange Zeit das deutsche Datenschutzrecht aus, nicht nur der fortschreitenden technischen Entwicklung hinterher zu laufen, sondern diese von Anfang an agierend zu begleiten, um Missstände im Idealfall gar nicht erst entstehen zu lassen und damit zweifellos den besten Schutz für potenziell Betroffene zu gewährleisten.

<sup>777</sup> So: Vultejus, ZRP 2002, 70 (70 f.).

noch zu verurteilenden Straftätern festzustellen, um das künftige Verhalten eines zumindest bereits einmal straffällig gewordenen Menschen vorhersagen zu können. Denkbar ist beispielsweise, die oben bereits erwähnte richterliche Prognoseentscheidung durch derartige Untersuchungen zu untermauern, zu ergänzen oder gar gänzlich zuersetzen.<sup>778</sup> Darüber hinaus sind aber auch schon Bedürfnisse zu erkennen, mit Hilfe von genetischen Informationen den Strafvollzug zu differenzieren.<sup>779</sup>

Mit dem Bedürfnis einer solchen Verwendung wird aber zugleich auch ein entscheidender Unterschied zu den bisher im Bereich der Strafverfolgung verwendeten DNA-Analysen deutlich; denn hier geht es nicht mehr lediglich um den Abgleich von DNA-Identifizierungsmustern im Rahmen der zentralen DNA-Analyse-Datei. Relevant sind hier aussagekräftige genetische Informationen, die so – jedenfalls im Wesentlichen und wenn überhaupt – nur aus dem codierten Bereich der DNA gewonnen werden können, also eine umfassende genetische Analyse darstellen, wie sie auch in den anderen Problembereichen der datenschutzrechtlichen Einwilligung zur Anwendung kommt oder kommen könnte.

Zwar scheint der Boden unter solchen Aussagen noch sehr schwankend,<sup>780</sup> doch könnte er mit dem wissenschaftlichen Fortschritt fester werden, wenngleich es ganz ohne Zweifel kein „Verbrecher-Gen“ gibt, wie Boulevard-Zeitungen gerne behaupten. Aber auch Aussagen über die Aggressivität eines Menschen könnten Einfluss auf die Sanktion nach einem Schulterspruch haben. Das Interesse an einer Verwendung genetischer Daten in der Strafrechtspflege ist dabei wie auch in den anderen Problemfeldern ambivalent; denn die Straftäter haben selbst natürlich auch ein Interesse daran, dass ihre genetischen Anlagen untersucht werden: Sie erhoffen sich eine günstige Prognose über ihr zu-

---

<sup>778</sup> Für statistische Gefährlichkeitsprognosen: *Pfeiffer/Höynck/Görgen*, ZRP 2005, 113 (116).

<sup>779</sup> Siehe dazu: *Vultejus*, ZRP 2002, 70 (70 f.).

<sup>780</sup> Vergleiche dazu: *Stockter*, Seite 103 f.

künftiges Verhalten und damit verbundene günstigere Strafvollzugsmaßnahmen oder sogar geringere Strafen.

Sofern sich das Bedürfnis nach genetischen Informationen zum Zwecke der Vollzugsdifferenzierung manifestiert, befindet sich der betroffene Straftäter im Hinblick auf die datenschutzrechtliche Einwilligung, die de lege lata mangels gesetzlicher Regelungen auch die einzige denkbare Ermächtigung zur Datenerhebung und Verarbeitung darstellt, in einer schwierigen Situation, die möglicherweise eine Zwangslage darstellt. Die Möglichkeiten der Vollzugserleichterungen werden nur denjenigen mit positiven genetischen Prognosen gewährt, während diejenigen, die ihre Einwilligung verweigern, auf diese verzichten müssen. Ganz schwer könnte es zudem diejenigen treffen, die zwar ihre Einwilligung erteilen, aber wegen einer negativen genetischen Prognose sogar von Vollzugsverschärfungen getroffen werden.

Wenn sich zukünftig die Möglichkeiten solcher persönlichkeitsbezogener Prognosen tatsächlich bieten, insbesondere ihre Aussagequalität eine angemessenes Maß an Prognosesicherheit gewährleistet, liegen die Vorteile für die Betroffenen, die in diesem Sinne genetisch begünstigt sind, und für die öffentliche Sicherheit auf der Hand. Eine differenzierterer Strafvollzug und individueller Resozialisierungsmaßnahmen könnten zu einer gerechteren und effektivere Strafrechtspflege führen.

Genauso liegt aber auf der Hand, dass – insoweit vergleichbar mit der Situation bei privaten Personenversicherungen – der genetisch benachteiligte Strafgefangene dann auch noch im Strafvollzug benachteiligt werden könnte. Daher sollte hier der Regel-Strafvollzug – also die gesetzlich definierte Maßnahme – gleichsam als Untergrenze das Maß der Dinge bleiben, hinter das nicht zurückgegangen werden kann.

Der genetisch Benachteiligte sollte wegen eines negativen Testergebnisses nicht anders behandelt werden als derjenige, der den Test gänzlich verweigert hat; denn auch diese „Tradition“ der DNA-Analyse in der Strafprozessordnung sollte fortgesetzt werden: Eine genetische

Persönlichkeitsanalyse sollte allein aufgrund der Einwilligung des Betroffenen zulässig sein. Hinsichtlich der Anforderungen, die an ihre Wirksamkeit zu stellen sind, insbesondere an ihre Freiwilligkeit, kann auf die vorherigen Ausführungen verwiesen werden. Hier kann nichts anderes gelten.

Flankiert werden sollte eine Einwilligungslösung zudem von einem Straftatenkatalog, der bestimmt, bei welchen Straftaten oder auch Straftatkombinationen überhaupt eine genetische Untersuchung zulässig sein kann, damit sich nicht auch der Ladendieb untersuchen lassen soll beziehungsweise kann.

Weiterhin sollte die Anordnung einer solchen, für den Betroffenen ja nicht unerheblichen Maßnahme einem Richtervorbehalt unterliegen. Die aus dem noch vergleichsweise jungen § 81h StPO bekannte und für die Strafprozessordnung bislang einmalige Dopplung mit der Einwilligung des Betroffenen sollte hier ihre Wiederholung finden.

Solange aber die Prognosesicherheit – insoweit kann man durchaus einen Vergleich zum Einsatz so genannter Polygraphen<sup>781</sup> ziehen – nicht gewährleistet werden kann, sollte die Strafrechtspflege auf den Einsatz dieser genetischen Untersuchungen verzichten.

## **6.5 Erfordernis einer Neukonzeption der datenschutzrechtlichen Einwilligung**

Zusammenfassend sei im Ergebnis nochmals festgehalten, dass die datenschutzrechtliche Einwilligung im Rahmen der Strafverfolgung – sowohl bei den DNA-Massentests als auch bei der DNA-Analyse-Datei – eine zentrale Rolle spielt, ihre derzeitige Verwendung aber einen ausreichenden Schutz der Betroffenen vermissen lässt. Zudem muss die Wirksamkeit der Einwilligung in den genannten Fällen unter den derzeitigen Bedingungen zumindest bezweifelt werden, weil es ihr regelmäßig wegen eines faktischen Zwangs, eine Einwilligung zur Datenerhebung und Verarbeitung zu erteilen, an der notwendigen

---

<sup>781</sup> Vergleiche zur Diskussion nur: Dreier/*Dreier*, Art. 1 Abs. 1 Rn. 142.

Freiheit des Betroffenen fehlt. Es ist daher auch in diesem Problemfeld der datenschutzrechtlichen Einwilligung erforderlich, durch eine Neukonzeption die Schutzbedürfnisse der Betroffenen ausreichend zu berücksichtigen, ohne eine Datenerhebung und Verarbeitung gänzlich zu verhindern.

## 6.6 Das Gendiagnostikgesetz

Das oben unter E. dargestellte, vom Bundestag beschlossene, aber noch nicht in Kraft getretene Gendiagnostikgesetz bringt für die Einwilligung im Rahmen von DNA-Massentests und der DNA-Analyse-Datei keine Änderungen mit sich; das Gesetz gilt nicht für den Umgang mit genetischen Daten aufgrund von Vorschriften über das Strafverfahren, § 2 Absatz 2 Nr. 2 a) GenDG. Damit bleibt es aber allein bei den bereichsspezifischen Regelungen der Strafprozessordnung und den festgestellten Unzulänglichkeiten der derzeitigen Rechtslage.



## 7 Erwägungen für eine Konkretisierung der datenschutzrechtlichen Einwilligung

Nachdem anhand der zwei dargestellten Problemfelder der bisherigen datenschutzrechtlichen Einwilligung im Bereich der Humangenetik deutlich geworden ist, dass diese den Anforderungen, die sich aus den genannten Besonderheiten des genetischen Datums ergeben, nicht oder zumindest in manchen Fällen nur unzureichend gerecht wird, soll im Folgenden der Versuch unternommen werden, die datenschutzrechtliche Einwilligung zu konkretisieren, um die erkannten Lücken zu schließen. Dabei wird prinzipiell an der bisherigen Konstruktion der Einwilligung festgehalten. Auch die von der europäischen Richtlinie vorgegebene Entscheidung des deutschen Gesetzgebers, unterschiedliche Datenkategorien statt unterschiedlicher Verwendungszusammenhänge zu unterscheiden, soll hier nicht in Frage gestellt werden. Diese grundsätzliche Entscheidung bleibt Basis der Konkretisierung.

In Anbetracht der Komplexität des genetischen Datums erscheint die bisherige Definition als Gesundheitsdatum in den allgemeinen Kontext der sensitiven beziehungsweise der besonders schützenswerten Arten personenbezogener Daten allerdings nicht länger gerechtfertigt; denn das genetische Datum ist dazu geeignet, viel mehr als nur Aussagen über die derzeitige oder zukünftige gesundheitliche Konstitution des Betroffenen zu liefern. Nicht zuletzt die Schwierigkeiten, die sich bei der generellen Anwendbarkeit der bestehenden Regelungen für besondere Arten personenbezogener Daten ergeben haben, machen deutlich, dass das genetische Datum aus den allgemeinen Datenverarbeitungsregeln herausgenommen werden sollte, wenngleich einzelne bestehende Regelungen für die besonderen Arten personenbezogener Daten bei genetischen Daten ebenso zur Anwendung kommen können.

Diese Besonderheit des genetischen Datums muss dazu führen, dass es zukünftig neben den bestehenden Formen der datenschutzrechtlichen

Einwilligung, also der „normalen“ und derjenigen für „besondere Arten“ von personenbezogenen Daten, eine weitere, dritte Variante gibt, die sich durch Schutzmechanismen auszeichnet, die für diese Daten zwingend nötig sind, um eine wirksame Einwilligung zu ermöglichen, die aber bei vergleichsweise weniger sensitiven Daten zu umfangreich und zudem auch nicht erforderlich sind.

## 7.1 Allgemeines

Der Datenschutz in Deutschland sollte künftig im Allgemeinen nicht mehr vorrangig durch eine vom Gesetzgeber vorab festgelegte präzise Beschreibung erlaubter Datenverarbeitungen gewährleistet werden, sondern vor allem durch Datenverarbeitungsregeln, die möglichst weitgehend eine Kontrolle und Beeinflussung der Datenverarbeitung durch die betroffene Person sicherstellen. Die Datenverarbeitung wird damit nicht nur von der Erfüllung eines allgemeinen Erlaubnistratbestandes abhängig gemacht, sondern vorwiegend von der Einhaltung die Selbstbestimmung unterstützender Verarbeitungsanforderungen.

Soweit die Datenverarbeitung Interessen der betroffenen Person beeinträchtigen könnte, was bei der Verarbeitung von genetischen Daten so gut wie immer der Fall sein dürfte, muss die Entscheidung über Preisgabe der Daten vorrangig der Selbstbestimmung der betroffenen Person überlassen werden. Auch im Datenschutzrecht muss die Selbstbestimmung beziehungsweise die Privatautonomie des jeweils Betroffenen konsequent berücksichtigt werden und die Befugnis des Einzelnen, grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner personenbezogenen zu bestimmen,<sup>782</sup> zur beherrschenden Grundregel werden. Die datenschutzrechtliche Einwilligung muss daher zum vorrangigen Legitimationsgrund der Datenverarbeitung werden.<sup>783</sup>

Da aber zwischen den betroffenen Personen und den verantwortlichen Stellen in der Regel ein erhebliches Machtgefälle besteht, ist die Selbst-

---

<sup>782</sup> BVerfGE 65, 1.

<sup>783</sup> Siehe dazu auch: Roßnagel/Pfitzmann/Garstka, Seite 72 ff.

bestimmung zu stärken. Ziel eines modernen Datenschutzrechts muss es daher sein, einerseits die Zulässigkeit der Datenverarbeitung im vertretbaren Umfang der individuellen Selbstbestimmung zu überlassen, andererseits aber deren Freiwilligkeit durch Rahmenbedingungen abzusichern. Gerade wenn eine Situation für den Betroffenen nicht hinreichend durchschaubar ist, er durch wirtschaftliche oder auch nur persönliche Unterlegenheit nicht frei entscheiden kann oder der Eingriff – wie bei der Verwendung von genetischen Daten gegeben – besonders gewichtig oder riskant ist, muss sein Selbstbestimmungsrecht durch zusätzliche Verfahren und Sachkriterien gesichert werden.<sup>784</sup> Die datenschutzrechtliche Einwilligung stellt sich in ihrer bisherigen durch das Bundesdatenschutzgesetz geforderten Form allzu oft als „der Schlüssel zu einem nahezu unbegrenzten, von allen ansonsten zu beachtenden gesetzlichen Schranken befreiten Zugang zu den [...] jeweils gewünschten Angaben“ dar.<sup>785</sup> Die Einwilligung ratifiziert Datenerwartungen der verantwortlichen Stelle, auf die der Betroffene weder Einfluss hat, noch haben kann. Damit die freie Selbstbestimmung durch Einwilligung nicht zur Fiktion wird, sind gesetzgeberische Veränderungen an den Voraussetzungen der Einwilligung unerlässlich.

Eine dahingehende Regelung, durch eine abschließende gesetzliche Definition zu bestimmen, wann die Verwendung genetischer Daten auf der Grundlage einer datenschutzrechtlichen Einwilligung zulässig sein soll, wird insoweit aber abgelehnt.

Im Bereich des öffentlichen Rechts ist allerdings – wie im Fall der gesetzlichen Einführung des Massentests oder der DNA-Analyse-Datei in die Strafprozessordnung – die Anordnung des Gesetzgebers, dass in bestimmten Situationen die Verarbeitung genetischer Daten auf der Grundlage einer datenschutzrechtlichen Einwilligung in Betracht

---

<sup>784</sup> Vergleiche: *Kothe*, AcP 85 (1985), 155 unter Hinweis auf BVerfGE 65, 1 (46), das mit gleichen Argumenten die Erforderlichkeit der Datenschutzbeauftragten zur effektiven Sicherung des Selbstbestimmungsrechts rechtfertigt.

<sup>785</sup> *Simitis*, § 4 Rn. 20.

kommt, erforderlich. Die Aufgabe des Gesetzgebers ist es, genau die Fälle zu bestimmen, in denen ausnahmsweise die Erhebung und Verarbeitung genetischer Daten durch die Einwilligung des Betroffenen gerechtfertigt sein soll.

Neben der Rechtfertigung durch die datenschutzrechtliche Einwilligung sollten die Möglichkeiten der Erhebung und Verarbeitung genetischer Daten eng umfasst sein. Allein auf die freiwillige Einwilligung des jeweils Betroffenen abzustellen, dürfte den Erfordernissen der juristischen Praxis – wie die unter bestimmten Voraussetzungen zulässige zwangsweise Erhebung genetischer Daten im Rahmen der Strafverfolgung zeigt – leider nicht immer gerecht werden.

Im Folgenden wird zunächst erörtert, wann ausnahmsweise neben der Einwilligung gesetzliche Ermächtigungsgrundlagen die Datenverarbeitung rechtfertigen könnten. Daran schließt sich die eigentliche Konkretisierung der datenschutzrechtlichen Einwilligung mit ihren einzelnen Voraussetzungen an, bevor auf die Ausnahmen eingegangen wird, in denen die Einwilligung nicht die Datenverarbeitung legitimieren kann. Abschließend werden noch die Auswirkungen der Neukonzeption auf die zuvor behandelten Problemfelder dargestellt.

## 7.2 Ausnahmen von der datenschutzrechtlichen Einwilligung

Bei den Ausnahmen muss grundsätzlich zwischen dem privat- und dem öffentlich-rechtlichen Bereich unterschieden werden.

### 7.2.1 Ausnahmen für den Bereich des Privatrechts

Im privatrechtlichen Bereich besteht an sich wenig Notwendigkeit, eine Verarbeitung genetischer Daten auch ohne die Einwilligung des Betroffenen zuzulassen. Insoweit ist die datenschutzrechtliche Einwilligung das originäre Instrument der im Privatrecht herrschenden Privatautonomie.

Eine Verarbeitung genetischer Daten ohne Einwilligung und damit im Zweifel auch gegen den Willen des Betroffenen kann keinesfalls durch

ein so genanntes „berechtigtes Interesse“ der Daten verarbeitenden Stelle gerechtfertigt werden.<sup>786</sup> Eine dahingehende Ausnahme, die Datenverarbeitung zu erlauben, sofern dies dem Schutz oder zur Verfolgung eigener Rechte oder Rechte Dritter notwendig ist, wird den Besonderheiten des genetischen Datums nicht gerecht und ist folglich abzulehnen.<sup>787</sup>

Ausnahmen sollten vielmehr nur erlaubt sein, wenn es erforderlich ist, um Gefahr für Leben, Gesundheit oder sonstige bedeutende Rechtsgüter der betroffenen Person oder Dritter zu beseitigen, und – insoweit einschränkend – die betroffene Person ihre Zustimmung nicht geben kann, oder wenn die Datenverarbeitung erforderlich ist, um Verpflichtungen zu erfüllen, die durch eine gesetzliche Regelung der verantwortlichen Stelle auferlegt wurden. In diesem letzten Fall ist davon auszugehen, dass der Bundesgesetzgeber die Besonderheiten des genetischen Datums in seiner Abwägung bereits umfassend gewürdigt und entsprechend berücksichtigt hat.

### **7.2.2 Ausnahmen für den Bereich des öffentlichen Rechts**

Im öffentlich-rechtlichen Bereich kann die Verarbeitung genetischer Daten auch ohne die Einwilligung des Betroffenen nur zulässig sein, wenn sie zur Erfüllung einer gesetzlich zugewiesenen und in der Zuständigkeit der öffentlichen Stelle liegenden bestimmten Aufgabe erforderlich ist. Insoweit ist auch hier eine vorangegangene, umfassende Abwägung des Bundesgesetzgebers hinsichtlich aller Interessen anzunehmen. Eine solche gesetzliche Zuweisung kann, da sie im Zweifel auch gegen den Willen der betroffenen Person erfolgt und damit mutmaßlich deren Interessen stark beeinträchtigen könnte, nur unter der Voraussetzung bestehen, dass diese bereichsspezifisch die Zwecke

---

<sup>786</sup> Ebenso, wenn auch auf die Datenverarbeitung im Allgemeinen bezogen: Roßnagel/ders., Kapitel 1 Rn. 36.

<sup>787</sup> Wiederum wird deutlich, dass eine Zuordnung des genetischen Datums in die bisherigen Kategorien der besonderen Arten personenbezogener Daten nicht ihre gesteigerte Sensitivität berücksichtigt.

und Formen der Datenverarbeitung risikoadäquat<sup>788</sup> regelt. Im oben aufgezeigten Beispiel der DNA-Analyse im Rahmen der Strafprozessordnung sind daher der Verarbeitungszweck, die Verarbeitungsform und vor allem auch die Grenzen der erlaubten Untersuchungen klar zu definieren.

### 7.3 Voraussetzungen der datenschutzrechtlichen Einwilligung

Aufgabe des modernen Datenschutzrechts muss es sein, nicht die formale Autonomie des Einzelnen zu schützen, sondern seine Selbstverwirklichungschance. Dem Einzelnen ist daher ein gewisses Maß an gesetzlichem Schutz zu bieten. Eine Bevormundung des Bürgers ist dabei unbedingt zu vermeiden. Die gesetzliche Umhegung der Selbstbestimmung muss sich auf deren Schutz und Förderung beschränken. Sofern aber der betroffene Bewerber umfassend über die beabsichtigte Datenerhebung informiert ist und völlig freiwillig in sie einwilligt, muss die Einwilligung grundsätzlich die Datenerhebung rechtfertigen können. Daher sollte die Wirksamkeit der datenschutzrechtlichen Einwilligung zukünftig von der Erfüllung der folgenden vier Voraussetzungen abhängig sein, die im Streitfall durch die verantwortliche Stelle nachzuweisen sind.<sup>789</sup>

#### 7.3.1 Unterrichtung

Grundsätzlich sind zwei Einwilligungssituationen zu unterscheiden: Zum einen kann der Betroffene, sofern ihm seine genetische Konstitution bekannt ist, in die Verwendung dieser Daten einwilligen. Wenn allerdings seine genetischen Veranlagungen noch unbekannt sind, umfasst die Bereitschaft, in die Verwendung der genetischen Daten einzustimmen, auch die Durchführung einer genetischen Untersuchung.

---

<sup>788</sup> Roßnagel/*ders.*, Kapitel 1 Rn. 37.

<sup>789</sup> Zur Beweislast siehe zum Beispiel: Däubler/Klebe/Wedde, § 4 Rn. 14.

### 7.3.1.1 Bloße Einwilligung in die Datenverwendung

Die Einwilligung kann nur dann auf der „freien Entscheidung“ des betroffenen Bewerbers „beruhen“, wenn dieser weiß, worin er einwilligt.<sup>790</sup> Die datenschutzrechtliche Einwilligung kann die beabsichtigte Erhebung der besonderen Arten personenbezogener Daten nur dann legitimieren, wenn die betroffene Person rechtzeitig und umfassend über sie informiert worden ist. Gleiches muss erst recht für genetische Daten gelten. Die Unterrichtung der betroffenen Person muss genau so weit reichen wie der Anwendungsbereich der Einwilligung.<sup>791</sup> Die Einwilligung sollte allein in dem Umfang wirksam sein, in dem der Betroffene zuvor über die für ihn bedeutsamen Umstände der Datenerhebung unterrichtet worden ist.

Sie muss sich beispielsweise je nach Bedeutung für den Betroffenen erstrecken auf Umfang, Form und Zweck der Datenerhebung und Verarbeitung, mögliche Verknüpfungen mit anderen Datenbeständen und potenzielle Empfänger der Daten, insbesondere wenn diese in einem Staat außerhalb der Europäischen Union sitzen, die Freiwilligkeit der Einwilligung, die Möglichkeit einer Verweigerung und deren Folgen, die Entkopplung von Einwilligung und Vertragsschluss sowie die Widerruflichkeit der Einwilligung. Dazu dürfte sich regelmäßig eine protokolierte Unterrichtung besser eignen als ein bloßes Formblatt.

Die Unterrichtung muss schriftlich erfolgen;<sup>792</sup> ihre Erfüllung kann zum einen in der Regel nur so nachgewiesen werden, zum anderen erhöht – vergleichbar mit einigen zivilrechtlichen Verträgen – die Schriftform den Schutz des Betroffenen vor voreiligen, gegebenenfalls nicht überlegten Einwilligungen.

---

<sup>790</sup> *Gola/Schomerus*, § 4 Rn. 5.5; *Fischer/Uthoff*, MedR 1996, 116; *Wohlgemuth*, BB 1996, 693.

<sup>791</sup> Legislativer Ausdruck der informierten Einwilligung ist im geltenden Recht die Hinweispflicht in § 4 Absatz 2 Satz 1 BDSG.

<sup>792</sup> Anders zum Beispiel: *Dörr*, RDV 1992, 167.

### **7.3.1.2 Verpflichtung auch zur genetischen Untersuchung durch Einwilligung**

Eine besondere Schwierigkeit ergibt sich, wenn die genetischen Daten des Betroffenen noch nicht vorliegen, er also nicht „nur“ in die Verarbeitung dieser Daten einwilligt, sondern zunächst die Untersuchung seiner genetischen Konstitution veranlasst werden muss:

Abzulehnen ist in jedem Fall die Möglichkeit, dass die betroffene Person Probenmaterial direkt bei der verantwortlichen Stelle – also beispielsweise dem Versicherer – abgibt. Was bei der Probenentnahme im Rahmen einer strafprozessualen DNA-Analyse wegen der Begrenzung der Untersuchung auf ein Identifizierungsmuster unproblematisch und damit als Ausnahme zu akzeptieren ist, würde bei einem privaten Personenversicherungsverhältnis dazu führen, dass die betroffene Person ohne vorherige ärztliche Aufklärung und entsprechende Beratung seine genetische Konstitution preisgibt und – sofern sie nicht die Kenntnisnahme verweigert – auch selbst Auskunft über seine womöglich schwierige genetische Veranlagung erhält.

Schwierig gestaltet sich auch der Aspekt, dass der Betroffene sich im Beispiel gegenüber dem Versicherer ohne vorherige genetische Beratung verpflichtet, sich genetisch untersuchen zu lassen. In diesem Fall weiß die betroffene Person zum Zeitpunkt der Einwilligung in der Unkenntnis der eigenen genetischen Konstitution noch gar nicht, welche tatsächlichen und nicht nur theoretisch konkretisierten Daten auf der Grundlage seiner Einwilligung verarbeitet werden. Die durchgeführte umfassende Unterrichtung des Betroffenen sollte zudem dokumentiert werden; denn nur so kann sie als wesentlicher Bestandteil einer wirksamen datenschutzrechtlichen Einwilligung nachgewiesen und die Einwilligung nicht aufgrund einer fehlenden oder unvollständigen Information angefochten werden.

Aus der besonderen Aussagekraft genetischer Daten, die mit der voranschreitenden Entwicklung noch zunehmen wird, ergibt sich das Erfordernis, im Rahmen der datenschutzrechtlichen Einwilligung nicht

nur über die Datenverarbeitung selbst zu informieren, sondern – sofern die Daten wie oben ausgeführt nicht ohnehin vorliegen – die betroffene Person gerade auch über die möglichen Folgen einer genetischen Untersuchung aufzuklären, wozu es generell eines entsprechend ausgebildeten Arztes bedarf. Ausnahmslos muss einer erfolgten genetischen Untersuchung auch eine genetische Beratung folgen, um gegebenenfalls bekannt gewordenen genetischen Dispositionen für den Betroffenen verständlich einordnen zu können.<sup>793</sup>

### **7.3.1.3 Aufklärung durch Dritte**

Angesichts der besonderen Sensitivität genetischer Daten stellt sich die Frage, ob neben der Pflicht der verantwortlichen Stelle zur Aufklärung und Information des Betroffenen nicht auch noch eine weitere, unabhängige Stelle diese Aufgabe übernehmen sollte, die Wirksamkeit einer datenschutzrechtlichen Einwilligung in die Erhebung und Verarbeitung genetischer Daten mithin von einer weiteren die Freiwilligkeit sichernden Voraussetzung abhänge. In Betracht kommen dabei selbstverständlich Ärzte, ebenso aber auch die Datenschutzbeauftragten, möglicherweise – insbesondere mit Blick auf private Personenversicherungsverhältnisse – die Verbraucherschutzzentralen und grundsätzlich auch Rechtsanwälte. Zweifellos sind die jeweiligen Kompetenzen dabei recht unterschiedlicher Natur.

#### **7.3.1.3.1 Aufklärung durch einen Arzt**

Die zunächst nahe liegende Lösung ist sicherlich, dass sich die betroffene Person von einem Arzt ihres Vertrauens über die Konsequenzen einer genetischen Untersuchung aufklären lässt; denn nur wenn der Betroffene weiß, nach welchen genetischen Konstitutionen – dies werden in aller Regel Krankheitsanlagen sein – gesucht wird, kann er von seinem Recht auf Wissen oder eben gerade von seinem Recht auf Nichtwissen Gebrauch machen. Einschränkend muss allerdings erwo-

---

<sup>793</sup> Zu der Notwendigkeit einer individuellen genetischen Beratung: Murken/Cleve, Seite 157.

gen werden, ob tatsächlich jeder Arzt geeignet ist, einer derartigen Aufklärungsverpflichtung nachzukommen oder ob an einen beratenden Arzt weitere Anforderungen, also insbesondere aktuelle Kenntnisse über Untersuchungsmethoden und deren Aussagefähigkeit zu stellen sind. Die möglichen Konsequenzen, die sich aus einer genetischen Untersuchung ergeben können, sprechen dafür, die Aufklärung des Betroffenen durch nachgewiesen geschulte Ärzte durchzuführen.<sup>794</sup> So wird in der Humangenetik selbst davon ausgegangen, dass eine mindestens zweijährige Tätigkeit auf diesem Gebiet und die entsprechende Qualifikation „Facharzt für Humangenetik und Zusatzbezeichnung Medizinische Genetik“ Voraussetzung für eine professionelle humangenetische Beratung ist.<sup>795</sup> Der betroffenen Person steht es daneben noch frei, sich von einem Arzt ihres Vertrauens zusätzlich beraten oder informieren zu lassen.

### 7.3.1.3.2 Aufklärung durch Datenschutzbeauftragte

Grundsätzlich könnten auch die Datenschutzbeauftragten<sup>796</sup> diese Aufgabe übernehmen. Dabei ist der Datenschutzbeauftragte für die öffentlichen Stellen zuständig, die Datenschutzaufsichtsbehörden für den privaten Bereich.<sup>797</sup> Die Datenschutzaufsichtsbehörden haben bisher die Aufgaben einer Registrierstelle für bestimmte meldepflichtige Verarbeitungen, Beschwerdestelle, Kontrollstelle, Sanktionsstelle, nehmen aber auch die Funktion einer Beratungsstelle wahr.<sup>798</sup> Allerdings ist dabei zu berücksichtigen, dass diese Behörden bislang nicht über entsprechend ausgebildetes medizinisches Personal verfügen.

---

<sup>794</sup> Entsprechend geschulte und verpflichtete Ärzte könnten in regionalen Listen geführt werden. Die Wahl eines dieser Ärzte sollte dem Betroffenen obliegen. Eine entsprechende Zuweisung durch die verantwortliche Stelle ist abzulehnen, da sie zumindest die Gefahr beinhaltet, dass der Arzt nicht unabhängig berät. Ein Vergleich zu den Amtsärzten bietet sich insoweit an.

<sup>795</sup> Murken/Grimm/Holinski-Feder/*Murken*, Seite 385.

<sup>796</sup> Zu unterscheiden ist dabei grundsätzlich der Bundesbeauftragte von den Landesbeauftragten für den Datenschutz. Die Unterscheidung hat hier allerdings keine nähere Relevanz.

<sup>797</sup> Siehe nur: Roßnagel/*ders.*, Kapitel 1 Rn. 78 f.

<sup>798</sup> Vergleiche nur: Roßnagel/*ders.*, Kapitel 1 Rn. 81.

Gleichwohl kann dies allein nicht ausschlaggebend sein. Bei anderen wissenschaftlichen Fortschritten – als Beispiele seien hier nur das Internet und die Telekommunikation genannt – verfügten die Datenschutzbehörden anfangs auch nicht über entsprechende technische Kompetenzen. Insoweit kann hier auch von einer Konkretisierung der staatlichen Schutzwicht aus Artikel 2 Absatz 1 in Verbindung mit Artikel 1 Absatz 1 GG gesprochen werden, die eine entsprechende personelle Ausstattung der Behörde geböte.

### **7.3.1.3.3 Aufklärung durch Verbraucherschutzzentralen oder Rechtsanwälte**

Der Aufklärung durch die Verbraucherschutzzentralen kann allerdings nur eine ergänzende Funktion zukommen; denn der Verbraucherschutz ist in Deutschland grundsätzlich privatrechtlich organisiert und damit weitgehend autonom. Gleichwohl könnte die Verbraucherschutzzentralen wie bislang in anderen Bereichen auch eine nicht unerhebliche Kontrollfunktion wahrnehmen. Durch diese Kontrolle und durch die zusätzliche Informationsmöglichkeit ließe sich das Schutzniveau für die Betroffenen auch außerhalb gesetzgeberischer Maßnahmen erhöhen. Einschränkend ist dabei zu berücksichtigen, dass Verbraucherschutz nur da stattfindet, wo er auch von den Betroffenen zur Kenntnis genommen wird. Gleichwohl ließe sich grundsätzlich – auch durch die Anstellung entsprechend qualifizierter Ärzte – das Aufklärungserfordernis so gewährleisten.

Gleiches gilt auch für die Übernahme der Aufklärung durch Rechtsanwälte, die zudem in nachvollziehbarer Form dafür geschult sein müssten. Jedenfalls im Bereich der DNA-Massentests stellt die Beratung durch einen Rechtsanwalt, weil es hier weniger um die „genetischen“ als um die strafprozessualen Folgen geht, eine Möglichkeit dar, die umfassende und individuelle Aufklärung sicherzustellen.

### 7.3.1.3.4 Bewertung der Aufklärung durch Dritte

Grundsätzlich ließe sich durch eine Verpflichtung, jedenfalls eine ergänzende Aufklärung durch Dritte vornehmen lassen zu müssen, das Schutzniveau deutlich erhöhen. Sofern man die Erhebung genetischer Daten nicht zum alltäglichen Regelfall macht, sondern ihr eine gewisse Sonderstellung bewahrt, erscheint eine externe, qualifizierte und unabhängige Beratung gerade in Anbetracht der möglicherweise erheblichen Folgen einer genetischen Untersuchung und trotz der damit verbundenen Kosten, die jedenfalls mittelbar den Betroffenen treffen dürften, vertretbar.

## 7.3.2 Freiwilligkeit

Nach § 4a Absatz 1 BDSG muss die Einwilligung der betroffenen Person auf ihrer freien Entscheidung beruhen. Diese muss auch nach geltendem Recht ohne jeden Zweifel vorliegen. Die Freiwilligkeit ist immer dann zu verneinen, wenn aufgrund faktischen Zwangs die Entscheidungsmöglichkeiten wesentlich eingeschränkt sind<sup>799</sup> oder wenn ein unwiderstehlicher Anreiz zur Einwilligung gesetzt wird.<sup>800</sup>

Wie bereits bei der Betrachtung der privaten Personenversicherungsverhältnisse, aber auch gerade der Situation bei einem DNA-Massentest deutlich geworden ist, setzt die Freiwilligkeit der Einwilligung der betroffenen Person nicht voraus, dass diese die Entscheidung frei von jeglichem Zwang fällt. Lediglich ein faktischer Zwang genügt, um die Freiwilligkeit entfallen zu lassen.

Letztlich muss es dem Betroffenen überlassen sein, aber auch zugemutet werden können, eine Entscheidung zu treffen, die nicht nur Vorteile für ihn bringt beziehungsweise bringen kann. So sensitiv das genetische Datum auch sein mag, darf es gleichwohl nicht dazu missbraucht

---

<sup>799</sup> Schmidt, JZ 1974, 246; Rothe, DuD 1996, 594; Wohlgemuth, BB 1996, 693, der dies bei einem Bewerbungsgespräch ausschließt.

<sup>800</sup> Vergleiche beispielsweise: LG Stuttgart, DuD 1999, 295, welches die Freiwilligkeit einer Einwilligung bei Auslobung von hohen Preisen für das Ausfüllen eines Fragebogens verneint.

werden, den Bürger in seiner Entscheidungsfreiheit einzuschränken und in Fragen seiner genetischen Konstitution zu entmündigen.

Eine zukünftige datenschutzrechtliche Einwilligung ist daher immer dann als freiwillig erteilt anzusehen, wenn kein erheblicher faktischer Zwang zu der Abgabe geführt hat. Das Kriterium der Erheblichkeit ist dabei zwangsläufig auslegungsbedürftig und einzelfallbezogen, weil die Freiwilligkeit am subjektiven Empfinden des Betroffenen anknüpft. Man wird sich dabei aber unter anderem von dem Gedanken leiten lassen müssen, ab wann der auf den Betroffenen wirkende Zwang ein solches Ausmaß annimmt, dass für ihn die Situation schlichtweg unerträglich und unzumutbar ist, und er daher bereit ist, seine Daten zu offenbaren.

Im Beispiel der privaten Personenversicherungsverhältnisse ist ein solcher Zwang jedenfalls dann anzunehmen, wenn von einem „Erkaufen“ der Einwilligung gesprochen werden kann und wenn der Betroffene in nicht unerheblicher Weise auf den Versicherungsschutz angewiesen ist. Bei der Beurteilung ist aber insbesondere auch zu berücksichtigen, ob der Versicherer ihm – ggf. auch mit noch angemessenen und daher zumutbaren Risikozuschlägen oder Kosten verbundene – Möglichkeiten bietet, seine Einwilligung überhaupt nicht oder zumindest nicht umfassend wie bei einer generellen Schweigepflichtentbindung, sondern Einzelfall bezogen zu erteilen.

Für den Bereich der Strafverfolgung ist ein erheblicher Zwang jedenfalls dann anzunehmen, wenn sich der Betroffene nur durch die Einwilligung in einen DNA-Test dem ggf. von den Ermittlungsbehörden noch besonders geschürten Verfolgungsdruck seines Umfeldes entziehen kann. Dabei wird der von dem Betroffenen empfundene Zwang je nach verfolgter Straftat variieren, weil die Stigmatisierung als möglicher „Kinderschänder“ ungleich schwerer und unerträglicher ausfällt als bei „gewöhnlicheren“ Straftaten. Um einen solchen öffentlichen Druck zu verhindern, muss die Weigerung generell geheim bleiben. Also auch dann, wenn der Betroffene beispielsweise die zentrale An-

nahmestelle in einer Turnhalle aufsucht, muss es ihm möglich sein, diese auch „als Verweigerer unerkannt“ wieder zu verlassen.

### 7.3.3 Kopplungsverbot

Unmittelbar daraus ergibt sich die Notwendigkeit, den angestrebten Vertragschluss grundsätzlich nicht von einer Einwilligung in eine genetische Untersuchung oder die Offenbarung von vorhandenen genetischen Daten abhängig zu machen. Ein Kopplungsverbot wie es zum Beispiel aus dem Telekommunikationsrecht bekannt ist,<sup>801</sup> muss bestehen, um die Freiwilligkeit der Einwilligung zu garantieren.<sup>802</sup> Die für den Vertragsabschluss originär erforderliche Datenerhebung wird bereits durch das Bundesdatenschutzgesetz beziehungsweise durch bereichsspezifische Regelungen ermöglicht. Was darüber hinausgeht, muss unabdingbar freiwillig sein. Die Einwilligung zur gesetzlich oder gegebenenfalls durch die Rechtssprechung nicht legitimierten Datenerhebung darf grundsätzlich nicht mit der Drohung der Verweigerung des Vertragsabschlusses erzwungen werden.

### 7.3.4 Ausdrückliche und formgerechte Erklärung

Die datenschutzrechtliche Einwilligung ist vor der Datenerhebung ausdrücklich und präzise sowie in der Form des § 126 BGB zu erteilen. Sie muss sich auch ausdrücklich auf die besonders schützenswerten Daten beziehen. Hinsichtlich der Schriftform gilt das bereits oben zur Unterrichtung des Betroffenen Ausgeführte. Insoweit ergeben sich keine Neuerungen zur bisherigen Form der Einwilligung nach § 4a BDSG.

## 7.4 Formulareinwilligung

Bei Massenverfahren wird die juristische Praxis im privaten wie öffentlichen Bereich nicht umhin kommen, auch die Formulareinwilli-

---

<sup>801</sup> Vergleiche dazu: § 89 Absatz 10 TKG und § 3 Absatz 2 Satz 2 TDSV.

<sup>802</sup> Siehe zur Forderung eines Kopplungsverbotes auch: *Roßnagel/Pfitzmann/Garstka*, Seite 92 f.; *Simitis*, DuD 2000, 722.

gung zu akzeptieren.<sup>803</sup> In diesen Einwilligungsformularen muss die verantwortliche Stelle mit Modellklauseln arbeiten, da eine individuelle Aushandlung von Einwilligungserklärungen in diesem Fällen schlicht nicht praktikabel ist. Insoweit gelten die entwickelten Grundsätze weiter.

Dabei sind die Anforderungen an die Bestimmtheit des Hinweises und der Einwilligungserklärung identisch. Erfolgt die Einwilligung auf einem Formular, ist dieses so zu gestalten, dass es keine versteckten oder überraschenden Klauseln enthält und dass es sich am Leitbild des Bundesdatenschutzgesetzes orientiert. Insbesondere dürfen die formularmäßigen Erklärungen, die sich auf alle Phasen der Datenverarbeitung beziehen können, nicht unausgewogen sein, nicht von der Einhaltung bestimmter Schweigepflichten oder Berufsgeheimnisse befreien, keine zu weitgehenden, zweckfremde, gar ausforschende Eingriffe in die informationelle Selbstbestimmung ermöglichen und nicht von gesetzlichen Beschränkungen oder Interessenabwägungen befreien. Ansonsten werden sie ohnehin von der Rechtsprechung für unwirksam erklärt,<sup>804</sup> da sich insoweit nichts an den bisher an eine Formulaeinwilligung zu stellenden Erfordernissen ändert.

Insbesondere muss aber auch im Rahmen von Formulareinwilligungen, auf deren individuelle Ausgestaltung der Einzelne keinen Einfluss hat, eine ausreichende Aufklärung des Betroffenen und die Freiwilligkeit seiner Entscheidung sichergestellt werden; denn regelmäßig wird derjenige, der die Formulare vorlegt, sich wegen seiner Marktmacht in einer Vormachtstellung befinden.

Einer umfassenden Aufklärung des Betroffenen hinsichtlich der Folgen seiner Einwilligung und die Möglichkeiten, diese zu verweigern oder nur in Teilen zu erklären, kommt daher eine besondere Bedeutung zu. Die Verwendung von Formulareinwilligungen darf wegen

---

<sup>803</sup> Vergleiche dazu auch: *Rofsnagel/Pfitzmann/Garstka*, Seite 96 f.

<sup>804</sup> Siehe beispielsweise: BGHZ 95, 362 (367 f.); OLG Düsseldorf, VuR 1995, 353 (353); OLG Frankfurt, DuD 1999, 232 (232 f.); LG Halle, CR 1998, 86 (86); *Kothe*, AcP 85 (1985), 134 f.

der Individualität des Aufklärungserfordernisses nicht zu einer bloßen formularmäßigen Aufklärung berechtigen.

## 7.5 Grenzen der datenschutzrechtlichen Einwilligung

Zwar ist die datenschutzrechtliche Einwilligung ein Ausdruck der informationellen Selbstbestimmung, doch darf diese nicht auf die individuelle Verfügungsmacht des Einzelnen beschränkt werden, wengleich diese ein außerordentlich schützenswerter Aspekt ist. Zusätzlich ist die Doppelfunktion des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung zu beachten.

Daher sind bei einer Zustimmung auch die Auswirkungen einzelner Akte der Selbstbestimmung auf die gesamt Kommunikationsverfassung der Gesellschaft zu berücksichtigen, die auf die Kommunikations- und Partizipationsfähigkeit des Einzelnen gegründet ist.<sup>805</sup> Hinsichtlich eines Trends, die informationelle Selbstbestimmung auf die Möglichkeit der wirtschaftlichen Verwertung der eigenen Daten zu reduzieren, ist an die Feststellung des Bundesverfassungsgerichts zu erinnern, dass das allgemeine Persönlichkeitsrecht nicht im Interesse der Kommerzialisierung der eigenen Person gewährleistet wird.<sup>806</sup>

Wird diese Erkenntnis auf das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung übertragen, schließt dies die wirtschaftliche Verwendung personenbezogener Daten nicht aus, verhindert aber deren grenzenlose Kommerzialisierung und fordert Grenzen der Einwilligungsfähigkeit im Allgemeininteresse. Ein Ausschluss der Einwilligungsmöglichkeit sollte allerdings auf gravierende Gefährdungen der Selbstbestimmung beschränkt bleiben. Eine solche Gefährdung hat der Bundesgesetzgeber nun im Rahmen des Gendiagnostikgesetzes bei der Erhebung und Verwendung genetischer Daten für Versicherungsver-

---

<sup>805</sup> Simitis, DuD 2000, 721 (721): „Je stärker ein systematischer, formal durch das Einverständnis der betroffenen Person durchaus abgedeckter Verkauf der eigenen Daten die informationelle Selbstbestimmung unterläuft, damit aber auch die Kommunikations- und Partizipationsfähigkeit der betroffenen Personen mehr und mehr zur Fiktion erstarren lässt, desto nachhaltiger wird die Schutzwilheit des Staates aktiviert.“

<sup>806</sup> BVerfGE 101, 361 (385).

hältnisse gesehen. Diese Ansicht kann hier indes nicht geteilt werden, weil ein angemessener Schutz der Selbstbestimmung auch anders gewährleistet werden kann.

Die Grenzen der Datenerhebung und ihre Verwendung aufgrund einer datenschutzrechtlichen Einwilligung liegen nämlich erst und nur dort, wo trotz der hier konzipierten Anforderungen an eine freiwillige Entscheidung der betroffenen Person die tatsächliche Freiwilligkeit nicht angenommen werden kann und damit die Voraussetzungen einer wirksamen Erklärung nicht mehr gegeben sind.

## **7.6 Auswirkungen der Neukonzeption auf die genannten Problemberiche**

Im Folgenden soll abschließend kurz dargestellt werden, welche Auswirkungen die eben skizzierte Neukonzeption der datenschutzrechtlichen Einwilligung auf die behandelten Problemfelder aus dem Bereich des Privat- und des öffentlichen Rechts hat.

### **7.6.1 Private Personenversicherungsverhältnisse**

Für den Bereich der privaten Versicherungsverhältnisse hat die Neukonzeption der datenschutzrechtlichen Einwilligung zur Folge, dass der Versicherer den potenziellen Versicherungsnehmer darüber aufzuklären hat, welche Folgen eine Verweigerung der datenschutzrechtlichen Einwilligung beispielsweise hinsichtlich der Höhe der Prämie oder des Ausschlusses statistisch besonders häufiger Erbkrankheiten aus dem Versicherungsschutz hat. Insoweit muss er seine Kalkulation dem Kunden gegenüber offen legen. Unter Berücksichtigung des Kopplungsverbots erscheint eine gänzliche Ablehnung bei Verweigerung der Preisgabe unzulässig, was gleichfalls für eine derartige Prämiendifferenzierung gelten muss, die einer Ablehnung faktisch gleichkommt. Eine angemessene Unterscheidung muss aber zum Zweck der wirtschaftlichen Risikokalkulation möglich sein. Welcher Rahmen letztlich für angemessen gehalten werden kann, ist durch die Aufsichtsbehörde für Versicherungen festzustellen.

Darüber hinaus erscheint es wegen des Informationsvorsprungs des Versicherers erforderlich, dass er den Versicherungsnehmer auch über andere Formen der Vorsorge, für die eine Verwendung seiner genetischen Informationen nicht nötig ist, umfänglich informieren, an einen unabhängigen Versicherungsberater oder zumindest die Verbraucherschutzzentrale verweisen muss.

Voraussetzung muss zudem sein, die Einwilligung von einer externen Beratung abhängig zu machen, die hinsichtlich der genetischen Untersuchungsrisiken von einem geschulten Arzt übernommen werden sollte – gleich ob dieser niedergelassen tätig oder auch bei einer Verbraucherschutzzentrale angestellt ist. Nur auf der Grundlage einer umfassenden Aufklärung und Information besteht überhaupt die Möglichkeit, dass der betroffene potenzielle Versicherungsnehmer wirksam in die Datenerhebung und Verarbeitung einwilligt.

Die Information oder Verweisung des Versicherungsnehmers ist im Übrigen als Tribut an die ungleich stärkere Stellung des Versicherers zu verstehen; denn an sich spricht rechtlich nichts gegen eine Verwendung der datenschutzrechtlichen Einwilligung bei privaten Personenversicherungsverhältnissen, sofern es keine gesetzliche Pflicht auf Abschluss einer Versicherung gibt und soweit es zum Zweck der Da- seinsvorsorge nicht erforderlich ist.

### **7.6.2 Strafverfolgung und Strafrechtspflege**

Auch für den Bereich der DNA-Analyse in der Strafverfolgung kann die Einwilligung nur dann rechtfertigende Wirkung entfalten, wenn die Strafverfolgungsbehörden den Betroffenen umfassend über die tatsächlichen Folgen einer Verweigerung der Einwilligung aufklären. Unzulässig ist hingegen die jedenfalls gelegentlich geübte Praxis, das Informationsdefizit auf Seiten des Betroffenen auszunutzen, um ihn zur Einwilligung in die Datenverwendung zu „überreden“ und so eine vermeintlich freiwillige Erklärung zu erhalten.

Der Betroffene muss sich darüber im Klaren sein, dass die Verweigerung der Einwilligung an sich keinerlei strafprozessuale Folgen nach sich zieht. Um dieser umfassenden Aufklärungspflicht und dem individuellen Informationsbedürfnis nachzukommen, sollten – gesondert geschulte – Rechtsanwälte als unabhängige Stelle diese Aufgabe wahrnehmen.

Nach einer so erfolgten individuellen Beratung muss es jedem Betroffenen möglich sein, die Abgabe seiner Blut- oder Speichelprobe für sein Umfeld unbemerkt verweigern zu können, damit seine Entscheidung tatsächlich freiwillig bleibt. Hier ist also an eine Art „Beichtstuhl- oder Wahlkabinen-Lösung“ zu denken, bei der die verantwortlichen Stellen – also Pfarrer oder Wahlhelfer – auch das Erscheinen registrieren, gleichwohl ein Abgang „unverrichteter Dinge“ dem Betroffenen möglich bleibt, ohne dass andere dies mitbekommen.

Auch wenn es zunächst so aussieht, dass damit die Effektivität der Strafverfolgung in Deutschland gefährdet wird, ist es nicht nur im Sinne der ausgeprägten rechtstaatlichen Tradition der Bundesrepublik notwendig, sondern auch wegen der eben auch innerhalb der Strafprozessordnung geltenden datenschutzrechtlichen Voraussetzungen einer Einwilligung, dass der betroffene Bürger darüber aufgeklärt wird, unter welchen zusätzlichen Voraussetzungen die Verweigerung der Einwilligung in die DNA-Analyse zum Verdachtsmoment wird und unter welchen Voraussetzungen er mit Mitteln des Strafprozessrechts auch zur Dul dung einer DNA-Analyse gezwungen werden kann. Nur in Kenntnis dieser Mechanismen kann der Betroffene die Folgen seiner Verweigerung richtig abschätzen und so von seinem Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung Gebrauch machen.

Selbst wenn das beschriebene Vorgehen einen nicht unerheblichen Verwaltungs- und auch Kostenaufwand für die Strafverfolgungsbehörden bedeuten kann, ist dieser Preis als nicht zu hoch anzusehen, wenn die Aufklärung eines Verbrechens von nicht unerheblicher Bedeutung nicht anders gefördert werden kann.

Ein vermeintliches Mehr an Sicherheit durch eine vorgeblich effektivere, weil einfachere Strafverfolgung darf nicht dazu führen, dass der Bürger – wie bei anderen datenschutzrelevanten Maßnahmen wie der verdachtslosen und automatisiert erfolgenden Rasterfahndung zu- meist zu unrecht verdächtigt<sup>807</sup> – seine Freiheitsrechte partiell verliert.

---

<sup>807</sup> Zu den hohen Anforderungen einer zulässigen Rasterfahndung vergleiche: BVerfGE 115, 320 insbesondere Rn. 135 ff.

## 8 Ergebnis

Am Ende einer Umstrukturierung des Datenschutzrechts, das ganz allgemein nicht länger subsidiär sondern gleichsam vor die Klammer gezogen sein sollte<sup>808</sup> und in dessen Mittelpunkt stets die datenschutzrechtliche Einwilligung als Ermächtigungsgrundlage für die Erhebung genetischer Daten steht, sollte die Erhebung und Verarbeitung von genetischen Daten durch das Bundesdatenschutzgesetz jedenfalls immer dann verboten sein, wenn nicht eine bereichsspezifische Regelung des Gesetzgebers ihre Erhebung und Verarbeitung auf Grundlage einer datenschutzrechtlichen Einwilligung ausnahmsweise gestattet.<sup>809</sup> Wegen der Besonderheiten des genetischen Datums sollte dieses Vorgehen ausdrücklich auch für die Erhebung und Verarbeitung genetischer Daten im Bereich des Privatrechts gelten – anders als bei der momentanen Rechtslage und wie am Beispiel des Versicherungsvertragsgesetzes gezeigt wurde.

Die jeweiligen Anforderungen, die an eine solche Einwilligung dann zu stellen sind, können dabei bereichsspezifisch durchaus variieren. So muss beispielsweise eine datenschutzrechtliche Einwilligung im Rahmen des Versicherungsvertragsgesetzes vor einer Erhebung genetischer Daten eine externe Beratung durch einen Arzt – also gerade nicht durch einen Arzt aus „dem Lager des Versicherers“ vorsehen, während ein solches Erfordernis im Rahmen eines DNA-Massentests als unverhältnismäßig anzusehen ist, weil die „genetischen“ Folgen dieser Testart relativ gering sind, und deshalb spezialgesetzlich darauf verzichtet werden kann. Hier kommt der rechtlichen Aufklärung durch einen unabhängigen Rechtsanwalt eine ungleich größere Bedeutung zu. Ein solcher muss, jedenfalls wenn der Betroffene seine DNA-Probe zentral – beispielsweise in der dafür eingerichteten Schule als

---

<sup>808</sup> So: *Roßnagel/Pfitzmann/Garstka*, Seite 43.

<sup>809</sup> Für ein solches Regel-Ausnahme-Verhältnis allgemein: *Roßnagel/Pfitzmann/Garstka*, Seite 43.

zentrale Annahmestelle – abgibt, als externer Berater auf Kosten der verantwortlichen Stelle zur Verfügung stehen.

Mit einer so konkretisierten und in den Kontext eingeordneten datenschutzrechtlichen Einwilligung könnte das Datenschutzrecht den Gefahren, die zweifelsfrei mit der Erhebung und Verwendung von genetischen Daten verbunden sind, begegnen. Die datenschutzrechtliche Einwilligung zeichnete sich durch eine besondere Flexibilität aus, welche die Möglichkeit der Verarbeitung von genetischen Daten da, wo sie durch spezialgesetzliche Regelungen wie in der Strafprozessordnung zulässig ist, nicht generell ausschließt, zugleich aber die Gefahr von faktischen Zwangslagen für den Betroffenen verhindert.

## Literatur

Ahlf, Ernst-Heinrich/Daub, Ingo E./Lersch, Roland/Störzer, Hans Udo, Bundeskriminalamtsgesetz – BKAG, Kommentar, Stuttgart [u.a.] 2000.

Alexander, William H./Fischer, Ernst Peter, Die neue Genetik und mögliche Auswirkungen auf die Risikoprüfung in der Lebensversicherung, in: VersWirtsch 1991, Seite 494.

Amelung, Knut, Die Einwilligung in die Beeinträchtigung eines Grundrechtsgutes, Berlin 1981 (zitiert: Amelung, Einwilligung, Seite).

Amelung, Knut, Zulässigkeit und Freiwilligkeit der Einwilligung bei strafprozessualen Grundrechtsbeeinträchtigungen, in: Rüthers, Bernd/Stern, Klaus (Hrsg.), Freiheit und Verantwortung im Verfassungsstaat, München 1984, Seite 1 (zitiert: Amelung, Verfassungsstaat, Seite).

Amelung, Knut, Probleme der Einwilligung in strafprozessuale Grundrechtsbeeinträchtigungen, in: StV 1985, Seite 257.

Amelung, Knut, Über die Einwilligungsfähigkeit (Teil II), in: ZStW 104 (1992), Seite 821.

Auernhammer, Herbert, Bundesdatenschutzgesetz (1990), Kommentar, 3. Auflage, Köln [u.a.] 1993 (zitiert: Auernhammer, BDSG 90).

Bach, Peter/Moser, Hans/Wilmes, Jan, Private Krankenversicherung, 3. Auflage, München 2002.

Bamberger, Heinz Georg/Roth, Herbert (beide Hrsg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1 (§§ 1 bis 610), 2. Auflage, München 2007 (zitiert: Bamberger/Roth/Bearbeiter).

Bartram, Claus R., Humangenetische Diagnostik: wissenschaftliche Grundlagen und gesellschaftliche Konsequenzen, Berlin [u.a.] 2000.

Bausback, Winfried, Fesseln für die wehrhafte Demokratie?, in: NJW 2006, Seite 1922.

Beauftragte für den Datenschutz (Baden-Württemberg), 10. Tätigkeitsbericht des Landesbeauftragten für den Datenschutz 1989.

Beauftragter für den Datenschutz (Bremen), Gentechnologie, 11 Jahresbericht vom 31.3.1989, in: RDV 1989, Seite 271.

Beauftragter für den Datenschutz (Schleswig-Holstein), Tätigkeitsbericht 2005 des Unabhängigen Landeszentrums für Datenschutz Schleswig-Holstein/ 27. Tätigkeitsbericht des Landesbeauftragten für den Datenschutz vom 1.3.2005.

Becker, Peter, Dem Täter auf der Spur: eine Geschichte der Kriminalistik, Darmstadt 2005.

Benda, Ernst, Erprobung der Menschenwürde am Beispiel der Humangenetik, in: Das Parlament, Beilage 3, 1985, Seite 18.

Benda, Ernst, Humangenetik und Recht – eine Zwischenbilanz, in: NJW 1985, Seite 1730.

Bickel, Heribert, Möglichkeiten und Risiken der Gentechnik, in: VerwArch 87 (1996), Seite 169

Bieber, H., Datenschutz und ärztliche Schweigepflicht, Aachen 1995.

Bizer, Jochen, Forschungsfreiheit und Informationelle Selbstbestimmung, Baden-Baden 1992.

Blankenagel, Alexander, Gentechnologie und Menschenwürde, in: KJ 1987, Seite 379.

Böhm, Ingolf, Kolekulargenetische Analyseverfahren, in: DuD 1993, Seite 264.

Borchert, Günter, Zur Unwirksamkeit der Schweigepflichtentbindungserklärung in Versicherungsverträgen, in: NVersZ 2001, Seite 1.

Brandner, Hans Erich, Das allgemeine Persönlichkeitsrecht in der Entwicklung der Rechtsprechung, in: JZ 1983, Seite 689.

Breyer, Patrick, Kfz-Massenabgleich nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts, in: NVwZ 2008, Seite 824.

- Brinkmann, Bernd/Wiegand, Peter, DNA-Analysen, in: Kriminalistik 1993, Seite 191.
- Brown, Terry A., Genom und Gene: Lehrbuch der molekularen Genetik, 1. (deutsche) Auflage, Berlin 2007.
- Bundesminister für Forschung und Technologie (Hrsg.), Die Erforschung des menschlichen Genoms: ethische und soziale Aspekte – Erster Bericht des Arbeitskreises „Genforschung“, Frankfurt am Main [u.a.] 1991 (zitiert: Arbeitskreis „Genforschung“).
- Bündnis90/Die Grünen – Bundestagsfraktion (Hrsg.), Wunderwaffe oder Teufelszeug, Dokumentation der Anhörung vom 1. März 2004 in Berlin, zitierte Beiträge: „Aspekte der Rechtsmedizin – Über sichere und falsche Fährten“ (Seite 25 bis 27) von: Wolfgang Eisenmenger (zitiert: Die Grünen/Autor, Seite).
- Burr, Kai, Das DNA-Profil im Strafverfahren unter Berücksichtigung der Rechtsentwicklung in den USA, Bonn 1995.
- Busch, Ralf, Die Speicherung von DNA-Identifizierungsmustern in der DNA-Analyse-Datei, in: NJW 2002, Seite 1754.
- Busch, Ralf, Anmerkung zu LG Hamburg, Beschluss vom 17. November 1999, in: StV 2000, Seite 661.
- Buselmaier, Werner/Tariverdian, Gholamali, Humangenetik, 3. Auflage, Berlin u.a. 2004.
- Buyten, Rüdiger/Simon, Jürgen, Gendiagnostik beim Abschluss privater Kranken- und Lebensversicherungsverträge, in: VersR 2003, Seite 813.
- Canaris, Claus-Wilhelm, Grundrechtswirkungen und Verhältnismäßigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts, in: JuS 1989, Seite 161.
- Christians, Daniel, Die Novellierung des Bundesdatenschutzgesetzes – Statusbericht, in: RDV 2000, Sonderbeilage, Seite 1.

Cleve, Hartwig, Medizinische Aspekte der Genomanalyse, in: Ellermann, Rolf/ Opolka, Uwe (Hrsg.), Genomanalyse: ihre biochemischen, medizinischen, juristischen und politischen Aspekte, Frankfurt am Main [u.a.] 1991.

Cramer, Stephan, Genom- und Genanalyse: rechtliche Implikationen einer prädiktiven Medizin, Frankfurt am Main [u.a.] 1991.

Damm, Reinhard, Eckpunkte der Bundesregierung zu einem Gendiagnostikgesetz, in: MedR 2008, Seite 535.

Damm, Reinhard/König, Steffen, Rechtliche Regulierung prädiktiver Gesundheitsinformationen und genetischer „Exzptionalismus“, in: MedR 2008, Seite 62.

Dammann, Ulrich/Simitis, Spiros, EG-Datenschutzrichtlinie, Kommentar, 1. Auflage, Baden-Baden 1997.

Däubler, Wolfgang, Das neue Bundesdatenschutzgesetz und seine Auswirkungen im Arbeitsrecht, in: NZA 2001, Seite 874.

Däubler, Wolfgang, Arbeitsrecht 2, Das Arbeitsverhältnis: Rechte und Pflichten, Kündigungsschutz, 12. Auflage, Reinbek bei Hamburg 2009 (zitiert: Däubler, Arbeitsrecht, Seite).

Däubler, Wolfgang, Gläserne Belegschaften? Die Verwendung von Gendaten im Arbeitsverhältnis, in: RDV 2003, Seite 7.

Däubler, Wolfgang, Ein Gesetz für den Arbeitnehmerdatenschutz, in: RDV 1999, Seite 243.

Däubler, Wolfgang, Gläserne Belegschaften? Datenschutz für Arbeiter, Angestellte und Beamte, 3. Auflage, Köln 1993 (zitiert: Däubler, Gläserne Belegschaft, Seite).

Däubler, Wolfgang, Erhebung von Arbeitnehmerdaten, in: CR 1994, Seite 101.

Däubler, Wolfgang/Klebe, Thomas/Wedde, Peter/Weichert, Thilo, Bundesdatenschutzgesetz, Basiskommentar, 2. Auflage, Frankfurt am Main 2007 (zitiert: Däubler/Klebe/Wedde/Weichert/Bearbeiter).

- Denninger, Erhard, Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung und innere Sicherheit, in: KJ 1985, Seite 215.
- Deutsch, Erwin, Haftung für unerlaubte beziehungsweise fehlerhafte Genomanalyse, in: VersR 1991, Seite 1205.
- Deutsch, Erwin, Die Genomanalyse im Arbeits- und Sozialrecht – Ein Beitrag zum genetischen Datenschutz, in: NZA 1989, Seite 657.
- Deutsch, Erwin, Die Genomanalyse – Neue Rechtsprobleme, in: ZRP 1986, Seite 1.
- Deutsche Forschungsgemeinschaft, Prädiktive genetische Diagnostik, Wissenschaftliche Grundlagen, praktische Umsetzung und soziale Implementierung, Bonn 2003.
- Diekgräf, Robert, Genomanalyse im Arbeitsrecht, in: BB 1991, Seite 1854.
- Dix, Alexander, Der genetische Fingerabdruck vor Gericht – Wege aus der Wüste in die Oase – , in: DuD 1993, Seite 281.
- Domdey, Horst, Biochemische Aspekte der Genomanalyse, in: Ellermann, Rolf/ Opolka, Uwe (Hrsg.), Genomanalyse: ihre biochemischen, medizinischen, juristischen und politischen Aspekte, Frankfurt am Main [u.a.] 1991.
- Domdey, Horst, Genomanalyse – aktueller Wissensstand und Zukunftsperspektiven, in: VersMed 1991, Seite 98.
- Donner, Hartwig/Simon Jürgen, Genomanalyse und Verfassung, in: DÖV 1990, Seite 907.
- Dörr, Erwin, Die Folgen der Nichtbeachtung der Pflichten aus § 4 Absatz 2 BDSG, in: RDV 1992, Seite 167.
- Dörr, Erwin/Schmidt, Dietmar, Neues Bundesdatenschutzgesetz (1990): Handkommentar, die Arbeitshilfe für Wirtschaft und Verwaltung, 2. Auflage, Köln 1992 (zitiert: Dörr/Schmidt, BDSG 90).
- Dreier, Horst (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Band I (Präambel, Artikel 1-19), 2. Auflage, Tübingen 2004 (zitiert: Dreier/Bearbeiter).

Ehmann, Horst, Informationsschutz und Informationsverkehr im Zivilrecht, in: AcP 188 (1988), Seite 230.

Ehmann, Horst/Helfrich, Marcus, EG-Datenschutzrichtlinie, Köln 1999.

Enders, Christoph, Die Menschenwürde und ihr Schutz vor gentechnologischen Gefährdungen, in: EuGRZ 1986, Seite 241.

Endriß, Rainer/Kinzig, Jörg, Betäubungsmittel und DNA-Analyse, in: NStZ 2001, 299.

Enquete-Kommission des Deutschen Bundestages (Hrsg.), Chancen und Risiken der Gentechnologie: Dokumentation des Berichts an den Deutschen Bundestag, 2. Auflage, Frankfurt am Main 1990 (zitiert: Chancen und Risiken, Seite).

Erbs, Georg (Begr.)/Kohlhaas, Max (v. Hrsg.), Strafrechtliche Nebengesetze, Band 1 [BKAG u.a.], München, Stand der Bearbeitung: Juni 2008 (zitiert: Erbs/Kohlhaas/Bearbeiter).

Erman, Walter (Begr.)/Westermann, Harm Peter (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, 12. Auflage, Köln 2008 (zitiert: Erman/Bearbeiter).

Fenger, Hermann/Schöffski, Oliver, Gentests und Lebensversicherung: Juristische und ökonomische Aspekte, in: NVersZ 2000, Seite 449.

Feuerstein, Günter/Kollek, Regine, Gentechnik und Krankenversicherung: neue Leistungsangebote im Gesundheitssystem, 1. Auflage, Baden-Baden 2002.

Fisahn, Andreas, Ein unveräußerliches Recht am eigenen genetischen Code, in: ZRP 2001, Seite 49.

Fisahn, Andreas, Genetischer Code – rechtliche Schutzperspektiven, in: RDV 2002, Seite 15.

Fluck, Peter, Anwendung und Auslegung der DNA-Identifizierung, in: NJW 2001, Seite 2292.

- Foldenauer, Wolfgang, Genanalyse im Strafverfahren, Berlin 1995.
- Frank, Götz, Die Kommerzialisierung von Grundrechtspositionen..., in: Publizistik 1980, Seite 290.
- Franzen, Martin, Die Zulässigkeit der Erhebung und Speicherung von Gesundheitsdaten der Arbeitnehmer nach den novellierten BDSG, in: RDV 2003, Seite 1.
- Frühwald, Wolfgang, Der „optimierte Mensch“, in: Forschung und Lehre 2001, Seite 402.
- Gallwas, Hans-Ullrich, Verfassungsrechtliche Grundlagen des Datenschutzes, in: Der Staat 18 (1979), Seite 507.
- Geiger, Andreas, Die Einwilligung in die Verarbeitung von persönlichen Daten als Ausübung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung, in: NVwZ 1989, Seite 35.
- Geis, Ivo, Individualrechte in der sich verändernden europäischen Datenschutzlandschaft, in: CR 1995, Seite 171.
- Germann, Ursula, „DNA-Fingerprinting“, in: Kriminalistik 1997, Seite 673.
- Goerdeler, Jochen/Laubach, Birgit, Im Datenschungel, in: ZRP 2002, Seite 115.
- Gola, Peter, Die Erhebung und Verarbeitung „besonderer Arten personenbezogener Daten“ im Arbeitsverhältnis, in: RDV 2001, Seite 125.
- Gola, Peter/Schomerus, Rudolf, Bundesdatenschutzgesetz, Kommentar, 9. Auflage, München 2007.
- Gola, Peter/Klug, Christoph, Die Entwicklung des Datenschutzrechts in den Jahren 2007/2008, in: NJW 2008, Seite 2481.
- Gola, Peter/Klug, Christoph, Die Entwicklung des Datenschutzrechts in den Jahren 2006/2007, in: NJW 2007, Seite 2452.

Gola, Peter/Wronka, Georg, Handbuch des Arbeitnehmerdatenschutzes – Rechtsfragen und Handlungshilfen für die betriebliche Praxis, 3. Auflage, Köln 2004.

Golembiewski, Claudia, Entbehrllichkeit einer richterlichen Anordnung der DNA-Analyse bei Einwilligung des Betroffenen?, in: NJW 2001, Seite 1036.

Gössel, Karl Heinz, Gentechnische Untersuchungen als Gegenstand der Beweisführung im Strafverfahren, in: Gippert/Dehnicke (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Karlheinz Meyer, Berlin 1990, Seite 121 ff.

Graalmann-Scheerer, Kirsten, Molekulargenetische Untersuchung im Strafverfahren, in: ZRP 2002, Seite 72.

Graalmann-Scheerer, Kirsten, Zur Zulässigkeit der Einwilligung in die Entnahme von Körperzellen (§§ 81 g Absatz 3, 81 a Absatz 2 StPO, § 2 DNA-Identitätsfeststellungsgesetz) und in die molekulargenetische Untersuchung (§§ 81 g Absatz 3, 81 f Absatz 1 StPO, § 2 DNA-Identitätsfeststellungsgesetz), in: JR 1999, Seite 453.

Graalmann-Scheerer, Kirsten, DNA-Analyse – „Genetischer Fingerabdruck“, in: Kriminalistik 2000, Seite 328.

Graw, Jochen, Genetik, 4. Auflage, Berlin 2006.

Hagelschuer, Paul B., Lebensversicherung, 2. Auflage, Wiesbaden 1987.

Haniel, Andreas/Hofschneider, Hans-Peter, Die Problematik der Gentherapie, in: Raem, Arnold Maria/ Braun, Rüdiger W./ Fenger, Hermann/ Michaelis, Wolfgang/ Nikol, Siegrid/ Winter, Stefan F. (alle Hrsg.), Gen-Medizin – eine Bestandsaufnahme, Berlin [u.a.] 2000.

Hanloser, Stefan, „opt-in“ im Datenschutzrecht und Wettbewerbsrecht, in: CR 2008, Seite 713.

- Hannich, Rolf (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung: mit GVG, EGGVG und EMRK, 6. Auflage, München 2008 (zitiert: KK-Bearbeiter).
- Hennen, Leonhard/Petermann, Thomas/Schmitt, Joachim J., Genetische Diagnostik – Chancen und Risiken: der Bericht des Büros für Technikfolgen-Abschätzung zur Genomanalyse, Berlin 1996.
- Henssler, Martin, Das anwaltliche Berufsgeheimnis, in: NJW 1994, Seite 1819.
- Hermes, Georg, Grundrechtsschutz durch Privatrecht auf neuer Grundlage, in: NJW 1990, 1764.
- Hillgruber, Christian, Grundrechtsschutz im Vertragsrecht, in: AcP 191 (1991), Seite 69.
- Hillgruber, Christian, De Staat des Grundgesetzes – nur bedingt abwehrbereit?, in: JZ 2007, Seite 209.
- Hippel, Reinhart von, Anmerkung zu BGH Urteil vom 12.08.1992 (BGHSt 38, 320), in: JR 1993, Seite 123.
- Hirsch-Kauffmann, Monica/Schweiger, Manfred, Biologie für Mediziner und Naturwissenschaftler, 5. Auflage, Stuttgart 1994.
- Hirsch, Günter/Schmidt-Didczuhn, Andrea, Fortpflanzungsmedizin, Humangenetik, Gentechnik auf dem Weg zur gesetzlichen Gestaltung, in: MedR 1990, Seite 167.
- Hochgartz, Peter, Zur Perseveranz bei Sexualmorden, in: Kriminalistik 2000, Seite 322.
- Hochmeister, Manfred/Haberl, Johann/Borer, Urs V./Rudin, Oskar/Dirnhofer, Richard, Klärung eines Einbruchdiebstahls durch Multiplex PCR Analyse von Zigarettenkippen, in: Archiv für Kriminologie 195 (1995), Seite 177.
- Hoffmann-Riem, Wolfgang, Informationelle Selbstbestimmung in der Informationsgesellschaft – Auf dem Weg zu einem neuen Konzept des Datenschutzes, in: AöR 123 (1998), Seite 513.

Höfling, Wolfram, Menschenwürde und Menschenleben im Abwärts-sog?, in: Forschung und Lehre 2001, Seite 413.

Hofmann, Hasso, Biotechnik, Gentherapie, Genmanipulation – Wis-senschaft im rechtsfreien Raum?, in: JZ 1986, Seite 253.

Hollmann, Angela, Formularmäßige Erklärung über die Entbindung von der Schweigepflicht gegenüber Versicherungsunternehmen, in: NJW 1978, Seite 2332.

Holzhauser, Guido, Versicherungsvertragsrecht, München 1999.

Hombert, Thomas, Der freiwillige genetische Massentest – Verfas-sungsrechtliche Zulässigkeit und Grenzen unter Darstellung des Falls „Christina Nytsch“, 1. Auflage Göttingen 2003.

Honecker, Martin, Verantwortung am Lebensbeginn, in: Flöhl, Rainer (Hrsg.), Genforschung – Fluch oder Segen?, Interdisziplinäre Stel-lungnahmen, München 1985.

Hornung, Gerrit, Ein neues Grundrecht, in: CR 2008, Seite 299.

Hother, Marc, Die DNA-Analyse: ihre Bedeutung für die Strafverfol-gung und ihr Beweiswert im Strafverfahren, Giessen 1995.

Huckenbeck, Wolfgang, DNA-Analytik, in: Kriminalistik 1997, Seite 56.

Hufen, Friedhelm, Das Volkszählungsurteil des Bundesverfassungsge-richts und das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung – eine juristische Antwort auf „1984“?, in: JZ 1984, Seite 1072.

Ibelgaufts, Horst, Gentechnologie von A-Z, Weinheim 1993.

Irrgang, Bernd, Der Krankheitsbegriff der prädiktiven Medizin und die humangenetische Beratung, in: Raem, Arnold Maria/ Braun, Rüdiger W./ Fenger, Hermann/ Michaelis, Wolfgang/ Nikol, Sieg-rid/ Winter, Stefan F. (Hrsg.), Gen-Medizin – eine Bestandsauf-nahme, Berlin [u.a.] 2000.

Jandt, Silke/Laue, Philip, Voraussetzungen und Grenzen der Profil-bildung bei Location Based Services, in: K&R 2006, Seite 316.

Jarass, Hans, Das allgemeine Persönlichkeitsrecht im Grundgesetz, in:  
NJW 1989, Seite 857.

Jarass, Hans D./Pieroth, Bodo, Grundgesetz für die Bundesrepublik  
Deutschland, Kommentar, 10. Auflage, München 2009.

Joecks, Wolfgang, Strafgesetzbuch, 7. Auflage, München 2007.

Joecks, Wolfgang, Strafprozessordnung, Kommentar, 2. Auflage, München  
2008 (zitiert: Joecks, StPO).

Kamann, Ulrich, Anmerkung zu OLG Zweibrücken, Beschluss vom 6  
November 1998, in: StV 1999, Seite 9.

Kaufmann, Arthur, Der entfesselte Prometheus – Fragen der Human-  
genetik und der Fortpflanzungstechnologien aus rechtlicher Sicht,  
in: Flöhl, Rainer (Hrsg.), Genforschung – Fluch und Segen? Inter-  
disziplinäre Stellungnahmen, München 1985.

Kaufmann, Arthur/Prantl, Heribert, Was der Mensch dem Menschen  
schuldet. Eine Art Vermächtnis: Die Überlegungen des Rechtsleh-  
fers und Rechtsphilosophen Arthur Kaufmann zu den ethischen  
Herausforderungen der Gentechnologie, Köln 2001.

Kaufmann, Peter/Ureta, Luis Fernando, Die richterliche Anordnungs-  
und Begründungspraxis in Verfahren gemäß § 2 DNA-Identitäts-  
feststellungsgesetz in Verbindung mit § 81 g StPO vor dem Grund-  
gesetz, in: StV 2000, Seite 103.

Kehl, Christoph/Kolz, Alexander, Genetischer Fingerabdruck und  
Verfassung, in: StV 2004, Seite 447.

Keller, Rolf, Anmerkungen zu BGH Urteil vom 12.08.1992, in: JZ 1993,  
Seite 103.

Kiehntopf, Michael/Pagel, Cornelia, Der Entwurf des Gendiag-  
nostikgesetzes – genetischer Exzessionalismus oder allgemeines  
Diagnostikgesetz?, in: MedR 2008, Seite 344.

Kimmich, H./Spyra, W./Steinke, W., DNA-Amplifizierung in der fo-  
rensischen Anwendung und der juristischen Diskussion, in: NStZ  
1993, Seite 23.

Kimmich, H./Spyra, W./Steinke, W., Das DNA-Profiling in der Kriminaltechnik und in der juristischen Diskussion, in: NStZ 1990, Seite 318.

Kinzig, Jörg, Als Bundesrecht gescheitert – als Landesrecht zulässig?, in: NJW 2001, Seite 1455.

Klumpe, Birgit, Der „genetische Fingerabdruck“ im Strafverfahren, Freiburg im Breisgau 1993.

Kothe, Wolfhard, Die rechtfertigende Einwilligung, in: AcP 185 (1985), Seite 105

Kopf, Verena Angela, Selbstbelastungsfreiheit und Genomanalyse im Strafverfahren, Berlin 1998.

Koriath, Heinz, Ist das DNA-Fingerprinting ein legitimes Beweismittel, in: JA 1993, Seite 270.

Krekeler, Wilhelm, Strafprozessordnung, Anwaltskommentar, Bonn 2007 (zitiert: Krekeler/Bearbeiter).

Kube, Edwin/Schmitter, Hermann, DNA-Analyse-Datei, in: Kriministik 1998, Seite 415.

Kugelmann, Dieter, Die informatorische Rechtsstellung des Bürgers: Grundlagen und verwaltungsrechtliche Grundstrukturen individueller Rechte auf Zugang zu Informationen der Verwaltung, Tübingen 2001.

Kurer, Thomas, DNA-Analyse, in: Kriministik 1994, Seite 213.

Ladeur, Karl-Heinz, Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung: Eine juristische Fehlkonstruktion?, in: DÖV 2009, Seite 45.

Laufhütte, Heinrich Wilhelm (Hrsg.), Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, 12. Auflage, Berlin 2006 (zitiert: LK-Bearbeiter).

Laufs, Adolf, Krankenpapiere und Persönlichkeitsschutz, in: NJW 1975, Seite 1433.

Lenckner, Theodor, Aussagepflicht, Schweigepflicht und Zeugnisverweigerungsrecht, in: NJW 1965, Seite 321.

- Lorenz, Dieter, Allgemeines Persönlichkeitsrecht und Gentechnologie, in: JZ 2005, Seite 1121.
- Lorenz, Egon, Zur Berücksichtigung genetischer Tests und ihrer Ergebnisse beim Abschluss von Personenversicherungsverträgen, in: VersR 1999, Seite 1309.
- Lorenz, Egon, Anmerkungen zu OLG Hamm, Beschluss vom 02. Februar 1993, in: VersR 1994, Seite 294.
- Löwe, Ewald/Rosenberg, Werner, Strafprozessordnung, Großkommentar, 26. Auflage, Berlin 2006 (zitiert: LR-Bearbeiter).
- Mangoldt, Hermann von (Begr.)/Klein, Friedrich/Starck, Christian, Kommentar zum Grundgesetz, 5. Auflage, München 2005 (zitiert: v.Mangoldt/Bearbeiter).
- Markl, Hubert, Was alle wissen, aber keiner sah, in: FAZ vom 13. Dezember 1990, Seite 35.
- Markl, Hubert, Der Mensch ist moralisch großzügig geschneidert, in: SZ vom 31. Oktober/01. November 2001, Seite 19.
- Markwardt, Manfred/Brodersen, Kilian, Zur Prognoseentscheidung in § 81 g StPO, in: NJW 2000, Seite 693.
- Maunz, Theodor/Zippelius, Reinholt, Deutsches Staatsrecht, 32. Auflage, München 2008.
- Maunz, Theodor/Dürig, Günter/Herzog, Roman/Scholz, Rupert (alle Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, München, Band 1 (Artikel 1-5), Stand der Bearbeitung: September 2008 (zitiert: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz/Bearbeiter).
- Meister, Herbert, Schutz vor Datenschutz - Wirtschafts- und rechtspolitische Anforderungen in einer Zeit ökonomischer Spannungen, in: DuD 1986, Seite 173.
- Menzel, Hans-Joachim, Genomanalyse im Arbeitsverhältnis und Datenschutz, in: NJW 1989, Seite 2041.

Merten, Detlef, Anmerkung zu BGH NJW 1972, 1414, in: NJW 1972, Seite 1799.

Mertin, Herbert, Freiwillig, aber auf Anordnung des Richters – Beim DNA-Test kann sich niemand gegen die öffentliche Meinung wehren, in: ZRP 2005, Seite 37.

Meyer-Goßner, Lutz, Strafprozessordnung: mit GVG und Nebengesetzen, 51. Auflage, München 2008.

Müller-Glöge, Rudi/Preis, Ulrich /Schmidt, Ingrid (alle Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 9. Auflage, München 2009 (zitiert: ErfK-Bearbeiter).

Münch, Ingo von/Kunig, Philip, Grundgesetz-Kommentar, Band 1 (Präambel, Artikel 1 -19), 5. Auflage, München 2000 (zitiert: v.Münch/Kunig/Bearbeiter).

Murken, Jan/Grimm, Tiemo/Holinski-Feder, Elke (alle Hrsg.), Humangenetik, 7. Auflage, Stuttgart 2006.

Murken, Jan/Cleve, Hartwig, Humangenetik, 6. Auflage, Stuttgart 1996.

Oeter, Stefan, „Drittewirkung“ der Grundrechte und die Autonomie des Privatrechts, in: AÖR 119 (1994), Seite 529.

Ostendorf, Heribert, Chancen und Risiken von Kriminalprävention, in: ZRP 2001, Seite 151.

Palandt, Otto, Bürgerliches Gesetzbuch, 68. Auflage, München 2009 (zitiert: Palandt/Bearbeiter).

Peters, Karl, Anmerkung zum Urteil des BGH vom 06. September 1968, in: JR 1969, Seite 232.

Pfeiffer, Christian/Höynck, Theresia/Görzen, Thomas, Ausweitung von DNA-Analysen auf Basis einer kriminologischen Gefährlichkeitsprognose, in: ZRP 2005, Seite 113.

Pfeiffer, Gerd, Strafprozessordnung und Gerichtsverfassungsgesetz, Kommentar, 5. Auflage, München 2005.

- Pfitzmann, Andreas, Wird Biometrie die IT-Sicherheitsdebatte vor neue Herausforderungen stellen?, in: DuD 2005, Seite 286.
- Pieroth, Bodo/Schlink, Bernhard, Grundrechte, 24. Auflage, Heidelberg 2008.
- Pietzcker, Jost, Die Rechtsfigur des Grundrechtsverzichts, in: Der Staat 17 (1978), Seite 527.
- Podlech, Adalbert/Pfeiffer, Michael, Die informationelle Selbstbestimmung im Spannungsverhältnis zu modernen Werbestrategien, in: RDV 1998, Seite 139.
- Präve, Peter, Das Recht des Versicherungsnehmers auf gen-informationelle Selbstbestimmung, in: VersR 1992, Seite 279.
- Prölss, Jürgen/Martin, Anton, Versicherungsvertragsgesetz, Kommentar zu VVG und EGVVG, 27. Auflage, München 2004 (zitiert: Prölss/Martin/Bearbeiter).
- Rademacher, Christine, Zur Zulässigkeit genetischer Untersuchungsmethoden im Strafverfahren, in: StV 1989, Seite 546.
- Raestrup, Othard, Versicherung und Genomanalyse, in: VersMed 1990, Seite 37.
- Rath, Marion/Brinkmann, Bernd, Strafverfahrenänderungsgesetz – DNA-Analyse („Genetischer Fingerabdruck“) und DNA-Identitätsfeststellungsgesetz aus fachwissenschaftlicher Sicht, in: NJW 1999, Seite 2697.
- Rebmann, Kurt/Rixecker, Roland/Säcker, Franz-Jürgen (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1 (§§ 1-240, ProstG), 5. Auflage, München 2006 (zitiert: MüKo-Bearbeiter).
- Reichelt, Andreas, Verfahren, Zulässigkeit und Auswirkungen der DNA-Technologie (genetischer Fingerabdruck) auf den Anwendungsbereich der Vaterschaftsvermutung im Rahmen des § 1600 o II BGB, Bielefeld 1992.
- Ringo, John, Genetik kompakt, 1. Auflage, München 2006.

Ritter, Horst, Die humangenetische Abstammungsbegutachtung, in: FamRZ 1991, Seite 646.

Ritter, Stefan, Genomanalyse und Strafverfolgung: Untersuchung zur kriminalistischen, strafrechtlichen und strafprozessualen Problematik der DNA-Analytik, Frankfurt am Main 1997.

Ronellenfitsch, Michael, Genanalysen und Datenschutz, in: NJW 2006, Seite 321.

Rose, Matthias H. P., Genomanalysen an Arbeitnehmern vor der Einstellung – die Grenzen ihrer zulässigen Durchführung aus arbeits- und grundrechtlicher Sicht, Frankfurt am Main [u.a.] 1989.

Roßnagel, Alexander, Datenschutz bei Praxisübergabe, in: NJW 1989, Seite 2303.

Roßnagel, Alexander, Datenschutz in einem informatisierten Alltag, Gutachten im Auftrag der Friedrich-Ebert-Stiftung, Berlin 2007 (zitiert: Roßnagel, Datenschutz im Alltag, Seite).

Roßnagel, Alexander, Kennzeichenscanning – Verfassungsrechtliche Bewertung der verdachtlosen automatisierten Erfassung von Kraftfahrzeugkennzeichen, Gutachten im Auftrag des Allgemeinen Deutschen Automobil-Clubs e.V. (ADAC), München 2008 (zitiert: Roßnagel, Kennzeichenscanning, Seite).

Roßnagel, Alexander, Datenschutz in der künftigen Verkehrstelematik, in NVZ 2006, Seite 281.

Roßnagel, Alexander, Modernisierung des Datenschutzrechts für eine Welt allgegenwärtiger Datenverarbeitung, in MMR 2005, Seite 71.

Roßnagel, Alexander, Verfassungsrechtliche Grenzen polizeilicher Kfz-Kennzeichenerfassung, in: NJW 2008, Seite 2547.

Roßnagel, Alexander (Hrsg.), Handbuch Datenschutzrecht, Die neuen Grundlagen für Wirtschaft und Verwaltung, München 2003 (zitiert: Roßnagel/Bearbeiter).

- Roßnagel, Alexander/Pfitzmann, Andreas/Garstka, Hansjürgen, Modernisierung des Datenschutzrechts, Gutachten für das Bundesministerium des Innern, Berlin 2001.
- Roßnagel, Alexander/Laue, Philip, Zweckbindung im Electronic Government, in: DÖV 2007, Seite 543.
- Roßnagel, Alexander/Schnabel, Christoph, Das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme und sein Einfluss auf das Privatrecht, in: NJW 2008, Seite 3534.
- Ruderisch, Dagmar, Rechtliche und rechtspolitische Fragen der Humangenetik, in: ZRP 1992, Seite 260.
- Rudolphi, Hans-Joachim/Wolter, Jürgen (beide Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, München, Stand der Bearbeitung: 2009 (zitiert: SK-Bearbeiter).
- Rudolphi, Hans/Degener, Wilhelm (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Frankfurt, Stand der Bearbeitung: August 2008 (zitiert: SK-StPO-Bearbeiter).
- Sachs, Michael, „Volenti non fit iniuria“ – Zur Bedeutung des Willens des Betroffenen im Verwaltungsrecht, in: VerwArch 76 (1985), Seite 398.
- Sachs, Michael (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 5. Auflage, München 2009 (zitiert: Sachs/Bearbeiter).
- Saliger, Frank/Ademi, Cefli, Der Massengentest nach § 81h StPO , in: JuS 2008, Seite 193.
- Satzger, Helmut, DNA-Massentest – kriminologische Wunderwaffe oder ungesetzliche Ermittlungsmethode, in: JZ 2001, Seite 639.

Schäfer-Guignier, Otto, Protestantische Ethik und Biotechnologie. Die Diskussion in Frankreich und in der französischsprachigen Schweiz, in: Hübner, Jürgen/ Schubert, Hartwig von (Hrsg.), Biotechnologie und evangelische Ethik – Die internationale Diskussion, Frankfurt am Main, New York 1992.

Schaffland, Hans-Jürgen/Wiltfang, Noeme, Bundesdatenschutzgesetz, ergänzbarer Kommentar, Berlin 1977, Stand der Bearbeitung: 2009.

Schafft, Thomas/Ruoff, Andreas, Nutzung personenbezogener Daten für Werbezwecke zwischen Einwilligung und Vertragserfüllung, in: CR 2006, Seite 499.

Schaub, Günter, Arbeitsrechts-Handbuch: systematische Darstellung und Nachschlagewerk für die Praxis, 12. Auflage, München 2007.

Schewe, Christoph S., Das Ende der präventiven Rasterfahndung zur terrorismusbekämpfung, in: NVwZ 2007, Seite 174.

Schimkowski, Peter, Versicherungsvertragsrecht, 4. Auflage, München 2008.

Schlink, Bernhard, Abwägung im Verfassungsrecht, 1976.

Schlink, Bernhard, Das Recht der informationellen Selbstbestimmung, in: Der Staat 25 (1986), Seite 233.

Schmidt-Bleibtreu, Bruno (Begr.)/Hofmann, Hans/Hopfauf, Axel, Kommentar zum Grundgesetz, 11. Auflage, Köln [u.a.] 2008 (zitiert: Schmidt-Bleibtreu/Bearbeiter).

Schmidt-Jortzig, Edzard, Rechtsfragen der Biomedizin, Berlin 2003.

Schmidt-Jortzig, Edzard, Systematische Bedingungen der Garantie unbedingten Schutzes der Menschenwürde in Art. 1 GG, in: DÖV 2001, Seite 925.

Schmidt, Angelika, Rechtliche Aspekte der Genomanalyse – insbesondere die Zulässigkeit genanalytischer Testverfahren in der pränatalen Diagnostik sowie der Präimplantationsdiagnostik, Frankfurt am Main 1991.

Schmidtke, Jörg, Vererbung und Ererbtes: ein humangenetischer Ratgeber; genetisches Risiko und erbliche Erkrankungen, vorgeburtliche Untersuchungen und Schwangerschaftsvorsorge, Vererbung und Umwelt, Gentests und Gentherapie, Reinbek bei Hamburg 1997 (zitiert: Schmidtke, Seite).

Schmidtke, Jörg, Genetische Tests in der Humangenetik, in: Raem, Arnold Maria/ Braun, Rüdiger W./ Fenger, Hermann/ Michaelis, Wolfgang/ Nikol, Siegrid/ Winter, Stefan F. (alle Hrsg.), Gen-Medizin - eine Bestandsaufnahme, Berlin [u.a.] 2000 (zitiert: Schmidtke, Genetische Tests, Seite).

Schmitz, Peter, TDDSG und das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, München 2000.

Schneider, Hans, Verfassungsrechtliche Beurteilung des Volkszählungsgesetzes 1983, in: DÖV 1984, Seite 164.

Schneider, Peter M./Rittner, Christian, Genprofile von Sexualstraftätern, in: ZRP 1998, Seite 64.

Schnorr, Stefan, Big Brother zur Verbrechensbekämpfung, in: ZRP 2001, Seite 291.

Scholz, Rupert, „Verfassungsfragen zur Fortpflanzungsmedizin und Gentechnologie“, in: Leßmann, Herbert (Hrsg.), Festschrift für Rudolf Lukes zum 65. Geburtstag, Köln 1989.

Schönke, Adolf/Schröder, Horst, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Auflage, 2006 (zitiert: Schönke/Schröder/Bearbeiter).

Schrader, Hans-Hermann, Biomedizin, Datenschutz und Medienfreiheit, in: DuD 2000, Seite 68.

Schulz, Lorenz, Grenzen prozessualer Normativierung. Aspekte der Unschuldsvermutung, in: GA 2001, Seite 226.

Schuster, Michael/Simon, Jürgen, Übermittlung personenbezogener Daten durch ein Kreditinstitut an eine Auskunftsstelle, Anmerkung zu OLG Celle vom 14.11.1979, in: NJW 1980, Seite 1287.

- Schütte, Heinz, Die Schweigpflichtentbindung in Versicherungsverträgen, in: NJW 1979, Seite 592.
- Schwenke, Matthias Christoph, Individualisierung und Datenschutz, Wiesbaden 2006.
- Seibel, Mathias/Gross, Michael, Das Identitätsfeststellungsgesetz aus anwaltlicher Sicht, in: StraFo 1999, Seite 117.
- Senge, Lothar, Strafverfahrensänderungsgesetz - DNA-Analyse, in: NJW 1997, 2409.
- Senge, Lothar, Gesetz zur Änderung der Strafprozessordnung (DNA-Identitätsfeststellungsgesetz), in: NJW 1999, Seite 253.
- Senge, Lothar, Die Neuregelung der forensischen DNA-Analyse, in: NJW 2005, Seite 3028.
- Simitis, Spiros, Das informationelle Selbstbestimmungsrecht - Grundbedingungen einer verfassungskonformen Informationsordnung, in: NJW 1984, Seite 398.
- Simitis, Spiros, Chancen und Gefahren der elektronischen Datenverarbeitung - Zur Problematik des „Datenschutzes“, in: NJW 1971, Seite 673.
- Simitis, Spiros (Hrsg.), Kommentar zum Bundesdatenschutzgesetz, 6. Auflage, Baden-Baden 2006 (zitiert: Simitis/Bearbeiter).
- Simon, Jürgen, Genomanalyse - Anwendungsmöglichkeiten und rechtlicher Regelungsbedarf, in: MDR 1991, Seite 5.
- Spengler, Tilman (Hrsg.), Der gläserne Mensch, Hamburg 2008, zitierte Beiträge: „Gespensterjagd - Warum die Genetik nicht den gläsernen Patienten erzeugen wird“ (Seite 93 bis 98) von: Wolfgang van den Daele (zitiert: Spengler/Autor, Seite).
- Sprenger, Wolfgang/Fischer, Thomas, Zur Erforderlichkeit der richterlichen Anordnung von DNA-Analysen, in: NJW 1999, Seite 1830.
- Steinke, Wolfgang, DNA-Analyse gerichtlich anerkannt, in: MDR 1989, Seite 407.

Stockter, Ulrich, Das Verbot genetischer Diskriminierung und das Recht auf Achtung der Individualität: Gendiagnostik als Anlass für gleichheits- und persönlichkeitsrechtliche Erwägungen zum Umgang mit prognostischen und anderen statistischen Daten, Berlin 2008.

Störmer, Rainer, Zur Verwertbarkeit tagebuchartiger Aufzeichnung, in: Jura 1991, Seite 17.

Stuckenberg, Carl-Friedrich, Die normative Aussage der Unschuldsvermutung, in: ZStW 111 (1999), Seite 422.

Stumper, Kai, Informationelle Selbstbestimmung und DNA-Analysen: zur Zulässigkeit der DNA-Analyse am Menschen angesichts des informationellen Selbstbestimmungsrechts aus Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG, Frankfurt am Main [u.a.] 1996.

Sutschet, Holger, Über Informationsverbote zur Wissensgesellschaft?! – Kritische Stellungnahme zum Reformentwurf des Bundesdatenschutzgesetzes vom 6.7.1999, in: RDV 2000, Seite 107.

Thüsing, Gregor/Lambrich, Thomas, Das Fragerecht des Arbeitgebers – aktuelle Probleme zu einem klassischen Thema, in: BB 2002, Seite 1146.

Tinnefeld, Marie-Theres, Aktuelle Fragen des Arbeitnehmerdatenschutzes, in: DuD 2002, Seite 231.

Tinnefeld, Marie-Theres, Menschenwürde, Biomedizin und Datenschutz, in: ZRP 2000, Seite 10.

Tinnefeld, Marie-Theres/Viethen, Hans Peter, Arbeitnehmerdatenschutz und Internet-Ökonomie, Zu einem Gesetz über Information und Kommunikation im Arbeitsverhältnis, in: NZA 2000, Seite 977.

Tinnefeld, Marie-Theres/Ehmann, Eugen/Gerling, Rainer W., Einführung in das Datenschutzrecht, 4. Auflage, München [u.a.] 2005.

Tröndle, Herbert/Fischer, Thomas, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 56. Auflage, München 2009.

Trute, Hans-Heinrich, Wissenpolitik und rechtliche Regulierung – Überlegungen am Beispiel der Erzeugung und Verwendung genetischer Daten, in: Eifert, Martin/ Hoffmann-Riem, Wolfgang (Hrsg.), Innovation und rechtliche Regulierung, Schlüsselbegriffe und Anwendungsbeispiele rechtswissenschaftlicher Innovationsforschung, Schriften zur rechtswissenschaftlichen Innovationsforschung, Band 5, Baden-Baden 2002 (zitiert: Trute, Rechtliche Regulierung).

Uckermann, Eckart von, Einwilligung nach Bundesdatenschutzgesetz – ein Missverständnis?, in: DuD 1979, Seite 163.

Vitzthum, Wolfgang Graf, Gentechnologie und Menschenwürde, in: MedR 1985, Seite 249.

Vitzthum, Wolfgang Graf, Die Menschenwürde als Verfassungsbegriff, in: JZ 1985, Seite 201.

Vogelsang, Klaus, Verfassungsregeln zum Datenschutz, in: CR 1995, Seite 554.

Vollmer, Sabine, Genomanalyse und Gentherapie – Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit, Konstanz 1989.

Vultejus, Ulrich, Informationelle Selbstbestimmung auch bei Genen, in: ZRP 2002, Seite 70.

Wächtler, Hartmut, Auf dem Weg zur Gen-Bank? Diskussionsentwurf des Bundesministeriums der Justiz zum genetischen Fingerabdruck im Strafverfahren, in: StV 1990, Seite 369.

Wagner, Ute, Das „genetische Fingerabdruckverfahren“ als Mittel bei der Verbrechensbekämpfung, Tübingen 1993.

Waniorek, Gabriele, Datenschutzrechtliche Anmerkungen zu zentralen Warn- und Hinweissystemen in der Versicherungswirtschaft, in RDV 1990, Seite 228.

Wassermann, R. (Ges.-Hrsg.), (Alternativ-) Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Band 1 (Artikel 1-37 GG), 2. Auflage, Neuwied [u.a.] 1989 (zitiert: AK-Bearbeiter).

Weichert, Thilo, Der Schutz genetischer Informationen, in: DuD 2002, Seite 133.

Wiese, Günther, Gibt es ein Recht auf Nichtwissen?, in: Jayme, Erik/ Laufs, Adolf/ Misera, Karlheinz/ Reinhart, Gert/ Serick, Rolf (alle Hrsg.), Festschrift für Hubert Niederländer zum 70. Geburtstag, Heidelberg 1991 (zitiert: Wiese, Festschrift, Seite).

Wiese, Günther, Genetische Analysen und Rechtsordnung unter besonderer Berücksichtigung des Arbeitsrechts, 1. Auflage, Neuwied, Kriftel, Berlin 1994 (zitiert: Wiese, Seite).

Winnacker, Ernst-Ludwig, Das Genom – Möglichkeiten und Grenzen der Genforschung, 3. Auflage, Frankfurt am Main 2002.

Wohlgemuth, Hans H., Auswirkungen der EG-Datenschutzrichtlinie auf den Arbeitnehmer-Datenschutz, in: BB 1996, Seite 693.

Wollenschläger, Michael, Arbeitsrecht, 3. Auflage, Köln, München, Berlin 2008.

Wollweber, Harald, Der genetische Fingerabdruck auf dem Prüfstand, in: NJW 2001, Seite 2304.

Wolter, Jürgen, Verfassungsrecht im Strafprozess- und Strafrechtssystem, in: NStZ 1993, Seite 1.