

Kölner Kriminalwissenschaftliche Schriften

Band 69

Nicht-konsentiertere gendiagnostische Untersuchungen

Analyse des Straftatbestandes
§ 25 Abs. 1 Nr. 1 GenDG

Von

Martina Kratz



Duncker & Humblot · Berlin

MARTINA KRATZ

Nicht-konsentierete gendiagnostische Untersuchungen

Kölner Kriminalwissenschaftliche Schriften

Herausgegeben von

Claus Kreß, Michael Kubiciel

Cornelius Nestler, Frank Neubacher

Martin Waßmer, Thomas Weigend, Bettina Weißer

Professoren an der Universität zu Köln

Band 69

Nicht-konsentier- gendiagnostische Untersuchungen

Analyse des Straftatbestandes
§ 25 Abs. 1 Nr. 1 GenDG

Von

Martina Kratz



Duncker & Humblot · Berlin

Die Hohe Rechtswissenschaftliche Fakultät
der Universität zu Köln hat diese Arbeit
im Wintersemester 2016/2017
als Dissertation angenommen.

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.

Alle Rechte vorbehalten
© 2017 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: Konrad Triltsch GmbH, Ochsenfurt
Druck: buchbücher.de GmbH, Birkach
Printed in Germany

ISSN 0936-2711
ISBN 978-3-428-15270-4 (Print)
ISBN 978-3-428-55270-2 (E-Book)
ISBN 978-3-428-85270-3 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2016/2017 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln als Dissertation angenommen. Sie entstand während meiner Zeit als wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Straf- und Strafprozessrecht.

Zuvorderst möchte ich meinem Doktorvater Herrn Professor Dr. Martin Paul Waßmer für die kontinuierliche Betreuung der Arbeit, die Begeisterung für das Thema und weit darüber hinaus danken. Während meiner Tätigkeit an seinem Lehrstuhl hat er mir stets den Freiraum gegeben, der diese Arbeit ermöglichte. Ich empfand es als großes Privileg, einen derart zuverlässigen, herzlichen und fachlich herausragenden Lehrer zu haben.

Mein Dank gilt ebenfalls Herrn Professor Dr. Dr. h.c. Michael Kubiciel für die zügige abschließende Zweitbegutachtung. Er war und ist ein geschätzter Ansprechpartner, dessen Förderung ich mir stets bewusst sein durfte. Für die hilfreichen Anmerkungen zur Überarbeitung des Manuskriptes bedanke ich mich bei Frau Professor Dr. Bettina Noltenius. Ich bin glücklich, einige Zeit auch als Mitarbeiterin ihres Lehrstuhls tätig gewesen zu sein.

Insgesamt werde ich den Kollegenkreis des Instituts für Straf- und Strafprozessrecht in bester Erinnerung behalten. Eine vertrauensvolle sowie professionelle Zusammenarbeit und eine familiäre Atmosphäre herrschten im hiesigen Lehrbetrieb vor, was mich immerzu motiviert und begeistert hat.

Den Herausgebern danke ich für die Aufnahme der Dissertation in die Reihe „Kölner Kriminalwissenschaftliche Schriften“.

Diese Arbeit ist meiner Familie gewidmet. Meinen lieben Eltern, gütigen Großeltern und meinen drei wundervollen Schwestern danke ich für den innigen Zusammenhalt und ihre bedingungslose Unterstützung. Dies gilt in besonderem Maße für meine Eltern. Meine Mutter, die nicht gezögert hat, die mühevollen Aufgabe des Korrekturlesens zu übernehmen, und mein Vater unterstützten das Vorhaben liebevoll und geduldig. Nicht nur meiner Familie gilt besonderer Dank für den Rückhalt bei der Erstellung der Arbeit. Ich danke auch jenen engen Freunden, auf deren besonderes Einfühlungsvermögen ich mich stets verlassen konnte und die mich fortwährend durch fachlichen Rat oder liebevollen Zuspruch gefördert und ermutigt haben.

Martina Kratz

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	15
Gang der Untersuchung	17

1. Kapitel

Begriffe und Grundlagen der Gendiagnostik	18
I. Grundbegriffe	18
1. Die DNA als Forschungsgegenstand der Genetik	18
2. Die Chromosomen	19
3. Genotyp, Phänotyp und Genexpression	20
4. Mutationen und deren Auswirkungen	21
II. Methoden und Anwendungsbereiche genetischer Analysen	23
1. Technische Methoden genetischer Untersuchungen	24
2. Ausgewählte Anwendungsbereiche	25
a) Medizinische Diagnostik auf Untersuchung von Erbkrankheiten	25
b) Pharmakogenetik / Pharmakogenomik	26
c) Pränatale Gendiagnostik	27
d) Präkonzeptionelle Gendiagnostik	28
e) Präimplantationsdiagnostik	28
f) Vaterschaftstests und Verwandtschaftsnachweise	28
g) Identitätsnachweis in der Kriminalistik	29
h) Lifestyle-Testing	29
i) Genetische Persönlichkeitstest	32
3. Zusammenfassung	32

2. Kapitel

Entstehung des Gendiagnostikgesetzes	34
---	----

3. Kapitel

Strafbedürftigkeit der nicht-konsentierten genetischen Diagnostik und Rechtslage vor Inkrafttreten des GenDG	38
---	----

I. Rechtslage vor Inkrafttreten des GenDG	39
1. Körperverletzungsdelikte §§ 223 ff. StGB	39
a) Probenentnahme	39
b) Ergebnismitteilung	42
2. Verletzung von Privatgeheimnissen § 203 StGB	44
3. Diebstahl § 242 StGB und Unterschlagung § 246 StGB	46
4. Bundesdatenschutzgesetz	47
5. Fazit	48
II. Strafbedürftigkeit des Täterverhaltens	49
1. Rechtsgut	50
a) Allgemeines Persönlichkeitsrecht	50
aa) Recht auf informationelle Selbstbestimmung	51
bb) Recht auf Nichtwissen	53
b) Körperliche Unversehrtheit	55
c) Zusammenfassung	57
2. Überlegungen zur Strafwürdigkeit des Täterverhaltens	57
a) Befürwortung der Strafwürdigkeit nicht-konsentierter genetischer Untersuchungen und Analysen	57
b) Ablehnung der Strafwürdigkeit nicht-konsentierter genetischer Untersuchungen und Analysen	58
c) Stellungnahme	59

4. Kapitel

Überblick über das systematische Umfeld der zentralen Strafnorm des § 25 Abs. 1 Nr. 1 GenDG	62
--	----

I. Einfluss der Richtlinien der Gendiagnostikkommission	62
1. Gesetzliche Vorgaben zur Gendiagnostikkommission	63
2. Relevanz der Richtlinien für die vorliegende Untersuchung	63
3. Rechtsnatur der Richtlinien	64
4. Ergebnis	73

II. Die Struktur der Strafnorm § 25 GenDG	74
1. Die Straftaten des § 25 Absatz 1 GenDG	74
a) § 25 Abs. 1 Nr. 1 GenDG	74
b) § 25 Abs. 1 Nr. 2 GenDG	75
c) § 25 Abs. 1 Nr. 3 GenDG	76
d) § 25 Abs. 1 Nr. 4 GenDG	78
e) § 25 Abs. 1 Nr. 5 GenDG	80
2. § 25 Absatz 2 GenDG	82
3. § 25 Absatz 3 GenDG	84
III. Die Struktur der Bußgeldvorschrift § 26 GenDG	84
1. Die Bußgeldtatbestände des § 26 Abs. 1 GenDG	84
a) § 26 Abs. 1 Nr. 1 GenDG	85
b) § 26 Abs. 1 Nr. 2 GenDG	86
c) § 26 Abs. 1 Nr. 3 GenDG	88
d) § 26 Abs. 1 Nr. 4 GenDG	90
e) § 26 Abs. 1 Nr. 5 GenDG	90
f) § 26 Abs. 1 Nr. 6 GenDG	91
g) § 26 Abs. 1 Nr. 7 GenDG	92
h) § 26 Abs. 1 Nr. 8 GenDG	93
i) § 26 Abs. 1 Nr. 9 GenDG	93
j) § 26 Abs. 1 Nr. 10 GenDG	95
2. Die unterschiedlichen Bußgeldrahmen nach § 26 Abs. 2 GenDG	95
3. Ahndungsausnahmeregelung § 26 Abs. 3 GenDG	96
IV. Das Konkurrenzverhältnis der Tatbestände § 25 und § 26 GenDG	97
V. Auslegung und Bestimmtheit der Normen unter besonderer Berücksichtigung der Blankett-Gesetzgebungstechnik	98
VI. Zusammenfassung	101

5. Kapitel

**Die Strafbarkeit der nicht-konsentierten genetischen Untersuchung
oder Analyse nach § 25 Abs. 1 Nr. 1 GenDG** 102

I. Deliktisnatur des § 25 Abs. 1 Nr. 1 GenDG	102
1. Einordnung als Verletzungsdelikt	103
2. Einordnung als abstraktes Gefährungsdelikt	104
3. Stellungnahme	104

4. Konsequenzen aus der Einordnung als abstraktes Gefährdungsdelikt	108
a) Annahme eines Taterfolges beim abstrakten Gefährdungsdelikt	108
b) Ablehnung eines Taterfolges beim abstrakten Gefährdungsdelikt	110
c) Stellungnahme	110
II. Versuch und Vollendung	111
III. Täterschaft und Teilnahme	112
1. § 25 Abs. 1 Nr. 1 GenDG als Sonderdelikt	112
2. § 25 Abs. 1 Nr. 1 GenDG als eigenhändiges Delikt	115
3. Tatobjekte der Norm	116
IV. Die Strafbarkeitsvoraussetzungen nach § 25 Abs. 1 Nr. 1 GenDG	116
1. Tathandlung: Vornahme einer genetischen Untersuchung oder Analyse	116
a) Erfordernis einer medizinischen Untersuchung	117
b) Problem der nicht-konsentierten Ergebnismitteilung als nicht-konsentier- genetische Untersuchung	119
c) Problem der Ergebnismitteilung bei nachträglichem Widerruf der Ein- willigung	120
d) Einordnung der Genprodukteanalyse gem. § 3 Nr. 2 c GenDG als genetische Untersuchung	121
e) Die vorgeburtliche Risikoabklärung gem. § 3 Nr. 3 GenDG als genetische Un- tersuchung	125
2. Handeln ohne Einwilligung	126
a) Einordnung der Einwilligung als Tatbestandsausschluss oder als Rechtferti- gungsgrund	127
aa) Der zustimmende Wille in die Vornahme eines Gentests als Rechtfertigung	129
bb) Der zustimmende Wille in die Vornahme eines Gentests als Tatbestands- ausschluss	133
(1) Personales Rechtsgutverständnis	133
(2) Tatbestandsverwirklichung nur bei Verstoß gegen den Willen des Op- fers	134
cc) Auswertung	137
b) Anforderungen an eine wirksame Einwilligung	138
aa) Dispositionsbefugnis des Erklärenden	139
bb) Kundgabe	141
cc) Einwilligungsfähigkeit	144
(1) Die genetische Untersuchung bei volljährigen einwilligungsunfähigen Patienten und die Berücksichtigung des Vetos	146
(2) Die genetische Untersuchung bei Minderjährigen und die Berücksich- tigung des Vetos	154
(3) Zwischenfazit	158
dd) Einwilligung nach Aufklärung	159
(1) Systematik der Aufklärungsvorgaben nach dem Gendiagnostikgesetz	160

(2) Verhältnis von Beratung und Aufklärung im GenDG	160
(3) Inhalt der Aufklärung bei genetischen Untersuchungen und Analysen	162
(a) Metaaufklärung	164
(b) Diagnoseaufklärung	165
(c) Verlaufsaufklärung oder Eingriffsaufklärung § 9 Abs. 2, Nr. 1 und 3 GenDG	165
(d) Risikoaufklärung § 9 Abs. 2 Nr. 2 GenDG	167
(e) Rechtsbelehrungen § 9 Abs. 2 Nr. 4–6 GenDG	168
(f) Wirtschaftliche Aufklärung	168
(g) Fazit zu den Aufklärungspflichten	171
ee) Wegfall der Aufklärungspflicht insbesondere bei Verzicht auf die Aufklärung	172
(1) Ablehnende Ansicht	174
(2) Aufklärungsverzicht als zulässiger Grundrechtsgebrauch	175
(3) Grenzen des Verzichtsrechts und Möglichkeit des Totalverzichts	177
(a) Metaaufklärung	178
(b) Diagnoseaufklärung	179
(c) Verlaufsaufklärung	180
(d) Risikoaufklärung	180
(e) Rechtsbelehrungen	181
(f) Wirtschaftliche Aufklärung	182
(g) Zwischenfazit zu den Möglichkeiten des Verzichts	182
(4) Formelle Anforderungen an die Verzichtserklärung	183
ff) Grenzen der Aufklärungspflicht wegen Kontraindikation/Therapeutisches Privileg	184
gg) Form der Aufklärung	185
hh) Bedenkzeit nach der Aufklärung	186
ii) Freiwilligkeit der Einwilligung	187
(1) Gewalt und Drohung	187
(2) Irrtümer bei Täuschung durch den Arzt	189
(a) Lehre von der Bedeutungskennntnis	190
(b) Normative Autonomietheorie	191
(c) Lehre von der Willensmängelfreiheit	192
(d) Auswertung	192
(3) Irrtümer des Untersuchten ohne Täuschung	194
jj) Kein Widerruf	195
kk) Ausschluss der Einwilligung wegen Sittenwidrigkeit der Tat	196
ll) Einwilligungssurrogate	198
(1) Mutmaßliche Einwilligung	198
(2) Hypothetische Einwilligung	200

3. Subjektiver Tatbestand und Irrtümer des Täters	203
4. Rechtfertigung und Schuld	205
V. Strafanwendungsrecht	205
1. Anknüpfungspunkte nach deutschem Strafanwendungsrecht	208
a) Anknüpfen an den Ort der Tathandlung	209
b) Anknüpfen an den Ort des Taterfolges	212
aa) Restriktive Ansicht	213
bb) Extensive Ansicht	215
cc) Rechtsauffassung des Bundesgerichtshofes	218
dd) Stellungnahme	220
ee) Zwischenergebnis zur Anwendbarkeit deutschen Strafrechts nach dem StGB	224
c) Durchbrechungen des Territorialitätsprinzips	224
aa) Passives Personalitätsprinzip	224
bb) Aktives Personalitätsprinzip	225
cc) Prinzip der stellvertretenden Strafrechtspflege	225
dd) Gemeinsames Erfordernis der Tatortstrafbarkeit	225
d) Anwendung deutschen Strafrechts bei Beteiligten von im Ausland vorgenom- menen genetischen Untersuchungen und Analysen im Sinne des § 25 Abs. 1 Nr. 1 GenDG	227
aa) Täterschaftliche Beteiligung aus dem Inland an einer Auslandstat	227
bb) Inländische Teilnahme an einer Auslandstat	228
e) Zwischenergebnis zur Anwendbarkeit deutschen Strafrechts auf im Ausland vorgenommene genetische Untersuchungen und Analysen im Sinne des § 25 Abs. 1 Nr. 1 GenDG	229
2. Völkerrechtliche Vereinbarkeit der Strafrechtserstreckung auf im Ausland vorge- nommene genetische Analysen im Sinne des § 25 Abs. 1 Nr. 1 GenDG	230
a) Völkerrechtliche Unzulässigkeit der rechtsmissbräuchlichen Ausübung von Strafgewalt	234
b) Völkerrechtliche Unzulässigkeit wegen Fehlens eines legitimierenden An- knüpfungspunktes oder einzelfallorientierter Abwägung	235
aa) Interesse des deutschen Staates an der Erstreckung der Strafgewalt	236
bb) Interesse des ausländischen Staates an der Freiheit vor der Erstreckung der Strafgewalt durch Drittstaaten	236
cc) Auswertung	237
c) Völkerrechtliche Unzulässigkeit wegen Hierarchie der Anknüpfungspunkte ..	238
d) Zwischenergebnis	239

6. Kapitel

**Darstellung der wesentlichen Ergebnisse in Thesen und
Zusammenfassung der Kritikpunkte des § 25 Abs. 1 Nr. 1 GenDG
unter besonderer Berücksichtigung genetischer Selbsttests** 240

I. Darstellung der wesentlichen Ergebnisse in Thesen	240
II. Zusammenfassung der wesentlichen Kritikpunkte bei der Anwendung des § 25 Abs. 1 Nr. 1 GenDG auf genetische Selbsttests	245
1. Medizinische Analysen	245
2. Nicht-medizinische Analysen	246
Literaturverzeichnis	247

Einleitung

Ziel dieser Arbeit ist es, die Strafbarkeit der nicht-konsentierten Genanalyse nach § 25 Abs. 1 Nr. 1 GenDG zu untersuchen und zu bewerten. Diese Norm stellt die zentrale Strafvorschrift im Rahmen der Tatbestände des GenDG dar.

Eingeführt wurde dieser Straftatbestand durch das Gendiagnostikgesetz, welches am 01. Februar 2010 in Kraft trat. Hiermit reagierte der Gesetzgeber auf die Entwicklungen der Humangenomforschung. Zweck der Regelungen ist es, umfassend vor den Gefahren genetischer Diskriminierung zu schützen und gleichzeitig die Chancen des Einsatzes genetischer Untersuchungen für den einzelnen Menschen zu nutzen¹.

Die rasante Entwicklung der Biomedizin stellt den Menschen und den Untersuchten vor neue Herausforderungen. Sicherlich haben auch Science-Fiction-Filme wie GATTACA, einen Einfluss auf die Befürchtungen und Ängste in der Gesellschaft im Umgang mit den Erbanlagen. In dem Spielfilm aus dem Jahre 1997 werden die beruflichen und sozialen Möglichkeiten von Individuen alleine auf Grundlage ihrer DNA bestimmt. Bei der ethischen Diskussion um mögliches Wissen eigener genetischer Daten spielen diese Ängste der genetischen Selektion tatsächlich eine bedeutende Rolle. Schließlich könnte die zunehmende „Genetisierung“ der Lebenswelt die Annahme eines genetischen Determinismus befördern². Als genetischer Determinismus bezeichnet man die Hypothese, dass der Mensch nur die Summe seiner Erbanlagen ist und daher seine Entwicklungschancen durch die Gene in bestimmtem Umfang vorherbestimmt sind.

Gendiagnostische Verfahren gewinnen bei der Ermittlung von genetischer Veranlagung im Gesundheitsbereich und auch in anderen Bereichen eine immer größere Bedeutung. Durch die ständig fortschreitenden technischen Möglichkeiten wird die Gendiagnostik in der Zukunft voraussichtlich eine noch größere Rolle spielen, als dies bislang der Fall ist³. Die Gendiagnostik ermöglicht es, einen noch gesunden Menschen als „zukünftig“ Kranken zu identifizieren⁴. Daraus resultieren erhebliche Schwierigkeiten im Umgang mit wachsendem genetischem Wissen. Genetische Daten betreffen darüber hinaus trotz ihrer Einzigartigkeit selten nur eine einzelne

¹ BT-Drs. 16/10532, S. 1.

² M.w.N. *Heinrichs*, in: Honnefelder/Lanzerath, Prädikative genetische Testverfahren, S. 132 f.

³ Deutscher Ethikrat, Stellungnahme genetische Diagnostik, S. 33 ff.; *Hasskarl/Ostertag*, MedR 2005, 640 (641).

⁴ *Timmefeld*, ZRP 2000, 10 (11).

Person, sondern lassen auch Schlüsse auf genetisch Verwandte zu. So besteht bei Gendefekten, die für Erkrankungen verantwortlich sind, wegen der Vererblichkeit genetischer Informationen in Abhängigkeit vom Erbgang des jeweiligen Gendefektes auch für Familienmitglieder des Betroffenen ein erhöhtes Risiko für eine bestimmte Erkrankung.

Ausgehend von der Prämisse, dass mit jeder Gendiagnostik auch ein mitunter schwerwiegender Eingriff in die Persönlichkeitsrechte des Betroffenen verbunden sein kann, sind besondere Schutzvorschriften erforderlich. Eine besonders hervorzuhebende Vorschrift hat der Gesetzgeber mit der Norm § 25 Abs. 1 Nr. 1 GenDG geschaffen. Danach sind medizinische genetische Untersuchungen ohne Zustimmung des Betroffenen strafbar.

Die gegen den Willen erfolgende genetische Analyse und Untersuchung stellt einen schweren Eingriff in die Persönlichkeitsrechte betroffener Personen dar. Hier können völlig neue und ungeahnte Möglichkeiten der Diskriminierung und Stigmatisierung entstehen. Besonders im Arbeitsleben und im Versicherungsbereich kommt der Kenntnis genetischer Dispositionen besondere Bedeutung zu, denn in diesen Bereichen werden an die genetische Konstitution unmittelbar finanzielle Interessen geknüpft. Dabei unterliegen die Erkenntnisse im Bereich der Human genomforschung stetem Wandel. Zwar sind bis heute sechs- bis siebentausend seltene, genetische Erbkrankheiten bereits bekannt⁵, jedoch können oftmals die genauen Zusammenhänge und Ursachen nur fragmentarisch aufgeklärt werden. Die Entschlüsselung des menschlichen Genoms hat gerade erst begonnen. Gleichwohl bestehen bereits jetzt zahlreiche Gefahren, vor denen das GenDG die Grundrechtsträger zu schützen sucht.

⁵ Eine Liste mit seltenen genetischen Erkrankungen ist abrufbar unter: <http://www.orphanet/national/DE-DE/index/startseite/>.

Gang der Untersuchung

Im ersten Kapitel werden Grundlagen der Molekulargenetik vorgestellt, die das Fundament für das Verständnis genetischer Untersuchungen und Analysen bilden. Dabei werden auch die verschiedenen Anwendungsbereiche für genetische Diagnostik im Überblick präsentiert. Außerdem wird der Anwendungsbereich des Gendiagnostikgesetzes aufgezeigt.

Im zweiten Kapitel wird die Entstehungsgeschichte des Gesetzes skizziert, wobei sich diese Erörterungen auf die wesentlichen Eckpfeiler der Gesetzgebungsdebatte beschränken.

In einem dritten Kapitel werden Überlegungen angestellt, ob die nicht konsentrierte genetische Analyse vor Erlass des GenDG bereits strafrechtlich erfasst wurde. Neben den Normen des Kernstrafrechts wird das Sanktionenrecht des BDSG in den Blick genommen. Hierbei wird insbesondere die Frage aufgeworfen, ob angesichts vorhandener Regelwerke die Notwendigkeit einer gesonderten strafrechtlichen Regelung bestand.

Schließlich werden im vierten Kapitel die materiellen Voraussetzungen der Strafbarkeit nach § 25 Abs. 1 Nr. 1 GenDG erörtert. Schwerpunkte bilden Fragen der Einwilligung und Aufklärung.

Ergänzend wird dann im Kapitel fünf auf strafanwendungsrechtliche Probleme bei der genetischen Untersuchung im Rahmen von im Ausland angebotenen Verbrauchertests eingegangen.

Abschließend werden im sechsten Kapitel die wesentlichen Kritikpunkte an der Ausgestaltung der Straf- und Bußgeldtatbestände sowie die Ergebnisse der vorliegenden Arbeit zusammengefasst. Das Problem der strafrechtlichen Erfassung sogenannter DTC-Tests ist in diesem Kontext besonders hervorzuheben.