



Universität Potsdam · Postfach 601553 · 14415 Potsdam

DEUTSCHER BUNDESTAG
Ausschuss für Gesundheit
Platz der Republik 1
11011 Berlin

Dr. Frauke Brosius-Gersdorf, LL.M.
Juristische Fakultät

Lehrstuhl für Europäisches und Deutsches
Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht,
Sozialrecht und Öffentliches Wirtschafts-
recht

Telefon: 0331/977-3226
Mobil: 0173-6091454
E-Mail: brosius@uni-potsdam.de
Telefax: 0331/977-3310

5. November 2007

Schriftliche Stellungnahme
zur öffentlichen Anhörung am 7. November 2007 in Berlin zu dem
Geszentwurf der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN
„Entwurf eines Gesetzes über genetische Untersuchungen bei Menschen
(Gendiagnostikgesetz – GenDG)“
BT-Drs. 16/3233

von

Dr. Frauke Brosius-Gersdorf, LL.M.

Gegenstand der Stellungnahme sind ausschließlich die Regelungen im „Entwurf eines Gesetzes über genetische Untersuchungen bei Menschen (Gendiagnostikgesetz – GenDG)“ – im Folgenden GenDG-E – zu genetischen Untersuchungen zur Klärung der Abstammung (§§ 21, 36 GenDG-E).

I. Genetische Untersuchungen zur Klärung der Abstammung (§ 21 GenDG-E)

1. Nach § 21 Abs. 1 GenDG-E darf eine genetische Untersuchung zur Klärung der Abstammung nur in Auftrag gegeben oder vorgenommen werden, wenn die Personen, von denen eine genetische Probe untersucht werden soll, in die Untersuchung und die dafür erforderliche Gewinnung einer genetischen Probe eingewilligt haben.

Diese Vorschrift ist um eine Regelung zu ergänzen, die eine genetische Untersuchung zur Klärung der Abstammung auch dann gestattet, wenn das Familienge-

richt die Einwilligung der betroffenen Person ersetzt und die Duldung der Probeentnahme angeordnet hat. Hintergrund ist, dass § 21 Abs. 1 GenDG-E in der aktuellen Fassung das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zu Vaterschaftstests vom 13.2.2007 (1 BvR 421/05) unberücksichtigt lässt. Das Bundesverfassungsgericht hat darin die derzeitige gesetzliche Ausgestaltung des Vaterschaftsuntersuchung wegen Verstoßes gegen das Persönlichkeitsrecht rechtlicher Väter für verfassungswidrig erklärt und den Gesetzgeber aufgefordert, bis zum 31.3.2008 ein Verfahren bereitzustellen, in dem die Abstammung eines Kindes auch gegen den Willen der Mutter und des Kindes geklärt werden kann, ohne die Vaterschaft anfechten zu müssen. Dementsprechend hat die Bundesregierung einen „Entwurf eines Gesetzes zur Klärung der Vaterschaft unabhängig vom Anfechtungsverfahren“ (BT-Drs. 16/6561 vom 4.10.2007) vorgelegt, der vorsieht, dass jedes Familienmitglied (rechtlicher Vater, Mutter, Kind) zur Klärung der leiblichen Abstammung des Kindes jeweils von den beiden anderen Familienmitgliedern verlangen kann, in eine genetische Abstammungsuntersuchung einzuwilligen und die Entnahme einer für die Untersuchung geeigneten genetischen Probe zu dulden (§ 1598a Abs. 1 BGB-E). Wird die Einwilligung verweigert, kann das Familienmitglied, das die Klärung der Abstammung begehrt, das Familiengericht anrufen, das die nicht erteilte Einwilligung zu ersetzen und die Duldung einer Probeentnahme anzuordnen hat (§ 1598a Abs. 2 BGB-E).

Dieser Fall, dass die Einwilligung in eine genetische Abstammungsuntersuchung und die Probeentnahme vom Familiengericht nach § 1598a Abs. 2 BGB-E ersetzt wird, ist nicht bereits von § 21 Abs. 7 GenDG-E erfasst, wonach Vorschriften über die Feststellung der Abstammung im Rahmen eines gerichtlichen Verfahrens unberührt bleiben. § 21 Abs. 7 GenDG-E erfasst nach seinem Wortlaut nur Abstammungsuntersuchungen, die „im Rahmen eines gerichtlichen Verfahrens“ – also durch das Gericht bzw. einen von ihm beauftragten Sachverständigen vorgenommen werden. Dies ist etwa bei Vaterschaftsanfechtungsklagen (§§ 1599 ff. BGB) oder bei der gerichtlichen Feststellung der Vaterschaft nach § 1600d BGB der Fall, nicht aber in dem vom Bundesverfassungsgericht mit Urteil vom 13.2.2007 geforderten und in § 1598a BGB-E vorgesehenen neu zu regelnden Verfahren der rechtsfolgenlosen Klärung der Vaterschaft. Jedenfalls nach dem aktuellen Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Klärung der Vaterschaft wird die Vaterschaftsuntersuchung nicht von dem Gericht, sondern nach Abschluss des gerichtlichen Verfahrens von dem Klärungsberechtigten selbst – bei einem Institut seiner Wahl – in Auftrag gegeben (s. Ziff. B. Zu Artikel 1 Zu Nummer 3 2. der Begründung zum „Entwurf eines Gesetzes zur Klärung der Vaterschaft unabhängig vom Anfechtungsverfahren“).

2. § 21 Abs. 3 GenDG-E, der eine genetische Untersuchung zur Klärung der Abstammung an die Voraussetzung knüpft, dass die betroffene Person über die genetische Untersuchung aufgeklärt wird und schriftlich einwilligt, muss ebenfalls an die vom Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil vom 13.2.2007 benannten Grundsätze und den entsprechenden „Entwurf eines Gesetzes zur Klärung der Vaterschaft unabhängig vom Anfechtungsverfahren“ angepasst werden. Es bedarf einer Ausnahmeregelung für Fälle, in denen das Familiengericht die Einwilligung in eine genetische Abstammungsuntersuchung ersetzt und die Duldung der Probeentnahme anordnet.
3. Zu modifizieren ist auch § 21 Abs. 4 GenDG-E, wonach bestimmte Regelungen der §§ 10 und 13 bis 15 GenDG-E über die Einwilligung, die Mitteilung des Ergebnisses, die Aufbewahrung und Vernichtung des Ergebnisses sowie die Aufbewahrung, Verwendung und Vernichtung der Proben entsprechend gelten. Namentlich die Bestimmungen in § 10 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 lit. a) GenDG-E (Entscheidung über Ob und Umfang der genetischen Untersuchung), in § 10 Abs. 2 GenDG-E (jederzeitige Möglichkeit des Widerrufs der Einwilligung) und in § 13 Abs. 3 GenDG-E (Mitteilung des Ergebnisses der genetischen Untersuchung an andere nur mit ausdrücklicher und schriftlich erteilter Genehmigung der betroffenen Person), auf die § 21 Abs. 4 GenDG-E verweist, können auf Fälle, in denen die Einwilligung in eine genetische Abstammungsuntersuchung ersetzt und die Duldung der Probeentnahme vom Familiengericht angeordnet wird (§ 1598a Abs. 1 BGB-E ersetzt wird), keine Anwendung finden. Dasselbe gilt für den Verweis in § 21 Abs. 5 Satz 2 GenDG-E auf § 16 Abs. 1 Nrn. 2, 4 GenDG-E.

II. Strafvorschriften (§ 36 Abs. 1 Nrn. 8, 9, Abs. 2 GenDG-E)

1. § 36 Abs. 1 Nrn. 8 und 9 GenDG-E enthalten Strafvorschriften für den Fall, dass entgegen § 21 Abs. 1 Satz 1 eine genetische Untersuchung zur Klärung der Abstammung einer Person ohne deren Einwilligung vorgenommen wird. Auch insoweit muss der GenDG-E um eine Regelung ergänzt werden, die klarstellt, dass die Strafvorschriften nicht zur Anwendung kommen, wenn eine genetische Untersuchung zur Klärung der Abstammung zwar ohne eine von der betroffenen Person erteilte Einwilligung vorgenommen wird, die Einwilligung aber vom Gericht in einem Verfahren zur Klärung der Vaterschaft ersetzt wurde. Diese Klarstellung ist sub specie des Bestimmtheitsgebots des Art. 103 Abs. 2 GG notwendig.
2. § 36 Abs. 1 Nrn. 8, 9 i.V.m. Abs. 2 GenDG-E dürfte in der aktuellen Fassung gegen das allgemeine Gleichheitsgebot des Grundgesetzes (Art. 3 Abs. 1 GG) verstoßen. Nach § 36 Abs. 1 Nr. 8 GenDG-E wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem

Jahr oder mit Geldstrafe bestraft, wer entgegen § 21 Abs. 1 Satz 1 eine genetische Untersuchung zur Klärung der Abstammung einer Person ohne deren Einwilligung vornimmt. Dies gilt nach § 36 Abs. 1 Nr. 9 GenDG-E aber dann nicht, wenn die Untersuchung vorgenommen wurde, um einer oder einem Dritten Gewissheit über ein sie oder ihn betreffendes Verwandtschaftsverhältnis ersten Grades (scil.: Verwandtschaft zwischen Vater und Kind oder zwischen Mutter und Kind) zu verschaffen; in diesem Fall wird die Straftat nur auf Antrag (der verletzten Person) verfolgt, wenn nicht die Strafverfolgungsbehörde eine Strafverfolgung von Amts wegen für geboten hält (§ 36 Abs. 2 GenDG-E – relatives Antragsdelikt).

§ 36 Abs. 1 Nr. 8 und Nr. 9 GenDG-E erfassen nur die „Vornahme“ einer genetischen Abstammungsuntersuchung ohne Einwilligung der betroffenen Person; das „in Auftrag geben“ der Abstammungsuntersuchung ist – anders als in § 21 Abs. 1 Satz 1 GenDG-E – nicht erwähnt, so dass sich die Strafbarkeit des Auftraggebers allenfalls aus § 26 StGB ergeben kann. Für Fälle, in denen der Vater eines Kindes (oder die Mutter oder das Kind) die Kindesabstammung heimlich untersuchen lässt – sog. heimliche Vaterschaftstests – bedeutet das: Nimmt der Vater den Vaterschaftstest ohne Einwilligung der betroffenen Personen selbst vor, macht er sich nach § 36 Abs. 1 Nr. 8 GenDG-E strafbar, ohne dass das Antragserfordernis nach § 36 Abs. 2 GenDG-E gilt. Gibt der Vater die Abstammungsuntersuchung dagegen bei einem Dritten in Auftrag, der die Untersuchung durchführt, um dem Vater Gewissheit über seine biologische Vaterschaft zu verschaffen, wird die Hauptstraftat des Dritten (von der die Tat des Vaters als Auftraggebers akzessorisch abhängig ist, vgl. § 26 StGB) nach § 36 Abs. 2 GenDG-E grundsätzlich nur auf Antrag verfolgt.

Diese Privilegierung desjenigen, der die Abstammungsuntersuchung zur Klärung der Kindesabstammung bei einem Dritten in Auftrag gibt, gegenüber dem, der die Untersuchung selbst vornimmt, erscheint willkürlich und daher gleichheitswidrig. Die Begründung zu § 36 Abs. 1 Nr. 9 GenDG-E, bei heimlichen Untersuchungen zur Klärung eines die eigene Person betreffenden Verwandtschaftsverhältnisses ersten Grades könne mit Blick auf das Klärungsinteresse der Person, die die Untersuchung veranlasst, ein geringerer Unrechts- oder Schuldgehalt vorliegen, trifft ebenso auf Situationen zu, in denen die Untersuchung nicht veranlasst, sondern selbst vorgenommen wird.

Aus diesem Grund muss § 36 Abs. 1 Nr. 9 GenDG-E geändert werden. Entweder ist das in § 36 Abs. 2 GenDG-E vorgesehene Antragserfordernis insgesamt zu streichen oder auch auf Fälle zu erstrecken, in denen eine genetische Untersuchung zur Klärung der Abstammung einer Person ohne deren Einwilligung vorge-

nommen wird, um sich selbst Gewissheit über ein sich betreffendes Verwandtschaftsverhältnis ersten Grades zu verschaffen.

Überdies erscheint es zweifelhaft, ob bei demjenigen, der eine genetische Untersuchung zur Klärung der Abstammung einer Person ohne deren Einwilligung vornimmt, um einem Dritten Gewissheit über ein ihn betreffendes Verwandtschaftsverhältnis ersten Grades zu verschaffen, tatsächlich ein geringerer Unrechts- oder Schuldgehalt vorliegt. Wird die Untersuchung beispielsweise von professionellen Genlaboren vorgenommen, dürften in der Regel wirtschaftliche Interessen Hauptgrund für die Untersuchung sein und nicht (primär) das Bedürfnis, Dritten bei der Klärung ihrer Zweifel an der Kindesabstammung zu helfen.

3. Ob ein Familienmitglied (Vater, Mutter, Kind), das eine genetische Untersuchung zur Klärung der Kindesabstammung entgegen § 21 Abs. 1 Satz 1 GenDG-E ohne Einwilligung der betroffenen Personen vornimmt oder in Auftrag gibt, um sich Gewissheit über die Kindesabstammung zu verschaffen, überhaupt mit (Freiheits- oder Geld-)Strafe belegt werden sollte (vgl. § 36 Abs. 1 Nrn. 8, 9 GenDG-E), obliegt der politischen Entscheidung des Gesetzgebers. Es ist weder verfassungsrechtlich im Interesse des Persönlichkeitsschutzes des Kindes zwingend geboten, eine Strafbewehrung vorzusehen, noch ist Straffreiheit von Verfassungen wegen erforderlich.

Zu bedenken ist aber, dass nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 13.2.2007 der rechtliche Vater eines Kindes (sowie das Kind selbst) grundsätzlich von Verfassungen wegen einen Anspruch auf Klärung der Kindesabstammung hat (vgl. auch den entsprechenden „Entwurf eines Gesetzes zur Klärung der Vaterschaft unabhängig vom Anfechtungsverfahren“). Der Grund hierfür ist, dass das Interesse, die Kindesabstammung zu kennen, den Schutz des verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsrechts (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) genießt. Insofern unterscheiden sich die Fälle heimlicher genetischer Abstammungsuntersuchungen zur Klärung der Kindesabstammung von anderen ohne Einwilligung der betroffenen Person durchgeführten genetischen Untersuchungen, bei denen ein Anspruch gegen die betroffene Person auf Einwilligung in die Untersuchung regelmäßig nicht besteht. Dieser Unterschied rechtfertigte es, von einer Strafbewehrung heimlicher Vaterschaftstests insgesamt abzusehen.

Dies gilt umso mehr, als heimliche Vaterschaftstests häufig einer schweren persönlichen Konfliktlage des Vaters entspringen und nur deswegen vorgenommen werden, um die Ehe oder Partnerschaft und das Kindeswohl zu schonen. Durch Offenbarung des Verdachts – bei einem legalen Vaterschaftstest – werden die ehelichen und familiären Beziehungen oftmals zerrüttet, und zwar auch dann, wenn sich nachher herausstellt, dass der rechtliche auch der leibliche

sich nachher herausstellt, dass der rechtliche auch der leibliche Vater des Kindes ist, was nach derzeitigen Erkenntnissen in ca. 80% der Abstammungstests der Fall ist. Ob Väter (und andere Familienmitglieder) in einer solchen Situation wirklich mit Strafe zu belegen sind, sollte überdacht werden.

Potsdam/Berlin, den 5. November 2007

Dr. Frauke Brosius-Gersdorf, LL.M