



Regierungsdirektor Dr. Stefan Braun, Stuttgart

Das neue Gendiagnostikgesetz

Sanktionierung "heimlicher Vaterschaftstests"

Seit 2003 gilt das Humangenom als vollständig entschlüsselt. Wegen der weitreichenden Möglichkeiten der Informationsbeschaffung und der damit verbundenen Risiken der Diskriminierung aufgrund genetischer Veranlagungen hat sich der Gesetzgeber veranlasst gesehen, die Bürgerinnen und Bürger in die Lage zu versetzen, ihr Recht auf informationelle Selbstbestimmung auszuüben. Vor diesem Hintergrund ist das Gendiagnostikgesetz nach kontroversen Diskussionen und einem langen Gesetzgebungsprozess in Kraft getreten. Neben der Verankerung eines Benachteiligungsverbotes wegen genetischer Eigenschaften und bereichsspezifischen Ausprägungen, etwa für das Arbeits- und Versicherungsrecht, enthält das GenDG auch Regelungen zur Klärung der Abstammung sowie Straf- und Bußgeldvorschriften, die sich insbesondere auch auf den Bereich der sog. heimlichen Vaterschaftstests erstrecken.

Vor dem Hintergrund der durch die modernen gendiagnostischen Verfahren gegebenen Möglichkeiten Vaterschaftstests relativ einfach, preisgünstig und vor allem ohne Wissen eines Teils der Betroffenen vornehmen zu können, wurde von dieser Möglichkeit zunehmend Gebrauch gemacht. Über die Zulässigkeit solcher Tests wurde auch in der Öffentlichkeit äußerst kontrovers und überwiegend völlig emotional diskutiert. Der BGH entschied, dass ein durch einen heimlichen Vaterschaftstest erlangtes Ergebnis prozessual nicht verwertbar ist. Die Diskussion trat in eine neue Dimension, als das Bundesverfassungsgericht daraufhin dem Gesetzgeber aufgab, ein Verfahren zu schaffen, welches dem Mann ermöglichen sollte sein Grundrecht auf Kenntnis der Abstammung zu verwirklichen.

Da das vom Gesetzgeber zur Klärung der Vaterschaft zur Verfügung gestellte Verfahren völlig an den gesellschaftlichen Realitäten und vor allem an den Befindlichkeiten der Beziehung von "Vater" und Mutter vorbeigeht, war die Nachfrage nach heimlichen Vaterschaftstests ungebrochen. Der Gesetzgeber hat sich daher veranlasst gesehen, heimliche Vaterschaftstests zu sanktionieren. Ob dies der zugrunde liegenden Spannungslage gerecht wird, erscheint äußerst fraglich. Auch zeigt das Ergebnis des politischen Meinungsbildungsprozesses und dessen Umsetzung in einem Gesetzgebungsverfahren, wie die gesellschaftlichen Kräfteverhältnisse derzeit verteilt sind. Der Beitrag untersucht die Regelungen bezüglich heimlicher Vaterschaftstests im Gendiagnostikgesetz und hinterfragt den Strafzweck der Sanktionen vor dem Hintergrund der gesellschaftlichen Verhältnisse.

S. 149

- HFR 11/2010 S. 1 -

1 I. Das neue Gendiagnostikgesetz

Am 01.02.2010 ist das Gesetz über genetische Untersuchungen bei Menschen (Gendiagnostikgesetz - GenDG¹) in seinen wesentlichen Teilen in Kraft getreten (§ 27 GenDG). Damit wurde die seit Längerem auch in einer breiteren Öffentlichkeit äußerst kontrovers diskutierte Problematik² der "heimlichen Vaterschaftstests" auch einer

¹ Vom 31.07.2009, BGBl. Teil 1 Nr. 50 vom 04.08.2009, S. 2529; BT-Drs. 16/10532.

² Vgl. dazu z.B. Willutzki, ZRP 2007, 180 ff.

materiell-rechtlichen Regelung zugeführt.³

- 2 "Heimliche Vaterschaftstests" waren bisher zwar prozessual nicht verwertbar, darüber hinaus aber sanktionslos. § 17 GenDG regelt nun die Rahmenbedingungen für die Durchführung von Abstammungsuntersuchungen und gemäß § 26 Abs. 1 Nr. 6 und Nr. 7 GenDG sind "heimliche" Abstammungsuntersuchungen für den Untersuchenden und die Auftraggeber bußgeldbewehrt.
- 3 Der Gesetzgeber hat angesichts der Entwicklung der Humangenomforschung die Notwendigkeit gesehen, die Bürgerinnen und Bürger in die Lage zu versetzen, ihr Recht auf informationelle Selbstbestimmungen auszuüben. Vor diesem Hintergrund hat mit dem Inkrafttreten des Gendiagnostikgesetzes eine jahrzehntelange Diskussion einen zumindest vorläufigen Abschluss gefunden.⁴ Wie in kaum einem anderen neueren Gesetz wurden die grundsätzlichen Probleme der rechtlichen Regelung dieser Materie im Vorfeld eingehend erörtert.⁵ Das Humangenom gilt seit dem Jahr 2003 als vollständig entschlüsselt. Die Anzahl genetischer Analysen lag im Jahr 2004 bei über 300.000.⁶ Für humangenetische Untersuchungen ist nunmehr ein breites Anwendungsfeld eröffnet, etwa zur Klärung der Abstammung einer Person oder zur Rückführung von Krankheiten auf molekulargenetische Veranlagungen. Somit ist das Anwendungsfeld genetischer Untersuchungen längst nicht mehr auf den medizinischen Bereich im engeren Sinne beschränkt.⁷ Mittels prädikativer genetischer Untersuchungen lassen sich einerseits im Bereich der Medizin individuelle Krankheitsrisiken frühzeitig erkennen und entsprechende präventive Maßnahmen ergreifen. Andererseits bergen Informationen über individuelle genetische Dispositionen aber auch ein erhebliches Missbrauchs- und Diskriminierungspotential, etwa beim Abschluss von Versicherungs- und Arbeitsverträgen.⁸ Hinzu kommt, dass sich genetische Daten inzwischen bereits aus kleinsten Spuren z.B. einzelnen Haaren gewinnen lassen, die leicht auch ohne Wissen und Wollen des Betroffenen beschafft werden können. Vor diesem Hintergrund ist es Ziel des Gendiagnostikgesetzes, die mit der Untersuchung menschlicher genetischer Eigenschaften verbundenen möglichen Gefahren von genetischer Diskriminierung zu verhindern und gleichzeitig die Chancen des Einsatzes genetischer Untersuchungen für den Einzelnen zu wahren. Mit dem Gesetz sollen Anforderungen an eine gute genetische Untersuchungspraxis verbindlich gemacht werden. Für die Bereiche der medizinischen Versorgung, der Abstammung, des Arbeitslebens und der Versicherungen werden spezifische Regelungen getroffen. Ferner wird einer Gendiagnostikkommission gesetzlich die Aufgabe zugewiesen, den allgemein anerkannten Stand von Wissenschaft und Technik in Richtlinien für die in dem GenDG relevanten Bereich festzulegen und kontinuierlich die Entwicklung der genetischen Diagnostik zu beobachten und zu bewerten.
- 4 Die äußerst komplexe Problemstellung der Regelungsmaterie des Gendiagnostikgesetzes ist auch die Ursache für das lang dauernde und von den

³ Zum Thema Genanalyse und Datenschutz vgl. z.B. Ronellenfitsch, NJW 2006, 321 ff.

⁴ Vgl. Wiese, BB 2009 S. 2198; z.B. auch Zuck, ZRP 2005, 117 ff.; Spickhoff, NJW 2005, 1694, 1702; zum damaligen Vorschlag Baden-Württembergs: Brand/Schmalzl, NJW 20/2005, VI, BR-Drs. 280/05.

⁵ Vgl. Nachweise bei Wiese, Genetische Analysen und Rechtsverordnung 1994, S. 11 ff. und z.B. Hasskarl/Ostertag, MedR 2005, 640, 644 ff.; Wiese, BB 2005, 2073 ff.; Stocker, Das Verbot genetischer Diskriminierung und das Recht auf Achtung der Individualität, 2008; Damm/König, Rechtliche Regulierung prädiktiver Gesundheitsinformationen und genetischer "Exzeptionalismus" in: MedR 2008, S. 62; vgl. auch z.B. Schmidt-Jortzig, Die DNA-Analyse - Ethische Perspektiven aus Sicht des Verfassungsrechts, unter <http://www.justiz.baden-wuerttemberg.de/servlet/PB/show/1154882/Die%20DNA-Analyse%20mit%20Fn.Umbruch.pdf>; vgl. auch Ronellenfitsch, NJW 2006, 321 ff.; zum parlamentarischen Werdegang des GenDG siehe insbes.: BT-Drs. 14/9020; BT-Drs. 14/6640; BT-Drs. 15/543; BT-Drs. 16/3233; BR-Drs. 633/08; Regierungsentwurf vom 29.08.2008, BR-Drs. 633/08; Stellungnahme des Bundesrates vom 10.10.2008, BR-Drs. 633/08 (B); Gegenäußerung der Bundesregierung vom 15.10.2008, BT-Drs. 16/10582; 1. Lesung des Bundestages am 16.10.2008 Pl.Pr. 16/183, S. 19541 D - 19546 C, 19623 B - 19629 B.; Regierungsentwurf vom 13.10.2008, BT-Drs. 16/10532; vgl. zur Entwicklungsgeschichte auch Wikipedia.org/Wiki/gendiagnostikgesetz m.w.N.

⁶ BT-Drs. 16/10532 S. 16.

⁷ Genenger, NJW 2010, 113.

⁸ Vgl. zu den Chancen und Risiken Genenger, NJW 2010, 113.

unterschiedlichsten Positionen geprägte Gesetzgebungsverfahren. Erster Anlass einer breiteren Diskussion über die Möglichkeiten und Gefahren der Gendiagnostik war bereits der Bericht der Enquete-Kommission des 10. Deutschen Bundestages.⁹ Die grundsätzlichen Probleme der rechtlichen Regelung dieser Materie wurden in der Folge eingehend erörtert.¹⁰ Den vorläufigen Abschluss der Diskussion zu dieser Thematik stellt das nun vorliegende Gendiagnostikgesetz dar. Dieses ist auch eingebettet in einen Komplex internationaler Regelungen zur Genanalyse und Gendiagnostik.¹¹

S. 150

- HFR 11/2010 S. 2 -

5 II. Inhalt des GenDG

Das Gendiagnostikgesetz umfasst 8 Abschnitte. In den §§ 1 bis 6 sind dabei zunächst die allgemeinen Vorschriften und Begriffsbestimmungen geregelt. Zentrale Bedeutung kommt hier dem in § 4 GenDG¹² verankerten Benachteiligungsverbot¹³ zu. Dieses verbietet jede Benachteiligung der Betroffenen und der mit ihnen genetisch Verwandten wegen genetischer Eigenschaften oder wegen (nicht-) Vornahme genetischer Untersuchungen.¹⁴ Das GenDG trifft dann in den folgenden Abschnitten bereichsspezifische Regelungen, ausgehend vom jeweiligen Zweck der genetischen Untersuchung im medizinischen Bereich (§§ 7 bis 16), zur Klärung der Abstammung (§ 17), im Versicherungsbereich (§ 18) und im Arbeitsleben (§§ 19 bis 22). Der 7. Abschnitt des GenDG umfasst die Straf- und Bußgeldvorschriften. Der 8. Abschnitt enthält bei den Schlussvorschriften in § 27 die Regelungen zum Inkrafttreten.

6 III. Problem: "heimliche Vaterschaftstests"

1. Gesellschaftliche Realität

In der öffentlichen Diskussion um die Problematik der "heimlichen Vaterschaftstests" waren in verschiedenen Publikationen die unterschiedlichsten Prozentzahlen bezüglich der Frage zu lesen, wie viele Kinder nicht von dem Mann abstammen, der glaubt, der Vater zu sein.¹⁵ Die Spanne bewegt sich hier zwischen 3 % und bis zu 30 %. Zum Teil beruhen diese Werte auf fraglichen Grundlagen, teilweise liegen diesen Zahlen jedoch belastbare Untersuchungen zugrunde. Nach wohl einigermaßen belastbaren Zahlen stammen zwischen 3,7 %¹⁶ und 10 %¹⁷ der geborenen Kinder nicht von dem Mann ab, der glaubt, der Erzeuger zu sein bzw. der der jeweilige Partner der Mutter ist. Die verlässlichste Zahl dürfte wohl die von Bellis sein, der für seine Quote von 3,7 % Erkenntnisse aus 33 Studien aus Europa und den USA aus den Jahren zwischen 1950

⁹ BT-Drs. 10/6775.

¹⁰ Vgl. Nachweise bei Wiese, Genetische Analysen und Rechtsverordnung 1994, S. 11 ff. und z.B. Hasskarl/Ostertag, MedR 2005, 640, 644 ff.; Wiese, BB 2005, 2073 ff.; Stocker, Das Verbot genetischer Diskriminierung und das Recht auf Achtung der Individualität, 2008; Damm/König, Rechtliche Regulierung prädiktiver Gesundheitsinformationen und genetischer "Exzeptionalismus" in: MedR 2008 S. 62; vgl. auch z.B. Schmidt-Jortzig, Die DNA-Analyse - Ethische Perspektiven aus Sicht des Verfassungsrechts, unter <http://www.justiz.baden-wuerttemberg.de/servlet/PB/show/1154882/Die%20DNA-Analyse%20mit%20Fn.Umbruch.pdf>.

¹¹ Internationale Regelungen zur Genanalyse und -diagnostik finden sich insbesondere in Art. 7 und 8 Charta der Grundrechte der EU, Art. 8 Europäische Menschenrechtskonvention, Art. 10,12 Übereinkommen über Menschenrechte und Biomedizin des Europarates, Zusatzprotokoll betreffend Gentests zu gesundheitlichen Zwecken, Art 5 c), Art. 7 und 9 UNESCO - Erklärung über das menschliche Genom und Menschenrechte von 1997, Art. 9 UNESCO-Erklärung über Bioethik und Menschenrechte von 2005.

¹² Vgl. Präve, Versicherungsrecht 2009 S. 857, 859.

¹³ Vgl. Wiese, BB 2009, S. 2198, 2206.

¹⁴ Vgl. dazu Genenger, NJW 2010, 113, 114.

¹⁵ Allg. Lit. zu diesem Thema: z.B. Schmollack, Kuckuckskinder, Kuckuckseltern, 2008; Haas/Waldenmaier, Der Kuckucksfaktor, München 2004.

¹⁶ Bellis, Centre for Public Health der Liverpool John Moores University in Journal of Epidemiology and Community Health, Bd. 59 S. 749, 2005; vgl. auch Berndt, Süddeutsche Zeitung v. 29.09.2005 ("Wahre Vaterfreuden") unter <http://www.sueddeutsche.de/wissen/kuckuckskinder-wahre-vaterfreuden-1.832673>; Stern 16/00, S. 264; Heck (Jüttner) in Spiegel, 17.04.2008 unter <http://www.spiegel.de/panorama/justiz/0,1518,548042,00.html>; Diamond, Der dritte Schimpanse.

¹⁷ Vgl. Binschuss, Zeitschrift für das Fürsorgewesen, ZfF 01/2002, S. 12-13, mit Verweis auf eine Vaterschaftsstudie unter 10.000 Familien in Europa und Nordamerika.

bis 2004 mit mehr als 300.000 getesteten Personen neu ausgewertet hat.¹⁸ Auch wird auf eine Schätzung der "Interessengemeinschaft für Abstammungsgutachten" verwiesen,¹⁹ die davon ausgeht, dass jedes Jahr in Deutschland etwa 10 % aller Säuglinge nicht von dem Mann abstammen, der glaubt, der Vater zu sein.

- 7 Nach den Angaben des Statistischen Bundesamtes Deutschlands wurden im Jahr 2008 682.514 Kinder lebend geboren. Hiervon 3,7 % sind rund 25.000 Kinder, 10 % entsprechen rund 68.000 Kinder. Dies bedeutet, dass unter Zugrundelegung obengenannter Zahlen jährlich absolut betrachtet zwischen 25.000 und 68.000 Männer zu Unrecht glauben, sie seien Vater eines Kindes.
- 8 Weiterhin stellt sich in etwa 20 bis 25 % der Untersuchungen heraus, dass die Zweifel des Mannes an der Vaterschaft berechtigt waren, d.h. der den Vaterschaftstest in Auftrag gebende Mann nicht der Vater des fraglichen Kindes ist.²⁰ Bezüglich dieser Zahl muss allerdings berücksichtigt werden, dass sie Vaterschaftstests umfasst, bei denen der Mann aufgrund gewisser Umstände bereits Zweifel an seiner Vaterschaft hatte. 86 % der Männer sollen im Zweifelsfalle einen heimlichen Vaterschaftstest befürworten und 93 % würden angeblich das Kind nicht mehr akzeptieren, wenn sich herausstellt, dass sie nicht der Vater sind. 40 % forderten, dass Mütter sogenannter Kuckuckskinder bestraft werden.²¹
- 9 In Deutschland wurden im Jahr 2003 insgesamt rund 50.000 Vaterschaftstests für mehr als 40 Mio. EUR in Auftrag gegeben.²² Labore bieten im Internet derartige Tests schon für Preise ab rd. 100,-- Euro pro Test an.
- 10 So sehr diese Zahlen wegen der teilweise nur unzureichenden Quellenangaben bzw. Untersuchungsmethoden und der insgesamt mit derartigen Untersuchungen verbundenen Unsicherheiten, insbesondere bezüglich der untersuchten Bezugsgruppen, mit Vorsicht zu behandeln sind, machen sie gleichwohl deutlich, dass hier ein größeres rechtliches, gesamtgesellschaftliches und für die betroffenen "Väter" sowie die untersuchenden Labore auch ein wirtschaftliches Problem bzw. eine Spannungslage besteht.
- 11 Dass (heimliche) Vaterschaftsuntersuchungen zwischenzeitlich fast zur gesellschaftlichen Normalität geworden sind, zeigt sich etwa daran, dass Labore öffentlich für ihre Dienstleistungen werben²³ und auch eine renommierte Zeitschrift wie Öko-Test die Zuverlässigkeit solcher Tests untersucht und bewertet hat.²⁴ Gibt man den Suchbegriff "Vaterschaftstest" in Google ein, erhält man rund 108 000 Treffer, darunter eine Vielzahl von Laboren, die derartige Tests anbieten.

¹⁸ Bellis, Centre for Public Health der Liverpool John Moores University in Journal of Epidemiology and Community Health, Bd. 59 S. 749, 2005.

¹⁹ Nibbrig, Berliner Morgenpost v. 10.06.2009, auch unter http://www.morgenpost.de/printarchiv/berlin/article337139/Jedes_fuenfte_Baby_ein_Kuckuckskind.html.

²⁰ Vgl. dazu auch Goll, Justizminister von Baden-Württemberg, Pressemitteilung vom 16.03.2005 unter <http://www.justizministerium-bw.de/servlet/PB/menu/1167546/index.html?ROOT=1153239>; Muscheler, in Das Familienhandbuch des Staatsinstituts für Frühpädagogik (IFP) unter www.familienhandbuch.de/cmain/f_Fachbeitrag/a_Rechtsfragen/s_1652.html; Grosse, siehe Berliner Morgenpost v. 10.06.2009, auch unter http://www.morgenpost.de/printarchiv/berlin/article337139/Jedes_fuenfte_Baby_ein_Kuckuckskind.html.

²¹ Ärztezeitung v. 13.12.2004 mit Verweis auf eine repräsentative Umfrage (befragt wurden 1103 Männer zwischen 16 und 65 Jahren) der Zeitschrift "Freundin"; (unter <http://www.aerztezeitung.de/medizin/krankheiten/hormonstoerungen/testosteronmangel/article/338170/maenner-heimliche-vaterschaftstests.html?sh=3&h=-391388394>).

²² Muscheler, in Das Familienhandbuch des Staatsinstituts für Frühpädagogik (IFP) unter www.familienhandbuch.de/cmain/f_Fachbeitrag/a_Rechtsfragen/s_1652.html.

²³ Vgl. Muscheler a.a.O. mit dem Hinweis auf Äußerungen von Ministerin Zypries.

²⁴ Öko-Test Heft November 2003 S. 69 ff.

12 **2. Prozessuale Situation des "Scheinvaters"**

Gläubt ein Mann, nicht der genetische Vater seines Kindes zu sein, kann er die Vaterschaft nach den §§ 1599 ff. BGB gerichtlich anfechten. Ergibt das gerichtlich eingeholte (genetische) Sachverständigengutachten, dass der Mann als Vater des Kindes ausscheidet, so ist seine Vaterschaft mit Rechtskraft des Anfechtungsurteils ex tunc beseitigt. Voraussetzungen für die Vaterschaftsanfechtungsklage sind nach dem Gesetz nur die Anfechtungsberechtigung (§ 1600 BGB) und die Wahrung der zweijährigen Anfechtungsfrist (§ 1600b Abs. 1 BGB). In ständiger Rechtsprechung hat der BGH²⁵ jedoch eine weitere Voraussetzung für den anfechtenden Mann aufgestellt. Dieser muss auch Umstände vortragen und glaubhaft machen, die bei objektiver Betrachtung geeignet sind, Zweifel an der Abstammung des Kindes zu wecken. D.h. er muss in substantiiertem Weise darlegen, worauf sich sein Verdacht gründet, nicht der Vater des Kindes zu sein. Dieses Erfordernis der schlüssigen Darlegung eines Anfangsverdachts führte häufig zu einer entsprechenden Beweisnot beim zweifelnden Vater.

13 Vor diesem Hintergrund lag es nahe, aufgrund von Haar- oder Speichelproben ein privates Abstammungsgutachten bei einem genetischen Institut einzuholen. Doch auch wenn sich hieraus klar die fehlende Abstammung ergab, akzeptierten die Gerichte die Vaterschaftsanfechtungsklage nicht. Ein heimlich eingeholtes Gutachten beinhaltet nach Ansicht der Rechtsprechung einen rechtswidrigen Eingriff in das Grundrecht des Kindes auf informationelle Selbstbestimmung und ist daher vor Gericht nicht verwertbar. Es kann nicht dazu benutzt werden, die Anfechtungsklage schlüssig zu machen.²⁶ Dies führte im Einzelfall oft zu dem absurden Ergebnis, dass jeder wusste, dass der Mann nicht der Vater des Kindes war, man ihm aber trotzdem die Anfechtungsklage nicht erlaubte.²⁷

14 Auf dieser Grundlage hatte sich das Bundesverfassungsgericht²⁸ mit der Frage auseinander zu setzen, ob diese Rechtslage und die geltende Rechtsprechung auch die Grundrechte des Vaters hinreichend beachtet. Dabei wurde zunächst anerkannt, dass es spiegelbildlich zum Recht des Kindes auf Kenntnis seiner eigenen Abstammung als Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG auch ein Recht des Vaters auf Kenntnis der genetischen Abstammungsverhältnisse gibt.²⁹ In seiner Entscheidung griff das Bundesverfassungsgericht weder die Rechtsprechung des BGH zum begründeten Anfangsverdacht an, diese hält es mit Blick auf den "Schutz des rechtlichen und sozialen Familienverbandes aus Art. 6 Abs. 1 GG" sogar für geboten,³⁰ noch wurden heimliche Vaterschaftstests akzeptiert, denn das schlichte Interesse des Mannes sich ein Beweismittel zu sichern, könne einen Eingriff in das Grundrecht des Kindes auf informationelle Selbstbestimmung nicht rechtfertigen.³¹

²⁵ BGH NJW 2003, 585 = FPR 2003, 135; NJW 1998, 2976, Erman/Hammermann, BGB, 12. Aufl. 2008 RNR. 7 f.; Palandt/Diederichsen, BGB, 69. Aufl. 2010 § 1599 RNR. 5; insg. Wellenhofer, NJW 2008, 1185 m.w.Nw. in Fn. 1.

²⁶ BGH NJW 2005, 497; OLG Zelle NJW 2004, 449; OLG Jena FPR 2003, 374; OLG Koblenz NJW 2006, 1742; Klinkhammer, FF 2005, 150; krit. aber z.B. Ogorek in: Festschrift für Simon 2005 S. 459, 470 f.; Wellenhofer, FamRZ 2005, 665, 667; vgl. insg. Wellenhofer, NJW 2008, S. 1186, Fn. 2.

²⁷ Vgl. allg. dazu Wellenhofer, FamRZ 2005, 665 ff.

²⁸ BVerfG, Urteil vom 13.02.2007 - 1 BvR 421/05; = NJW 2007, 753 = Fam RZ 2007, 441; auch etwa Rittner/Rittner, NJW 2005, 945 ff.

²⁹ Dazu Gernhuber/Coester-Waltjen, Familienrecht, 5. Aufl. 2006 § 52 RNR. 20; Bohnert, FPR 2002, 383, 389; Wellenhofer, FamRZ 2005, 665, 667.

³⁰ BVerfG NJW 2007, 753, 756 = Fam RZ 2007, 441, 445; Krit. Frank/Helms, Fam RZ 2007, 1277, 1278.

³¹ BVerfG NJW 2007, 753, 758 = Fam RZ 2007, 441, 447; abl. Balthasar, Fam RZ 2007, 448, 449; ebenso Wellenhofer, NJW 2008, 1185 (Fn. 6).

Eine sorgfältige Abwägung³² der grundrechtlich geschützten Interessen von Vater und Kind hat das Bundesverfassungsgericht nicht vorgenommen.³³

- 15 Das Bundesverfassungsgericht stellte im Weiteren fest, dass die bis dahin geltende Gesetzeslage verfassungswidrig, weil lückenhaft sei. Es fehle ein geeignetes Verfahren für den Mann, sein Grundrecht auf Kenntnis der Abstammung aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG zu verwirklichen. Dem Gesetzgeber wurde daher aufgegeben, ein entsprechendes Verfahren zu schaffen. Dieser Verpflichtung ist der Gesetzgeber mit dem Gesetz zur Klärung der Vaterschaft unabhängig vom Anfechtungsverfahren,³⁴ das am 01.04.2008 in Kraft getreten ist, nachgekommen.
- 16 Mit diesem Gesetz hat der an der Klärung seiner Vaterschaft interessierte Mann ein Wahlrecht. Er kann, wenn die entsprechenden Voraussetzungen dafür vorliegen, wie schon bisher, sofort die Vaterschaftsanfechtung betreiben. Er kann mit der neuen Regelung aber auch zunächst die bloße biologische Herkunft des Kindes durch ein privates Abstammungsgutachten klären, um anschließend zu entscheiden, ob er die Vaterschaft anfechten will oder ob er es trotz Feststehens der Nichtvaterschaft bei der bisher rechtlichen Vaterschaft belässt.³⁵ Die Regelung soll die widerstreitenden Grundrechte der Beteiligten in einen angemessenen Ausgleich bringen, nämlich das Recht auf Kenntnis der Abstammungsverhältnisse mit dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung.³⁶ Gemäß § 1598a BGB können zur Klärung der leiblichen Abstammung des Kindes, der Vater jeweils von der Mutter und dem Kind, die Mutter jeweils vom Vater und Kind und das Kind jeweils von beiden Elternteilen verlangen, dass diese in eine genetische Abstammungsuntersuchung einwilligen und die Entnahme einer für die Untersuchung geeigneten genetischen Probe dulden. Die Probe muss nach den anerkannten Grundsätzen der Wissenschaft entnommen werden. Gemäß § 1598a Abs. 2 BGB hat das Familiengericht auf Antrag eines Klärungsberechtigten eine nicht erteilte Einwilligung zu ersetzen und die Duldung einer Probenentnahme anzuordnen.

S. 152

- HFR 11/2010 S. 4 -

- 17 Mit diesem formellen Verfahren wurde zwar eine Regelung zur Verfügung gestellt, die den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts genügt. Im Kern geht diese Regelung jedoch an der Lebenswirklichkeit völlig vorbei. Hintergrund von heimlichen Vaterschaftsuntersuchungen werden in vielen Fällen Konstellationen sein, in denen der Mann zwar aus bestimmten Gründen gewisse Zweifel an seiner Vaterschaft hat, er jedoch die Beziehung zu Mutter und Kind nicht durch die Offenbarung dieser Zweifel gefährden will. Eine heimliche genetische Untersuchung ist geeignet, vorhandene Zweifel an der Vaterschaft auszuräumen und dadurch die bestehende familiäre Beziehung zu schonen.³⁷ Sollte der Mann den Weg über das formelle Verfahren gehen, würde genau das passieren, was er vermeiden will, nämlich, dass es zu einem tiefen Zerwürfnis in der Familie bzw. Partnerschaft kommt. Wer die Familie zur Wahrheitsfindung gar vor Gericht zwingen will, wird sie kaputt machen.³⁸ Vor diesem Hintergrund bestand auch nach Inkrafttreten des Vaterschaftsklärungsgesetzes offensichtlich ungebrochen das Bedürfnis und die Nachfrage nach heimlichen Vaterschaftstests.
- 18 Ist rechtskräftig festgestellt, dass der Scheinvater nicht der biologische Vater ist, kann dieser die Frau auf Auskunft auf Nennung des Namens des biologischen Vaters in Anspruch nehmen, um Unterhaltsrückforderungsansprüche gegen den tatsächlichen

³² Dazu etwa Rittner/Rittner, NJW 2002, 1745, 1749; Bohnert, FPR 2002, 383, 389; Lindner, NVwZ 2005, 774; Zuck, FPR 2007, 379; Staudinger/Rauscher, BGB 2004 Einl. zu §§ 1589 ff. RNR. 116, der die Rechte des Vaters als gewichtiger ansieht; insg. Wellenhofer, NJW 2008, 1185 (Fn. 7).

³³ Vgl. insg. Wellenhofer, NJW 2008, 1185 f.

³⁴ Vom 26.03.2008, BGBl. 2008 Teil 1 Nr. 11 vom 31.03.2008 S. 441; BT-Drs. 16/6561; s. auch BT-Drs. 16/6649; vgl. dazu auch z.B. Helms, FamRZ 2008, 1033 ff.

³⁵ BT-Drs. 16/6561 S. 10; Palandt/Diederichsen, BGB, 69. Aufl. 2010, § 1598a RNR. 1.

³⁶ Palandt/Diederichsen a.a.O. § 1598a RNR. 2.

³⁷ Goll a.a.O.

³⁸ Vgl. Goll a.a.O.

Vater geltend zu machen. In diesem Zusammenhang hat der BGH entschieden, dass der Anspruch auch vollstreckbar ist und zur Durchsetzung dieses Anspruch auch Zwangshaft möglich sei.³⁹

- 19 In materieller Hinsicht war der heimliche Vaterschaftstest bis zum Inkrafttreten des Gendiagnostikgesetzes mit keinen Sanktionen bewehrt.
- 20 Nunmehr regelt das Gendiagnostikgesetz die Rahmenbedingungen für die Zulässigkeit und Durchführung von Abstammungsuntersuchungen und enthält auch Sanktionsregelungen für die Vornahme von heimlichen Vaterschaftstests.
- 21 **IV. Die Regelungen zu genetischen Untersuchungen zur Klärung der Abstammung**

Der dritte Abschnitt des Gendiagnostikgesetzes enthält in § 17 die Vorschriften über genetische Untersuchungen zur Klärung der Abstammung.⁴⁰

- 22 Um eine genetische Untersuchung zur Klärung der Abstammung eines Kindes durchzuführen, genügt heute eine geringe Menge einer DNA-haltigen Körpersubstanz oder Haare. Für die Untersuchungen reichen den Laboren in den meisten Fällen Proben von zwei Personen, nämlich des Kindes und des mutmaßlichen Vaters aus, um im Wege eines Vergleichs der DNA-Merkmale das Abstammungsverhältnis zu klären. Bei fehlender mütterlicher Genprobe (sog. Differenzfall) besteht jedoch ein nicht unerheblicher Unsicherheitsfaktor, so dass Untersuchungen aufgrund von drei Proben, nämlich des Vaters, des Kindes und der Mutter sicherere Untersuchungsergebnisse liefern. Auftraggeber dieser Labore sind meist Männer, die an ihrer Vaterschaft zweifeln. Seltener werden die Untersuchungen von Frauen in Auftrag gegeben, die sich wegen mehrerer Sexualpartner Klarheit über die Vaterschaft des Kindes verschaffen wollen.⁴¹ Da sich die für genetische Abstammungsuntersuchungen erforderlichen Proben leicht von den betroffenen Personen auch unbemerkt beschaffen lassen, birgt dies die Gefahr, dass die Untersuchungen ohne Kenntnis und Einverständnis der Betroffenen durchgeführt werden. Durch § 17 GenDG soll hier eine klare Regelung zum Schutz des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung der Betroffenen geschaffen werden.⁴²
- 23 Vor diesem Hintergrund stellt § 17 GenDG zunächst klar, dass an die Abstammungsklärung keine geringeren Anforderungen zu stellen sind als an andere genetische Untersuchungen, so dass insbesondere die Vorschriften über die vorherige Einwilligung und Aufklärung, sowie über die Mitteilung der Ergebnisse und Verwendung sowie Vernichtung der Proben Anwendung finden.⁴³

S. 153

- HFR 11/2010 S. 5 -

24 **1. Aufklärung, Einwilligung:**

Gemäß § 17 Abs. 1 GenDG darf eine genetische Untersuchung zur Klärung der Abstammung nur vorgenommen werden, wenn die Person, deren genetische Probe untersucht werden soll, zuvor über die Untersuchung aufgeklärt worden ist und in die Untersuchung und Gewinnung der dafür erforderlichen genetischen Probe eingewilligt hat. Damit sollen insbesondere ohne Wissen der betroffenen Personen vorgenommene Abstammungsuntersuchungen verhindert werden.⁴⁴

- 25 Gemäß § 17 Abs. 1 HS 2 GenDG gilt für die Einwilligung § 8 GenDG entsprechend. Nach § 8 GenDG darf eine genetische Untersuchung oder Analyse nur vorgenommen und eine dafür erforderliche genetische Probe nur gewonnen werden, wenn die

³⁹ BGH, Beschl. v. 03.07.2008 - I ZB 87/06.

⁴⁰ Dazu z.B. Genenger, a.a.O. 115 f.

⁴¹ BT-Drs. 16/10532 S. 33.

⁴² BT-Drs. 16/10532 S. 33.

⁴³ Genenger, a.a.O. S. 116.

⁴⁴ BT-Drs. 16/10532 S. 33.

betroffene Person in die Untersuchung und die Gewinnung der dafür erforderlichen genetischen Probe ausdrücklich und schriftlich gegenüber der verantwortlichen ärztlichen Person eingewilligt hat. Diese Einwilligung umfasst sowohl die Entscheidung über den Umfang der genetischen Untersuchung als auch die Entscheidung, ob und inwieweit das Untersuchungsergebnis zur Kenntnis zu geben oder zu vernichten ist. Gemäß § 8 Abs. 2 GenDG kann die betroffene Person ihre Einwilligung jederzeit mit Wirkung für die Zukunft schriftlich oder mündlich gegenüber der verantwortlichen ärztlichen Person widerrufen. Erfolgt der Widerruf mündlich, ist dieser unverzüglich zu dokumentieren. D.h. im Rahmen der Einwilligung hat die betroffene Person auch zu entscheiden, ob und inwieweit ihr das Ergebnis der genetischen Untersuchung zur Kenntnis zu geben oder zu vernichten ist. Es besteht somit nur die Wahl zwischen Kenntnisnahme der Ergebnisse oder aber Vernichtung der Ergebnisse ohne Möglichkeit der Kenntnisnahme. Dies bringt zum Ausdruck, dass es nicht möglich ist, die Befunde erst zur Kenntnis zu nehmen und dann vernichten zu lassen, mit der Folge, dass sie nicht Bestandteil der Behandlungsunterlagen wären. Einmal mitgeteilte Untersuchungsergebnisse werden im Hinblick auf das jeweilige Arzt-Patienten-Verhältnis als existent betrachtet. Dies kann in vielerlei Zusammenhängen Bedeutung gewinnen, z.B. bei dem Abschluss einer Lebensversicherung. Auch insoweit hat die betroffene Person die Entscheidungsfreiheit, das Untersuchungsergebnis insgesamt zur Kenntnis zu nehmen oder vernichten zu lassen oder nur Teile des Untersuchungsergebnisses zur Kenntnis zu nehmen und die anderen Teile vernichten zu lassen.⁴⁵ Diese Entscheidung wird als problematisch erachtet, weil sich der Betroffene nach Mitteilung der Ergebnisse, insbesondere wenn diese eine genetisch bedingte Krankheit prognostizieren, in eine ganz andere Lage versetzt sieht als vor der Untersuchung.⁴⁶

26 Insgesamt soll das Erfordernis der Schriftform den Betroffenen die Relevanz vor Augen führen und darüber hinaus gewährleisten, dass im Streitfall ein sicherer Nachweis der Einwilligung vorhanden ist.⁴⁷

27 **2. Zuständigkeit, Umfang der Aufklärung:**

Gemäß § 17 Abs. 1 S. 2 GenDG muss die Aufklärung durch die für die Vornahme der Untersuchung verantwortliche Person erfolgen. Für die Aufklärung gilt § 9 Abs. 1 Nr. 1 erster HS, Nr. 2 bis 5 und Abs. 3 GenDG entsprechend. D.h. die Aufklärung muss insbesondere Zweck, Art, Umfang und Aussagekraft der genetischen Untersuchungen einschließlich der mit dem vorgenommenen genetischen Untersuchungsmittel im Rahmen des Untersuchungszwecks erzielbaren Ergebnisse umfassen, sich auf mögliche gesundheitliche Risiken, die mit der Kenntnis des Ergebnisses der genetischen Untersuchung selbst, aber auch mit der Gewinnung der dafür erforderlichen Probe verbunden sind, erstrecken, die vorgesehene Verwendung der Probe sowie der Untersuchungs- und Analyseergebnisse umfassen, den Hinweis darauf, dass die betroffene Person die Einwilligung jederzeit widerrufen kann, sowie Teile davon nicht zur Kenntnis zu nehmen, sondern vernichten zu lassen, beinhalten, sowie eine Dokumentation der Untersuchungsergebnisse enthalten.

28 **3. Untersuchungsumfang:**

Nach § 17 Abs. 1 S. 3 und 4 GenDG dürfen nur die zur Klärung der Abstammung erforderlichen Untersuchungen an der genetischen Probe vorgenommen werden. Feststellungen über andere Tatsachen dürfen nicht getroffen werden. Auch die Beschränkung auf den Untersuchungszweck dient dem Schutz des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung der betroffenen Personen.⁴⁸

⁴⁵ BT-Drs. 16/10532 S. 26.

⁴⁶ Vgl. Genenger, a.a.O. S. 114.

⁴⁷ BT-Drs. 16/10532 S. 33 f.

⁴⁸ BT-Drs. 16/10532 S. 34.

29 **4. Erfasster Bereich:**

§ 17 Abs. 2 GenDG bestimmt, dass die Regelungen des Absatzes 1 auch für die Personen gelten, die eine genetische Untersuchung zur Klärung der Abstammung vornehmen lassen, also für den Auftraggeber einer solchen Untersuchung.⁴⁹

S. 154

- HFR 11/2010 S. 6 -

30 **5. Nicht einwilligungsfähige Personen:**

a) Ist die Person, deren genetische Probe untersucht werden soll, nicht einwilligungsfähig, so gelten die in § 17 Abs. 3 GenDG aufgeführten besonderen Bestimmungen. Die genetische Untersuchung muss der nicht einwilligungsfähigen Person zuvor so weit wie möglich verständlich gemacht worden sein und diese darf die Untersuchung oder die dafür erforderliche Gewinnung der genetischen Probe nicht ausdrücklich oder durch entsprechendes Verhalten ablehnen (§ 17 Abs. 3 Nr. 1 GenDG). Zudem muss der Vertreter der nicht einwilligungsfähigen Person über die Untersuchung aufgeklärt worden sein und in die Untersuchung und die Gewinnung der dafür geeigneten genetischen Probe eingewilligt haben (§ 17 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 GenDG). Hinsichtlich der Vertretung gelten die Regelungen des § 14 GenDG.⁵⁰ Ein Vertretungsfall wird insbesondere dann häufig gegeben sein, wenn die Abstammung eines minderjährigen Kindes geklärt werden soll. Sie kann aber auch dann Anwendung finden, wenn ein Elternteil nicht einwilligungsfähig ist.⁵¹ Hinzuweisen ist hier insbesondere auf § 14 Abs. 1 Nr. 4 GenDG. Danach muss die Vertretungsperson gemäß § 9 GenDG aufgeklärt werden und gemäß § 8 GenDG in die Untersuchung eingewilligt haben. Weitere Voraussetzung ist, dass die Vorschriften des § 10 GenDG über die genetische Beratung eingehalten worden sind.

31 b) Vertretungsperson einer minderjährigen nicht einwilligungsfähigen Person bei der Entscheidung über eine Einwilligung in die Vornahme der genetischen Untersuchung ist ihr gesetzlicher Vertreter, bei einer volljährigen nicht einwilligungsfähigen Person ihr gesetzlicher oder wirksam bevollmächtigter Vertreter. Die Vertretung minderjähriger, nicht einwilligungsfähiger Personen richtet sich nach den Vorschriften des BGB. Danach wird ein minderjähriges Kind durch seine sorgeberechtigten Eltern (§ 1629 BGB) oder ggf. durch einen Vormund (§ 1793 Abs. 1 S. 1 BGB) oder Pfleger (§ 1915 Abs. 1, § 1793 Abs. 1 S. 1 BGB) vertreten. Diese haben die Entscheidung darüber, ob sie die Einwilligung erteilen am Kindeswohl auszurichten (§ 1627 BGB). Können sich gemeinsam sorgeberechtigte Eltern über die Abgabe der Einwilligung für das Kind nicht einigen, kann jeder Elternteil beim Familiengericht beantragen, ihm insoweit die Alleinentscheidungsbefugnis zu übertragen (§ 1628 BGB). Besteht hinsichtlich der Vornahme einer genetischen Untersuchung zwischen den Eltern und dem Kind ein erheblicher Interessensgegensatz, kann das Familiengericht den Eltern unter den Voraussetzungen des § 1629 Abs. 2 S. 3 i.V.m. § 1796 BGB die Vertretungsmacht für die Entscheidung über die Einwilligung des Kindes entziehen und auf einen Ergänzungspfleger übertragen (§ 1909 Abs. 1 BGB).⁵²

32 c) Zum Schutz der nicht einwilligungsfähigen Personen ist weitere Voraussetzung, dass sie allenfalls geringfügig und nicht über die mit der Untersuchung und der Gewinnung der dafür geeigneten Probe in der Regel verbundenen Risiken hinaus gesundheitlich beeinträchtigt werden (§ 17 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 GenDG). Für die Aufklärung und die Einwilligung des Vertreters gelten § 17 Abs. 1 S. 1 und 2 und Abs. 2 GenDG entsprechend. § 1627 und 1901, Abs. 2 und 3 BGB finden Anwendung. Die Vertretungsperson ist bei der Entscheidung über die Einwilligung an das Wohl der nicht

⁴⁹ BT-Drs. 16/10532 S. 34.

⁵⁰ BT-Drs. 16/10532 S. 34.

⁵¹ BT-Drs. 16/10532 S. 34.

⁵² BT-Drs. 16/10532 S. 31 f.

einwilligungsfähigen Person gebunden.⁵³

33 **6. Untersuchungen nur durch qualifizierte Personen:**

Gemäß § 17 Abs. 4 GenDG dürfen genetische Untersuchungen zur Klärung der Abstammung nur durch Ärztinnen und Ärzte oder durch auf dem Gebiet der Abstammungsbegutachtung erfahrene nichtärztliche Sachverständige mit abgeschlossener naturwissenschaftlicher Hochschulbildung vorgenommen werden. Die Untersuchung darf nur von der verantwortlichen ärztlichen Person oder einer von dieser beauftragten Einrichtung vorgenommen werden (§ 17 Abs. 4 S. 2 i.V.m. § 7 Abs. 2 GenDG).

34 **7. Anwendung weiterer Vorschriften des GenDG über Mitteilung, Verwendung Vernichtung und Aufbewahrung der Proben:**

Gemäß § 17 Abs. 5 GenDG finden zum Schutz des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung der betroffenen Person eine Reihe weiterer Vorschriften, die für genetische Untersuchungen zu medizinischen Zwecken gelten, auf genetische Untersuchungen zur Klärung der Abstammung entsprechende Anwendung. So gelten die Vorschriften über die Mitteilung des Ergebnisses genetischer Untersuchungen und Analysen (§ 11 Abs. 2 bis 4 GenDG) sowie über die Verwendung und Vernichtung genetischer Proben entsprechend. Hinsichtlich der Aufbewahrung von Abstammungsuntersuchungen wird im Hinblick auf die entsprechende Regelung in den Richtlinien der Bundesärztekammer abweichend von § 12 GenDG eine Frist von 30 Jahren festgelegt. Dies dient dem generationsübergreifenden Nachweis der Abstammung auch nach dem Tod einer beteiligten Person.⁵⁴

S. 155

- HFR 11/2010 S. 7 -

35 **8. Schwangerschaft aufgrund einer rechtswidrigen Tat nach §§ 176 bis 179 StGB:**

§ 17 Abs. 6 GenDG enthält eine Ausnahme vom Verbot pränataler genetischer Abstammungsuntersuchungen für den Fall, dass nach ärztlicher Erkenntnis an der Schwangeren eine rechtswidrige Tat nach den §§ 176 bis 179 StGB (sexueller Missbrauch, Vergewaltigung) begangen worden ist und dringende Gründe für die Annahme sprechen, dass die Schwangerschaft auf der Tat beruht. Angesichts der psychischen Belastungssituation der Schwangeren im Hinblick auf den möglicherweise zu erwartenden Befund, sowie der zu erwartenden gesundheitlichen Auswirkungen auf die Schwangere und der physischen Auswirkungen auf den Embryo oder Fötus im Falle einer Entscheidung der Schwangeren die Schwangerschaft abubrechen, stellt die Vorschrift diese pränatale genetische Abstammungsuntersuchung wegen des im Vordergrund stehenden Gesundheitsbezuges unter Arztvorbehalt.⁵⁵

36 **9. Einwilligung / gerichtliche Entscheidung:**

§ 17 Abs. 7 GenDG stellt die Verbindung des Gesetzes zu § 1598a BGB her, der im Zuge des "Gesetzes zur Klärung der Vaterschaft unabhängig vom Anfechtungsverfahren" ins BGB eingefügt wurde.⁵⁶ Gemäß § 1598a BGB haben Vater, Mutter und Kind gegeneinander einen Anspruch auf Einwilligung in eine genetische Abstammungsuntersuchung. Wird die Einwilligung nicht erteilt, wird sie auf Antrag eines Klärungsberechtigten grundsätzlich vom Familiengericht ersetzt. Wenn und solange die Klärung der Abstammung für das minderjährige Kind eine erhebliche Kindeswohlbeeinträchtigung begründen würde, die auch unter Berücksichtigung der Belange des Klärungsberechtigten unzumutbar wäre, setzt das Gericht das Verfahren aus. D.h. die Personen, gegen die sich der Anspruch richtet, müssen in eine genetische

⁵³ BT-Drs. 16/10532 S. 34.

⁵⁴ BT-Drs. 16/10532 S. 34.

⁵⁵ BT-Drs. 16/10532 S. 34.

⁵⁶ Genenger, a.a.O. S. 116 m.w.Nw.

Abstammungsuntersuchung einwilligen und die Entnahme der dafür geeigneten Proben dulden. Bei einer Weigerung der Betroffenen hat das Gericht auf Antrag die Einwilligung bzw. Duldung zu ersetzen. Liegt eine solche rechtskräftige Entscheidung vor, so steht diese der gemäß § 17 Abs. 1, Abs. 2, Abs. 3 S. 1 Nr. 2 GenDG erforderlichen Einwilligung gleich.⁵⁷ Eine Aufklärung über die Untersuchung hat aber auch in diesem Fall zu erfolgen.⁵⁸ Ist mit der gerichtlichen Entscheidung die Einwilligung einer nicht einwilligungsfähigen Person ersetzt worden, so ist eine etwaige Ablehnung der nicht einwilligungsfähigen Person unbeachtlich. Gleichwohl muss die Untersuchung der Person so weit wie möglich verständlich gemacht worden sein.⁵⁹

37 **10. Regelungen in Bezug auf das Pass-, Ausweis- und Aufenthaltsgesetz:**

§ 17 Abs. 8 GenDG enthält besondere Regelungen für genetische Abstammungsuntersuchungen im Zusammenhang mit im Ausland bei den Auslandsvertretungen gestellten Pass- und Visumsanträgen sowie den inländischen aufenthaltsrechtlichen Verfahren zum Familiennachzug und für den Staatsangehörigkeitsnachweis kraft Abstammung im Rahmen der Identifizierung bei Pass- und Personalausweis-Antragsverfahren.⁶⁰

S. 156

- HFR 11/2010 S. 8 -

38 **V. Straf- und Bußgeldvorschriften**

Verstöße gegen u.a. die Vorschriften des § 17 GenDG sind gemäß § 25 und 26 GenDG mit Strafe bedroht bzw. mit Bußgeld bewehrt.

39 **1. Strafbarkeit der Vornahme von Untersuchungen oder Treffung von Feststellungen über den jeweiligen Untersuchungszweck hinaus (§ 25 Abs. 1 Nr. 4 u.a. i.V.m. § 17 Abs. 1 S. 3 oder 4, Abs. 2 GenDG):**

a. Tatbestand:

Gemäß § 25 Abs. 1 Nr. 4 GenDG wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft, wer entgegen § 17 Abs. 1 S. 3 oder 4, Abs. 2 GenDG eine weitergehende Untersuchung vornimmt oder vornehmen lässt oder eine Feststellung trifft oder treffen lässt. Mit dieser Sanktionierung soll sichergestellt werden, dass bei genetischen Untersuchungen nicht einwilligungsfähiger Personen sowie bei Abstammungsuntersuchungen keine weitergehenden Untersuchungen vorgenommen werden, als für den jeweiligen Untersuchungszweck erforderlich sind.⁶¹

40 **b. Strafschärfung:**

§ 25 Abs. 2 GenDG enthält eine Strafschärfung. Danach wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wer eine in Abs. 1 bezeichnete Handlung gegen Entgelt oder in der Absicht begeht, sich oder einen anderen zu bereichern oder einen anderen zu schädigen. Diese Regelung trägt entsprechend § 203 Abs. 5 StGB dem besonderen Unrechtsgehalt einer Tat Rechnung, mit der der Täter sich oder einen Anderen bereichern oder einen Anderen schädigen will.

41 **c. Antragserfordernis:**

Nach § 25 Abs. 3 GenDG wird die Tat nur auf Antrag verfolgt. Dies trägt dem Umstand Rechnung, dass in einem Strafverfahren die Informationen über die genetischen Eigenschaften der betroffenen Person nur dann verwendet werden dürfen, wenn diese einer solchen Verwendung zustimmt, was durch die Stellung eines Strafantrags zum Ausdruck kommt. Allein das öffentliche Interesse kann einer Verwendung dieser

⁵⁷ Genenger, a.a.O. S. 116.

⁵⁸ BT-Drs. 16/10532 S. 35.

⁵⁹ BT-Drs. 16/10532 S. 35.

⁶⁰ BT-Drs. 16/10532 S. 35.

⁶¹ BT-Drs. 16/10532 S. 41.

Informationen in einem Strafverfahren ohne Zustimmung der betroffenen Personen nicht genügen.⁶²

S. 157

- HFR 11/2010 S. 9 -

42 2. Bußgeldvorschriften

§ 26 Abs. 1 Nr. 6 und 7 GenDG sehen eine Bußgeldbewehrung für "heimliche" genetische Abstammungsuntersuchungen vor.

43 a. Vornahme einer genetischen Untersuchung ohne Einwilligung - "Beauftragter":

Gemäß § 26 Abs. 6 GenDG handelt ordnungswidrig, wer entgegen § 17 GenDG eine genetische Untersuchung ohne Einwilligung der dort genannten Person vornimmt. Damit betrifft diese Bußgeldbewehrung Personen, die eine genetische Abstammungsuntersuchung durchführen, ohne dass Ihnen die schriftliche Einwilligung der Person, deren Probe sie untersuchen, vorliegt.⁶³

44 b. Vornahme einer genetischen Untersuchung ohne Einwilligung - "Auftraggeber":

Eine Ordnungswidrigkeit begeht gemäß § 26 Abs. 1 Nr. 7 GenDG weiter, wer entgegen § 17 Abs. 2, Abs. 1 S. 1 erster HS (Abs. 3 S. 2) GenDG

- a) als Vater oder Mutter des Kindes deren Abstammung geklärt werden soll,
- b) als Kind, das seine Abstammung klären lassen will oder
- c) als sonstige Person

eine genetische Untersuchung ohne die erforderliche Einwilligung vornehmen lässt. Diese Regelung betrifft die Auftraggeber einer genetischen Abstammungsuntersuchung, die eine solche "heimlich" vornehmen lassen, also ohne dass eine schriftliche Einwilligung der Person, deren Probe untersucht wird, vorliegt. Mit Blick auf die unterschiedlichen Bußgeldrahmen in § 26 Abs. 2 GenDG differenziert die Nr. 7 zwischen dem Vater und der Mutter des Kindes dessen Abstammung geklärt werden soll und dem Kind das seine Abstammung klären lassen will einerseits und sonstigen Personen andererseits. Vater im Sinne von a) ist der rechtliche Vater im Sinne von § 1592 BGB, also der Mann, der zum Zeitpunkt der Geburt des Kindes mit der Mutter verheiratet ist, der die Vaterschaft anerkannt hat oder dessen Vaterschaft gerichtlich festgestellt wurde.⁶⁴ Das besondere Klärungsinteresse das den abgesenkten Bußgeldrahmen nach § 26 Abs. 2 GenDG rechtfertigt, ist bei ihm gegeben, nicht jedoch bei einem Mann, der gegenwärtig nicht in einer Pflichtenstellung zum Kind steht, sondern nur seine leibliche Vaterschaft für möglich hält. Letzterer ist daher "sonstige Person" im Sinne von c).⁶⁵

- 45 Ein von Deutschland aus handelnder Auftraggeber unterliegt der vorgesehenen Sanktionierung auch dann, wenn die heimliche Abstammungsuntersuchung im Ausland durchgeführt wird und nach den dortigen nationalen Regelungen keine Einwilligung der Person, deren Probe untersucht wird, erforderlich ist.⁶⁶

⁶² BT-Drs. 16/10532 S. 41.

⁶³ BT-Drs. 16/10532 S. 41.

⁶⁴ BT-Drs. 16/10532 S. 42.

⁶⁵ BT-Drs. 16/10532 S. 42.

⁶⁶ BT-Drs. 16/10532 S. 42.

46 **c. Differenzierter Bußgeldrahmen:**

§ 26 Abs. 2 GenDG enthält differenzierte Regelungen zur Höhe der Bußgeldandrohung. Dem Gesetzgeber erschien dies im Hinblick auf den Unrechtsgehalt und die Verletzung der jeweiligen Persönlichkeitsrechte geboten.⁶⁷

- 47 Für genetische Abstammungsuntersuchungen, die ohne die erforderliche Einwilligung in Auftrag gegeben wurden ("heimliche Vaterschaftstests"), sieht § 26 Abs. 2 GenDG einen auf 5.000 EUR abgesenkten Bußgeldrahmen für den Vater und die Mutter des Kindes, dessen Abstammung geklärt werden soll und das Kind, das seine Abstammung klären lassen will, vor. Diese Personen haben nach Auffassung des Gesetzgebers ein besonderes Interesse an der Klärung, weil es um ihre tatsächliche und in der Folge häufig auch rechtliche Beziehung zu den jeweils anderen Familienmitgliedern geht. So steht dem rechtlichen Vater, der Mutter und dem Kind das Anfechtungsrecht nach § 1600 ff. BGB zu, damit sie Vater-Kind-Verhältnisse, die nicht der biologischen Abstammung entsprechen, beenden können. Mit der erfolgreichen Anfechtung enden auch die an das Vater-Kind-Verhältnis anknüpfenden Rechte und Pflichten, wie etwa das Recht und die Pflicht zur elterlichen Sorge sowie zum Umfang und zur Gewährung von Unterhalt. Heimliche Abstammungsuntersuchungen, die von Vater, Mutter und Kind zur Klärung der Abstammung in Auftrag gegeben werden, haben daher nach Auffassung des Gesetzgebers einen geringeren Unrechtsgehalt als heimliche Abstammungsuntersuchungen, die von außenstehenden Dritten in Auftrag gegeben werden.⁶⁸ Fraglich ist, ob diese Regelung insbesondere der Situation eines "Dritten", der gleichwohl glaubt, der Vater des Kindes zu sein, gerecht wird. Dass auch ein solcher Mann ein Interesse daran hat, zu wissen, ob er der Vater eines Kindes ist oder nicht, erscheint nachvollziehbar, wird aber vom Gesetzgeber offensichtlich nicht wahrgenommen. Hier scheint das alte Bild der "sich nicht kümmernden Männer" verbreitet zu sein. Ob es sachgerecht ist, einen solchen Mann dann wie "irgendeinen" sonstigen Dritten zu behandeln, erscheint sehr fraglich.

48 **d. Möglichkeit des Absehens von einer Ahndung:**

Gemäß § 26 Abs. 3 GenDG kann in den Fällen heimlicher Vaterschaftsuntersuchungen von einer Ahndung abgesehen werden, wenn die betroffenen Personen nachträglich zugestimmt haben. Das Bedürfnis für eine Ahndung einer heimlichen Abstammungsuntersuchung, die von Vater, Mutter oder Kind zur Klärung der Abstammung in Auftrag gegeben wird, kann vollständig entfallen, wenn dadurch das Familienleben nicht oder nur unwesentlich beeinträchtigt worden ist. Auf dieser Grundlage sieht § 26 Abs. 3 GenDG vor, dass die Verwaltungsbehörde in der Regel von einer Ahndung absehen soll, wenn die Personen, deren genetische Probe zur Klärung der Abstammung untersucht wurde, der Untersuchung und der Gewinnung der dafür erforderlichen genetischen Probe nachträglich zugestimmt haben. Die Regelung knüpft an das der Verwaltungsbehörde nach § 47 Abs. 1 OWiG zustehende Verfolgungsermessen an und konkretisiert es für den Fall, dass allein Rechte im Verhältnis der Familienmitglieder zueinander verletzt wurden. Dabei handelt es sich etwa um Fälle, in denen der rechtliche Vater des Kindes mit seiner eigenen genetischen Probe und den heimlich gewonnenen Proben von Mutter und Kind eine genetische Abstammungsuntersuchung in Auftrag gibt. Stimmen in einem solchen Fall Mutter und Kind nachträglich der Untersuchung zu, soll in der Regel zum Schutz der Familie von einer Sanktionierung abgesehen werden. In derartigen Fällen haben sich die Familienmitglieder, in deren informationelles Selbstbestimmungsrecht eingegriffen worden ist, nachträglich mit diesem Eingriff einverstanden erklärt.⁶⁹

- 49 Da es sich um eine Regelung handelt, die im Rahmen der Ausübung des Verfolgungsermessens anzuwenden ist, muss die nachträgliche Zustimmung nicht

⁶⁷ BT-Drs. 16/10532 S. 42.

⁶⁸ BT-Drs. 16/10532 S. 42.

⁶⁹ BT-Drs. 16/10532 S. 42.

zwingend den Anforderungen entsprechen, die nach dem BGB an ein Rechtsgeschäft zu stellen wären. So kann es ausreichen, dass die Mutter und das minderjährige Kind, von denen der Vater heimlich Proben genommen hat, die Untersuchung inzwischen akzeptieren und die Verhängung eines Bußgeldes gegen den Vater nicht wünschen. Ob das minderjährige Kind bereits einwilligungsfähig ist oder von der Mutter gesetzlich vertreten wurde, muss nicht zwingend geklärt werden. Der tatsächlich gegen eine Ahndung gerichtete Wille von Mutter und Kind oder die fehlende oder nur geringfügige Beeinträchtigung des Familienfriedens reicht für ein Absehen von der Verfolgung aus. Die Ausgestaltung der Regelung als Leitlinie für die Ausübung des Verfolgungsermessens gibt der Verwaltungsbehörde die notwendige Flexibilität, um besonderen Konstellationen Rechnung zu tragen und ggf. auch andere Aspekte angemessen zu berücksichtigen. So kann z.B. eine Ahndung der Ordnungswidrigkeit trotz nachträglicher Zustimmung der betroffenen Familienmitglieder geboten sein, wenn die Zustimmung nicht auf dem freien Willen der Familienmitglieder beruht oder der Familienfriede durch die heimliche Untersuchung weiterhin erheblich beeinträchtigt ist.⁷⁰

S. 158

- HFR 11/2010 S. 10 -

50 VI. Fazit

Darüber, ob die Regelungen, die das Gendiagnostikgesetz nun für die Abstammungsuntersuchungen und insbesondere die heimlichen Vaterschaftstests trifft, folgerichtig sind, kann man sehr geteilter Auffassung sein. Dies zeigt die teilweise verbissen und über weite Strecken völlig irrational geführte Diskussion in der Öffentlichkeit zu dieser Thematik. Einerseits wird die Ansicht vertreten, ein strafbewehrtes Verbot heimlicher Vaterschaftstests wäre ein eklatanter Skandal, weil die Ausübung des Grundrechts des Vaters kriminalisiert und den Müttern mit dem erforderlichen Zustimmungsvorbehalt ein Instrument an die Hand gegeben wird, um die drohende Aufdeckung jahrelanger Lügen zu vereiteln.⁷¹ Andererseits wird vehement vertreten, dass es nicht auch noch einen Bonus für männliche Feigheit, nämlich nicht mit der Partnerin über Zweifel an der Vaterschaft zu sprechen, geben dürfe und derartige Tests gegen die Interessen von Frauen und Kindern gerichtet seien und daher bestraft werden müssten.⁷² Warum die Verhaltensweisen von Frauen, die ihrem Partner nicht offenbaren, dass dieser nicht der Vater des Kindes ist, weniger feige sein soll, erschließt sich allerdings ebenso wenig, wie eine Sanktionierung nur deshalb, weil gegen bestimmte Interessen verstoßen wird. Weiterhin sollte diese Position beachten, dass die vorliegende Regelung auch Mutter und Kind in den Fällen sanktioniert, in denen diese heimlich die Abstammung prüfen lassen.

- 51 Stimmen aus dem Bereich der Labore begrüßen vor dem Hintergrund der Qualitätssicherung und der Wahrung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung die neuen Regelungen, verstehen jedoch nicht, warum (implizit durch § 1627 BGB) für unmündige Kinder das Einverständnis beider Elternteile als Stellvertreter gefordert wird. Der Anspruch auf Klärung der biologischen Vaterschaft werde so eingeschränkt, weil der andere Elternteil rechtlich zum Einverständnis gezwungen werden müsse. Dies nütze dem Familienfrieden nicht, sondern schade ihm.⁷³
- 52 Dass sich der Gesetzgeber hier zumindest rechtssystematisch schwer getan hat, zeigt die umfangreiche Regelung des § 17 GenDG sowie die sehr differenzierten Sanktionsregelungen in § 26 Abs. 1 Nr. 6 und 7, sowie Abs. 2 und 3 GenDG.
- 53 Ohne die Diskussion zur Problematik der heimlichen Vaterschaftstests wieder eröffnen

⁷⁰ BT-Drs. 16/10532 S. 42f.

⁷¹ Muscheler, in Das Familienhandbuch des Staatsinstituts für Frühpädagogik (IFP) unter www.familienhandbuch.de/cmain/f_Fachbeitrag/a_Rechtsfragen/s_1652.html.

⁷² Frankfurter Rundschau v. 08.01.2005; Bender, Berliner Zeitung v. 05.01.2005.

⁷³ Vgl. <http://www.vaterschaftstests.de/de/vaterschaftstest-aktuelles.htm#GDGverö> (unter "unsere Meinung").

zu wollen, muss doch der Hinweis gestattet sein, dass die vorliegenden Regelungen und die Sanktionierung der Vornahme entsprechender Tests zwar voll im derzeitigen Mainstream liegen, im Übrigen aber weit davon entfernt sind, eine sachgerechte Regelung zu sein. Der Gesetzgeber scheint es für sanktionswürdiges Unrecht zu halten, wenn ein "Vater" aufgrund gewisser Verdachtsmomente an seiner Vaterschaft zweifelt, er aber nicht den Weg über ein formelles Verfahren gehen will, weil sonst genau das passiert, was er vermeiden will, nämlich dass es zu einem tiefen Zerwürfnis in der Familie bzw. Partnerschaft kommt. Lässt er vor diesem Hintergrund und meist in tiefem Gewissenskonflikt einen heimlichen Vaterschaftstest vornehmen, so hält der Gesetzgeber dies für sanktionswürdig. Lässt eine Mutter einen Mann, der vielleicht nicht der beste Liebhaber, aber dafür der potenteste Unterhaltsschuldner ist, in dem Glauben, er sei der Vater ihres Kindes, scheint die überwiegende öffentliche Meinung und auch der Gesetzgeber dies ganz offensichtlich für weniger verwerflich zu halten. Merkwürdigerweise scheint die Heimlichkeit des zweifelnden und dann einen Test durchführenden Vaters schlimmer zu sein, als die vorangegangene Verheimlichung der tatsächlichen Vaterschaftsverhältnisse durch die Mutter, zumindest in Fällen, in denen sich der Verdacht bestätigt.⁷⁴ Jedenfalls ist z.B. die Größenordnung der Verurteilungen von Frauen wegen Personenstands Fälzung (§ 169 StGB), soweit man diesen Tatbestand in der vorliegenden Konstellation überhaupt für einschlägig hält,⁷⁵ oder anderer eventuell in einzelnen Fallgestaltungen in Betracht kommender Straftaten vernachlässigbar klein.⁷⁶ Insgesamt mag sich hierüber jeder seine eigene Meinung bilden.

- 54 Zusammenfassend können genetische Untersuchungen das Leben eines Einzelnen massiv beeinträchtigen und stellen auch ein Rechtssystem vor erhebliche Herausforderungen. Das vorliegende Gesetz kann nur ein erster Schritt sein, die zugrunde liegenden Spannungslagen einem Interessenausgleich zuzuführen. Hier wird auch künftig noch eine erhebliche Rechtsfortbildung erforderlich sein.⁷⁷ In diesem Rahmen muss das Recht auf informationelle Selbstbestimmung geschützt und der Missbrauch von Daten verhindert werden. Die Gendiagnostik bietet viele Chancen, aber auch Risiken. Dabei wird es auch Aufgabe künftiger Gesetzgeber sein, einen Ausgleich dieser Chancen und Risiken in einem rechtlichen Rahmen zu schaffen, der die Interessen aller Beteiligten berücksichtigt und diesen gerecht wird.
- 55 Es wäre jedoch für die Betroffenen katastrophal und auch unter gesamtpolitischen Gesichtspunkten fatal, wenn beispielsweise ein Arbeits- oder ein Versicherungsmarkt für Menschen mit bestimmten genetischen Dispositionen real nicht mehr existieren würde. Auch ist äußerst fraglich, ob die Wertung des Gesetzgebers, dass heimliche Vaterschaftstest sanktionswürdiges Unrecht darstellen, so folgerichtig ist. Vielmehr können heimliche Vaterschaftstests erheblich zum Familienfrieden beitragen und beispielsweise auch einer unsicheren Mutter zu Rechtsklarheit und Sicherheit verhelfen, ohne dass familiäre oder sonstige Beziehungsgeflechte aufs Tiefste erschüttert werden müssen.

Zitierempfehlung: Stefan Braun, HFR 2010, S. 149 ff.

⁷⁴ Vgl. dazu Goll, a.a.O.

⁷⁵ Vgl. dazu Schönke/Schröder, StGB, 27. Aufl. 2006 § 169 Rnr. 4, 5; Fischer, StGB, 56. Aufl. 2009 Rnr. 5, 6 ff.; Satzger/Schmitt/Widmaier, StGB, 2009 § 169; Dölling/Duttge/Rössner (Hrsg.), *Gesamtes Strafrecht* 2008 § 169.

⁷⁶ Das statistische Bundesamt verzeichnete für das Jahr 2001 insgesamt fünf Aburteilungen nach § 169 StGB, davon 2 Verurteilungen; vgl. *Münchener Kommentar StGB* (von Heintschel-Heinegg, Hrsg.) 2005, § 169 RNr. 3.

⁷⁷ Vgl. Genenger, a.a.O. S. 117; vgl. dazu auch Präve, *VersR* 2009 S. 857, 862.