

## **BGer 1C\_31/2007 vom 30. Mai 2007**

Bundesgericht, 2007-05-30, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_1C\\_31\\_2007](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_1C_31_2007)

FR: TF 1C\_31/2007 du 30 mai 2007

IT: TF 1C\_31/2007 del 30 maggio 2007

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

Der angefochtene Entscheid des Obergerichts ist nach Inkrafttreten des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) ergangen. Die vorliegende Beschwerde ist danach zu behandeln ( Art. 132 Abs. 1 BGG ); das Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege (OG) ist nicht mehr anwendbar.

Der Beschwerdeführer hat - entgegen der ihm erteilten Rechtsmittelbelehrung - staatsrechtliche Beschwerde erhoben. Dieses Rechtsmittel steht nach dem Bundesgerichtsgesetz nicht mehr zur Verfügung. Es stellt sich die Frage, welches Rechtsmittel zulässig ist.

Im vorliegenden Verfahren kann offen bleiben, ob allgemein der - als Zusatz zu einem rechtskräftigen Urteil ergehende - Entscheid der urteilenden Behörde über die Probenahme und Erstellung eines DNA-Profiles gemäss Art. 5 des Bundesgesetzes über die Verwendung von DNA-Profilen im Strafverfahren und zur Identifizierung von unbekanntem oder vermissten Personen (DNA-Profil-Gesetz, SR 363) beim Bundesgericht mit Beschwerde in Strafsachen nach Art. 78 BGG oder mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nach Art. 82 BGG angefochten werden kann. Es kann vorliegendenfalls auch offen gelassen werden, welches Rechtsmittel im Falle der Anordnung einer Probenahme und der Erstellung eines DNA-Profiles nach Art. 23 Abs. 3 des DNA-Profil-Gesetzes gegeben ist, da die Art des Rechtsmittels für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerdesache ohne Einfluss ist. Der Beschwerdeführer erleidet durch die Bezeichnung seiner Beschwerde als staatsrechtliche Beschwerde keinen Nachteil.

Auf die Beschwerde ist grundsätzlich einzutreten.

#### **E. 2**

Der Beschwerdeführer macht geltend, die Verweigerung der aufschiebenden Wirkung verletze ihn in seinen verfassungsmässigen Rechten.

Das Obergericht hat (unter Hinweis auf seinen Entscheid vom 10. März 2006) ausgeführt, dass die ursprüngliche Anordnung durch die Oberstaatsanwaltschaft vom 8. Dezember 2005 dem Rekurs gemäss § 402 Ziff. 4 StPO unterlag und dass diesem strafprozessualen Rekurs nach § 408 StPO keine aufschiebende Wirkung zukomme. Demnach behandelte es das Begehren des Beschwerdeführers als Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung, erachtete dieses indes als gegenstandslos, da sofort in der Sache entschieden werden könne.

Der Beschwerdeführer setzt sich mit diesen Erwägungen des Obergerichts nicht näher auseinander. Insbesondere geht er nicht weiter auf die Begründung ein, dass dem Rekurs von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung zukomme und diese von der Oberstaatsanwaltschaft letztlich gar nicht entzogen werden konnte. Er vermag nicht

darzulegen, inwiefern das Obergericht kantonales Verfahrensrecht verfassungswidrig ausgelegt und angewendet hätte.

Soweit der Beschwerdeführer sinngemäss geltend macht, die gesetzliche Ordnung verstosse als solche gegen verfassungsmässige Rechte (wie etwa Art. 10 Abs. 2 und Art. 13 BV), ist zu bedenken, dass der Ausschluss der aufschiebenden Wirkung bzw. die Verweigerung der Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung im Rechtsmittelverfahren keinen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirkt. Sowohl im obergerichtlichen Verfahren wie auch im vorliegenden bundesgerichtlichen Verfahren hat die Gutheissung der Beschwerde - entsprechend den Begehren des Beschwerdeführers - ohne weiteres zur Folge, dass die Anordnung der Probenahme und der Erstellung eines DNA-Profiles der Sache nach aufgehoben würde und das erstellte DNA-Profil gelöscht und die Probenahme vernichtet werden müssten.

Damit erweisen sich die Rügen betreffend die aufschiebende Wirkung als unbegründet und ist die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.

### **E. 3**

Der Beschwerdeführer rügt eine Verletzung seines Anspruchs auf Gewährung des rechtlichen Gehörs gemäss Art. 29 Abs. 2 BV.

Der Beschwerdeführer macht nicht geltend, dass er die - von ihm beigelegten - Verfügungen der Oberstaatsanwaltschaft vom 23. Juni 2005 und des Amtes für Justizvollzug vom 7. September 2005, mit denen die Erstellung eines DNA-Profiles angekündigt worden war, nicht erhalten hätte. Er war demnach über die geplante Massnahme informiert und hätte sich ohne weiteres dagegen aussprechen können.

Dies hat er denn durch seine Weigerung einer freiwilligen Probenahme auch tatsächlich getan, wie in der Verfügung der Oberstaatsanwaltschaft vom 8. Dezember 2005 - deren Erhalt er nunmehr nicht mehr in Frage stellt - festgehalten ist. Bei dieser Sachlage kann nicht gesagt werden, dass dem Beschwerdeführer das rechtliche Gehör verweigert worden ist.

Soweit der Beschwerdeführer in diesem Zusammenhang weiter rügt, dass er "der Möglichkeit des Weiterzugs an eine höhere Instanz und somit der Ausschöpfung des Instanzenzuges beschnitten" worden sei, erweist sich die Beschwerde von vornherein als unbegründet. Die Direktion der Justiz mit ihrem Entscheid vom 6. April 2006 und das Obergericht im angefochtenen Beschluss haben die Beschwerden des Beschwerdeführers in der Sache geprüft; und das Bundesgericht nimmt im vorliegenden Verfahren die Prüfung der vorgebrachten Rügen vor. Der Beschwerdeführer hatte demnach tatsächlich die Gelegenheit, die Probenahme und die Erstellung eines DNA-Profiles anzufechten.

Ferner kann im Umstand, dass der Beschluss des Obergerichts vom 20. September 2006 über seine Zuständigkeit in Fällen wie dem vorliegenden dem Beschwerdeführer nicht zugestellt worden sein soll, im Lichte des bundesgerichtlichen Urteils vom 19. Juli 2006 (Verfahren 1A.89/2006) sowie vor dem Hintergrund, dass die Zuständigkeit des Obergerichts nicht in Frage gestellt wird, keine Verletzung von Art. 29 Abs. 2 BV erblickt werden.

Schliesslich erweist sich die Rüge, das obergerichtliche Urteil genüge den Begründungsanforderungen von Art. 29 Abs. 2 BV nicht, als offensichtlich unbegründet.

#### **E. 4**

Die Oberstaatsanwaltschaft stützte ihre Anordnung vom 8. Dezember 2005 auf Art. 23 Abs. 3 des DNA-Profil-Gesetzes sowie auf § 4 der DNA-Verordnung des Regierungsrates vom 8. Juni 2005 (DNA-Profil-VO/ZH, Rechtssammlung 321.5). Das Obergericht hat im angefochtenen Entscheid die Zuständigkeit der Oberstaatsanwaltschaft für die vorliegende Sache erörtert und für rechtmässig befunden. Demgegenüber zieht der Beschwerdeführer die Zuständigkeit der Oberstaatsanwaltschaft in verschiedener Hinsicht in Zweifel. Er rügt eine unzutreffende Anwendung des DNA-Profil-Gesetzes und macht sinngemäss geltend, die Bestimmung von § 4 DNA-Profil-VO/ZH verletze in Missachtung von Art. 49 BV Bundesrecht.

#### **E. 4.1**

Nach § 4 DNA-Profil-VO/ZH entscheidet die Oberstaatsanwaltschaft über die Probenahme und die Erstellung eines DNA-Profiles gemäss Art. 23 Abs. 3 DNA-Profil-Gesetz.

Allgemein ermächtigt Art. 5 DNA-Profil-Gesetz zur Anordnung von Probenahmen und zur Erstellung von DNA-Profilen gegenüber Personen, die wegen eines vorsätzlich begangenen Verbrechens zu einer Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr oder wegen eines vorsätzlich begangenen Verbrechens oder Vergehens gegen Leib und Leben oder die sexuelle Integrität verurteilt worden sind oder gegen die eine Massnahme oder die Verwahrung angeordnet worden ist. Gemäss Art. 7 Abs. 4 des DNA-Profil-Gesetzes entscheidet in diesen Fällen die urteilende Behörde über die Massnahme.

Diese Zuständigkeitsordnung gilt nach der Systematik des DNA-Profil-Gesetzes für Konstellationen, in denen das entsprechende Strafurteil unter dessen Herrschaft ergangen und rechtskräftig geworden ist. Sie findet in dieser Form auf den Beschwerdeführer, der lange zuvor verurteilt worden ist, keine direkte Anwendung. Der Beschwerdeführer kann aus der Anrufung von Art. 7 Abs. 4 des DNA-Profil-Gesetzes in formeller Hinsicht nichts Unmittelbares zu seinen Gunsten ableiten.

#### **E. 4.2**

Übergangsrechtlich sieht das DNA-Profil-Gesetz vor, dass von Personen, die vor Inkrafttreten des Gesetzes zu einer unbedingten Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr verurteilt worden sind oder denen gegenüber eine freiheitsentziehende Massnahme nach im Einzelnen genannten Bestimmungen des Strafgesetzbuches angeordnet worden ist, eine Probe genommen und ein DNA-Profil erstellt werden kann, solange die Freiheitsstrafe oder die freiheitsentziehende Massnahme andauert.

Im Gegensatz zur ordentlichen Konstellation, wie sie sich aus Art. 5 und Art. 7 Abs. 4 des DNA-Profil-Gesetzes ergibt, bestimmt die Übergangsbestimmung von Art. 23 Abs. 3 des DNA-Profil-Gesetzes nicht, welche Behörde die Massnahme anordnen kann. Insbesondere legt sie nicht fest, ob hierfür eine richterliche Behörde notwendig sei oder eine Verwaltungsbehörde für zuständig erklärt werden könne. Diese, in der Botschaft des Bundesrates (BBl 2001 29) nicht enthaltene Bestimmung wurde vom Ständerat auf Vorschlag seiner Kommission zur Erfassung von Personen eingeführt, welche vor Inkrafttreten des DNA-Profil-Gesetzes beurteilt worden sind (AB 2003 S 367); der Ständerat sprach sich indes nicht zur anordnenden Behörde aus.

Die Frage, welche Behörde zur nachträglichen Erfassung als zuständig erklärt werden kann, beurteilt sich daher nach der Systematik des Gesetzes und nach der Zweckausrichtung der

übergangsrechtlichen Bestimmung. Dabei ist davon auszugehen, dass nach der Grundregel von Art. 7 Abs. 4 des DNA-Profil-Gesetzes die urteilende Behörde nach Rechtskraft des Urteils auch noch darüber zu befinden hat, ob eine Probe genommen und ein DNA-Profil erstellt oder von dieser Massnahme abgesehen werde. Es ist somit das mit der Strafsache befasste Gericht, das in Kenntnis der Sache über die Anordnung der Massnahme entscheidet. Diese Voraussetzung und dieses Sachkenntnis fehlen von vornherein, wenn gemäss Art. 23 Abs. 3 des DNA-Profil-Gesetzes unter Umständen nach langer Zeit über eine Probenahme und die Erstellung eines DNA-Profiles zu befinden ist. Bei dieser Sachlage erschiene es nicht zweckmässig, dass das damals erkennende Gericht zum Entscheid berufen würde.

Darüber hinaus kann dem DNA-Profil-Gesetz und seiner Zweckausrichtung nicht entnommen werden, dass für die Nacherfassung gemäss Art. 23 Abs. 3 zwingend eine richterliche Behörde vorzusehen wäre. Von Bedeutung ist vielmehr, dass im Sinne der Rechtsweggarantie nach Art. 29a BV die Massnahme mit voller Kognition von einem Gericht überprüft werden kann. Dies erkannte das Bundesgericht mit dem Urteil vom 19. Juli 2006 gestützt auf Art. 98a OG und ist nunmehr nach Art. 86 Abs. 2 bzw. Art. 80 Abs. 2 BGG erforderlich. Im vorliegenden Fall hat denn das Obergericht die nachträgliche Erfassung des Beschwerdeführers auch tatsächlich geprüft.

#### **E. 4.3**

Der Beschwerdeführer beruft sich ferner auf Art. 3 Abs. 2 i.V.m. Art. 7 Abs. 3 lit. a des DNA-Profil-Gesetzes. Diese Bestimmungen beziehen sich auf Massenuntersuchungen zur Aufklärung von Verbrechen im Rahmen eines konkreten Strafverfahrens. Solche Massenuntersuchungen weisen keinen Bezug zur nachträglichen Erfassung von bereits verurteilten Personen und damit eine gänzlich unterschiedliche Problematik auf. Im vorliegenden Fall handelt es sich nicht um eine Massenuntersuchung im Sinne von Art. 3 Abs. 2 des DNA-Profil-Gesetzes. Daran vermag der Umstand nichts zu ändern, dass Ende 2005 eine grössere Anzahl von Personen nacherfasst worden ist. Der Zweck von Art. 23 Abs. 3 des DNA-Profil-Gesetzes bringt es mit sich, dass eine grössere Anzahl von Personen von entsprechenden individuellen Anordnungen betroffen wird. Zudem geht es nicht um die Aufklärung eines Verbrechens. Der Beschwerdeführer vermag daher aus Art. 7 Abs. 3 lit. a des DNA-Profil-Gesetzes nicht abzuleiten, dass in seinem Fall eine richterliche Behörde die Probenahme und die Erstellung eines DNA-Profiles anstelle der Oberstaatsanwaltschaft hätte anordnen müssen.

Gleich verhält es sich mit der Rüge, nach Art. 7 Abs. 3 lit. b des DNA-Profil-Gesetzes hätte die umstrittene Massnahme von einer richterlichen Behörde anstelle der Oberstaatsanwaltschaft getroffen werden müssen. Die genannte Bestimmung bezieht sich - anders als Art. 7 Abs. 4 des DNA-Profil-Gesetzes - auf das Strafverfahren und nicht auf Massnahmen gegenüber verurteilten Personen. Es kommt ihr keine generelle, auch für die Anordnung gegenüber verurteilten Personen anwendbare Bedeutung zu.

#### **E. 4.4**

Vor diesem Hintergrund halten § 4 DNA-Profil-VO/ZH, wonach die Oberstaatsanwaltschaft über die Probenahme und Erstellung eines DNA-Profiles in den Fällen von Art. 23 Abs. 3 des DNA-Profil-Gesetzes entscheidet, und die tatsächliche Anordnung der Massnahme durch die Oberstaatsanwaltschaft im vorliegenden Fall vor dem Bundesrecht stand. Somit erweisen sich die Rügen der Verletzung des

DNA-Profil-Gesetzes und damit von Art. 49 BV als unbegründet.

## **E. 5**

Art. 23 Abs. 3 des DNA-Profil-Gesetzes sieht vor, dass u.a. von Personen, die vor Inkrafttreten des Gesetzes zu einer unbedingten Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr verurteilt worden sind und sich noch im Strafvollzug befinden, eine Probe genommen sowie ein DNA-Profil erstellt und in das Informationssystem aufgenommen werden kann. Der Beschwerdeführer macht nicht geltend, dass diese Voraussetzungen auf ihn nicht zutreffen. Er rügt indes, dass die von der Oberstaatsanwaltschaft angeordnete Massnahme ihn in seinen verfassungsmässigen Rechten verletze. Er bezieht sich sinngemäss auf die Garantie der Menschenwürde ( Art. 7 BV ) und der persönlichen Freiheit ( Art. 10 Abs. 2 und Art. 13 BV ) und ruft den Grundsatz der Verhältnismässigkeit an.

### **E. 5.1**

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung greifen Probenahmen und die Erstellung von DNA-Profilen in Grundrechte ein. Probenahmen betreffen die persönliche Integrität gemäss Art. 10 Abs. 2 BV , die Erstellung und Aufbewahrung von DNA-Profilen vorab das informationelle Selbstbestimmungsrecht nach Art. 13 Abs. 2 BV . Das Bundesgericht hat diese Eingriffe als nicht schwer bezeichnet ( BGE 128 II 259 E. 3.2 und 3.3 S. 268 ff.; vgl. BGE 133 I 77 E. 3.2 S. 80).

Probenahmen und die Erstellung von DNA-Profilen sind durch das DNA-Profil-Gesetz vorgesehen. Dieses bildet als Bundesgesetz die Grundlage für die Grundrechtseingriffe im Sinne von Art. 36 Abs. 1 BV . Nach Art. 190 BV ist es für das Bundesgericht massgebend. Bei dieser Sachlage kommt den verfassungsrechtlichen Rügen des Beschwerdeführers von vornherein nur unter dem Gesichtswinkel der Verhältnismässigkeit bei der Anwendung von Art. 23 Abs. 3 des DNA-Profil-Gesetzes Bedeutung zu.

### **E. 5.2**

Art. 23 Abs. 3 des DNA-Profil-Gesetzes bezweckt die Nacherfassung u.a. von Personen, die zu einer unbedingten Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr verurteilt worden sind. In materieller Hinsicht steht die Bestimmung in Beziehung mit Art. 5 lit. a des DNA-Profilgesetzes, welcher die Massnahme gegen Personen vorsieht, die wegen eines vorsätzlich begangenen Verbrechens zu einer Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr verurteilt worden sind. In diesen Konstellationen bezweckt die Massnahme nicht so sehr die Aufklärung eines Delikts, sondern steht im Dienste der Verhinderung einer Wiederholungstat: Rückfallstaten sollen rasch und leicht erkannt werden können (Botschaft des Bundesrates, BBl 2001 29/45), die verurteilten Personen im Hinblick auf ihre Entlassung aus dem Strafvollzug durch eine vorgängige Beweisbeschaffung von Rückfallstaten abgehalten werden (AB 2002 N 1236 ff.). Bei der Beratung im Nationalrat unterlag ein Vorschlag (zu Art. 5), der die Massnahme zwar beschränken wollte, sie indes immerhin für Personen vorsah, die wegen einer Straftat wegen körperlicher Gewalt an Personen verurteilt worden sind (a.a.O.).

Art. 23 Abs. 3 des DNA-Profil-Gesetzes schreibt die Probenahme und Erstellung eines DNA-Profiles mit seiner kann-Formulierung ebenso wenig zwingend vor wie Art. 5 des DNA-Profil-Gesetzes. In diesem Rahmen beurteilt sich die Verhältnismässigkeit der Massnahme nach dem öffentlichen Interesse sowie vor dem Hintergrund der Schwere des Eingriffs und dessen Zweckmässigkeit (vgl. BGE 133 I 77 E. 4.1 S. 81).

Entgegen den Ausführungen des Beschwerdeführers besteht ein erhebliches öffentliches Interesse an der Verhinderung von Rückfallstaten (vgl. BGE 133 I 77 E. 5.1 S. 83). Mit der wesentlich erleichterten Aufklärung von allfälligen neuen schweren Delikten vermag die DNA-Erfassung diesem Ziel zu dienen, auch wenn sie für sich alleine genommen Wiederholungstaten nicht ausschliessen und die vom Beschwerdeführer angesprochene Null-Risiko-Gesellschaft nicht garantieren kann. Es stellt sich daher vielmehr die Frage der Zweckmässigkeit im Einzelfall. In dieser Hinsicht mag eine DNA-Erfassung bei Gewaltverbrechen und Delikten gegen die sexuelle Integrität eher angezeigt erscheinen als in Fällen der Wirtschaftskriminalität (vgl. die genannten Beratungen im Nationalrat). Auf der andern Seite ist zu beachten, dass die Erstellung eines DNA-Profiles als nicht schwerer Grundrechtseingriff bezeichnet wird und mit der Menschenwürde und der Unschuldsvermutung vereinbar ist. Schliesslich ist auch nicht ausschlaggebend, dass dem Beschwerdeführer nach seinen eigenen Aussagen schon vor 13 Jahren eine Probe genommen worden ist, da im damaligen Zeitpunkt das entsprechende Informationssystem noch nicht bestanden hatte (vgl. Verordnung des Bundesrates vom 31. Mai 2000 über das DNA-Profil-Informationssystem, BBl 2000 1715).

Vor diesem Hintergrund verletzt die DNA-Erfassung des Beschwerdeführers, der wegen Mordes zu lebenslänglichem Zuchthaus verurteilt worden ist, das DNA-Profil-Gesetz nicht, erscheint als verhältnismässig und hält vor der Verfassung stand. Die Beschwerde erweist sich daher als unbegründet.

#### **E. 6**

Schliesslich rügt der Beschwerdeführer, dass ihm das Obergericht die unentgeltliche Rechtspflege verweigert hat. Er setzt sich mit der Anwendung des kantonalen Verfahrensrechts durch das Obergericht nicht näher auseinander und begnügt sich mit einem sinngemässen Hinweis auf Art. 29 Abs. 3 BV .

Das Obergericht hat dem Beschwerdeführer zwar Kosten auferlegt, diese indes sogleich abgeschrieben. Kostenmässig ist er daher durch den angefochtenen Entscheid nicht belastet. Darüber hinaus legt der Beschwerdeführer nicht dar, dass Rechtsanwalt Dr. Raess für ihn tätig geworden ist. Bei dieser Sachlage erweist sich die Rüge der Verletzung von Art. 29 Abs. 3 BV als unbegründet und ist daher abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

#### **E. 7**

Demnach ist die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.

Der Beschwerdeführer ersucht um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege. Da er seine Rechtsschrift selber verfasst, seinen Standpunkt wirksam geltend gemacht und im Übrigen keine Hilfe von Seiten eines Rechtsanwalts in Anspruch genommen hat, ist das Gesuch um Beiordnung eines amtlichen Rechtsvertreters abzuweisen. Indes ist dem Ersuchen hinsichtlich der Kosten stattzugeben ( Art. 64 Abs. 1 BGG ).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.