

## **BGer 1C\_59/2007 vom 30. Mai 2007**

Bundesgericht, 2007-05-30, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_1C\\_59\\_2007](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_1C_59_2007)

FR: TF 1C\_59/2007 du 30 mai 2007

IT: TF 1C\_59/2007 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 ).

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.

Auf die Beschwerde ist grundsätzlich einzutreten.

#### **E. 2**

In verfahrensrechtlicher Hinsicht beanstandet der Beschwerdeführer vorerst, dass die Oberstaatsanwaltschaft in ihrer Verfügung vom 8. Dezember 2005 einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung entzogen und die Direktion der Justiz und des Innern dies mit ihrem Entscheid vom 22. Dezember 2005 bestätigt hatte. Der Beschwerdeführer hatte diesen Entscheid der Direktion der Justiz und des Innern und den darin enthaltenen Ausschluss der aufschiebenden Wirkung indessen nicht angefochten, weshalb im vorliegenden Verfahren nicht darauf zurückzukommen ist.

Im angefochtenen Urteil des Obergerichts wird nunmehr festgehalten, dass die Verfügung vom 8. Dezember 2005 dem Rekurs gemäss § 402 Ziff. 4 StPO /ZH unterlag und dass diesem Rechtsmittel nach § 408 StPO /ZH von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung zukomme; die Oberstaatsanwaltschaft habe bei der Anordnung der Probenahme in ihrer zentralen Funktion und Eigenschaft als oberste kantonale Strafverfolgungsbehörde gehandelt. Es ist dem Beschwerdeführer einzuräumen, dass das Obergericht ihm gegenüber erstmals im angefochtenen Beschluss die Rechtsmittelordnung und die Stellung der Oberstaatsanwaltschaft bei der Anordnung vom 8. Dezember 2005 klarstellte. Dieser Umstand führt indessen nicht zur Nichtigkeit der Verfügung vom 8. Dezember 2005. In Anbetracht von Art. 23 Abs. 3 sowie von Art. 5 des DNA-Profil-Gesetzes kann ohne Willkür angenommen werden, dass die Oberstaatsanwaltschaft als Strafverfolgungsbehörde zum Zwecke einer vorgängigen Beweissicherung gehandelt hatte. Die Auslegung der

Zürcher Strafprozessordnung durch das Obergericht, mit der sich der Beschwerdeführer nicht detailliert auseinandersetzt, kann nicht als willkürlich bezeichnet werden. Im Übrigen erweist sich auch die Rüge der Verletzung des rechtlichen Gehörs als unbegründet. Durch die Richtigstellung hinsichtlich des Rechtsmittelweges und der damit verbundenen Frage der aufschiebenden Wirkung im angefochtenen Entscheid hat der Beschwerdeführer keinen Nachteil erlitten.

### **E. 3**

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, macht sinngemäss geltend, die Bestimmung von § 4 DNA-Profil-VO/ZH verletze in Missachtung von Art. 49 BV Bundesrecht, und erachtet aus diesen Gründen die Verfügung der Oberstaatsanwaltschaft vom 8. Dezember 2005 als nichtig.

#### **E. 3.1**

Das DNA-Profil-Gesetz unterscheidet u.a. zwischen der Probenahme und DNA-Analyse im Rahmen des Strafverfahrens nach Art. 3 einerseits und der Probenahme und DNA-Analyse bei verurteilten Personen gemäss Art. 5 andererseits. Die Zuständigkeit zur Anordnung der Massnahme ist entsprechend dieser Unterscheidung unterschiedlich geordnet. Wird sie im Rahmen des Strafverfahrens angeordnet, so sind nach Art. 7 Abs. 1-3 die Polizei, die Strafuntersuchungsbehörden und die Strafgerichte hierfür zuständig; über die invasive Probenahme und die Analyse der Probe zur Erstellung eines DNA-Profiles entscheiden nach Art. 7 Abs. 3 lit. b richterliche Behörden. Demgegenüber hält Art. 7 Abs. 4 fest, dass gegenüber rechtskräftig verurteilten Personen die urteilende Behörde über die (invasive oder nicht invasive) Probenahme und die Analyse zur Erstellung eines DNA-Profiles entscheidet.

Diese beiden Konstellationen - die Anordnung im Rahmen des Strafverfahrens und die Anordnung gegenüber verurteilten Personen - sind nach der Systematik des DNA-Profil-Gesetzes auseinander zu halten. Daraus ergibt sich, dass der auf das Strafverfahren ausgerichteten Bestimmung von Art. 7 Abs. 3 lit. b keine generelle, auch für die Anordnung gegenüber verurteilten Personen anwendbare Bedeutung zukommt. Art. 7 Abs. 5 des DNA-Gesetzes zeigt denn auch, dass die Probenahme und Erstellung eines DNA-Profiles im Falle von Art. 6 auch ohne richterlichen Entscheid angeordnet werden können. Der Beschwerdeführer verkennt daher die Tragweite von Art. 7 Abs. 3 lit. b des DNA-Gesetzes und vermag demnach aus dieser Bestimmung nichts Grundsätzliches für die Konstellation von Art. 23 Abs. 3 des DNA-Profil-Gesetzes und seine Situation abzuleiten.

#### **E. 3.2**

Die DNA-Erfassung von verurteilten Personen richtet sich nach Art. 5 und findet eine übergangsrechtliche Ausgestaltung in Art. 23 Abs. 3.

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 daher aus der Anrufung von Art. 7 Abs. 4 des DNA-Profil-Gesetzes in formeller Hinsicht nichts zu seinen Gunsten ableiten.

### **E. 3.3**

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. Auch nicht-richterliche Behörden, die über die erforderliche Sachnähe verfügen, fallen hierfür in Betracht. Dabei ist es vor dem Hintergrund des DNA-Profil-Gesetzes ohne Bedeutung, ob vorliegend die Oberstaatsanwaltschaft die Verfügung vom 8. Dezember 2005 als Verwaltungsbehörde

oder als (oberste) kantonale Strafverfolgungsbehörde getroffen hat.

Mit Bezug auf die Rüge, die Anordnung der invasiven Probenahme und der Erstellung eines DNA-Profiles hätte durch eine richterliche Behörde - sei es im Sinne von Art. 7 Abs. 3 lit. b oder gemäss Art. 7 Abs. 4 - angeordnet werden müssen, ist allgemein von Bedeutung, dass die Rechtsweggarantie nach Art. 29a BV die Überprüfung der Massnahme durch ein Gericht mit voller Überprüfungsbefugnis in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht erfordert. Dieses Erfordernis hielt das Bundesgericht bereits mit dem Urteil vom 19. Juli 2006 gestützt auf Art. 98a OG fest und ergibt sich nunmehr nach Art. 86 Abs. 2 bzw. Art. 80 Abs. 2 BGG. Im vorliegenden Fall hat das Obergericht die nachträgliche Erfassung des Beschwerdeführers auch tatsächlich geprüft.

### **E. 3.4**

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 gemäss der Verfügung vom 8. Dezember 2005 in formeller Hinsicht vor dem Bundesrecht stand. Bei dieser Sachlage ist die Verfügung der Oberstaatsanwaltschaft vom 8. Dezember 2005 keineswegs nichtig. Die Rügen der Verletzung des DNA-Profil-Gesetzes und damit von Art. 49 BV erweisen sich als unbegründet.

### **E. 4**

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. 4.1**

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung greifen Probenahmen und die Erstellung von DNA-Profilen in Grundrechte ein. Invasive 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 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. 4.2**

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 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 schweren 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 sowohl mit der Menschenwürde wie mit der Unschuldsvermutung vereinbar ist.

Vor diesem Hintergrund verletzt die DNA-Erfassung des Beschwerdeführers, der wegen Mordes zu 20 Jahre 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.

Bei dieser Sachlage entfällt die Zusprechung einer Genugtuung von vornherein, ohne dass die prozessuale Zulässigkeit des Begehrens zu prüfen wäre.

## **E. 5**

Demnach ist die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

Der Beschwerdeführer ersucht um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege im Sinne von Art. 64 Abs. 1 BGG. Diesem Ersuchen ist stattzugeben und es sind keine Kosten zu erheben. Eine Parteientschädigung fällt ausser Betracht.

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