

# **ZG\_OBERGERICHT BS 2022 65 vom 22. November 2022**

ZG Obergericht, 2022-11-22, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zg\\_obergericht\\_BS\\_2022\\_65](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zg_obergericht_BS_2022_65)

FR: ZG\_OBERGERICHT BS 2022 65 du 22 novembre 2022

IT: ZG\_OBERGERICHT BS 2022 65 del 22 novembre 2022

## **Regeste**

I. Beschwerdeabteilung

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Die Staatsanwaltschaft begründet in der Verfügung vom 28. Juli 2022 und ihrer Stellungnahme vom 11. August 2022 die Anordnung der DNA-Profilierung und der erkennungsdienstlichen Behandlung zusammengefasst wie folgt:

#### **E. 1.1**

Das Vorgehen des Beschuldigten gemäss Strafanzeige erfülle zumindest den objektiven Tatbestand der sexuellen Handlung mit einem Kind gemäss Art. 187 Ziff. 1 StGB. Der Beschwerdeführer habe die Tat zugegeben. Es bestehe somit ein hinreichender Verdacht auf eine sexuelle Handlung mit einem Kind und somit auf ein Verbrechen mit der in der Rechtsprechung geforderten "gewissen" Schwere.

#### **E. 1.2**

Die streitige erkennungsdienstliche Behandlung und DNA-Profilierung werde zur Aufklärung noch unbekannter bzw. zukünftiger Delinquenz angeordnet. Dabei stehe der Seite 3/10 Schutz der sexuellen Integrität Minderjähriger – eines der höchsten Rechtsgüter – im Vordergrund. Die Registrierung von Sexualstraftätern lasse sich mit dem durch die DNA-Profilierung verfolgten Zweck vereinbaren und widerspreche auch nicht dem Verhältnismässigkeitsprinzip.

#### **E. 1.3**

Der zu beurteilende sexuelle Übergriff sei während einer professionellen osteopathischen Behandlung für A. \_\_\_\_\_ völlig überraschend und unerwartet erfolgt. Der Beschwerdeführer habe vorsätzlich gehandelt und das bestehende Vertrauen, die konkrete Situation und die Schutzlosigkeit des Opfers auf egoistische Weise ausgenutzt. Beim Beschwerdeführer könne nicht per se von einer günstigen Prognose betreffend weitere noch ungeklärte bzw. künftige Delikte ausgegangen werden. Der Beschwerdeführer sei zwar nicht vorbestraft. Die Antwort auf Frage 2 in der Einvernahme vom 13. Juli 2022 sei jedoch mehrdeutig ausgefallen und könne auch dahingehend interpretiert werden, dass sexuelle Handlungen mit Klienten schon vorgekommen, diese aber nicht angezeigt worden seien. Wichtiger sei indessen, dass die hier untersuchten bzw. die zu befürchtenden neuen Delikte bei gesamthafter Betrachtung nicht von leichtzunehmender Natur seien. Der Beschwerdeführer betrachte das Vorgefallene indessen eher als Bagatelle (leichter Fall), was bezüglich eines möglichen Rückfalls eher ungünstig sei. Zudem fühle er sich gemäss eigener Aussage zu jungen Männern ab 18 Jahren hingezogen. Abgesehen davon, dass der

Beschwerdeführer im Rahmen einer polizeilichen Befragung das Alter wohl eher höher angegeben habe, sei es in dieser Altersgruppe aufgrund der unterschiedlichen Entwicklung der einzelnen Personen schwierig zu definieren, ob nun jemand 15 oder 18 Jahre alt sei. Es bestehe für den Beschwerdeführer deshalb ein latentes Risiko, wieder auf minderjährige Sexualpartner zu treffen. Somit sei auch seine Alterspräferenz im Zusammenhang mit einer Rückfallprognose nicht günstig. Obschon der Beschwerdeführer seine berufliche Existenz aufgrund des Strafverfahrens sofort aufgegeben habe, habe er offenbar keine Notwendigkeit gesehen, seinen "Kontrollverlust" fachärztlich aufzuarbeiten, jedenfalls sei den Akten hierzu nichts zu entnehmen. Demzufolge seien sexuelle Übergriffe zum Nachteil Minderjähriger künftig nicht auszuschliessen und denkbar.

#### **E. 1.4**

Die DNA-Profilerstellung und erkennungsdienstliche Erfassung seien deshalb geeignet, den Ermittlungsbehörden sachdienliche Informationen zur Aufklärung von weiteren untersuchten oder künftigen Straftaten zu verschaffen.

#### **E. 2**

Der Beschwerdeführer macht demgegenüber zusammengefasst Folgendes geltend:

##### **E. 2.1**

Für die Aufklärung des zur Anzeige gebrachten Sachverhalts erwiesen sich die Abnahme eines Wangenschleimhausabstichs zur Erstellung eines DNA-Profiles sowie weitere erkennungsdienstliche Massnahmen als völlig ungeeignet. Es seien bis zum jetzigen Zeitpunkt keine DNA-Spuren oder sonstige Beweissicherungsmassnahmen zur Tataufklärung durchgeführt worden. Es gebe auch keine anderen Tathandlungen, deren der Beschwerdeführer verdächtigt werde. Trotz Betreuung tausender Patienten in der Vergangenheit bestünden nicht einmal geringste Anzeichen, dass sich andere Delikte ereignet hätten. Weitere Beweissicherungsmassnahmen seien nicht geplant und würden angesichts des umfassenden Geständnisses des Beschwerdeführers auch keinen Sinn ergeben. Die angeordneten Massnahmen seien somit völlig ungeeignet, um irgendetwas zur Tataufklärung beizutragen.

##### **E. 2.2**

Den Akten seien keine Anzeichen zu entnehmen, welche darauf schliessen liessen, dass der Beschwerdeführer weitere Delikte begangen habe. Auch das mutmassliche Opfer habe anlässlich der Einvernahme vom 18. Mai 2022 ausgesagt, dass es trotz mehrerer Konsultationen nur an einem Termin, dem tt.mm.2020, zu sexuellen Handlungen gekommen sei. Die Aussagen des Beschwerdeführers seien angesichts des umfassenden Geständnisses glaubhaft, weshalb auch seine Aussage, dass es sich um einen einzelnen, isolierten Fall gehandelt habe, ebenfalls glaubhaft sei. Doch selbst wenn andere Delikte des Beschwerdeführers aufgrund dessen jahrelanger Tätigkeit als Osteopath als wahrscheinlich erachtet würden, würde die Feststellung von Biomaterial oder anderen Spuren des Beschwerdeführers keine Aussagekraft hinsichtlich eines Tathergangs liefern können. Die Erstellung eines DNA-Profiles und die Speicherung weiterer biometrischer Daten sei deshalb nicht zur Aufklärung anderer, vergangener Straftaten geeignet.

##### **E. 2.3**

Es stelle sich zudem die Frage, woraus sich die erhöhte Wahrscheinlichkeit bezüglich künftiger Delikte ergeben solle. Der Beschwerdeführer sei nicht vorbestraft und habe mit dem sofortigen Geständnis keinen Anlass für die Annahme der Beteiligung an zukünftigen Straftaten gegeben. Entgegen den Ausführungen der Staatsanwaltschaft sei die Antwort auf Frage 2 in der Einvernahme vom 13. Juli 2022 nicht mehrdeutig ausgefallen. Die Aussagen des Beschwerdeführers seien vielmehr der offenen Fragestellung geschuldet. Zuerst habe er in grundsätzlicher Weise die sexuellen Handlungen bestätigt. Bei der Aussage "Ich frage bei allen Patienten immer wieder nach, ob es in Ordnung ist, was ich mache" sei es hingegen um das allgemeine Vorgehen des Beschwerdeführers bei den osteopathischen Behandlungen gegangen. Das ergebe sich übrigens auch aus der Antwort auf Frage 62. Die Tatumstände deuteten angesichts der Dauer des Vorfalls, des Alters des mutmasslichen Opfers, der gänzlich fehlenden Gegenwehr desselben sowie der Singularität des Übergriffs auf einen leichten Fall sexueller Handlungen mit Kindern hin. Der Beschwerdeführer nehme dabei nur seine Verteidigungsrechte wahr und zeige die Unverhältnismässigkeit der DNA- Profilerstellung auf, indem er auf diese Umstände hinweise. Dies könne dem Beschwerdeführer jedoch nicht als ungünstige Rückfallprognose entgegengehalten werden. Der Beschwerdeführer habe bestritten, pädophile Neigungen zu haben. Das mutmassliche Opfer sei denn auch 15 Jahre alt gewesen, während Pädophile sexuelle Neigungen zu Kindern unter 14 Jahren hätten, weshalb der Beschwerdeführer klarerweise nicht darunterfalle. Es sei sodann nicht ersichtlich, was die Staatsanwaltschaft mit ihrer Aussage bezwecken wolle, wonach es schwierig sei zu definieren, ob jemand 15 oder 18 Jahre alt sei. Vorliegend stehe kein Irrtum über das Alter zur Diskussion und die Rechtsprechung verlange bei Zweifeln klare Rückfragen an den potentiell minderjährigen Partner. Auch werde mit keinem Wort erwähnt, in welchem Kontext der Beschwerdeführer weitere minderjährige Sexualpartner treffen sollte. Es erscheine zudem zynisch, dass die Staatsanwaltschaft bezüglich der Aufarbeitung des "Kontrollverlustes" des Beschwerdeführers auf ihre eigenen Akten Bezug nehme, ohne hierzu Abklärungen vorgenommen zu haben. Tatsächlich sei der

Seite 5/10 Beschwerdeführer in fachärztlicher Behandlung und habe den "Kontrollverlust" aufgearbeitet. Aufgrund der Aufgabe seiner Praxis und der Einstellung der Tätigkeit als Osteopath könnten ähnliche situative Umstände wie beim einmaligen Kontrollverlust des Beschwerdeführers künftig gar nicht mehr auftreten.

#### **E. 2.4**

Es greife sodann zu kurz, bei jedem Beschuldigten routinemässig von einer erhöhten Gefährdung auszugehen. Aus einem einmaligen Kontrollverlust während der Tatbegehung könne nicht auf eine generell mangelnde Kontrolle geschlossen werden. Auch könne aus einem einmaligen Vorfall nicht geschlossen werden, der Beschwerdeführer würde zukünftig in ähnlichen Situationen erneut so reagieren und schwere Delikte gegen die körperliche Integrität begehen. Gegen eine solche Annahme sprächen vorliegend im Übrigen auch die fehlenden Vorstrafen.

#### **E. 3**

Zur Aufklärung eines Verbrechens oder eines Vergehens kann von der beschuldigten Person eine Probe genommen und ein DNA-Profil erstellt werden (Art. 255 Abs. 1 lit. a StPO).

#### **E. 3.1**

Ein solches Vorgehen ist nicht nur möglich zur Aufklärung bereits begangener und den Strafverfolgungsbehörden bekannter Delikte, deren die beschuldigte Person verdächtigt wird. Wie aus Art. 259 StPO in Verbindung mit Art. 1 Abs. 2 lit. a DNA-Profil-Gesetz vom 20. Juni 2003 (SR 363) hervorgeht, soll die Erstellung eines DNA-Profiles vielmehr auch erlauben, Täter von Delikten zu identifizieren, die den Strafverfolgungsbehörden noch unbekannt sind. Dabei kann es sich um vergangene oder künftige Delikte handeln. Das DNA-Profil kann so Irrtümer bei der Identifikation einer Person und die Verdächtigung Unschuldiger verhindern. Es kann auch präventiv wirken und damit zum Schutz Dritter beitragen. Art. 255 StPO ermöglicht aber nicht bei jedem hinreichenden Tatverdacht die routinemässige (invasive) Entnahme von DNA-Proben, geschweige denn deren generelle Analyse. Das zur DNA-Probenahme und -Profilerstellung Ausgeführte gilt gleichermassen für die erkennungsdienstliche Erfassung gemäss Art. 260 Abs. 1 StPO, mit dem Unterschied, dass diese auch für Übertretungen angeordnet werden kann. Art. 260 Abs. 1 StPO erlaubt indessen ebensowenig wie Art. 255 Abs. 1 StPO eine routinemässige erkennungsdienstliche Erfassung.

### **E. 3.2**

Erkennungsdienstliche Massnahmen und die Aufbewahrung der Daten können das Recht auf persönliche Freiheit bzw. körperliche Integrität (Art. 10 Abs. 2 BV) und auf informationelle Selbstbestimmung berühren (Art. 13 Abs. 2 BV und Art. 8 EMRK). Einschränkungen von Grundrechten bedürfen nicht nur einer gesetzlichen Grundlage (Art. 36 Abs. 1 BV), sondern müssen auch durch ein öffentliches Interesse gerechtfertigt und verhältnismässig sein (Art. 36 Abs. 2 und 3 BV). Dies wird in Art. 197 Abs. 1 StPO präzisiert. Danach können Zwangsmassnahmen nur ergriffen werden, wenn sie gesetzlich vorgesehen sind (lit. a), wenn ein hinreichender Tatverdacht vorliegt (lit. b), die damit angestrebten Ziele nicht durch mildere Massnahmen erreicht werden können (lit. c) und die Bedeutung der Straftat die Zwangsmassnahme rechtfertigt (lit. d).

### **E. 3.3**

Es ist unbestritten, dass die Aufklärung vergangener und die Verhinderung zukünftiger Straftaten mittels erkennungsdienstlicher Massnahmen im öffentlichen Interesse liegen. Sowohl die erkennungsdienstliche Erfassung als auch die DNA-Profilerstellung sind zudem grundsätzlich geeignet, zur Aufklärung von bereits begangenen oder künftigen Delikten Seite 6/10 beizutragen, sofern DNA-Spuren bzw. Fingerabdrücke sichergestellt werden können, anhand welcher der Täter identifiziert werden könnte. Das Verhältnismässigkeitsprinzip verlangt jedoch weiter, dass eine behördliche Massnahme für das Erreichen des im öffentlichen oder im privaten Interesse liegenden Zieles nicht nur geeignet, sondern auch erforderlich ist und sich für die Betroffenen in Anbetracht der Schwere der Grundrechtseinschränkung als zumutbar erweist. Es muss eine vernünftige Zweck-Mittel-Relation vorliegen. Überdies ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung die Erstellung eines DNA-Profiles, das nicht der Aufklärung der Anlass dazu gebenden Straftaten eines laufenden Strafverfahrens dient, nur dann verhältnismässig, wenn erhebliche und konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der Beschuldigte in andere – auch künftige – Delikte verwickelt sein könnte. Dabei muss es sich um Delikte von einer gewissen Schwere handeln (zum Ganzen: BGE 147 I 372 E. 2 und 4.2 m.w.H.).

### **E. 4**

Vorliegend sind die Voraussetzungen für die Erstellung eines DNA-Profiles nicht erfüllt.

#### **E. 4.1**

Die Parteien stimmen zu Recht darin überein, dass die DNA-Profilierung vorliegend nicht zur Aufklärung der Anlasstat erfolgen soll. Die Staatsanwaltschaft sieht jedoch beim Beschwerdeführer erhebliche Anhaltspunkte dafür, dass er in andere oder künftige Delikte von gewisser Schwere verwickelt sein könnte.

##### **E. 4.1.1**

Die Staatsanwaltschaft führt als Anhaltspunkt die angeblich zweideutige Antwort des Beschwerdeführers auf Frage 2 der Einvernahme vom 13. Juli 2022 an, wonach er bei den Patienten immer nachfrage, ob es in Ordnung sei, was er mache (Vi act. 2/2/1). Im Kontext gelesen bezieht sich der Beschwerdeführer bei dieser Aussage jedoch wohl auf osteopathische Behandlungen im Allgemeinen und nicht auf allfällige weitere sexuelle Handlungen mit Kindern. Wie der Beschwerdeführer zutreffend ausführt, verneinte er in derselben Einvernahme, dass es je zu sexuellen Handlungen mit anderen Kunden gekommen sei (Vi act. 2/2/1 Frage 62). Die Aussagen des Beschwerdeführers können somit nicht als genügender Anhaltspunkt für andere sexuelle Handlungen mit Kindern dienen.

##### **E. 4.1.2**

Entgegen der Auffassung der Staatsanwaltschaft kann auch aus dem Umstand, dass der Beschwerdeführer den Vorfall als leichten Fall einer sexuellen Handlung mit Kindern bezeichnet, nicht auf eine erhöhte Rückfallgefahr geschlossen werden. Der Beschwerdeführer hat seine Auffassung anhand objektiver juristischer Kriterien begründet, ohne dabei seine Tathandlung oder deren objektive Umstände abzustreiten. Er bezweckte damit aufzuzeigen, dass die angeordnete Zwangsmassnahme unverhältnismässig sei. Eine in dieser Weise geäusserte rechtliche Qualifikation bildet aber noch keinen Anhaltspunkt für mögliche zukünftige Sexualdelikte.

##### **E. 4.1.3**

Hingegen könnte die sexuelle Alterspräferenz des Beschwerdeführers für Jugendliche oder junge Erwachsene ein Anhaltspunkt für zukünftige Delikte gegen die sexuelle Integrität von Kindern darstellen. Anders als bei pädosexuellen Neigungen bestehen für die sexuelle Präferenz des Beschwerdeführers jedoch legale Möglichkeiten, diese auszuleben, da der strafrechtliche Schutz von Art. 187 StGB nur Jugendliche unter 16 Jahren erfasst. Die sexuelle Präferenz für sich allein ist somit kein genügender Anhaltspunkt, dass der Beschwerdeführer auch in Zukunft sexuelle Handlungen mit Kindern unter 16 Jahren vornehmen könnte.

Seite 7/10

##### **E. 4.1.4**

Der Beschwerdeführer hat schliesslich zumindest glaubhaft dargelegt, dass er seinen "Kontrollverlust" fachärztlich aufarbeitet. Die gegenteiligen Erwägungen der Staatsanwaltschaft taugen sich somit ebenfalls nicht als Hinweis auf zukünftige Delikte.

#### **E. 4.2**

Der Beschwerdeführer ist nicht vorbestraft und es wird ihm nur eine einmalige Tathandlung vorgeworfen. Er ist geständig, hat sich beim Opfer entschuldigt und hat gemäss den eingereichten ärztlichen Attesten und eigenen Angaben eine psychotherapeutische Behandlung begonnen, um sein Verhalten aufzuarbeiten (act. 5/1-2). Der Beschwerdeführer

hat zudem seine osteopathische Praxis aufgegeben, ist aus dem Verband der Osteopathen ausgetreten und liess sich aus dem erfahrungsmedizinischen Register streichen (act. 1/3-5). Er hat damit freiwillig Vorkehrungen getroffen, um zukünftige Delikte dieser Art zu verhindern.

#### **E. 4.3**

Auch weist der Beschwerdeführer zutreffend darauf hin, dass keine Vorwürfe anderer Patienten gegen ihn vorliegen und entsprechend auch keine DNA-Spuren gesichert wurden, welche mit seinem DNA-Profil hätten abgeglichen werden können. Es gibt auch keinerlei Hinweise, dass der Beschwerdeführer auf andere Art regelmässig Kontakt mit Kindern unter 16 Jahren pflegt oder zukünftig pflegen könnte. Es fehlen somit Anhaltspunkte, dass der Beschwerdeführer andere Delikte, insbesondere andere sexuelle Handlungen mit Kindern, begangen haben könnte oder begehen wird.

#### **E. 4.4**

Der Staatsanwaltschaft ist zwar zuzustimmen, dass mit dem Schutz der sexuellen Integrität Minderjähriger eines der höchsten Rechtsgüter betroffen ist. Die alleinige Tatsache, dass der Beschwerdeführer ein Sexualdelikt zum Nachteil eines Kindes unter 16 Jahren begangen hat, reicht hingegen nicht aus, um ein DNA-Profil zu erstellen und den Beschwerdeführer erkennungsdienstlich zu erfassen. Vorliegend sind keine erheblichen und konkreten Anhaltspunkte ersichtlich, dass der Beschuldigte in andere – auch künftige – Delikte verwickelt sein könnte. Ohne solche Anhaltspunkte ist es aufgrund der gesetzlichen Konzeption nicht zulässig, ein DNA-Profil zu erstellen.

#### **E. 5**

Der Beschwerdeführer macht geltend, er sei am 16. Juli 2022 auch erkennungsdienstlich erfasst worden, ohne dass eine entsprechende anfechtbare Verfügung erlassen worden sei. Tatsächlich ergibt sich aus dem ED-Befehl/ED-Auftrag vom 16. Juli 2022 (Vi act. 13/3) und dem Vollzugsprotokoll ED Erfassung vom 18. Juli 2022 (Vi act. 13/4), dass der Beschwerdeführer auch erkennungsdienstlich erfasst wurde (inkl. Daktyloskopie). Die vorliegend angefochtene Verfügung der Staatsanwaltschaft vom 28. Juli 2022 ordnete zwar nicht ausdrücklich eine erkennungsdienstliche Erfassung an, führte aber bei der Begründung aus, dass die Ausführungen "für die angeordnete erkennungsdienstliche Erfassung" gleichermassen gelte (act. 1/1). Es ist somit davon auszugehen, dass die Staatsanwaltschaft mit der angefochtenen Verfügung auch die erkennungsdienstliche Behandlung anordnen wollte. Für die Anordnung der erkennungsdienstlichen Erfassung gelten bei Verbrechen und Vergehen dieselben Voraussetzungen wie für die DNA-Profilerstellung. Insbesondere ist eine erkennungsdienstliche Behandlung, welche nicht der Aufklärung der Anlass dazu gebenden Straftaten eines laufenden Strafverfahrens dient, ebenfalls nur dann verhältnismässig, wenn

Seite 8/10 erhebliche und konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der Beschuldigte in andere – auch künftige – Delikte verwickelt sein könnte. Wie vorstehend erörtert, sind solche Anhaltspunkte vorliegend nicht ersichtlich.

#### **E. 6**

Die Beschwerde ist daher gutzuheissen und die Verfügung der Staatsanwaltschaft vom 28. Juli 2022 betreffend DNA-Profilerstellung, invasive Probenahme und erkennungsdienstliche Behandlung (Verfahren 1A 2022 214) aufzuheben. Die

Staatsanwaltschaft ist deshalb anzuweisen, den abgenommenen Wangenschleimhautabstrich vernichten und die mittels erkennungsdienstlicher Erfassung erhobenen Daten löschen zu lassen. Aus den Akten ergeben sich keine Hinweise darauf, dass die abgenommenen Fingerabdrücke im automatisierten Fingerabdruck-Identifikationssystem (AFIS) gespeichert wurden. Ein solcher Eintrag wäre ebenfalls zu löschen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 1B\_285/2020 vom 22. April 2021 E. 5, nicht publiziert in: BGE 147 I 372).

#### **E. 7**

Bei diesem Ausgang sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens auf die Staatskasse zu nehmen (Art. 428 Abs. 4 StPO) und der Beschwerdeführer ist für die notwendigen Aufwendungen im Beschwerdeverfahren aus der Staatskasse zu entschädigen (Art. 436 Abs. 2 StPO). Beschluss

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