

# ZH\_OBERGERICHT UH120024 vom 6. Juli 2012

ZH Obergericht, 2012-07-06, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_UH120024](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_UH120024)

FR: ZH\_OBERGERICHT UH120024 du 6 juillet 2012

IT: ZH\_OBERGERICHT UH120024 del 6 luglio 2012

## Erwägungen

### E. 1

Die Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich führt gegen X. (Beschwerdeführer) eine Strafuntersuchung wegen sexueller Handlungen mit Kindern (Urk. 14). Dem Beschwerdeführer wurde am 17. Januar 2012 gestützt auf eine Anordnung der Kantonspolizei Zürich (Beschwerdegegnerin 1) vom gleichen Tag ein Wangenschleimhautabstrich (WSA) zwecks DNA-Profilerstellung abgenommen (Urk. 14/9/1 bzw. 5). Diese Anordnung stand im Kontext mit einer dem Beschwerdeführer am genannten Tag ausgehändigten Verfügung der Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich (Beschwerdegegnerin 2) vom 19. Juli 2011 (Urk. 14/9/2 bzw. 4).

### E. 2

Mit Eingabe vom 27. Januar 2012 liess der Beschwerdeführer durch seinen Verteidiger gegen die "Verfügung der Beschwerdegegnerin 2 vom 17. Januar 2012" Beschwerde erheben (Urk. 2). Darin wird der Hauptantrag auf Aufhebung der angefochtenen Verfügung, Vernichtung des abgenommenen WSA sowie des allenfalls bereits erstellten DNA-Profiles und Unterlassung bzw. Löschung eines Eintrags im DNA-Profil-Informationssystem gestellt; im Sinne eines Eventualantrags wird die Aufhebung der angefochtenen Verfügung und die Anordnung der Unterlassung eines Eintrags in das DNA-Profil-Informationssystem beantragt (Urk. 2 S. 2). Die beiden Beschwerdegegnerinnen beantragen vollumfängliche Abweisung der Beschwerde (Urk. 11/12). In der Replik wird an den gestellten Anträgen festgehalten (Urk. 26). Die Beschwerdegegnerin 2 verzichtete auf eine Duplik (Urk. 30). Die Duplik der Beschwerdegegnerin 1 (Urk. 31) wurde dem Beschwerdeführer bzw. seinem Verteidiger zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 33). Weitere Eingaben gingen nicht mehr ein. Die Sache erweist sich demnach als spruchreif.

### E. 3

Der gestellte Antrag auf Bestellung des Verteidigers als Offizialanwalt des Beschwerdeführers ist mittlerweile gegenstandslos geworden, weil der Anwalt mit Wirkung ab dem Datum der Gesuchsstellung (27. Januar 2012) - welches Datum auch die Beschwerde trägt - von der Beschwerdegegnerin 2 zum amtlichen Verteidiger bestellt wurde (Urk. 10).

- 3 - Der Beschwerde wurde mit Präsidialverfügung vom 13. Februar 2012 insofern aufschiebende Wirkung verliehen, als das allenfalls bereits erstellte DNA-Profil des Beschwerdeführers einstweilen nicht in das Informationssystem gemäss Art. 11 DNA-Profilgesetz aufzunehmen ist (Urk. 7).

### E. 4

Hinsichtlich des Anfechtungsobjektes der Beschwerde ist Folgendes festzuhalten: In der Beschwerde wird zusammengefasst geltend gemacht, die Voraussetzungen für die Erstellung eines DNA-Profiles seien nicht gegeben, weshalb das allenfalls bereits erstellte Profil sowie der zu diesem Zweck abgenommene WSA zu vernichten seien. Die nicht invasive Probenahme bei Personen, somit auch die Abnahme eines WSA, kann von der Polizei angeordnet werden (Art. 255 Abs. 2 lit. a StPO). Die Anordnung der Analyse der Probe bzw. der Erstellung eines DNA-Profiles bezüglich einer bestimmten beschuldigten Person darf hingegen - anders als bei tatrelevantem biologischem Material (Art. 255 Abs. 2 lit. b StPO) - im Untersuchungsverfahren nur von der (Ober-)Staatsanwaltschaft angeordnet werden (Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005, S. 1241 f.; Schmid, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, Zürich/St. Gallen 2009, Art. 235 N 13 f.; ders., Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, Zürich/St. Gallen 2009, Rz. 1094; Fricker/Maeder, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger [Hrsg.], Schweizerische Strafprozessordnung, Basler Kommentar, Basel 2011, [BSK StPO], Art. 255 N 25 und 29). In der erwähnten Verfügung der Beschwerdegegnerin 2 vom 19. Juli 2011 wird unter anderem in abstrakter Weise festgelegt, bei welchen Delikten unter welchen Voraussetzungen bei einem von der Polizei bei einem Beschuldigten abgenommenen WSA ein DNA-Profil zu erstellen sei. Es handelt sich mit anderen Worten um eine (nur der Polizei mitgeteilte) Allgemeinverfügung (vgl. auch Disp.-Ziff. 5 a.E. der Verfügung), die einen konkreten Sachverhalt regelt, der sich auf einen im Zeitpunkt des Erlasses der Verfügung noch nicht konkret-individuell hinreichend bestimmten (offenen bzw. unbestimmten) Personenkreis bezieht (vgl. zur Thematik auch den Beschluss der Kammer vom 5. September 2011, Erw. II/2.2-3 [Proz.-Nr. UH110165], teilw. publ. in Entscheidsammlung [www.gerichte-zh.ch]). Ein einzel-

- 4 - ner Angehöriger des in der Verfügung bezeichneten (abstrakt bestimmbar, jedoch nicht individuell-konkret bestimmten) Personenkreises ist durch die Verfügung solange nicht unmittelbar konkret betroffen, als sie bezüglich ihm nicht im Sinne der Anordnung der Erstellung eines DNA-Profiles umgesetzt wird. Gemäss Disp.-Ziff. 4 erfolgt die Mitteilung der Verfügung an die beschuldigte Person durch die Polizei. Im vorliegenden Fall wurde die vom 19. Juli 2011 datierte Verfügung dem Beschwerdeführer am 17. Januar 2012 ausgehändigt (Urk. 4 S. 2 unten). Damit wurde ihm gegenüber die in der Allgemeinverfügung abstrakt angeordnete Zwangsmassnahme am 17. Januar 2012 konkret verfügt. Die nicht invasive Probenahme bei Personen und die (konkrete) Anordnung der Erstellung eines DNA-Profiles sind beschwerdefähig im Sinne von Art. 393 Abs. 1 lit. a StPO (Patrick Guidon, Die Beschwerde gemäss Schweizerischer Strafprozessordnung, Zürich/St. Gallen 2011, N 58; Schmid, Handbuch, a.a.O., Rz. 1094 FN 327; Stephenson/Thiriet, BSK StPO, a.a.O., Art. 393 N 10). Daher wird in der Beschwerde zu Recht als Anfechtungsobjekt die Verfügung der Beschwerdegegnerin 2 vom 17. Januar 2012 (Konkretisierung der Allgemeinverfügung vom 19. Juli 2011 gegenüber dem Beschwerdeführer) bezeichnet. Zumindest im Ergebnis wird jedoch auch die Verfügung der Beschwerdegegnerin 1 insoweit beanstandet, als darin die Abnahme eines WSA zwecks DNA-Profilerstellung angeordnet wurde.

## **E. 5**

Der Beschwerdeführer wird gemäss Rapport der Kantonspolizei Zürich vom 8. Dezember 2011 im Wesentlichen verdächtigt, der auf einem Bett unter einer Decke liegenden Geschädigten Y. (geb. 1998) anlässlich deren gemeinsamen Ferienaufenthalts mit der

Familie des Beschwerdeführers in Z. (Italien) am 12. Oktober 2011 zuerst über der Decke mit dem Ellenbogen gegen deren Scheide gedrückt sowie ihr danach durch Griff unter die Decke in deren Hose die Scheide ausgegriffen und gestreichelt zu haben (Urk. 14/1, insb. S. 3; vgl. auch Urk. 14/4/1). Der Beschwerdeführer stellt diesen Vorwurf entschieden in Abrede (Urk. 14/7). Der Klarheit halber ist festzuhalten, dass das dem Beschwerdeführer vorgeworfene Verhalten in der Schweiz verfolgbare ist, weil er sich in der Schweiz befindet, er ohne seine Zustimmung nicht ausgeliefert wird (Art. 7 IRSG) und die Geschädigte im massgebenden Zeitpunkt weniger als 14 Jahre alt war (Art. 5 Abs. 1 Ingress und lit. b StGB).

- 5 - 6.1 Zur Begründung, wonach die Voraussetzungen für die Abnahme des WSA und die Erstellung eines DNA-Profiles in der gegen den Beschwerdeführer geführten Strafuntersuchung nicht gegeben seien, wird zusammengefasst im Wesentlichen Folgendes vorgebracht: Die Abnahme von Biomaterial für die DNA-Profilierung sei im vorliegenden Fall völlig untauglich für die Aufklärung des zur Anzeige gebrachten Sachverhalts, da selbst das Auffinden von Biomaterial des Beschwerdeführers für die Beurteilung des angeblichen Tathergangs überhaupt nicht aussagekräftig sei; damit sei eines der in Art. 255 Abs. 1 StPO und in Art. 3 Abs. 1 DNA-Profil-Gesetz statuierten Erfordernisse nicht gegeben. Eine erkennungsdienstliche Behandlung des Beschwerdeführers und die Erstellung eines DNA-Profiles sei auch deshalb für die Strafuntersuchung zwecklos und daher unnötig, weil unbestritten sei, dass sich dieser im Zeitpunkt des zur Diskussion stehenden Vorfalls auf dem selben Bett wie die Geschädigte befunden habe; daher habe sich naturgemäss sein DNA-Material auf den damals von der Geschädigten getragenen Kleidern befunden und habe via Kleidung auf deren Haut gelangen können, weshalb dieser Umstand nichts zur Abklärung des Vorfalls beitragen könne. Die Erstellung eines DNA-Profiles werde missbraucht, um künftige Strafuntersuchungen zu erleichtern, was unzulässig sei. Der Beschwerdeführer habe einen Anspruch auf die Berichtigung falscher Daten, auf Löschung ungeeigneter und nicht mehr benötigter Daten (Urk. 2 Ziff. 6-11 und Urk. 26 Ziff. III). Ferner wird mit verschiedenen Argumenten geltend gemacht, es liege ohnehin kein hinreichender Tatverdacht vor (Urk. 2 Ziff. 11 und Urk. 26 Ziff. I) und der Beschwerdeführer habe nicht freiwillig in die Abgabe eines WSA eingewilligt bzw. sei über die ihm insofern zustehenden Rechte getäuscht worden (Urk. 2 Ziff. 4/5 und Urk. 26 Ziff. II). 6.2 Die Beschwerdegegnerin 2 ist hingegen der Auffassung, die Voraussetzungen für die Abnahme eines WSA und die Erstellung eines DNA-Profiles seien vorliegend erfüllt. Den Einwand in der Beschwerde, das DNA-Profil sei zur Abklärung des zur Anzeige gebrachten Sachverhalts sinnlos, erachtet sie für unbehelflich und verweist dazu insbesondere auf den Beschluss der hiesigen Kammer vom

## **E. 10**

Januar 2012, UH110285 (Urk. 11). Die Beschwerdegegnerin 1 führt aus, der Einwand, der Beschwerdeführer habe nicht freiwillig in die Abgabe eines WSA

- 6 - eingewilligt bzw. sei über die ihm insofern zustehenden Rechte getäuscht worden, sei unzutreffend. Zudem liege entgegen der Beschwerdevorbringen ein hinreichender Tatverdacht vor (Urk. 12 und 31). 7.1 Es kann aus den nachfolgenden Gründen offen bleiben, ob von einem hinreichenden Tatverdacht auszugehen ist. Das Gleiche gilt für die Frage, ob der Beschwerdeführer auf seine Rechte bezüglich der Abnahme des WSA zwecks DNA-Profilierung hingewiesen wurde bzw. ob er sich dieser Abnahme freiwillig unterzog; die Frage der Rechtmässigkeit einer Zwangsmassnahme kann auch

dann mittels Beschwerde von der beschuldigten Person aufgeworfen werden, wenn sie zur Durchsetzung der Massnahme ihre Einwilligung abgegeben hat. 7.2 Im genannten Beschluss der Kammer vom 10. Januar 2012 (publ. in Entscheidensammlung [www.gerichte-zh.ch]) wurde in Erw. II/5.4 vorerst festgehalten, es sei nicht davon auszugehen, dass das DNA-Profil etwas zur Aufklärung der zur Diskussion stehenden Tat beitragen könne; zudem hätten allfällige DNA-Spuren seit dem Vorfall verändert werden können. Unmittelbar anschliessend erwog die Kammer (wie auch im Beschluss vom 29. Februar 2012, UH110278, in Erw. II/4.4 sowie in Grundzügen in demjenigen vom 13. April 2012, UH120012, in Erw. II/2.3) Folgendes: "Die Einschränkung 'zur Aufklärung von Verbrechen oder Vergehen' in Art. 255 StPO bedeutet jedoch nicht, dass einem Verdächtigen nur eine DNA- Probe abgenommen werden darf, wenn vom Anlassdelikt eine DNA-haltige Spur vorliegt, sondern nur, dass die Anlasstat ein Verbrechen oder Vergehen sein muss. Die DNA-Analyse als erkennungsdienstliche Massnahme soll ausdrücklich auch der Aufklärung bereits früher begangener Verbrechen und Vergehen dienen (Hansjakob, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, Zürich 2010, Art. 255 N 10 m.w.H.). Einerseits kann nicht sein, dass eine wegen Einbruch- diebstahls verhaftete und überführte Person sich der Probenahme widersetzen kann, weil das Delikt bereits aufgeklärt ist. Andererseits kann demgemäss auch eine Probe genommen werden, wenn im konkret zu untersuchenden Delikt keine verwertbaren Spuren vorliegen bzw. zur Aufklärung des fraglichen Delikts ungeeignet sind, die Probe hingegen bei einem allenfalls begangenen oder künftigen Delikt der beschuldigten Person bedeutsam werden kann (Fricker/Maeder, a.a.O., Art. 255 N 8; Schmid, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, Zürich/St. Gallen 2009, N 1093 FN 323). Die Probenahme und Analyse wird in einem solchen Fall nämlich gerade deshalb angeordnet, weil bei Personen, die sich eines strafrechtlichen

- 7 - Delikts von einer gewissen Schwere schuldig gemacht haben, gegenüber dem Durchschnittsbürger eine leicht erhöhte Wahrscheinlichkeit besteht, sie könnten auch in Zukunft in ein Delikt verwickelt werden oder bereits ein solches begangen haben, und eben gerade nicht nur, um diese Anlasstat aufzuklären (Schmid, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, Zürich/St. Gallen 2009, N 2 zu Art. 255; Fricker/Maeder, a.a.O., Art. 255 N 8 m.w.H.). Daraus folgt, dass Proben auch bei Personen aufgrund einer bereits aufgeklärten Straftat entnommen werden können, selbst wenn die Probenahme zur Beweisführung bezüglich des konkreten Tatvorwurfs nicht (mehr) notwendig und bzw. oder nicht mehr tauglich sind. DNA-Proben werden in der Regel sogar dann entnommen, wenn sich der Tatverdacht auf ein Delikt ohne DNA-Spuren bezieht. In der Lehre wird – unter Hinweis auf die Zielsetzung der Art. 255 ff. StPO und des DNA-Profil-Gesetzes sowie auf die bisherige Praxis und Lehre – ausdrücklich festgehalten, dass einzig hinsichtlich der "Anlasstat" ein hinreichender Tatverdacht Voraussetzung sei, nicht jedoch bezüglich einer bereits begangenen oder zukünftigen Straftat (Fricker/Maeder a.a.O., Art. 255 N 8 m.w.H.). Die Abnahme von DNA zum Zeitpunkt, wo der Tatverdacht noch besteht, ist zulässig; die spätere Einstellung des Verfahrens oder der Freispruch führen nicht zu einer nachträglichen Widerrechtlichkeit des rechtmässig erstellten DNA-Profiles, sondern verleihen nur einen Anspruch auf Löschung im Informationssystem (Hansjakob, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, Zürich 2010, Art. 255 N 11 m.w.H.). Eine erhöhte Wahrscheinlichkeit für die Begehung weiterer Delikte wird von der Lehre gefordert, um den Erfordernissen von Art. 197 lit. c und d StPO genüge zu tun, wonach eine Massnahme erforderlich

(Subsidiaritätsprinzip) und verhältnismässig sein muss (Fricker/Mäder, a.a.O., Art. 255 N 9)." 7.3 Der Beschluss der Kammer vom 10. Januar 2012 wurde dem Verteidiger des Beschwerdeführers in anonymisierter Fassung am 7. März 2012 zugesandt (Prot. S. 5 und Urk. 18 S. 2 unten). In Kenntnis dieses Beschlusses bzw. der obzitierten Erwägungen wird in der Replik an der Auffassung, im vorliegenden Fall sei die Abnahme des WSA zwecks Erstellung einer DNA-Analyse unverhältnismässig und damit unzulässig, festgehalten (Urk. 26 Ziff. III). Die Beschwerdegegnerin 2 hingegen stützt ihren Antrag auf Abweisung der Beschwerde - wie erwähnt - auf die genannten Erwägungen. Die zur Diskussion stehende Thematik ist daher - un- ter Einbezug der bundesgerichtlichen Praxis - näher zu beleuchten. a) Die genannten drei Entscheide der Kammer stützen sich auf die Lehre. Im Zeitpunkt der damaligen Beschlussfassung hatte sich das Bundesgericht - anders als zwischenzeitlich - noch nicht zum Anwendungsbereich von Art. 255 Abs. 1 StPO geäußert.

- 8 - Vorab ist festzuhalten, dass im vorliegenden Fall die DNA-Profilerstellung für die Abklärung des dem Beschwerdeführer vorgeworfenen Verhaltens untauglich ist, was von den Beschwerdegegnerinnen denn auch nicht in Frage gestellt wird. Aus den Akten geht nämlich nicht hervor, dass die Geschädigte körperlich untersucht worden ist oder ihre Kleider oder die Bettdecke, unter welcher sie anlässlich des zur Diskussion stehenden Vorfalls lag, sichergestellt worden sind. Vielmehr wird im Polizeirapport vom 8. Dezember 2011 festgehalten, aufgrund der Zeitspanne zwischen Tat- und Anzeigezeit habe keine Spurensicherung mehr vorgenommen werden können (Urk. 14/1 S. 3 unten). Zudem ist ohne Weiteres davon auszugehen, dass Kleider und Bettdecke in der Zwischenzeit mehrfach gewaschen wurden, weshalb selbst eine nachträglich noch vorzunehmende Untersuchung auf relevante Spuren ergebnislos verlief. b) Im Urteil vom 23. Februar 2012 (1B\_685/2011 und 1B\_693/2011) erwoh das Bundesgericht in Erw. 3.4 zum Anwendungsbereich von Art. 255 StPO, ein DNA- Profil dürfe nicht nur berücksichtigt werden, wenn es um die Abklärung des Tat- vorwurfs gehe, in dessen Kontext die Probe abgenommen worden sei, sondern auch um bereits begangene und den Strafverfolgungsbehörden bekannte Straftaten zu klären, was sich klar aus Art. 1 Abs. 2 DNA-Profil-Gesetz ergebe; zudem dürfe das Profil auch für die Täteridentifikation bezüglich begangener oder zukünftiger Vergehen und Verbrechen erstellt werden, die den Strafverfolgungsbehörden noch nicht bekannt seien; die Profilerstellung sei zulässig, wenn aufgrund einer gewissen Wahrscheinlichkeit das Risiko bestehe, dass die beschuldigte Person an anderen Straftaten beteiligt sei. In Erw. 3.5 hielt das Bundesgericht fest, der Beschwerdeführer sei mehrfach einschlägig verurteilt worden, und aufgrund seines Verhaltens im neuen Verfahren hätten die Strafverfolgungsbehörden zu Recht den Verdacht weiterer von ihm begangener Straftaten gehabt; das DNA- Profil habe daher für die Abklärung anderer Delikte als diejenigen des neuen Verfahrens herangezogen werden können. Im Urteil vom 25. Oktober 2011 (2C\_257/2011) - das einen Staatshaftungsfall betraf - hielt das Bundesgericht in Erw. 6.7.4 fest, erkenntungsdienstliche Massnahmen wie namentlich auch DNA-Analysen könnten gerechtfertigt sein, um eine Tä-

- 9 - terschaft ausfindig zu machen sowie um Delikte präventiv zu vermeiden und so Rechte und Freiheiten Dritter zu schützen; zudem bestehe in einem Strafverfahren ein besonderes Interesse daran, Personenverwechslungen zu vermeiden und dadurch letztlich auch zu verhindern, dass allenfalls die falschen Personen verurteilt würden; dieser Zweck, der auch bei Wirtschaftsdelikten bestehe, bedinge, dass auch Daten, welche die Identifikation mit hoher Zuverlässigkeit ermöglichten, wie namentlich die DNA, erhoben würden, so dass

deren Erfassung als verhältnismässig zu betrachten sei.

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