

ZH_OBERGERICHT UH170138 vom 3. November 2017

ZH Obergericht, 2017-11-03, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_UH170138

FR: ZH_OBERGERICHT UH170138 du 3 novembre 2017

IT: ZH_OBERGERICHT UH170138 del 3 novembre 2017

Erwägungen

E. 3

Erstellung des DNA-Profiles

E. 3.1

Der Beschwerdeführer macht zusammengefasst geltend, dass die Anordnung der Analyse des durch die Polizei abgenommenen Wangenschleimhautabstrichs gemäss Art. 255 in Verbindung mit Art. 198 und Art. 199 StPO der Staatsanwaltschaft obliege. Lediglich gestützt auf die Allgemeinverfügung könne daher kein polizeilicher Auftrag zur Erstellung eines DNA-Profiles erfolgen, weshalb sich die angefochtene Verfügung als rechtswidrig erweise (Urk. 2 S. 4 f.). Sodann sieht der Beschwerdeführer die Grundsätze des Anspruchs auf rechtliches Gehör, Treu und Glauben und der Rechtssicherheit verletzt, da die Verfügung vom 30. April 2017 nicht rechtsgenügend bestimmt und begründet sei. Aus der in der Verfügung gewählten Formulierung bleibe unklar, inwiefern sich eine Erstellung des DNA-Profiles in vorliegenden Fall rechtfertigen lasse (Urk. 2 S. 5 f.).

E. 3.2

Die Stadtpolizei verwies auf § 1 Abs. 1 der Verordnung über die erkennungsdienstliche Behandlung von Personen, wonach die Anordnung der Erstellung eines DNA-Profiles lediglich von der Stadtpolizei beantragt werden könne; ob diesem Antrag stattgegeben werde, liege in der Kompetenz der Kantonspolizei.

- 3 - Die angefochtene Verfügung vom 30. April 2017 sei von der Kantonspolizei ausgestellt worden. Die Stadtpolizei habe am 30. April 2017 lediglich einen Antrag auf die Erstellung eines DNA-Profiles gestellt (Urk. 12 S. 2; vgl. Urk. 13).

E. 3.3

Die Kantonspolizei verweist in ihrer Stellungnahme vom 26. Mai 2017 mit Blick auf die Kompetenz der Polizei, ohne Verfügung der Staatsanwaltschaft eine erkennungsdienstliche Behandlung anzuordnen, auf den Beschluss der hiesigen Kammer UH140221 vom 28. Oktober 2014 und darauf, dass die Konkretisierung der Allgemeinverfügung durch die Polizei der Praxis im Kanton Zürich entspreche und nicht zu beanstanden sei (Urk. 9 S. 2).

E. 3.4

Die Staatsanwaltschaft hält zunächst fest, dass der Beschwerdeführer auf dem Formular "Anordnung der erkennungsdienstlichen Behandlung/Antrag auf Anordnung der DNA Profilerstellung" dem "Wangenschleimhautabstrich zwecks DNA-Profilerstellung" unterschriftlich zugestimmt habe. Sie verweist sodann darauf, dass Art. 16 DNA-Profilgesetz (Bundesgesetz über die Verwendung von DNA-Profilen im Strafverfahren und zur Identifizierung von unbekanntem oder vermissten Personen [SR 363]) die Löschung von DNA-Profilen nach Eintritt der Rechtskraft beziehungsweise nach

einen Jahr nach Eintritt der Rechtskraft vorsehe. Es sei gesamthaft betrachtet kein Grund ersichtlich, weshalb das Verfahren, das sich auf die DNA-Gesetzgebung abstütze und durch das Obergericht geprüft und als richtig befunden worden sei, in diesem Fall neu untersucht werden soll, weshalb diesbezüglich auf eine Stellungnahme zu den rechtlichen Ausführungen verzichtet werde (Urk. 17 S. 1 f.).

E. 3.5

In seiner Replik machte der Beschwerdeführer zusammengefasst geltend, dass die von den Gesuchsgegnerinnen geschilderten Abläufe dazu führten, dass die Polizei gestützt auf die Allgemeinverfügung der Oberstaatsanwaltschaft bei einem Delikt gemäss Deliktskatalog automatisch die Erstellung eines DNA-Profiles beantrage (Urk. 24 S. 2 f.) und weder die Stadtpolizei noch die Kantonspolizei eine Zuständigkeit erkennen wollten, vor der Erteilung des Auftrags eine Prüfung vorzunehmen, ob die Erstellung des DNA-Profiles rechtens sei (Urk. 24 S. 3 f.).

- 4 -

E. 3.6

Die Kantonspolizei führte in ihrer Duplik zusammengefasst aus, dass für den polizeilichen Sachbearbeiter zu Beginn des Verfahrens nicht erkennbar sei, ob sich der hinreichende Tatverdacht nach Abschluss der Untersuchungsmassnahmen und Einvernahmen relativiere oder nicht. Die Polizei unterliege der Verpflichtung, gestützt auf die im fraglichen Zeitpunkt zur Verfügung stehenden Informationen Zwangsmassnahmen anzuordnen. Damit verbleibe der primäre Entscheid, ob eine erkennungsdienstliche Behandlung und die Erstellung eines DNA-Profiles durchzuführen sei, in der Verantwortung der fallführenden Behörde, was vorliegend die Stadtpolizei gewesen sei. Die Kantonspolizei verwies sodann auf das DNA-Profilgesetz hinsichtlich der Lösungsfristen (Urk. 30 S. 2 f.).

E. 3.7

Zunächst ist unbeachtlich, dass der Beschwerdeführer gemäss der Staatsanwaltschaft der Abnahme des Wangenschleimhautabstrichs zwecks Erstellung des DNA-Profiles zugestimmt hatte. 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 (Beschluss der hiesigen Kammer UH120024 vom

E. 3.9

Die Erstellung des DNA-Profiles ist von der Staatsanwaltschaft im Einzelfall zu verfügen respektive anzuordnen. Sollte die Erstellung bereits erfolgt sein, ist das DNA-Profil zu vernichten und der allfällige entsprechende Eintrag im Informationssystem unverzüglich zu löschen. Ein darüber hinausgehendes rechtliches Interesse an der Feststellung der Rechtswidrigkeit der Erstellung des DNA-Profiles ist nicht ersichtlich. IV. ... [Erwägung zu den Kosten] Es wird beschlossen:

E. 6

Juli 2012 E. 7.1, publ. in Entscheidsammlung [www.gerichte-zh.ch] und in ZR 111 Nr. 52). Fraglich ist, ob der Beschwerdeführer auf dem Formular "Anordnung der erkennungsdienstlichen Behandlung/Antrag auf Anordnung der DNA-Profilerstellung"

ohnehin lediglich den Erhalt einer Kopie des Formulars selbst unterschrieben bestätigt hat und die Zustimmung des Beschwerdeführers einzig durch die Unterschrift der polizeilichen Sachbearbeiterin bestätigt wird (vgl. Urk. 19/11/3). Dies kann aber offengelassen werden.

3.8.1. In der Allgemeinverfügung der Oberstaatsanwaltschaft vom 1. April 2016 wird in allgemeiner Form festgehalten, bei welchen Tatbeständen unter welchen Voraussetzungen bei einem von der Polizei bei einer beschuldigten Person abgenommenen Wangenschleimhautabstrich ein DNA-Profil zu erstellen sei. Als Voraussetzung wird dabei genannt, dass das DNA-Profil zum Vergleich mit vorhandenen Tatortspuren und zur Klärung der Identität zwingend erscheine, insbesondere mit Blick auf eine frühere Registrierung unter anderen Personalien beziehungsweise weil die beschuldigte Person früher oder im laufenden Strafverfahren

- 5 - in irgendeiner Weise hinreichend Anlass für die Annahme der Beteiligung an unaufgeklärten oder zukünftigen Verbrechen oder Vergehen gegeben habe und für die Täteridentifikation bezüglich begangener oder künftiger Verbrechen oder Verbrechen erforderlich sei (Urk. 19/12/3 S. 2). Der Polizei wird dabei unter Ziffer 4 der Allgemeinverfügung vom 1. April 2016 im Mitteilungssatz der Auftrag erteilt, die Notwendigkeit der Probenahme und DNA-Profilerstellung zur Klärung des Tatvorwurfs (Anlassdelikt) und/oder für die Annahme einer Beteiligung der beschuldigten Person an unaufgeklärten oder zukünftigen Verbrechen oder Vergehen "zuhanden der Strafverfahrensakten" zu konkretisieren (Urk. 19/12/3 S. 2). Damit wird der Entscheid über die Erstellung eines DNA-Profils faktisch der Polizei übertragen und es wird ihr sogar ausdrücklich der Auftrag erteilt, die Notwendigkeit der Probenahme und DNA-Profilerstellung zuhanden der Strafverfahrensakten zu konkretisieren. Erforderlich ist jedoch eine Prüfung des jeweiligen Einzelfalls durch die Staatsanwaltschaft. Eine durch die Kantonspolizei zu konkretisierende Allgemeinverfügung der Oberstaatsanwaltschaft über die der Erstellung von DNA-Profilen genügt den gesetzlichen Anforderungen von Art. 255 StPO beziehungsweise der der bundesgerichtlichen Rechtsprechung dazu nicht (vgl. BGE 141 IV 87 E. 1.3.2 und 1.4.2.). Die allgemeinen Ausführungen in der Verfügung der Oberstaatsanwaltschaft vom 1. April 2016 tragen dem Einzelfall nicht Rechnung und begründen vielmehr eine nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht erlaubte routinemässige Anordnung einer DNA-Analyse (vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 1B_111/2015, 1B_123/2015 vom 20. August 2015 E. 3.5). Aus diesem Grund war die Anordnung der Erstellung eines DNA-Profils vorliegend unrechtmässig. Der Vollständigkeit halber ist überdies darauf hinzuweisen, dass vorliegend auch keine zeitliche Dringlichkeit bestand, um die Erstellung des DNA-Profils am gleichen Tag mit der Abnahme des Wangenschleimhautabstrichs anzuordnen. 3.8.2. Nach dem Gesagten ist abschliessend Folgendes festzuhalten: Auch wenn eine solche "Allgemeinverfügung" aus der Sicht der Untersuchungsbehör-

- 6 - den praktikabel ist, vermag sie aus rechtsstaatlicher Sicht nicht zu genügen. Daran ändert nichts, dass ein solches Vorgehen im Kanton Zürich Praxis sei, wie die Kantonspolizei im vorliegenden Verfahren vorbrachte (Urk. 9 S. 2). Die Anordnung der Erstellung des DNA-Profils erweist sich damit vorliegend als unzulässig.

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