

ZH_OBERGERICHT UH230368 vom 8. April 2024

ZH Obergericht, 2024-04-08, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_UH230368

FR: ZH_OBERGERICHT UH230368 du 8 avril 2024

IT: ZH_OBERGERICHT UH230368 del 8 aprile 2024

Erwägungen

E. 1

Die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl (Beschwerdegegnerin) führte eine Strafuntersuchung gegen A._____ (Beschwerdeführer) wegen Diebstahls etc. (...) und erledigte dieses Verfahren mit Strafbefehl vom 30. Oktober 2023 (Urk. 3/4). Im Zusammenhang mit dem Erledigungsentscheid ordnete die Staatsanwaltschaft mit Verfügung vom 29. Oktober 2023 die Erstellung eines DNA-Profiles bzw. die Verlängerung von dessen Löschfrist an. Als Begründung wurde angeführt, dies sei für die Täteridentifikation bezüglich früher begangener oder künftiger Vergehen oder Verbrechen erforderlich, da der Beschwerdeführer früher oder im laufenden Strafverfahren in irgendeiner Weise hinreichend Anlass für die Annahme der Beteiligung an unaufgeklärten oder zukünftigen Verbrechen oder Vergehen gegeben habe, da er einschlägig vorbestraft sei, wobei die erhöhte Wahrscheinlichkeit bestehe, dass er sich an unaufgeklärten oder künftigen Verbrechen oder Vergehen beteiligt habe resp. beteiligen könnte (Urk. 3/2 = Urk. 5). Wie sich im Nachgang zum Erlass dieser Verfügung vom 29. Oktober 2023 herausstellte, verfügte der Beschwerdeführer über keine Vorstrafen in der Schweiz (vgl. Strafbefehl vom 30. Oktober 2023, Urk. 3/4).

E. 2

Mit Eingabe vom 7. November 2023 (Eingang: 8. November 2023) liess der amtlich verteidigte Beschwerdeführer gegen vorgenannte Verfügung fristwährend Beschwerde erheben und folgende Anträge stellen (Urk. 2 S. 2): "Es sei die Verfügung vom 29. Oktober 2023 der Staatsanwaltschaft Zürich- Sihl aufzuheben und es sei davon abzusehen, ein DNA-Profil zu erstellen bzw. dessen Löschfrist zu verlängern und der bereits vorhandene Wangenschleimhautabstrich sei zu vernichten;. . alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. 7,7% MWST) zulasten der Beschwerdegegnerin." Seine Beschwerde liess er im Wesentlichen damit begründen (Urk. 2 S. 3 ff.), dass er von Anfang an geständig gewesen sei, den Diebstahl am 28. Oktober 2023 um ca. 01.20 Uhr begangen zu haben. Anlässlich der am 29. Oktober 2023 durchgeführten Konfrontationseinvernahme mit dem Mitbeschuldigten B._____

- 3 - habe er sein Geständnis wiederholt, wonach er dem Geschädigten die Uhr vom Handgelenk abgenommen habe. Ebenso habe er an beiden Einvernahmen eingeräumt, Alkohol konsumiert zu haben und dass es ihm leidtue. Vorbestraft sei er dagegen nicht. Ein zweites Verfahren sei eingestellt worden, da sich herausgestellt habe, dass er an jenem vorgeworfenen Sachverhalt nicht beteiligt gewesen sei. An der Annahme, er sei ein Wiederholungstäter, der in einer Woche gleich zwei Straftaten begangen habe, könne daher nicht festgehalten werden. Mit der Begründung, wonach der Beschwerdeführer vorbestraft sei, sei die angefochtene Verfügung nachweislich falsch begründet, womit erstellt sei, dass er sich früher nicht strafrechtlich relevant verhalten habe, weshalb auch nicht davon

auszugehen sei, dass er bereits Delikte verübt habe, welche nun mittels DNA-Profil aufgeklärt werden könnten. Die Staatsanwaltschaft stütze ihre Verfügung auf Art. 255 Abs. 1 StPO. Das Erstellen eines DNA-Profiles komme nur in Betracht, um jenes Delikt aufzuklären, welches dazu Anlass gegeben habe, oder zur Zuordnung bereits begangener und den Strafverfolgungsbehörden bekannten Delikten. Vorliegend sei die DNA-Probe als Beweismittel für den umgehend eingestandenen (mit Strafbefehl vom 30. Oktober 2023), bereits abgeurteilten Trickdiebstahl auf offener Strasse untauglich, weshalb ihr die Grundlage fehle und sie unzulässig sei. Diene die DNA-Probeentnahme nur dazu, eine beschuldigte Person von zukünftigen Delikten abzuhalten, könne nicht von einem strafprozessualen Zweck gesprochen werden. Als strafprozessuale Zwangsmassnahme müsse die DNA-Analyse gemäss Art. 196 StPO dazu dienen, Beweise zu sichern. Die Verhinderung künftiger Delikte gehöre nicht dazu. Entsprechend biete Art. 255 StPO in diesen Fällen auch keine Rechtsgrundlage. Deshalb sei die Zwangsmassnahme aufzuheben und der entnommene Wangenschleimhautabstrich zu löschen.

E. 2.1

Mit der am 1. August 2023 in Kraft getretenen Änderung des DNA-Profil-Gesetzes vom 17. Dezember 2021 wurde Absatz 2 von dessen Artikel 1 gestrichen und Absatz 1 neu gefasst (AS 2023 309). Mithin stellt sich die Frage, wie es sich seit dem 1. August 2023 mit der gesetzlichen Grundlage für die Anordnung von DNA-Profilen zwecks Täteridentifikation bezüglich früher begangener oder künftiger Verbrechen oder Vergehen verhält. Übergangsbestimmungen gibt es im DNA-Profil-Gesetz diesbezüglich keine. Mit der beschlossenen Änderung der Strafprozessordnung vom 17. Juni 2022, die am 1. Januar 2024 in Kraft getreten ist (AS 2023 468; BBl 2022 1560), wurde in Art. 255 StPO ein Absatz 1bis folgender Wortlaut eingefügt: "Von der beschuldigten Person kann auch eine Probe genommen und ein DNA-Profil erstellt werden, wenn aufgrund konkreter Anhaltspunkte anzunehmen ist, sie könnte weitere Verbrechen oder Vergehen begangen haben." Und Art. 257 StPO lautet nunmehr wie folgt: "Das Gericht kann in seinem Urteil anordnen, dass von einer wegen eines Verbrechens oder Vergehens verurteilten Person eine Probe genommen und ein DNA-Profil erstellt wird, wenn aufgrund konkreter Anhaltspunkte anzunehmen ist, die verurteilte Person könnte weitere Verbrechen oder Vergehen begehen." Dabei gelangt in hängigen Rechtsmittelverfahren (ausnahmsweise) das neue Recht zur Anwendung, wenn ■ wie vorliegend ■ Zwangsmassnahmen Gegenstand des Verfahrens bilden (vgl. Urteil BGer 1B_381/2011 vom 5. August 2011 E. 2.1; damals mit Bezug auf die am 1. Januar 2011 in Kraft getretene Schweizerische StPO; so bereits Urk. 13). Entgegen der Ansicht der Verteidigung (siehe

- 6 - Urk. 17 S. 3) betrifft die soeben zitierte Rechtsprechung auch Zwangsmassnahmen, wie die Erstellung eines DNA-Profiles, und ist nicht allein im Kontext der Anordnung von Sicherheitshaft zu verstehen (E. 2.1 hält allgemein fest, dass "Zwangsmassnahmen" nach neuem Recht beurteilt werden).

E. 2.2

Der Wortlaut dieser neuen oder neu gefassten (hier anwendbaren) StPO-Bestimmungen zeigt, dass auch gemäss revidierter StPO durch das Gericht und damit am Ende der Untersuchung bei Abschluss mit einem Strafbefehl, den die Staatsanwaltschaft in richterlicher Funktion erlässt, ein Profil zur Aufklärung weiterer bereits begangener (und noch nicht zugeordneter) oder künftiger Delikte erstellt werden kann (vgl. Botschaft S.

6754). Eine durch die Staatsanwaltschaft angeordnete DNA-Profilierung während des Untersuchungsverfahrens betreffend allfällige zukünftige Delikte ist dagegen nicht mehr möglich. Auch in der Literatur wird die Auffassung vertreten, dass mögliche Delikte in der Vergangenheit liegen müssen und für mögliche zukünftige Delikte ausschliesslich Art. 257 StPO gilt (vgl. z.B. Fricker/Maeder, in: Basler Kommentar StPO, 3. Aufl. 2023, N 31 zu Art. 255 StPO; Wohlers Rz. 5.28 in Geth, Die revidierte Strafprozessordnung, Basel 2023). In der Botschaft ist in diesem Kontext festgehalten: "Das geltende Recht kennt mit Artikel 257 StPO die Möglichkeit, die Erstellung eines DNA-Profiles anzuordnen, um mögliche künftige Straftaten besser aufklären zu können. Weil es um eine Prognose künftigen Verhaltens geht, soll nicht die Staatsanwaltschaft während der Untersuchung, sondern das urteilende Gericht (bzw. im Strafbefehlsverfahren die Staatsanwaltschaft) die Erstellung eines DNA-Profiles anordnen können. Am Ende des Hauptverfahrens (bzw. der Untersuchung) liegen die zur Prognoseerstellung notwendigen Erkenntnisse vor; zu Beginn der Untersuchung wäre das hingegen kaum je der Fall." 3. Die Beschwerdeführerin hat ihre mit Verfügung vom 29. Oktober 2023 angeordnete Erstellung eines DNA-Profiles in der Vernehmlassung vom 21. November 2023 damit begründet (Urk. 9 S. 2), dass es korrekt sei, dass der Beschwerdeführer entgegen ihrer ursprünglichen Annahme bei der Anordnung vom 29. Oktober 2023 keine Vorstrafen aufweise, dennoch sei das Erstellen eines DNA-Profiles recht- und verhältnismässig. Der Beschwerdeführer sei innerhalb einer Woche gleich zwei Mal verhaftet worden. Das Verfahren wegen Raubes (Dossier 1) und Diebstahls (Dossier 3) sei eingestellt worden. Dennoch habe der Beschwerdeführer das Verhalten des Mitbeschuldigten insofern geduldet, als er sich nach dem ersten Delikt nicht von diesem entfernt habe. Die Nacht, welche er in Untersuchungshaft verbracht habe, scheine ihn nicht abgeschreckt zu haben. So sei er nur drei Tage nach seiner Entlassung straffällig geworden und habe erneut verhaftet werden müssen. Bei beiden Verhaftungen habe der Beschwerdeführer unter Alkoholeinfluss gestanden. Er, der sich seit September 2023 in der Schweiz aufhalte, habe ein Delikt begangen, um sich finanziell zu bereichern, so dass es naheliege, dass seine bestehende Mittellosigkeit mit der Delinquenz im Zusammenhang stehe und er in Zukunft entsprechende Straftaten begehen werde. Der Eingriff in seine persönliche Freiheit sei durch die Auswertung der abgenommenen Probe gering, während das öffentliche Interesse an der Erhebung eines DNA-Profiles in solchen Fällen gross sei, zumal Grund zur Annahme bestehe, dass damit künftige Straftaten aufgeklärt werden könnten. 4. Im Zeitpunkt des Verfahrensabschlusses mit dem Strafbefehl vom 30. Oktober 2023 (Urk. 3/4) war der Staatsanwaltschaft nunmehr bekannt, dass der Beschwerdeführer keine Vorstrafen im Schweizerischen Strafregister aufwies (Urk. 8/6/1). Anlässlich seiner ersten Verhaftung vom 23. Oktober 2023 ergab sich keine Beteiligung an einer Tat (Urk. 8/2/3 S. 5). Trotz dieser Erfahrung kam es bereits am Samstag, 28. Oktober 2023, ca. 01.20 Uhr, in ... Zürich, Verzweigung C.____-strasse/D.____-strasse, zur zweiten Verhaftung innerhalb von fünf Tagen, als er auch laut eigener Aussage in alkoholisiertem Zustand (0,72 mg/l = ca. 1,4 Gewichtspro mille; Urk. 8/4/1 S. 2), gemeinsam mit dem Mittäter B.____ (Urk. 8/2/7 S. 3), mitten in der Nacht einem Opfer auf offener Strasse dessen Armbanduhr Longines vom Handgelenk entwand (Urk. 3/4; Urk. 8/1/1 S. 1 ff.; Urk. 8/2/7 S. 3). Auch wenn es sich dabei in rechtlicher Hinsicht letztlich um einen einfachen "Entreissdiebstahl" handeln dürfte, bei welchem das Opfer nicht weiter zu Schaden kam, so ist eine gewisse Schwere der Tatbegehung dennoch darin zu erblicken, dass der Beschwerdeführer nicht davor zurückschreckte, einen zufällig ausgewählten Passanten völlig unvermittelt und direkt (physisch) anzugehen. Daran, dass

der mittellose asylsuchende Beschwerdeführer (Urk. 8/1

- 8 - S. 1 f.) diese Tat aus finanziellen Gründen verübte, bestehen keine Zweifel. Seine Mittellosigkeit stellt unter den vorgenannten Umständen einen weiteren grossen Risikofaktor dafür dar, dass die Neigung zu Alkoholmissbrauch und der Bedarf nach Geldmitteln zu weiteren gleichgelagerten Vermögensdelikten führen könnte. Damit liegen genügend gewichtige und konkrete Anhaltspunkte dafür vor, dass der Beschwerdeführer weitere Vermögensdelikte in der Art der mit dem Strafbefehl vom 30. Oktober 2023 sanktionierten Straftat begehen oder in solche verwickelt sein könnte, wobei nicht nur das Vermögen, sondern potentiell auch die physische und psychische Integrität möglicher Opfer tangiert erscheint. Somit ist die Erstellung des DNA-Profiles des Beschwerdeführers gemäss Verfügung vom 29. Oktober 2023 rechtmässig erfolgt. Da das öffentliche Interesse an der Aufklärung solcher Taten, wie die mit dem Strafbefehl vom 30. Oktober 2023 abgeurteilte Straftat des Beschwerdeführers, gross ist, erweist sich der durch die Auswertung der abgenommenen Probe verursachte Eingriff in seine persönliche Freiheit als verhältnismässig, weshalb seine Beschwerde abzuweisen ist. III. 1. Der Beschwerdeführer unterliegt mit seinem Antrag, weshalb ihm die Verfahrenskosten ausgangsgemäss aufzuerlegen sind (Art. 428 Abs. 1 StPO). Die Gerichtsgebühr ist in Beachtung der Bemessungskriterien von § 2 Abs. 1 lit. b-d GebV OG (Bedeutung des Falls, Zeitaufwand des Gerichts, Schwierigkeit des Falls) und gestützt auf § 17 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 800.– festzusetzen. 2. Die von der amtlichen Verteidigung des Beschwerdeführers mit Eingabe vom 7. November 2023 geltend gemachten Aufwendungen für das Beschwerdeverfahren von Fr. 821.75 (inkl. Barauslagen und MWSt; Urk. 3/5) sind angemessen. Für die weiteren Aufwendungen nach dem 7. November 2023, insbesondere für die Ausarbeitung der Stellungnahme vom 2. April 2024, hat sie keine ergänzende Kostennote eingereicht. Dennoch ist dieser weitere Aufwand mit zu berücksichtigen. Die amtliche Verteidigung ist daher pauschal mit einem Betrag von Fr. 1'000.– (inkl. Mehrwertsteuer) zu entschädigen. Die Kosten der amtlichen Ver-

- 9 - teidigung sind auf die Gerichtskasse zu nehmen unter Vorbehalt der Nachzahlungspflicht des Beschwerdeführers (Art. 135 Abs. 4 StPO). Es wird beschlossen:

E. 3

In ihrer am 28. November 2023 fristwährend eingegangenen Stellungnahme vom 21. November 2023 zur Beschwerdeschrift vom 7. November 2023 beantragte die Staatsanwaltschaft die Abweisung der Beschwerde, im Wesentlichen mit der Begründung, das Erstellen eines DNA-Profiles sei trotz Vorstrafenlosigkeit recht- und verhältnismässig (Urk. 9 S. 2; weitergehende Begründung des Abweisungsantrages vgl. nachfolgend, Erw. II.3.). Zudem reichte sie die Untersuchungsakten in elektronischer Form (Urk. 8) ein.

- 4 -

E. 4

Mit Präsidialverfügung vom 6. Dezember 2023 wurde die Stellungnahme der Beschwerdegegnerin dem Beschwerdeführer zur freigestellten Äusserung übermittelt (Urk. 11). Dieser liess sich innert Frist nicht vernehmen. Mit Präsidialverfügung vom 6. März 2024 (Urk. 13) wurde dem Beschwerdeführer angesichts der am 1. Januar 2024 in Kraft getretenen revidierten Strafprozessordnung eine weitere Frist zur Stellungnahme angesetzt, um sich zur möglichen Anwendbarkeit der angepassten Bestimmung von Art. 257 StPO zu äussern (Urk. 13). Hierzu liess er sich mit Eingabe vom 2. April 2024 innert

Frist vernehmen und an den bisherigen Anträgen festhalten (Replik, Urk. 17). Weitere Stellungnahmen wurden nicht eingeholt. Das Verfahren ist spruchreif.

E. 5

Infolge Neukonstituierung der Kammer per 1. Januar 2024 wird der vorliegende Entscheid teilweise nicht durch die ursprünglich angekündigte Gerichtsbesetzung gefällt. II. 1. Die Eintretensvoraussetzungen geben zu keinen Bemerkungen Anlass. Auf die Beschwerde ist einzutreten. 2. 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). Ein solches Vorgehen war bis anhin nicht nur möglich zur Aufklärung bereits begangener und den Strafverfolgungsbehörden bekannter Delikte. Es war vielmehr auch die Erstellung eines DNA-Profiles möglich, um die Täterschaft bei Delikten für vergangene oder künftige Delikte, die den Strafverfolgungsbehörden noch unbekannt waren, zu identifizieren. Ein DNA-Profil konnte so Irrtümer bei der Identifikation einer Person und die Verdächtigung unschuldiger Personen verhindern. Es konnte auch präventiv wirken und damit zum Schutz Dritter beitragen. Auch hinsichtlich derartiger Straftaten bildete Art. 255 Abs. 1 lit. a StPO eine gesetzliche Grundlage für die DNA-Probenahme und Profilerstellung. Dabei galt die Erstellung eines DNA-Profiles, das nicht der Aufklärung von Straftaten eines laufenden Strafverfahrens diene, dann als verhältnismässig,

- 5 - wenn erhebliche und konkrete Anhaltspunkte dafür bestanden, dass die beschuldigte Person in andere Delikte gewisser Schwere verwickelt sein könnte. Zu berücksichtigen war dabei, ob die beschuldigte Person vorbestraft ist. Traf dies nicht zu, schloss das die Erstellung eines DNA-Profiles jedoch nicht aus, sondern es floss als eines von vielen Kriterien in die Gesamtabwägung ein und war entsprechend zu gewichten (vgl. BGE 147 I 372 E. 2.1, 2.2, 2.3.3 und 4.2 sowie BGE 145 IV 263 E. 3.3 und 3.4, je mit Hinweisen).

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