

Obergericht des Kantons Zürich

III. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: UH140037-O/U/br

Mitwirkend: der Oberrichter lic. iur. Th. Meyer, Präsident, die Oberrichterin lic. iur. A. Meier und der Ersatzoberrichter lic. iur. A. Schärer sowie der Gerichtsschreiber Dr. iur. J. Hürlimann

Beschluss vom 9. April 2014

in Sachen

A._____,
Beschwerdeführer

verteidigt durch Rechtsanwältin lic. iur. X._____

gegen

Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland,
Beschwerdegegnerin

betreffend **DNA-Profil**

Beschwerde gegen die Verfügung der Staatsanwaltschaft Winterthur / Unterland vom 7. Februar 2014, A-2/2013/7291

Erwägungen:

1. Am 2. August 2013 kontrollierte die Zollverwaltung im Postzentrum Zürich-Mülligen eine an A._____ (Beschwerdeführer) gerichtete Postsendung aus den Niederlanden, welche Hanfsamen enthielt (Urk. 9/1). Am 3. Februar 2014 wurden anlässlich einer Hausdurchsuchung beim Beschwerdeführer zwei Einmachgläser mit Marihuana sichergestellt (Urk. 9/12/3).

Mit Verfügung vom 7. Februar 2014 ordnete die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland die Erstellung eines DNA-Profiles vom bereits abgenommenen Wangenschleimhautabstrich des Beschwerdeführers an (Urk. 3). Dagegen erhob der Beschwerdeführer mit Eingabe seiner Verteidigerin vom 13. Februar 2014 Beschwerde bei der III. Strafkammer des Obergerichts mit dem Antrag, die genannte Verfügung sei aufzuheben (Urk. 2). Die Staatsanwaltschaft beantragte in ihrer Vernehmlassung vom 18. Februar 2014, es sei die Beschwerde abzuweisen (Urk. 8). Der Beschwerdeführer reichte innert einmal erstreckter Frist keine Replik ein (Präsidialverfügung vom 20. Februar 2014, Urk. 10; Fristerstreckung Urk. 11/1).

2. Infolge einer Änderung in der Konstituierung des Obergerichts erfolgt der heutige Beschluss in teilweise anderer Besetzung als den Parteien in Aussicht gestellt.

3. a) Die Staatsanwaltschaft begründet die Anordnung der Erstellung eines DNA-Profiles damit, diese sei zur Aufklärung der Anlasstat, insbesondere zur Identifizierung der Täterschaft erforderlich, weil verschiedene Sicherstellungen an verschiedenen Orten gemacht worden seien und noch nicht geklärt sei, wem diese Sicherstellungen zuzuordnen seien. Der Beschwerdeführer verweigere die Aussage. Der Sachverhalt sei gleichwohl zu erstellen. Es seien Hanfsamen sichergestellt worden, aber bislang keine Produktionsstätte aufgefunden worden, weshalb im Raum stehe, dass an einem anderen, bislang unbekanntem Ort eine solche Produktionsstätte fort bestehe. Für die Klärung eines solchen Zusammenhangs sei das DNA-Profil des Beschwerdeführers erforderlich. Auch sei ein Zusammenhang mit früheren Fällen oder allenfalls mit einer alsbald bekannt werdenden Produktionsstätte ("Indoor-Anlage") nicht auszuschliessen (Urk. 3).

b) Der Beschwerdeführer hält dafür, die Begründung der angefochtenen Verfügung stütze sich allein auf Hypothesen, aufgrund derer er vielleicht irgendwie in deliktische Angelegenheiten verwickelt sein sollte, die es erst noch zu ermitteln gelte. Er sei nicht vorbestraft. Auch bestehe aktuell kein hinreichender Tatverdacht hinsichtlich Art. 19 Abs. 2 BetmG. Für die Erstellung eines DNA-Profiles brauche es einen aktuell bestehenden hinreichenden Tatverdacht. Es gehe nicht an, dass quasi sicherheitshalber erst einmal ein solches Profil erstellt werde, wobei sich erst im Nachhinein aufgrund diverser, noch vorzunehmender Ermittlungshandlungen erweisen könne, ob davor bzw. zu Beginn auch wirklich ein hinreichender Verdacht auf ein erforderliches Anlassdelikt bestanden habe. Es dürfe nicht angehen, dass eine Person eine bestimmte Zwangsmassnahme quasi auf Vorrat hinzunehmen habe. Dementsprechend bestehe aktuell lediglich der Verdacht auf Widerhandlung gegen Art. 19 Abs. 1 BetmG, was kein Anlassdelikt darstelle, aufgrund dessen die Erstellung eines DNA-Profiles zulässig wäre (Urk. 2 S. 2 - 4 Ziff. 3 und 4).

3. a) Gemäss Art. 255 Abs. 1 lit. a StPO kann von der beschuldigten Person zur Aufklärung eines Verbrechens oder eines Vergehens eine Probe genommen und ein DNA-Profil erstellt werden. Die Abnahme eines Wangenschleimhautabstrichs (WSA) stellt insofern eine Zwangsmassnahme dar, die den Anforderungen von Art. 197 Abs. 1 StPO unterliegt (ZR 111 [2012] Nr. 52 E. 7.3 c). Danach können Zwangsmassnahmen nur ergriffen werden, wenn: a) sie gesetzlich vorgesehen sind; b) ein hinreichender Tatverdacht vorliegt; c) die damit angestrebten Ziele nicht durch mildere Massnahmen erreicht werden können; d) die Bedeutung der Straftat die Zwangsmassnahme rechtfertigt.

Die Einschränkung "zur Aufklärung von Verbrechen oder Vergehen" in Art. 255 StPO bedeutet jedoch nicht, dass einem Verdächtigen nur dann 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 Schweizeri-

schen Strafprozessordnung, Zürich 2010, Art. 255 N 10 m.w.H.). Es kann 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, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger [Hrsg.], Schweizerische Strafprozessordnung, Basler Kommentar, Basel 2011, [BSK StPO], 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 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, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2013, 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 Probenahmen 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, Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, Zürich/Basel/Genf 2010, Art. 255 N 11

m.w.H.; vgl. dazu auch den Beschluss der III. Strafkammer vom 6. Juli 2012, UH120024).

b) Die Zollverwaltung hielt eine an den Beschwerdeführer gerichtete Postsendung aus den Niederlanden zurück, welche Hanfsamen enthielt. Die genauen Umstände, welche zu dieser Postsendung führten, beispielsweise ob diese auf Bestellung oder andere Veranlassung durch den Beschwerdeführer hin erfolgte, sind noch nicht ermittelt. Doch besteht mindestens ein hinreichender Verdacht, dass der Beschwerdeführer Betäubungsmittel im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. b BetmG einzuführen versuchte. Anlässlich der Hausdurchsuchung wurden beim Beschwerdeführer zwei Einmachgläser mit Marihuana sichergestellt. Es besteht also auch der hinreichende Verdacht, dass der Beschwerdeführer im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. d BetmG besass und aufbewahrte. Auf Grund dieser Tatsachen ist die Frage realistisch und keineswegs rein hypothetisch, ob der Beschwerdeführer in weitere strafbare Handlungen gemäss Art. 19 Abs. 1 BetmG verwickelt sein könnte. Wer sich einer Handlung gemäss der genannten Bestimmung schuldig macht, ist mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe zu bestrafen, begeht also ein Vergehen (Art. 10 Abs. 3 StGB). Für die Zulässigkeit der Erstellung eines DNA-Profiles genügt es, wenn diese der Aufklärung eines Vergehens dient (Art. 255 Abs. 1 StPO). Der Verdacht, es sei ein Verbrechen begangen worden, ist nicht gefordert.

Die bereits erfolgte Abnahme eines Wangenschleimhautabstrichs zwecks Erstellung eines DNA-Profiles stellte einen leichten Eingriff in die Grundrechte des Beschwerdeführers dar (ZR 111/2012 Nr. 52 Erw. 7.3c; Bundesgerichtsurteil 2C_257/2011 vom 25. Oktober 2011, Erw. 6.7.). Dasselbe gilt für die Erstellung eines solchen Profils. Die Einfuhr und Aufbewahrung von Betäubungsmitteln und die allfällige Begehung weiterer Delikte im Sinne von Art. 19 Abs. 1 BetmG sind nicht zu bagatellisieren. Die Bedeutung der Straftat rechtfertigt im Sinne von Art. 197 Abs. 1 lit. d StPO diese milde Zwangsmassnahme. Eine noch mildere Massnahme im Sinne von Art. 197 Abs. 1 lit. c StPO ist nicht ersichtlich.

Somit ist die Anordnung der Erstellung eines DNA-Profiles nicht zu beanstanden. Die Beschwerde ist abzuweisen.

4. Ausgangsgemäss sind dem Beschwerdeführer die Kosten des Beschwerdeverfahrens aufzuerlegen (Art. 421 Abs. 2 lit. a StPO, Art. 428 Abs. 1 StPO). Die Gerichtsgebühr ist in Berücksichtigung von Bedeutung, Aufwand und Schwierigkeit des Falles auf Fr. 500.-- festzusetzen (§ 17 Abs. 1 i.V.m. § 2 Abs. 1 GebV OG).

Es wird beschlossen:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird auf Fr. 500.-- angesetzt.
3. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens werden dem Beschwerdeführer auferlegt.
4. Schriftliche Mitteilung an:
 - Rechtsanwältin lic. iur. X._____, zweifach, für sich und den Beschwerdeführer (per Gerichtsurkunde)
 - die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland, ad A-2/2013/7291 unter gleichzeitiger Rücksendung der beigezogenen Akten [Urk. 9] (gegen Empfangsbestätigung)

5. Rechtsmittel:

Gegen diesen Entscheid kann unter den einschränkenden Voraussetzungen von Art. 93 des Bundesgerichtsgesetzes **Beschwerde in Strafsachen** erhoben werden.

Die Beschwerde ist innert **30 Tagen**, vom Empfang an gerechnet, bei der Ersten öffentlich-rechtlichen Abteilung des Bundesgerichtes (1000 Lausanne 14) in der in Art. 42 des Bundesgerichtsgesetzes vorgeschriebenen Weise schriftlich einzureichen.

Die Beschwerdelegitimation und die weiteren Beschwerdevoraussetzungen richten sich nach den massgeblichen Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes.

Zürich, 9. April 2014

Obergericht des Kantons Zürich
III. Strafkammer

Präsident:

Gerichtsschreiber:

lic. iur. Th. Meyer

Dr. iur. J. Hürlimann