

Obergericht des Kantons Zürich

III. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: UH180105-O/U/HEI

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. Th. Meyer, Präsident, Oberrichterin lic. iur.
A. Meier und Oberrichter lic. iur. A. Flury sowie Gerichtsschreiber
lic. iur. E. Nolfi

Beschluss vom 13. Juli 2018

in Sachen

A._____,

Beschwerdeführer

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

gegen

Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat,

Beschwerdegegnerin

betreffend **Erstellen eines DNA-Profiles**

**Beschwerde gegen die Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat
vom 13. März 2018**

Erwägungen:

I.

1. Die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat (nachfolgend: Staatsanwaltschaft) führt eine Strafuntersuchung gegen A._____ (nachfolgend: Beschwerdeführer) wegen Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz (Urk. 9).

Der Beschwerdeführer zeigte sich anlässlich der staatsanwaltschaftlichen Einvernahme vom 21. März 2018 geständig, am 3. März 2018 circa 115.4 Gramm Kokain bei sich zu Hause besessen sowie circa 7 Gramm Kokain in seiner Hosentasche und circa 1 Gramm Kokain in seiner Jackentasche auf sich getragen zu haben. Gemäss dem Gutachten des Forensischen Instituts Zürich vom 14. März 2018 enthalten die vorerwähnten rund 123.4 Gramm Kokain rund 92 Gramm reines Kokainhydrochlorid (Urk. 9/4/5). Ferner ist der Beschwerdeführer geständig, B._____ am 3. März 2018 fünf Portionen Kokain zu insgesamt 3.5 Gramm für 400 Franken sowie zwei bis drei Male im Februar 2018 jeweils eine Portion zu 0.75 Gramm à 80 Franken verkauft zu haben (Urk. 9/2/3 S. 7 f.).

2. Mit Verfügung vom 13. März 2018 ordnete die Staatsanwaltschaft eine DNA-Profilerstellung vom bereits vorhandenen, am 3. März 2018 von der Stadtpolizei Zürich angeordneten Wangenschleimhautabstrich des Beschwerdeführers an (Urk. 3/1 = Urk. 5).

3. Dagegen liess der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 26. März 2018 Beschwerde erheben und folgende Anträge stellen (Urk. 2 S. 2):

"In Gutheissung der Beschwerde sei die Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 13. März 2018 (ref ...) aufzuheben und es sei von der Erstellung eines DNA-Profiles abzusehen sowie die entnommenen DNA-Proben seien zu vernichten;

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (inkl. 8% MwSt) zu Lasten des Kantons Zürich."

4. Mit Verfügung vom 3. April 2018 wurde der Beschwerde die beantragte (vgl. Urk. 2 S. 2) aufschiebende Wirkung erteilt (Urk. 6 S. 2). Die Staatsanwaltschaft liess sich mit Eingabe vom 11. April 2018 zur Beschwerdeschrift vernehmen und beantragte sinngemäss die Abweisung der Beschwerde unter Kostenaufgabe an den Beschwerdeführer (Urk. 8 S. 5). Der Beschwerdeführer replizierte innert erstreckter Frist mit Eingabe vom 22. Mai 2018 (Urk. 15), worauf die Staatsanwaltschaft mit Eingabe vom 4. Juni 2018 duplizierte; der Beschwerdeführer liess sich in der Folge nicht mehr vernehmen (Urk. 20-21).
5. Aufgrund der Neukonstituierung der III. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich ergeht der Beschluss nicht in der den Parteien ursprünglich angekündigten Besetzung (vgl. Urk. 6 S. 3).

II.

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

Die Abnahme einer Probe zwecks Erstellung eines DNA-Profiles kommt in Betracht, um jenes Delikt aufzuklären, welches dazu Anlass gegeben hat, oder zur Zuordnung von bereits begangenen und den Strafverfolgungsbehörden bekannten Delikten. Wie aus Art. 259 StPO i.V.m. Art. 1 Abs. 2 lit. a DNA-Profil-Gesetz klarer hervorgeht, muss die Erstellung eines DNA-Profiles es auch erlauben, den Täter von Delikten zu identifizieren, die den Strafverfolgungsbehörden noch unbekannt sind. Dabei kann es sich um vergangene oder künftige Delikte handeln. Dient die Erstellung eines DNA-Profiles nicht der Aufklärung der Straftaten eines laufenden Strafverfahrens, ist sie gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nur dann verhältnismässig, wenn erhebliche und konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die beschuldigte Person in andere Delikte verwickelt sein könnte. Dabei muss es sich um Delikte von gewisser Schwere handeln. Massgeblich sind die Umstände des Einzelfalles. Art. 255 StPO ermöglicht keine routinemässige Entnahme von DNA-Proben und deren Analyse (Urteile des

Bundesgerichts 1B_274/2017 vom 6. März 2018 E. 2.1 und 1B_244/2017 vom 7. August 2017 E. 2.1 m.H.).

2.1 Die Staatsanwaltschaft erwog in der angefochtenen Verfügung, es sei für die Täteridentifikation bezüglich früher begangener oder künftiger Vergehen oder Verbrechen erforderlich, ein DNA-Profil zu erstellen, da der Beschwerdeführer im laufenden Strafverfahren hinreichend Anlass für die Annahme der Beteiligung an unaufgeklärten oder künftigen Verbrechen oder Vergehen gegeben habe. Der Beschwerdeführer sei hinsichtlich des Besitzes von insgesamt 123.4 Gramm Kokain geständig, mache jedoch hinsichtlich des Vorwurfs des Verkaufs von Kokain keine Aussagen, wobei die erhöhte Wahrscheinlichkeit bestehe, dass der Beschwerdeführer sich an unaufgeklärten oder künftigen Verbrechen oder Vergehen beteiligt habe respektive sich beteiligen werde, weil nicht auszuschliessen sei, dass er bereits in der Vergangenheit dem Handel mit Betäubungsmitteln nachgegangen sei und auch in Zukunft nachgehen werde. Die beschuldigte Person sei gemäss eigenen Aussagen seit längerer Zeit ohne Festanstellung und erziele mit einem Onlineshop für den Vertrieb von Haarprodukten nur sporadisch ein Einkommen. Aus diesem Grund sei nicht auszuschliessen, dass der Beschwerdeführer bereits früher mit dem Handel von Kokain ein Nebeneinkommen erzielt habe und auch in Zukunft weiterhin zu erzielen beabsichtige (Urk. 5 S. 1 f.).

2.2. Der Rechtsbeistand des Beschwerdeführers macht im Wesentlichen zusammengefasst geltend, Voraussetzung für den Erlass eines Befehls für die Abnahme eines Wangenschleimhautabstrichs sowie die darauf basierende Erstellung eines DNA-Profiles sei ein hinreichender Tatverdacht, welcher zudem einen Konnex zu dem mit der Zwangsmassnahme angestrebten Zweck aufweisen müsse. Aus den Akten ergäben sich aber keine erheblichen und konkreten Anhaltspunkte dafür, dass der Beschwerdeführer bereits in der Vergangenheit dem Handel mit Kokain nachgegangen sei beziehungsweise gedenke in der Zukunft erneut dem Handel mit Kokain nachzugehen. Der Beschwerdeführer lebe seit mehr als zehn Jahren in der Schweiz und weise weder hier noch in Deutschland eine Vorstrafe auf. Allein die Tatsache, dass im vorliegenden Strafverfahren ein Verbrechen zu beurteilen sei, vermöge die Wahrscheinlichkeit nicht zu begründen, dass

er in der Vergangenheit in Delikte mit gewisser Schwere involviert gewesen sei oder solche in der Zukunft involviert sein könnte; ein über das Geständnis des Beschwerdeführers hinausgehender Tatverdacht existiere nicht. Damit mangle es an dem gesetzlich vorgeschriebenen hinreichenden Tatverdacht für die Abnahme eines Wangenschleimhautabstrichs und die Erstellung eines DNA-Profiles. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung dürfe die Entnahme von DNA-Proben und die DNA-Analyse nicht routinemässig erfolgen; vorliegend werde jedoch einmal mehr routinemässig versucht, "Daten für die Zukunft zu hamstern", womit es auch an der Zumutbarkeit der von der Staatsanwaltschaft geplanten Zwangsmassnahme fehle (Urk. 2 S. 7 f.).

2.3. Die Staatsanwaltschaft macht in ihrer Stellungnahme geltend, im Zeitpunkt des durch die Polizei vorgenommenen Wangenschleimhautabstrichs hätten genügend konkrete Anhaltspunkte vorgelegen, die auf ein Verbrechen des Beschwerdeführers hätten schliessen lassen. Allein die beim Beschwerdeführer zu Hause aufgefundene Menge an Kokain von 123.4 Gramm habe den Verdacht begründet, dass der Beschwerdeführer dem Handel mit Kokain nachgehen könnte; aufgrund der nur leichten Eingriffe in die körperliche Integrität seien der vorgenommene Wangenschleimhautabstrich sowie die DNA-Profilierung auch verhältnismässig (Urk. 8 S. 2 ff.).

Hinsichtlich der Erstellung des DNA-Profiles führte die Staatsanwaltschaft präzisierend aus, dass die beim Beschwerdeführer sichergestellte Menge von 123.4 Gramm Kokain sowie das bei ihm in der Jacken- und Hosentasche sichergestellte Bargeld in der Höhe von 2'680 Franken darauf hinwiesen, dass nicht nur mit B._____ ein Handel mit Kokain stattgefunden habe. Weiter erziele der Beschwerdeführer seit längerem kein geregeltes Einkommen und sei gemäss eigenen Angaben seit circa drei Jahren arbeitslos. Mit seinem erst kürzlich gegründeten Online-Handel für den Vertrieb von Haarprodukten der Marke C._____ erziele der Beschwerdeführer lediglich ein monatliches Einkommen in der Höhe von circa 2'200 bis 2'500 Franken; über ein weiteres Einkommen verfüge er nicht. Der Aufbau dieses Nebenerwerbs des Beschwerdeführers stehe noch ganz am Anfang und der Fortbestand dieser Einkommensquelle sei ungewiss. Damit bestehe

durchaus eine gewisse Wahrscheinlichkeit, dass der Beschwerdeführer bereits in den vergangenen Jahren dem Handel mit Betäubungsmitteln nachgegangen sei und in Zukunft nachzugehen gedenke, womit sich die DNA-Profilerstellung als verhältnismässig erweise (Urk. 8 S. 3 ff.).

2.4. Mit seiner Replik macht der Rechtsbeistand des Beschwerdeführers ergänzend geltend, die Argumentation der Staatsanwaltschaft hinsichtlich künftiger oder vergangener Delikte überzeuge nicht. Würde der Logik der Staatsanwaltschaft gefolgt, so wären bei jeder im Bezug auf den Drogenhandel geständigen beschuldigten Person die Voraussetzungen für eine Abnahme eines Wangenschleimhautabstrichs und die Erstellung eines DNA-Profiles erfüllt. In solchen Fällen bestehe grundsätzlich immer die Möglichkeit, dass die beschuldigte Person schon in der Vergangenheit Drogengeschäfte getätigt habe oder auf die Idee kommen könnte, dies auch in Zukunft wieder zu tun. Damit das Vorliegen von "erheblichen und konkreten Anhaltspunkten" für ein solches von der Staatsanwaltschaft behauptetes Verhalten bejaht werden könne, bedürfe es aber klar weiterer und zudem auch belegter Fakten. Der Beschwerdeführer weise keinerlei Vorstrafen auf, weshalb ihm von Gesetzes wegen eine positive Legalprognose zu stellen sei. Die Staatsanwaltschaft habe am Schluss der Einvernahme vom 21. März 2018 mitgeteilt, dass die Strafuntersuchung aus ihrer Sicht beendet sei und sie am Gericht Anklage erheben und eine bedingte Freiheitsstrafe sowie eine Landesverweisung beantragen werde. Weshalb die Staatsanwaltschaft nun plötzlich wieder an möglichen und in der Vergangenheit liegenden weiteren Delikte interessiert "sein möchte" und zu diesem Zweck ein DNA-Profil benötige, sei nicht im Ansatz nachvollziehbar und stehe im klaren Widerspruch zu ihren Ausführungen (Urk. 15 S. 3 ff.).

Die Behauptung, der Beschwerdeführer könnte künftig wieder dem Drogenhandel nachgehen, werde einzig mit der angeblichen finanziellen Not des Beschwerdeführers begründet. Er verfüge über ein monatliches Einkommen von ca. 2'200 bis 2'500 Franken. Seine Lebenshaltungskosten seien sehr gering. Er und seine Freundin lebten zusammen und teilten sich die Miete einer preiswerten Wohnung, weshalb er lediglich 750 Franken pro Monat bezahlen müsse. Seine

Partnerin verfüge über eine Festanstellung mit einem Bruttolohn von 4'200 Franken pro Monat und unterstütze ihn – sofern überhaupt notwendig – auch finanziell. Damit reiche sein aktuelles Einkommen für die Bestreitung der anfallenden Kosten aus (Urk. 15 S. 5).

Ferner seien die erfolgte Untersuchungshaft und die nun in Aussicht stehende bedingte Freiheitsstrafe sowie die von der Staatsanwaltschaft beantragte Landesverweisung für den Beschwerdeführer Abschreckung genug, weshalb keinerlei Gefahr für künftige Delikte bestehe (Urk. 15 S. 6).

2.5. Die Staatsanwaltschaft machte in ihrer Duplik im Wesentlichen geltend, dass kein Teilnahmerecht bei der erkennungsdienstlichen Behandlung und der Entnahme der DNA-Proben bestehe (Urk. 19 S. 2). Im Übrigen verwies die Staatsanwaltschaft mit gleicher Begründung wie bezüglich der Erstellung des DNA-Profiles darauf, dass im Zeitpunkt der Durchführung des Wangenschleimhautabstrichs sowie der erkennungsdienstlichen Erfassung genügend Anhaltspunkte für früher begangene oder künftige Straftaten bestanden hätten (Urk. 19 S. 2 f.).

3. Vorliegend ist der Staatsanwaltschaft zumindest dahingehend zuzustimmen, dass erhebliche und konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der Beschwerdeführer in andere Delikte verwickelt gewesen sein könnte. Die beim Beschwerdeführer aufgefundene Gesamtmenge an Betäubungsmitteln wie auch die Tatsache, dass die Betäubungsmittel in diversen Portionen abgepackt waren sowie beim Beschwerdeführer zu Hause diverses Verpackungsmaterial, Portionierungsutensilien sowie eine Feinwaage und rund 400 Gramm Koffeinpulver (vgl. Urk. 9/2/2), bei dem es sich um ein gängiges Streckmittel von Kokain handelt (vgl. <https://www.saferparty.ch/kokain-78.html>), sichergestellt werden konnten, stellen konkrete Anhaltspunkte dafür dar, dass der Beschwerdeführer mit Betäubungsmitteln handelte. Dabei ist zu berücksichtigen, dass vom Beschwerdeführer mehrere Verkäufe an B. _____ eingestanden wurden, welche im Februar und März 2018 erfolgten, mithin keine Situation eines einzelnen Verkaufs vorliegt, bei welcher keine weiteren Betäubungsmittel oder weitere Hinweise auf Betäubungsmittelhandel aufgefunden wurden. Bei der aufgefundenen Kokainmenge wäre es schlicht lebensfremd, dass der

Beschwerdeführer einzig B. _____ Betäubungsmittel verkauft hat oder solche lediglich zum Eigenkonsum besass. Damit liegen genügend konkrete Anhaltspunkte dafür vor, dass der Beschwerdeführer über die sichergestellte Drogenmenge hinaus weitere derzeit nicht beweisbare (Betäubungsmittel-)Delikte in der Vergangenheit vornahm oder solche vornehmen könnte. Zu Recht verweist die Staatsanwaltschaft im Übrigen darauf, dass die finanzielle Situation des Beschwerdeführers unbeständig und knapp ist, respektive er seit längerer Zeit kein regelmässiges Einkommen aufwies (vgl. Urk. 9/2/1 S. 1 f., Urk. 9/2/2 S. 5, Urk. 9/2/3 S. 8 f.). Daran ändert nichts, dass die Staatsanwaltschaft die Strafuntersuchung zur aktuellen Drogenmenge nun abzuschliessen gedenkt.

Die Erstellung des DNA-Profiles ist ferner grundsätzlich geeignet, eine allfällige frühere Beteiligung des Beschwerdeführers an (Betäubungsmittel-)Delikten, die auch die geforderte Schwere aufweisen, aufzuklären und sie ist angesichts der eher geringen Schwere des Eingriffs auch verhältnismässig.

4. Der Beschwerdeführer macht im Übrigen geltend, trotz von Anfang an feststehendem Erfordernis der notwendigen Verteidigung seien die erkennungsdienstliche Erfassung sowie die Abnahme eines Wangenschleimhautabstrichs zwecks DNA-Profilierung am 4. März 2018 vor der Bestellung sowie in Abwesenheit und ohne Information der notwendigen Verteidigung erfolgt. Ferner habe die Stadtpolizei dabei ohne die Anordnung der Staatsanwaltschaft gehandelt. Dabei habe die Stadtpolizei auf dem Formular "Anordnung der erkennungsdienstlichen Behandlung / Antrag auf Anordnung der DNA-Profilierung" (vgl. Urk. 9/7/4) angekreuzt, wonach Hinweise aus dem Informationssystem der Polizei für frühere oder zukünftige Verbrechen oder Vergehen "Kästchen f" sowie die Befürchtung künftiger Beteiligungen an Verbrechen oder Vergehen "Kästchen h" bestünden, obwohl für diese Annahme keine Hinweise vorgelegen hätten (Urk. 2 S. 3 f. und Urk. 3/3 N 1.).

Die Polizei kann die nicht invasive Probenahme und damit einen Wangenschleimhautabstrich bei (verdächtigten beziehungsweise beschuldigten) Personen anordnen (Art. 255 Abs. 2 lit. a StPO; vgl. Art. 3 Abs. 1 lit. a und Art. 7 Abs. 1 lit. a DNA-Profil-Gesetz in Verbindung mit Art. 259 StPO). Die erkennungsdienstliche

Behandlung von Personen allein kann von der Polizei, der Staatsanwaltschaft und den Gerichten angeordnet werden (Art. 260 Abs. 2 StPO).

Die Beschwerde des Beschwerdeführers richtet sich explizit gegen die Verfügung der Staatsanwaltschaft vom 13. Januar 2018, worin einzig die Erstellung des DNA-Profiles angeordnet wurde. Die Entnahme des Wangenschleimhautabstrichs sowie die erkennungsdienstliche Behandlung wurden durch die Polizei am 3. März 2018 (vgl. Urk. 9/7/4) angeordnet und sind daher nicht Gegenstand der Verfügung vom 13. Januar 2018 und damit nicht Anfechtungsobjekt; soweit die Beschwerde auch gegen die Entnahme des Wangenschleimhautabstrichs und die erkennungsdienstlichen Behandlung hätte gerichtet sein sollen, erwiese sich die Beschwerde diesbezüglich als verspätet. Insoweit wäre auf die Beschwerde nicht einzutreten.

Inhaltlich wäre bezüglich der Entnahme des Wangenschleimhautabstrichs zudem auf die obigen Erwägungen zu verweisen, wonach konkrete Hinweise für frühere (Betäubungsmittel-)Delikte des Beschwerdeführers bestanden und sich die Erstellung des DNA-Profiles als zulässig erweist (E. II. 3.). Der Wangenschleimhautabstrich erfolgte schliesslich vor Eröffnung der Untersuchung durch die Staatsanwaltschaft im Rahmen des polizeilichen Ermittlungsverfahrens noch vor der ersten (polizeilichen) Einvernahme (Urk. 3/3, Urk. 9/2/1, Urk. 9/7/4 und Urk. 9/7/8 Anhang), weshalb auch die Vorgaben von Art. 131 Abs. 2 StPO eingehalten sind.

Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass kein Anspruch der Verteidigung auf Anwesenheit bei der erkennungsdienstlichen Erfassung respektive der Abnahme des Wangenschleimhautabstrichs besteht; es handelt sich dabei nicht um Beweiserhebungen (Schmid, Schweizerische Strafprozessordnung Praxiskommentar, 3. Auflage, Zürich/St. Gallen 2018, Art. 147 N 2; Hansjakob, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 2. Auflage, Zürich 2014, Art. 260 N 11 sowie Art. 255 N 23; vgl. auch Entscheid der Anklagekammer des Kantons St. Gallen AK.2012.372 vom 12. Februar 2013 E. 2).

5. Nach dem Gesagten ist die Beschwerde abzuweisen.

III.

1. Ausgangsgemäss ist die Gerichtsgebühr für das Beschwerdeverfahren dem unterliegenden Beschwerdeführer aufzuerlegen (Art. 428 Abs. 1 StPO). Diese 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. 900.– festzusetzen.
2. Die Entschädigung des amtlichen Verteidigers wird durch die Staatsanwaltschaft oder das urteilende Gericht am Ende des Strafverfahrens festzusetzen sein (Art. 135 Abs. 2 StPO).

Es wird beschlossen:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird auf Fr. 900.– festgesetzt und dem Beschwerdeführer auferlegt.
3. Die Entschädigung des amtlichen Verteidigers für diesen Verfahrensabschnitt wird dem Endentscheid überlassen. Eine Nachforderung beim Beschwerdeführer im Sinne von Art. 135 Abs. 4 StPO bleibt vorbehalten.
4. Schriftliche Mitteilung an:
 - Rechtsanwalt lic. iur X. _____, zweifach für sich und zuhanden des Beschwerdeführers (per Gerichtsurkunde)
 - die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat, ad ... unter gleichzeitiger Rücksendung der beigezogenen Akten [Urk. 9] (gegen Empfangsbestätigung)sowie nach Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. nach Erledigung allfälliger Rechtsmittel an:
 - die Zentrale Inkassostelle der Gerichte (elektronisch).

5. Rechtsmittel:

Gegen diesen Entscheid kann **Beschwerde in Strafsachen** erhoben werden. Die Beschwerde ist innert **30 Tagen**, vom Empfang an gerechnet, bei der Strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts (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, 13. Juli 2018

Obergericht des Kantons Zürich
III. Strafkammer

Präsident:

Gerichtsschreiber:

lic. iur. Th. Meyer

lic. iur. E. Nolfi