

# Obergericht des Kantons Zürich

III. Strafkammer



---

Geschäfts-Nr.: UH230319-O/U/HEI>BEE

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. D. Oehninger, Präsident, Oberrichterin  
lic. iur. C. Gerwig und Oberrichter Dr. iur. P. Klaus sowie  
Gerichtsschreiber Dr. iur. D. Hasler

## **Beschluss vom 24. Juni 2024**

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Beschwerdeführer

amtlich verteidigt durch Rechtsanwältin MLaw X. \_\_\_\_\_,

gegen

**Staatsanwaltschaft I des Kantons Zürich,**

Beschwerdegegnerin

betreffend **Erstellen eines DNA-Profiles**

**Beschwerde gegen die Verfügung der Staatsanwaltschaft I des Kantons  
Zürich vom 21. September 2023**

## Erwägungen:

### **I. Prozessgeschichte**

1. Die Staatsanwaltschaft I des Kantons Zürich führt gegen den Beschwerdeführer, A.\_\_\_\_\_, ein Strafverfahren wegen Vergewaltigung, Drohung und Tätlichkeiten (Urk. 10). Ihm wird vorgeworfen, die Geschädigte, B.\_\_\_\_\_, im Zeitraum von ungefähr 1. Januar 2020 bis 7. Juli 2023 an deren gemeinsamem Wohnort an der C.\_\_\_\_\_-strasse 1 in Zürich mehrfach bedroht, geschlagen und vergewaltigt zu haben, so dass die Geschädigte Verletzungen davongetragen habe (Urk. 3/2 = Urk. 5 = Urk. 10/5/12/2). Mit Verfügung vom 21. September 2023 ordnete die Staatsanwaltschaft an, dass vom bereits vorhandenen Wangenschleimhautabstrich des Beschwerdeführers ein DNA-Profil erstellt bzw. dessen Löschfrist verlängert wird (Urk. 5).

2. Gegen diese Verfügung liess der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 3. Oktober 2022 (recte: 2023) fristgerecht Beschwerde erheben (Urk. 2; Urk. 10/5/12/3 = Urk. 13). Er beantragt:

«1. Die Verfügung der Staatsanwaltschaft I des Kantons Zürich vom 21. September 2023 sei aufzuheben und es sei auf die Erstellung eines DNA-Profiles zu verzichten bzw. dessen Löschfrist nicht zu verlängern.

2. Der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu gewähren.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich gesetzliche Mehrwertsteuer) zu Lasten der Beschwerdegegnerin.»

Für das Beschwerdeverfahren beantragt er im Weiteren:

«Es sei dem Beschwerdeführer für das Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und es sei die Unterzeichnende als amtliche Verteidigerin einzusetzen.»

3. Mit Verfügung vom 4. Oktober 2023 hielt die Verfahrensleitung der Beschwerdekammer fest, dass die amtliche Verteidigung auch für das Beschwerdeverfahren gilt, und sie lehnte den Antrag auf Gewährung der aufschiebenden Wirkung ab (Urk. 6). Die Staatsanwaltschaft übermittelte anschliessend ihre Untersuchungsak-

ten elektronisch, nahm zur Beschwerde Stellung und beantragt deren vollumfängliche Abweisung (Urk. 8–10). Der Beschwerdeführer liess hierzu nicht mehr vernehmen (Urk. 11 f.).

4. Infolge Neukonstituierung der Kammer per 1. Januar 2024 ergeht dieser Entscheid in teilweise anderer Besetzung als den Parteien angekündigt (vgl. Urk. 6).

## **II. Erstellung eines DNA-Profiles**

1. Der Beschwerdeführer rügt sinngemäss die Verletzung von Art. 255 und Art. 197 Abs. 1 StPO sowie von Art. 10 Abs. 2, Art. 13 Abs. 2, Art. 36 BV und Art. 8 EMRK im Wesentlichen dadurch, dass die Staatsanwaltschaft das Erstellen eines DNA-Profiles ohne hinreichenden Anlass für seine Beteiligung an unaufgeklärten oder zukünftigen Straftaten angeordnet habe (Urk. 2).

2.

2.1. Die angefochtene Verfügung datiert vom 21. September 2023. Am 1. August 2023 traten Änderungen des DNA-Profil-Gesetzes und am 1. Januar 2024 Änderungen der Strafprozessordnung unter anderem betreffend die DNA-Analyse in Kraft. Es fragt sich deshalb, welches Recht auf die angefochtene Anordnung der Erstellung eines DNA-Profiles anzuwenden ist.

2.2. Bis zum 31. Juli 2023 konnte zur Aufklärung eines Verbrechens oder eines Vergehens von der beschuldigten Person eine Probe genommen und ein DNA-Profil erstellt werden (aArt. 255 Abs. 1 lit. a StPO). Ein solches Vorgehen war nicht nur zur Aufklärung bereits begangener und den Strafverfolgungsbehörden bekannter Delikte möglich, deren die beschuldigte Person verdächtigt wird. Wie nach damaliger gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichts aus Art. 259 StPO in Verbindung mit aArt. 1 Abs. 2 lit. a DNA-Profil-Gesetz hervorging, erlaubte die Erstellung eines DNA-Profiles vielmehr auch, die Täterschaft von bereits begangenen oder von künftigen Delikten zu identifizieren, die den Strafverfolgungsbehörden noch unbekannt sind. Auch hinsichtlich derartiger Straftaten bildete aArt. 255 Abs. 1 lit. a StPO eine gesetzliche Grundlage für die DNA-Probenahme und -Profilerstellung (zum Ganzen: BGE 147 I 372 E. 2.1; 145 IV 263 E. 3.3; je mit Hinweisen). Art. 255

StPO ermöglichte aber nicht bei jedem hinreichenden Tatverdacht die routinemässige Entnahme und Analyse von DNA-Proben (BGE 147 I 372 E. 2.1; 145 IV 263 E. 3.4; je mit Hinweisen). Vielmehr war folgende Rechtsprechung massgebend: Die DNA-Probenahme und die Erstellung eines DNA-Profiles berühren das Recht auf persönliche Freiheit bzw. körperliche Integrität (Art. 10 Abs. 2 BV) und auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 13 Abs. 2 BV und Art. 8 EMRK; BGE 147 I 372 E. 2.2 f.; BGE 145 IV 263 E. 3.4; je mit Hinweisen). Einschränkungen von Grundrechten bedürfen nicht nur einer gesetzlichen Grundlage, sondern müssen auch durch ein öffentliches Interesse gerechtfertigt und verhältnismässig sein (Art. 36 Abs. 1–3 BV). Art. 255 StPO erlaubt (auch weiterhin) nicht die routinemässige Entnahme von DNA-Proben und deren Analyse. Dies konkretisiert Art. 197 Abs. 1 StPO. Danach können Zwangsmassnahmen nur ergriffen werden, wenn ein hinreichender Tatverdacht vorliegt (lit. b), die damit angestrebten Ziele nicht durch mildere Massnahmen erreicht werden können (lit. c) und die Bedeutung der Straftat die Zwangsmassnahme rechtfertigt (lit. d). Nach der bisherigen und weiterhin massgebenden Rechtsprechung ist die Erstellung eines DNA-Profiles, das nicht der Aufklärung der Straftaten eines laufenden Strafverfahrens dient, nur dann verhältnismässig, wenn erhebliche und konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die beschuldigte Person in andere – auch künftige – Delikte verwickelt sein könnte. Dabei muss es sich um Delikte gewisser Schwere handeln. Zu berücksichtigen ist auch, ob die beschuldigte Person vorbestraft ist. Trifft dies nicht zu, schliesst das die Erstellung eines DNA-Profiles jedoch nicht aus, sondern es fliesst als eines von vielen Kriterien in die Gesamtabwägung ein und ist entsprechend zu gewichten (BGE 147 I 372 E. 2.1, 2.2, 2.3.3 und 4.2; 145 IV 263 E. 3.4; je mit Hinweisen).

**2.3.** Mit der am 1. August 2023 in Kraft getretenen Änderung des DNA-Profil-Gesetzes vom 17. Dezember 2021 wurde der zuvor erwähnte Absatz 2 von Artikel 1 gestrichen und dessen Absatz 1 neu gefasst. In Absatz 3 von Artikel 2 wurde entsprechend präzisiert, dass das DNA-Profil und das zugrundeliegende Analysematerial zu keinen anderen als den im Strafprozessrecht vorgesehenen Zwecken sowie für die Identifizierung ausserhalb von Strafverfahren verwendet werden dürfen (AS 2023 309; BBI 2021 44).

**2.4.** Mit der Änderung der Strafprozessordnung vom 17. Juni 2022, die am 1. Januar 2024 in Kraft getreten ist (AS 2023 468; BBl 2019 6697), ist sodann in Art. 255 StPO zum einen im Absatz 1 eingefügt worden, dass es um die Aufklärung des Verbrechens oder Vergehens geht, «das Gegenstand des Verfahrens bildet». Zum anderen ist ein neuer Absatz 1<sup>bis</sup> mit folgendem Wortlaut eingefügt worden: «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.» Zusätzlich ist Art. 257 StPO nunmehr wie folgt gefasst: «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.» Aus dem Wortlaut und der Systematik dieser neuen oder neu gefassten StPO-Bestimmungen wird deutlich, dass die Staatsanwaltschaft weiterhin während der Untersuchung ein DNA-Profil zur Aufklärung weiterer *bereits begangener* (und noch nicht zugeordneter) Delikte erstellen lassen darf, während die Erstellung eines DNA-Profils zur Aufklärung möglicher *zukünftiger* Delikte nur noch in einem Urteil oder im Strafbefehlsverfahren in einem Strafbefehl angeordnet werden kann (vgl. *Fricker/Maeder*, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 3. Aufl. 2023 [= BSK StPO], N 31 zu Art. 255 StPO). Dies ergibt sich auch aus der Entstehungsgeschichte dieser Gesetzesänderung. Danach sollte die Erstellung eines DNA-Profils zwecks Aufklärung möglicher zukünftiger Taten als präventive Massnahme, die nicht an einen Verdacht, sondern an eine Prognose anknüpft, nicht die Staatsanwaltschaft während der Untersuchung, sondern das urteilende Gericht (bzw. im Strafbefehlsverfahren die Staatsanwaltschaft) anordnen können (BBl 2019 6697, hier 6754). Für die Auslegung des Begriffs der konkreten Anhaltspunkte für begangene, aber der beschuldigten Person noch nicht zugeordneten Delikte nach Art. 255 Abs. 1<sup>bis</sup> StPO kann auf die bisherige Rechtsprechung des Bundesgerichts zu aArt. 255 Abs. 1 StPO abgestellt werden (*Fricker/Maeder*, BSK StPO, N 39 zu Art. 255 StPO)

**2.5.** Nach der geänderten Strafprozessordnung kann die Staatsanwaltschaft also während der Untersuchung die Erstellung eines DNA-Profil nicht mehr zur Aufklärung möglicher zukünftiger Delikte anordnen. Im Zeitpunkt der angefochtenen Verfügung waren die zu dieser Änderung gehörenden Änderungen des DNA-Profil-Gesetzes bereits in Kraft und die vormalige gesetzliche Grundlage für die Erstellung eines DNA-Profiles zur Aufklärung zukünftiger Delikte stand bereits ausser Kraft. Die damals noch gültige Fassung von Art. 255 Abs. 1 StPO enthielt keine ausdrückliche Regelung für die Erstellung eines DNA-Profiles mit Blick auf künftige Delikte. Vielmehr war die Erstellung eines DNA-Profiles im Hinblick auf künftige Delikte in Art. 257 StPO geregelt und knüpfte an eine Verurteilung an (vgl. dazu auch BBl 2019 6753 f.). Folglich waren die Voraussetzungen für die Erstellung eines DNA-Profiles zum Zwecke der Aufklärung künftiger Straftaten nicht nur nach heute geltendem, sondern auch schon nach dem im Zeitpunkt der angefochtenen Verfügung geltenden Recht nicht mehr gegeben (so für letzteres auch der Beschluss der Kammer UH230330-O vom 22. Dezember 2023 E. II.6.2).

**3.** Im vorliegenden Fall dient die DNA-Profilerstellung unbestritten nicht der Aufklärung der Anlasstat. Die Erstellung wurde mit der Begründung angeordnet, es bestünde beim Beschwerdeführer die erhöhte Wahrscheinlichkeit weiterer früherer oder künftiger Delikte (Urk. 5; Urk. 8 S. 2). Auf die Ausführungen in der Beschwerdeschrift dazu, weshalb ein DNA-Profil ungeeignet sei für die Aufklärung der Anlasstat (Urk. 2 Rz 6 f.), ist folglich nicht weiter einzugehen. Ebenso wenig ist zu beurteilen, ob konkrete Anhaltspunkte für zukünftige Delikte vorliegen. Hierzu ist die Erstellung eines DNA-Profiles während der Strafuntersuchung nicht (mehr) zulässig.

**4.** Die Staatsanwaltschaft begründet die erheblichen und konkreten Anhaltspunkte für andere begangene (und hier nicht relevante zukünftige) Delikte durch den Beschwerdeführer in der angefochtenen Verfügung sowie in ihrer Vernehmlassung im Wesentlichen damit, dass der Beschwerdeführer wegen Urkundenfälschung verurteilt sei, dass seine Gewaltanwendung ein Zeichen einer mangelnden Impulskontrolle darstelle, wodurch eine frühere, gleichartige Vorgehensweise zum Nachteil einer anderen geschädigten Person wahrscheinlich erscheine, und dass das Rückfallrisiko für erneute Intimpartnergewalt gemäss ODARA-Standardinterpretation

vom 18. August 2023 bei Tätern mit einer vergleichbaren Merkmalskombination innerhalb eines Beobachtungszeitraumes von durchschnittlich fünf Jahren bei 39 % liege (Urk. 5; Urk. 8). Die Staatsanwaltschaft bezieht sich mit ihrer Formulierung der gleichgearteten Vorgehensweise zum Nachteil einer anderen geschädigten Person und dem angeführten Rückfallrisiko für erneute Intimpartnergewalt offensichtlich und einzig auf mögliche Gewaltstraftaten in früheren Beziehungen. Inwiefern hier eine Vorstrafe wegen Urkundenfälschung für die Wahrscheinlichkeit solcher Gewaltstraftaten relevant sein soll, begründet die Staatsanwaltschaft nicht und ist auch nicht ersichtlich (vgl. auch Urk. 2 Rz 8). Es handelte sich bei dieser Vorstrafe um das Überschreiben des Datums auf einer Unterstützungsbestätigung, wodurch der Beschwerdeführer hoffte, das Verfahren zur Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung beschleunigen zu können (Urk. 10/10/6). Sodann sind den staatsanwaltschaftlichen Begründungen keine Hinweise darauf zu entnehmen, dass der Beschwerdeführer in früheren Beziehungen gewalttätig geworden sein könnte. Mit dem Beschwerdeführer erscheint ein DNA-Profil jedoch ohnehin nicht erforderlich, um ihm allfällige derartige Straftaten zuordnen zu können. Bei Fällen von Intimpartnergewalt ist dem Opfer die Identität des mutmasslichen Täters nämlich bekannt. Sollte sich ein DNA-Profil dennoch anderweitig zur Aufklärung einer solchen früheren Straftat als notwendig herausstellen, könnte nach der Anzeige und der Eröffnung eines weiteren Strafverfahrens gegen ihn jederzeit noch ein DNA-Profil erstellt werden (vgl. Urk. 2 Rz 9). Selbst wenn man also von einer mangelnden Impulskontrolle des Beschwerdeführers ausgehen würde, lägen keine hinreichend konkreten Anhaltspunkte vor, dass dies zu Gewaltdelikten geführt hätte, die ihm bisher noch nicht zugeordnet werden konnten.

**5.** Insgesamt betrachtet fehlt es gestützt auf die der Kammer vorgelegten Akten an konkreten Anhaltspunkten für weitere begangene Straftaten des Beschwerdeführers mit der erforderlichen Schwere, zu deren Aufklärung ein DNA-Profil erforderlich wäre. Somit und weil DNA-Profile nicht routinemässig erstellt werden dürfen, erweist sich die angeordnete Erstellung eines DNA-Profils als nicht rechtmässig. Die Beschwerde ist gutzuheissen und die angefochtene Verfügung aufzuheben. Der beim Beschwerdeführer abgenommene Wangenschleimhautabstrich und ein allenfalls bereits daraus erstelltes DNA-Profil sind zu vernichten und ein allfälliger Ein-

trag im Informationssystem unverzüglich zu löschen. Die Staatsanwaltschaft ist anzuweisen, den zuständigen Stellen die erforderlichen Mitteilungen zu machen. Vom vorliegenden Entscheid unberührt bleibt eine allfällige Erstellung eines DNA-Profiles am Ende des Strafverfahrens nach Art. 257 StPO.

### **III. Kosten- und Entschädigungsfolgen**

Bei diesem Ausgang obsiegt der Beschwerdeführer und die Kosten des Beschwerdeverfahrens, einschliesslich der Kosten der amtlichen Verteidigung, sind auf die Gerichtskasse zu nehmen (Art. 428 Abs. 1 StPO). Die Entschädigung der amtlichen Verteidigung für ihren Aufwand im Beschwerdeverfahren wird im Endentscheid festzulegen sein (Art. 135 Abs. 2 StPO).

#### **Es wird beschlossen:**

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen und die Verfügung der Staatsanwaltschaft I des Kantons Zürich vom 21. September 2023 (Verfahrens-Nr. 2) wird aufgehoben. Der beim Beschwerdeführer abgenommene Wangenschleimhautabstrich und ein allenfalls schon erstelltes DNA-Profil sind zu vernichten. Ein allfälliger Eintrag im Informationssystem ist unverzüglich zu löschen. Die Staatsanwaltschaft I des Kantons Zürich wird angewiesen, den zuständigen Stellen die erforderlichen Mitteilungen zu machen.
2. Die Kosten für das Beschwerdeverfahren, inklusive die Kosten der amtlichen Verteidigung für diesen Verfahrensabschnitt, werden auf die Gerichtskasse genommen.
3. Die Festlegung der Höhe der Entschädigung der amtlichen Verteidigung für das Beschwerdeverfahren wird dem Endentscheid vorbehalten.
4. Schriftliche Mitteilung an:
  - Rechtsanwältin MLaw X.\_\_\_\_\_, zweifach, für sich und den Beschwerdeführer (per Gerichtsurkunde)
  - die Staatsanwaltschaft I des Kantons Zürich, ad ... (gegen Empfangsbestätigung).

5. Rechtsmittel:

Gegen diesen Entscheid kann **Beschwerde in Strafsachen** erhoben werden. Die Beschwerde ist innert **30 Tagen**, vom Empfang an gerechnet, bei der gemäss Art. 35 und 35a des Reglements über das Bundesgericht zuständigen strafrechtlichen 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.

**Hinweis:** Eingaben müssen spätestens am letzten Tag der Frist beim Bundesgericht eingereicht oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben werden.

Zürich, 24. Juni 2024

Obergericht des Kantons Zürich  
III. Strafkammer

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. D. Oehninger

Dr. iur. D. Hasler