

Obergericht des Kantons Zürich

III. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: UV120004-O/U/but

Mitwirkend: die Oberrichter lic. iur. K. Balmer, Präsident, lic. iur. W. Meyer und die Ersatzoberrichterin lic. iur. M. Bertschi sowie die Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Borer

Beschluss vom 8. Oktober 2012

in Sachen

A. _____,

Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____

gegen

Jugendanwaltschaft Limmattal/Albis,

Beschwerdegegnerin

betreffend **Rechtsverweigerung**

Erwägungen:

I.

1. Mit Erziehungsverfügung vom 19. März 2009 wurde A._____ (nachfolgend: Beschwerdeführer) von der Jugendanwaltschaft Limmattal/Albis (nachfolgend: Jugendanwaltschaft) der Sachbeschädigung schuldig gesprochen und es wurde ihm ein Verweis nach Art. 22 Abs. 1 JStG erteilt (Urk. 3/3 = Urk. 7/7). Am selben Tag – 19. März 2009 – meldete die Jugendanwaltschaft der kantonalen Koordinationsstelle für das automatisierte Strafregister (KOST) die Löschungsfrist für das DNA-Profil sowie die Vernichtungsfrist für das erkennungsdienstliche Material (ED-Material; Urk. 3/10 = Urk. 7/1/2 "nachträglich eingegangen" ['nachtr.']). Mit Eingaben vom 20. Juni 2011 und 7. Oktober 2011 ersuchte die Rechtsvertreterin des Beschwerdeführers die Kantonspolizei Zürich, Erkennungsdienst, bzw. das Forensische Institut Zürich um Vernichtung von im vorgenannten Strafverfahren gesammeltem erkennungsdienstlichem Material betreffend den Beschwerdeführer, was das Forensische Institut jedoch mit Schreiben vom 27. Juni 2011 und 10. Oktober 2011 ablehnte (Urk. 3/4-7). Daraufhin wandte sich die Rechtsvertreterin mit Eingaben vom 13. Januar 2012 und 24. Mai 2012 an die Jugendanwaltschaft und beantragte, erkennungsdienstliches Material betreffend den Beschwerdeführer zu vernichten bzw. zu löschen oder – bei negativer Antwort – ihr eine anfechtbare Verfügung zukommen zu lassen (Urk. 3/8 = Urk. 7/1/1 'nachtr.'; Urk. 3/11 = Urk. 7/2/1 'nachtr.'). Mit Schreiben vom 30. Januar 2012 und 15. Juni 2012 teilte die Jugendanwaltschaft der Rechtsvertreterin jeweils mit, sie könne weder dem Begehren um Vernichtung des erkennungsdienstlichen Materials entsprechen noch ihr eine anfechtbare Verfügung zukommen lassen (Urk. 3/9 = Urk. 7/1/2 "nachtr."; Urk. 3/2 = Urk. 7/2/2 "nachtr."). Mit Eingabe vom 9. Juli 2012 liess der Beschwerdeführer schliesslich beim hiesigen Gericht Beschwerde betreffend Rechtsverweigerung erheben mit folgenden Anträgen (Urk. 2):

- " 1. Es sei das gesamte erkennungsdienstliche Material, welches im Zusammenhang mit den Strafverfahren von 2009 gegen den Beschwerdeführer gesammelt wurde, zu vernichten.
2. Eventualiter sei die Beschwerdegegnerin anzuweisen, eine beschwerdefähige Verfügung zu erlassen, welche die Aufbewahrungsdauer des

erkennungsdienstlichen Materials im Zusammenhang mit dem obengenannten Strafverfahren regelt."

2. Mit Verfügung vom 12. Juli 2012 wurde der Jugendanwaltschaft Frist zur Stellungnahme angesetzt (Urk. 5 = Prot. S. 2). Die Jugendanwaltschaft verzichtete mit Eingabe vom 18. Juli 2012 auf eine Stellungnahme und verwies auf die sich in den Akten befindlichen Schreiben an die Rechtsvertreterin des Beschwerdeführers (Urk. 6).

II.

1. Die Jugendanwaltschaft führt in ihren Schreiben vom 30. Januar 2012 und 15. Juni 2012 im Wesentlichen aus, bei der Meldung an die KOST handle es sich lediglich um eine Formularmeldung, nicht um eine Verfügung. Die Löschung von DNA-Profilen und die Vernichtung von ED-Material seien im DNA-Profil-Gesetz (SR 363) und der Verordnung über die erkennungsdienstliche Behandlung von Personen (ED-VO; LS 551.112) geregelt. Vorliegend ergäben sich die Fristen aus Art. 16 Abs. 1 lit. g DNA-Profil-Gesetz und § 10 Abs. 2 lit. c Ziff. 1 ED-VO. Sie, die Jugendanwaltschaft, könne nicht über diese Fristen bestimmen und entscheiden und damit auch nicht eine anfechtbare Verfügung erlassen (Urk. 3/2; Urk. 3/9).

2. Der Beschwerdeführer lässt geltend machen, er habe zwei Jahre nach dem Jugendstrafverfahren erfahren, dass seine erkennungsdienstlichen Fotografien im Rahmen einer polizeilichen Untersuchung bei einer Fotowahlbildkonfrontation verwendet worden seien (Urk. 2 S. 4-6). Die Aufbewahrung von erkennungsdienstlichem Material stelle jedoch einen Eingriff in die Persönlichkeitsrechte des Betroffenen dar, weshalb die Zeitdauer der Aufbewahrung erkennungsdienstlichen Materials diesem zu eröffnen sei. Zudem setze ein solcher Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung und die persönliche Freiheit eine gesetzliche Grundlage sowie ein öffentliches Interesse voraus und müsse verhältnismässig sein. Vorliegend fehle es jedoch sowohl an einer gesetzlichen Grundlage als auch an der Verhältnismässigkeit. Zudem liege auch in formeller Hinsicht ein Fehler vor, zumal gemäss Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts (Geschäfts-Nr. VU050104/U) im Jugendstrafverfahren das zuständige Gericht bei einem Verweis erst nach Eintritt der Rechtskraft über die Vernich-

tungs- und Lösungsdaten zu bestimmen habe. Dies sei auch von der Jugendanwaltschaft analog so zu handhaben, da erst bei Eintritt der Rechtskraft Klarheit darüber bestehe, was mit den Daten zu geschehen habe. Vorliegend habe die Jugendanwaltschaft aber bereits zum Urteilszeitpunkt über das Lösungsdatum bestimmt. Sodann dürften gemäss Art. 261 Abs. 1 lit. a StPO erkennungsdienstliche Unterlagen für ein neues Delikt verwendet werden, sofern ein hinreichender Tatverdacht bestehe. Ein solcher habe gegen den Beschwerdeführer aber nicht vorgelegen. Schliesslich könne nach § 21 und § 27 IDG eine betroffene Person verlangen, dass das widerrechtliche Bearbeiten von Personendaten unterlassen werde bzw. die Widerrechtlichkeit des Bearbeitens festgestellt werde, was in Verfügungsform zu geschehen habe (Urk. 2 S. 6-9).

3.1 Beschwerdelegitimiert ist, wer an der Aufhebung oder Änderung eines Entscheides ein rechtlich geschütztes Interesse hat (Art. 382 Abs. 1 StPO), mithin, wer in seinen eigenen Rechten unmittelbar betroffen ist. Vorliegend wird den Beschwerdeführer betreffendes erkennungsdienstliches Material, welches im Zusammenhang mit einem Strafverfahren gegen diesen gesammelt worden war, nach wie vor aufbewahrt und soll bis zum 5. April 2014 weiterhin aufbewahrt werden. Die Aufbewahrung solcher Daten tangiert jedoch den Schutzbereich der Privatsphäre (Art. 8 Ziff. 1 EMRK) und insbesondere das Recht auf Schutz vor Missbrauch persönlicher Daten gemäss Art. 13 Abs. 2 BV (BGE 136 I 87 Erw. 5.1; BGE 133 I 77 Erw. 3.2; BGE 120 Ia 147 Erw. 2a). Wird nun ohne gesetzliche Grundlage bzw. im Widerspruch zu den Vorschriften der StPO erkennungsdienstliches Material aufbewahrt, wie dies der Beschwerdeführer geltend macht, ist der Betreffende in seinen rechtlich geschützten Interessen unmittelbar betroffen und insoweit zur Erhebung einer Beschwerde legitimiert. Somit ist der Beschwerdeführer zur vorliegenden Beschwerde legitimiert.

3.2 Die Beschwerde ist sodann im Wesentlichen zulässig gegen Verfahrenshandlungen und nicht der Berufung unterliegende Entscheide der Strafverfolgungsbehörden, der erstinstanzlichen Gerichte und des Zwangsmassnahmengerichtes in den im Gesetz vorgesehenen Fällen (Art. 393 Abs. 1 StPO). Anfechtbar sind aber nicht nur bestimmte hoheitliche Verfahrenshandlungen, sondern auch

das (pflichtwidrige) Unterlassen derselben. Von einem Unterlassen kann jedoch nur bei einer formellen Rechtsverweigerung i.e.S. oder aber einer Rechtsverzögerung gesprochen werden (Guidon, Die Beschwerde gemäss Schweizerischer Strafprozessordnung, Zürich/St. Gallen 2011, N 23, 26). Eine formelle Rechtsverweigerung i.e.S. liegt vor, wenn sich eine Strafbehörde weigert, eine ihr nach Gesetz obliegende hoheitliche Verfahrenshandlung vorzunehmen, wenn sie mit anderen Worten untätig bleibt, obschon sie zum Tätigwerden verpflichtet wäre. Teilt sie hingegen ihre Weigerung, eine (genau) bestimmte Handlung vorzunehmen, ausdrücklich mit, kann nicht von einem Unterlassen bzw. einer formellen Rechtsverweigerung i.e.S. gesprochen werden. Somit liegt kein Unterlassen vor, wenn die Strafbehörde *nicht im geforderten Mass* tätig wird, z.B. indem sie auf ein Ersuchen zwar eintritt, dabei jedoch den massgebenden Sachverhalt nicht oder nur ungenügend abklärt, oder indem sie ihre Überprüfungsbefugnis nicht voll ausschöpft. Gleiches gilt sodann, wenn sich eine Strafbehörde mit wesentlichen Rügen gar nicht auseinandersetzt. In beiden Fällen ist die Strafbehörde in irgendeiner Form tätig geworden und es liegt eine hoheitliche Verfahrenshandlung im Sinne eines aktiven Tuns vor, die mit Beschwerde angefochten werden kann (Guidon, a.a.O., N 28 f.). Vorliegend richtet sich die Beschwerde gegen das Schreiben der Jugendanwaltschaft vom 15. Juni 2012, worin diese der Rechtsvertreterin des Beschwerdeführers mitteilt, sie werde weder dem Begehren um Vernichtung des erkennungsdienstlichen Materials entsprechen noch eine anfechtbare Verfügung erlassen. Damit weigert sich die Jugendanwaltschaft jedoch nicht nur, eine (genau) bestimmte Handlung vorzunehmen, sondern überhaupt in irgendeiner Form tätig zu werden. Unter diesen Umständen kann nicht von einem aktiven Tun seitens der Jugendanwaltschaft und damit einer anfechtbaren hoheitlichen Verfahrenshandlung gesprochen werden. Vielmehr ist von einer formellen Rechtsverweigerung i.e.S. auszugehen. Letztlich jedoch hat diese Unterscheidung vorliegend auf die Frage, ob ein taugliches Anfechtungsobjekt vorliegt, keinen Einfluss. So betrifft doch vorgenanntes Schreiben der Jugendanwaltschaft gewisse Modalitäten einer Zwangsmassnahme, nämlich der erkennungsdienstlichen Erfassung. Sowohl Verfahrenshandlungen betreffend Zwangsmassnahmen

als auch diesbezügliche Unterlassungen sind jedoch grundsätzlich mit Beschwerde anfechtbar (vgl. Guidon, a.a.O., N 106).

3.3 Während schliesslich Beschwerden gegen konkrete Verfahrenshandlungen schriftlich und begründet innert 10 Tagen bei der Beschwerdeinstanz einzureichen sind (Art. 396 Abs. 1 StPO), sind Beschwerden wegen Rechtsverweigerung und Rechtsverzögerung an keine Frist gebunden (Art. 396 Abs. 2 StPO). Ist von einer formellen Rechtsverweigerung i.e.S. auszugehen, war daher für das Einreichen einer Beschwerde keine Frist einzuhalten. Doch selbst wenn davon auszugehen wäre, beim Schreiben der Jugendanwaltschaft vom 15. Juni 2012 handle es sich um eine anfechtbare konkrete Verfahrenshandlung, wäre zu berücksichtigen, dass aus den Akten nicht hervorgeht, wann dieses Schreiben vom Beschwerdeführer entgegengenommen wurde. Somit müsste zu Gunsten des Beschwerdeführers davon ausgegangen werden, die am 9. Juli 2012 der Schweizerischen Post übergebene Beschwerde sei rechtzeitig erhoben worden. Im Weiteren erfolgte die Beschwerde schriftlich und begründet. Damit erfüllt die Beschwerde auch die an Form und Frist gestellten Erfordernisse gemäss Art. 396 StPO. Auf die Beschwerde ist demnach einzutreten.

4.1 Gemäss Art. 261 Abs. 1 lit. a StPO dürfen erkennungsdienstliche Unterlagen über eine beschuldigte Person ausserhalb des Aktendossiers im Fall einer Verurteilung oder eines Freispruchs wegen Schuldunfähigkeit bis zum Ablauf der Fristen für die Entfernung der Einträge im Strafregister aufbewahrt werden. Aufgrund von Art. 3 Abs. 1 JStPO gilt diese Bestimmung auch bei Verfahren gegen Jugendliche. Zwar traten die StPO sowie auch die JStPO erst am 1. Januar 2011 in Kraft, während das Verfahren, in dessen Zusammenhang das fragliche erkennungsdienstliche Material erhoben wurde, bereits mit Erziehungsverfügung vom 19. März 2009 (Urk. 3/3), also noch unter Geltung des alten Rechts, rechtskräftig abgeschlossen worden war. Indessen ist zu berücksichtigen, dass Daten unter Umständen noch lange über den Abschluss eines Verfahrens hinaus bearbeitet und aufbewahrt werden. Dabei ist von dem dem Strafprozessrecht generell zugrunde liegenden Prinzip auszugehen, dass Strafverfahrensnormen ab dem Zeitpunkt ihrer Inkraftsetzung gelten (Schmid, Übergangsrecht der StPO, Zürich

2010, N 12). Dies führt jedoch dazu, dass sich die Bearbeitung und Aufbewahrung von Daten (Art. 95 ff., Art. 261 StPO) ab dem 1. Januar 2011 stets nach der StPO richten, auch wenn die Daten vorher erhoben bzw. die entsprechenden Verfahren schon vorgängig, also altrechtlich abgeschlossen wurden (Schmid, Übergangsrecht, N 114). Somit sind die Aufbewahrungsfristen von Art. 261 StPO auch auf das erkennungsdienstliche Material anwendbar, dessen Vernichtung der Beschwerdeführer vorliegend beantragen lässt.

4.2 Wie ausgeführt, führte das Strafverfahren gegen den Beschwerdeführer vorliegend zur Erziehungsverfügung vom 19. März 2009 (Urk. 3/3). Diese ist jedoch in Übereinstimmung mit Art. 1 Abs. 2 lit. n JStG i.V.m. Art. 366 Abs. 3 StGB nicht im Strafregister eingetragen worden (vgl. Mitteilungssatz [Urk. 3/3 S. 2 Ziff. 5] und die Begründung, wonach er nach Abschluss des Jugendstrafverfahrens nicht als vorbestraft gilt ([Urk. 3/3 S. 3 Erw. III]). Somit besteht im anwendbaren Bundesrecht keine Rechtsgrundlage, um die Angaben länger als bis zum Eintritt der Rechtskraft der Erziehungsverfügung aufzubewahren (vgl. Art. 261 Abs. 1 lit. b StPO). Soweit sodann die kantonale Verordnung über die erkennungsdienstliche Behandlung von Personen vom 9. November 2005 (LS 551.112) in § 10 längere Aufbewahrungsfristen vorsieht oder solche in analoger Anwendung der Fristen nach der Gesetzgebung über die DNA-Profile im Formular "Löschung des DNA-Profils und Vernichtung des ED-Materials" festgelegt werden, sind diese wegen der derogatorischen Kraft des Bundesrechts (Art. 49 Abs. 1 BV) nicht anwendbar. Fehlt es jedoch an einer gültigen Rechtsgrundlage für die Aufbewahrung von erkennungsdienstlichem Material, sind die betreffenden Daten zu löschen.

4.3 Aus einem E-Mail des Fachbereichsleiters des Erkennungsdienstes im Forensischen Institut Zürich vom 20. Februar 2012 geht sodann hervor, dass die bei einer erkennungsdienstlichen Behandlung erfassten Daten in der Datensammlung I.S.I.S. (Interaktive Systeme zur Identifizierung von Straftätern) abgespeichert werden (Urk. 7/1/4 'nachtr.'). Da die Kantonspolizei Zürich, Chef Forensisches Institut Zürich, verantwortliches Organ für dieses System I.S.I.S. ist (vgl. Register der Datensammlungen der Kantonspolizei Zürich, Formular K2 0002 unter

http://www.kapo.zh.ch/internet/sicherheitsdirektion/kapo/de/ueber_uns/auftrag/dat enarchiv.html), ist die Vernichtung der Daten von dieser vorzunehmen.

5. Schliesslich ist anzumerken, dass die Jugendanwaltschaft im Strafverfahren gegen den Beschwerdeführer auch ein DNA-Profil desselben hatte erstellen lassen und auch insoweit im Formular "Löschung des DNA-Profiles und Vernichtung des ED-Materials" den 5. April 2014 als Löschungstermin festsetzte (Urk. 3/10). Dieser Termin erweist sich als bundesrechtskonform. So verweist Art. 259 StPO auf das DNA-Profil-Gesetz vom 20. Juni 2003 (SR 363). Nach Art. 16 Abs. 1 lit. g DNA-Profil-Gesetz löscht das Bundesamt die DNA-Profile fünf Jahre nach der Erteilung eines Verweises gemäss dem Jugendstrafgesetz. Weitergehende Ansprüche in Bezug auf die Löschung ergeben sich weder aus der bundesrechtlichen Verordnung zum Gesetz (DNA-Profil-Verordnung vom 3. Dezember 2004, SR 363.1) noch aus der kantonalen DNA-Verordnung (LS 321.5). Da es somit für die von der Jugendanwaltschaft für das DNA-Profil festgelegte Aufbewahrungsdauer bis 5. April 2014 eine gültige gesetzliche Grundlage gibt, hat der Beschwerdeführer zu Recht darauf verzichtet, die vorzeitige Löschung des DNA-Profiles zu verlangen.

6. Aufgrund der vorstehenden Ausführungen ist die Beschwerde somit gutzuheissen. Entsprechend ist die Kantonspolizei Zürich, Chef Forensisches Institut Zürich, anzuweisen, erkenntungsdienstliches Material, welches im Rahmen des von der Jugendanwaltschaft Limmattal/Albis unter der Untersuchungs-Nr. ... gegen den Beschwerdeführer geführten Strafverfahrens erhoben worden war, zu vernichten.

III.

1. Infolge Gutheissung der Beschwerde obsiegt der Beschwerdeführer, weshalb die Kosten des Beschwerdeverfahrens auf die Gerichtskasse zu nehmen sind (Art. 428 Abs. 1 StPO).

2. Gestützt auf Art. 436 Abs. 1 i.V.m. Art. 429 Abs. 1 lit. a StPO hat der obsiegende Beschwerdeführer sodann Anspruch auf eine angemessene Prozessent-

schädigung für die Aufwendungen seines Rechtsvertreters im Beschwerdeverfahren. Die Höhe der Entschädigung richtet sich nach den kantonalen Anwaltstarifen, im Kanton Zürich somit nach der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 (AnwGebV; LS 215.3). Grundlage für die Festsetzung der Gebühr sind die Bedeutung des Falles, die Verantwortung und der Zeitaufwand der Anwältin oder des Anwalts sowie die Schwierigkeit des Falles (§ 2 Abs. 1 lit. b-e AnwGebV). Im strafrechtlichen Beschwerdeverfahren beträgt die Gebühr Fr. 300.– bis Fr. 12'000.– (§ 19 Abs. 1 AnwGebV). Es erscheint somit angemessen, dem Beschwerdeführer für die Aufwendungen seiner Rechtsvertreterin im Beschwerdeverfahren aus der Gerichtskasse eine Entschädigung von Fr. 1'600.–, zuzüglich 8 % Mehrwertsteuer, auszurichten.

Es wird beschlossen:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird die Kantonspolizei Zürich, Chef Forensisches Institut Zürich, angewiesen, das gesamte erkennungsdienstliche Material, welches im Zusammenhang mit dem von der Jugendanwaltschaft Limmattal/Albis unter der Untersuchungs-Nr. ... gegen den Beschwerdeführer geführten Strafverfahrens gesammelt wurde, zu vernichten.
2. Die Kosten für das Beschwerdeverfahren werden auf die Gerichtskasse genommen.
3. Dem Beschwerdeführer wird für das Beschwerdeverfahren eine Entschädigung von Fr. 1'728.– aus der Gerichtskasse zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an:
 - Rechtsanwältin lic. iur. X. _____ (zweifach, für sich und zuhanden des Beschwerdeführers; per Gerichtsurkunde)
 - die Jugendanwaltschaft Limmattal/Albis (gegen Empfangsbestätigung) sowie nach Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. nach Erledigung allfälliger Rechtsmittel an:
 - die Jugendanwaltschaft Limmattal/Albis (unter Rücksendung der beigezogenen Akten [Urk. 7]; gegen Empfangsbestätigung)
 - die Kantonspolizei Zürich, Chef Forensisches Institut Zürich, ... [Adresse]

5. Rechtsmittel:

Gegen diesen Entscheid kann **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, 8. Oktober 2012

Obergericht des Kantons Zürich
III. Strafkammer

Präsident:

Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Balmer

lic. iur. S. Borer