

Obergericht des Kantons Zürich

III. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: UH210337-O/U/MUL

Mitwirkend: die Oberrichter lic. iur. A. Flury, Präsident, und lic. iur. D. Oehninger,
Oberrichterin lic. iur. K. Eichenberger sowie Gerichtsschreiberin
lic. iur. Ch. Negri

Beschluss vom 16. Februar 2022

in Sachen

A. _____,

Beschwerdeführer

amtlich verteidigt durch Rechtsanwältin Dr. iur. 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 2021

Erwägungen:

I.

1. Die Staatsanwaltschaft I des Kantons Zürich (nachfolgend: Staatsanwaltschaft) führt ein Strafverfahren gegen A._____ (nachfolgend: Beschwerdeführer) betreffend sexuelle Handlungen mit Kindern etc. (vgl. Urk. 9). Am 21. September 2021 verfügte sie die Erstellung eines DNA-Profiles vom bereits vorhandenen Wangenschleimhautabstrich bzw. die Verlängerung von dessen Löschrfrist (Urk. 3/1).

2. Hiergegen liess der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 28. September 2021 innert Frist Beschwerde erheben und Folgendes beantragen (Urk. 2 S. 2):

- "1. Die Verfügung der Staatsanwaltschaft vom 21.09.2021 sei aufzuheben und es sei davon abzusehen, vom bereits vorhandenen Wangenschleimhautabstrich des Beschuldigten ein DNA-Profil zu erstellen, bzw. dessen Löschrfrist zu verlängern.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Staatsanwaltschaft."

In prozessualer Hinsicht wurde zudem folgender Antrag gestellt (Urk. 2 S. 2):

"Dem Beschuldigten sei auch für das Beschwerdeverfahren die amtliche Verteidigung, bzw. unentgeltliche Vertretung zu gewähren und es sei davon abzusehen, ihn für das Beschwerdeverfahren zu kautionieren."

3. Mit Verfügung vom 6. Oktober 2021 wurde der Staatsanwaltschaft Frist zur Stellungnahme angesetzt. Gleichzeitig wurde darauf hingewiesen, dass nach ständiger Praxis der Beschwerdekammer eine im Vorverfahren gewährte und noch andauernde amtliche Verteidigung auch für das Beschwerdeverfahren gelte. Zudem wurde festgehalten, dass eine Kautionierung des Beschwerdeführers im vorliegenden Beschwerdeverfahren nicht in Frage komme, da er in der Strafuntersuchung beschuldigte Person sei und Art. 383 StPO die Möglichkeit einer Kautionierung der Privatklägerschaft vorsehe, nicht hingegen der beschuldigten Person (Urk. 5).

Die Staatsanwaltschaft liess sich mit Eingabe vom 11. Oktober 2021 vernehmen und beantragte die Abweisung der Beschwerde, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Beschwerdeführers (Urk. 7). Nach entsprechender Fristansetzung (vgl. Urk. 10) liess der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 18. Oktober 2021 auf eine Replik verzichten (Urk. 12). Am 19. Oktober 2021 reichte der Beschwerdeführer persönlich ein weiteres Schreiben ein (Urk. 14), welches für das vorliegende Verfahren jedoch unbeachtlich ist (vgl. Urk. 16, Urk. 17).

II.

1. Die Staatsanwaltschaft erwägt in der angefochtenen Verfügung, der Beschwerdeführer werde eines Verbrechens oder Vergehens beschuldigt, wobei ihm insbesondere vorgeworfen werde, ein 13-jähriges Mädchen an den Brüsten und im Genitalbereich ausgegriffen zu haben, wobei er um deren Alter gewusst habe und vorgängig mit diesem Mädchen Nacktfotos ausgetauscht habe. Dem Beschwerdeführer würden weitere Straftaten vorgeworfen, welche allerdings allesamt Vermögensdelikte, namentlich Bestellbetrüge, betreffen würden. Es bestehe die erhöhte Wahrscheinlichkeit, dass der Beschwerdeführer sich an unaufgeklärten oder künftigen Verbrechen oder Vergehen beteiligt habe bzw. sich beteiligen werde, weil die "Art" des Opfers (minderjährig) beim Beschwerdeführer auf einen Handlungsdrang schliessen lasse (Urk. 3/1 S. 1).

2. Der Beschwerdeführer lässt hierzu im Wesentlichen zusammengefasst Folgendes vorbringen: Die Annahme der Staatsanwaltschaft finde keinerlei Rückhalt in den Akten. Im Übrigen sei noch nicht rechtsgenügend geklärt, was dem Beschwerdeführer im Zusammenhang mit dem minderjährigen Opfer vorgeworfen werden könne. Der von der Staatsanwaltschaft dargestellte Sachverhalt sei nicht bewiesen, sondern stelle eine blosser Annahme dar. Das Opfer sei noch nicht staatsanwaltlich befragt worden. Es bestehe die Möglichkeit, dass es die Aussagen bei der Polizei unter einem gewissen Druck ihrer Eltern, bzw. um vor ihren Eltern als Opfer und nicht als "Mitbeteiligte" dazustehen, getätigt habe. Ferner seien die Darlegungen des Opfers widersprüchlich, jedenfalls nicht gleichlautend. B._____, der am Freitag, 24. September 2021, als Zeuge befragt worden sei, sei

stets dabei gewesen und habe nicht beobachtet, dass der Beschwerdeführer das Opfer im Genitalbereich ausgegriffen hätte (Urk. 2 S. 3 f.). Lediglich auf nicht bewiesene Annahmen ein DNA-Profil zu erstellen bzw. dessen Löschfrist zu verlängern, sei vor dem gegebenen Hintergrund unverhältnismässig. Es sei nicht nachvollziehbar, wie die Staatsanwaltschaft auf einen "Handlungsdrang" komme. Das Opfer habe den Beschwerdeführer über eine Chat-Plattform (Instagram) kennengelernt. Sie habe sich dabei zunächst älter gemacht, als sie tatsächlich gewesen sei. Dass sie erst 13 Jahre alt sei, habe der Beschwerdeführer erst nach dem ersten Treffen von ihrer Mutter erfahren. Der Beschwerdeführer habe keine Tendenz, sich mit sehr jungen Frauen bzw. Frauen im Schutzalter einzulassen. Seine Freundinnen seien jeweils ungefähr gleichaltrig wie er (gewesen). Auch aus den Akten gehe nichts hervor, dass der Beschwerdeführer ein Interesse an sehr jungen Frauen bzw. Mädchen hätte. Dass dem Beschwerdeführer andererseits noch Vermögensdelikte vorgeworfen würden, welche er zumindest teilweise auch anerkenne, stelle keinen Grund dar, ein DNA-Profil von ihm zu erstellen bzw. dessen Löschfrist zu verlängern (Urk. 2 S. 4). Die angefochtene Verfügung sei unverhältnismässig und greife in unzulässiger Weise in die Persönlichkeitsrechte des Beschwerdeführers ein (Urk. 2 S. 5).

3. Die Staatsanwaltschaft führt in der Vernehmlassung im Wesentlichen zusammengefasst aus, im Kanton Zürich werde standardmässig bei der Verhaftung einer Person eine DNA-Probe abgenommen. Die Proben seien nach Art. 9 DNA-Profil-Gesetz nach drei Monaten zu vernichten, wenn keine Analyse veranlasst worden sei. Bei der Profilerstellung handle es sich um eine Zwangsmassnahme, die einen hinreichenden Tatverdacht voraussetze. Dieser setze sich aus sämtlichen, im Zeitpunkt der Erstellung der Verfügung bekannten Indizien zusammen. Die aufgrund dieser Voraussetzungen formulierten Sachverhalte seien in aller Regel noch nicht bewiesen und oftmals beruhe der Tatverdacht auf Aussagen, deren Beweiswert oftmals sehr viel später durch ein Sachgericht beurteilt werde. Die mangelnde Beweisbarkeit des Sachverhalts mache die Erstellung des DNA-Profiles nicht unverhältnismässig. Ein hinreichender Tatverdacht reiche aus. Vorliegend gebe es keinen Grund, die Aussagen des Opfers von Dossier 1 per se als unglaubhaft abzutun. Auch könne aus dem Umstand, dass der in der fraglichen

Nacht anwesende Zeuge, B._____, keine sexuellen Handlungen beobachtet habe, nicht geschlossen werden, dass nichts passiert sei. Das Zwangsmassnahmengericht Zürich habe in der Verfügung vom 24. August 2021 das Vorliegen eines dringenden Tatverdachts bezüglich der sexuellen Handlungen mit Kindern denn auch bejaht. Im Weiteren ergebe sich der Handlungsdrang des Beschwerdeführers daraus, dass das minderjährige Opfer von Dossier 1 dem Beschwerdeführer zunächst angegeben habe, 16 Jahre alt zu sein. Später und vor den hier zu behandelnden Vorwürfen habe es dem Beschwerdeführer gestanden, dass es erst 15 Jahre alt sei. Dies habe zwar immer noch nicht der Wahrheit entsprochen, aber für den Beschwerdeführer sei nun erkennbar gewesen, dass das Opfer im Schutzalter gewesen sei (Urk. 7 S. 2 f.). Eine entsprechende Nachricht habe das Opfer dem Beschwerdeführer am 4. März 2021, 22:07 Uhr, gesandt. Am gleichen Tag um 23:49 Uhr habe der Beschwerdeführer das Opfer um ein "Oben-ohne-Foto" ersucht. Trotz Kenntnis des wahren Alters habe der Beschwerdeführer fortgefahren, mit dem Opfer zu kommunizieren und erst rund eine Woche später, am 12. März 2021, soll es zu den inkriminierten Vorfällen gekommen sein. Der Handlungsdrang des Beschwerdeführers – welcher gerade bei Sexualdelikten regelmässig gegeben sein dürfte – sei damit als Begründung ausreichend, um die Wahrscheinlichkeit der Begehung weiterer Delikte als erhöht zu erachten. Unabhängig von der Klärung der Frage, ob Vermögensdelikte für sich alleine ausreichen würden, ein DNA-Profil erstellen zu lassen, sei die mehrfache Deliktsbegehung für sich allein immer auch ein Anhaltspunkt für mögliche zukünftige Straftaten (Urk. 7 S. 3).

III.

1. 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. Aus diesem Wortlaut könnte zwar abgeleitet werden, dass ein solches Vorgehen nur möglich sei zur Abklärung bereits begangener und den Strafverfolgungsbehörden bekannter Delikte, deren die beschuldigte Person verdächtigt wird. Gemäss ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung entspricht eine derartige enge Auslegung jedoch nicht Sinn und Zweck der Be-

stimmung. 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 auch die Identifizierung eines Täters von Delikten, die den Strafverfolgungsbehörden noch unbekannt sind, erlauben. Hierbei kann es sich um vergangene oder zukünftige Delikte handeln (BGE 145 IV 263 E. 3.3).

Erkennungsdienstliche Massnahmen und die Aufbewahrung von Daten können das Recht auf persönliche Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) und auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 13 Abs. 2 BV und Art. 8 EMRK) tangieren. Dabei ist gemäss bisheriger bundesgerichtlicher Rechtsprechung von einem leichten Grundrechtseingriff auszugehen (BGE 145 IV 263 E. 3.4 m.H.). In einem neueren Entscheid hat es das Bundesgericht offengelassen, ob der Eingriff in die informationelle Selbstbestimmung allenfalls als schwer zu bezeichnen ist (Urteil des Bundesgerichts 1B_285/2020 vom 22. April 2021 [zur Publikation vorgesehen] E. 2.3.3). 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 keine routinemässige Entnahme von DNA-Proben und deren Analyse. Art. 197 Abs. 1 StPO konkretisiert dies. Danach können Zwangsmassnahmen nur ergriffen werden, wenn ein hinreichender Tatverdacht vorliegt (lit. b), die angestrebten Ziele nicht durch mildere Massnahmen erreicht werden können (lit. c) und die Bedeutung der Straftat die Zwangsmassnahme rechtfertigt (lit. d). Nach der Rechtsprechung ist die Erstellung eines DNA-Profiles, welches 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 zukünftige – Delikte verwickelt sein könnte. Dabei muss es sich um Delikte einer gewissen 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. Dass es bezüglich allfälliger künftiger Straftaten keinen hinreichenden Tatverdacht im Sinne von Art. 197 Abs. 1 StPO geben kann, steht der Erstellung eines DNA-Profiles im Hinblick auf derartige Delikte nicht entgegen. Ein solcher Verdacht

muss zwar hinsichtlich der Tat bestehen, die Anlass zur Probenahme oder Profil-erstellung gibt. Bezüglich allfälliger künftiger Straftaten genügen aber Anhaltspunkte im genannten Sinn (BGE 145 IV 263 E. 3.4 m. H.).

2. C._____ führte in der Einvernahme bei der Kantonspolizei Aargau vom 13. März 2021 bezüglich sexueller Handlungen zwischen ihr und dem Beschwerdeführer im Wesentlichen aus, sie und der Beschwerdeführer hätten ein bisschen geküsst und gekuschelt (Urk. 9/1.3.1 S. 4). Er habe ihre Oberweite angefasst und ihr zwischen die Beine gefasst. Sie habe sich darauf eingelassen, weil sie gedacht habe, er sei 16 Jahre alt. Sie seien angezogen gewesen, aber er habe unter ihre Kleidung, auch unter den BH, gefasst (Urk. 9/1.3.1 S. 8).

3. Der Beschwerdeführer bestreitet die gegen ihn erhobenen Vorwürfe betreffend sexuelle Handlungen mit Kindern. In der Einvernahme bei der Kantonspolizei Aargau vom 13. März 2021 führte er betreffend sexuelle Handlungen mit C._____ aus, sie hätten sich nur geküsst, wobei sie damit angefangen habe. Da habe er noch nicht gewusst, dass sie 13 Jahre alt sei. Weiter sei es nur zu einer Umarmung gekommen (Urk. 9/1.2.1 S. 6). Bei ihrem Kennenlernen habe C._____ angegeben, sie sei 16, bald 17 Jahre alt (Urk. 9/1.2.1 S. 5). Ihre Mutter habe ihm am Telefon gesagt, dass C._____ 13 Jahre alt sei (Urk. 9/1.2.1 S. 4). In der Hafteinvernahme vom 23. August 2021 bestritt er, C._____ unter den Kleidern an den Brüsten und zwischen den Beinen ausgegriffen zu haben. Er gab im Wesentlichen zu Protokoll, sie hätten sich einen Begrüssungskuss auf die Lippen gegeben. Sie habe ihm gesagt, dass sie 17 Jahre alt sei. Auf ihrem Insta-Profil sei jedoch 15 gestanden. Von ihrer Mutter habe er am Telefon erfahren, dass sie 13-jährig sei. Als sie zu ihm gekommen sei, sei er davon ausgegangen, dass sie 17-jährig sei (Urk. 9/1.2.2 S. 2). Darauf angesprochen, dass auf seinem Natel eine Whatsapp-Konversation mit C._____ vom 4. März 2021 gefunden worden sei, in welcher sie ihm geschrieben habe, dass sie nicht 16, sondern 15 Jahre alt sei, erklärte er, er habe immer noch gedacht, dass sie 17 Jahre alt sei. Auf Nachfrage erklärte er, er wisse auch nicht, weshalb er gesagt habe, er habe gedacht, dass sie 17 Jahre alt sei (Urk. 9/1.2.2 S. 4 f.). Auch in der Einvernahme beim Zwangsmassnahmengericht des Bezirks Zürich vom 24. August 2021 bestritt er, C._____

angefasst zu haben. Zudem habe sie ihm gesagt, sie sei 15, bald 16 Jahre alt (Urk. 9/1.10.16 S. 3 f.).

4. Die Erstellung des DNA-Profiles bezweckt gemäss den Erwägungen der Staatsanwaltschaft nicht die Aufklärung der dem Beschwerdeführer im aktuellen Strafverfahren vorgeworfenen Delikte, sondern die Aufklärung früherer oder künftiger Verbrechen oder Vergehen. Zu prüfen ist daher, ob aufgrund der Aktenlage konkrete und erhebliche Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der Beschwerdeführer mit erhöhter Wahrscheinlichkeit in andere – auch künftige – Delikte gewisser Schwere verwickelt sein könnte.

5. Beim Straftatbestand der sexuellen Handlungen mit Kindern gemäss Art. 187 Ziff. 1 StGB handelt es sich um ein Verbrechen im Sinne von Art. 10 Abs. 2 StGB. Die Staatsanwaltschaft begründet die erhöhte Wahrscheinlichkeit weiterer Delikte einer gewissen Schwere zusammengefasst damit, dass die "Art" des Opfers (minderjährig) auf einen Handlungsdrang schliessen lasse (Urk. 3/1 S. 1), wobei dieser gerade bei Sexualdelikten regelmässig gegeben sein dürfte (Urk. 7 S. 3). Aus der pauschalen Begründung der Staatsanwaltschaft lassen sich keine konkreten Hinweise ableiten, dass der Beschwerdeführer mit erhöhter Wahrscheinlichkeit in der Vergangenheit in Delikte von einer gewissen Schwere involviert gewesen wäre oder es in Zukunft sein könnte. Wenn auch die Aussagen des Beschwerdeführers bezüglich des Alters von C. _____ widersprüchlich sind und davon auszugehen ist, dass er sich auf sie eingelassen hat, obwohl er gewusst hat, dass C. _____ noch nicht 16 Jahre alt ist, kann daraus nicht auf eine erhöhte Wahrscheinlichkeit für andere – auch künftige – Delikte gewisser Schwere geschlossen werden. Ferner weist der Beschwerdeführer in der Schweiz keine Vorstrafen auf (vgl. Urk. 9/1.12.9). Im Zusammenhang mit den ihm aktuell vorgeworfenen Taten ist dies ein gewichtiges Kriterium mit Blick auf die inskünftige Deliktswahrscheinlichkeit. Die Tatsache alleine, dass dem Beschwerdeführer im pendenden Strafverfahren die erwähnten Delikte vorgeworfen werden, vermag bei der hier gegebenen Sachlage die Wahrscheinlichkeit für Delikte gewisser Schwere nicht zu begründen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 1B_381/2015 vom 23. Februar 2016 E. 3.5). Auch aus dem Umstand, dass dem Beschwerdeführer im vorliegen-

den Strafverfahren mehrfache Deliktsbegehung zur Last gelegt wird, kann nichts Entsprechendes abgeleitet werden, zumal sich die Vorwürfe auf einen kurzen Zeitraum und dieselbe Geschädigte beziehen. Es bestehen keine konkreten Anhaltspunkte dafür, dass der Beschwerdeführer generell sexuelle Präferenzen für pubertierende Mädchen hat. Dass aufgrund der ihm im pendenten Strafverfahren ebenfalls vorgeworfenen Vermögensdelikte, die er teilweise anerkannt hat (vgl. Urk. 9/1.10.15 S: 5, Urk. 9/1.10.16 S. 3), entsprechende Anhaltspunkte vorliegen würden, hat die Staatsanwaltschaft nicht vorgebracht und ist auch nicht ersichtlich.

6. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Vorbringen der Staatsanwaltschaft bzw. die derzeitige Aktenlage gesamthaft gesehen eine genügende Wahrscheinlichkeit, dass der Beschwerdeführer in der Vergangenheit in andere Delikte einer gewissen Schwere, zu deren Aufklärung eine DNA-Profilierung erforderlich wäre, involviert war oder dies in Zukunft sein könnte, nicht zu begründen vermögen. Die von der Staatsanwaltschaft verfügte DNA-Profilierung erweist sich folglich als nicht verhältnismässig und damit als unrechtmässiger Grundrechtseingriff.

7. Die Beschwerde ist somit gutzuheissen und die angefochtene Verfügung aufzuheben. Der beim Beschwerdeführer abgenommene Wangenschleimhautabstrich und ein allenfalls erstelltes DNA-Profil sind zu vernichten. Ein entsprechender Eintrag im Informationssystem wäre – sollte dieser bereits erfolgt sein – unverzüglich zu löschen.

IV.

1. Da der Beschwerdeführer obsiegt, sind die Kosten für das Beschwerdeverfahren, einschliesslich der Kosten der amtlichen Verteidigung für diesen Verfahrensabschnitt, auf die Gerichtskasse zu nehmen (Art. 428 Abs. 1 StPO).

2. Die Entschädigung der amtlichen Verteidigung für ihre Aufwendungen im Beschwerdeverfahren wird durch die das Verfahren abschliessende Behörde festzusetzen sein (Art. 135 Abs. 2 StPO).

Es wird beschlossen:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird die Verfügung der Staatsanwaltschaft I des Kantons Zürich vom 21. September 2021, ..., aufgehoben. Der beim Beschwerdeführer abgenommene Wangenschleimhautabstrich und ein allenfalls erstelltes DNA-Profil sind zu vernichten. Ein allfällig bereits erfolgter Eintrag im Informationssystem ist unverzüglich zu löschen.
2. Die Kosten für das Beschwerdeverfahren, einschliesslich der Kosten der amtlichen Verteidigung für diesen Verfahrensabschnitt, werden auf die Gerichtskasse genommen. Die Festsetzung der Entschädigung für die amtliche Verteidigung erfolgt durch die das Verfahren abschliessende Behörde.
3. Schriftliche Mitteilung an:
 - die amtliche Verteidigerin des Beschwerdeführers, zweifach, für sich und den Beschwerdeführer (per Gerichtsurkunde)
 - die Staatsanwaltschaft I des Kantons Zürich (gegen Empfangsbestätigung).
4. 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.

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, 16. Februar 2022

Obergericht des Kantons Zürich
III. Strafkammer

Präsident:

Gerichtsschreiberin:

lic. iur. A. Flury

lic. iur. Ch. Negri